

Les conséquences fiscales des « conventions de rachats »

Michelle Boivin

Volume 15, Number 1, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059566ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059566ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Boivin, M. (1984). Les conséquences fiscales des « conventions de rachats ». *Revue générale de droit*, 15(1), 7–76. <https://doi.org/10.7202/1059566ar>

Article abstract

This article deals with the tax consequences of corporate buy-back agreements, arising out of the signing of such an agreement as well as out of its implementation. This analysis leads us to conclude that, notwithstanding recent amendments, more particularly the new Part II tax, the reduction of the dividend tax credit and of the adjusted cost base of the shares to the estate of the deceased shareholder by the amount of the deemed dividend paid out of the life-insurance capital dividend account, the corporate buy-back agreement remains a useful legal instrument by reason of the guarantees it provides with respect to the specific performance of the obligations contained therein and to the valuation of shares for all purposes.

**Les conséquences
fiscales des
« conventions de
rachats »***

**par
MICHELLE
BOIVIN****

RÉSUMÉ

L'analyse des conséquences fiscales découlant de la signature de la « convention de rachat » et de sa mise en œuvre révèle des anomalies importantes qui se traduisent, dans certaines circonstances, en avantages fiscaux marqués. Nous concluons que la convention de rachat demeure un instrument juridique extrêmement précieux, en raison de la certitude qu'elle procure quant à l'exécution en nature des obligations et l'évaluation des actions et ce, nonobstant les modifications législatives récentes, notamment l'impôt spécial de la Partie II, le taux réduit du crédit d'impôt pour dividendes et la réduction du prix de base rajusté de la succession d'un montant équivalent au dividende réputé dans le cas des « nouvelles polices d'assurance-vie ».

ABSTRACT

This article deals with the tax consequences of corporate buy-back agreements, arising out of the signing of such an agreement as well as out of its implementation. This analysis leads us to conclude that, notwithstanding recent amendments, more particularly the new Part II tax, the reduction of the dividend tax credit and of the adjusted cost base of the shares to the estate of the deceased shareholder by the amount of the deemed dividend paid out of the life-insurance capital dividend account, the corporate buy-back agreement remains a useful legal instrument by reason of the guarantees it provides with respect to the specific performance of the obligations contained therein and to the valuation of shares for all purposes.

* Par l'expression « convention de rachat », nous entendons un contrat entre une compagnie « privée » et ses actionnaires prévoyant l'achat des actions par la compagnie en cas de retrait volontaire ou involontaire des actionnaires.

** B.A., LL.L. (Ott.), LL.M. (Mtl), professeure à la Faculté de droit, Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

SOMMAIRE

Introduction.....	9
Chapitre I : La convention de rachat	13
1. Distinction entre la convention de rachat et la convention d'achat-vente entre actionnaires	13
2. La validité de la convention de rachat.....	15
3. Les effets de la convention de rachat.....	19
Chapitre II : Les conséquences fiscales de la convention de rachat.....	21
1. Les conséquences immédiates.....	22
A : Le coût de l'assurance-vie.....	22
1) La déductibilité des primes d'assurance.....	22
2) L'avantage à un actionnaire.....	24
a) Les conventions d'achat-vente entre actionnaires	24
b) Les conventions de « rachat ».....	26
B : L'incidence du lien de dépendance et du concept des corporations associées	26
1) La notion de lien de dépendance.....	26
2) Le concept des corporations associées	32
2. Les conséquences fiscales particulières au moment du rachat.....	34
A : L'évaluation des actions.....	34
1) L'effet de la détention de la police d'assurance-vie par la compagnie et du produit d'assurance sur l'évaluation des actions pour fins fiscales ...	35
a) La détention par la compagnie de la police d'assurance-vie	35
b) L'inclusion du produit d'assurance-vie après le décès, pour fins d'évaluation des actions	36
2) L'effet de la convention de rachat sur l'évaluation des actions	40
a) Transactions réelles	41
b) Transactions réputées	42
i) La notion de « juste valeur marchande »	42
ii) La « juste valeur marchande » des actions dont le transfert est restreint	45
iii) L'opposabilité des restrictions au tiers acquéreur.....	48
I- Restrictions dans l'acte constitutif.....	48
II- Restrictions réglementaires.....	49
III- Restrictions conventionnelles	49
IV- La valeur de rétention.....	51
V- La prime au contrôle vs l'escompte aux actions minoritaires.....	55
B : Les conséquences fiscales particulières dans l'hypothèse d'un retrait volontaire	55
1) Conséquences pour la compagnie.....	56
2) Conséquences pour l'actionnaire qui se retire	58
a) Conséquences lors du rachat des actions ordinaires.....	58

b) Possibilité de la conversion préalable des actions ordinaires en actions privilégiées	60
3) Conséquences pour les actionnaires qui demeurent	61
C : Les conséquences fiscales particulières dans l'hypothèse du décès de l'actionnaire	61
1) Conséquences pour la compagnie	61
a) Le traitement fiscal applicable au produit de l'assurance-vie	61
i) Les « anciennes polices »	62
ii) Les « nouvelles polices »	63
b) L'incidence des droits successoraux	64
2) Conséquences pour l'actionnaire et sa succession	65
a) L'actionnaire — la disposition réputée	65
b) La succession — la disposition réelle	67
i) Les conventions financées par les « anciennes polices »	67
ii) Les conventions financées par les « nouvelles polices »	69
3) Conséquences pour les actionnaires qui demeurent	70
a) Le changement de contrôle	70
b) Le transfert du fardeau fiscal	71
Conclusion	72

INTRODUCTION

Peu d'opérations juridiques aujourd'hui sont sans incidences fiscales. C'est une réalité du monde moderne, réalité quotidienne avec laquelle nous vivons tous. En principe, on s'attend, toutefois, à ce qu'une même transaction entraîne toujours les mêmes conséquences fiscales. Par exemple, la vente d'actions d'une compagnie¹ devrait donner lieu à un certain résultat fiscal pour le vendeur, indépendamment de la personne de l'acheteur. Or, il n'en est rien. Et ce, parce que la fiction juridique entre en jeu.

Dans l'analyse des conséquences fiscales de l'achat de ses propres actions par une corporation, la fiction intervient en droit des compagnies et en droit fiscal. Le droit crée d'abord un nouveau sujet de droit, la corporation, une personne, dite morale, qui n'existe que parce que le législateur veut bien lui reconnaître une personnalité juridique propre, distincte de la personne de ses administrateurs et de ses actionnaires. Bien que la

¹ Pour les fins du présent article, les termes « compagnie », « corporation » et « société commerciale » seront employés indifféremment pour désigner une personne morale à responsabilité limitée, constituée (ou prorogée) en vertu de la *Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, c. 33, mod. par 1976-77, c. 52; 1978-79, c. 9, et c. 11; 1980-81-82-83, c. 43, c. 47, et c. 115 (ci-après la *L.S.C.C.*) ou des Parties I et IA de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q. 1977, c. C-38, mod. par L.Q. 1979, c. 31; L.Q. 1980, c. 28 et L.Q. 1982, c. 26 et c. 52 (ci-après la *L.C.Q.* (Partie I) ou *L.C.Q.* (Partie IA), selon le cas).

personne morale jouisse, en principe, de tous les droits, privilèges et attributs de la personne physique, elle n'est pas soumise aux limites proprement physiques du particulier, notamment la maladie, la mort et l'impossibilité de se porter acquéreur de sa propre personne, ne serait-ce que par défaut d'intérêt.

De façon générale, le droit transige tant bien que mal avec sa créature, la corporation. Tantôt il s'arrête à la personnalité juridique distincte de la corporation en refusant de soulever le voile corporatif, c'est-à-dire de considérer les actionnaires². Tantôt il choisit au contraire d'attribuer à la corporation elle-même certains traits propres à ses actionnaires, par exemple, la nationalité³. Dans d'autres circonstances, le droit (d'*equity*, cette fois) provoque la dissolution de la corporation, face aux difficultés particulières de ses actionnaires⁴. Et le droit tente de multiples façons de concilier les intérêts souvent divergents de la corporation, de ses administrateurs, de ses actionnaires et de ses créanciers.

C'est ainsi que le droit des compagnies a évolué, se détachant progressivement du formalisme et de la rigidité qui le caractérisaient à l'origine; exemple : nombre minimal d'actionnaires et le capital minimal souscrit et versé. Cette nouvelle souplesse se manifeste d'ailleurs par le pouvoir accordé aux compagnies d'acheter leurs propres actions, pouvoir essentiel à la conclusion de la convention de rachat qui fait l'objet du présent article.

Le droit fiscal compose parfois difficilement avec la fiction juridique qu'est la compagnie. Il affronte évidemment les problèmes de voile corporatif⁵. Mais au-delà de cette difficulté commune à tous les domaines du droit⁶, il y a au sein du droit fiscal, une dichotomie profonde qui

² *Salomon v. A. Salomon and Company, Limited*, [1897] A.C. 22 (H.L.).

³ *Daimler Company, Limited v. Continental Tyre and Rubber (Great Britain), Limited*, [1916] 2 A.C. 307 (H.L.).

⁴ Voir, par exemple, les propos de Lord Wilberforce dans l'arrêt *In Re Westbourne Galleries*, [1973] A.C. 360 (H.L.) à la p. 379 : "[...] The words ("just and equitable") are a recognition of the fact that a limited company is more than a mere legal entity, with a personality in law of its own : that there is room in company law for recognition of the fact that behind it, or amongst it, there are individuals, with rights, expectations and obligations *inter se* which are not necessarily submerged in the company structure. [...]"

⁵ Voir à ce sujet, John W. DURNFORD, "The Corporation Veil in Tax Law", (1979) 27 *Can. Tax J.* 282-326.

⁶ Voir, à titre d'exemple, en droit des obligations, *L'industrielle, Compagnie d'assurance sur la vie c. Giroux et Fernand Giroux Inc.* [1971] C.A. 265, où on a refusé d'annuler une convention signée au nom de la corporation par un administrateur alors qu'il souffrait d'aberration psychotique. Voir, en droit du travail, *Nedco Ltd. v. Clark*, (1974) 43 D.L.R. 714, où la Cour d'appel de la Saskatchewan a refusé d'accorder une injonction interdisant le piquetage d'un immeuble occupé par la compagnie-mère et la filiale, alors que seuls les employés de la compagnie-mère étaient en grève, au motif qu'il s'agissait de fait d'une seule entreprise commerciale (théorie de l'*enterprise entity*) gérée par deux personnes juridiques distinctes. Voir, en droit pénal, *Regina v. Electrical Contractors*

résulte d'objectifs nettement contradictoires, soit d'une part, l'idéal de l'intégration et d'autre part, le souci de stimuler l'économie nationale en accordant à certaines compagnies canadiennes un traitement fiscal privilégié.

Par intégration, on désigne un régime qui impose les corporations et les actionnaires de façon telle que le coût fiscal demeure le même, que les revenus soient reçus directement par les particuliers ou par l'entremise d'une corporation⁷. L'intégration n'est, cependant, pas parfaite au Canada, ce qui a pour effet de favoriser la constitution en corporation en vue de réduire ou de différer le fardeau fiscal⁸.

De façon parallèle, pourtant, le législateur fédéral encourage l'utilisation de corporations, par le biais de déductions d'impôt qui ne sont accessibles qu'à certaines corporations, par opposition aux particuliers et à d'autres corporations⁹. L'idéal de l'intégration et le régime fiscal privilégié de certaines petites entreprises (nécessairement incorporées) coexistent en droit fiscal. Du même souffle, donc, on reconnaît que le bénéficiaire ultime des revenus gagnés est toujours un particulier et que la corporation n'est qu'un simple moyen de transmission¹⁰, tout en accordant à ce canal un droit exclusif à certains avantages fiscaux. La fiction acquiert une nouvelle dimension.

De plus, le mode de rédaction législative en matière fiscale, qui consiste souvent à édicter des présomptions irréfragables quant à certains

Association of Ontario and Dent, (1961) O.R. 265 (C.A. Ont.), où deux corporations ont été trouvées coupables de complot par l'entremise de leur président respectif, M. Dent, qui cumulait les deux postes.

⁷ Sur le concept de l'intégration, voir le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité* (la Commission Carter), Ottawa, Imprimerie de la Reine, 1967, Tome IV, c. 19, p. 3-97.

⁸ Voir, à ce sujet, David Phillip JONES, "Corporations, Double Taxation and the Theory of Integration", (1979) 27 *Can. Tax J.* 405-427. *Id.*, "Further Reflections on Integration: The Modified Small Business Deduction, Nonqualifying Businesses, Specified Investment Income, Corporate Partnerships, and Personal Service Corporations", (1982) 30 *Can. Tax J.* 1-21. Voir également *Le plan complet du budget*, déposé à la Chambre des Communes par l'honorable Allan J. MacEachen, le 12 novembre 1981, Ministère des Finances, p. 45-46, quant aux propositions visant à rajuster le mécanisme d'intégration. Voir aussi Ronald LARTER et John LEE, "The Corporate Distribution Tax: The Government Strikes Back", (1982) 30 *Can. Tax J.* 647-650.

⁹ À titre d'exemples, voir les art. 125 et 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, c. 63 et amendements subséquents (ci-après *L.I.R.*).

¹⁰ D.P. JONES, "Further Reflections...", *supra*, note 8, p. 21 : "[...] Corporations — like trusts and partnerships — are merely figments of the fertile legal mind, conduits through which wealth flows to real live human beings, who in the end pay all taxes. If the government expects citizens to feel an obligation to pay their fair share of taxes — even at a progressive rate — then it must treat its citizens fairly. Not only does this mean that a dollar is a dollar is a dollar, but also that all three dollars should be treated equally, notwithstanding the form of economic activity or the legal vehicle through which they are earned."

faits¹¹ ou encore, quant à la nature des fonds reçus¹², nous impose également la fiction juridique. Et une seule présomption de ce genre exige tout un échafaudage intellectuel. Par exemple, lors d'une disposition réputée, il faut imaginer un marché, un acheteur, un prix de vente, tous hypothétiques. Et nous avons tendance à reproduire en imagination le monde tel que nous le connaissons... à une différence près, cependant. Le monde imaginaire fonctionne selon la théorie, il ne connaît pas les problèmes quotidiens. Un peu comme la corporation, cette personne qui n'est jamais malade, qui ne peut mourir.

Et pourtant, nul ne peut vivre éternellement dans la fantaisie et le malaise se crée quand on réintègre la réalité. Le droit ne fait pas exception à cette règle et nous verrons tout au long du présent article les difficultés que le législateur et les tribunaux éprouvent à tenter de concilier la fiction et la réalité. C'est la toile de fond juridique sur laquelle se dessine notre analyse.

Avant de procéder à l'étude des conséquences fiscales de l'achat¹³ par une compagnie privée¹⁴ de ses propres actions lors du retrait d'un actionnaire, il convient de circonscrire le concept de la convention de rachat en la distinguant d'abord de la convention d'achat-vente entre

¹¹ Voir, à titre d'exemples, les dispositions réputées des art. 45, 48 et 70 *L.I.R.*

¹² Voir, à titre d'exemples, les dividendes réputées à l'art. 84 *L.I.R.*

¹³ Pour bien comprendre la discussion qui suit, il faut définir les notions d'achat et de rachat, pour ensuite les distinguer. Le terme « achat » est habituellement employé pour désigner le contrat de gré à gré en vertu duquel une compagnie se porte acquéreur d'actions de son propre capital-actions, détenues par un de ses actionnaires. (M. MARTEL et P. MARTEL, *La Compagnie au Québec*, « *Les aspects juridiques* », t. 1, Montréal, Éditions Thélème Inc., 1976, pp. 18-16 à 18-27). Le terme « rachat » désigne l'achat forcé d'actions privilégiées, qui sont stipulées rachetables dans l'acte constitutif de la compagnie. Le rachat peut être provoqué soit par une décision unilatérale de la compagnie, soit à la demande de l'actionnaire. (À titre d'exemple, l'art. 2 de la *L.S.C.C.* énonce la définition suivante : « action rachetable » désigne celle que la société émettrice : a) peut acheter ou racheter unilatéralement, ou b) est tenue, par ses statuts, d'acheter ou de racheter à une date déterminée ou à la demande d'un actionnaire).

Phillips distingue ainsi l'achat du rachat : [...] A "purchase" by a corporation of its own shares, on the other hand, differs from a redemption in that the right or duty of the corporation to buy does not arise from a provision in its articles and may not relate to all the shares of a given class; it results from a specific agreement between the corporation and the shareholder which may be entered into either at the time the shares are created or subsequently. (Robert L. PHILLIPS, "The Concept of a Corporation's Purchase of its own Shares", (1977) 15 *Alta L. Rev.* 324, p. 339).

NOTA : Bien que la convention dont il est question ici soit, à proprement parler, une convention d'achat, nous avons néanmoins choisi de la désigner « convention de rachat » pour insister sur la distinction entre celle-ci et la convention d'achat-vente entre actionnaires.

¹⁴ Par compagnie « privée », nous désignons une compagnie dont l'acte constitutif contient les trois stipulations prévues à l'article 5 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Q. 1982, c. 48, sous la désignation « société fermée ». Il s'agit, en outre, d'une « corporation privée dont le contrôle est canadien » aux termes des alinéas 125 (6) (a) et 89 (1) (f) *L.I.R.* Voir aussi l'alinéa 570 (e) de la *Loi sur les impôts*, L.R.Q. 1977, c. I-3 et les modifications subséquentes (ci-après la *L.I.Q.*).

actionnaires pour en analyser ensuite la validité, les effets juridiques et les dispositions habituelles. Un deuxième chapitre traite des conséquences fiscales qui découlent de la signature de la convention et de sa mise en œuvre.

CHAPITRE I - LA CONVENTION DE RACHAT

1 - Distinction entre la convention de rachat et la convention d'achat-vente entre actionnaires

La convention de rachat a pour principal objet de résoudre d'avance les problèmes créés par le retrait ou le décès d'un actionnaire d'une petite corporation privée, problèmes attribuables à la juxtaposition de plusieurs facteurs. En effet, il y a peu ou pas d'acheteurs pour les actions de telles compagnies et la seule solution est souvent la liquidation d'une petite entreprise rentable, pour un prix dérisoire. D'autre part, la participation soudaine d'un étranger ou d'une succession à l'administration de la compagnie peut sérieusement compromettre la marche des affaires, en minant la confiance des créanciers ou des employés-clés, par exemple. Ce qui est en jeu, c'est non seulement la propriété des actions, mais souvent la survie de la corporation elle-même.

La solution classique à ce problème, inhérent à la compagnie privée, a été importée des États-Unis, dans les provinces de *common law* d'abord. Il s'agit du *shareholders' agreement*, la convention entre actionnaires, et plus particulièrement, le *buy-sell agreement*, la convention d'achat-vente¹⁵. Depuis l'arrêt *Bergeron c. Ringuet*¹⁶, la validité de ces conventions ne fait plus de doute¹⁷. Elles ne sont d'ailleurs soumises à aucune

¹⁵ Voir généralement à ce sujet, Y. BRISSON, *Convention en vue d'un contrat achat-vente (en droit des compagnies privées)*, thèse de maîtrise en droit, Université d'Ottawa, 1977, 284 p. et R. TOUPIN, « La convention d'achat-vente entre actionnaires de corporations privées », (1980) *C.P. du N.* 205 à 233.

¹⁶ [1958] B.R. 222; conf. [1960] R.C.S. 672. Voir également *Motherwell v. Schoof*, (1949) 4 D.L.R. 812 (C.S. Alb.) et *M.N.R. v. Aarons's Ladies Apparel Ltd.*, [1967] C.T.C. 50 (C.S. Can.), conf. [1966] C.T.C. 330 (C. de l'E.).

¹⁷ Voir les propos du juge Judson, au nom de la majorité de la Cour suprême, dans l'affaire *Bergeron c. Ringuet* précitée, *Ibid.*, p. 684 : "[...] It is no more than an agreement among shareholders owning or proposing to own the majority of the issued shares of a company to unite upon a course of policy or action and upon the officers whom they will elect. There is nothing illegal or contrary to public order in an agreement for achieving these purposes. Shareholders have the right to combine their interests and voting powers to secure such control of a company and to ensure that the company will be managed by certain persons in a certain manner. This is a well-known, normal and legal contract and one which is frequently encountered in current practice and it makes no difference whether the objects sought are to be achieved by means of an agreement such as this or a voting trust. Such an arrangement is not prohibited either by law, by good morals or public order."

condition de forme particulière mais demeurent assujetties aux règles habituelles régissant la validité des contrats, règles prescrites par le Code civil. Malgré le nom employé, il ne s'agit pas d'une vente au sens de l'article 1472 du Code civil, mais plutôt d'une promesse de vente synallagmatique, sous condition suspensive¹⁸. Bien qu'une certaine jurisprudence ait interprété la convention d'achat-vente comme étant un pacte sur succession future au sens de l'article 1061 C.C. et, par conséquent, prohibé, la Cour d'appel a récemment renversé cette décision et s'est ralliée à la doctrine qui reconnaît la validité des conventions d'achat-vente entre actionnaires de compagnies privées¹⁹.

Dans sa forme la plus rudimentaire, la convention peut offrir aux actionnaires qui l'ont signée un droit de premier refus, lorsque l'un d'entre eux souhaite vendre ses actions²⁰. En règle générale, dans une convention d'achat-vente, les actionnaires conviennent qu'advenant le retrait volontaire ou forcé, ou la mort d'un actionnaire, cet actionnaire ou sa succession, selon le cas, devra vendre ses actions aux autres actionnaires. En contrepartie, les autres actionnaires s'engagent à acheter les actions à un prix stipulé dans la convention ou encore, à un prix à déterminer selon une méthode prévue dans la convention.

On constate que la convention d'achat-vente a pour avantage principal de déterminer d'avance les modalités du transfert des actions lors du retrait volontaire ou forcé d'un actionnaire. On assure ainsi aux actionnaires restants, la possibilité de choisir, dans une certaine mesure, leurs futurs associés, tout en garantissant aux actionnaires sortants un marché éventuel pour leurs actions. De plus, on offre à la corporation elle-même une certaine assurance de survie.

En bref, les conventions d'achat-vente visent trois objectifs généraux : la restriction du transfert des actions de la compagnie; la conservation de l'intérêt commercial; et l'assurance d'un marché éventuel pour les actions²¹.

¹⁸ Art. 1476 C.C. *Labrie c. Tardif-Métivier*, [1977] C.S. 359.

¹⁹ *Labadie c. Labrecque*, C.S. Québec n° 200-05-004257-742, 6 juillet 1977, (J. Fournier), inf. par [1981] C.A. 401 (en appel à la Cour suprême). Voir aussi L. PLAMONDON, « Assurance-vie commerciale — La convention d'achat-vente », dans *Le droit des assurances et la comptabilité en fidéicommiss*, Chambre des notaires de la Province de Québec, Cours de perfectionnement tenus à l'Université de Montréal, les 1, 2, 3 avril 1976, pp. 73 à 78. Voir également R. TOUPIN, *supra*, note 15, pp. 213 et 214 et Denis GARIÉPY, *Convention entre actionnaires — Introduction*, conférence présentée le 27 novembre 1981, à Montréal, à un colloque de l'Association québécoise de planification fiscale et successorale (A.Q.P.F.S.), (*pro manuscripto*), p. 8-10.

²⁰ Pour un exemple de ce genre de convention, voir *Sauvé c. Hébert et autres de La Photogravure Nationale Ltée*, [1950] B.R. 173. Dans l'affaire *Fleury c. Socquet et Les Pavages de l'Est Inc.*, [1973] C.A. 135, le droit de premier refus était prévu dans les lettres patentes de la compagnie.

²¹ R. TOUPIN, *loc. cit.*, note 15, p. 215-6, énumère les divers avantages des conventions, dont les suivants pour la compagnie :

Pour atteindre ces objectifs, la convention contient habituellement des dispositions relatives au financement et aux modalités d'exécution des obligations.

La convention de rachat²², c'est-à-dire le contrat en vertu duquel une compagnie privée s'engage à acheter les actions de ses actionnaires en cas de retrait volontaire ou forcé, est assimilable aux conventions d'achat-vente par ses objectifs et ses avantages. Une différence majeure saute aux yeux cependant. Dans la convention de rachat, la compagnie elle-même doit nécessairement être partie à la convention. Malgré cette différence, la convention de rachat, par un processus tout autre, a le même effet que la convention d'achat-vente.

La convention de rachat est donc un outil juridique distinct susceptible d'apporter des solutions nouvelles au problème exposé en introduction. Et c'est l'étude de cette convention de rachat et de ses conséquences fiscales qui fait l'objet du présent article. Nous n'avons pas l'intention de faire une analyse comparative des avantages respectifs de la convention d'achat-vente traditionnelle ou classique par opposition à la convention de rachat. Il est, toutefois, impossible d'éviter toute comparaison, étant donné les rapprochements entre les deux types de conventions.

2 - La validité de la convention de rachat

La capacité d'une corporation d'acheter ses propres actions constitue évidemment la condition *sine qua non* de la conclusion de la convention de rachat. Il s'agit là, toutefois, d'un concept de droit corporatif relativement récent au Canada et très récent au Québec²³. Dans le célèbre arrêt *Trevor c. Whitworth*, la Chambre des Lords avait analysé l'achat par

-
- elle permet à la compagnie de poursuivre son élan sans interruption, évitant toute lutte pour le contrôle de la gestion;
 - elle rassure les créanciers qui autrement risqueraient de s'inquiéter;
 - elle dissipe la confusion qui pourrait troubler les employés à propos de leur avenir personnel dans la compagnie;
 - elle préserve la vie même de l'entreprise.

²² Il ne s'agit pas à proprement parler d'un rachat, mais d'un achat. Voir les commentaires *supra*, note 13.

²³ Pour une étude approfondie à ce sujet, voir Robert L. PHILLIPS, *loc. cit.*, *supra*, note 13, pp. 324-399; Léon GETZ, "Some Aspects of Corporate Share Repurchases", (1974) 9 *U.B.C. L. Rev.* 9-37; N. J. LEBLOVIC, "Stock Purchase and Redemption Legislation in Ontario", (1968) 26 *U. of T., Fac. of L.R.* 59-76; Robert DEMERS, « Achat et rachat d'actions en vertu de la *Loi régissant les sociétés commerciales canadiennes* », (1981) 22 *C. de D.* 55-79. Voir aussi Howard J. KELLOUGH and Randolph B. ZIEN, "Corporate Share Repurchase Plans: An Alternative to Shareholders' Buy-Sell Arrangements", (1977) 25 *Can. Tax. J.* 475.

une compagnie de ses propres actions comme un non-sens, une impossibilité et une illégalité²⁴. Cette prohibition absolue a été suivie de l'élaboration de certaines exceptions jurisprudentielles²⁵ et législatives²⁶ pour aboutir finalement à une reconnaissance législative expresse, dans certaines juridictions.

C'est la province d'Ontario qui, en 1970, a fait œuvre de pionnière en autorisant les corporations régies par le *Ontario Business Corporations Act*²⁷ à acheter toute action de leur capital-actions, y compris les actions ordinaires. Le législateur fédéral lui a emboîté le pas en 1975; le législateur québécois, en 1980²⁸.

La transition ne s'est pas faite sans heurts. En effet, plusieurs personnes s'opposaient à l'adoption de la nouvelle législation en raison de son objet et de ses effets.

De façon générale, la décision d'une corporation d'acheter ou de racheter ses propres actions n'est pas une décision d'investissement. L'achat est une forme de liquidation partielle, en ce sens que la corporation remet au détenteur des actions achetées sa mise de fonds initiale et ne reçoit aucun actif utile en contrepartie²⁹. De fait, le motif d'opposition principal semble être que la corporation, en achetant les actions de son propre capital-actions, fait un déboursé qui, somme toute, ne sert que les actionnaires qui restent, en augmentant le pourcentage d'actions qu'ils détiennent — leur part de contrôle, donc.

Par contre, la capacité d'une corporation d'acheter ses propres actions est considérée par certains comme un outil corporatif précieux, sinon essentiel. En effet, la corporation peut utiliser son pouvoir d'achat en vue d'atteindre certains objectifs commerciaux, dans l'intérêt de ses créanciers et de ses actionnaires. Par exemple, la corporation peut accepter ses actions en règlement d'une créance, désintéresser ses actionnaires dissidents, favoriser la participation de ses employés aux profits réalisés, tout en conservant la possibilité de mettre un terme à cette participation en cas de cessation d'emploi. De plus, le pouvoir général d'achat peut faciliter les fusions, la réorganisation de la structure du capital d'une corporation ainsi que les acquisitions d'autres compagnies, surtout dans le cas de compagnies dont les actions sont cotées à la Bourse.

²⁴ *Trevor v. Whitworth* (1887) 12 A.C. 409 (H.L.).

²⁵ Notamment lors d'une donation ou d'un legs d'actions entièrement payées à une compagnie. Voir *In re Castiglione's Will Trusts*, [1838] Ch. 549; [1858] 2 W.L.R. 400.

²⁶ Voir, par exemple, les dispositions législatives prévoyant la réduction du capital : les articles 58, 59, 63, 64 et 65 de la *L.C.Q.* (Partie I), les articles 123.62 à 123.65 de la *L.C.Q.* (Partie 1A), et l'article 36 de la *L.S.C.C.* Voir aussi la possibilité pour une compagnie de créer des actions privilégiées stipulées rachetables dans son acte constitutif : art. 48 (1) (d) *L.C.Q.* (Partie I).

²⁷ R.S.O. 1970, c. 53, art. 39.

²⁸ Art. 32 *L.S.C.C.* et 123.52 *L.C.Q.* (1A). Signalons que la prohibition de *Trevor v. Whitworth* garde tout son effet à l'égard des actions ordinaires de la compagnie constituée en vertu de la *L.C.Q.* (Partie I).

²⁹ R. PHILLIPS, *loc. cit.*, note 13, p. 341-2 ainsi que les références y citées.

Il est intéressant de noter que la possibilité pour une compagnie privée de conclure une convention de rachat était précisément l'un des motifs invoqués en faveur de l'adoption d'une telle mesure :

More specifically with respect to the private or close corporation, a corporate share purchase can be used to smoothly transfer control, or to provide the necessary and often otherwise unavailable funds to buy the shares of a deceased, retiring or dissenting shareholder³⁰.

En effet, on reconnaît généralement à la corporation privée un intérêt quant à son propre contrôle, puisque le contrôle est intimement lié à l'unité et à l'harmonie essentielles à sa survie.

The essence of the success of a private corporation is that control of same is retained by those persons having a direct interest in the furtherance of the business. As is the case with many a successful enterprise, a third party intermeddler will often attempt to wrest control of the corporation from the owners for no other purpose than to divert its profits to some outside venture, leaving the company bankrupt³¹.

D'ailleurs, on retrouve dans le rapport Lawrence, les commentaires suivants, à l'appui de leur recommandation :

The right to purchase common shares [. . .] certainly provides a much needed flexibility for shareholders in the event of the death or retirement from the business of one of the principal shareholders³².

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus, le législateur fédéral a autorisé les compagnies constituées ou prorogées en vertu de la *L.S.C.C.*, à acheter toute action de leur capital-actions à condition de ne pas entamer leur capital et de respecter un test général de solvabilité³³. On constate que la portée de l'arrêt *Trevor c. Whitworth* a été considérablement réduite par l'adoption de cette mesure. La règle du maintien du capital demeure. Son corollaire, soit l'interdiction de « trafiquer dans son capital-actions », est tronqué : la société commerciale peut acquérir ses propres actions, mais elle ne peut les revendre, elle doit annuler les actions ainsi acquises³⁴.

³⁰ *Id.*, p. 398.

³¹ N. J. LEBLOVIC, *loc. cit.*, note 23, p. 74.

³² *Interim Report of the Select Committee on Company Law, (Lawrence Report)*, Ontario, 1967, par. 5.28, p. 37.

³³ L'article 32 *L.S.C.C.* se lit ainsi : « 32. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et de ses statuts, la société peut acheter ou autrement acquérir des actions qu'elle a émises.

(2) La société ne peut acheter ou autrement acquérir des actions qu'elle a émises s'il existe des motifs raisonnables de croire que, de ce fait,

a) elle ne peut ou ne pourrait acquitter son passif à échéance; ou

b) la valeur de réalisation de son actif serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré. »

³⁴ Voir l'art. 37 (5) *L.S.C.C.* Signalons que les actions reprennent le statut d'actions autorisées non émises, lorsque les statuts de la société commerciale limitent le nombre d'actions autorisées.

Pour ce qui est des compagnies constituées en vertu de la Partie I de la *L.C.Q.*, elles sont toujours soumises à la règle de *Trevor c. Whitworth*. La seule possibilité demeure donc le rachat d'actions privilégiées, stipulées rachetables dans les lettres patentes de la compagnie³⁵.

Les compagnies de la Partie IA, par contre, ont le même pouvoir général d'achat que les compagnies fédérales³⁶. Mais le test de solvabilité et le test comptable sont légèrement différents. En effet, l'art. 123.167 de la *L.C.Q.* (Partie IA) autorise les administrateurs à utiliser soit la valeur de réalisation de l'actif, soit sa valeur comptable, aux fins de déterminer si la position financière de la compagnie lui permet de procéder à l'achat de ses propres actions.

Aucun article de loi ne traite directement de la validité de la convention de rachat qui, pourtant, ne fait pas de doute. En effet, sa validité s'infère nécessairement de certaines dispositions législatives, y compris l'article 33 de la *L.S.C.C.*, dont les parties pertinentes se lisent ainsi :

33 (1) Nonobstant le paragraphe 32 (2), mais sous réserve du paragraphe (3) et de ses statuts, la société peut acheter ou autrement acquérir des actions qu'elle a émises, afin :

a) [...]

b) [...]

c) d'exécuter un contrat incessible aux termes duquel elle a l'option ou l'obligation d'acheter des actions appartenant à l'un de ses administrateurs, dirigeants ou employés.

(2) [...]

(3) La société ne peut acheter ou autrement acquérir, conformément au paragraphe (1), des actions qu'elle a émises s'il existe de bonnes raisons de croire que, de ce fait,

a) elle ne peut ou ne pourrait acquitter son passif à échéance; ou

b) la valeur de réalisation de son actif serait inférieure au total de son passif et des sommes nécessaires au paiement, en cas de rachat ou de liquidation, des actions payables par préférence³⁷.

³⁵ Voir les commentaires, *supra*, p. 16. Une compagnie constituée sous la Partie I peut également se continuer en vertu de la Partie IA, en suivant la procédure prévue aux articles 123.131 à 123.138 *L.C.Q.*, auquel cas elle devient une compagnie régie par les dispositions de la Partie IA.

³⁶ Voir l'article 123.56 *L.C.Q.* (Partie IA) qui se lit comme suit : « 123.56 Dans tous les autres cas, une compagnie peut acquérir des actions entièrement payées qu'elle a émises mais elle ne peut les payer s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'en raison de ce fait :

1. elle ne pourrait acquitter son passif à échéance; ou

2. la valeur comptable de son actif serait inférieure au total de son passif et de son compte de capital-actions émis et payé. »

Ainsi l'impossibilité d'acquérir, en vertu de la loi fédérale, se traduit par une simple impossibilité de payer, en vertu de la *L.C.Q.* (Partie IA).

³⁷ L'art. 123.55 de la *L.C.Q.* (IA) est au même effet, sous réserve des commentaires précédents quant à la possibilité d'utiliser la valeur comptable de l'actif et quant à la distinction entre « acquérir » et « payer », voir *supra*, note 36.

Par cette mesure, le législateur autorise les sociétés commerciales à entamer leur capital déclaré afin d'exécuter un contrat intervenu entre la compagnie et un de ses proches, administrateurs, dirigeants ou employés. C'est évidemment la situation qui se présente le plus fréquemment dans le cadre des compagnies privées. Il s'agit d'un traitement de faveur par rapport au pouvoir général d'achat énoncé à l'article 32 de la *L.S.C.C.* Signalons que cette exception demeure néanmoins soumise à l'exigence générale de la solvabilité de la compagnie.

Bien que l'article 38 de la *L.S.C.C.* traite de l'exécution de la convention de rachat, Getz est d'avis que cette disposition confirme indirectement la validité de la convention :

Some courts in the United States have held that such repurchase agreements are unenforceable at the suit of the company. In *Topken, Loring & Schwartz, Inc. v. Schwartz*, (163 N.E. 735, N.Y.C.A. 1928), it was reasoned by a New York Court that because the agreement *might* not be binding on the company because of an inability to comply with the solvency limitations of the legislation, it was not binding on the shareholder: the company's promise to purchase was illusory, and the shareholder's promise to sell was therefore unsupported by any consideration³⁸.

Dans cette perspective, il semble que le législateur fédéral ait effectivement voulu éviter la controverse créée aux États-Unis, en adoptant l'article 38 de la *L.S.C.C.* qui se lit ainsi :

38.(1) La société peut être tenue d'exécuter les contrats qu'elle a conclus en vue de l'achat de ses actions, pourvu que ce faisant, elle ne contrevenne pas aux articles 32 ou 33.

3 - Les effets de la convention de rachat

Moyennant la réception du prix des actions et la délivrance des certificats d'actions, le vendeur perd évidemment sa qualité d'actionnaire. Dans les cas où la compagnie n'est pas en mesure d'exécuter le contrat immédiatement, faute de liquidité, l'actionnaire acquiert le statut de créancier de la compagnie. Il a droit d'être payé dès que la compagnie peut légalement le faire et, advenant une liquidation, volontaire ou involontaire, il a droit d'être colloqué après tous les créanciers mais avant les autres actionnaires, indépendamment des privilèges ou priorités afférents aux diverses catégories d'actions³⁹.

Quant à l'acheteur, c'est-à-dire la compagnie, elle est liée par la convention qui est susceptible d'exécution forcée, sous réserve du test

³⁸ Léon GETZ, *loc. cit.* note 23, p. 29.

³⁹ Art. 38 (3) *L.S.C.C.* En vertu de l'article 123.57 *L.C.Q. (IA)*, le droit de préférence s'exerce par rapport aux autres actionnaires de la même catégorie.

de solvabilité imposé par la loi. C'est d'ailleurs à la compagnie qu'il incombe de prouver qu'elle ne peut respecter le test⁴⁰.

Au moment de l'exécution, bien que la compagnie ait effectivement acquis ses propres actions, elle n'est pas considérée comme un actionnaire. En effet, elle n'a pas le droit de détenir ses actions, ni d'exercer les droits de vote afférents aux actions⁴¹. De façon générale, les actions acquises par la compagnie émettrice doivent être annulées. Si les statuts de la compagnie limitent le nombre d'actions autorisées, les actions peuvent reprendre le statut d'actions autorisées non émises⁴².

Il ressort des considérations qui précèdent qu'une compagnie constituée (ou prorogée) en vertu de la *L.S.C.C.* ou de la *L.C.Q.* (Partie IA) peut valablement s'engager à acheter les actions de son propre capital-actions, détenues par un de ses actionnaires. Cette compagnie peut être tenue d'exécuter ce contrat, dans la mesure où elle respecte le test de solvabilité imposé. D'ailleurs, dans le cas d'un contrat entre la compagnie émettrice et un de ses administrateurs, dirigeants ou employés, le législateur a adopté un test de solvabilité moins exigeant, qui permet même à la compagnie d'entamer une partie de son capital, en vue de faciliter l'exécution du contrat. Lorsque la société émettrice ne peut légalement exécuter le contrat, le législateur protège l'actionnaire-vendeur en lui conférant un statut de créancier « spécial ».

Pour ce qui est des compagnies constituées en vertu de la *L.C.Q.* (Partie I), la prohibition d'acquérir ses actions ordinaires subsiste. Elles ne peuvent que « racheter » leurs actions privilégiées « rachetables ». À moins de se continuer en vertu de la *L.C.Q.* (Partie IA), donc, elle ne peut conclure une convention de rachat.

L'avantage de la convention de rachat par rapport à la convention d'achat-vente classique saute aux yeux quand on en considère les effets. Par cette opération, la société commerciale réussit à désintéresser l'un de ses actionnaires et à diminuer son capital émis. De ce fait, les actionnaires qui demeurent augmentent leur participation proportionnelle dans la compagnie. Dans certains cas, ils ont même acquis le contrôle de la compagnie, grâce à une opération juridique à laquelle ils ne sont pas partie. On voit très bien que dans un tel contexte, les intérêts respectifs de la société commerciale et des actionnaires qui demeurent se confondent.

Les conséquences fiscales de la convention de rachat varient évidemment selon les dispositions particulières y prévues. Ceci dit, nous n'avons pas l'intention d'analyser chacune des clauses habituelles de ce genre de contrats et leurs incidences juridiques. Plus précisément, nous ne nous attarderons pas à la capacité des parties, ni à l'état civil et au

⁴⁰ Art. 38 (2) *L.S.C.C.* et 123.57 *L.C.Q.* (IA).

⁴¹ Art. 30 (1) et 31 (3) de la *L.S.C.C.* et les art. 123.43 et 123.45 de la *L.C.Q.* (IA).

⁴² Art. 37 (5) de la *L.S.C.C.* et 123.42 de la *L.C.Q.* (IA).

régime matrimonial des actionnaires, non plus qu'aux diverses clauses accessoires touchant les modalités d'exécution des obligations, notamment le dépôt des certificats d'actions, la nomination d'un fiduciaire, la définition de l'invalidité, et le reste.

Il suffit pour nos fins de mentionner que la convention de rachat comporte habituellement une disposition relative au financement et que le mode de financement par excellence dans le cas du décès d'un actionnaire demeure l'assurance-vie⁴³. De plus, la convention doit établir le prix de vente des actions, en précisant soit une somme fixe, soit une formule de détermination du prix⁴⁴. Ce sont là les clauses qui sont susceptibles d'avoir le plus grand impact au niveau du fisc. Nous traitons de cette question dans le deuxième chapitre.

CHAPITRE II - LES CONSÉQUENCES FISCALES DE LA CONVENTION DE RACHAT

La simple signature de la convention de rachat entraîne des répercussions fiscales qui se traduisent soit par une réduction de coût, soit par la création fictive de liens juridiques. C'est pourquoi nous allons analyser ces incidences fiscales en termes du coût de l'assurance-vie d'abord et ensuite en précisant les concepts du lien de dépendance et des corporations associées.

La mise en œuvre de la convention, le rachat proprement dit, provoque aussi des conséquences fiscales particulières. Comme elles diffèrent considérablement, pour chacune des parties à la convention, selon que le mécanisme a été déclenché par le retrait volontaire de l'actionnaire plutôt que par son décès, nous allons les analyser dans deux sections distinctes.

Par contre, les problèmes posés par l'évaluation des actions se retrouvent dans les deux hypothèses, soit le retrait et le décès. Bien qu'il y ait certaines différences, nous avons choisi arbitrairement de les regrouper dans une même section afin d'éviter les répétitions et afin de bien exposer les nuances qui s'imposent.

⁴³ Voir généralement à ce sujet, David A. WARD, "Insurance Funding of Buy-Sell Agreements", (1974) 22 *Can. Tax J.* 484-498; Rosanne ROCCHI, *Funding Buy-Sell Agreements*, (1979) 27 *Can. Tax J.* 105-112 et 206-211 et Jean-Claude FORTIER, André LÉVESQUE et André TREMBLAY, *Étude de cas : « Assurance-vie »*, Congrès « 79 », Association québécoise de planification fiscale et successorale, 1980, 405 à 434; Henry WHITE, "Split-Dollar Life Insurance for Buy and Sell Agreements", (1968) 16 *Can. Tax J.* 253-261.

⁴⁴ Voir généralement à ce sujet, David H. SOHMER, "The Buy-Out Provision in Agreements Between Shareholders of Closely Held Companies : Determining the Price", (1970) 30 *R. du B.* 308, à la p. 316; Ian R. CAMPBELL, "Get the most value from your shareholders' agreements — Not all agreements are fair for all", (1977) 110 *C.A. Mag.* 5 : 30-34, à la p. 31. Voir, à titre d'exemple, *Fleury c. Socquet* [1973] C.A. 135.

1 - Les conséquences fiscales immédiates

A : LE COÛT DE L'ASSURANCE-VIE

En principe, l'assurance-vie comporte le même coût, que les primes soient défrayées par un co-actionnaire ou par la compagnie⁴⁵. Mais deux facteurs influent, de façon indirecte, sur le calcul effectif. Dans la mesure où le taux d'impôt de la compagnie est inférieur à celui des actionnaires, il en coûte moins cher, en termes de dollars « après-impôt », de financer la convention par une police d'assurance-vie détenue par la compagnie⁴⁶. C'est une évidence qui se passe de commentaires. De plus, la possibilité de déduire les primes dans le calcul du revenu pour fins d'impôt représente une économie considérable. Par contre, l'imposition à titre d'avantage à un actionnaire risque fort de réduire à néant ces économies.

1) La déductibilité des primes d'assurance

Les primes d'assurance ne seront jamais déductibles pour un actionnaire. Il est difficile de soutenir que cette dépense a été engagée en vue de produire un revenu de biens ou d'entreprise et ne tombe pas, de ce fait, sous le coup de la prohibition générale prévue à l'alinéa 18 (1) (a)

⁴⁵ Il convient de signaler, toutefois, que suivant les nouvelles règles visant à imposer le revenu couru sur les polices d'assurance-vie non exonérées et les contrats de rente, une corporation doit inclure les montants prescrits dans son revenu chaque année, alors que les particuliers ne sont tenus de ce faire que tous les trois ans. Voir l'article 12.2 *L.I.R.* et particulièrement, les par. 12.2 (1), (3) et (4) *L.I.R.* L'alinéa 12.2(11) (a) *L.I.R.* définit la notion de « police exonérée » par renvoi aux règlements. Voir le Règlement de l'impôt sur le revenu, Partie LXX, C.P. 1983-3530, DORS/83-365, règlement 306, *Gazette du Canada*, Partie II, Vol. 117, Édition spéciale du 24 novembre 1983, p. 9. Signalons que l'assurance temporaire sera toujours exonérée puisque les nouvelles règles visent à imposer la partie investissement de la police et l'assurance temporaire ne comporte aucune fonction d'investissement. Pour plus de détails sur la notion de « police exonérée », voir Allan MACNAUGHTON, "New Income Tax Rules for Holders of Life Insurance Policies and Annuities", (1983) 31 *Can. Tax J.* 929-934.

⁴⁶ Ward donne l'exemple suivant des différences de coût : [...] If the shareholders are, for example, in the highest rates of income tax, say, 60%, they must amongst themselves receive a total of 2 500 \$ before tax in order to have, after tax, 1 000 \$ with which to pay insurance premiums. On the other hand, if the burden of the premium payments can be shifted to the corporation and the corporation enjoys a rate of tax of 20% (because it is a Canadian-controlled private corporation, its income is less than 100 000 \$ a year and it enjoys the manufacturing and processing rate on all of its income), the corporation would only have to earn 1 250 \$ before tax to pay a non-deductible premium of 1 000 \$ out of after-tax earnings. If the corporate rate is 25%, the amount of before-tax earnings necessary to pay a 1 000 \$ premium is 1 333 \$. If the premium is deductible as an expense for tax purposes, the corporation must earn only 1 000 \$ before tax to pay a 1 000 \$ premium. (David A. WARD, "Insurance Funding...", *loc. cit.*, note 42, 491.)

*L.I.R.*⁴⁷. De plus, l'effet combiné de l'alinéa 18 (1) (h) *L.I.R.* et de la définition de « frais personnels et de subsistance » prévue au paragraphe 248 (1) *L.I.R.* est d'interdire expressément la déduction des primes d'assurance dans ces circonstances⁴⁸.

Pour les mêmes motifs, les primes ne seront généralement pas déductibles par la compagnie. Il y a, toutefois, des exceptions à ce principe. Si un créancier exige expressément, comme condition à un prêt, que la compagnie contracte une assurance sur la vie d'un actionnaire, les primes pourront être déduites du revenu. En effet, le sous-alinéa 20 (1) (e) (ii) *L.I.R.* autorise la déduction des frais d'emprunt lorsque l'argent emprunté est utilisé par le contribuable en vue de tirer un revenu d'entreprise ou de bien⁴⁹. Les primes pourront donc être déduites, à titre de frais d'emprunt, lorsque la police est donnée en nantissement pour un emprunt particulier, jusqu'à concurrence du montant de cet emprunt.

Dans l'arrêt *Équitable Acceptance Corporation Ltd. c. M.N.R.*⁵⁰, le juge Cattanach avait refusé la déduction des primes d'une assurance contractée à la demande du prêteur parce qu'il s'agissait d'une assurance-vie entière plutôt que temporaire et que, de ce fait, la nature véritable de la transaction était une acquisition d'actif, plutôt qu'une dépense engagée en vue de tirer un revenu. C'est là d'ailleurs la position qu'adopte le Ministère du revenu en exigeant absolument que la police souscrite vise une assurance temporaire, en plus d'autres conditions restrictives⁵¹.

Une décision récente du juge Dubé de la Cour fédérale, Division de première instance, *Antoine Guertin Ltée c. La Reine*⁵² atténue la rigueur de cette position. Dans cette affaire, la compagnie a souscrit une assurance-vie entière sur la tête de son président et a cédé la police en garantie d'un prêt. Elle a déduit de son revenu la proportion des primes imputables à la partie assurance de la police, jusqu'à concurrence du solde du prêt, donc en réduisant chaque année la déduction réclamée⁵³. Le juge Dubé a accordé la déduction en établissant une distinction entre la partie épargne et la partie assurance de la police.

Malgré les réserves exprimées ci-dessus quant à la possibilité de déduire les primes d'assurance dans des circonstances particulières, il

⁴⁷ L'art. 128 *L.I.Q.* est au même effet.

⁴⁸ Les art. 133 et 1 *L.I.Q.* produisent un résultat identique. Voir aussi *P. J. Salter v. M.N.R.*, [1947] C.T.C. 29 (C. de l'É.).

⁴⁹ L'art. 176 *L.I.Q.* est au même effet.

⁵⁰ [1964] C.T.C. 74; 64 D.T.C. 5045 (C. de l'É.).

⁵¹ Voir le Bulletin d'interprétation IT-309R, *Frais d'emprunt-Primes d'assurance-vie*, en date du 19 janvier 1979, par. 2, 3 et 4.

⁵² [1981] C.T.C. 351; 81 D.T.C. 5268 (C.F.). Voir aussi *Côté-Reco Inc. v. M.N.R.*, [1980] C.T.C. 2019; 80 D.T.C. 1012 (C.R.I.).

⁵³ Il n'est pas sûr que le contribuable doive nécessairement procéder ainsi puisque cette mesure n'est pas imposée dans le cas de l'assurance-vie temporaire. Voir IT-309R, *supra*, note 51, par. 7 et T.E. McDONNELL, "Current Cases", (1982) 30 *Can. Tax. J.* 57 et 58.

n'en reste pas moins que ces cas sont exceptionnels et que, de façon générale, surtout dans le contexte des conventions de rachat, la compagnie assume une dépense qui ne peut réduire son revenu fiscal.

2) *L'avantage à un actionnaire*

L'expression « assurance-corporation » désigne collectivement toutes les situations où la corporation contracte personnellement une police d'assurance sur la vie de ses actionnaires et en paie les primes. L'assurance-corporation sert à financer et les conventions d'achat-vente entre actionnaires et les conventions de rachat. Dans la première hypothèse, un problème particulier est susceptible de se présenter en raison de l'application du paragraphe 15 (1) *L.I.R.*⁵⁴.

a) LA CONVENTION D'ACHAT-VENTE ENTRE ACTIONNAIRES

Dans la mesure où l'on peut prétendre que la compagnie confère un avantage à un actionnaire en défrayant les primes d'une police d'assurance, ou même en détenant une telle police, en vue de financer une convention d'achat-vente entre actionnaires, l'actionnaire peut être tenu d'inclure le total des primes ainsi payées dans son revenu.

La position du Ministère du Revenu à ce sujet est exposée au paragraphe 6 du Bulletin d'interprétation IT-309R⁵⁵ qui se lit ainsi :

⁵⁴ Le par. 15 (1) *L.I.R.* se lit partiellement comme il suit : « Art. 15 (1) Lorsque, au cours d'une année d'imposition,

a) un paiement a été fait à un actionnaire par une corporation autrement qu'en vertu d'une opération commerciale véritable,

b) des capitaux ou des biens d'une corporation ont été attribués, de quelque manière que ce soit, à un actionnaire ou doivent servir à son profit, ou

c) un avantage a été accordé à un actionnaire par une corporation, autrement

d) qu'à l'occasion de la réduction du capital, du rachat, de l'annulation ou de l'acquisition, par la corporation, d'actions de son capital-actions ou de la liquidation, de la cessation ou de la réorganisation de son entreprise, ou qu'au moyen d'une opération à laquelle l'article 88 s'applique,

e) [...]

f) [...]

g) [...]

le montant ou la valeur de celles-ci, sauf dans la mesure où il est réputé constituer un dividende aux termes de l'article 84, est à inclure dans le calcul du revenu de l'actionnaire pour l'année. » Les art. 111 et 112 *L.I.Q.* sont au même effet.

⁵⁵ Voir *supra*, note 53.

Il n'est pas nécessaire que l'emprunteur soit le titulaire de la police mais il doit défrayer le coût de la prime. Dans la mesure où le coût de la prime est accepté comme déduction dans le calcul du revenu de l'emprunteur, aucun avantage n'est considéré comme étant attribué au titulaire de la police à l'égard du paiement versé par l'emprunteur en son nom. Cependant, tout ce qui reste est un avantage pour le titulaire et est assujéti aux dispositions du paragraphe 15 (1), si le titulaire est un actionnaire de la corporation qui fait l'emprunt, et de l'alinéa 6 (1) a) si le titulaire est un employé de l'emprunteur. Dans le cas où le titulaire est à la fois actionnaire et employé, le traitement approprié est déterminé en fonction de la qualité en vertu de laquelle le titulaire reçoit l'avantage. L'avantage attribué à un employé en vertu de l'alinéa 6 (1) a), en tenant compte toujours du caractère raisonnable de l'avantage, est une déduction admissible dans le calcul du revenu de l'employeur.

Il importe de signaler que le Ministère se dit prêt à accorder une déduction à l'employeur lorsque l'avantage est conféré en vertu de l'alinéa 6 (1) (a) *L.I.R.*⁵⁶, mais il passe sous silence les conséquences de l'avantage conféré en vertu du paragraphe 15 (1) *L.I.R.* La décision suivante illustre bien l'effet désastreux d'un tel avantage.

Dans l'affaire *Green Acres Fertilizers Services Ltd c. Sa Majesté la Reine*⁵⁷, les faits étaient les suivants. Trois particuliers, Gordon Roberts, David Roberts et William Henderson, détenaient toutes les actions d'une compagnie-mère, BYF Holdings Limited, qui détenaient toutes les actions du contribuable. Deux des trois particuliers étaient des employés à temps plein du contribuable, alors que le troisième n'y consacrait qu'une partie de son temps. Le 1^{er} octobre 1973, les particuliers ont conclu une convention « traditionnelle » d'achat-vente. La compagnie Green Acres défrayait les primes des polices d'assurance et réclamait la déduction correspondante. Il semble que les actionnaires avaient inclus dans leur revenu le montant des primes payées par la compagnie, à titre d'avantage fiscal. Le juge Mahoney, de la Cour fédérale, Division de première instance, a décidé que les polices avaient pour objet de financer la convention d'achat-vente et il a refusé la déduction des primes afférentes aux polices d'assurance-vie. En effet, la dépense n'ayant pas été engagée en vue de gagner un revenu, elle ne constituait pas une déduction admissible.

Dans les circonstances de l'espèce, les contribuables ont payé l'impôt sur les primes versées au taux d'imposition applicable au salaire et la compagnie n'a pu réclamer ce « salaire » comme dépense déductible du revenu; elle l'a donc versé à même des dollars après-impôt. C'est le pire des deux mondes. Alors qu'en principe, on prétend que c'est la

⁵⁶ L'alinéa 6 (1) (a) *L.I.R.* est à l'employé ce que le paragraphe 15 (1) *L.I.R.* est à l'actionnaire. Voir les articles 37, 111 et 112 *L.I.Q.*

⁵⁷ 79 D.T.C. 5346; [1979] C.T.C. 431 (C.F.); confirmé sans motifs écrits 80 D.T.C. 6365; [1980] C.T.C. 504 (C.F.A.). Voir également les commentaires de T.E. McDONNELL, "Current Cases", (1979) 27 *Can. Tax J.* 706 et (1981) 29 *Can. Tax J.* 193.

substance d'une transaction et non sa forme, qui doit prévaloir devant les tribunaux en matière de fiscalité, on constate aisément que dans le cas précité, les contribuables auraient eu intérêt à soigner la forme de la transaction.

b) LES CONVENTIONS DE « RACHAT »

On peut éviter avec certitude l'application du paragraphe 15 (1) *L.I.R.* dans le cas où la convention intervient entre la corporation et l'actionnaire et qu'elle prévoit le rachat des actions de l'actionnaire par la corporation dans des circonstances précisées. En effet, l'exception est prévue expressément à l'alinéa 15 (1) (d) *L.I.R.* précité. Il serait d'ailleurs difficile de soutenir, dans cette hypothèse, que la compagnie confère un avantage à un actionnaire, puisqu'elle doit pourvoir au financement nécessaire au respect de ses propres engagements.

Comme on peut le constater, la convention de rachat offre un certain nombre d'avantages marqués. En effet, il est souvent moins coûteux de faire supporter le coût des primes par la corporation plutôt que par ses actionnaires en raison de leur taux d'impôt respectif. De plus, la corporation peut parfois déduire les primes comme dépense courante. Et dans le cadre d'une convention de rachat, les actionnaires ne risquent pas de se faire attribuer comme revenu, les primes payées par la corporation, en vertu du paragraphe 15 (1) *L.I.R.*

B : L'INCIDENCE DU LIEN DE DÉPENDANCE ET DU CONCEPT DES CORPORATION ASSOCIÉES

La signature d'une convention d'achat-vente traditionnelle entre actionnaires peut avoir pour effet de créer un lien de dépendance entre la corporation et ses actionnaires. Et de ce lien de dépendance peut s'ensuivre l'association. Il ne semble pas que ce soit le cas d'une convention de rachat. Comme la notion de lien de dépendance englobe pour ainsi dire le concept des corporations associées en ce sens que seules des corporations liées peuvent être associées, nous allons d'abord analyser le lien de dépendance pour ensuite traiter du concept des corporations associées.

1) *La notion de lien de dépendance*⁵⁸

La notion de lien de dépendance a pour objet de tenir compte des relations privilégiées entre certaines personnes, en vue de maintenir l'égalité de tous devant le fisc. D'une part, le législateur vise à empêcher

⁵⁸ Voir généralement à ce sujet, Robert COUZIN, "Of Arms's Length, and Not Dealing Thereat", (1978) 26 *Can. Tax J.* 271-286.

l'évitement fiscal, plus facile à réaliser entre personnes liées⁵⁹. D'autre part, le lien de dépendance peut également servir à maintenir un certain résultat fiscal au sein d'un groupe lié⁶⁰.

Pour définir le lien de dépendance, le législateur se situe encore à deux paliers, soit le domaine des fictions juridiques, *i.e.* les présomptions irréfragables et le domaine réel, *i.e.* les faits. Ainsi, les personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance, mais les personnes non liées peuvent également avoir un lien de dépendance. Il s'agit alors d'une question de fait⁶¹.

Nous n'avons pas l'intention d'analyser la notion du lien de dépendance de fait. Il suffit, pour nos fins, de noter que la jurisprudence considère qu'il existe un lien de dépendance dans les cas où une partie à la transaction est en mesure d'influer sur l'autre, à un point tel que l'on retrouve le même cerveau (*mind*) des deux côtés. Il y aurait donc une communauté d'intérêts reflétée par l'absence de négociations véritables entre deux parties égales et indépendantes⁶².

Pour ce qui est du lien de dépendance réputé, les personnes liées sont, dans le cas des particuliers, des personnes unies par les liens du sang, du mariage et de l'adoption (de droit ou de fait)⁶³. Une corporation est liée à la personne qui la contrôle, directement ou indirectement, à toute personne liée à la personne qui la contrôle ou à toute personne, membre d'un groupe lié qui la contrôle⁶⁴. Un groupe lié signifie un groupe de personnes, physiques ou morales, dont chaque membre est lié à chaque autre membre du groupe⁶⁵. De plus, deux corporations contrôlées par la même personne ou par des personnes liées entre elles ou deux corporations liées à une même corporation sont réputées liées entre elles⁶⁶.

⁵⁹ Dans les termes du président Jackett dans l'arrêt *Viking Food Products v. M.N.R.* [1967] C.T.C. 101, à la p. 106 : "[...] While it is impossible to generalize with any degree of precision, it is probably not too inaccurate to say that, where special rules are made for situations where persons are not dealing at arm's length, the legislative purpose is to guard against tax avoidance, which tax avoidance would put some persons in a specially favoured position with a resultant unfairness to taxpayers not in a position to make similar arrangements."

⁶⁰ Voir, à titre d'exemples, les par. 15 (2.1), 59 (3), 59 (3.1) et 186 (2) *L.I.R.* et les art. 116, 331, 332 et 186 (2) *L.I.Q.* Voir aussi, R. COUZIN, *loc. cit.* note 58, p. 272 : "[...] At its present state of evolution, arm's length is thus both friend and foe, a tool whereby the legislator maintains continuity of income tax result for the benefit of the taxpayer or of the Revenue."

⁶¹ Par. 251 (1) et 251 (2) *L.I.R.* et art. 18 et 19 (1) *L.I.Q.* Voir également le Bulletin d'interprétation IT-419, intitulé *Définition de l'expression « sans lien de dépendance »*.

⁶² Pour une analyse détaillée, voir R. COUZIN, *loc. cit.*, note 58, p. 277 à 280, ainsi que la jurisprudence y citée.

⁶³ Par. 251 (2), 251 (6) et 252 *L.I.R.* et art. 1, 2, 19 (1) et 21 *L.I.Q.* Pour une analyse de ces notions, voir R. COUZIN, *loc. cit.*, note 58, pp. 272-274.

⁶⁴ Alinéa 251 (2) (b) *L.I.R.* et art. 19 (1) *L.I.Q.*

⁶⁵ Alinéa 251 (2) (a) *L.I.R.* et art. 17 *L.I.Q.*

⁶⁶ Alinéa 251 (2) (c) et par. 251 (3) *L.I.R.* et art. 19 (1) et (2) *L.I.Q.*

Pour déterminer s'il existe un lien de dépendance dans le cas d'une corporation, il est impérieux de définir la notion de contrôle. Or, il est établi en jurisprudence que le contrôle dont il s'agit, est le contrôle *de jure*, soit la propriété d'actions comportant des droits de vote en nombre suffisant pour élire la majorité des administrateurs⁶⁷. Et dans le calcul du nombre de votes, on ne tient pas compte du vote prépondérant accordé au président d'assemblée dans certaines circonstances, puisque ce droit de vote découle du poste de président et non de la propriété d'actions⁶⁸.

Mais en plus des dispositions précitées, le législateur édicte un certain nombre de présomptions, toujours irréfragables, quant au contrôle cette fois. C'est ainsi que la signature d'une convention d'achat-vente traditionnelle peut avoir pour résultat de créer un lien de dépendance entre la corporation et ses actionnaires minoritaires, lorsque la convention leur accorde une option d'achat d'actions, en nombre suffisant pour remplir les conditions statutaires précitées. Peu importe la nature juridique de l'option, la loi considère son détenteur comme le propriétaire absolu des actions visées par cette option. Dans l'hypothèse où tous les actionnaires d'une compagnie signent une convention d'achat-vente traditionnelle, par laquelle ils s'engagent réciproquement à acheter ou vendre leurs actions en cas de retrait d'un actionnaire, ils seront tous réputés détenir les actions les uns des autres et, par conséquent, chacun d'entre eux sera réputé contrôler la compagnie⁶⁹.

Ceci résulte de l'application de l'alinéa 251 (5) (b) *L.I.R.* qui prévoit une seule exception, soit l'option qui ne peut s'exercer qu'au décès⁷⁰.

⁶⁷ Voir, *inter alia*, *M.N.R. v. Dworkin Furs (Pembroke) Ltd. et al.*, [1967] C.T.C. 50 (C.S. Can.) et *Buckerfield's Limited et al. v. M.N.R.*, [1965] 1 R.C. de l'É. 229; [1964] C.T.C. 504 (J. Jackett). Bien que ces arrêts portent sur l'interprétation du mot « contrôle » de l'art. 256 *L.I.R.* (corporations associées), cette même interprétation devrait prévaloir dans le cadre de l'art. 251 *L.I.R.* Voir aussi R. COUZIN, *loc. cit.*, note 58, p. 275.

⁶⁸ Voir *Aaron's Ladies Apparel Limited v. M.N.R.*, [1966] C.T.C. 330 (C. de l'É.), conf. [1967] C.T.C. 50 (C.S. Can.), où le juge Hall, au nom du banc, cite avec approbation les motifs du juge Thurlow : "[...] the casting vote, unlike the votes arising from shareholding, which are exercisable without responsibility to the company or to other shareholders is in my opinion not the property of the holder, but is an adjunct of an office."

⁶⁹ Il est à noter que cette présomption ne peut avoir pour effet de changer le contrôle réel. Il s'agit d'une fiction qui est surimposée à la réalité de telle sorte que les deux coexistent. Voir *Viking Food Products Ltd. v. M.N.R.*, [1967] C.T.C. 101 (C. de l'É.) (J. Jackett) et *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. M.N.R.*, [1968] C.T.C. 1; 68 D.T.C. 5021 (C.S. Can.), conf. [1966] C.T.C. 566; 66 D.T.C. 5373 (C. de l'É.).

⁷⁰ L'alinéa 251 (5) (b) *L.I.R.* se lit ainsi : (b) : une personne [Personnes physiques et morales, art. 248 *L.I.R.* et art. 1 *L.I.Q.*] qui avait, en vertu d'un contrat en *equity* ou autrement, un droit immédiat ou éventuel et avec ou sans réserve, à des actions d'une corporation, ou un droit de les acquérir de la sorte, ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée, *sauf lorsque le contrat stipule que le droit ne peut être exercé qu'au décès d'un particulier y désigné*, avoir occupé la même position relativement au contrôle de la corporation que si les actions lui appartenaient. » (Les soulignés sont de nous). L'art. 20 *L.I.Q.* est au même effet.

L'exception est d'une utilité limitée, cependant, puisque la plupart des conventions visent à réglementer le transfert des actions en cas de retrait des actionnaires, aussi bien qu'en cas de décès. C'est donc un facteur important dont il faut tenir compte dans la rédaction d'une convention d'achat-vente traditionnelle.

On constate que la convention de rachat est avantageuse dans ce contexte, puisqu'on ne risque pas, par la signature d'une telle convention, de provoquer la création d'un lien de dépendance entre la corporation et ses actionnaires ni avec d'autres corporations. En effet, le droit ou l'option de rachat conféré à la corporation n'a pas pour effet de lui conférer le contrôle d'elle-même. La corporation n'a pas le droit d'être actionnaire d'elle-même, ni d'exercer les droits de vote afférents aux actions acquises⁷¹; elle ne peut que les annuler⁷². Bien que le rachat d'une certaine partie des actions émises entraîne inévitablement des conséquences au niveau du contrôle de la corporation, il ne semble pas que l'on puisse appliquer les présomptions du paragraphe 251 (5) *L.I.R.* à une convention de rachat. D'autant plus que les tribunaux refusent d'attribuer aux actionnaires majoritaires ou aux administrateurs les pouvoirs conférés à la corporation elle-même.

Par exemple, dans l'affaire *Arctic Geophysical Ltd. c. M.N.R.*⁷³, la question portait sur l'association de deux corporations. Un particulier, monsieur Mayfield et son épouse détenaient toutes les actions de la compagnie Heiland Exploration Ltd. De plus, ils détenaient conjointement toutes les actions ordinaires de l'appelante (« Arctic Geophysical »), soit 1 000 actions. Deux autres particuliers avec lesquels les Mayfield n'avaient aucun lien de dépendance détenaient chacun 500 actions de la catégorie B, actions votantes et rachetables par l'appelante sur décision unilatérale et unanime de ses administrateurs. Or, les Mayfield étaient les seuls administrateurs de l'appelante. Le ministre du revenu national a établi ses cotisations en considérant les deux corporations comme associées, puisque les Mayfield en leur qualité d'administrateurs pouvaient procéder au rachat des actions de la catégorie B et obtenir de ce fait le contrôle absolu de l'appelante. La Commission de révision de l'impôt lui a donné gain de cause.

En appel, le juge Cattanach de la Cour de l'Échiquier a refusé la thèse du ministre quant à l'alinéa 251 (5) (b), (alors 139 (5) (d))⁷⁴, en ces termes :

⁷¹ Art. 30 et 31 *L.S.C.C.*; art. 123.43 et 123.44 *L.C.Q.* (IA). Pour les compagnies constituées en vertu de la *L.C.Q.* (Partie I), cette prohibition est fondée sur l'arrêt *Trevor c. Whitworth*, voir texte *supra*, p.

⁷² Art. 37 (5) *L.S.C.C.*; art. 123.42 *L.C.Q.* (IA).

⁷³ [1967] C.T.C. 571. (C. de l'É.).

⁷⁴ S.R.C. 1952, c. 148, art. 139 (5) (d), mod. par 1960-61, c. 49, art. 38 (7), et par 1953-54, c. 57, art. 31 (1).

[. . .] The only conceivable right which Mr. and Mrs. Mayfield may have had under the redeemable feature attaching to the Class B shares in the appellant would be to bring about, by corporate action, the cancellation or elimination of those shares which is a right entirely different from a right to those shares or to acquire those shares. The voting rights attaching to the Class B shares were vested in the holders thereof [. . .]⁷⁵.

Il a, de plus, refusé l'argument fondé sur l'alinéa a) du même article, selon lequel les Mayfield étaient « en mesure de contrôler la corporation ».

[. . .] In my view the words "in a position to control" must refer to a presently existing ability to control by voting power attached to ownership of shares, rather than being in a position to acquire or obtain such control predicated upon some future act such as the redemption of Class B shares.

Furthermore, the act of redeeming Class B shares is the act of the corporation even though that action could be instigated by Mr. and Mrs. Mayfield in their capacity as directors⁷⁶.

Ce même raisonnement devrait s'appliquer dans le cas d'une convention de rachat. En effet, cette convention intervient entre la corporation et un ou plusieurs actionnaires et l'obligation de procéder au rachat, dans certaines circonstances, est imposée à la corporation elle-même, en tant qu'entité juridique distincte de la personne de ses administrateurs ou de ses actionnaires. Bien que les administrateurs doivent adopter une résolution pour concrétiser la décision de la corporation de donner suite à ses obligations, il n'en reste pas moins que la décision demeure celle de la corporation, initiée par les administrateurs en leur qualité d'administrateurs, même si, de fait, ils sont également actionnaires de la corporation.

En conclusion, nous soutenons que les présomptions de contrôle du paragraphe 251 (5) *L.I.R.* ne sauraient s'appliquer à une convention de rachat. À la différence des conventions traditionnelles, on ne risque pas, en signant une convention de rachat, de créer des liens de dépendance supplémentaires. Nonobstant les commentaires précédents quant aux présomptions de contrôle, il ne faut pas oublier qu'un lien de dépendance peut déjà exister en vertu des présomptions générales définissant le lien de dépendance.

L'effet du lien de dépendance est de rendre les termes d'une transaction entre personnes liées suspects. C'est pourquoi l'article 69 *L.I.R.* autorise la substitution, pour fins fiscales, de la « juste valeur marchande »⁷⁷, au prix stipulé par les parties. On ne se surprendra pas de la technique employée par le législateur à cette fin... les présomptions

⁷⁵ *Supra*, note 73, p. 577.

⁷⁶ *Id.*, p. 578.

⁷⁷ Cette notion sera définie *infra*, p. 42 et s.

irréfragables. Ainsi le vendeur est réputé avoir reçu la « juste valeur marchande » du bien vendu, mais aucune disposition expresse des lois fiscales⁷⁸ ne permet de majorer le prix payé par l'acheteur d'une somme équivalente. D'où le risque d'une double imposition.

Il s'agit bien d'un « risque » de double imposition car certains arguments sont susceptibles d'annuler ce résultat. Le premier argument se situe au moment de la détermination de la « juste valeur marchande ». En effet, en se fondant sur l'arrêt *Beament*⁷⁹, il est possible de soutenir qu'un étranger n'aurait pas payé un prix supérieur, évitant ainsi l'application de l'alinéa 69 (1) (b) *L.I.R.*⁸⁰.

D'autre part, les tribunaux sont généralement réticents à rendre des jugements qui ont pour effet la double imposition et ce, même s'il s'agit de la double imposition économique plutôt que juridique (la corporation étant, rappelons-le, une personne imposable distincte). Dans les termes du juge Thurlow dans l'affaire *Macdonald*⁸¹ :

Just as the Court will not lightly characterize an ambiguous transaction carried out through closely held companies in such a manner as to avoid taxes that would otherwise be payable so I am inclined to think that the Court should not be astute to characterize a transaction so carried out in such a manner as to give rise to taxes that would not otherwise be payable⁸².

Dans cette affaire, la Cour était appelée à déterminer le profit réalisé par l'appelante lors de la vente d'un terrain, acquis d'un actionnaire à un prix inférieur à sa valeur marchande. Signalons que l'actionnaire avait même payé un impôt sur les dons suite à la transaction. Le ministre prétendait que le profit devait être calculé à partir du coût du terrain, mais le juge Thurlow a refusé cette thèse, en établissant d'abord une distinction entre les acquisitions (d'inventaire) dans le cours ordinaire des affaires et celles réalisées en dehors du cours normal des affaires.

Pour arriver à la décision qu'il s'agissait d'une transaction en dehors du cours normal des affaires, il a tenu compte de l'élément donation, en ces termes :

[. . .] the element of bounty, in a transaction by which a father transfers to his son for a nominal or partial consideration property which the son subsequently disposes of in the course of his trade, might well turn out to be the decisive fact in determining the question whether the acquisition of the property by the son was a transaction in the course of his trade⁸³.

⁷⁸ Bien que le libellé de l'art. 422 *L.I.Q.* soit différent, il semble que l'effet soit identique.

⁷⁹ *Estate of Arthur W. Beament v. M.N.R.*, [1970] C.T.C. 193 (C.S. Can.).

⁸⁰ Pour une analyse détaillée de cet arrêt et de sa portée, voir les commentaires, *infra*, p. 45 et s.

⁸¹ *J. Bert MacDonald and Sons Ltd. v. M.N.R.*, 70 D.T.C. 6032 (C. de l'É.).

⁸² *Id.*, p. 6043.

⁸³ *Id.*, p. 6038.

Étant donné cette décision de fait, le juge a admis le calcul du profit à partir du coût d'inventaire, soit la valeur au moment de la transaction plutôt qu'au prix payé.

La décision porte évidemment sur le calcul du revenu d'entreprise mais on peut s'interroger sur son application, par analogie, dans d'autres secteurs. C'est un exemple de la volonté judiciaire de reconnaître la réalité au-delà de la fiction juridique.

Signalons d'ailleurs que l'on retrouve des éléments de cette réticence au niveau administratif. En effet, dans le Bulletin d'interprétation IT-405, en date du 23 janvier 1978, qui expose la position de Revenu Canada, Impôt au sujet des contreparties insuffisantes, le Ministère se dit disposé à rajuster le prix de vente ou d'achat, selon le cas, s'il s'agit d'une « simple erreur » de la part des contribuables, et non « d'une tentative délibérée d'évitement fiscal ou de fraude fiscale ».

Il existe, de plus, un moyen sûr par lequel les parties qui ont un lien de dépendance peuvent se prémunir contre le risque de double imposition. Il s'agit d'inclure, dans la convention de rachat, ce qu'il est convenu d'appeler une clause de rajustement du prix⁸⁴, stipulant que si le ministère du revenu, ou le tribunal en cas de contestation, détermine que la « juste valeur marchande » du bien est supérieure ou inférieure au prix autrement fixé dans la convention, ce prix sera rajusté pour tenir compte de l'excédent ou du déficit. À la condition que les parties soient de bonne foi et qu'elles aient manifesté concrètement leur volonté d'établir la juste valeur marchande⁸⁵, le Ministère tiendra compte de cet accord dans le calcul du revenu de toutes les parties⁸⁶. Il ne s'agit là que d'une tolérance administrative puisqu'aucune disposition de la *L.I.R.* n'autorise le rajustement et que l'alinéa 69 (1) (b) *L.I.R.* s'applique en l'absence de toute intention d'évitement ou de fraude.

2) *Le concept des corporations associées*

La création d'un lien de dépendance peut également avoir pour effet de provoquer l'association de deux ou plusieurs corporations. Nous n'entendons pas par cette affirmation que l'association découle nécessai-

⁸⁴ Pour une discussion des clauses d'ajustement du prix dans le contexte des réorganisations corporatives, voir Douglas EWENS, "Use of Adjustment Clauses in Non-Arm's Length Reorganizations", (1981) 29 *Can. Tax. J.* 718-728.

⁸⁵ Pour un exemple d'une situation où le juge en chef Jackett, parlant au nom de la majorité de la Cour fédérale, Division d'appel, a refusé de tenir compte d'une clause d'ajustement du prix parce que "the purchase price in each transaction was *obviously* less than the fair market value of the shares being sold", voir *Guilder News Co. v. M.N.R.*, [1973] C.T.C. 1, à la p. 7; 73 D.T.C. 5048, à la p. 5052.

⁸⁶ Voir les conditions énoncées dans le Bulletin d'interprétation IT-169, intitulé *Clauses de rajustement de prix*, en date du 6 août 1974. Pour un exemple du mécanisme de la clause de rajustement du prix, en matière de gel successoral, voir la décision anticipée TR-82, en date du 17 avril 1979.

rement du lien de dépendance, mais plutôt qu'il s'agit d'une condition préalable, à laquelle s'ajoute d'autres exigences.

Le concept des « corporations associées » est défini à l'art. 256 *L.I.R.*⁸⁷. « L'association » pour fins d'impôt est une question de droit. Même en l'absence de toute association de fait entre des compagnies ou leurs actionnaires, l'art. 256 *L.I.R.* crée une présomption irréfutable d'association, du moment que les conditions statutaires sont remplies⁸⁸. De façon générale, des corporations sont associées lorsqu'une corporation en contrôle une autre directement ou indirectement, ou par l'intermédiaire d'un groupe lié de personnes qui détiennent plus de 50% des actions d'une corporation et au moins 10% des actions de l'autre corporation. Signalons que cette exigence de détention d'actions dans les deux corporations ne se retrouve pas au niveau du lien de dépendance.

Par contre, les commentaires précédents quant au contrôle *de jure* et aux présomptions de contrôle s'appliquent intégralement au niveau de l'association. Il ressort de ces considérations qu'une convention d'achat-vente traditionnelle peut avoir pour résultat d'associer deux ou plusieurs corporations, ce qui n'est pas le cas de la convention de rachat.

Il s'agit là d'un avantage important puisqu'il découle de l'association un certain nombre de conséquences fiscales que l'on a généralement intérêt à éviter. À titre d'illustration, les corporations associées doivent se répartir entre elles la déduction accordée aux petites entreprises prévue à l'art. 125 *L.I.R.*⁸⁹, jusqu'à concurrence de 200 000 \$ par année ou du plafond global de 1 000 000 \$⁹⁰.

En conclusion donc, il appert que la convention de rachat comporte deux avantages fiscaux marqués par rapport à la convention d'achat-vente traditionnelle. En effet, les risques de créer un lien de dépendance entre la corporation et ses actionnaires minoritaires, sur lequel peut

⁸⁷ Pour une discussion plus poussée sur les « corporations associées », voir les commentaires dans le *Canada Tax Service*, Richard De Boo Ltd., Toronto, vol. 4, pp. 256-101 à 256-125, ainsi que la jurisprudence y citée. Voir également le Bulletin d'interprétation IT-64R, en date du 22 décembre 1975 et intitulé *Corporations : Association et contrôle*.

⁸⁸ Le Ministre peut invoquer le par. 247 (2) *L.I.R.* dans certains cas d'association de fait. À titre d'exemple, voir *The Queen v. Covertite Ltd.*, [1981] C.T.C. 464 (C.F.), où le contribuable a tenté sans succès de faire annuler la décision du Ministre.

⁸⁹ Le premier paragraphe du Bulletin d'interprétation IT-64R (voir *supra* note 87) se lit ainsi : « Les dispositions de l'article 256 et celles du paragraphe 125 (3) visent à empêcher un groupe de corporations dont la propriété est, dans une forte mesure, détenue en commun de bénéficier plusieurs fois de la déduction accordée aux petites entreprises qui est permise à des corporations privées contrôlées par des Canadiens en vertu du paragraphe 125 (1). Les membres du groupe associé de corporations peuvent partager la déduction accordée aux petites entreprises et le plafond global des affaires, mais la déduction intégrale ne peut être réclamée par chacun d'eux. »

⁹⁰ Par. 125 (3) *L.I.R.* (mod. par S.C. 1980-81-82-83, c. 140, par. 86 (2), qui s'applique aux années d'imposition 1982 et suivantes).

se greffer une multiplicité d'autres liens, sont écartés. Pour les mêmes motifs, la conclusion d'une convention de rachat ne peut, en soi, provoquer l'association de deux ou plusieurs corporations.

2 - Les conséquences fiscales particulières au moment du rachat

A : L'ÉVALUATION DES ACTIONS

L'évaluation des actions pose des problèmes aigus en matière fiscale. D'une part, cette difficulté d'évaluation réside dans la nature même de l'action⁹¹, une unité de participation dans une corporation, qui confère certains droits⁹² à son détenteur moyennant le paiement du prix d'émission de l'action.

D'autre part, des problèmes particuliers découlent du caractère fictif des dispositions réputées, dont la disposition immédiatement avant le décès⁹³ est la plus importante pour nos fins. En effet, la disposition réputée impose, comme postulat fondamental, l'existence d'un marché, alors même que la réalité économique démontre qu'il y a peu ou pas d'acheteurs pour les actions de compagnies privées.

Une analyse exhaustive de toutes les difficultés d'évaluation des actions dépasse le cadre du présent article⁹⁴. C'est pourquoi nous allons traiter exclusivement de l'influence de la police d'assurance-vie et éventuellement du produit d'assurance, sur l'évaluation des actions de la

⁹¹ *Commissioners of Inland Revenue v. Crossman*, [1937] A.C. 26 (H.L.), p. 40, où Viscount Hailsham cite avec approbation la définition suivante, tirée de *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279, p. 288 : "[...] the interest of a shareholder in the company measured by a sum of money, for the purpose of liability in the first place, and of interest in the second, but also consisting of a series of mutual covenants entered into by all the shareholders *inter se* [...] The contract contained in the articles of association is one of the original incidents of the shares."

⁹² Les droits généralement reconnus à l'actionnaire sont le droit de vote en vue de l'élection des administrateurs de la compagnie, le droit de recevoir les dividendes déclarés (sans possibilité de contraindre les administrateurs à les déclarer) et le droit de se partager le reliquat des biens de la compagnie dans l'éventualité d'une dissolution. (cf. art. 24 (3) *L.S.C.C.* et 123.40 *L.C.Q.* (IA)). Ces droits fondamentaux peuvent être augmentés, modifiés ou retirés dans le cas d'actions dites « privilégiées ». (cf. art. 24 (4) *L.S.C.C.* et 123.40 et 48 (1) *L.C.Q.*). Il est important de noter toutefois, que la simple détention d'actions ne confère aucun droit de propriété dans les actifs de la compagnie. Tout au plus, l'actionnaire qui détient les deux tiers des voix dans la compagnie peut en provoquer la dissolution et le partage qui s'ensuit (art. 203, 204 et 2 *L.S.C.C.*; art. 28 *L.C.Q.*).

⁹³ Par. 70 (5) *L.I.R.* et art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.*

⁹⁴ Voir généralement à ce sujet, Richard M. WISE, "Valuation and the Income Tax Act", (1981) 29 *Can. Tax J.* 626-644.

compagnie détentrice et bénéficiaire ainsi que de l'effet de la convention de rachat sur l'évaluation des actions.

1) L'effet de la détention de la police d'assurance-vie par la compagnie et du produit d'assurance sur l'évaluation des actions pour fins fiscales

L'assurance-vie détenue par la corporation pose un problème d'évaluation particulièrement important. Les questions qui se posent sont les suivantes : faut-il tenir compte de la valeur de la police d'assurance (indéniablement un actif de la compagnie) pour déterminer la « juste valeur marchande » des actions de l'actionnaire décédé? Et dans l'affirmative, la valeur de la police se limite-t-elle à la valeur de rachat, ou doit-on y ajouter le produit de l'assurance-vie, en totalité ou en partie?

a) LA DÉTENTION PAR LA COMPAGNIE DE LA POLICE D'ASSURANCE-VIE

La police d'assurance détenue par la compagnie sur la vie de ses actionnaires et même de ses « employés-clés »⁹⁵, constitue, sans contredit, un actif de la compagnie, évalué habituellement à la valeur de rachat de la police. Pourtant certains auteurs sont d'avis qu'il ne s'agit là que d'une valeur minimale, qu'il faut augmenter selon les circonstances, notamment lorsque l'état de santé de l'assuré s'est détérioré⁹⁶. La valeur d'une police d'assurance-vie ne se limite pas toujours à sa valeur de rachat, surtout lorsque l'un des critères d'évaluation employés est la valeur de remplacement⁹⁷.

Cette valeur s'ajoute à tous les autres actifs de la compagnie dans l'établissement de la juste valeur marchande des actions. Il semble, toutefois, qu'une modification législative récente ait pour effet probable de limiter la valeur marchande de la police d'assurance à sa valeur de rachat dans certains cas⁹⁸.

⁹⁵ Voir généralement à ce sujet L.G. DOLLINGER, "Tax Aspects of Key-Man Life Insurance", Butterworths Canadian Income Tax, Revised, t. 9, *Tax Planning and Management*, Butterworth & Co., (Canada) Ltd., Scarborough, 1975, p. 13. Arthur DRACHE, "Key Decision on "Key-Man" Insurance", *The Financial Post*, August 13, 1977.

⁹⁶ Thomas R. PERKES et Ralph G. SWAIL, "The Valuation of Life Insurance Policies", (1977) 25 *Can. Tax J.* 32-39. Voir aux pages 38 et 39, la méthode proposée pour déterminer la plus-value.

⁹⁷ *Id.*, p. 34.

⁹⁸ Voir les commentaires, *infra*, p. 39 et s.

b) L'INCLUSION DU PRODUIT D'ASSURANCE-VIE APRÈS LE DÉCÈS, POUR FINS D'ÉVALUATION DES ACTIONS

Lorsqu'une compagnie contracte une assurance-vie sur la tête d'un actionnaire et que l'actionnaire décède, faut-il tenir compte du produit de l'assurance-vie pour déterminer la valeur des actions? Comme le problème s'est présenté dans l'application de la présomption de disposition immédiatement avant le décès⁹⁹, la question se pose ainsi : faut-il tenir compte de l'imminence de la mort au moment de la disposition présumée?

Le problème vient d'être résolu par l'adoption du paragraphe 70 (5.3) *L.I.R.* qui se lit ainsi :

70 (5.3) Aux fins des paragraphes (5), (9.4) et (9.5), la juste valeur marchande, immédiatement avant le décès du contribuable visé à l'un quelconque de ces paragraphes, de toute action du capital-actions de la corporation dont la disposition est réputée survenir en raison de son décès, doit être déterminée comme si la juste valeur marchande à cette date de toute police d'assurance-vie, en vertu de laquelle la corporation était un bénéficiaire et le contribuable était la personne dont la vie était assurée était la valeur de rachat (au sens de l'alinéa 148(9)b)) de la police à cette date¹⁰⁰.

La règle est claire : aux fins de la disposition présumée avant le décès, la juste valeur marchande de toute police d'assurance-vie détenue par la corporation est égale à sa valeur de rachat et il faut en tenir compte dans l'établissement de la juste valeur marchande des actions du défunt.

Cette disposition a pour effet de confirmer la décision de la Cour fédérale, Division d'appel dans l'arrêt *Mastronardi Estate*¹⁰¹. Monsieur Mastronardi possédait la majorité des actions ordinaires de la compagnie Mastronardi Products Ltd. qui, elle, détenait une police d'assurance temporaire sur sa vie. Monsieur Mastronardi est décédé subitement, d'une crise cardiaque, le 20 février 1973. Il était convenu entre les parties, soit le ministre du revenu et la succession Mastronardi, que les actions avaient une valeur de 352,58 \$ ou de 778,59 \$ chacune, selon que l'on y ajoutait ou non le produit de l'assurance.

La question qui se posait au tribunal était l'interprétation du paragraphe 70 (5) *L.I.R.* Le juge Gibson de la Cour fédérale, Division de première instance, avait délimité ainsi le problème :

⁹⁹ Par. 70 (5) *L.I.R.*; art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.*

¹⁰⁰ Ajouté par S.C. 1980-81-82-83, c. 140, art. 39 (3); mod. par S.C. 1983-84, c. 1, par. 32 (2), pour y ajouter le renvoi à l'alinéa 148 (9) b) *L.I.R.* Cette disposition s'applique à tout décès survenant après le 31 décembre 1982 (voir le par. 32 (5)). Essentiellement, la valeur de rachat se calcule sans tenir compte des prêts sur police ni des dividendes payables aux termes de la police.

¹⁰¹ [1976] C.T.C. 572; 76 D.T.C. 6308 (C.F.); conf. [1977] C.T.C. 355; 77 D.T.C. 5217 (C.F.A.). Voir également le commentaire d'arrêt rapporté dans (1977) 24 *Can. Tax J.* 503-504.

In the process of interpreting this statutory provision in relation to the facts of this case, it is apparent that there is a two-step fiction enacted by section 70, subsection (5) of the Act.

The first fiction is that the tax-payer after he dies is deemed to have disposed of the subject property "immediately before his death".

The second fiction is that he is deemed "to have received proceeds of disposition therefor equal to the fair market value of the property at that time.

The problem is to determine what was the legislative concept of section 70, subsection (5) of the Act and apply such to the facts of this case¹⁰².

Le ministre insistait qu'il fallait tenir compte du produit de l'assurance-vie dans l'évaluation des actions, puisque les termes « immédiatement avant son décès » signifient le moment où le décès est assuré. L'agonie, quoi! L'imminence du décès s'ajoutait donc, de par les termes mêmes de la loi, aux autres critères d'évaluation habituels. Le ministre s'appuyait, en partie, sur l'*obiter* de Lord Porter dans *D'Avigdor-Goldsmid c. I.R.C.*¹⁰³ :

My Lords, the difference between the moment when an assured man is *in articulo mortis* and the moment of his actual decease must be infinitesimal and I am not convinced as at present advised, that the law would pay attention to so minute a sum¹⁰⁴.

L'argument du Ministre n'a pas été retenu en première instance et la Cour fédérale, Division d'appel, a confirmé la décision du juge Gibson, en reprenant ses motifs. En résumé, les termes « immédiatement avant son décès » ne signifient pas au moment du décès et l'imminence du décès n'influe pas sur la juste valeur marchande des biens pour les fins de la disposition présumée. Il s'ensuit que le produit de l'assurance-vie détenue par une compagnie ne sera pas inclus dans l'évaluation des actions de ladite compagnie dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Mastronardi*. C'est en ce sens que le paragraphe 70 (5.3) *L.I.R.* confirme l'arrêt *Mastronardi*. En effet, il est stipulé que la juste valeur marchande de la police d'assurance-vie se limite à sa valeur de rachat et dans l'affaire *Mastronardi*, il s'agissait d'une police temporaire qui, par définition, ne comporte aucune valeur de rachat.

Mais il y a plus. La portée de l'arrêt *Mastronardi* était limitée par les circonstances de l'espèce, soit les cas de morts subites. Et dans l'hypothèse où l'actionnaire décédait à la suite d'une maladie incurable, diagnostiquée et connue de l'actionnaire et de son entourage, le ministre

¹⁰² *Id.*, p. 575; 6311.

¹⁰³ [1953] A.C. 349; [1953] All E.R. 403. (Décision de la Chambre des Lords, portant sur le *Finance Act*). Signalons que cet *obiter* a été cité par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Bassett v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1032, décision portant sur le *Dominion Succession Duty Act*. La Cour suprême ne s'est pas prononcée sur la pertinence de l'*obiter* puisqu'elle était d'avis que cette perspective ne pouvait s'appliquer dans l'espèce.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 408.

était d'avis que la valeur de la police d'assurance « pourrait s'approcher de sa valeur nominale¹⁰⁵ ». Cette position s'appuyait sur une jurisprudence étrangère et sur des principes d'évaluation reconnus.

Dans l'affaire *Wayne c. The Commissioner of Stamp Duties*¹⁰⁶, la Cour d'appel de New South Wales a tenu compte de l'état de santé du défunt — « the precarious state of the deceased's health over an appreciable period (fourteen months) » — pour établir la valeur de la police d'assurance à 90 p. 100 de sa valeur nominale. Le juge Wallace, P., a ainsi motivé son jugement :

[. . .] The practical features of the instant case are such that the precarious state of the deceased's health for an appreciable period prior to his death cannot be ignored [. . .] Also, if the test be what a prudent hypothetical purchaser would pay just prior to the death of the deceased, I see no reason why presumed knowledge of the deceased's state of health should be denied to such a purchaser.

Yet a prudent purchaser would, despite the critical condition of the deceased, pay something less than the full value immediately after the death, and while the difference would be doubtless quite small, I do not think strictly speaking one should say that there would be either no difference or that the difference would be completely nominal¹⁰⁷.

Les évaluateurs professionnels optent aussi pour une solution qui tient compte de l'état de santé du défunt immédiatement avant le décès¹⁰⁸. Ward¹⁰⁹ ajoute, toutefois, la réserve suivante :

It is suggested that in order to value the life insurance policy at an amount greater than its cash surrender value, the imminence of the death of the deceased probably should subsist for a sufficient period of time for the deceased to conduct a hypothetical commercial transaction involving the disposition of his shares. The argument that the deceased's shares have an enhanced value by reference to the life insurance policy where, for example, the deceased dies in an airplane crash and therefore presumably knew of his death only a few moments prior thereto, does not involve a sufficient period of time between the moment of imminent death and the moment of actual death in order, even

¹⁰⁵ Voir à cet effet le Bulletin d'interprétation IT-416R, en date du 5 mai 1980 et intitulé *Appréciation des actions qu'un actionnaire décédé détenait dans une corporation qui touche le produit d'une assurance-vie lors du décès de l'actionnaire*, par. 4 et 5.

¹⁰⁶ (1969) 91 W.N. 51 (New South Wales Court of Appeal).

¹⁰⁷ *Id.*, p. 55.

¹⁰⁸ Voir à cet effet Ian R. CAMPBELL, *The Principles and Practice of Business Valuations*, Richard De Boo Limited, Toronto, 1975, pp. 196-7 : "However, where a business owns life insurance on the life of its owner, there are at least two possibilities :

(1) The insured might die of a recognized terminal illness. In this case the fact of that illness might properly be considered in determining the fair market value immediately before his death of life insurance policies held by the business on his life.

(2) The insured might die in a totally unexpected manner. In this case the fair market value of the life insurance policies on his life could be materially different depending on which interpretation of the phrase "immediately before death" is used."

¹⁰⁹ David A. WARD, "Insurance Funding...", *loc. cit.*, note 43, 484.

in theory, to conduct a commercial transaction. It is suggested that where death occurs in such a fashion, the cash surrender value of the life insurance policy is the only amount that should be taken into account¹¹⁰.

Ainsi lorsque l'assuré meurt soudainement ou accidentellement, seule la valeur de rachat de la police d'assurance¹¹¹ doit être incluse dans l'évaluation des actions de la compagnie. Au contraire, lorsque l'assuré est atteint d'une maladie fatale et que son décès est imminent, on peut tenir compte, en totalité ou en partie, du produit de l'assurance-vie dans l'évaluation des actions.

C'est pourquoi l'adoption du par. 70 (5.3) *L.I.R.* surprend. En dépit d'une jurisprudence contraire et des avis d'évaluateurs professionnels, le législateur est intervenu, encore une fois par le truchement de présomptions irréfragables, pour fixer à la valeur de rachat la limite supérieure d'inclusion d'une police d'assurance-vie pour fins d'évaluation des actions, dans le cadre particulier de la présomption de disposition immédiatement avant le décès. Il est désormais établi que la valeur d'une police d'assurance-vie pour ces fins est sa valeur de rachat; une police temporaire ayant une valeur nulle¹¹². Il s'ensuit qu'on n'a plus à tenir compte de l'inclusion éventuelle du produit d'assurance-vie dans l'évaluation des actions et l'état de santé du défunt, avant son décès, ne peut avoir pour effet d'augmenter la valeur de ses actions aux fins de cette disposition réputée.

Mais le législateur passe sous silence l'effet contraire. Dans l'hypothèse où l'actionnaire défunt était également un « employé-clé » de la corporation, son état de santé peut faire diminuer la valeur des actions. C'est l'avis de Richard Wise¹¹³, évaluateur professionnel, qui s'exprime ainsi à ce sujet :

For valuation purposes, however, if death was imminent and it would therefore be appropriate to take the full face value of the policy into account in valuing the shares, then to the extent the assured was the key force in the company's success (for example, a "one-man" team), the anticipated earnings of his business would likely suffer by his absence. For example, could the earnings of the business be maintained in the future (through customer contacts, management efficiency, supplier connections, etc.) at levels suggested by past results? A proper valuation should reflect such risks to the future business and recognize either lower indicated earnings or a lower price/earnings multiple, or both¹¹⁴.

De façon paradoxale, l'état de santé de l'actionnaire, avant son décès, ne peut augmenter la valeur des actions, puisque la valeur de

¹¹⁰ *Id.*, p. 492.

¹¹¹ Avec les réserves susmentionnées, voir *supra*, p. 37.

¹¹² Richard M. WISE, "Fair Market Value Determination — A Few More Requirements", (1983) 31 *Can. Tax J.* 342.

¹¹³ Richard M. WISE, *loc. cit.*, note 94.

¹¹⁴ *Id.*, p. 635.

l'assurance-vie, actif détenu par la corporation, est fixé arbitrairement par le législateur à la valeur de rachat de cette police. Par contre, la valeur de l'entreprise elle-même peut être diminuée, lorsque la maladie prolongée ou le décès imminent de l'employé-clé sont susceptibles de miner la confiance des employés, des fournisseurs et des clients et de réduire sensiblement les perspectives de gains de la corporation¹¹⁵.

Répetons, toutefois, que la présomption irréfragable fixant la valeur de toute police d'assurance à sa valeur de rachat s'applique exclusivement à la disposition réputée avant le décès. Les termes introductifs du paragraphe 70 (5.3) *L.I.R.* témoignent d'une volonté législative visant clairement à en limiter la portée. Mais le problème n'est pas résolu pour autant.

Un seul bien peut-il avoir deux « justes valeurs marchandes » différentes? Et ce, dans l'application d'un seul et même texte de loi¹¹⁶? Plusieurs arguments militent néanmoins en faveur d'une telle solution, notamment la jurisprudence et les principes d'évaluation exposés ci-dessus.

Bref, l'adoption du paragraphe 70 (5.3) *L.I.R.* a réglé le problème de la détention par la compagnie de la police d'assurance-vie et de l'inclusion du produit d'assurance-vie pour fins d'évaluation des actions dans le seul contexte de la disposition réputée immédiatement avant le décès. Dans les autres situations le problème reste entier. Peut-on, toutefois, obvier à cette difficulté au moyen d'une disposition de la convention de rachat excluant expressément le produit de l'assurance dans l'évaluation des actions?

2) *L'effet de la convention de rachat sur l'évaluation des actions*¹¹⁷

Abstraction faite de tous les commentaires qui précèdent quant à l'effet de la police d'assurance-vie et du produit d'assurance sur l'évaluation des actions, le prix stipulé dans la convention, qui lie, bien entendu, les parties, sera-t-il déterminant à l'égard du fisc? En d'autres termes, si un actionnaire s'est engagé d'avance à vendre ses actions à la compagnie émettrice au moment de son décès, à un prix calculé en fonction de la

¹¹⁵ Voir par analogie, *Robert H. Cameron v. M.N.R.* 78 D.T.C. 1837, où la Commission de révision de l'impôt a évalué les actions du contribuable à 300 \$ chacune mais a appliqué ensuite des escomptes de 40% et de 20% respectivement pour tenir compte de l'achalandage personnel au contribuable (élément non transférable) et de sa position d'actionnaire minoritaire.

¹¹⁶ Voir *infra*, note 128.

¹¹⁷ Voir généralement à ce sujet, Wolfe D. GOODMAN, "The Effect of a Shareholders' Agreement on the Valuation for Income Tax Purposes of Shares of a Closely-Held Corporation", (1976) 24 *Can. Tax J.* 193-222.

valeur aux livres rajustée des actions, mais excluant expressément la valeur d'un immeuble quelconque et si la transaction a lieu au prix convenu, ce prix est-il opposable au fisc? Dans l'analyse de l'effet de la convention sur l'évaluation des actions, il y a lieu de distinguer entre les transactions réelles et les transactions réputées.

a) TRANSACTIONS RÉELLES

Dans la mesure où les parties à la convention de rachat n'ont aucun lien de dépendance, le prix, ou la formule de détermination du prix, fixé dans la convention constituera la valeur des actions pour fins fiscales.

Dans l'affaire *Bendix Automotive of Canada Limited c. La Reine*¹¹⁸ la Cour fédérale, Division d'appel devait décider du « montant » d'un dividende en nature, en l'occurrence 66.75% des actions émises d'une compagnie cotée à la Bourse de Toronto (ci-après « C.D.C. »), versé par la filiale canadienne (l'appelante) à sa compagnie-mère résidente des U.S.A. (ci-après « Bendix »). Bendix avait préalablement signé une entente avec une autre compagnie résidente aux U.S.A. (ci-après « Control Data ») en vertu de laquelle elle échangeait les actions de C.D.C. contre des actions de Control Data sur une base de 5 pour 1, à la condition expresse, toutefois, qu'elle ne puisse se départir de plus de 25 p. 100 des actions obtenues dans l'année de l'acquisition ni de plus de 50 p. 100 des actions dans les deux ans de l'acquisition.

La Cour a tenu compte de l'effet dépressif des restrictions contractuelles sur la disposition des actions pour déterminer la valeur¹¹⁹ des actions de C.D.C. et par conséquent, le montant du dividende, infirmant ainsi les décisions de la Division de première instance et de la Commission de révision de l'impôt¹²⁰. Le juge Heald s'exprime ainsi quant aux facteurs à considérer pour établir la valeur :

As I appreciate it, there were two main branches of evidence to be considered, viz:

- a) the market history of the value of the shares that were held by persons other than the appellant in the third company; and
- b) the consideration received for the block of shares constituting the dividend by the parent company from a purchaser *with whom it was dealing at arm's length* immediately after the payment of the dividend¹²¹.

¹¹⁸ 78 D.T.C. 6137 (C.F.A.); inf. 75 D.T.C. 5327 (C.F.) et 74 D.T.C. 1072 (C.R.I.).

¹¹⁹ *Id.*, p. 6140, où le terme « valeur » a été défini de la même façon que la « juste valeur marchande », d'où l'intérêt de la décision : “[...] that “value” is the amount for which they would have been sold by a willing well-informed owner of such shares not acting under pressure to a willing purchaser not acting under pressure.”

¹²⁰ *Supra*, note 117.

¹²¹ *Id.*, p. 6140. Les soulignés sont de nous.

La Cour a donc retenu comme critère concluant de la valeur des actions l'entente négociée entre deux parties non liées et elle a donné plein effet aux restrictions contractuelles. En appliquant ce raisonnement à la convention de rachat, on peut conclure que le prix fixé dans la convention sera déterminant pour fins d'évaluation, s'il n'y a pas de lien de dépendance entre la compagnie et l'actionnaire en question.

La transaction réelle entre des personnes liées est assimilable à la transaction réputée en ce sens que le législateur, tout en reconnaissant que la transaction a eu lieu, édicte un produit de disposition réputé, soit la « juste valeur marchande »¹²². C'est pourquoi les commentaires qui suivent s'appliquent également aux transactions réelles entre personnes liées¹²³.

b) TRANSACTIONS RÉPUTÉES

La convention de rachat n'a pas d'influence directe sur l'évaluation lors des transactions réputées. En effet, celles-ci débordent nécessairement le cadre de la convention puisqu'elles sont fictives. De plus, les transactions réputées interviennent normalement entre le moment où la convention est signée et le moment où elle s'applique. C'est le cas notamment de la disposition « immédiatement avant le décès »¹²⁴ et c'est précisément ce qui pose problème.

Comme nous l'avons signalé antérieurement¹²⁵, l'application des dispositions relatives à la vente réputée immédiatement avant le décès exige tout un échafaudage intellectuel, qui a comme assise la notion de « juste valeur marchande ».

i) La notion de « juste valeur marchande »

Aucune loi fiscale fédérale ou québécoise ne définit la notion de « juste valeur marchande ». Cette notion a toutefois été déterminée judiciairement, par le juge Mignault, dans *Untermeyer Estate c. Attorney-*

¹²² Alinéa 69 (1) (b) *L.I.R.* et art. 422 *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 30 et s.

¹²³ Il convient de nuancer cette position par rapport à l'évaluation d'une police d'assurance-vie détenue par une corporation lors du décès d'un actionnaire. En effet, la présomption édictée par le par. 70 (5.3) *L.I.R.* s'applique aux fins des par. 70 (5), (9.4) et (9.5) *L.I.R.* uniquement. Il est donc théoriquement possible que la « juste valeur marchande » d'une police d'assurance-vie soit calculée différemment en vertu de l'alinéa 69 (1) (b) *L.I.R.*

¹²⁴ Par. 70 (5) *L.I.R.*; art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.*

¹²⁵ Voir le texte, *supra*, p. 12.

*General for British Columbia*¹²⁶, jugement unanime de la Cour suprême du Canada, en ces termes :

We were favoured by counsel with several suggested definitions of the words “fair market value”. The dominant word here is evidently “value”, in determining which the price that can be secured on the market — if there be a market for the property (and there is a market for shares listed on the stock exchange) — is the best guide. It may, perhaps, be open to question whether the expression “fair” adds anything to the meaning of the words “market value”, except possibly to this extent that the market price must have some consistency and not be the effect of a transient boom or a sudden panic on the market [. . .]¹²⁷.

Bien que cette décision porte sur l'interprétation de l'expression « juste valeur marchande » prévue dans la *Loi sur les droits successoraux*¹²⁸, il ne fait pas de doute que cette même interprétation s'applique à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹²⁹.

Cette définition pose comme postulat de base qu'il y a eu « disposition », ergo, il y a un marché. Et de plus, ce marché est stable et libre¹³⁰. D'autre part, puisqu'il y a eu disposition, il y a nécessairement

¹²⁶ [1920] R.C.S. 84.

¹²⁷ *Id.*, p. 91. Voir aussi *Estate of A.M. Collins Henderson v. M.N.R.* [1973] C.T.C. 636 (C.F.); conf. 75 D.T.C. 5332 (C.F.A.) où le juge Cattanach donne la définition suivante, à la p. 644 : [“...] the highest price an asset might reasonably be expected to bring if sold by the owner in the normal method applicable to the asset in question in the ordinary course of business in a market not exposed to any undue stresses and composed of willing buyers and sellers dealing at arm's length and under no compulsion to buy or sell. I would add that the foregoing understanding as I have expressed it in a general way includes what I conceive to be the essential element which is an open and unrestricted market in which the price is hammered out between willing and informed buyers and sellers on the anvil of supply and demand.”

¹²⁸ S.R.C. 1952, c. 89.

¹²⁹ *National System of Baking of Alberta Ltd. v. The Queen*, [1980] C.T.C. 237 (C.F.A.), conf. [1978] C.T.C. 30 (C.F.). Voir aussi les propos du juge Cattanach dans la décision *Henderson Estate*, *supra*, note 162, p. 647 : “It will be noted that the expression used in subsection 14 (2) of the *Income Tax Act* is “fair market value” which is the identical expression used in the *Dominion Succession Duty Act*. While the same words used in different statutes may receive different constructions that is predicated upon the self-same set of words being used with reference to a different set of circumstances, different subject matter and different legislative object. The *Income Tax Act* and the *Dominion Succession Duty Act* are not strictly statutes *in pari materia* yet they both have the ultimate objective of imposing tax based upon the fair market value of an asset. Therefore, in this instance, I can see no logical reason for ascribing other than a uniform meaning to the words “fair market value” as used in the *Dominion Succession Duty Act* and as used in subsection 14 (2) of the *Income Tax Act* and that is, as I have said before, the common understanding of those words”.

¹³⁰ Dans les termes de Lord Russell of Killowen, dissident, dans l'affaire *I.R.C. v. Crossman*, [1937] A.C. 26, p. 69 : “[...] Lord Plender in arriving at his figure had treated the market as open, and had excluded no one from it. *The whole world was hypothetically there, making hypothetical bids.*” (les italiques sont de nous).

un acheteur, évidemment hypothétique, auquel la jurisprudence a attribué les caractéristiques suivantes. Il s'agit d'une personne qui n'est pas liée au vendeur, qui est prudente et raisonnable, bien informée sans être clairvoyante¹³¹. Elle n'est pas contrainte d'acheter et n'a pas d'attachement particulier, sentimental ou commercial, par rapport à l'action ainsi acquise¹³². L'investisseur hypothétique est aussi prêt à courir certains risques¹³³.

Quant au vendeur, c'est une personne prudente et raisonnable, n'étant aucunement contrainte de vendre. Par exemple, on a jugé que le vendeur qui détient un bloc important d'actions agira en personne avisée et ne vendra pas toutes les actions en même temps, ce qui entraînerait une diminution du prix¹³⁴. Et ce, en dépit du fait qu'il est réputé les avoir toutes vendues au même moment. Le vendeur acquiert ainsi, lui aussi, un aspect fictif¹³⁵.

Dans tout ce monde fantastique, la seule réalité qui demeure est le bien réputé vendu, soit l'action. Or il arrive que des restrictions sur le transfert s'attachent à l'action elle-même. C'est le cas notamment des actions dont le transfert est soumis à l'approbation préalable des administrateurs en vertu des statuts constitutifs de la compagnie émettrice¹³⁶ ou encore des actions qui font l'objet d'une convention d'achat-vente entre actionnaires ou d'une convention de rachat. Dans quelle mesure doit-on tenir compte de ces restrictions dans la détermination de la « juste valeur marchande » des actions ?

¹³¹ Voir, à titre d'exemples, *R. v. Littler*, [1978] C.T.C. 235 (C.F.A.) où l'on a refusé de tenir compte d'une possibilité d'offre de mainmise qui s'est réalisé par la suite et *National System of Baking of Alberta Limited v. The Queen*, [1980] C.T.C. 237 (C.F.A.), conf. [1978] C.T.C. 30. Voir aussi *Crabtree v. Hinchcliffe* [1971] 3 All E.R. 967 (H.L.).

¹³² Voir, par exemple, *Levitt v. M.N.R.*, 76 D.T.C. 1047 (décision de la C.R.I. rendue le 13 février 1973). Voir aussi *I.R.C. v. Crossman*, *supra*, note 165, 43-44 (Viscount Hailsham) : "I do not think that it would be right to appreciate the value of the shares because of this special demand for a special purpose from a particular buyer". *Contra* : *Holt v. I.R.C.*, [1953] 2 All. E.R. 1499 (H.L.) et *Clay v. I.R.C.*, [1914] 3 K.B. 466 (C.A.).

¹³³ Voir, à cet effet, *John A. Carruthers v. M.N.R.*, [1979] C.T.C. 3150 (C.F.) et *Hugh Waddell Limited v. The Queen*, 82 D.T.C. 6050 (C.F.) et les commentaires, *infra*, p. 51 et s.

¹³⁴ Voir *Untermeyer Estate*, *supra*, note 126; *Henderson Estate*, *supra*, note 127.

¹³⁵ Voir cependant *John A. Carruthers v. M.N.R.*, *supra*, note 133, où l'on a tenu compte de la position d'employé-clé du contribuable pour déterminer la « juste valeur marchande » de ses actions au jour d'évaluation. Cette position se défend dans ce contexte puisqu'il s'agit alors de déterminer le coût réputé du véritable propriétaire d'un bien à un moment prescrit.

¹³⁶ C'est obligatoirement le cas d'une « compagnie privée » suivant notre définition de l'expression. Voir *supra*, note 14.

- ii) La « juste valeur marchande » des actions dont le transfert est restreint

Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Estate of Arthur W. Beament c. M.N.R.*¹³⁷, la question en litige était précisément la valeur d'actions dont la disposition était limitée par contrat. Les faits pertinents étaient les suivants. Quelques années avant sa mort, le *de cuius* avait formé une compagnie d'investissement dans laquelle il détenait 2 000 actions de catégorie B (valeur nominale de 1 \$) et chacun de ses deux enfants avait 12 actions de catégorie A (valeur nominale de 1 \$). Les lettres patentes stipulaient qu'advenant la liquidation de la compagnie, les actionnaires de la catégorie B n'avaient droit qu'à un retour de capital ainsi qu'aux profits non répartis de la compagnie. De plus, le *de cuius* avait signé un contrat avec ses fils, selon lequel il s'engageait à prévoir dans son testament que la compagnie serait liquidée à son décès, selon les termes des lettres patentes. Pour les fins des droits successoraux, on a donc évalué les actions à 10 725 \$, soit la somme distribuée lors de la liquidation. Le Ministre du Revenu a estimé, toutefois, qu'il ne fallait pas tenir compte du contrat et il a établi la juste valeur marchande des actions à 110 000 \$.

Le juge en chef Cartwright a refusé la thèse du Ministre, en ces termes :

With the greatest respect I find myself unable to agree with this interpretation of the Act. What has to be ascertained is the fair market value of the 2 000 shares as of the date of the death of the deceased. It is plain, as the learned President points out, that no sensible person would have paid more for them than 10 725,98 \$, and that on a winding-up the executors could not receive more than that amount.

Once it is established (and it has been conceded) that the contract binding the deceased and his executors to have the company wound up was valid, the real value of the shares cannot be more than the amount which their holder would receive in the winding-up. To suggest that they have in fact any other value would be altogether unrealistic. When the true value of the shares in the circumstances which exist is readily ascertainable, I can find nothing in the Act that requires the computation of the value they would have had under completely different circumstances followed by an inquiry as to whether any deductions should be made from that value.

It would, of course, be within the power of Parliament to enact that an asset of a deceased person which in fact could produce only 10 725,98 \$ for his estate should be valued for purposes of taxation at ten times that amount but in my opinion, it would require clear and unambiguous words to bring about such a result. Nowhere in the words of the statute can I find the expression of such an intention applicable to the facts of the case at bar¹³⁸.

¹³⁷ [1970] C.T.C. 193.

¹³⁸ *Id.*, p. 198.

Ce raisonnement a été repris dans l'affaire *J.J. West Estate c. Minister of Finance* (B.C.)¹³⁹, où il s'agissait d'interpréter une disposition analogue de la *Succession Duty Act* (Loi sur les droits successoraux) de la Colombie-Britannique. Dans ce cas, le *de cuius* possédait 35 000 actions de Wood Gundy Ltd. et il était obligé par convention, de les vendre à d'autres employés de la compagnie, à un prix fixé à environ deux tiers de la valeur aux livres des actions, soit 5,33 \$ l'action. Le Ministre des Finances de la Colombie-Britannique a évalué les actions à 10 \$ chacune, en refusant de tenir compte de la convention.

Le ministre se fondait principalement sur deux décisions britanniques, soit *Attorney-General c. Jameson*¹⁴⁰ et *C.I.R. c. Crossman*¹⁴¹ qui portent sur l'interprétation des termes « principal value »¹⁴², concept semblable à la juste valeur marchande. La majorité de la Chambre des Lords dans l'arrêt *Crossman* a refusé de tenir compte des restrictions sur le transfert des actions ainsi que du droit de premier refus accordé aux co-actionnaires, à partir du raisonnement suivant. Puisque la loi stipule qu'il y a eu vente dans un marché libre, il faut établir la valeur en considérant que la vente a eu lieu et que l'acheteur a obtenu tous les droits du vendeur, dont le droit d'être inscrit sur les registres de la compagnie à titre d'actionnaire. On lève donc toutes les restrictions qui puissent empêcher ce résultat¹⁴³.

Mais l'annulation des restrictions n'est que temporaire, puisque l'acheteur hypothétique, une fois inscrit comme actionnaire, est considéré comme lié par ces mêmes restrictions. En résumé, donc, la règle établie en Angleterre, tirée de l'affaire *Jameson* et confirmée dans l'arrêt *Crossman*, est la suivante :

[. . .] the value of the shares was to be estimated at the price which they would fetch if sold in the open market on the terms that the purchaser should be entitled to be registered as holder of the shares and should take and hold them subject to the provisions of the articles of association, including the articles relating to alienation and transfer¹⁴⁴.

¹³⁹ [1976] C.T.C. 313 (C.S.C.-B.).

¹⁴⁰ [1905] 2 I.R. 218 (C.A.).

¹⁴¹ [1937] A.C. 26 (H.L.).

¹⁴² La partie pertinente de l'art. 7, par. 5, du *Finance Act, 1984* se lit ainsi : "the principal value of any property [...] shall be estimated to be the price which, in the opinion of the Commissioners, such property would fetch if sold in the open market at the time of the death of the deceased [...]."

¹⁴³ *I.R.C. v. Crossman*, *supra*, note 140, p. 55 (Lord Blanesburgh) : "And upon this assumption (that the open market is available), which is the supposition the statute directs us to make, we must exclude the consideration of such provisions in the articles of association as would prevent a purchaser at the sale from becoming a member of the Company, registered as such in respect of the shares purchased by him at such supposed sale."

¹⁴⁴ *Id.*, p. 38 (Viscount Hailsham L.C.).

Mais le juge Andrews, dans la décision *West Estate*¹⁴⁵ a refusé d'appliquer le test britannique, en s'appuyant sur l'arrêt *Beament*, en ces termes :

I find it neither fair nor reasonable to apply the English test based on subsection 7 (5) of the English Finance Act which ignores a key factor enunciated by Estey, J that only purchasers "able to purchase" are to be considered in determining fair market value.

It is, of course, within the competence of the Legislature to direct that a notional price purchasers unable to purchase may be willing to pay must be considered in determining fair market value for the purposes of the *Succession Duty Act*. However, I am compelled to adopt the words of Cartwright, CJC that "... it would require clear and unambiguous words to bring about such a result"¹⁴⁶.

Il convient de noter que les décisions *Beament* et *West Estate* n'ont pas été rendues en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais en vertu de *Lois sur les droits successoraux*. Il faut donc se garder d'en généraliser ou d'en exagérer la portée. Mais comme la notion de la juste valeur marchande est de même nature dans les deux cas, il y a là néanmoins un argument important. Le ministère du revenu semble avoir reconnu, tardivement, le bien-fondé de ces décisions puisqu'il a révisé sa position¹⁴⁷ et laisse entendre qu'il tiendra compte dorénavant du prix stipulé dans les conventions d'achat-vente, du moins en ce qui concerne les personnes qui n'ont pas de lien de dépendance.

La distinction selon que les personnes, parties à la convention, sont liées ou pas, est pour le moins surprenante, puisque, rappelons-le, la disposition réputée échappe aux termes de la convention et le concept même de la juste valeur marchande emporte une transaction simulée entre personnes non liées. L'objet de l'évaluation est un bien et il faut donc, pour fins de cette évaluation, tenir compte et de la nature du bien réputé vendu et de la nature des restrictions sur le transfert auquel ce bien est assujéti, voire leur opposabilité aux tiers¹⁴⁸. Si la convention de rachat est ainsi conçue que la restriction sur le transfert s'attache à l'action même

¹⁴⁵ *J.J. West Estate, supra*, note 139.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 319.

¹⁴⁷ Comparer le par. 3, IT-140R au par. 3, IT-140R2, intitulé *Conventions d'achat-vente*, en date du 29 décembre 1980, par interprétation *a contrario*. Le Ministère semble croire que le jeu de marchandage entre personnes non liées est tel que le prix fixé sera l'équivalent de la juste valeur marchande.

¹⁴⁸ D'où la pertinence des propos de Lord Russell of Killowen, dissident, dans l'affaire *Crossman, supra*, note 140, p. 67 : "[...] If the property in question is that bundle of rights and obligations known as a share in a limited company, the entirety of the bundle must surely be the subject matter of the sale and not part only. The requirement that property be sold in the open market cannot alter the nature or character of the property which is there offered for sale. The words "open market" postulate freedom of access to the market, not freedom from restrictions attaching to the subject matter of the sale".

et qu'elle est opposable à tout tiers acquéreur, les liens qui existent réellement entre les parties à la convention ne sont plus pertinents. Dans la mesure où la convention de rachat est valide, qu'elle crée une obligation de vendre et de racheter des actions tant au retrait qu'au décès de l'actionnaire et que cette obligation s'attache à l'action, nonobstant l'identité de son détenteur, nous soutenons que le lien de dépendance entre les parties à la convention est sans incidence aucune. En effet, étant donné que le par. 70 (5) *L.I.R.* postule une disposition à la « juste valeur marchande », le recours à l'alinéa 69 (1) (b) *L.I.R.* est redondant, puisqu'il a pour effet de stipuler que le contribuable lié a reçu en contrepartie d'une transaction la « juste valeur marchande » du bien¹⁴⁹. Comme la convention qui restreint le transfert des actions exerce une influence directe sur la « juste valeur marchande » même, la distinction entre personnes liées ou non est sans fondement et sans intérêt.

iii) L'opposabilité des restrictions au tiers acquéreur

Reste à déterminer le prix qu'un acheteur hypothétique serait prêt à payer pour obtenir des actions assujetties à une restriction quelconque. Dans la mesure où la restriction sur le transfert est valide, légale et qu'elle est opposable à tout tiers-cessionnaire de l'action, elle sera évidemment opposable à l'acheteur hypothétique. Comme l'opposabilité aux tiers varie selon le mode des restrictions et les prescriptions de la loi constitutive de la compagnie, il convient d'analyser séparément les diverses possibilités.

1) Restrictions dans l'acte constitutif

Dans le cas d'une compagnie régie par la *L.S.C.C.*, des restrictions sur le transfert prévues dans les statuts constitutifs, sont opposables aux tiers qui en ont effectivement connaissance et à tout cessionnaire, informé ou non, si les certificats d'actions y font référence¹⁵⁰.

Pour ce qui est des compagnies constituées en vertu de la Partie I de la *L.C.Q.*, les restrictions prévues dans les lettres patentes sont opposables à tous puisque les lettres patentes sont des documents publics réputés connus de tous¹⁵¹.

¹⁴⁹ Sous réserve des nuances, *supra*, note 123.

¹⁵⁰ Art. 45 (8) et 18 *L.S.C.C.* Voir aussi *Edmonton Country Club v. Case*, [1975] 1 R.C.S. 535.

¹⁵¹ Art. 2 (6) *L.C.Q.* Voir *Brisson c. Plourde*, [1958] B.R. 799, où la Cour d'appel du Québec a annulé une promesse de vente d'actions faite en contravention des lettres patentes qui accordaient un droit de premier refus aux autres actionnaires.

La restriction dans les statuts constitutifs d'une compagnie régie par la *L.C.Q.* (IA) ne serait opposable qu'au tiers qui en a effectivement connaissance, en l'absence de mauvaise foi, puisque la doctrine de la connaissance présumée est expressément écartée¹⁵². La mention de la restriction sur le certificat d'actions pourrait, toutefois, servir à renverser la présomption de bonne foi et d'ignorance du tiers¹⁵³.

II) Restrictions réglementaires

Pour les compagnies régies par la *L.S.C.C.*, on applique les mêmes règles que dans le cas des restrictions dans l'acte constitutif, sauf que le tiers pourrait invoquer l'illégalité du règlement car la restriction doit obligatoirement être prévue dans les statuts¹⁵⁴. La compagnie ne pourrait se prévaloir de cette nullité¹⁵⁵.

Pour les compagnies régies par la *L.C.Q.*, la solution est celle décrite ci-dessus pour les compagnies de la Partie IA, puisque la doctrine de la connaissance présumée ne s'applique pas aux règlements de la compagnie constituée en vertu de la Partie I¹⁵⁶.

III) Restrictions conventionnelles

— Convention d'achat-vente traditionnelle

La convention n'a d'effet qu'à l'égard des parties contractantes¹⁵⁷. Par conséquent, la convention entre tous les actionnaires d'une compagnie ne lie pas cette compagnie, non plus que les tiers¹⁵⁸ et ce, même si les tiers sont prévenus de l'existence de la convention¹⁵⁹.

— Convention de rachat

Puisque la compagnie est nécessairement partie à la convention de rachat, celle-ci lui sera opposable. Elle ne sera cependant pas opposable aux tiers de bonne foi pour les motifs susmentionnés.

¹⁵² Art. 123.30, 123.31 et 123.32 *L.C.Q.* (IA).

¹⁵³ *Ontario Jockey Club v. Mc Bride*, [1927] A.C. 916 (H.L.).

¹⁵⁴ Art. 6 (1) (d) *L.S.C.C.* Voir SMITH et DEMERS, *Cours de droit des compagnies*, Montréal, Centre d'édition juridique, 1980, Septième leçon, p. 68.

¹⁵⁵ Art. 18 (a) *L.S.C.C.*

¹⁵⁶ *Corporation de Placements Renaud Inc. c. Nor-Mix Ltée*, [1980] C.S. 980. Voir, toutefois, les commentaires de Marc-André LABRECQUE, (1981-82) 83 *R. du N.* 620 à 628.

¹⁵⁷ Art. 1023 *C.C.*

¹⁵⁸ *Barnard c. The Duplessis Shoe Machinery Co.*, (1907) 31 C.S. 362.

¹⁵⁹ SMITH et DEMERS, *op. cit.*, *supra*, note 154, p. 69. Ces auteurs sont d'avis que cette même solution devrait s'appliquer en vertu de la *L.S.C.C.*

— *Convention unanime des actionnaires*

Sous la *L.S.C.C.*, la convention unanime des actionnaires qui contient, par exemple, une clause soumettant tout transfert d'actions au consentement unanime est opposable à la compagnie. De plus, dans la mesure où le certificat d'actions indique ostensiblement l'existence de la convention unanime, le tiers cessionnaire est réputé être partie à la convention et devient ainsi lié par ses termes¹⁶⁰.

La *L.C.Q.* (IA) contient des dispositions analogues à la *L.S.C.C.*¹⁶¹. Elle ajoute toutefois une nuance importante. En effet le tiers qui devient actionnaire alors qu'une convention unanime est en vigueur devient obligatoirement partie à cette convention et ce, même s'il n'en avait pas connaissance au moment de l'achat. Le seul recours du tiers cessionnaire non avisé est de faire annuler dans les six mois, le contrat d'acquisition des actions en cause¹⁶². La convention unanime demeure et garde tout son effet. Signalons que la *L.C.Q.* (I) ne prévoit pas la convention unanime des actionnaires.

Il ressort des considérations qui précèdent quant à l'opposabilité des restrictions sur le transfert des actions des conséquences importantes aux fins de l'évaluation de la « juste valeur marchande » de ces actions. En effet, si la restriction sur le transfert est opposable à l'acheteur hypothétique, il ne pourra se faire inscrire sur les registres de la compagnie et il n'acquerra donc jamais la qualité d'actionnaire. Il s'ensuit que la personne raisonnable et avisée qu'est l'acheteur hypothétique ne déboursera pas un sou pour obtenir un bout de papier inutile. Le marché libre se trouvera de ce fait réduit aux personnes qui ont la capacité d'acheter et d'obtenir un titre valable aux actions, soit les personnes désignées dans la convention. Et ces personnes ne pourront acheter qu'en respectant les termes de cette convention, y compris le prix stipulé qui devient forcément la « juste valeur marchande » des actions, puisque ces actions ne peuvent être vendues valablement à un prix autre¹⁶³.

Pour obtenir le résultat recherché, soit l'application intégrale de la convention de rachat pour toutes fins, on peut retenir les solutions suivantes : une convention de rachat prévue dans l'acte constitutif d'une compagnie régie par la *L.S.C.C.*, avec mention pertinente sur les certificats d'actions. En deuxième lieu s'ajoute une convention unanime d'actionnaires incluant les dispositions quant au rachat obligatoire des actions d'une compagnie régie par la *L.S.C.C.*, avec mention expresse sur les certificats

¹⁶⁰ Art. 140 (3) *L.S.C.C.*

¹⁶¹ Art. 123.91 *L.C.Q.* (IA).

¹⁶² Art. 123.93 *L.C.Q.* (IA).

¹⁶³ Sous réserve des commentaires particuliers quant à l'évaluation de la police d'assurance-vie aux fins de la disposition présumée immédiatement avant le décès. Voir *supra*, pp. 36 et s. et note 123.

d'actions. Dans le cas d'une compagnie régie par la Partie IA, il n'est pas obligatoire, mais simplement prudent pour des questions de preuve, de faire porter mention de la convention unanime sur les certificats. Les dispositions de la Partie IA offrent d'ailleurs plus de certitude, en ce sens que le tiers cessionnaire non informé ne peut faire annuler la convention unanime¹⁶⁴.

IV) La valeur de rétention

Un autre problème se pose quant à la juste valeur marchande des actions au sein du marché restreint, constitué des co-actionnaires, dans l'hypothèse d'une convention entre actionnaires classique. Le ministre du revenu pourrait invoquer la possibilité de surenchères successives entre les actionnaires ayant pour effet d'augmenter la juste valeur marchande des actions. Signalons immédiatement que la surenchère est inconcevable dans l'hypothèse de la convention de rachat, en vertu de laquelle il n'y a qu'un seul acheteur éventuel, la compagnie.

Un autre argument, plus insidieux, consiste à tirer des termes mêmes de la convention certains avantages susceptibles d'encourager l'acheteur hypothétique non seulement à acheter, mais aussi à payer une prime. Il s'agit de la valeur dite « de rétention ».

Dans l'affaire *Hugh Waddell Limited c. The Queen*¹⁶⁵, le contribuable était concessionnaire d'un magasin Canadian Tire et membre de l'Association des concessionnaires qui détiennent tous des actions dans C.T.C. Dealer Holdings Limited (ci-après « D.H.L. »). D.H.L., à son tour, détient des actions dans Canadian Tire (ci-après « C.T. »), compagnie publique dont les actions ordinaires sont cotées à la Bourse de Toronto. Le prix d'émission des actions de D.H.L. suivait la cote en bourse des actions de C.T. Suite à un *voting trust agreement*¹⁶⁶ en 1971, les concessionnaires ont échangé leurs actions de D.H.L. contre des *voting trust certificates*, dont les modalités de transfert étaient prévues dans la convention. Les vérificateurs de l'Association ont fixé la valeur au jour

¹⁶⁴ La *L.S.C.C.* ne contient aucune disposition quant au sort réservé à la convention unanime, advenant son inopposabilité à un tiers de bonne foi. Il semble raisonnable de conclure cependant que la convention serait à tout le moins annulable à la demande du tiers, puisque l'exigence d'unanimité ne serait plus respectée. Voir aussi Alain ROBITAILLE, « Les conventions d'actionnaires », (1982) 42 *R. du B.* 173.

¹⁶⁵ 82 D.T.C. 6050 (C.F.); confirmé 83 D.T.C. 5309 (C.F.A.).

¹⁶⁶ Signalons que la Cour d'appel du Québec vient d'affirmer la validité en droit civil du *voting trust agreement* à titre de contrat innommé : *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485, infirmant [1980] C.S. 730.

d'évaluation à 40,50 \$¹⁶⁷ l'action (de D.H.L.) représentée par un *voting trust certificate*. Le Ministère a pris la position que la valeur était de 33,35 \$, puisque selon les formules de détermination du prix prévues par la convention, le contribuable aurait obtenu entre 33,34 \$ et 35,89 \$ l'action dans le cas d'une vente immédiate, entre 36,50 \$ et 37,50 \$ l'action dans l'hypothèse de la retraite ou du décès. Pour en arriver à une valeur de 40,50 \$ à 46,62 \$, il fallait tenir compte d'une « valeur de rétention » qui n'est pas reflétée dans les formules prévues à la convention¹⁶⁸. De fait, la preuve a révélé que certains concessionnaires ont effectivement payé une prime lors de l'acquisition de certificats.

Le juge Gibson a accepté le concept de la valeur de rétention en se fondant sur l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue c. Crossman*¹⁶⁹ :

Green on *Death Duties*, 7th Ed. 1971, refers to this concept [retention value] in this way :

[. . .] In other words, it is the price which a purchaser would pay to stand in the shoes of a deceased shareholder, with a good title to get into them and to remain in them, and to receive all the profits, subject to all the liabilities, of the position (*A.G. v. Jameson*¹⁷⁰, *supra*, at p. 230). Even on this footing, the effect of the restrictions on transfer is not necessarily wholly depreciatory. Among the possible profits is the chance of acquiring the shares of other members of the company under the articles on advantageous terms, *e.g.*, at a fixed price¹⁷¹.

Cette décision est extrêmement importante vu l'approbation judiciaire du concept de la valeur de rétention, mais il faut se garder d'en exagérer la portée. En effet, la décision porte sur le coût, au jour d'évaluation, d'un bien dont le contribuable était, et est demeuré depuis, propriétaire. Il est normal, dans ces circonstances, de reconnaître au propriétaire actuel une plus-value attribuable à la rétention du bien entre ses mains¹⁷².

¹⁶⁷ La valeur des actions ordinaires de C.T. étant établie à 40,25 \$ et les actions de catégorie A à 35,38 \$ aux fins du par. 26 (11) des *Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu* (ci-après « R.A.I.R. »), S.C. 1970-71-72, c. 63. Voir l'Annexe VII, Règlements de l'impôt sur le revenu, Partie XLIV, C.P. 1972-1797, Dors/72-338, règlement 4400.

¹⁶⁸ *Supra*, note 165, p. 6052 : "[...] but the arithmetic computation of price pursuant to the Formula does not prove what a dealer would pay for the certificate representing the subject shares so as to "step in the shoes" so to speak [of the appellant]. The submission instead is that such a dealer purchaser would pay a premium sometimes referred to in the cases as based on a "retention value" because on acquisition such a dealer could keep such shares until he disposed of his Canadian Tire store business or died and that this premium value would be the amount over and above that which arithmetically would be the price computed pursuant to the Formula [...]."

¹⁶⁹ [1937] A.C. 26 (H.L.).

¹⁷⁰ (1905) 2 I.R. 218 (C.A.).

¹⁷¹ *Supra*, note 165, p. 6053.

¹⁷² La décision *John A. Carruthers v. M.N.R.*, [1979] C.T.C. 3150 (C.F.) peut également s'expliquer en ce sens. Le juge Walsh a fixé la valeur des actions au jour

C'est en ce sens qu'il faut interpréter les propos de la Cour fédérale, Division d'appel confirmant la décision du juge Gibson :

The right at that moment to retain his shares is also a property right of such an owner which he would be giving up in a hypothetical sale and which, in our opinion is properly an element to be taken into account in determining fair market value in a situation of this kind¹⁷³.

Alors la formule de détermination du prix prévue dans une convention ne serait pas concluante de la « juste valeur marchande » des actions, mais elle pourrait constituer en soi un élément de plus-value pour le propriétaire.

Mais le concept de la valeur de rétention ne saurait s'appliquer dans une convention de rachat. D'abord, lorsque la vente des actions entre personnes liées est provoquée par un des événements prévus dans la convention, la formule de prix prescrite s'appliquera et la décision *Waddell* ne change en rien ce résultat. Mais dans le cas des dispositions réputées, ou de dispositions entre personnes liées, la convention pourrait à première vue avoir un effet *boomerang*.

Supposons que les cent actions émises de la compagnie XYZ Inc., réparties également entre dix actionnaires non liés aient une valeur intrinsèque de cent dollars chacune mais qu'aux termes d'une convention d'achat-vente traditionnelle les actionnaires se soient engagés réciproquement à vendre leurs actions pour un dollar au moment de la retraite ou du décès. Le concept de la valeur de rétention permet de soutenir que lors d'une disposition réputée (qui déborde nécessairement le cadre de la convention puisqu'elle est fictive), notamment lors de la disposition « immédiatement avant le décès »¹⁷⁴, l'acheteur hypothétique serait prêt à payer une prime pour être partie à la convention et bénéficier éventuellement du prix favorable accordé aux co-actionnaires. L'acheteur hypothétique serait donc prêt à payer pour en courir la chance¹⁷⁵.

Certains faits pourraient évidemment mitiger le risque que l'acheteur hypothétique serait vraisemblablement prêt à courir. On songe, par exemple, à la maladie incurable et connue de l'actionnaire qui est réputé avoir disposé de ses actions.

d'évaluation d'un actionnaire minoritaire et gérant d'une compagnie privée à 11,00 \$ l'action, en dépit d'options accordées à l'actionnaire majoritaire susceptibles d'être exercées dans certaines circonstances (*i.e.* la cessation d'emploi) moyennant 7,45 \$ l'action au motif suivant (p. 6022) : “[...] an informed purchaser knowing that the downside risk would not go below 7,45 \$ a share and taking into consideration the rapid expansion and increasing prosperity of the company and its future potential would be willing to pay not less than 11 \$ a share [...]” La C.R.I. (79 D.T.C. 906) avait déjà fixé la valeur à 7,45 \$ l'action, compte tenu du fait que l'appelant était l'employé-clé de la compagnie, mais aussi un actionnaire minoritaire.

¹⁷³ *Supra*, note 165, p. 5310.

¹⁷⁴ Par. 70 (5) *L.I.R.* ; art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.*

¹⁷⁵ Voir aussi la décision *Carruthers*, *supra*, note 172.

Mais abstraction faite de ces facteurs, pour avoir une valeur de rétention, il faut avoir en sa possession quelque chose à retenir. Dans l'hypothèse où l'acheteur hypothétique ne peut acquérir un titre valide à l'action, pour les motifs exposés ci-dessus, la question de la valeur de rétention ne se pose même pas. Il faudrait au préalable postuler que les restrictions sur le transfert ont été temporairement levées, que l'acheteur a réussi dans l'intervalle à se substituer au *de cujus* et suivre ainsi le cheminement adopté par les tribunaux britanniques, ce que les tribunaux canadiens ont systématiquement refusé de faire jusqu'ici¹⁷⁶. La décision *Waddell*¹⁷⁷ ne fait pas exception à ce principe.

Par ailleurs, au sein du marché restreint des co-actionnaires dans le cadre d'une convention traditionnelle, on pourrait prétendre à une certaine valeur de rétention. Mais pour qu'un tiers acquéreur soit prêt à payer une prime lors de l'acquisition d'actions, il faut lui offrir des avantages supplémentaires, des avantages dont il ne dispose pas déjà. Dans l'hypothèse d'une acquisition par un co-actionnaire, déjà partie à la convention, le seul avantage possible est l'augmentation de la proportion d'actions lorsque les achats doivent se faire au *pro rata* des actions détenues. Même ce mince avantage disparaît dans la convention de rachat, puisque le seul acheteur potentiel, la corporation, s'est déjà engagé à acheter toutes les actions détenues, abstraction faite de leur nombre.

En conclusion, on peut affirmer que le prix ou la formule de détermination du prix, prévus dans la convention de rachat, constitue la « juste valeur marchande » des actions au moment des dispositions réelles et des dispositions réputées dans la mesure où la convention est opposable à tout tiers acquéreur. Là seule exception à ce principe intervient lors de la disposition réputée immédiatement avant le décès. Dans ce cas, la juste valeur marchande des actions doit inclure la juste valeur marchande de toute police d'assurance-vie détenue par la corporation, fixée arbitrairement par le législateur à sa valeur de rachat¹⁷⁸. Entre personnes liées, tout avantage conféré par la convention à l'égard du prix stipulé doit s'évaluer au moment de la signature de la convention¹⁷⁹. Dans la mesure où les parties ont tenté, de bonne foi, d'établir un prix s'approchant de la juste valeur marchande à ce moment, il n'y aura pas d'avantage.

De plus, puisque la souscription d'une police d'assurance-vie est accessoire à la conclusion de la convention et est destinée à financer l'obligation de la corporation, rien n'empêche les parties d'exclure expressément son produit éventuel du calcul du prix des actions, sous réserve des commentaires préalables quant à la valeur de rachat. Il ne s'agit pas

¹⁷⁶ Voir la discussion *supra*, pp. 46-7.

¹⁷⁷ *Supra*, note 165.

¹⁷⁸ Voir le par. 70 (5.3.) *L.I.R.* et la discussion *supra*, pp. 36 et s.

¹⁷⁹ Voir les commentaires de Wolfe D. GOODMAN, "The Effect of a Shareholders' Agreement...", *loc. cit.*, note 117, p. 217 à 220 ainsi que la jurisprudence y citée.

d'une renonciation à un droit vis-à-vis de la corporation puisque l'actionnaire n'a aucun droit strict aux actifs de la corporation, sauf au cas de dissolution. La convention de rachat a précisément pour objet d'éviter la dissolution prématurée¹⁸⁰. Il ne s'agit pas non plus d'un avantage conféré à un actionnaire quelconque par ses co-actionnaires, puisqu'au moment de la signature de la convention, ils sont tous sur un pied d'égalité vis-à-vis de la corporation. De plus, ils sont tous prêts à courir le même risque. En contrepartie, la corporation s'engage formellement, vis-à-vis de chaque actionnaire, à racheter les actions et à faire le choix prévu à l'art. 83 (2) ou à l'art. 83 (2.1) *L.I.R.*, selon le cas, lors du rachat d'actions provoqué par le décès¹⁸¹.

V) *La prime au contrôle vs l'escompte aux actions minoritaires*

Étant donné notre position sur l'évaluation des actions, notamment que les termes de la convention de rachat dictent la juste valeur marchande, dans la mesure où les restrictions sur le transfert sont opposables à tout tiers acquéreur, il n'est pas nécessaire d'aborder les questions relatives aux primes de contrôle ou aux escomptes à appliquer aux actions minoritaires¹⁸². Il appartient donc aux parties d'établir, à volonté, les primes et escomptes dans la formule de détermination du prix.

B : LES CONSÉQUENCES FISCALES PARTICULIÈRES DANS L'HYPOTHÈSE D'UN RETRAIT VOLONTAIRE

Dans la présente section, nous postulons qu'un des événements prévus dans la convention de rachat, soit le retrait volontaire d'un actionnaire, s'est réalisé et, par conséquent, le mécanisme d'application de la

¹⁸⁰ Voir les commentaires, *supra*, p. 13.

¹⁸¹ Voir les commentaires, *infra*, p. 65 et s.

¹⁸² Voir généralement à ce sujet, Wolfe D. GOODMAN, "The Effect of a Shareholder's Agreement...", *loc. cit.*, note 117, p. 195 à 207; Wolfe D. GOODMAN, "Share Valuations: The Taxpayer vs. Revenue Canada", (1977) 110 *C.A. Mag.* 3 : 54 à 3 : 56; Ian R. CAMPBELL, C.A., "Not all Agreements are Fair for all", (1977) 110 *C.A. Mag.* 5 : 30 et 5 : 31; Ian R. CAMPBELL and Gary D. KAIN, "Business Valuation: Some Current Thoughts", (1975) 23 *Can. Tax J.* 375 à 379. *QUAERE* : Quant aux escomptes à appliquer aux actions minoritaires, on peut s'interroger sur leur pertinence dans le cas d'actions de compagnies régies par la *L.S.C.C.*, qui accorde aux détenteurs un droit de dissidence dans certaines circonstances, notamment lorsque la société commerciale décide d'ajouter, de modifier ou de supprimer certaines dispositions limitant le transfert d'actions (*cf.* 184 (1) (a) *L.S.C.C.*). L'actionnaire, nécessairement minoritaire, a alors droit de se faire verser la « juste valeur » de ses actions (*cf.* 184 (3) *L.S.C.C.*). Or une certaine jurisprudence a interprété les termes « juste valeur » comme "one which is just and equitable" et a refusé d'appliquer un escompte aux actions minoritaires, tout en accordant une prime de compensation de 20% ("forcing-out premium"). Voir *Domglas Inc. v. Jarislawsky*, (1981) 13 B.L.R. 15 (intégral); [1980] C.S. 925 (extrait); *conf.* [1982] C.A. 377. Voir aussi *Investissements Mont-Soleil Inc. v. National Drug Ltd.*, [1982] C.S. 716.

convention a été mis en branle. Les conséquences fiscales particulières au moment du rachat varient évidemment selon que l'on est vendeur ou acheteur. C'est pourquoi nous analyserons tour à tour les conséquences pour la compagnie, pour l'actionnaire qui se retire et pour les actionnaires qui demeurent.

1) Conséquences pour la compagnie

Le rachat par une compagnie de ses propres actions est un des rares gestes corporatifs qui n'entraîne, pour l'instant, aucune conséquence fiscale directe. Mais comme le rachat des actions provoque un dividende réputé pour l'actionnaire¹⁸³ et réciproquement, pour la corporation, le nouvel impôt de la Partie II peut s'appliquer.

Cet impôt spécial a été introduit par le budget du 12 novembre 1981, déposé à la Chambre des communes par l'honorable Allan J. MacEachen, alors ministre des Finances, dans le but avoué de rétablir le mécanisme d'intégration¹⁸⁴.

Malheureusement, le mécanisme d'intégration laisse maintenant à désirer. Au lieu d'assurer la neutralité de l'impôt entre les revenus qui passent par l'entremise d'une société privée et ceux qui reviennent directement aux particuliers, le mécanisme fait en sorte que le revenu des petites sociétés supporte un impôt plus faible qu'un revenu d'emploi ou que le revenu des entreprises non constituées en société. Cela tient au fait que le crédit d'impôt pour dividendes accordé aux actionnaires d'une petite société dépasse l'impôt payé par cette dernière. Il en résulte une économie d'impôt pouvant atteindre 10 000 \$ par an. Ce défaut du système entraîne des disparités sérieuses et des distorsions injustifiées, notamment la constitution de sociétés dans le seul but d'obtenir une économie d'impôt. Ces avantages fiscaux profitent généralement aux propriétaires — dirigeants et aux autres cadres supérieurs des petites entreprises, dont beaucoup gagnent un revenu élevé.

Le budget propose de mettre fin à ces anomalies en établissant un nouvel impôt de 12,5 pour cent sur les dividendes distribués par les petites entreprises¹⁸⁵.

¹⁸³ Par. 84 (3) *L.I.R.* Voir les commentaires, *infra*, p. 59 et s.

¹⁸⁴ Voir les commentaires, *supra*, p. 11. Voir aussi Ronald LARTER et John LEE, "The Corporate Distribution Tax : The Government Strikes Back", (1982) 30 *Can. Tax. J.* 647-652.

¹⁸⁵ Voir *Le plan complet du budget*, déposé à la Chambre des Communes par l'honorable Allan J. MacEachen, le 12 novembre 1981, Ministère des Finances, p. 45-46. Le budget du 28 juin 1982 proposait de repousser la mise en œuvre de l'impôt de 12½ pour cent sur les distributions des petites sociétés jusqu'au 1^{er} janvier 1983. Voir *Le budget*, déposé à la Chambre des Communes par l'honorable Allan J. MacEachen, le 28 juin 1982, Ministère des Finances, p. 10. Aucun impôt n'est payable en vertu de la Partie II avant que trente jours se soient écoulés depuis la date de la sanction (le 30 mars 1983) S.C. 1980-81-82-83, c. 140, par. 109 (2).

Cet impôt de 12,5 pour cent s'applique aux dividendes imposables versés par les corporations à même les profits attribuables à l'exploitation active d'une petite entreprise, qui ont bénéficié du taux réduit d'impôt prévu au paragraphe 125 (1) *L.I.R.*¹⁸⁶. Les dividendes non imposables, notamment les dividendes en capital et les dividendes en capital d'assurance-vie, ne sont pas assujettis à cet impôt spécial¹⁸⁷.

De façon générale, cet impôt se chiffre au moindre de deux montants : soit 12,5 pour cent des dividendes versés dans l'année ou un neuvième du montant des gains privilégiés de la corporation à la fin de l'année¹⁸⁸. Le montant des gains privilégiés est cumulatif et comporte 75 pour cent des sommes auxquelles s'applique le taux réduit d'impôt de l'article 125 (1) *L.I.R.* On postule donc que l'impôt de 25 pour cent a été payé et qu'il ne reste que 75 pour cent à distribuer aux actionnaires. De cette somme, on déduit ensuite les dividendes versés et l'impôt de la Partie II déjà payé, afin d'éviter la double imposition¹⁸⁹.

Un exemple illustrera la mise en œuvre de l'impôt de la Partie II. Postulons que ALPHA Inc., compagnie privée dont le contrôle est canadien, a été constituée en corporation en 1982. Son année fiscale se termine le 31 mars et tout son revenu découle de l'exploitation active d'une petite entreprise, soit 25 000 \$ en 1982; 100 000 \$ en 1983; 80 000 \$ en 1984; 100 000 \$ en 1985; 40 000 \$ en 1986. Ses cent actions émises sont détenues également par cinq Canadiens. En 1984, ALPHA Inc. déclare un dividende de 50 000 \$ et en 1985, elle doit racheter les vingt actions d'Albert moyennant la somme de 61 000 \$, aux termes d'une convention de rachat. Le capital versé des actions d'Albert est de 1 000 \$ et le dividende réputé s'élève donc à 60 000 \$¹⁹⁰.

Dans l'hypothèse ci-dessus donc, le coût réel pour la corporation, en termes de dollars avant-impôt, de l'acquisition des actions d'Albert s'élève à 83 750 \$: soit 61 000 \$ + 15 250 \$ (impôt à 25 pour cent) + 7 500 \$ (impôt de la partie II sur un dividende réputé de 60 000 \$).

D'autres dispositions particulières, visant les cas de fusion et de liquidation¹⁹² ainsi que l'évitement fiscal¹⁹³, dépassent le cadre de la présente analyse. Il suffit pour nos fins de retenir que lors d'un rachat d'actions, la compagnie peut être appelée à payer un impôt spécial de

¹⁸⁶ Par. 181 (1) *L.I.R.*

¹⁸⁷ Sous-alinéa 89 (1) (j) (i) et par. 83 (2) et 83 (2.1) *L.I.R.*

¹⁸⁸ Par. 181 (1) *L.I.R.* Signalons que le montant des gains privilégiés d'une corporation à la fin des années d'imposition commençant avant 1983 est réputé être nul (par. 181 (3) *L.I.R.*).

¹⁸⁹ Par. 181 (2) *L.I.R.*

¹⁹⁰ Par. 84 (3) *L.I.R.*

¹⁹¹ Par. 181 (3) *L.I.R.*

¹⁹² Par. 181 (4) *L.I.R.*

¹⁹³ Par. 181 (5) *L.I.R.*

	1983	1984	1985	1986
— Montant des gains privilégiés (début de l'année)	0 ¹⁹¹	75 000 \$	135 000 \$	160 000 \$
— ¾ du moindre des montants déterminés en vertu des alinéas 125 (1) a) à d)	75 000 \$	60 000 \$	75 000 \$	30 000 \$
MOINS :				
— Dividendes imposables payés dans l'année précédente	0	0	(50,000)	(60,000)
ET				
— Impôt de la Partie II payable pour l'année précédente	0	0	0	(6,250)
TOTAL :	<u>75 000 \$</u>	<u>135 000 \$</u>	<u>160 000 \$</u>	<u>123 750 \$</u>
Impôt de la Partie II à payer : Moindre de 12,5% du dividende et ½ du montant des gains privilégiés			6 250 \$	7 500 \$
Impôt			17 777,77 \$	13 750 \$
			<u>6 250 \$</u>	<u>7 500 \$</u>

12,5 pour cent sur le montant du dividende réputé, dans la mesure où il s'agit d'un dividende imposable.

2) Conséquences pour l'actionnaire qui se retire

a) CONSÉQUENCES LORS DU RACHAT DES ACTIONS ORDINAIRES

Le rachat des actions par la compagnie donne lieu à des conséquences fiscales complexes et curieuses. En principe, un actionnaire peut recevoir un retour du capital investi dans la corporation, libre d'impôt, à tout moment. Ainsi, si le montant versé par la corporation est égal au capital versé¹⁹⁴ desdites actions et si le capital versé est égal au prix de base rajusté de l'actionnaire¹⁹⁵, il n'y a aucune conséquence fiscale pour l'actionnaire.

¹⁹⁴ Défini à l'art. 89 (1) (c) *L.I.R. et 570 (1) L.I.Q.* Cette notion correspond au capital déclaré (art. 26 *L.S.C.C.*), au compte de capital-actions émis et payé (art. 123.47 *L.C.Q.* (IA) et au capital versé (art. 13 (2) *L.C.Q.* (I)).

¹⁹⁵ Normalement le prix payé pour obtenir l'action. Voir la définition à l'art. 54 (a) *L.I.R. et 252 L.I.Q.*

La réception par l'actionnaire de toute somme supérieure au capital versé entraîne l'application du paragraphe 84 (3) *L.I.R.*¹⁹⁶ et donne lieu à un dividende réputé égal à cette somme. Il y a une exception à ce principe. En effet, il n'y a pas de dividende réputé lorsque la corporation a acheté ces actions comme le ferait normalement le public sur le marché libre¹⁹⁷. Ce n'est pas le cas de la corporation qui rachète ses actions, suite à une convention de rachat et l'exception ne trouve donc pas d'application dans notre hypothèse.

Par ailleurs, la vente des actions par l'actionnaire à la corporation est une disposition¹⁹⁸ de biens en immobilisations¹⁹⁹ qui emporte un gain en capital égal à la différence entre le montant reçu et le coût du bien pour l'actionnaire²⁰⁰. Le rachat des actions déclenche donc simultanément pour l'actionnaire un dividende réputé et un gain en capital. C'est pour éviter cette double imposition potentielle que la Loi exclut expressément du produit de disposition, le dividende réputé²⁰¹.

Un exemple illustrera le déroulement de la transaction ainsi que les conséquences fiscales pour l'actionnaire. Supposons que madame Labrie possède 1 000 actions du capital-actions de Pâtisseries Meilleur Inc. Son prix de base rajusté est de 10 000 \$ et le capital versé correspondant de la compagnie est également de 10 000 \$. Suite à une entente intervenue entre madame Labrie et la compagnie, la compagnie doit, lors du retrait de madame Labrie racheter les actions à un prix égal à leur juste valeur marchande à ce moment, déterminé suivant une formule convenue, disons 110 000 \$.

Lors du rachat des actions, madame Labrie reçoit un dividende réputé et imposable de 100 000 \$ (*i.e.* 110 000 \$ – 10 000 \$)²⁰². D'autre part, elle est réputée avoir reçu 10 000 \$ (*i.e.* 110 000 \$ – 100 000 \$) lors de la disposition des actions et comme son prix de base rajusté est de 10 000 \$, il y a ni gain ni perte en capital.

Dans la mesure où le calcul précédent se solde par une perte en capital, la moitié de la perte est déductible dans l'année des gains en

¹⁹⁶ L'art. 84 (3) *L.I.R.*; art. 506 et 508 *L.I.Q.* La raison d'être du dividende réputé remonte à la période avant 1971 alors que les dividendes étaient imposables mais le gain en capital ne l'était pas. Le dividende réputé avait alors pour objet d'éviter la capitalisation des surplus, c'est-à-dire la conversion des dividendes potentiels en capital non imposable. Voir Lawrence I. GOULD et Stanley N. LAIKEN, "Dividends vs Capital Gains Under Share Redemptions", (1979) 27 *Can. Tax. J.* 161-162.

¹⁹⁷ Alinéa 84 (6) (b) *L.I.R.*; art. 510 *L.I.Q.* Voir aussi le Bulletin d'interprétation IT-300, en date du 2 avril 1976 et intitulé *Achat par une corporation de ses propres actions*.

¹⁹⁸ Voir la définition au par. 54 (c) *L.I.R.*; art. 248 *L.I.Q.*

¹⁹⁹ Voir la définition au par. 54 (b) *L.I.R.*; art. 249 *L.I.Q.*

²⁰⁰ Art. 40 *L.I.R.*; art. 234 *L.I.Q.*

²⁰¹ Sous-alinéa 54 (h) (x) *L.I.R.*; art. 251 *L.I.Q.*

²⁰² C'est sur ce dividende que porte l'impôt de la Partie II. Voir les commentaires, *supra*, p. 56 et s.

capital réalisés dans l'année, ou, en l'absence de gains en capital, déductible au rythme de 2 000 \$ par année des revenus d'autres sources²⁰³. La moitié de la perte au titre d'un placement d'entreprise²⁰⁴ est également déductible dans l'année, mais de tous les revenus, sans égard à la source.

Dans l'exemple précédent, le gain en capital imposable de 50 000 \$ (*i.e.* 110 000 \$ - 10 000 \$ ÷ 2) qu'aurait réalisé madame Labrie si elle avait vendu ses actions à un tiers, s'est transformé, sous la poussée des présomptions irréfragables, en un dividende imposable de 100 000 \$, pour l'unique motif que l'acheteur en question est la compagnie émettrice.

On peut minimiser l'impôt à payer par l'actionnaire dans les circonstances précitées en étalant la transaction sur plusieurs années. Par exemple, la convention peut prévoir que le rachat des actions s'échelonne sur cinq ans, de telle sorte que madame Labrie vendrait deux cents actions par année et ne paierait l'impôt que sur dix mille dollars par année. Le principal inconvénient de cette méthode est que madame Labrie demeurerait actionnaire pendant toute cette période, donc qu'elle continuerait à exercer ses droits de vote et à participer à la plus-value de la société commerciale, même après son retrait.

b) POSSIBILITÉ DE LA CONVERSION PRÉALABLE DES ACTIONS ORDINAIRES EN ACTIONS PRIVILÉGIÉES

Une meilleure solution serait sans doute de prévoir, dans l'acte constitutif de la compagnie, une autre catégorie d'actions qui seraient non votantes, prioritaires quant au remboursement du capital et rachetables, à l'option du détenteur ou de la compagnie, au rythme maximal de 25 p. 100 des actions détenues par chaque actionnaire de cette catégorie par année, sauf si les dividendes cumulatifs ne sont pas versés dans une année, auquel cas seul l'actionnaire pourrait exiger le rachat de la totalité de ses actions. Au moment du décès d'un actionnaire de cette catégorie, la corporation serait tenue de racheter toutes les actions sur réception du produit d'assurance. Ces actions comporteraient également un dividende préférentiel et cumulatif indexé au taux d'intérêt bancaire le 1^{er} janvier de chaque année, par exemple. De plus, il serait interdit de verser des dividendes aux actionnaires ordinaires tant que des actions de cette nouvelle catégorie seraient émises et en circulation. Les actions ordinaires seraient échangeables en tout temps en actions de la nouvelle catégorie et dans la convention de rachat, chaque actionnaire s'engagerait à exercer son droit de conversion au moment de son retrait.

²⁰³ Art. 38 et 3 *L.I.R.*; art. 231 et 28 *L.I.Q.*

²⁰⁴ Voir la définition à l'alinéa 39 (1) (c) *L.I.R.*; art. 236.1 *L.I.Q.*

Cette façon de procéder offre de multiples avantages tant à l'actionnaire qui part qu'à la corporation elle-même. En effet, l'échelonnement évite à la corporation de faire un gros déboursé qui risque d'épuiser ses liquidités. De plus, l'actionnaire qui part minimise son impôt en étalant son revenu de dividendes sur plusieurs années. Bien que la valeur de ses actions soit gelée au moment du retrait, son investissement a un rendement au taux courant et le dividende cumulatif joint au rachat à l'option du détenteur lui offrent une protection adéquate.

3) Conséquences pour les actionnaires qui demeurent

Le rachat des actions d'un co-actionnaire par la compagnie n'entraîne aucune conséquence fiscale pour les actionnaires qui demeurent, puisqu'ils ne sont pas parties à la transaction. Mais comme nous l'avons signalé auparavant²⁰⁵, cette transaction a pour effet d'augmenter la participation respective des actionnaires qui demeurent, sans déboursé de leur part. À la limite, l'actionnaire qui demeure peut se retrouver seul et unique propriétaire de toutes les actions émises et en circulation de la corporation.

C : LES CONSÉQUENCES FISCALES PARTICULIÈRES DANS L'HYPOTHÈSE DU DÉCÈS DE L'ACTIONNAIRE

1) Conséquences pour la compagnie

De façon générale, les conséquences du rachat des actions sont les mêmes, que le rachat soit provoqué par le retrait ou le décès de l'actionnaire. Mais lorsque la convention de rachat est financée par une police d'assurance-vie — et c'est généralement le cas — le décès de l'actionnaire dont la vie est assurée produit des effets secondaires. C'est pourquoi il convient d'analyser le traitement fiscal applicable au produit d'assurance et l'incidence des droits successoraux.

a) LE TRAITEMENT FISCAL APPLICABLE AU PRODUIT DE L'ASSURANCE-VIE

De façon générale, le produit de l'assurance-vie n'est pas imposable entre les mains du bénéficiaire, personne physique ou morale. En effet, l'expiration de la police par suite du décès de toute personne dont

²⁰⁵ Voir les commentaires, *supra*, p. 20.

la vie était assurée n'est pas considérée comme une disposition d'intérêts dans la police²⁰⁶.

L'exception prévue pour les polices « acquises pour la dernière fois »²⁰⁷ après le 1^{er} décembre 1982 n'est qu'une exception apparente puisque le produit d'assurance n'est pas imposé. La présomption de disposition par le détenteur d'une police non exonérée²⁰⁸ immédiatement avant le décès de la personne dont la vie était assurée vise plutôt à imposer le revenu couru depuis la dernière date de déclaration jusqu'à la date du décès, en plus de tout revenu couru non réparti et accumulé avant 1982²⁰⁹. Comme la fiction juridique intervient immédiatement avant le décès et comme le produit d'assurance n'est payable qu'au décès, il est nécessairement exclu de ces calculs.

Le produit de l'assurance est donc reçu libre d'impôt dans tous les cas et par conséquent, aucune somme n'est à inclure, à ce titre, dans le calcul du revenu du bénéficiaire de la police. Mais lorsque ce bénéficiaire est une corporation, il faut se poser une autre question. Dans quel compte de surplus doit-on comptabiliser le produit de l'assurance pour fins d'impôt? Il faut distinguer ici entre les polices dont la corporation était bénéficiaire le 28 juin 1982 (les « anciennes polices ») et celles dont elle est devenue bénéficiaire après le 28 juin 1982 (les « nouvelles polices »). Cette distinction s'impose en raison des modifications majeures apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* et du maintien de certains « droits acquis ». D'où la coexistence de deux régimes d'imposition parallèles.

i) Les « anciennes polices »

Dans le cas des polices dont la corporation était bénéficiaire le 28 juin 1982, la *Loi* stipule que le produit de l'assurance doit être porté au compte de dividende en capital²¹⁰. Essentiellement, la corporation ajoute à ce compte le produit de l'assurance-vie moins le prix de base rajusté de

²⁰⁶ Sous-alinéa 148 (9) (c) (ix) *L.I.R.*; art. 966 (a) *L.I.Q.* Voir aussi IT-430, *Produit d'une police d'assurance-vie au décès*.

²⁰⁷ Une police est réputée avoir été acquise à la dernière des dates suivantes : la date de son entrée en vigueur et la date où la demande à l'égard de cette police, signée par le détenteur de la police, a été produite auprès de l'assureur. De plus, l'exercice d'une clause de la police, sauf la transformation en contrat de rente, n'a pas pour effet de modifier la date susmentionnée (al. 148 (10) (c) et (d) *L.I.R.*).

²⁰⁸ Par. 148 (2) (b) et sous-alinéas 148 (9) (e.2) (iv) et 148 (9) (a) (iii.1) *L.I.R.* Voir aussi le Bulletin CLU d'avril 1983, intitulé *Modifications apportées à la Loi de l'impôt sur le revenu en 1983*, publié par l'Institut des assureurs-vie agréés du Canada, 41, chemin Lesmill, Don Mills (Ontario) M3B 2T3, p. 11. Voir aussi note 45.

²⁰⁹ Par. 148 (1) *L.I.R.*; art. 968 *L.I.Q.*

²¹⁰ Alinéa 89 (1) (b) *L.I.R.*; art. 570 (b) *L.I.Q.*

la police, généralement les primes payées²¹¹. La partie du produit correspondant aux primes payées tombe dans le compte de surplus ordinaire de la corporation.

On constate alors que dans la mesure où le produit de l'assurance est fixe, la proportion versée au compte de dividende en capital diminue continuellement. D'où l'intérêt de contracter de l'assurance additionnelle, au moyen des dividendes versés sur une police, vie entière et participante, par exemple, pour prévenir l'érosion progressive de ce compte en garantissant que le montant du produit « libre d'impôt » et les primes croissent proportionnellement²¹².

Signalons que certains événements dont le paiement d'une « prime prescrite » ou « une augmentation prescrite de toute prestation de décès en vertu de la police », après le 1^{er} décembre 1982, ont pour effet d'assujettir les « anciennes polices » au nouveau régime fiscal, décrit ci-dessous, par le biais d'une présomption irréfragable que la corporation n'était pas bénéficiaire de cette police le 28 juin 1982²¹³.

ii) Les « nouvelles polices »

Pour ce qui est des polices dont la corporation devient bénéficiaire, de fait ou de par l'effet de la *Loi*, après le 28 juin 1982, le produit de l'assurance-vie est porté au crédit d'un nouveau compte, appelé « compte de dividende en capital d'assurance-vie »²¹⁴. Ce compte comporte le produit de toute assurance-vie moins le prix de base rajusté²¹⁵ de la police. Selon le nouveau calcul, le prix de base rajusté correspond au total des primes²¹⁶

²¹¹ Voir les définitions de « prix de base rajusté » et de « primes » aux alinéas 148 (9) (a) et 148 (9) (e.1) *L.I.R.*

²¹² Wolfe D. GOODMAN, "Corporate Share Purchase Schemes in Estate Planning", (1974) *I E. & T.Q.* 227, p. 237; Leslie G. DOLLINGER, "Tax Aspects of Key-Man Life Insurance", *supra*, note 95.

²¹³ Alinéa 89 (2) (a) et par. 12.2 (9) *L.I.R.* Les termes « prime prescrite » et « augmentation prescrite de toute prestation de décès » sont définis dans le Règlement 309. Voir aussi Alan MACNAUGHTON, "New Income Tax Rules for Holders of Life Insurance Policies", *loc. cit.*, *supra* note 45, pp. 936-939.

²¹⁴ Alinéa 89 (1) (b.2) *L.I.R.*

²¹⁵ Alinéa 148 (9) (a) *L.I.R.*

²¹⁶ Alinéa 148 (9) (e.1) *L.I.R.* Signalons que la définition de « prime » exclut la fraction de tout montant payé après le 31 mai 1985 en vertu d'une police acquise pour la dernière fois après le 1^{er} décembre 1982, relativement à

- (A) une prestation de décès par accident,
- (B) une prestation d'invalidité,
- (C) un risque additionnel à la suite de l'assurance d'un risque aggravé,
- (D) un risque additionnel relativement à la transformation d'une police temporaire en une autre police après la fin de l'année,
- (E) un risque additionnel en vertu d'une option de règlement,
- (F) un risque additionnel en vertu d'une garantie d'assurabilité, ou
- (G) toute autre prestation prescrite accessoire à la police.

payées, plus les montants déjà inclus dans le revenu, évitant ainsi la double imposition lors d'une disposition subséquente.

Il faut ensuite déduire de cette somme le « coût net de l'assurance pure »²¹⁷ le 31 décembre de chaque année. Cette modification s'applique aux polices, exonérées ou non, acquises pour la dernière fois après le 1^{er} décembre 1982, dans les années d'imposition commençant après le 31 mai 1985²¹⁸, de telle sorte que la première déduction relative au « coût net de l'assurance pure » aura généralement lieu le 31 décembre 1986. Toutefois, dans le cas de corporations dont l'année d'imposition commence entre juin et décembre 1985, la première date de déduction est fixée au 31 décembre 1985.

La déduction annuelle du coût net de l'assurance pure produit un effet diamétralement opposé à l'érosion progressive du compte de dividende en capital. Non seulement la proportion du produit d'assurance-vie, ultimement versée au compte de dividende en capital d'assurance-vie est-elle maintenue, mais encore elle augmente chaque année avec l'âge de l'assuré²¹⁹. Il est même possible que le total des déductions excède le coût de la police, auquel cas le produit d'assurance sera porté intégralement au compte de dividende en capital d'assurance-vie²²⁰.

b) L'INCIDENCE DES DROITS SUCCESSORAUX

L'incidence des droits de succession prélevés sur les produits d'assurance-vie, dans la seule province qui exige encore de tels droits, soit le Québec, constitue un facteur important, dont il faut tenir compte. En principe, le produit d'assurance payable à un bénéficiaire désigné ne fait pas partie de la succession de l'assuré²²¹. Mais le législateur a créé une dérogation expresse à ce principe. En effet, aux termes de l'article 13 de la *Loi sur les droits successoraux*²²², le produit de l'assurance est

²¹⁷ Sous-alinéa 148 (9) (a) (ix) *L.I.R.* Le « coût net de l'assurance pure » correspond au capital net de risque pour l'année (la prestation de décès moins le fonds accumulé) multiplié par le coût de l'assurance pure basé sur « la table de mortalité désignée ». Voir le Règl. 308, dont l'adoption a été validée rétroactivement (S.C. 1983-84, c. 1, par. 82 (4)). Voir aussi Alan MACNAUGHTON, "New Income Tax Rules for Holders of Life Insurance Policies and Annuities", *loc. cit. supra*, note 45, p. 924-925.

²¹⁸ Sous-alinéa 148 (9) (a) (ix) *L.I.R.*

²¹⁹ Alan MACNAUGHTON, "New Tax Rules for Holders of Life Insurance Policies and Annuities", *loc. cit., supra*, note 45, p. 940.

²²⁰ *Ibid.* Signalons, toutefois, que le prix de base rajusté de la police ne peut être négatif.

²²¹ Art. 2550 al. 2 *C.C.*

²²² *L.R.Q.* 1977, c. D-13.2, a. 13, qui se lit ainsi : Nonobstant les dispositions du Code civil, le produit d'une police d'assurance payable en raison ou à l'occasion du décès d'un assuré, y compris une rente payable par l'assureur, est réputé transmis en raison de

imposable entre les mains du bénéficiaire, en proportion des primes effectivement payées par le bénéficiaire par rapport à la totalité des primes payées. Il s'ensuit que lorsque la corporation a contracté et défrayé une assurance sur la vie d'un de ses actionnaires, aucun droit ne sera exigible.

Par contre, dans le contexte des conventions entre actionnaires traditionnelles, financées par une assurance-vie détenue et défrayée par la compagnie, l'actionnaire bénéficiaire devra payer les droits de succession sur la totalité de la somme reçue²²³. Si la compagnie en a défrayé la moitié, l'actionnaire bénéficiaire sera taxé sur la moitié du produit, et ainsi de suite. La façon d'éviter le paiement de ces droits est évidemment de s'assurer que la personne qui acquitte les primes est effectivement bénéficiaire de la police²²⁴.

2) Conséquences pour l'actionnaire et sa succession

a) L'ACTIONNAIRE — LA DISPOSITION RÉPUTÉE

Comme nous l'avons déjà mentionné dans la section traitant de l'évaluation des actions, le décès de l'actionnaire déclenche un mécanisme de simulation (ce que le juge Gibson appelle a *two-step fiction*) en vertu duquel le défunt est réputé avoir disposé de tous ses biens, dont les actions, immédiatement avant son décès et il est réputé, en outre, avoir reçu un produit égal à la juste valeur marchande des actions²²⁵. De sorte que le *de cuius* réalise dans sa dernière année d'imposition, un gain ou une perte en capital, selon que la juste valeur marchande de ses actions est supérieure ou inférieure à son prix de base rajusté²²⁶.

Dans certains cas particuliers, le législateur modifie la deuxième partie de la présomption de façon à éviter la réalisation immédiate de tout gain en capital. C'est le cas notamment lorsque les actions sont léguées

ce décès au bénéficiaire de la police, même lorsque l'assuré n'a pas personnellement contracté l'assurance et n'en a pas acquitté les primes.

Toutefois, la partie du produit correspondant aux primes que le bénéficiaire a personnellement acquittées et effectivement supportées, et la partie du produit que le bénéficiaire a de toute autre manière acquise à titre onéreux ne sont pas réputées transmises en raison du décès de l'assuré.

²²³ Voir aussi *Succession Mortimer Ellis Harris c. Sous-ministre du revenu du Québec* (1978) R.D.F.Q. (Doc. 121) (C.P.); *Lavoie c. Sous-ministre du revenu du Québec* [1980] C.P. 85 (en appel).

²²⁴ Signalons que l'art. 25 prévoit une exception à l'article 13 lorsque l'assuré décédé et le bénéficiaire sont, tous deux résidents et domiciliés hors du Québec.

²²⁵ Par. 70 (5) *L.I.R.*; art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 36 et s.

²²⁶ Art. 40 *L.I.R.*; art. 234, 236 *L.I.Q.* Exceptionnellement, la moitié de toute perte en capital est déductible des revenus de toute source, dans l'année du décès et l'année précédente. (cf. art. 71 *L.I.R.*; art. 452 *L.I.Q.*).

au conjoint survivant ou à une fiducie au profit du conjoint survivant²²⁷. Le *de cuius* lègue ainsi et ses actions et son prix de base rajusté²²⁸. D'autres dispositions permettent un roulement, libre d'impôt immédiat, lors de la transmission de biens agricoles ou d'actions de corporations agricoles familiales, à des descendants du contribuable défunt²²⁹. Il y a aussi possibilité de différer le gain en capital réputé jusqu'à concurrence de 200 000 \$, lorsque les actions d'une petite entreprise constituée en corporation sont transmises d'une génération à l'autre au sein d'une même famille²³⁰.

Signalons que ces roulements ne sont permis qu'à la condition expresse que le bien ait été « irrévocablement acquis » par le légataire désigné dans les quinze mois du décès. Le ministère du revenu adopte la position qu'il n'y a pas d'acquisition irrévocable par le premier légataire lorsque celui-ci est contraint de vendre le bien, aux termes d'une convention d'achat-vente traditionnelle ou d'une convention de rachat²³¹. Le roulement sera donc refusé lorsque la convention emporte l'obligation de vendre, mais il sera permis s'il ne s'agit que d'une option ou d'un droit de premier refus.

Or, dans la situation qui nous occupe, une simple option ou un droit de premier refus ne produira pas l'effet voulu quant à l'évaluation des actions²³². Il faut donc s'assurer de créer une obligation de vendre et d'acheter dans la convention de rachat. Par mesure de précaution, les actionnaires peuvent, par disposition testamentaire, ordonner expressément à leur exécuteur testamentaire de vendre les actions aux termes de la convention et ne léguer que le produit de disposition de ces actions. De cette façon, il ne peut y avoir acquisition irrévocable des actions par le légataire. Il va de soi que les actions susceptibles de faire l'objet d'un roulement, lors de leur transmission, doivent être expressément exclues de la convention de rachat.

Un exemple illustrera l'effet de la transaction réputée. Monique Meilleur, qui détient 50 p. 100 des actions émises de Pâtisseries Meilleur Inc., soit 500 actions, est décédée. Les actions ont, par hypothèse, un capital versé et un prix de base rajusté de 5 000 \$. Aux termes d'une convention de rachat, opposable à tout tiers acquéreur, la compagnie doit racheter les actions, au moment du décès, à un prix calculé selon une formule prévue à la convention, qui exclut le produit de l'assurance-vie temporaire de 60 000 \$, disons 50 000 \$. Immédiatement avant son décès, Monique Meilleur est réputée avoir vendu ses actions et avoir obtenu la

²²⁷ Par. 70 (6) à 70 (7) *L.I.R.* ; art. 440 à 446 *L.I.Q.*

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Par. 70 (9) à 70 (9.3) *L.I.R.* ; art. 444 et 450 *L.I.Q.*

²³⁰ Par. 70 (9.4) à 70 (10) *L.I.R.* ; art. 444.1, 450.1, 451 *L.I.Q.*

²³¹ Voir le Bulletin d'interprétation IT-449, intitulé *Sens des termes « a été, par dévolution, irrévocablement acquis »*.

²³² Voir les commentaires, *supra*, p. 47 et s.

juste valeur marchande des actions, soit 50 000 \$²³³. Elle réalisera donc, dans sa dernière année d'imposition, un gain en capital de 45 000 \$ (50 000 \$ – 5 000 \$), dont la moitié, 22 500 \$, est imposable.

b) LA SUCCESSION — LA DISPOSITION RÉELLE

Après le décès de l'actionnaire, le mécanisme prévu à la convention de rachat est mis en branle, et la succession doit vendre les actions à la compagnie au prix convenu. Le rachat entraîne les mêmes conséquences fiscales, qu'il soit provoqué par le retrait ou le décès de l'actionnaire. Mais certains facteurs, dont la réception du produit d'assurance-vie par la compagnie et l'addition d'une nouvelle unité d'imposition, la succession, s'ajoutent pour donner des résultats assez surprenants. Dans le déroulement des événements fiscaux, il faut encore une fois distinguer entre les conventions financées par les « anciennes polices » et celles financées par les « nouvelles polices » en raison des modifications législatives récentes dont il est fait état ci-dessous.

i) Les conventions financées par les « anciennes polices »

Rappelons que les « anciennes polices » sont celles dont la corporation était bénéficiaire le 28 juin 1982 avant de poursuivre l'exemple précédent. La succession de madame Meilleur vend les actions à la compagnie. Le rachat des actions par la compagnie va donner lieu à un dividende réputé égal à la différence entre le montant reçu et le capital versé, soit 45 000 \$ (50 000 \$ – 5 000 \$)²³⁴. Et comme la compagnie a alors droit de recevoir le produit d'assurance-vie, elle doit le porter au compte de dividende en capital²³⁵.

Si la compagnie fait le choix prévu au par. 83 (2), ce dividende réputé ne sera pas imposable entre les mains du récipiendaire. De plus, la corporation n'aura pas à payer l'impôt spécial de la Partie II qui, rappelons-le, s'applique exclusivement aux dividendes imposables²³⁶.

La réception du dividende en capital par la succession ne comporte aucun coût caché, puisque ce dividende n'affecte en rien le prix de base rajusté des actions²³⁷, soit 50 000 \$ dans notre exemple, suite à

²³³ Voir les commentaires, *supra*, p. 42 et s.

²³⁴ Par. 84 (3) *L.I.R.*; art. 506 et 508 *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 59 et s.

²³⁵ Voir les commentaires, *supra*, p. 62 et s.

²³⁶ Voir les commentaires, *supra*, p. 56 et s.

²³⁷ Sous-alinéa 53 (2) (a) (i) *L.I.R.*; art. 257 (a) à (g) et 258 *L.I.Q.*

la disposition réputée²³⁸. En appliquant les dispositions sur le gain en capital, la succession reçoit 50 000 \$, dont il faut exclure le dividende réputé de 45 000 \$²³⁹. Le produit de disposition est de 5 000 \$, alors que le prix de base rajusté s'élève à 50 000 \$. La succession réalise ainsi une perte en capital de 45 000 \$, dont la moitié, soit 22 500 \$ est déductible de son revenu.

Si cette perte en capital se réalise dans la première année d'imposition de la succession, les représentants légaux du défunt peuvent appliquer cette perte en capital contre tout gain en capital du *de cujus*²⁴⁰. Cette opération se solde même quelquefois par un remboursement d'impôt à la succession²⁴¹.

Il ressort donc, de cette situation, un résultat inattendu et inespéré, une transaction entièrement libre de conséquences financières au niveau fiscal, qui réussit à faire échec, rétroactivement, à la présomption de disposition au décès²⁴². En l'absence d'un lien de dépendance, la perte en capital de la succession lors du rachat des actions par la compagnie, est toujours égale au gain en capital du défunt et les deux s'annulent nécessairement, peu importe le prix prévu à la convention.

Dans les cas où il y a un lien de dépendance entre le *de cujus* et la corporation et entre la succession et la corporation, par exemple, lors du décès de l'actionnaire qui contrôlait la corporation²⁴³, la perte en capital de la succession lors du rachat peut servir à diminuer considérablement le gain en capital du défunt. Supposons que le Ministère du revenu puisse vraisemblablement soutenir que la juste valeur marchande des actions est de 100 \$ l'action²⁴⁴, alors que le prix de rachat prévu dans la convention

²³⁸ Voir le texte, *supra*, p. 59.

²³⁹ Alinéa 54 (h) (x) *L.I.R.*; art. 251 *L.I.Q.*

²⁴⁰ Par. 164 (6) *L.I.R.*; art. 1054 à 1056 *L.I.Q.*

²⁴¹ Voir à cet effet, le Bulletin d'interprétation IT-140 R2, *Conventions d'achat-vente* dont le par. 6 se lit ainsi : « En vertu du paragraphe 164 (6), la succession est réputée avoir fait un paiement d'impôt égal à la fraction de l'impôt payable par le contribuable décédé dans l'année du décès qui est en sus du montant qui aurait été payable pour cette année si cette partie de la perte en capital nette ou de la perte finale, suivant le choix des représentants légaux en vertu de l'article 1 000 du Règlement, avait été déduite lors du calcul de son revenu. Le paiement d'impôt ainsi réputé avoir été versé par les représentants légaux est traité comme s'il avait été payé au titre de l'impôt à payer par la succession pour sa première année d'imposition. Ainsi, la succession peut avoir droit à un remboursement d'impôt ».

²⁴² La seule entrave possible au déroulement ordonné de la transaction se présenterait si la compagnie ne rencontrait pas le test de solvabilité pertinent au moment où elle doit racheter les actions. (Voir le texte, *supra*, p. 17 et s.). Mais comme le prix des actions se fixe généralement en fonction de la solvabilité de la compagnie et que le rachat est financé par l'assurance-vie, il ne s'agit, somme toute, que d'un faux problème.

²⁴³ Alinéa 251 (2) (b) *L.I.R.*; art. 19 (1) *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 26 et s.

²⁴⁴ Voir IT-140 R2, *supra*, note 241, par. 3.

est de 80 \$ et que le capital versé et le prix de base rajusté, de 50 \$ l'action. Au moment de la disposition immédiatement avant le décès²⁴⁵, le défunt est réputé réaliser un gain en capital de 50 \$ l'action et le prix de base rajusté de la succession est porté à 100 \$. Lors du rachat à 80 \$ l'action, la corporation est réputée avoir versé et la succession, avoir reçu, un dividende de 30 \$ l'action²⁴⁶. De plus, par l'application de l'alinéa 69 (1) (b)²⁴⁷ *L.I.R.*, la succession est réputée avoir reçu 100 \$ l'action au total. Aux fins du calcul du gain en capital, elle est donc réputée avoir reçu 70 \$ l'action (100 \$ - 30 \$), soit une perte en capital de 30 \$ l'action, qui peut annuler partiellement le gain du défunt selon les conditions précitées.

Le pendant de l'application de l'art. 69 *L.I.R.*, c'est-à-dire la pénalité déguisée ou le refus implicite du législateur de majorer le prix de base rajusté de l'acheteur en fonction du produit réputé²⁴⁸, est sans incidence aucune pour la corporation. En effet, on se souvient que la corporation ne peut vendre les actions ainsi acquises mais doit obligatoirement les annuler²⁴⁹.

En conclusion, il est facile de constater que la convention de rachat financée par une « ancienne police » offre de multiples avantages fiscaux. Au mieux, le rachat des actions ne comporte aucun coût fiscal ni pour la corporation, ni pour l'actionnaire décédé, ni pour sa succession. Lorsque la partie du produit d'assurance versée au compte de dividende en capital n'est pas suffisante pour exonérer d'impôt la totalité du prix, la succession reçoit une somme à titre de dividende imposable, qui bénéficie de toute manière d'un traitement fiscal privilégié. Au pire, si jamais le fisc réussit à soutenir que la juste valeur marchande des actions diffère du prix convenu²⁵⁰, le gain en capital du défunt est néanmoins réduit et l'un des effets redoutés des dispositions touchant les personnes liées est neutralisé.

ii) Les conventions financées par les « nouvelles polices »

On se souvient que les « nouvelles polices » sont celles dont la corporation devient bénéficiaire, de fait ou de par l'effet de la *Loi*, après le 28 juin 1982. Dans ce cas, la vente des actions par la succession à la

²⁴⁵ Par. 70 (5) *L.I.R.*; art. 436, 438 et 439 *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 65 et s.

²⁴⁶ Par. 84 (3) *L.I.R.*; art. 506 et 508 *L.I.Q.* Voir les commentaires, *supra*, p. 58.

²⁴⁷ Art. 422 *L.I.Q.*

²⁴⁸ Voir les commentaires, *supra*, p. 31 et s.

²⁴⁹ Voir les commentaires, *supra*, p. 20.

²⁵⁰ Pour une analyse des difficultés posées par cette position, voir les commentaires sur l'évaluation des actions, *supra*, p. 34 et s.

compagnie va aussi donner lieu à un dividende réputé égal à la différence entre le montant reçu et le capital versé.

La compagnie, ayant porté le produit d'assurance au compte de dividende en capital d'assurance-vie, peut alors faire le choix prévu au par. 83 (2.1) *L.I.R.*, de telle sorte que le dividende réputé n'est pas imposable entre les mains de la succession et échappe du même coup à l'impôt de la Partie II. Mais l'analogie des conséquences fiscales se termine ici.

En effet, il est désormais impossible d'annuler par une perte en capital de la succession un gain en capital réalisé par le *de cujus* dans l'année du décès. Dans la mesure où la compagnie a fait le choix prévu par le par. 83 (2.1.) *L.I.R.*, le prix de base rajusté des actions de la succession est réduit du montant correspondant au dividende réputé et non imposable²⁵¹. Signalons que cette réduction du prix de base rajusté affecte exclusivement les contribuables qui ont hérité de leurs actions. C'est évidemment pour mettre un terme à la situation décrite ci-dessus que le législateur vient de réagir ainsi.

Faut-il conclure que l'adoption de cette mesure vient sonner le glas de la convention de rachat? Rappelons simplement pour l'instant que la succession reçoit toujours un dividende libre d'impôt.

3) *Conséquences pour les actionnaires qui demeurent*

Le rachat des actions de l'actionnaire décédé par la corporation ne provoque évidemment aucune conséquence fiscale directe, en raison de l'effet relatif des contrats. Par contre, le rachat peut entraîner certains changements de fait, notamment un changement de contrôle, qui entraînent des incidences fiscales. C'est pourquoi nous traiterons de l'effet du changement de contrôle, pour aborder ensuite ce que certains ont appelé le transfert du fardeau fiscal.

a) LE CHANGEMENT DE CONTRÔLE

Lorsque l'actionnaire qui contrôle la corporation meurt, les actions de contrôle sont transmises à sa succession. Ce changement de contrôle est, cependant, réputé ne pas avoir lieu pour certaines fins

²⁵¹ L'alinéa 53 (2) (r) *L.I.Q.* se lit ainsi : « r) lorsque le bien est

(i) une action d'une catégorie du capital-actions d'une corporation, action que le contribuable a acquise (autrement que par un achat) à la suite du décès d'une personne, ou une autre action de la même catégorie que ce contribuable a acquise après le décès de cette personne, ou

(ii) une action substituée à une action visée au sous-alinéa (i), le total des montants dont chacun représente un dividende reçu par le contribuable sur cette action au plus tard à cette date, ou réputé avoir été reçu après cette date en application du paragraphe 84 (2) ou (3), qui peut raisonnablement être considéré comme étant au titre ou en paiement intégral ou partiel du produit d'une disposition et à l'égard duquel la corporation fait un choix en vertu du paragraphe 83 (2.1).

fiscales²⁵². Cette présomption a pour effet principal de maintenir la déductibilité des pertes d'opération et des pertes en capital, malgré le changement de contrôle effectif. Mais cette disposition ne s'applique qu'à la transmission des actions du défunt à sa succession et non pas à la transaction ultérieure qui a lieu entre la succession et la corporation.

Il est clair que le rachat des actions par la corporation n'a pas pour effet de conférer le contrôle à la corporation. Répétons que la corporation ne peut exercer les droits de vote afférents aux actions, qu'elle doit d'ailleurs annuler²⁵³. Mais l'annulation de ces actions peut provoquer un contrôle nouveau. Ce serait le cas notamment lors du décès d'un actionnaire qui détient 50 p. 100 des actions émises d'une compagnie. Suite au rachat, le co-actionnaire se retrouverait seul actionnaire de la corporation. Il y aurait donc changement de contrôle.

Un tel changement de contrôle a pour effet d'annihiler la possibilité de déduire les pertes en capital nettes accumulées²⁵⁴ et de limiter la déductibilité des pertes d'opération accumulées à certaines conditions²⁵⁵. Bien que la question des pertes d'opération ne pose habituellement pas problème²⁵⁶, ce n'est pas le cas des pertes de capital qui seront réduites à zéro. Signalons, toutefois, que cet effet est généralisé en ce sens que le décès de l'actionnaire majoritaire produit toujours ce résultat, qu'il y ait ou pas une convention entre actionnaires ou une convention de rachat²⁵⁷.

b) LE TRANSFERT DU FARDEAU FISCAL

Certains auteurs²⁵⁸ estiment que le résultat ultime du rachat des actions par la compagnie suite au premier décès, qui réussit à diminuer

²⁵² Alinéa 256 (7) (a) *L.I.R.*; art. 21.1 à 21.3 *L.I.Q.*

²⁵³ Voir les commentaires, *supra*, p. 20.

²⁵⁴ Par. 111 (4) *L.I.R.*; art. 736 (a) *L.I.Q.*

²⁵⁵ Par. 111 (5) à 111 (5.4) *L.I.R.*; art. 736 (b) *L.I.Q.*

²⁵⁶ Un des objectifs recherchés lors de la signature d'une convention de rachat est précisément la poursuite ininterrompue des activités de la corporation. Voir les commentaires, *supra*, p. 14.

²⁵⁷ Mentionnons que le changement de contrôle peut produire d'autres effets, souvent désastreux. Par exemple, lorsqu'une corporation contrôlée antérieurement par des non-résidents devient une corporation privée dont le contrôle est canadien, le compte de dividendes en capital ainsi que le compte de dividendes en capital d'assurance-vie de la corporation sont réduits à zéro. (art. 89 (1.1) *L.I.R.*).

²⁵⁸ Voir, par exemple, à ce sujet, André TREMBLAY, *Conventions entre actionnaires — Aspects fiscaux II*, conférence présentée le 27 novembre 1981, à Montréal, à un colloque de l'Association québécoise de planification fiscale et successorale (A.Q.P.F.S.), (*pro manuscripto*), p. 23. Voir aussi Rosanne ROCCHI, *loc. cit.*, note 43, p. 108, 209 et 210 et Jean-Claude FORTIER, *loc. cit.*, note 43, p. 432-433.

considérablement, sinon à annuler, les impôts du défunt et de sa succession, consiste à transférer le fardeau fiscal de l'actionnaire décédé aux actionnaires survivants. Ce point de vue s'explique si l'on considère que dans les conventions entre actionnaires traditionnelles, les actions du défunt sont achetées par le survivant et que, par conséquent, le prix de base rajusté du survivant augmente en proportion de la somme déboursée. Par contre, lors du rachat des actions par la compagnie, il n'y a pas de rajustement du prix de base rajusté du survivant puisqu'il ne paie aucun prix. De sorte que lors du décès du survivant, le gain en capital imposable, réalisé par le survivant, sera beaucoup plus important. Cette interprétation suscite plusieurs arguments.

On constate immédiatement que l'actionnaire survivant a obtenu un avantage considérable, soit une augmentation de sa participation dans la corporation, peut-être même le contrôle, ou mieux, le statut d'actionnaire unique, et ce, sans aucun déboursé de sa part et sans conséquence fiscale immédiate. En effet, si le prix de base rajusté de l'actionnaire survivant augmente dans le cas de la convention classique, c'est précisément parce que cet actionnaire a dû déboursé le prix des actions. Dans la convention de rachat, il n'y a aucun déboursé pour atteindre le même résultat. Au pire, l'actionnaire survivant paiera un impôt plus important à son propre décès, mais cet impôt sera nécessairement fonction de l'évaluation des actions à ce moment-là et dans l'intervalle, l'actionnaire est libre d'organiser ses affaires, en vue de minimiser cet impôt. On songe, par exemple, à la possibilité d'un transfert d'actions entre vifs ou à la vente de la totalité ou d'une partie des actifs de la corporation. Plusieurs solutions s'offrent au survivant en vue de diminuer cet impôt éventuel et différé.

D'ailleurs, dans la mesure où le prix prévu à la convention reflète la valeur des actions du défunt (et ce sera généralement le cas), les actifs de la compagnie seront diminués et la valeur des actions du survivant sera réduite d'autant. Toute plus-value subséquente serait alors attribuable aux efforts du survivant et il est tout à fait normal qu'elle soit imposée entre ses mains.

Dans l'ensemble donc, les conséquences fiscales particulières de la convention de rachat demeurent extrêmement avantageuses, surtout au moment du décès, soit le moment même où l'impact fiscal est généralement le plus pénible.

CONCLUSION

Comme nous avons pu le constater tout au long du présent exposé, la convention de rachat, suivant notre définition de l'expression, est un instrument juridique extrêmement précieux, et pour la compagnie privée, et pour ses actionnaires. Elle répond à tous les objectifs visés par les conventions d'achat-vente classiques, notamment la restriction du trans-

fert des actions de la compagnie, l'assurance d'un marché éventuel pour les actions, la conservation de l'intérêt commercial et même, la survie de la corporation. Mais elle offre, en outre, des garanties d'exécution supérieures ainsi qu'un régime fiscal particulièrement avantageux, qui se traduit par des économies appréciables dès la signature de la convention.

D'abord, les garanties d'exécution. Dans l'optique de l'actionnaire qui se retire ou qui décède, la convention de rachat offre une plus grande certitude que la convention entre actionnaires traditionnelle. En effet, la corporation sera généralement en meilleure position financière que ses actionnaires, pris individuellement ou même collectivement. De plus, la qualité d'actionnaire et *a fortiori*, d'administrateur, confère un droit de regard sur les activités de la corporation de telle sorte que l'actionnaire peut s'assurer en tout temps que la corporation s'acquitte des obligations qui lui incombent, notamment en payant les primes d'assurance-vie au fur et à mesure de leur échéance. Ce droit de regard n'existe pas évidemment entre co-actionnaires.

Quant à la garantie d'un marché au moment opportun, l'actionnaire qui se retire ou la succession de l'actionnaire qui décède, disposent de moyens assez extraordinaires. Bien sûr, la convention de rachat est susceptible d'exécution forcée, sous réserve du test de solvabilité prescrit. Mais ce qui est plus fort, c'est que le fardeau de la preuve quant à l'impossibilité de respecter ce test, incombe à la corporation, même si c'est l'actionnaire ou sa succession qui demande l'exécution forcée. Il s'agit là d'une dérogation importante aux règles de preuve habituelles. De plus, dans l'hypothèse où la compagnie ne peut exécuter la convention de rachat immédiatement, l'actionnaire acquiert un statut de créancier « spécial », c'est-à-dire qu'il a le droit d'être payé dès que la compagnie peut légalement le faire et, advenant une liquidation, volontaire ou forcée, il a droit d'être colloqué après tous les autres créanciers, mais avant tout détenteur d'actions, abstraction faite des privilèges ou priorités afférents aux diverses catégories d'actions²⁵⁹. D'où l'intérêt des actionnaires qui demeurent de s'assurer que la corporation s'acquitte de ses obligations. Ces deux mesures de protection, qui s'ajoutent aux règles de droit commun, offrent une protection accrue et appréciable à l'actionnaire-vendeur.

La convention de rachat, spécialement conçue à cette fin, peut aussi garantir à toutes les parties l'exécution en nature des obligations contractées. Cette garantie présente évidemment un intérêt particulier pour la corporation et les actionnaires qui demeurent. Puisque l'un des objectifs visés par la convention est la conservation de l'intérêt commercial entre les actionnaires existants au moment de la signature de cette convention, il est impérieux de faire en sorte que l'actionnaire qui se retire ne puisse, dans un moment de dépit, conférer un titre valide à un tiers de bonne foi.

²⁵⁹ Sous réserve des commentaires *supra*, note 39.

L'on sait, par ailleurs, que les tribunaux vont généralement protéger le tiers-acquéreur de bonne foi et limiter les recours des co-actionnaires lésés, ou de la corporation lésée dans le cas qui nous occupe, aux dommages-intérêts, suite à l'inobservation de ses engagements par l'actionnaire-vendeur fautif. Mais le recours en dommages-intérêts, souvent illusoire, ne saurait remédier à la situation. En conséquence, la corporation peut se voir contrainte d'admettre un tiers de bonne foi au rang de ses actionnaires, ce qui a pour effet d'annihiler les objectifs mêmes de la convention. C'est pourquoi il importe que le dispositif d'achat et de vente obligatoire, prévu à la convention, soit opposable à tout tiers acquéreur, qu'il soit ou non de bonne foi. Seule la mention expresse de ce dispositif dans l'acte constitutif de la compagnie ou dans une convention unanime des actionnaires, accompagnée d'une inscription correspondante sur les certificats d'actions, garantit l'exécution en nature des obligations contractées. En effet, la corporation peut alors, de bon droit, refuser d'inscrire, sur son registre d'actionnaires, le nom de tout tiers qui prétendrait avoir acquis un titre valide, en contravention des termes exprès de la convention. Il s'agit là d'un autre avantage majeur par rapport à la convention entre actionnaires classique qui ne peut être opposée aux tiers-acquéreurs, en raison du principe établi de l'effet relatif des contrats.

Au delà de la garantie d'exécution en nature des obligations contractées, l'opposabilité de la convention de rachat à tout tiers acquéreur offre, par surcroît, l'assurance que le prix déterminé selon les termes de la convention constituera, à toutes fins, la juste valeur marchande des actions. Dès lors, le problème épineux de l'inclusion du produit d'assurance, reçu par la corporation, dans l'évaluation des actions de cette corporation, ne se pose plus et les parties intéressées sont libres de stipuler que l'on n'en tiendra pas compte, ou le contraire, à volonté. Elles sont d'ailleurs tout aussi libres d'accorder une prime à l'actionnaire majoritaire, d'appliquer un escompte aux actionnaires minoritaires, de prévoir une formule de détermination du prix ainsi que des modalités de paiements différentes selon que le rachat est provoqué par le retrait ou le décès de l'actionnaire, d'imposer la conversion des actions ordinaires en actions privilégiées rachetables dans des circonstances prescrites, et ainsi de suite. Les possibilités sont illimitées. Une mise en garde s'impose, toutefois. Pour obtenir l'effet contraignant du prix stipulé dans l'évaluation des actions, la convention doit nécessairement prévoir le rachat obligatoire des actions tant du vivant qu'au décès de l'actionnaire.

La convention de rachat comporte aussi des avantages proprement fiscaux, qui se font sentir dès la signature de la convention. Par opposition aux conventions entre actionnaires classiques, la convention de rachat offre des économies considérables tant sur le coût, après impôt, de l'assurance que sur la déductibilité des primes d'assurance dans certains cas. En outre, les actionnaires ne risquent pas de se voir imposer les primes payées par la corporation, à titre d'avantage fiscal. Enfin, la convention

de rachat ne crée pas de liens de dépendance supplémentaires entre les parties et ne peut, en soi, provoquer l'association, pour fins fiscales, de deux ou plusieurs corporations.

Au moment de la mise en œuvre de la convention, les avantages se multiplient, surtout lors du décès. En effet, dans le cas des conventions financées par les « anciennes polices », l'effet combiné du traitement fiscal applicable au produit d'assurance, de la disposition réputée par le défunt suivie de la disposition réelle par la succession et du choix effectué par la corporation que le dividende réputé soit versé à même le compte de dividende en capital, aboutit à un transfert de biens avec un minimum d'impôt à payer. Bien que moins avantageux, le régime d'imposition des « nouvelles polices » demeure intéressant.

Il importe de signaler aussi que les parties à la convention sont libres de stipuler la proportion du compte de dividende en capital ou du compte de dividende en capital d'assurance-vie qui doit servir à exempter d'impôt le dividende reçu par la succession. On peut préciser, par exemple, que seul le produit d'assurance reçu par la corporation suite à ce décès particulier servira, en totalité ou en partie, à cette fin et la corporation s'engage alors à faire le choix prescrit pour une somme équivalente. On peut ajouter à cette somme, une quote-part du compte de dividende en capital accumulé avant le décès, correspondant à la participation effective de l'actionnaire dans la corporation. Encore ici, il y a moyen de structurer la convention selon les besoins particuliers des contractants.

Dans l'ensemble donc, la convention de rachat présente des avantages certains, tant du point de vue de la certitude juridique des rapports entre les diverses parties que de ses conséquences fiscales. C'est précisément en raison de la certitude qu'elle procure quant à l'exécution en nature des obligations et l'évaluation des actions que la convention demeurera intéressante, nonobstant l'adoption des mesures récentes, notamment l'impôt de 12,5 pour cent sur les dividendes, le taux réduit du crédit d'impôt pour dividendes et la réduction du prix de base rajusté de la succession d'un montant équivalent au dividende réputé dans le cas des « nouvelles polices ».

Mais au-delà des considérations techniques qui consistent à analyser le régime fiscal établi en vue de servir au mieux les intérêts de nos clients respectifs, il y a lieu de s'interroger sur le bien-fondé d'un régime fiscal susceptible de produire des résultats aussi curieux. Évidemment, si l'on examine chaque disposition séparément en tenant compte de son origine, de l'objectif visé et du résultat obtenu, le système a une certaine cohérence. Par exemple, il est juste de dire que le législateur, en accordant certains avantages fiscaux seulement à certaines corporations privées dont le contrôle est canadien, ne fait que refléter la réalité économique moderne, où le plupart des propriétaires de petites entreprises choisissent de « s'incorporer ». Mais il est aussi juste de constater qu'en procédant ainsi, le législateur perpétue la discrimination en faveur de la

constitution en corporation et l'institutionnalise, tout en continuant à promouvoir l'idéal de l'intégration.

De plus, l'effet *boomerang* potentiel des présomptions irréfragables, mode de mise en œuvre de la volonté législative très répandue en matières fiscales, saute aux yeux dans le contexte des conventions de rachat. En effet, c'est parce que le législateur est intervenu pour transformer un gain en capital en un dividende réputé, au moment où seuls les dividendes étaient imposables, que le rachat des actions de la succession de l'actionnaire décédé donne lieu, dans le cas des « anciennes polices », à une perte en capital qui, en vertu d'autres dispositions, réduit le gain en capital fictif réalisé par le *de cuius*. Un dispositif conçu en vue de pallier un problème particulier d'évitement fiscal sert de fondement juridique à une autre structure, destinée elle aussi, à réduire, sinon à annuler, les impôts qui seraient normalement perçus. C'est là une situation qui se présente si fréquemment en droit fiscal qu'il y a lieu de remettre en question l'efficacité de cette façon de légiférer qui consiste souvent à créer un monde parallèle, distinct du monde juridique habituel. Qu'il suffise de citer, à l'appui de cette affirmation, la présomption de disposition immédiatement avant le décès, destinée à remplacer les droits successoraux, mais qui n'a pas toujours atteint, comme nous l'avons vu, l'objectif visé.

La création de ce monde parallèle a également des effets sociaux assez indésirables. En effet, la complexité du système ainsi élaboré est telle que seuls les initiés peuvent s'y retrouver, et encore. Et retrouver cette complexité dans un régime d'autocotisation nous laisse perplexes.