

Article

« Les transferts de biens et les paiements de soutien entre concubins : une analyse des dispositions fiscales »

André Lareau

Les Cahiers de droit, vol. 24, n° 1, 1983, p. 207-222.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042543ar>

DOI: 10.7202/042543ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Les transferts de biens et les paiements de soutien entre concubins : une analyse des dispositions fiscales

André LAREAU *

Until recently, the Income Tax Act and its provincial counterpart had refused the common law spouses the tax treatment granted to « legal » spouses. Modifications were introduced in two specific areas of the act allowing these « outlaws » firstly a tax-free rollover when properties are transferred between them and secondly a deduction for the payor and a correlative inclusion for the beneficiary when an allowance is paid after the termination of the common law relationship.

An analysis of these provisions indicate clearly that the effective scope of the changes will be of limited application since only « de facto » spouses from Ontario will be able to take advantage of them.

	<i>Pages</i>
Introduction	208
1. Le transfert de biens entre concubins	209
1.1. L'approche fédérale	209
1.2. La ratification du transfert par l'autorité judiciaire: discrimination contre les concubins	214
1.3. Intervention législative au Québec	216
2. Le paiement de soutien entre ex-concubins	219
Conclusion	221

* Professeur à la faculté de droit de l'Université Laval. Je tiens à remercier mes collègues de travail, les professeurs Serge Allard et François Frenette, pour leur collaboration dans la préparation de ce travail. Toutefois, seul l'auteur est responsable des erreurs ou inexactitudes que pourrait comporter ce texte.

Introduction

La Loi de l'impôt sur le revenu du Canada¹ a été modifiée il y a quelques années pour tenir compte des incidences liées, au plan civil, à un divorce ou une séparation de corps². Ce changement était devenu nécessaire suite, d'une part, aux nouvelles lois provinciales³ gouvernant les rapports entre conjoints pendant leur vie commune et au moment où elle prend fin et, d'autre part, à la prolifération de divorces⁴ depuis la loi canadienne de 1967 sur le divorce⁵.

En 1977, il n'y avait encore que le Québec qui avait des dispositions particulières au sujet du partage de biens des conjoints lors d'un divorce ou d'une séparation⁶. De 1978 à 1981 cependant, toutes les provinces ont emboîté le pas en la matière. Dans cet élan de réforme, certaines provinces sont allées jusqu'à considérer les rapports entre concubins et prévoir une certaine protection en cas de rupture de leur union de fait⁷.

Les concubins, suivant certaines lois provinciales⁸, ont acquis la possibilité de se protéger mutuellement par une entente écrite prévoyant

-
1. S.C. 1970-71-72, c.63, telle que modifiée (ci-après appelée LIR). À moins d'indication contraire, toute référence est une référence à la LIR.
 2. Al. 73(1)(b)LIR, ajouté par S.C. 1977-78, chap. 32, art. 15(1) applicable aux années d'imposition 1978 et suivantes.
 3. Alberta : The Matrimonial Property Act, S.A. 1978, c. 22; Colombie-Britannique : Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 121; Île du Prince-Édouard : Family Law Reform Act, S.P.E.I., 1978, c. 6; Manitoba : The Matrimonial Property Act, S.M. 1978, c. 24; Nouveau-Brunswick : Loi sur les biens matrimoniaux, S.N.B. 1980, c.M-1.1; Nouvelle-Écosse : Matrimonial Property Act, S.N.S. 1980, c.9; Ontario : The Family Law Reform Act, S.O. 1978, c.2 as amended; Saskatchewan : The Matrimonial Property Act of Saskatchewan : S.S. 1979, C.M.-6.1; Terre-Neuve : Matrimonial Property Act, S.Nfld. 1979, C. 32 as amended.
 4. Le nombre de divorces au Canada est passé de 32 364 en 1972 à 67 671 en 1981, alors que pour la même période, le nombre de mariages est passé de 200 470 à 190 082. En 1981, au Canada, il y a eu 356 divorces pour chaque tranche de 1000 mariages, ce qui représente 26,2 divorces de plus qu'en 1980 par 1 000 mariages. « *Les statistiques de l'état civil* », vol. II, 1971, 1978, 1981, Statistiques Canada, Ottawa.
 5. S.C. 1967-68, c. 24, art. 1.
 6. Articles 1266 r à 1267 d et 1338 à 1383 du Code civil de la province de Québec.
 7. Colombie-Britannique : Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, C. 121; Île du Prince-Édouard : Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, C.6; Manitoba : The Family Maintenance Act, S.M. 1978, C.25; Nouveau-Brunswick : Loi sur les biens matrimoniaux, S.N.B. 1980, C. M-1.1; Loi sur les services à l'enfant et à la famille et sur les relations familiales du Nouveau-Brunswick, S.N.B. 1980, c.C-2.1; Nouvelle-Écosse : The Family Maintenance Act, S.N.S. 1980, C.6; Ontario : The Family Law Reform Act, S.O. 1978, C.2; Terre-Neuve : Matrimonial Property Act, S.Nfld. 1979, C.32.
 8. Par exemple au Nouveau-Brunswick, la Loi sur les biens matrimoniaux, S.N.B. 1980, C.M-1.1, art. 35(1) : Un homme et une femme qui cohabitent hors mariage peuvent conclure une

entre autres un partage de biens ainsi qu'un paiement de soutien au terme de leur vie commune. Ces ententes ne sont évidemment pas sans créer certains problèmes au plan fiscal. Le gouvernement fédéral ne s'était en effet pas soucié des concubins jusqu'à ce que les provinces légifèrent en ce domaine. Il accepta néanmoins de tenir compte des changements, mais le fit de façon prudente, voire conservatoire. Son absence d'empressement à retoucher le domaine fiscal en fonction de l'émergence du phénomène des concubins peut d'ailleurs s'expliquer par son désir de ne pas empiéter indirectement sur un champ de compétence provinciale.

Le gouvernement fédéral a, en matière d'impôt, prévu deux dispositions particulières en rapport aux unions de fait. La LIR prévoit d'abord que, lors de la rupture de l'union de fait, le transfert de biens effectué à un concubin suite à un « arrêt, ordonnance ou jugement rendu par un tribunal compétent » peut faire l'objet d'un roulement si certaines conditions⁹ sont rencontrées. Tel que nous le verrons, ces dispositions sont similaires à celles s'appliquant dans le cas de séparation ou de divorce. Dans le cas de l'union de fait cependant, la règle est beaucoup plus rigide. Nous analyserons ensuite les conséquences fiscales des paiements de soutien effectués entre ex-concubins au terme de leur vie commune¹⁰. La LIR prévoit que le paiement d'une pension alimentaire à un conjoint séparé ou divorcé peut être déductible dans le calcul du revenu du payeur si certaines conditions sont rencontrées¹¹. Le montant de la pension, s'il est déduit dans le calcul du revenu du payeur, devra être inclus dans le revenu du bénéficiaire. Un traitement similaire à celui réservé aux personnes mariées est théoriquement applicable aux concubins depuis le 12 décembre 1979. En réalité, très peu de concubins profitent de ce traitement. Nous chercherons ici à expliquer pourquoi il en est ainsi.

1. Le transfert de biens entre concubins

1.1. L'approche fédérale

Depuis 1972, le transfert de biens en immobilisations¹² entre conjoints fait l'objet d'un traitement privilégié puisqu'il peut être effectué au moyen

entente par laquelle ils conviennent des droits et obligations de chacun pendant leur cohabitation ou en cas de rupture de leur cohabitation ou de décès, et notamment

- a) de la propriété ou répartition des biens;
- b) des obligations de soutien;
- c) de toute autre question au règlement de leurs affaires;
- d) mais non pas du droit de garde ou de visite de leurs enfants.

9. Al. 73(1)(d) LIR ajouté par S.C. 1980-81, chap. 48, art. 39(1).

10. Al. 60(c.1) et 56(1)(c.1) LIR, (ajoutés par le projet de loi C-139, maintenant adopté par. 26(4) et 28(2)).

11. Al. 60(b) et 56(1)(b) LIR.

12. Al. 54(b) LIR.

d'un roulement. Ce mécanisme de roulement avait été rendu nécessaire en 1972 lors de l'imposition du gain en capital. Le transfert de biens étant susceptible de constituer une disposition de biens et donc de donner lieu à un traitement sous forme de gain ou perte en capital, le législateur avait alors cru bon d'exempter les conjoints de la règle puisque le gain à l'occasion des transferts qu'ils se font est plutôt théorique. Lorsque le phénomène du roulement est appliqué, l'auteur de la disposition est présumé disposer du bien pour un montant égal à son prix de base rajusté alors que le bénéficiaire du transfert est réputé avoir acquis, à cette date, le même bien pour une somme égale à ce prix¹³. Lorsque le bien transféré est un bien amortissable, le produit de disposition présumé sera réputé être égal à la fraction non amortie du coût en capital du bien, alors que ce même montant sera réputé être le coût en capital du bien pour l'acquéreur¹⁴. En d'autres termes, lors d'un transfert de biens entre conjoints, le législateur présume que l'auteur du transfert a reçu de l'autre conjoint, un montant égal au prix initialement payé lors de l'acquisition de ce bien, d'où l'absence présumée de gain dans une telle transaction.

Avant 1978, ce roulement était limité aux transferts effectués entre conjoints légalement mariés. Du fait de la multiplication des lois provinciales accordant aux conjoints une plus grande protection au moment du divorce, il devint toutefois évident que la Loi de l'impôt avait des conséquences désastreuses pour les transferts de biens opérés entre ex-conjoints à la suite du divorce.

La LIR fut heureusement modifiée en 1978 pour permettre un transfert de biens libre d'impôt entre ex-conjoints lorsqu'il est effectué « en règlement de tout droit découlant de leur mariage »¹⁵. Cet élan de réforme s'est alors poursuivi afin d'ajouter à la loi une nouvelle disposition, l'alinéa 73(1)(d), qui autorise un roulement entre diverses personnes d'une « catégorie prescrite » quand le jugement accordant ou ratifiant ce transfert est rendu par un tribunal compétent « en conformité de dispositions prescrites d'une loi provinciale ». Une lecture des règlements¹⁶ définissant les « dispositions

13. Al. 73(1)(f) LIR.

14. Al. 73(1)(e) LIR, par. 73(2) LIR.

15. *Supra*, note 2.

16. Règlement 6500(1) LIR.

(1) Aux fins de l'alinéa 73(1)(d) de la Loi,

« catégorie prescrite de personnes » désigne les personnes visées au sous-alinéa 14b)(i) de la loi dite The Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, c.2, de la province d'Ontario.

« dispositions prescrites d'une loi provinciale » désignent l'alinéa 19(1)c) et l'article 52 de la loi dite The Family Law Reform Act, 1978, S.O. 1978, c.2, de la province d'Ontario.

L'article 52(1) de cette loi est reproduit ci-après : A man and a woman who are cohabiting and not married to one another may enter into an agreement in which they agree on their

prescrites » et les personnes d'une « catégorie prescrite » nous révèle que le but de cet alinéa est de permettre un transfert de biens entre concubins lorsqu'il est exécuté ou ratifié par un jugement rendu en conformité avec le droit provincial en la matière.

Le problème pour l'heure est que le règlement fédéral comprend uniquement les dispositions pertinentes du droit ontarien. Les efforts en vue d'un élargissement de la situation ont été vains à date¹⁷. Au résultat, la quasi-totalité des concubins canadiens ne peuvent donc, à moins d'être ontariens, bénéficier des avantages de la LIR quant au roulement.

Pourquoi le roulement prévu par la LIR ne peut-il pas s'appliquer dans le cas de concubins résidents au Québec. Comme nous l'avons mentionné précédemment, il est un prérequis essentiel à l'application de la règle du roulement, savoir : la nécessité d'effectuer le transfert en vertu d'une loi provinciale prescrite par règlement et d'obtenir un jugement accordant ou ratifiant un tel transfert. Il s'agit donc premièrement de savoir si le droit québécois sanctionne les accords entre concubins.

Quoique l'Office de révision du Code civil ait suggéré à la Commission parlementaire de la Justice de reconnaître les époux de fait et de leur accorder un régime juridique plus ou moins assimilable à celui du mariage¹⁸, le législateur québécois a finalement rejeté cette solution et limité son action en ce domaine à l'abrogation de l'article 768 C.C.B.C.¹⁹. Ce refus d'encadrer juridiquement les concubins au même titre que les personnes mariées doit-il cependant être interprété comme une interdiction faite aux concubins d'utiliser le contrat pour fixer leurs droits et obligations ? Nous ne le pensons

respective rights and obligations during cohabitation, or upon ceasing to cohabit or death, including.

- a) ownership in or division of property ;
- b) support obligations ;
- c) the right to direct the education and moral training of their children, but not the right to custody of or access to their children; and
- d) any other matter.

17. A. LAREAU, « Les implications fiscales des transferts de biens effectués sous la Loi sur les biens matrimoniaux du Nouveau-Brunswick », (1981) 2 *C.T.J.* 147, p. 152; K.D. McNAIR, « The income tax implications of matrimonial property law reform — the common law provinces », (1979) *Conf. Rep.* 245; W.H. HOLLAND, *Unmarried couples: legal aspects of cohabitation*, Toronto, Carswell, 1982, p. 187.
18. Rapport sur le Code civil du Québec, vol. 1, *Projet de code civil*, Québec, Éditeur officiel, 1978, Livre de la Famille, art. 49, M. GUY, « Un code civil à bâtir », (1982) 12 *Revue de droit*, 471; M. GUY, « Les accords entre les concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) *C.P. du N.* 157; J. SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) *C.P. du N.* 197.
19. Loi instituant un nouveau code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39, art. 77.

pas. À notre avis, l'inaction du législateur reflète simplement sa volonté de ne pas s'immiscer dans la vie de gens qui ont choisi ce mode de conjugalité et, partant, exprimé le désir de ne pas être soumis aux règles de droit civil régissant les personnes mariées. C'est d'ailleurs le point de vue qui a été retenu en Alberta, où l'Alberta Institute of Law Research and Reform²⁰ s'est exprimé en ces termes relativement à une éventuelle législation qui encadrerait les concubins :

A couple be merely living together have not necessarily agreed to any such thing and indeed may well have chosen not to become involved in the rights and obligations of the marriage.

Le législateur albertain n'a donc pas accordé la protection que l'Ontario a pour sa part accordée à ses concubins lors de la rupture de l'union de fait. Pour l'Ontario, l'intervention législative était nécessaire « as a human and enlightened step forward in the law's search for ways to alleviate human distress »²¹.

Le geste fut alors suivi dans cinq autres provinces²² où on a reconnu explicitement aux concubins le pouvoir de s'engager contractuellement dans leurs rapports réciproques. Cette intervention législative venait donc enlever le caractère d'illégalité à ces contrats, car la common law, tout comme le droit civil par le biais de l'article 768 C.C.B.C., s'était montrée très réticente dans son évolution à reconnaître le caractère légitime de cette union²³. Il n'en fallut pas plus pour que le législateur fédéral accorde aux concubins certains bénéfices fiscaux (tel le roulement de biens) jusque-là accordés uniquement aux personnes mariées.

Toutefois, puisque le Québec n'a pas statué dans ce domaine afin de permettre aux concubins de s'encadrer contractuellement, doit-on conclure à l'illégalité de telles ententes. Sur le plan civil, de tels arrangements entre concubins seraient illégaux à notre avis seulement s'ils sont considérés contraires aux bonnes mœurs et à l'ordre public ; encore là, faudrait-il que l'aspect sexuel ait été la principale considération de l'entente. À cet égard, nous pourrions sans doute nous servir de l'arrêt *Marvin* rendu il y a quelques années à peine où il fut décidé :

20. Alberta Institute of Law Research and Reform, *Working paper on matrimonial support*, 1974, p. 112.

21. Ontario Law Reform Commission, *Report on Family Law* : Part IV, Family Property Law (1974) p. 185.

22. Colombie-Britannique : Family Relations Act, R.S.B.C. 1979, C.12 ; Île du Prince-Édouard : Family Law Reform Act, S.P.E.I. 1978, C.6 ; Nouveau-Brunswick : Loi sur les biens matrimoniaux, S.N.B. 1980, C.M-1.1 ; Ontario : The Family Law Reform Act, S.O. 1978, C.2 ; Terre-Neuve : Matrimonial Property Act, S. Nfld. 1979, C.32.

23. Pour une étude approfondie de la question, voir : N. BALLA, « Consequences of separation for unmarried couples : canadian developments », (1980) 6 *Queen's Law Journal*, p. 72.

The courts should enforce express contracts between nonmarital partners except to the extent that the contract is explicitly founded on the consideration of meretricious sexual services.²⁴

À l'appui de nos prétentions favorisant la légalité des ententes entre concubins, nous pourrions peut-être invoquer l'article 10 de la Charte des droits et libertés de la personne²⁵ à l'effet que

Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice en pleine égalité des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil...

Supposant pour l'instant ces ententes licites, cela signifierait-il que le traitement que la LIR réserve à certains concubins serait applicable en l'espèce? Comme nous l'avons déjà mentionné, un des prérequis au traitement prévu par l'alinéa 73(1)(d) est l'obtention d'un jugement reconnaissant ou ratifiant une telle entente, lequel doit être rendu en conformité de dispositions prescrites d'une loi provinciale. Dès lors, il apparaît évident que seules les provinces qui ont légiféré explicitement à l'égard des concubins pourront bénéficier du roulement prévu à l'article 73. Comme le Québec n'a pas légiféré en ce sens, les concubins québécois devront payer la note pour les transferts effectués entre eux. En effet, une transaction à titre gratuit ou pour une somme inférieure à la juste valeur marchande fait entre personnes ayant un lien de dépendance sera présumée être effectuée pour une considération égale à la juste valeur marchande du bien transféré, d'où l'inclusion possible d'un gain plutôt théorique pour l'auteur du transfert²⁶. Ce lien de dépendance se retrouve entre particuliers dans deux circonstances : premièrement chez les personnes liées, c'est-à-dire, celles unies par les liens du sang du mariage et de l'adoption et en second lieu chez certaines personnes non liées que la Loi présume avoir un lien de dépendance²⁷. Dans ce dernier cas, la jurisprudence est à l'effet qu'il y a lien de dépendance si l'une des parties possède un levier psychologique lui permettant d'influencer l'autre en ce qui concerne l'établissement du produit de la disposition²⁸. Nous croyons que des concubins entrent dans cette catégorie de personnes tant et aussi longtemps qu'ils demeurent concubins. Lors de la cessation de la vie commune, il serait toutefois difficile de prétendre que ce levier psychologique existe toujours, quoique chaque cas doit être examiné à la lumière des faits existants.

24. 18 cal. 3d. 660, 557 P. 2d. 106 (1976); De tels accords sont licites selon M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) 1 *C.P. du N.*, p. 165 et J. SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) 1 *C.P. du N.* p. 197.

25. Lois refondues du Québec, chap. C-12.

26. Par. 69(1) LIR.

27. Par. 251(2) LIR et voir le bulletin d'interprétation, IT-419.

28. *M.N.R. c. Sheldon Engineering Ltd*, [1955] C.T.C. 174.

Suite à ce que nous venons de voir, qui du gouvernement fédéral ou québécois peut être tenu responsable du mauvais parti fait, en matière fiscale, aux concubins québécois? Devons-nous conclure que le législateur québécois aurait dû, pour s'ajuster à la Loi fédérale, imiter les législations promulguées dans certaines provinces de common law! Conclure en ce sens serait ignorer la dualité des régimes juridiques existant au Canada. En effet, le Code civil, contrairement à la common law²⁹, ne prohibe pas les contrats entre concubins au motif qu'ils sont immoraux. Dès lors qu'une reconnaissance législative ne constitue pas un prérequis à la validité d'une entente entre concubins, le texte de l'alinéa 73(1)(d) aurait dû et devrait être modifié de façon à reconnaître l'existence des deux systèmes juridiques au Canada.

D'un point de vue purement pratique toutefois, la position des concubins québécois n'est pas pire que celle des concubins résidant dans les autres provinces du Canada, à l'exception de l'Ontario, puisque seuls quelques articles du Family Law Reform Act d'Ontario ont été reconnus comme « dispositions prescrites » dans le cadre de l'alinéa 73(1)(d) alors que toutes les autres provinces ont été oubliées.

1.2. La ratification du transfert par l'autorité judiciaire: discrimination contre les concubins

Bien que l'alinéa 73(1)(d) LIR vise à accorder aux concubins la même protection que celle accordée aux personnes mariées en ce qui concerne le roulement de biens en immobilisations, nous constatons que le législateur a assorti le roulement entre concubins d'une condition bien particulière qui ne se retrouve pas pour le roulement fait entre personnes mariées ou à un ancien conjoint en règlement de tout droit découlant de leur mariage. En effet, dans le cadre du concubinage, l'alinéa 73(1)(d) stipule que pour profiter du roulement le bien doit être transféré en vertu d'un « arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement rendu par un tribunal compétent ». Dans les autres cas visés au paragraphe 73(1), un simple transfert de biens respectant les dispositions civiles à cet égard devient éligible au roulement.

Comment justifier l'existence de cette condition? Une première réponse serait que le système cherche à permettre au tribunal de constater que les concubins sont bel et bien concubins au sens de la loi provinciale pertinente et que cette disposition empêchera de simples « amis » de mettre sur pied divers plans favorisant l'évasion fiscale. Toutefois, un tel argument peut sembler faible lorsqu'on examine d'autres dispositions de la LIR pouvant donner lieu à d'aussi graves abus et qui ne sont aucunement subordonnées au mécanisme judiciaire. Qu'il nous suffise de mentionner la possibilité pour un

29. *Supra*, note 23.

conjoint séparé de fait en vertu d'un accord écrit de se soustraire à la règle d'attribution du paragraphe 74(1)³⁰ ainsi que la possibilité de déduire les montants payés à titre de pension alimentaire³¹.

L'argument a par ailleurs du poids si l'on considère que les conjoints mariés et vivant ensemble qui se servent du roulement de l'article 73 ne peuvent de cette façon opérer un fractionnement de revenu à l'intérieur de la cellule familiale. En effet, les règles d'attribution de l'article 74 annihilent les effets d'un tel stratagème en établissant que le revenu reçu par le conjoint bénéficiaire du transfert et provenant du bien³² ou de la disposition³³ d'un tel bien est réattribué à l'auteur du transfert. La seule exception à cette règle a été créée le 11 décembre 1979 et elle vise les conjoints séparés « en vertu d'un arrêt, d'une ordonnance ou d'un jugement d'un tribunal compétent ou en vertu d'un accord écrit de séparation »³⁴, en somme, ceux dont les intérêts financiers divergent tout autant que les personnes dont le mariage a été dissous par divorce.

À l'opposé, puisque les règles d'attribution ne s'appliquent pas aux concubins, ces derniers, lors de la cohabitation, pourront effectuer un fractionnement de revenu à l'intérieur du ménage sans craindre que le revenu reçu par le bénéficiaire du transfert soit réattribué à l'auteur du transfert. Compte tenu de la convergence des intérêts financiers du couple, un certain contrôle devenait alors nécessaire pour vérifier la qualité des parties afin de bloquer tout plan visant un fractionnement de revenu entre non-concubins. Cette convergence d'intérêts fait cependant place à une divergence d'intérêts des parties lorsque le transfert est effectué suite à la rupture de l'union de fait. Dans un tel cas, le législateur aurait alors tenu à s'assurer que le transfert opéré par voie de roulement soit fait réellement entre ex-concubins puisque le roulement de l'article 73 constitue un régime d'exception ne devant s'appliquer que si les parties en cause rencontrent les conditions préalables à l'application de l'article, i.e. le mariage ou le concubinage. Contrairement au mariage dont la preuve peut être aisément établie, le concubinage demeure une union de fait échappant au contrôle administratif institutionnalisé. Le système judiciaire servira donc de chien de garde afin de vérifier la qualité des parties voulant invoquer les avantages liés à leur union de fait.

Si un certain contrôle sur la qualité des parties en cause est justifié, devons-nous conclure que l'intervention judiciaire est le mécanisme approprié pour éviter les abus ? Dans la mesure où l'alinéa 73(1)(d) vise vraiment à

30. Par. 74(7) LIR.

31. Al. 60(b) LIR.

32. Par. 74(1) LIR.

33. Par. 74(2) LIR.

34. Par. 74(7) LIR.

permettre un roulement entre concubins, lequel constitue un avantage considérable, pourquoi alors les accabler de procédures longues et coûteuses !

Il nous semble que cette discrimination aurait pu être évitée en accordant aux concubins les mêmes traitements fiscaux qu'aux gens mariés. Évidemment, une telle approche nécessite une étude plus approfondie dans la recherche des critères menant à la qualification de « concubins ». Bien que cet aspect dépasse le but du présent travail, nous suggérons que cette définition devrait être probablement similaire à celle existant dans nombre de lois à caractère social³⁵.

1.3. Intervention législative au Québec

Depuis le 11 décembre 1979, la Loi sur les impôts du Québec³⁶ reconnaît la possibilité aux concubins de se prévaloir des roulements lorsque des biens appelés « immobilisations »³⁷ sont transférés entre eux suivant certains critères bien définis. Devons-nous alors conclure que la loi provinciale ne désire pas accorder aux concubins ce traitement défavorable visé par la loi fédérale que nous venons de commenter ?

Malheureusement, cette lueur d'espoir s'estompe rapidement avec l'analyse des conditions prescrites par la loi provinciale. En effet, nous retrouvons dans la loi provinciale les mêmes conditions d'application que celles édictées au fédéral, c'est-à-dire, la nécessité, d'une part, d'avoir un arrêt, une ordonnance ou un jugement d'un tribunal compétent rendu en conformité d'une loi provinciale prescrite et, d'autre part, d'être une personne visée ayant fait un accord écrit en vertu de ces dispositions ou d'être une personne d'une catégorie prescrite³⁸.

Puisque le roulement sera possible uniquement lorsqu'il y aura un arrêt, une ordonnance ou un jugement d'un tribunal compétent rendu en conformité d'une loi provinciale prescrite, à quoi peut alors servir une telle disposition compte tenu qu'aucune législation régissant l'aspect civil des relations « concubinaires » n'existe au Québec ! La question est d'autant plus importante que la Loi sur les impôts reproduit non seulement les dispositions de la loi fédérale mais impose également les mêmes prescriptions³⁹ que le fameux règlement fédéral 6500(1), c'est-à-dire qu'elle reprend quelques dispositions du Family Law Reform Act d'Ontario.

35. F. HELEINE, « Le concubinage, une institution à la merci des politiques législatives des différents départements ministériels », (1980) 40 *R. du B.*, 624.

36. L.Q. 1982, c. i-3. Dans ce texte, tout renvoi à la LI est une référence à cette loi.

37. Art. 249 LI.

38. Art. 454(d) LI.

39. Règlement 454 R I, Gazette officielle du Québec. Partie II, 30 décembre 1980, 112^e année, n^o 63, p. 713 : a) « dispositions prescrites d'une loi d'une province canadienne » désigne le

Mentionnons que cette façon du législateur de se décharger de sa responsabilité en adoptant tout simplement le texte d'un autre palier de gouvernement constitue une pratique extrêmement condamnable. En l'espèce, la faute est encore plus grave parce que l'article 454 L.I. et le règlement l'accompagnant n'indiquent nullement que le but de ces dispositions est de permettre un roulement d'immobilisations pour certains concubins.

Les concubins québécois pourraient-ils prétendre que, s'ils se qualifient comme « concubin » suivant la définition de l'article 14(b)(i) du Family Law Reform Act d'Ontario et que le transfert qu'ils opèrent est exécuté suivant les prescriptions établies à l'article 52⁴⁰ de la même loi, ils pourraient alors bénéficier du roulement permis par les lois provinciale et fédérale dans la mesure où ils font ratifier un tel transfert par un tribunal compétent au Québec ?

Le juge ayant à trancher la question pourrait, à la lecture de la Loi sur les impôts, conclure que le but ultime de l'article 454 L.I. est de permettre un roulement entre concubins. Il serait toutefois incapable de rendre son jugement en vertu des dispositions d'une loi provinciale prescrite. En effet, les seules dispositions prescrites dans le règlement 454 RI sont tirées du Family Law Reform Act d'Ontario et aucune référence particulière au régime juridique québécois n'y est faite. Pourrait-il alors, puisque le règlement 454 RI de la Loi sur les impôts du Québec mentionne que « dispositions prescrites » désigne les articles 19(1)(c) et 52 du Family Law Reform Act d'Ontario, juger de la situation des concubins en vertu des dispositions de la loi ontarienne ?

Une telle approche ne saurait être valable puisque le règlement 454 RI ne constitue pas un texte législatif autorisant les concubins québécois à opérer un transfert de biens mais constitue plutôt une condition préalable à l'application du roulement. De plus, ce règlement ne vise pas non plus à appliquer la loi d'Ontario aux concubins du Québec puisque le texte de l'article 454 L.Q. stipule clairement que le jugement doit être rendu par un tribunal compétent en conformité avec les dispositions provinciales prescrites lesquelles réfèrent spécifiquement à deux articles de la loi d'Ontario. Le jugement du tribunal québécois serait-il alors rendu en conformité des dispositions de la loi d'Ontario ? Évidemment pas... Cette loi ne peut avoir

sous-paragraphe C du paragraphe I de l'article 19 et l'article 52 du The Family Law Reform Act, 1978, de l'Ontario (S.O., 1978, chapitre 2); et b) « personne prescrite » désigne une personne visée dans le sous-paragraphe b de l'article 14 du The Family Law Reform Act, 1978, de l'Ontario (S.O., 1978, chapitre 2) ».

40. *Supra*, note 16.

d'application extra-territoriale que si elle est reprise par la législation québécoise. En l'espèce, il y a seulement une référence de faite à cette loi.

La première conclusion que nous devons tirer de cette analyse est la suivante : cet article de la loi québécoise ne s'appliquera que pour les résidents québécois qui ont vécu en concubinage et qui ont exécuté un transfert de biens alors qu'ils étaient soumis à l'article 52 de la loi prescrite d'Ontario. Puisque ce transfert peut alors être entériné par un tribunal compétent d'Ontario, ces concubins pourront bénéficier des largesses du fisc québécois s'ils sont résidents du Québec à la fin d'une année civile. Les autres concubins québécois ne seront pas autorisés à profiter du même privilège.

Le but avoué de cette disposition est beaucoup moins profond qu'on ne voudrait le croire. Le but du législateur provincial est simplement de permettre aux contribuables qui auraient droit au roulement sous la loi fédérale de bénéficier du même traitement aux fins de la Loi sur les impôts. Or, jusqu'à maintenant, seuls les concubins exécutant un roulement en vertu du Family Law Reform Act d'Ontario sont visés par la LIR ; le législateur québécois a donc voulu étendre les effets de la disposition aux concubins ontariens venant résider au Québec.

Pourquoi le législateur québécois refuse-t-il d'accorder à tous les concubins québécois le bénéfice du roulement alors qu'au niveau du droit civil, un tel transfert est parfaitement légal ! Une intervention législative au niveau fiscal ne requiert en effet pas que les concubins aient été préalablement reconnus comme conjoints en droit civil. Le législateur a refusé, dans la réforme du code civil, d'accorder explicitement aux concubins le statut de personnes mariées, et cela sans que l'on puisse en contrepartie conclure que les rapports entre ces personnes doivent être taxés d'illicites. Le respect et la légalité des actes qu'ils posent sont admis depuis longtemps. Un reliquat de cette illicéité, la prohibition édictée à l'article 768 C.C.B.C., a été abrogé par la loi 89. L'abrogation de cet article reflète hors de tout doute le désir du législateur de ne plus réprimer les aménagements civils afférents au concubinage. Pourquoi alors attendre davantage avant de faire bénéficier ces gens du traitement fiscal que la LIR et la LI leur réservent ?

Supposons un instant que le roulement soit accordé aux concubins québécois, alors, d'autres dispositions de la LI devront être modifiées afin de ne pas imposer cette transaction par le biais d'une autre disposition. Il nous suffit de mentionner que le transfert de biens entre concubins peut être fait par la voie d'une donation et qu'en conséquence, la loi devra reconnaître au concubin le statut de personne mariée afin de ne pas imposer ce que le roulement a permis d'exempter⁴¹.

41. Au niveau de l'impôt sur les dons, le concubin est traité comme un pur étranger et seule l'exemption générale de 3000 \$ peut s'appliquer ; art. 1198 LI.

Il est quand même intéressant de noter, pour ce qui concerne l'impôt sur les dons, que le Québec a toujours refusé de suivre la voie empruntée par ses homologues de common law. Une analyse des différentes lois des provinces de common law maintenant abrogées révèle que les concubins bénéficiaient toujours, en matière d'impôt sur les dons, de l'exemption accordée aux personnes mariées⁴². Au Québec, les concubins sont associés aux personnes mariées dans nombre de lois, notamment celles à caractère social, mais ils ne le sont aucunement en matière fiscale.

2. Le paiement de soutien entre ex-concubins

Dans le contrat de concubinage, les parties peuvent prévoir un paiement de soutien au concubin le plus démuné lors de la rupture de l'union de fait. Cette protection devient impérative puisque, d'une part, le Code civil du Québec ne contient aucune disposition accordant aux conjoints de fait une certaine protection en ce sens et, d'autre part, l'application de la notion d'enrichissement sans cause aux concubins demeure encore incertaine⁴³. Tous ne sont cependant pas d'avis que cette entente constitue une protection suffisante pour les conjoints de fait. En effet, selon Me Marcel Guy⁴⁴, le débiteur ne pourrait être contraint à l'exécution puisque son obligation n'est que naturelle et qu'elle ne donne pas de recours au créancier pour ce qui n'a pas été volontairement acquitté. Nous croyons cependant que cette obligation peut être recherchée en justice puisque ce contrat contient les quatre éléments essentiels à sa formation mentionnés à l'article 984 C.C.B.C., notamment une cause ou considération licite en l'absence de laquelle l'obligation deviendrait naturelle. L'acceptation par un des conjoints de fait de demeurer à la maison pour s'occuper entre autres de l'éducation des enfants, abandonnant du même coup le droit à un revenu ne constitue-t-elle pas une cause suffisante rendant le contrat exécutoire? Afin de minimiser les risques, nous croyons que l'entente entre les parties devrait spécifier que, au cas de rupture de l'union de fait, un paiement de soutien sera versé au conjoint, ayant comme fondement une compensation pour le manque à

42. Par exemple, The Gift Tax Act, S.O. 1972, c. 12 art. 1(24) et 1(5). (Ontario); the Gift Tax Act, S.M. 1972 C. G. 55, art. 1 (x). (Manitoba).

43. La Cour suprême du Canada se prononcera sous peu sur ce point dans la cause *Daigneault c. Richard*. En appel, la Cour d'appel avait refusé d'appliquer la notion d'enrichissement sans cause. [1981] C.A. (Mtl) 500-09-000582-791. Toutefois, cette notion s'apparente au *constructive trust* (fiducie par interprétation) de Common Law que la Cour suprême du Canada a appliqué dans *Pettkus c. Becker* [1980] 2 R.C.S. 834. Le juge Dickson, a repris un passage de l'affaire *Marvin c. Marvin* (1976) 557 P. 2d. 106 où il avait été jugé que :

«l'on peut appliquer la fiducie par interprétation pour répondre aux attentes raisonnables des parties et pour appuyer le concept que des personnes qui cohabitent sans être mariées ont l'intention d'être équitables l'une envers l'autre.»

gagner compte tenu du travail non rémunéré pour l'entretien du foyer et/ou l'éducation des enfants.

En présumant de la validité de telles ententes, quel traitement fiscal doit-il leur être accordé? Lorsque la pension est payée suite à une rupture du mariage par séparation ou divorce, le paiement de la pension peut être déduit dans le calcul du revenu du payeur et doit être inclus dans le calcul du bénéficiaire si les parties rencontrent les conditions énumérées par la loi. Toutefois, ce n'est qu'à partir du 12 décembre 1979 que la LIR a accordé un traitement similaire pour un paiement fait entre ex-concubins⁴⁵. Tel qu'on pouvait s'y attendre, une rigidité similaire à celle que nous avons décrite dans le cadre de l'analyse de l'article 73 a été adoptée dans la rédaction des dispositions s'appliquant au paiement de pensions alimentaires entre concubins.

Une fois de plus, un paiement entre ex-concubins suite à un accord écrit ne sera générateur d'aucune conséquence fiscale contrairement à ce qui se passe lorsque ce paiement est fait entre personnes séparées ou divorcées.

Afin de pouvoir déduire le montant du paiement dans le calcul du revenu du payeur, le paiement devra non seulement rencontrer les mêmes conditions que s'il était fait à un conjoint ou un ex-conjoint⁴⁶, mais aussi avoir été payé en vertu d'une « ordonnance rendue par un tribunal compétent en conformité avec la loi d'une province ». De plus, le bénéficiaire de ce paiement devra être un particulier appartenant à une catégorie de personnes prévue dans la loi de cette province. Alors que cette dernière condition semble constituer une référence aux personnes visées par l'alinéa 73(1)(d) que nous avons commenté précédemment⁴⁷, la première condition vise à obliger les parties à obtenir, avant de se prévaloir du traitement fiscal prévu à la loi, une approbation judiciaire similaire à celle dont nous avons discuté dans le cas de roulements de biens. Dans ce dernier cas, nous avons déjà signalé qu'un certain contrôle était peut-être nécessaire afin d'éviter des abus, compte tenu de la convergence des intérêts des parties lors de la vie commune. Ce même raisonnement ne saurait s'étendre à la situation sous étude où nous sommes en présence de deux personnes qui, ayant vécu ensemble comme concubins, ont décidé de se séparer. Les intérêts fiscaux de

44. M. GUY, « Les accords entre concubins et entre époux après la loi 89 », (1981) *C.P. du N.* 163, p. 165; contra: J. SYLVESTRE, « Les accords entre concubins », (1981) *1 C.P. du N.* 199, définis comme tels.

45. *Supra*, note 10.

46. Le paiement doit être périodique, il doit être qualifié d'allocation et le bénéficiaire doit vivre séparé du payeur à la date du paiement et jusqu'à la fin de l'année.

47. Puisque les règlements relatifs aux alinéas 56(1)(c.1) et 60(1)(c.1) sont encore inconnus, l'application de ces dispositions demeure encore nébuleuse.

ces deux personnes seront dorénavant opposés alors que la déduction de la pension pour le payeur impliquera l'inclusion de ce montant pour le bénéficiaire. Dans un tel cas, nous considérons qu'une rigidité accrue des règles concernant l'impact fiscal d'un paiement de pension alimentaire n'est nullement justifiée et constitue une embûche technique n'atteignant aucun objectif positif.

Tel que nous l'avons mentionné précédemment, l'application de cet alinéa sera tout probablement limitée, dépendant des nouveaux règlements qui seront édictés suite au projet C-139, aux concubins visés par l'article 73(1)(d). Dans ces circonstances, la loi fédérale devient inopérante pour les concubins autres que ceux provenant de l'Ontario.

Au chapitre de la pension alimentaire, la position du Québec ne se défend guère mieux que celle du fédéral. Jusqu'à tout récemment, la Loi sur les impôts ne contenait aucune disposition particulière visant le paiement d'une pension alimentaire entre ex-concubins. Depuis le 18 mars 1982 cependant, une disposition semblable aux nouveaux alinéas 56(1)(c.1) et 60(c.1) de la LIR a été édictée afin de « venir en aide » aux ex-concubins⁴⁸. Une fois de plus, ces dispositions sont étrangement semblables à ce que l'on retrouve dans le projet de loi C-139.

Ces nouvelles dispositions de la Loi sur les impôts n'auront donc aucun effet sur les contribuables québécois puisque les dispositions prescrites de ces nouveaux articles réfèrent au règlement 454 RI, lequel, tel que nous l'avons démontré précédemment, ne vise que les gens de l'Ontario.

Conclusion

Dans la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada et dans la Loi sur les impôts, toute référence au mot conjoint signifie une personne mariée et ne saurait s'étendre davantage pour inclure les concubins⁴⁹. Comment justifier une telle rigidité? L'État tente-t-il de régenter le mode de vie des gens par le biais de mesures fiscales favorisant le mariage? Bien entendu, le gouvernement ne dénoncera pas directement sur la place publique les tenants de

48. Art. 336(1)(b) et 312(1)(b)LI. La seule application de ces nouveaux alinéas sera limitée aux concubins ayant obtenu un jugement d'une cour d'Ontario et résidant maintenant au Québec. Toutefois, au niveau fédéral, puisque les règlements relatifs aux dispositions énoncées par le projet C-139 (maintenant adopté) sont encore inconnus, l'application de ces dispositions demeure encore nébuleuse.

49. Dans la cause *Irving A. Taylor c. MNR* 82 DTC 1929, à la page 1831, le commissaire Cardin a semblé élargir la portée du mot conjoint

« While the words "spouse" or "former spouse" are not defined in the Income Tax Act, there is no section which prohibits the inclusion of a de facto spouse in interpreting s. 60(b) of the Act ».

l'union de fait. Néanmoins, comme l'attitude des gens est souvent guidée par des considérations pécuniaires, le préjugé favorable au mariage reflété par les dispositions législatives semble être l'instrument approprié pour s'assurer que les contribuables canadiens entrent dans le cadre institutionnalisé que favorisent les autorités. Évidemment, ce raisonnement n'est peut-être qu'une caricature de l'image que projette le législateur! En effet, il est faux de prétendre que le concubinage ne jouit d'aucun avantage fiscal. Par exemple, les règles d'attributions ne s'appliquent pas aux concubins et ces derniers peuvent tous les deux bénéficier d'une exemption d'impôt en ce qui concerne la disposition d'une résidence principale⁵⁰. De plus, les concubins, bien qu'étant des personnes ayant un lien de dépendance, ne sont toutefois pas des personnes liées au sens du paragraphe 251(2). Pour ce motif, lorsqu'un employeur met une automobile à la disposition d'un contribuable qui est le concubin de l'employé, celui-ci n'aura aucun montant à inclure dans son revenu alors que si les parties étaient mariées, un montant calculé selon le paragraphe 6(2) serait inclus dans le revenu de l'employé⁵¹. Certains prétendront que ce traitement de faveur accordé aux concubins n'est pas justifié et qu'il devrait être étendu aux personnes mariées. Cette inéquité est toutefois réversible. En effet, dans une foule d'autres situations, ex. : décès, régime enregistré d'épargne-retraite, transfert des déductions inutilisées, déductions de personnes mariées, l'avantage se situe du côté des personnes mariées.

Afin d'uniformiser le système et de laisser aux gens le choix du mode de vie qu'ils entendent adopter sans les influencer au moyen d'un aspect purement pécuniaire, ne devrait-on pas reconnaître les concubins comme conjoints, tout comme le font plusieurs lois à caractère social! Le présent article ne prétend nullement qu'une telle approche se fera sans peine. Une des difficultés à surmonter sera évidemment de s'assurer de la qualité de concubins des parties. L'auteur préfère toutefois laisser cette tâche aux spécialistes du domaine familial puisque de toute façon, cette question déborde le cadre de la présente étude.

50. Le nouvel alinéa 54(g) modifie le sous-alinéa 54(g)(iii) et empêchera dorénavant un couple marié de posséder, aux fins fiscales, plus d'une seule résidence principale.

51. Le nouvel alinéa 6(1)(e) visera aussi les personnes liées. Toutefois, les concubins ne sont pas définis comme tels.