



Benefic Law Corporation
1500, rue West Georgia, bureau 1250
C.P. 62
Vancouver (C.-B.)
Canada V6G 2Z6

Tél. : 604-683-7006
Télec. : 604-683-5676
beneficgroup.com

OBSTACLES AUX DONNS DE BIENFAISANCE

MÉMOIRE AU COMITÉ PERMANENT DES FINANCES DE LA CHAMBRE DES COMMUNES

LE 17 JANVIER 2012

Le Comité permanent des finances de la Chambre des communes mérite des félicitations pour son étude sur les incitatifs fiscaux destinés aux dons de bienfaisance. Les organismes de bienfaisance peinent de plus en plus à trouver les fonds nécessaires au financement de leurs activités qui, selon la Cour suprême du Canada, présentent « un intérêt spécial pour la société » [TRADUCTION]. Le Parlement a régulièrement adopté des mesures législatives afin d’instaurer des incitatifs fiscaux visant à encourager les gens et les entreprises à effectuer une contribution volontaire aux organismes de bienfaisance enregistrés et aux autres donataires reconnus. Il est vrai que ces incitatifs génèrent plus de dons, mais le Parlement ne devrait pas perdre de vue les répercussions à long terme qu’une telle stratégie pourrait entraîner sur le secteur caritatif, stratégie qui consiste à recourir à de nouveaux incitatifs fiscaux de

plus en plus généreux pour motiver le financement. Voilà pourquoi un examen approfondi et critique est de mise, du point de vue tant philosophique qu'économique.

Au lieu de solliciter des incitatifs fiscaux supplémentaires, je propose qu'on mette l'accent sur les lois fiscales actuelles concernant les dons, plus particulièrement les dispositions techniques qui bloquent des dons de centaines de millions de dollars qui, autrement, pourraient être faits grâce aux incitatifs en vigueur. Au cours de mes plus 30 ans de carrière en tant qu'avocat, je me suis presque entièrement consacré aux questions importantes relatives au financement et à l'exploitation d'organismes de bienfaisance. Je tire fierté du fait d'avoir fourni, à plusieurs reprises tout au long de ces années – y compris l'année dernière –, des conseils sur des dons de bienfaisance d'une valeur de plus de 100 millions de dollars. En revanche, l'année dernière, il m'est aussi arrivé de déconseiller à certains donateurs de faire des dons de plus de 100 millions de dollars. Bien entendu, il est beaucoup plus facile de persuader les donateurs potentiels de remettre dans leurs poches un million de dollars que de les convaincre de céder cette somme à un organisme de bienfaisance. Ce qu'il y a de triste dans tout cela, c'est lorsqu'une personne décide de ne pas procéder à la donation, non pas faute de capacité ou de bonne volonté de sa part, mais par crainte que l'ARC ne conteste la transaction parce qu'il ne s'agit pas d'un don en argent ou d'un don de titres cotés en bourse.

Les organismes de bienfaisance ont de plus en plus de mal à recevoir des dons importants auprès de grands donateurs. La plupart des Canadiens assez riches pour se permettre de faire des dons de plusieurs millions de dollars possèdent leur fortune sous forme d'actions de sociétés privées et de biens immobiliers plutôt qu'en espèces ou en titres cotés. Pour que le secteur caritatif puisse réellement profiter de la fortune des Canadiens, il doit puiser dans la richesse que représentent les actions de sociétés privées. Une des principales façons de débloquer une telle richesse consiste à fournir plus d'incitatifs fiscaux pour les dons d'actions de sociétés privées et de biens immobiliers. Ce que je propose ici, ce n'est pas d'accroître les incitatifs fiscaux, mais

d'éliminer tout simplement les obstacles qui existent dans les politiques actuelles sur l'estimation et les « auto-prêts » (dons prêtés aux donateurs).

Les règles fiscales techniques sont complexes, et il est difficile de les expliquer sans devoir généralement se reporter à une myriade de paragraphes dans la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR). Je me contenterai donc de présenter le cas d'une cliente qui est venue me voir le mois dernier pour obtenir des conseils sur la possibilité de faire un don d'environ 100 millions de dollars. Cet exemple vous permettra de voir comment la législation en vigueur et les politiques de vérification de l'ARC découragent les personnes de faire des dons généreux à des organismes de bienfaisance. Les mêmes questions se poseraient dans le cas d'un don de seulement un million de dollars.

Ma cliente est une personne très riche qui, au fil des ans, a fait des dons de plusieurs millions de dollars à sa propre fondation privée ainsi qu'à des organismes de bienfaisance publics. Puisqu'il s'agissait presque exclusivement de dons en argent, elle n'avait pas eu à affronter les problèmes dont je vais vous parler aujourd'hui. Toutefois, son approche avait pour désavantage de limiter le montant de ses dons à ses liquidités et à son revenu imposable dans une année donnée. La seule façon de passer le cap des 100 millions de dollars était de faire don des actions qu'elle détenait dans sa société privée (« société PriCo »). Ma cliente, comme la plupart des Canadiens fortunés, transpose sa richesse en actions de sociétés privées et en biens immobiliers. Comme de nombreux Canadiens riches, elle a créé son entreprise avec des associés, ce qui signifie qu'elle ne la possède pas à part entière. Les autres actionnaires ont un intérêt indirect dans la société PriCo; après tout, la façon dont les actions de la société évolueront à la suite du don influera sur la valeur de leurs propres parts.

Le Parlement, dans sa sagesse ou sa folie, a décidé d'accorder des incitatifs fiscaux plus importants lorsqu'un donateur s'en remet à des actions réelles ou à des biens réels au lieu de faire don de l'argent qui provient de la vente de ces actifs. Supposons que ma cliente trouve un acheteur prêt à acquérir ses actions dans la société PriCo; le

montant des crédits d'impôt pour dons de bienfaisance qu'elle pourrait utiliser serait réduit si elle se contentait de vendre les actions de la société PriCo et de donner à l'organisme de bienfaisance 100 millions de dollars en argent. Disons que la vente des actions de la société PriCo entraîne un gain en capital imposable de 50 millions de dollars; ma cliente ne pourrait utiliser que 37,5 millions de dollars de son reçu de dons de bienfaisance pour faire passer le gain en capital imposable à 12,5 millions de dollars si elle décidait de faire un don en argent. Si elle verse les actions de la société PriCo directement à l'organisme de bienfaisance, ma cliente pourra utiliser 50 millions de dollars de son reçu de dons de bienfaisance afin de faire passer le gain en capital imposable à zéro. En tant que son avocat-fiscaliste, je dois donc conseiller à ma cliente de faire don de ses actions dans la société PriCo plutôt que de faire un don en espèces, même si la première option est plus compliquée que la deuxième.

Par ailleurs, le don d'actifs présente nécessairement plus de complexités pour l'organisme de bienfaisance bénéficiaire. En effet, celui-ci doit vendre les actions de la société PriCo pour toucher l'argent. Toutefois, avant même d'accepter le don, l'organisme de bienfaisance doit déterminer la juste valeur marchande de ces actions. Autrement dit, l'organisme de bienfaisance et le donateur doivent assumer tous deux, de manière séparée et indépendante, les coûts considérables d'une évaluation des actions de la société PriCo. Non seulement une telle évaluation coûte cher, mais elle demande aussi beaucoup de temps. Étant donné que ma cliente me consultait au début de décembre, je l'ai informée qu'une telle évaluation ne pourrait pas être complétée avant la fin de l'année.

Le coût d'une évaluation et le temps requis pour la compléter devinrent des questions sans importance une fois que ma cliente a pris conscience des réalités pratiques d'une évaluation. Dans le cadre d'une évaluation, il faut permettre à l'évaluateur de passer au peigne fin les actifs, les passifs et le plan d'affaires de la société PriCo et d'évaluer les mouvements de caisse actuels et futurs afin de déterminer la valeur de l'entreprise. Aucun donateur ne tient à divulguer tous ces renseignements de nature exclusive à un organisme de bienfaisance. Il y a un très grand risque que des renseignements

confidentiels soient évoqués lorsque l'organisme de charité compare l'évaluation qu'il a payée à celle payée par le donateur. Il n'empêche que l'ARC considère de telles évaluations comme le seul moyen légitime de déterminer la juste valeur marchande des actions de la société PriCo.

À mon avis, il serait beaucoup plus sensé de déterminer la valeur des actions d'une société privée remises à titre gratuit en fonction du montant que reçoit l'organisme de bienfaisance après avoir vendu ces actions. Les évaluations pourraient s'avérer le moyen le plus raisonnable d'établir la valeur des biens immobiliers. Toutefois, même les sociétés publiques ne sont pas évaluées en fonction du prix commercial au moment du don. C'est logique puisqu'il y a un marché public avec des acheteurs sans lien de dépendance. Or, lorsqu'on vend une participation fractionnaire dans une société privée, l'acheteur le plus susceptible est le donateur ou une personne ayant un lien de parenté ou d'affaires avec le donateur. Si les actions remises à titre gratuit représentent moins de 100 p. 100 des actions dans la société privée, le donateur et les autres actionnaires s'opposent farouchement, en général, à l'idée que les actions finissent par se retrouver entre les mains d'un parfait étranger. Qui plus est, le donateur ne veut pas que l'organisme de bienfaisance bénéficiaire devienne un actionnaire permanent de la société privée.

Le donateur, qui est titulaire des actions et qui connaît à fond les opérations de la société, est le mieux placé pour évaluer la juste valeur marchande des actions sans passer par une évaluation officielle intrusive. Si le donateur prend les dispositions nécessaires pour que l'organisme de bienfaisance vende les actions à 100 p. 100 du montant pour lequel ce dernier a émis un reçu de dons de bienfaisance, alors il va de soi que l'organisme de bienfaisance recevra la juste valeur marchande indiquée sur le reçu qu'il a émis. Du point de vue stratégique, il est plus important de permettre une telle monétisation immédiate que de s'en remettre à une méthodologie qui consiste à établir la juste valeur marchande et à déterminer si les actions de la société privée sont vendues à un tiers sans lien de dépendance.

Malheureusement, l'ARC contestera une telle démarche parce qu'il ne s'agit pas d'une évaluation officielle et ce, même si elle reconnaît que la loi actuelle n'exige pas d'évaluation. L'ARC soutiendra également que le transfert des actions de la société privée ne constitue pas un « don » au sens de la loi puisque les parties ont « convenu » que les actions seraient transférées « en boucle », c'est-à-dire du donateur à l'organisme de charité, puis de retour au donateur ou à une personne liée au donateur. Là-dessus, l'ARC ne changera pas de position, même si cette démarche réduit les coûts et les difficultés associés à une évaluation tout en garantissant que l'organisme de bienfaisance reçoit une pleine compensation de la juste valeur marchande indiquée sur le reçu de don. Une fois cette « boucle » bouclée, le donateur sera appauvri et l'organisme de bienfaisance sera enrichi, mais ce fait ne convaincra toujours pas l'ARC que le transfert initial était un don.

Comme c'est souvent le cas lorsqu'une personne souhaite faire un don de plusieurs millions de dollars à un organisme de bienfaisance, ma cliente siège au conseil d'administration de l'organisme de bienfaisance qu'elle souhaite aider. Par conséquent, au terme de la LIR, les actions qu'elle détient dans la société PriCo seront considérées comme des « titres non admissibles » si elle en fait don à cet organisme de bienfaisance. Autrement dit, elle ne pourra pas utiliser son crédit d'impôt pour dons de bienfaisance avant que le don soit « monétisé » à l'issue de la vente des actions de la société PriCo. Si celles-ci sont vendues à moins de 100 millions de dollars, la valeur de son crédit d'impôt pour dons de bienfaisance sera réduite en conséquence. Elle sera pénalisée parce qu'elle est toujours réputée s'être initialement départie des actions de la société à 100 millions de dollars; l'évaluation de l'impôt sur les gains en capital sera donc effectuée selon cette hypothèse. Le fait que les actions soient monétisées à un montant supérieur ou inférieur à une date ultérieure ne signifie pas que la juste valeur marchande n'était pas de 100 millions de dollars à la date du don. Les dispositions de la LIR sur l'estimation des titres non admissibles en fonction de la monétisation s'éloignent déjà de la juste valeur marchande déterminée par l'évaluation.

Le coup de grâce, c'est quand ma cliente a appris que, pour que l'ARC considère la transaction comme un don en vertu de la loi, elle devait transférer ses actions de manière absolue et sans aucune entente sur la monétisation. Que faire si l'organisme de bienfaisance bénéficiaire décidait qu'il serait dans son intérêt financier de conserver de façon indéterminée les actions tant prometteuses de la société PriCo? Ma cliente ne pourrait protéger ni son intérêt ni celui des autres actionnaires contre une telle éventualité. Elle a finalement compris qu'il serait complètement insensé de sa part de procéder au don pour lequel elle était venue me consulter, surtout lorsque je lui ai expliqué que si l'organisme de bienfaisance ne monétisait pas les actions de la société de PriCo au bout de 60 mois, elle ne recevrait absolument aucun crédit d'impôt pour dons de bienfaisance. Pire encore, elle encourrait un impôt sur les gains en capital parce qu'elle se serait départie d'actions d'une valeur de 100 millions de dollars. En outre, elle n'aurait aucun recours juridique pour reprendre possession des actions de la société PriCo parce qu'elle en avait fait don de manière irrévocable à l'organisme de bienfaisance. Le comité doit donc comprendre qu'à la lumière de conseils juridiques appropriés, il est irrationnel d'encourager de riches donateurs à faire des dons à des organismes de bienfaisance dans de pareilles circonstances.

Si les administrateurs d'un organisme de bienfaisance estiment que les actions de la société PriCo constituent un investissement aussi alléchant que ce que pense le donateur, l'organisme de bienfaisance bénéficiaire aurait tout intérêt à conserver ces actions. En vertu de la loi, il ne convient pas que l'organisme de bienfaisance prenne ses décisions en fonction de l'intérêt financier du donateur. C'est pourquoi la décision de l'organisme de bienfaisance ne devrait pas être influée par la question de savoir si, oui ou non, ma cliente sera en mesure de réclamer son crédit d'impôt pour dons de bienfaisance. La situation est bien pire lorsque l'organisme de bienfaisance est une fondation parce que les règles du « pourcentage de participation excédentaire » exigent que la fondation se départe des actions selon une échéance complètement détachée des conditions du marché ou du prix reçu. Si l'organisme de bienfaisance reçoit seulement 80 millions de dollars, le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance de ma cliente sera réduit de façon proportionnelle.

La LIR permet à l'organisme de bienfaisance bénéficiaire de monétiser le don en vendant les actions de la société PriCo à toute partie sans lien de dépendance avec le donateur en échange d'un billet à ordre ou de tout autre instrument d'emprunt. Toutefois, si les actions de la société PriCo sont vendues à une partie ayant le moindre lien de dépendance avec le donateur en échange d'un billet à ordre ou de tout autre instrument d'emprunt, on considère qu'il s'agit d'un « auto-prêt » ou d'un don prêté au donateur. Le donateur est pénalisé parce que son crédit d'impôt pour dons de bienfaisance est réduit en fonction du montant de l'« auto-prêt ». Ma cliente voulait que ses enfants achètent les actions afin de conserver son intérêt dans la société PriCo. Toutefois, comme c'est souvent le cas, les enfants de ma cliente ne disposaient pas de 100 millions de dollars. D'autant plus que, par les temps qui courent, il ne serait pas sensé, sur le plan économique, de s'adresser à la banque pour emprunter un tel montant. Malheureusement, les règles sur l'« auto-prêt » ont contrecarré l'intention de ma cliente de faire un don.

Les dispositions rigoureuses sur l'« auto-prêt » empêchent le donateur de négocier la vente de « titres non admissibles » à des proches ou à des amis aux fins d'emprunt. Il est scandaleux de voir que l'incapacité de négocier la vente des actions remises à titre gratuit rend le donateur vulnérable parce que l'organisme de bienfaisance pourrait vendre ces actions à une personne liée en échange d'un instrument d'emprunt sans son consentement. Ainsi, ma cliente aura fait un don absolu pour empêcher l'organisme de bienfaisance de vendre les actions de la société PriCo à une personne liée. Supposons que ma cliente ait un frère qui veut accroître sa part dans la société PriCo, mais que le donateur soit son ennemi juré. Si le frère représente un bon risque de crédit et qu'il paie 20 millions de dollars en espèces et qu'il signe un billet à ordre garanti pour le reste des 80 millions de dollars à un taux d'intérêt raisonnable, il sera prudent et avantageux pour l'organisme de bienfaisance de lui vendre les actions. La décision juridique appropriée dans de telles circonstances veut que l'organisme de bienfaisance agisse dans son intérêt en vendant les actions au frère de ma cliente,

sans tenir compte du fait que cette vente entraînera le refus rétroactif de 80 millions de dollars au titre du crédit d'impôt pour dons de bienfaisance.

L'ARC n'a pas modifié ses politiques administratives sur l'exigence d'un transfert absolu sans entrave, malgré la récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *McNamee c. McNamee*. Je connais des clients qui ont fait des dons d'actions de sociétés privées d'une valeur cumulative de plusieurs centaines de millions de dollars à des organismes de bienfaisance sans lien de dépendance, mais l'ARC menace de les débouter parce qu'une monétisation avait été négociée avant les dons. Les organismes de bienfaisance ont reçu la pleine valeur en espèces et en actifs; il n'y a donc pas d'auto-prêts. Les organismes de bienfaisance ne peuvent pas s'attendre à ce que les donateurs fassent des dons d'actions de sociétés privées de plusieurs millions de dollars si l'ARC poursuit des politiques d'évaluation aussi hostiles envers les donateurs.

Le Comité permanent des finances de la Chambre des communes devrait non seulement recommander la révocation des règles sur l'auto-prêt prévues dans la LIR, mais aussi encourager activement le recours aux auto-prêts. Si un donateur transfère des actions ordinaires dans une société privée à une fondation privée ou à un organisme de bienfaisance public, une bonne politique publique consisterait à encourager l'organisme de bienfaisance à vendre les actions immédiatement. Les personnes les plus susceptibles de payer la pleine valeur pour une participation minoritaire dans une société privée sont le donateur et sa famille. Les donateurs ne feront pas ce genre de dons s'ils ne peuvent pas négocier la monétisation.

Selon moi, la LIR devrait prévoir un instrument d'emprunt admissible pour les auto-prêts afin de permettre aux donateurs d'acheter des titres non admissibles auprès d'organismes de bienfaisance, y compris des fondations privées. Selon toute vraisemblance, le taux d'intérêt serait supérieur de 1 à 2 p. 100 à un taux bancaire fixe de 5 ans. La loi pourrait également exiger que le capital de cet instrument d'emprunt soit garanti par le titre non admissible ou toute autre propriété achetée et qu'il soit

entièrement remboursé sur une période de cinq ans. Le crédit d'impôt pour dons de bienfaisance pourrait être rétroactivement réduit en fonction du montant d'intérêt et du capital non payé à l'organisme de bienfaisance dans les 60 mois suivant l'émission de l'instrument d'emprunt proposé.

La mise en œuvre d'un instrument d'emprunt admissible pour les auto-prêts n'augmente pas les coûts du trésor national en ce qui concerne les dons de bienfaisance. Elle élimine le problème insoluble de l'évaluation et aide les organismes de bienfaisance à monétiser immédiatement des titres non admissibles. Au bout du compte, ceux-ci recevront le montant indiqué sur le reçu officiel de don; sinon, le donateur sera réévalué en fonction du manque à combler. Le donateur devra inclure toute valeur gonflée dans son revenu imposable. Mais surtout, il aura à payer à l'organisme de bienfaisance la pleine valeur gonflée. En général, un donateur ne gonflera pas la valeur d'un actif s'il a l'intention de le racheter.

Il sera d'autant plus important d'éliminer la restriction de l'ARC sur la négociation de la monétisation subséquente des actifs donnés à titre gratuit et d'inclure l'instrument d'emprunt admissible pour les auto-prêts dans le cas où le Parlement supprime le taux d'inclusion des gains en capital sur les dons d'actions de sociétés privées et de biens immobiliers. Si les dons sont exclus du taux d'inclusion des gains en capital, il sera plus facile de prévenir les abus en utilisant une estimation basée sur les produits de la monétisation qu'un processus d'évaluation coûteux et compliqué. Si cette approche est adoptée, il importera d'accorder tous les incitatifs possibles au donateur pour aider l'organisme de bienfaisance à recevoir le montant le plus élevé possible au moment de vendre les actifs remis à titre de gratuit.

Voilà pourquoi il est important que le Comité permanent des finances de la Chambre des communes reconnaissent qu'il existe des moyens d'accroître considérablement le montant des dons aux organismes de bienfaisance sans devoir augmenter des incitatifs fiscaux. Le simple fait d'éliminer les obstacles juridiques à l'estimation de la juste valeur et aux politiques de monétisation signifiera que les avocats et d'autres

conseillers en matière de philanthropie pourront se remettre à encourager leurs clients à faire des dons importants d'actions de sociétés privées et de biens immobiliers au lieu de les décourager de le faire à cause des pièges dans la législation actuelle et des politiques d'évaluation de l'ARC.

BENEFIC LAWYERS

Par :

Blake Bromley
Directeur