Utilisation de fiducies de fonds commun de placement « fermées » pour les placements faits par des employés par l'intermédiaire d'un REER

21 octobre 2016

Auteur

Éric Gélinas

Avocat et Avocat-conseil

De plus en plus d'employeurs considèrent la possibilité de créer des mécanismes d'investissement afin de permettre à leurs employés de faire des placements dans la société-employeur ou dans un portefeuille géré par l'employeur qui satisferont aux exigences de placement, notamment, des régimes enregistrés d'épargne-retraite (« REER »), des fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR »), des régimes enregistrés d'épargne-études (« REEE ») et des comptes d'épargne libre d'impôt (« CELI ») (collectivement, ci-après, les « **régimes enregistrés** »).

Le texte qui suit traite de l'utilisation éventuelle à cette fin d'une entité qui est admissible à titre de « fiducie de fonds commun de placement » (« **FFCP** ») en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « **Loi de l'impôt** »).

Le statut de FFCP offre de multiples avantages fiscaux, mais le principal avantage de ce statut réside dans le fait que les parts d'une FFCP sont admissibles aux fins d'inclusion dans les régimes enregistrés. C'est pour cette raison que cette structure est souvent utilisée par les gestionnaires de fonds de couverture (*hedge funds*) ou de fonds en gestion commune (*pooled funds*) qui recueillent des capitaux auprès de particuliers. Les conditions d'admissibilité à titre de FFCP sont résumées ci-après.

1. Conditions d'admissibilité à titre de fiducie de fonds commun de placement

a) La fiducie doit être résidente du Canada

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

En règle générale, tant que les fiduciaires sont des résidents du Canada et qu'ils exercent leurs fonctions au Canada, cette condition ne devrait pas poser de problème.

b) La fiducie doit être une fiducie d'investissement à participation unitaire

Une fiducie peut être admissible à titre de fiducie d'investissement à participation unitaire de l'une ou l'autre des deux façons suivantes :

> En premier lieu, au plus 10 % des biens de la fiducie peuvent être investis dans des obligations, des titres ou des actions d'une société et au moins 80 % des biens de la fiducie doivent être investis dans différents titres, biens immobiliers ou redevances (fiducie d'investissement à participation unitaire à capital fixe).
> En deuxième lieu, la participation de chaque bénéficiaire doit être décrite par rapport à des parts et les parts émises de la fiducie doivent être assorties de conditions aux termes desquelles la fiducie doit racheter les parts au gré du porteur aux prix déterminés et payables selon les conditions établies. La juste valeur marchande de ces parts ne doit pas être inférieure à 95 % de la juste valeur marchande de toutes les parts émises de la fiducie (fiducie d'investissement à participation unitaire à capital variable).

c) L'unique entreprise de la fiducie consiste à investir ses fonds dans des biens

Les règles applicables à une FFCP et à une fiducie d'investissement à participation unitaire limitent les activités de celles-ci aux activités autorisées. En règle générale, l'unique entreprise de la fiducie doit consister à investir des fonds dans des biens. La fiducie ne peut pas exploiter d'entreprise. Une fiducie peut être propriétaire de biens immobiliers et elle peut acquérir, détenir, maintenir, améliorer, louer ou gérer des biens immobiliers, à la condition que les biens immobiliers soient des « immobilisations » de la FFCP.

d) La fiducie doit respecter des conditions prescrites relativement au nombre de porteurs de parts, à la répartition de la propriété des parts et à la négociation auprès du public

En règle générale, les parts doivent être admissibles à un placement auprès du public ou un placement légitime des parts doit avoir été fait auprès du public dans une province. La fiducie doit compter au moins 150 bénéficiaires, chacun desquels détenant non moins d'un bloc de parts, et les parts ayant une juste valeur marchande globale de non moins de 500 $. Un bloc de parts désigne généralement 100 parts, si une part à une juste valeur marchande de moins de 25 $, 25 parts si la valeur se situe entre 25 $ et 100 $, et 10 parts si une part a une valeur de 100 $ ou plus.

e) Il faut pouvoir raisonnablement conclure que la fiducie n'a pas été créée principalement au profit de personnes non résidentes

Un critère d'admissibilité additionnel pour le statut de FFCP est qu'il ne doit pas être raisonnable de conclure, compte tenu de toutes les circonstances, que la fiducie a été créée principalement au profit de personnes non résidentes. En règle générale, le terme « principalement » désigne un seuil de plus de 50 % et l'acte de fiducie doit prévoir des dispositions permettant l'expulsion de non-résidents si le seuil est par ailleurs atteint.

2. Les fiducies de fonds commun de placement comme mécanismes de placement au sein d'une société fermée

Les caractéristiques d'une FFCP font de cette dernière un mécanisme attrayant pour faciliter la participation des employés dans une société fermée ou dans un portefeuille dans la mesure où le nombre d'employés intéressés à devenir actionnaires de la société qui les emploie respecte l'exigence relative au seuil minimal de 150 porteurs de parts. Comme les parts d'une FFCP sont admissibles aux fins d'inclusion dans les régimes enregistrés, l'employé peut décider d'investir dans la société fermée qui l'emploie ou dans un portefeuille par l'intermédiaire d'un régime enregistré. Un placement en actions direct dans la société fermée de l'employeur ou dans un portefeuille pourrait

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

ne pas satisfaire aux exigences d'inclusion des régimes enregistrés étant donné que le Règlement de l'impôt sur le revenu (Canada) prévoit des conditions strictes quant à l'admissibilité d'un tel placement à titre de « placement admissible ». L'interposition d'une FFCP dont les parts constituent des « placements admissibles » entre les régimes enregistrés et la société employeur ou le portefeuille géré par l'employeur offrirait plus d'assurance à cet égard.

Il serait intéressant de savoir si chaque régime enregistré compterait pour un seul et unique porteur de parts aux fins de l'exigence relative au seuil minimal de 150 porteurs de parts décrite ci-dessus. Étant donné que la *Loi de l'impôt sur le revenu* considère chaque régime enregistré comme une fiducie en vertu de la Loi de l'impôt (et, par conséquent, comme une personne distincte du bénéficiaire ou du rentier), on pourrait probablement faire valoir que chaque régime enregistré devrait compter pour un porteur de parts distinct aux fins de l'exigence relative au seuil de 150 porteurs de parts. Cette position semble être conforme aux déclarations de l'Agence du revenu du Canada (l'« **ARC** ») selon lesquelles tous les placements admissibles d'une fiducie de régime doivent être détenus par le fiduciaire de la fiducie de régime et non par le rentier, le bénéficiaire ou le souscripteur aux termes de la fiducie de régime. Dans le cas d'une action ou d'un autre titre, l'inscription au registre au nom du fiduciaire de la fiducie de régime constitue la preuve de la propriété par le fiduciaire.[1]

De plus, dans le passé, l'ARC a adopté la position voulant que si un REER collectif est mis en place et qu'il « détient » les parts d'une FFCP, le nombre de bénéficiaires de la FFCP sera au moins égal au nombre de rentiers du REER collectif. Chaque participant au REER collectif devrait par conséquent compter pour un porteur de parts.

3. Règles relatives aux placements interdits

Au moment de structurer la participation des employés dans la société fermée de l'employeur ou dans le portefeuille géré par l'employeur par l'intermédiaire d'une FFCP, les règles qui régissent les « placements interdits » en vertu de la Loi de l'impôt doivent être prises en compte. Les régimes enregistrés qui détiennent des placements interdits sont passibles de sanctions sévères en vertu de la Loi de l'impôt.

Les parts d'une FFCP constitueront généralement des « placements interdits » pour un régime enregistré si la participation du porteur de parts dans la FFCP, seule ou de concert avec des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance, est de 10 % ou plus.

Par conséquent, bien que chaque régime enregistré d'un porteur de parts unique pourrait possiblement compter pour des porteurs de parts distincts aux fins de l'exigence relative au seuil de 150 porteurs de parts susmentionnée, les règles relatives aux « placements interdits » imposeraient une série de limitations très strictes en ce qui concerne le seuil de participation dans les parts.

4. Exigences d'inscription des valeurs mobilières

L'employeur qui gère la FFCP doit également s'assurer de respecter toutes les exigences d'inscription imposées par les autorités canadiennes en valeurs mobilières. Si la FFCP est utilisée pour investir dans la société de l'employeur, il y aura probablement des circonstances dans lesquelles l'employeur n'aura pas à s'inscrire à titre de gestionnaire de fonds d'investissement ou à titre de conseiller. Toutefois, si l'employeur offre plutôt aux employés d'investir dans un portefeuille différent (par exemple, dans un portefeuille qu'il a choisi dans le cadre de la gestion du portefeuille des régimes de retraite qu'il gère), il peut devoir s'inscrire à titre de conseiller, et probablement aussi à titre de gestionnaire de fonds d'investissement.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Conclusion

Bien que la structuration des placements en actions par des employés par l'intermédiaire d'une FFCP puisse sembler avantageuse, plusieurs règles accessoires doivent être prises en compte afin de s'assurer que les parts de cette FFCP « fermée » soient admissibles aux fins d'inclusion dans un régime enregistré.

---

1. Folio de l'impôt sur le revenu - S3-F10-C1, Placements admissibles – REER, REEE, FERR, REEI et CELI.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.