

26 FÉVRIER 2016

Développements récents en immobilier en Ontario

Auteurs : [Gregory G. Southam](#), [Gabriella Lombardi](#), [R. Ian Crosbie](#), [Neal H. Armstrong](#), [Elias Benhamou](#) et [Marie-Emmanuelle Vaillancourt](#)

Arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur la cession de bail par un locataire

La Cour d'appel de l'Ontario a récemment rendu son arrêt dans l'affaire *Hudson's Bay Company v. OMERS Realty Corporation*, qui portait sur la cession et la sous-location de bail par le locataire-clé des centres commerciaux Yorkdale, Square One et Scarborough Town Centre. La cession et la sous-location étaient envisagées dans le cadre d'une coentreprise prenant la forme d'une société en commandite (la « Première SEC ») détenue à hauteur de 90 % et 10 % respectivement par la Compagnie de la Baie d'Hudson et le Fonds de placement immobilier RioCan. L'intérêt du locataire dans les baux devait être détenu par une société en commandite (la « Deuxième SEC ») étant la filiale de la Première SEC et dont HBC était le commandité. L'intérêt du locataire dans les baux devait être cédé à HBC, en sa qualité de commandité de la Deuxième SEC, puis sous-loué à HBC.

Aux termes des baux en question, une cession et une sous-location à un membre du même groupe peuvent être effectuées sans le consentement du bailleur. HBC a demandé le consentement du bailleur sans admission que cela était requis par les baux. Après le refus du bailleur d'y consentir, HBC s'est adressée aux tribunaux pour qu'ils déclarent qu'un tel consentement n'était pas requis ou qu'il avait été refusé de manière déraisonnable. La Cour supérieure de justice de l'Ontario et la Cour d'appel de l'Ontario se sont prononcées en faveur de HBC à l'effet qu'aucun consentement n'était requis puisque la cession et la sous-location étaient faites à un membre du même groupe.

Le raisonnement du juge de première instance, auquel a souscrit la Cour d'appel, se fonde sur la nature juridique unique de la structure d'une société en commandite et du rôle du commandité. En résumé, le tribunal de première instance a conclu ce qui suit : 1) un bien dans lequel une société en commandite a un intérêt ne peut être détenu que par le commandité; 2) l'intérêt du commandité dans le bien d'une société en commandite ne se limite pas à un titre de propriété sur le bien; le commandité a le contrôle du bien et est le seul responsable de l'exploitation de la société en commandite; et 3) à l'égard d'une tierce partie contractante, le commandité est le seul responsable du paiement et de l'exécution de toutes les obligations prévues au contrat.

Dans un tel contexte, la Cour a jugé que le cessionnaire des baux était le commandité de la Deuxième SEC et qu'il n'était pas pertinent de tenir compte de l'existence des autres participations dans la coentreprise, y compris les participations des commanditaires de la Première SEC. Le bailleur n'a pas réussi à faire valoir que, en raison de la cession des baux à HBC en sa qualité de commandité de la Deuxième SEC, la Deuxième SEC aurait un droit de propriété véritable à l'égard des baux et que RioCan aurait un pouvoir décisionnel à l'égard de certaines questions importantes aux termes des baux.

Réduction de la portée de l'exemption des droits de cession immobilière en Ontario pour les acquisitions de participations dans des sociétés de personnes

Depuis 1989, les acquisitions d'intérêts bénéficiaires (*beneficial interest*) dans des propriétés immobilières en Ontario sont généralement assujetties à des droits de cession immobilière (les « DCI »). Le ministère des Finances de l'Ontario (le « Ministère ») considère que les sociétés de personnes sont des entités « intermédiaires » (*look-through*) pour ces fins. Ainsi, l'acquisition d'une participation dans une société de personnes est considérée comme une acquisition indirecte (assujettie aux DCI) des propriétés immobilières de cette société de personnes en Ontario. Il existe une exemption réglementaire des DCI à l'égard de la cession de participations dans une société de personnes lorsque la part du bénéfice de la société de personnes à laquelle a droit l'acquéreur n'augmente pas de plus de 5 % par année (l'« exemption de 5 % »).

Une fiducie à participation unitaire (comme une FPI) est également considérée comme une entité « intermédiaire » (*look-through*) pour les fins des DCI. Pour cette raison, les FPI considèrent que l'acquisition par un FPI d'une participation dans une société de personnes constitue une acquisition indirecte par les détenteurs de parts du FPI. Les FPI concluent ainsi que chaque détenteur de moins de 5 % des parts du FPI acquiert indirectement une participation inférieure à 5 % dans la société de personnes et est admissible à l'exemption de 5 %. Par conséquent, s'il n'y a pas de détenteurs de parts importants, les acquisitions de sociétés de personnes ontariennes par des FPI sont considérées comme étant exemptées des DCI au motif que le FPI n'est pas lui-même un acquéreur mais plutôt une entité « intermédiaire », tandis que les détenteurs de parts sont exemptés des DCI puisqu'ils acquièrent chacun (indirectement) une participation inférieure à 5 % dans la société de personnes.

Une analyse similaire a été appliquée aux sociétés de personnes dont les associés détiennent individuellement une participation peu élevée (par exemple moins de 5 %) au moment d'acquérir d'autres sociétés de personnes détenant des propriétés immobilières en Ontario.

Le 18 février 2016, l'Ontario a publié un règlement modificatif prévoyant que l'exemption de 5 % ne s'applique pas si l'associé qui acquiert la participation dans une société de personnes est une fiducie ou une autre société de personnes. Cette modification se veut une « clarification », ce qui nous apparaît difficile à accepter. Le règlement prévoit que ces modifications sont rétroactives au 19 juillet 1989. Le Ministère a indiqué qu'il respecterait ses décisions antérieures à l'égard de transactions spécifiques, lesquelles ne seraient pas assujetties rétroactivement aux DCI.

Ces modifications n'ont pas d'incidence sur l'exemption des DCI pour la cession ou l'émission de parts d'une fiducie de fonds commun de placement ayant des intérêts dans des propriétés immobilières en Ontario.

Le prétendu effet rétroactif de cette modification soulève la controverse. Les arguments suivants seront sans doute avancés :

- L'imposition par simple règlement des DCI de façon rétroactive à l'égard de transactions déjà réalisées n'est pas autorisée par la loi; cette rétroactivité est donc sans effet.
- La prescription pourrait empêcher le Ministère d'imposer ou de prélever des DCI sur des transactions ayant eu lieu il y a (environ) plus de quatre ans.
- Le Ministère n'a aucun droit, même après la modification, d'imposer des DCI rétroactifs directement à des FPI (ou d'autres fiducies) ou à des sociétés de personnes, et il ne peut imposer des DCI qu'aux détenteurs de parts ou aux associés (ce qui, dans bien des cas, ne serait pas pratique).

Il est difficile de prédire si le Ministère tentera d'utiliser cette prétendue rétroactivité principalement comme moyen de pression dans le cadre de différends existants relatifs à des DCI ou dans ses audits de transactions récentes, ou s'il s'en servira à l'égard de transactions réalisées il y a déjà longtemps.

Nous serons heureux de discuter avec vous des conséquences de ces récents développements.

Personnes-ressources : [Neal H. Armstrong](#), [R. Ian Crosbie](#), [Gabriella Lombardi](#), [Gregory G. Southam](#), [Elias Benhamou](#) et [Marie-Emmanuelle Vaillancourt](#)