

Rédactrice : Vivien Morgan, JD

Volume 24, numéro 10, octobre 2016

Le concept des entités fortement capitalisées (*cash boxes*) du projet BEPS ne cadre pas avec les règles fiscales canadiennes

Le nouveau concept en matière de prix de transfert du projet BEPS, à savoir les entités fortement capitalisées (*cash boxes*) ne semble pas concorder avec la réalité commerciale et la politique fiscale internationale de longue date du Canada en ce qui a trait aux activités à l'étranger.

En 1976, le Canada a adopté une politique visant à faciliter la gestion (la diminution) des obligations fiscales à l'étranger des multinationales canadiennes au moyen d'accords de financement et de licence collectifs, en excluant ces obligations du régime du REATB. Le principal mécanisme de cette exclusion était et demeure le sous-alinéa 95(2)a(ii), en vertu duquel les versements de revenu passif (intérêts et redevances) entre SEA provenant du REEA de la SEA qui effectue le paiement sont convertis en REEA de la SEA qui reçoit le paiement. Ce mécanisme a survécu à une remise en question indirecte en 2007, lorsque la règle de l'article 18.2 visant à contrer la double déduction a été adoptée (mais abrogée en 2009 avant son entrée en vigueur), et il a été fortement appuyé par le Groupe consultatif sur le régime

canadien de fiscalité internationale nommé en 2008 par le gouvernement.

L'intégrité et l'efficacité du sous-alinéa 95(2)a(ii) est peut-être maintenant de nouveau indirectement menacé par la théorie sur les prix de transfert du projet BEPS de l'OCDE concernant les entités fortement capitalisées et l'imposition correspondante du revenu d'une société qui assure le financement ou concède les licences (ou, plus exactement, l'imposition du partage du revenu entre les membres d'un groupe multinational). Dans le présent article, nous expliquons la théorie relative aux entités fortement capitalisées du projet BEPS et les raisons pour lesquelles cette théorie n'est pas valable et ne devrait donc pas s'appliquer au Canada.

Le concept des entités fortement capitalisées du projet BEPS ne tient pas compte de la réalité commerciale. Les actions 8 à 10 du rapport du projet BEPS, qui constituent l'approche en matière de prix de transfert, renferment le concept d'entités fortement capitalisées (*cash boxes*) : le but déclaré du rapport est d'aligner les résultats en matière de prix de transfert avec la création de valeur tout en conservant et en respectant le principe de pleine concurrence. Selon la définition de l'OCDE, les entités fortement capitalisées s'entendent de « sociétés écrans présentant des effectifs limités voire nuls, qui exercent des activités économiques limitées voire inexistantes, et qui cherchent à obtenir des avantages dans des juridictions à fiscalité faible ou nulle »; il est donc question d'un membre du groupe qui fournit simplement du capital (par exemple du financement ou des actifs incorporels) qui sera utilisé par une société d'exploitation, et qui exerce lui-même des activités limitées. L'OCDE soutient que « [s]i l'entité fortement capitalisée ne contrôle pas, dans les faits, les risques financiers liés à ces actifs, elle ne peut percevoir qu'un taux de rendement sans risque, voire moins lorsque, par exemple, la transaction n'obéit pas à une optique commerciale rationnelle ce qui conduit à appliquer les recommandations en matière de non-prise en compte des transactions », et l'OCDE ajoute qu'en ce qui a trait aux actifs incorporels, la seule propriété légale de ces actifs par une entreprise associée ne détermine pas le droit à des rendements provenant de leur exploitation.

Ces déclarations de l'OCDE donnent au fond à entendre que les rendements économiques qui excèdent un rendement sans risque sont (ou devraient être) attribuables à la main-d'œuvre et non pas au capital; qui plus est, elles semblent indiquer que les rendements économiques

Dans ce numéro

Le concept des entités fortement capitalisées (<i>cash boxes</i>) du projet BEPS ne cadre pas avec les règles fiscales canadiennes	1
Une proposition de règlements qui risque de contrarier les plans successoraux aux États-Unis	3
Les sociétés de personnes et le MCAPT lors d'une acquisition de contrôle	4
Droits successoraux américains : Sociétés de personnes investissant dans le secteur immobilier aux États-Unis	6
T1135 : Déclaration obligatoire de montant reçu en vertu d'un régime de retraite non résident	8
Prestation d'un service financier	9
Propositions de septembre 2016 sur les SEA	10
Conseils fiscaux de fin d'année pour les propriétaires exploitants — Partie 1	11
Pour l'ARC, les intérêts simples courus ne sont pas des dettes au titre de la capitalisation restreinte	13
L'impôt porté en appel n'est pas une dette en cas de faillite	14

excédentaires peuvent être attribués à une entité seulement si ses propres employés exécutent les activités économiques précises et si l'entité ne confie pas en externe les fonctions à d'autres entités du groupe ou à des fournisseurs externes. Les déclarations de l'OCDE ne sont pas validées par le principe de pleine concurrence et elles ne cadrent pas avec la théorie et la pratique en économie.

Selon le concept de l'entité fortement capitalisée, la répartition du risque lié aux prêts et licences — et donc du profit correspondant — entre les membres d'un groupe multinational doit être fonction de faits et non pas d'un contrat. On dit que ce processus suppose deux parties : la partie qui exerce le « contrôle sur le risque » et celle qui a la capacité financière d'assumer le risque associé au prêt. Le contrôle exercé par la première partie semble signifier simplement le pouvoir décisionnel d'accorder un prêt, mais les investisseurs peuvent couramment engager des professionnels pour accomplir cette tâche. La deuxième partie peut-elle être autre que le prêteur qui fournit l'argent pour le prêt? Quoi qu'il en soit, il est difficile d'interpréter ces facteurs de façon à en arriver à la conclusion de l'OCDE selon laquelle la part du lion des profits découlant du prêt ou de la licence intersociétés est attribuable à l'ensemble des membres du groupe et non pas au prêteur ou au concédant au sein du groupe, auquel sont attribués uniquement les rendements sans risque (c'est-à-dire le taux de bons du Trésor à trois mois). Ainsi, selon l'OCDE, si le prêteur ou le concédant n'emploie pas des personnes pour effectuer et gérer ces investissements mais a recours à l'aide des membres du groupe, il peut ne pas avoir droit à la principale portion du revenu découlant du prêt ou de la licence.

La théorie et la pratique en économie parviennent à une conclusion différente. En pratique, les investisseurs passifs ont couramment recours à des conseillers financiers et à des gestionnaires d'actifs, mais ils ne se contentent pas de conserver un rendement sans risque pour eux-mêmes pour verser le reste aux conseillers. Par exemple, les gestionnaires de fonds de capital-investissement les mieux payés ne reçoivent pas plus de 20 pour cent du revenu gagné par les investisseurs totalement passifs qui possèdent les fonds. Le concept d'entités fortement capitalisées ne correspond pas à cette réalité et ne cadre pas avec la politique en matière de prix de transfert qui vise à refléter le plus possible la réalité économique et commerciale.

En résumé, les modifications apportées par l'OCDE à ses principes sur les prix de transfert ont pour effet d'éroder le principe de la pleine concurrence en permettant des exceptions non cohérentes, par exemple pour les entités fortement capitalisées. En mettant l'accent sur la main-d'oeuvre, l'OCDE semble privilégier une répartition globale selon une formule préétablie qui est fondée sur les salaires. Il n'est donc pas étonnant que l'an dernier le juge

Frank J. Pizzitelli de la CCI ait décrit les principes définitifs de l'OCDE relativement au projet BEPS comme une étape vers l'adoption de principes de répartition globale des profits selon une formule préétablie, et qu'il ait mentionné que la tendance allait vraisemblablement se maintenir. À notre avis, l'approche préconisée dans le cadre du projet BEPS ne concorde pas non plus avec la politique canadienne reflétée dans le sous-alinéa 95(2)a)(ii).

Dans le budget fédéral de 2016, le ministre des Finances a, étonnamment, déclaré que l'ARC appliquait les lignes directrices révisées de l'OCDE sur le prix de transfert, qui « [traduction] offrent une interprétation améliorée du principe de pleine concurrence ». Cependant, le ministre des Finances a surtout dit aussi que l'ARC ne modifierait pas ses pratiques administratives pour le moment à l'égard des deux sujets les plus controversés du travail de l'OCDE sur les prix de transfert : l'approche simplifiée proposée à l'égard des services à faible valeur ajoutée et le traitement des entités fortement capitalisées. Le Canada décidera d'un plan d'action au sujet de ces mesures lorsque l'OCDE aura effectué son suivi.

Il y a lieu de rappeler que dans le cas charnière en matière de prix de transfert, soit *GlaxoSmithKline* (2012 CSC 52), la CSC a mentionné que les principes de l'OCDE sur les prix de transfert « n'ont cependant pas la même force contraignante qu'une loi canadienne et, en dernière analyse, le critère à appliquer à un ensemble d'opérations ou de prix doit être établi suivant [la législation canadienne en matière de prix de transfert] et non pas selon quelque commentaire ou méthode énoncé dans les principes ». Au Canada, le principe de pleine concurrence est régi par l'article 247 et les prises de position de l'OCDE qui ne sont pas conformes, même celles qui sont adoptées comme pratique administrative de l'ARC — risquent de ne pas être admis par un tribunal canadien.

L'ARC et le ministre des Finances devraient considérer que le concept des entités fortement capitalisées n'est pas pertinent au égard à la législation fiscale canadienne. Cependant, les commentaires de Michelle Levac (spécialiste en prix de transfert à l'ARC) lors d'une conférence sur les prix de transfert tenue à Toronto le 30 août 2016 ne semblent pas concluants. M^{me} Levac, qui a présidé le Groupe de travail 6 de l'OCDE, a mentionné que l'importance du financement et des apports de trésorerie ou de capital est reconnue dans le rapport sur les prix de transfert de l'OCDE. Elle a ajouté cependant qu'il n'y avait pas eu de modification substantielle des restrictions relatives aux entités fortement capitalisées qui financent le développement d'actifs incorporels mais dont les seules activités économiquement pertinentes donnent lieu à un rendement sans risque.

Nathan Boidman et Michael Kande
Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Montréal

Une proposition de règlements qui risque de contrarier les plans successoraux aux États-Unis

Le 2 août 2016, le Trésor américain publiait la proposition tant attendue de règlements relatifs à l'article 2704 du Code apportant d'amples et très importantes modifications à l'évaluation des participations dans de nombreuses entités à contrôle familial, aux fins de l'application des droits successoraux, de l'impôt sur les dons et de l'impôt sur les transferts qui sautent une génération (ci-après *impôts de transfert*) aux États-Unis. Les fiscalistes américains espéraient cette proposition depuis 2003, année depuis laquelle le projet est annuellement évoqué dans l'« *IRS Priority Guidance Plan* ». Aucune date précise d'entrée en vigueur des règlements proposés n'a encore été fixée.

Le Congrès a édicté l'article 2704 en 1990, afin de limiter les décotes opérées dans l'évaluation aux fins de l'impôt sur les dons et des droits successoraux applicables aux transferts de participations au sein de la famille, dans les sociétés familiales et les sociétés à actionnariat restreint, ainsi que les sociétés de personnes. En vertu du paragraphe a) de l'article 2704, si un particulier et sa famille détiennent le contrôle des voix ou le pouvoir de liquidation d'une société ou d'une société de personnes, l'échéance d'un droit de vote ou de liquidation est imposable au même titre qu'un transfert assujéti à l'impôt sur les dons ou aux droits successoraux. L'alinéa 2704b)(4) confère au Trésor américain le pouvoir d'établir des règlements qui, dans le même esprit, font abstraction des autres restrictions relatives à la détermination de la valeur d'une participation dans une société ou une société de personnes transférée à un membre de la famille de l'auteur du transfert, si ces restrictions ont pour effet de réduire la valeur de la participation transférée aux fins des impôts de transfert, sans toutefois la réduire pour le bénéficiaire du transfert.

En vertu de la loi actuellement en vigueur, un contribuable peut appliquer une décote à la valeur des participations dans une entreprise à actionnariat restreint qu'il transfère à des membres de sa famille (généralement ses enfants et ses petits-enfants). En général, le bénéficiaire du transfert reçoit une participation minoritaire (moins de 50 pour cent) sans droit de vote, et son pouvoir de disposer de cette participation est restreint (le plus souvent par des restrictions applicables au transfert contenues dans les documents relatifs à la gouvernance de l'entreprise). Ces décotes de minoritaire et d'illiquidité, qui peuvent entraîner une réduction de la valeur de la participation transférée atteignant parfois 40 pour cent, visent à refléter la réalité économique suivante : un acheteur sans lien de dépendance ne paierait pas 10 000 \$ une participation de 10 pour cent dans une entreprise familiale de 100 000 \$, étant donné qu'à

titre de détenteur de participation minoritaire, l'acheteur 1) ne peut exercer de contrôle décisionnel dans l'entreprise et 2) ne peut, par ailleurs, vendre ou liquider facilement sa participation dans l'entreprise, compte tenu des restrictions auxquelles sont assujéti le transfert et la liquidation et du marché étroit de la vente de participations dans des entreprises à actionnariat restreint.

La proposition de règlements limite les exceptions réglementaires existantes applicables aux impôts de transfert au moment où vient à échéance une restriction applicable au droit de vote ou au pouvoir de liquidation. Les règlements proposés ont aussi pour conséquence de restreindre encore davantage les décotes de la valeur des participations transférées entre membres d'une famille, qu'il s'agisse de participations dans des sociétés à contrôle familial, des sociétés de personnes, des sociétés à responsabilité limitée ou autres entités ou ententes commerciales, tant nationales qu'étrangères. Les règlements proposés ont plus précisément les conséquences suivantes :

- ils prévoient que l'échéance des droits de vote et des pouvoirs de liquidation relativement au transfert de participations dans une entité à contrôle familial réalisé dans les trois ans qui suivent le décès sera imposable au même titre qu'un transfert supplémentaire (les décotes reflétant l'absence de contrôle et la participation minoritaire qui sont habituellement opérées dans ce type de transfert se trouvent donc considérablement limitées, voire éliminées);
- ils ne permettent pas aux détenteurs de participations qui ne sont pas membres de la famille de faire obstacle au retrait des restrictions visées, à moins que les participations de ces détenteurs ne leur aient appartenu pendant plus de trois ans, qu'ils ne possèdent une participation importante dans l'entité et qu'ils n'aient droit, moyennant six mois d'avis, à ce que leur participation soit achetée ou rachetée en contrepartie d'espèces ou de biens;
- ils ne tiennent pas compte des restrictions relatives à la liquidation qui ne sont pas imposées par la loi fédérale ou celle des États dans la détermination de la JVM des participations transférées; et
- ils clarifient la description des entités visées qui incluent désormais les sociétés à responsabilité limitée et les autres entités et ententes commerciales, en plus des sociétés et des sociétés de personnes.

Les fiscalistes américains se sont longuement demandé si les règlements proposés viseraient uniquement les entités à actionnariat restreint détenant des investissements passifs ou si les entreprises industrielles ou commerciales exploitées activement seraient également touchées. Les règlements proposés, dans leur état actuel, s'appliquent uniformément aux deux types d'entités.

La planification est toujours possible, car les règlements proposés ne sont pas encore en vigueur. Ils sont peut-être des indicateurs utiles de la position du Trésor américain et de l'interprétation de la loi, mais ils ne sont pas contraignants, de façon générale, ni pour le Trésor ni pour les contribuables. Nous en sommes actuellement au milieu d'une période d'appel à commentaires de 90 jours pendant laquelle les parties intéressées sont invitées à formuler par écrit leurs observations au sujet des règlements proposés; une audience publique est au programme le 1^{er} décembre 2016. La version définitive des règlements, si ces derniers sont adoptés, pourrait s'éloigner sensiblement de celle des règlements proposés, et ces dispositions n'entreront en vigueur au plus tôt qu'à la date de publication de la décision du Trésor d'adopter cette version définitive. Même pour des projets moins controversés, le processus de mise au point de règlements exige habituellement plusieurs années. Certains observateurs sont toutefois d'avis que l'IRS pourrait traiter ce projet en priorité et estiment donc que les règlements pourraient entrer en vigueur au milieu de 2017.

Les républicains membres du Congrès ont déjà proposé trois projets de loi réclamant le retrait effectif des règlements par le Trésor américain. Le dernier de ces projets de loi, déposé le 29 septembre 2016 par les sénateurs Marco Rubio, Jerry Moran et Jeff Flake, met en relief les obstacles qu'opposent ces règlements au transfert efficace de la propriété des entreprises familiales et agricoles à la génération suivante.

Des règlements définitifs semblables aux règlements proposés entraîneraient la disparition d'une importante technique de planification successorale et augmenteraient en conséquence le coût fiscal du transfert des participations dans les entités familiales. Non seulement les décotes reflétant l'absence de contrôle seraient-elles affectées au détriment des contribuables, mais les coûts de l'évaluation nécessaire au respect des exigences réglementaires augmenteraient assurément de beaucoup.

Leslie R. Kellogg
Hodgson Russ LLP, Buffalo

Les sociétés de personnes et le MCAPT lors d'une acquisition de contrôle

Les règles relatives au montant comptabilisé ajusté pour la période tampon (MCAPT) peuvent produire des résultats intéressants lors d'une acquisition de contrôle d'un associé qui est une société. Lors de la vente des actions d'une société fermée, l'acheteur et le vendeur conviennent souvent que le vendeur assume le coût des impôts antérieurs à l'acquisition du contrôle — un partage des responsabilités qui montre

qu'il est nécessaire de connaître le moment où une somme est incluse au titre du revenu provenant d'une société de personnes. Si la société possède une participation dans une société de personnes, celle-ci n'a pas de fin d'année réputée lors de l'acquisition du contrôle, mais le revenu imposable de la société peut être ajusté conformément à l'article 34.2.

On suppose que la Société de personnes AB comprend un commanditaire (Société A) dont la filiale en propriété exclusive (Société B) est le commandité. Les actions de la Société A sont acquises par un tiers. En supposant qu'aucune exception mentionnée au paragraphe 256(7) ne s'applique, il y a acquisition du contrôle de la Société A et de la Société B du fait de l'acquisition du contrôle de droit de la Société A. L'acquisition du contrôle peut entraîner notamment, pour la Société A et la Société B, une fin d'année réputée immédiatement avant l'acquisition du contrôle et le début d'une nouvelle année d'imposition au moment de l'acquisition du contrôle; des pertes cumulées constatées à l'égard des biens en immobilisation non amortissables, des biens en immobilisation amortissables, des biens en immobilisation admissibles, des créances douteuses et des stocks; des restrictions à l'égard de l'utilisation future des pertes de la Société A et de la Société B. Cependant, les règles relatives à l'acquisition du contrôle ne s'appliquent pas aux sociétés de personnes et, en conséquence, l'exercice financier d'une société de personnes n'est pas réputé se terminer lorsque s'effectue l'acquisition du contrôle d'un associé qui est une société.

Que se passe-t-il si la société de personnes et un associé qui est une société ont un exercice financier et des années d'imposition différents, respectivement? On suppose que la fin d'année de la Société A est le 31 décembre, que la fin d'exercice de la société de personnes est le 31 janvier et que l'acquisition du contrôle de la Société A a lieu le 1^{er} avril 2016 (ce qui crée une fin d'année réputée au 31 mars 2016). S'il n'y a pas eu d'acquisition du contrôle, le paragraphe 34.2(2) exige que la Société A inclue un MCAPT dans le calcul de son revenu; par conséquent, pour l'année d'imposition de la Société A qui va du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016, celle-ci inclurait dans son revenu :

- sa part du revenu de la Société de personnes AB pour l'exercice financier se terminant le 31 janvier 2016; plus
- un ajustement au titre du MCAPT pour la période de 11 mois de la Société de personnes AB, soit du 1^{er} février 2016 au 31 décembre 2016; moins
- le MCAPT inclus dans le revenu de l'année précédente selon le paragraphe 34.2(4).

Le paragraphe 34.2(2) s'applique si la société n'est pas une société professionnelle et si a) elle a une participation importante dans la société de personnes à la fin du dernier exercice de celle-ci se terminant dans l'année; b) un autre exercice de la société de personnes commence dans l'année

et se termine après la fin de l'année; et c) à la fin de l'année, la Société A droit à une part du revenu, de la perte, du gain en capital imposable ou de la perte en capital déductible de la société de personnes pour l'exercice visé à l'alinéa b).

Cependant, dans l'exemple, on suppose qu'une acquisition du contrôle a eu lieu et qu'il y a eu une fin d'année réputée au 31 mars 2016. La Société A inclut dans son revenu :

- sa part du revenu de la Société de personnes AB pour l'exercice se terminant le 31 janvier 2016; plus
- un ajustement au titre du MCAPT pour la période de deux mois de la Société de personnes AB, soit du 1^{er} février 2016 au 31 mars 2016; moins
- le MCAPT inclus dans le revenu de l'année précédente (pour l'année d'imposition de la Société A se terminant le 31 décembre 2015 et qui couvre la période tampon de la Société de personnes AB, soit du 1^{er} février 2015 au 31 décembre 2015).

Il est nécessaire d'inclure un MCAPT dans le revenu car la Société de personnes AB a un exercice financier qui commence dans l'année d'imposition de la Société A (1^{er} février 2016) et se termine après la fin de l'année d'imposition (31 janvier 2017).

On suppose que Société A choisit ensuite pour la période postérieure à l'acquisition du contrôle une fin d'année au 31 décembre 2016 : il n'y a pas de part du revenu de la Société de personnes AB pour la période du 1^{er} avril 2016 au 31 décembre 2016. Selon l'alinéa 34.2(2)a), la Société A a toujours une participation importante dans la Société de personnes AB, mais selon l'alinéa 34.2(2)b), l'exercice de la société de personnes doit commencer dans l'année et se terminer après la fin de l'année. L'exercice de la Société de personnes AB va du 1^{er} février 2016 au 31 janvier 2017 et l'année d'imposition de la Société A va du 1^{er} avril 2016 au 31 décembre 2016. Ainsi, aucun exercice de la société de personnes ne commence dans l'année d'imposition de la Société A, et la Société A n'inclut donc aucune part du revenu de la Société de personnes AB dans son année d'imposition se terminant le 31 décembre 2016. (Cette position a été confirmée dans l'interprétation technique 2014-0539191E5 de l'ARC, datée du 4 novembre 2014, dans le contexte d'une année d'imposition plus courte qui prend fin avec une fusion.) Cependant, l'ajustement au titre du MCAPT inclus dans le revenu de la Société A pour la période tampon du 1^{er} février 2016 au 31 mars 2016 est ensuite déduit dans le calcul du revenu de la Société A pour son année d'imposition qui va du 1^{er} avril au 31 décembre 2016. La part du revenu de la Société de personnes AB revenant à la Société A pour l'exercice qui va du 1^{er} février 2016 au 31 janvier 2017 est incluse dans le revenu de la Société A de l'année suivante (son année d'imposition 2017).

On suppose que la part du revenu de la Société de personnes AB revenant à la Société A est de 1 200 \$ pour les exercices se terminant les 31 janvier 2015 et 2016, et de 1 500 \$ pour l'exercice se terminant le 31 janvier 2017. Les chiffres qui suivent montrent la part approximative du revenu de la Société de personnes AB qui revient à la Société A pour les années civiles 2016 et 2017.

Part du revenu de la société de personnes revenant à la Société A pour les années civiles 2016 et 2017

1^{er} janvier 2016 au 31 mars 2016	
Part du revenu de la société de personnes (1 ^{er} février 2015 au 31 janvier 2016)	1 200
MCAPT inclus (1 ^{er} février 2016 au 31 mars 2016)	200
MCAPT déduit (1 ^{er} février 2015 au 31 décembre 2015)	-1 100
	<u>300</u>
1^{er} avril 2016 au 31 décembre 2016	
Part du revenu de la société de personnes	—
MCAPT inclus	—
MCAPT déduit (1 ^{er} février 2016 au 31 mars 2016)	-200
	<u>-200</u>
1^{er} janvier 2017 au 31 décembre 2017	
Part du revenu de la société de personnes (1 ^{er} février 2016 au 31 janvier 2017)	1 500
MCAPT inclus (1 ^{er} février 2017 au 31 décembre 2017)	1 375
MCAPT déduit	—
	<u>2 875</u>
Revenu total pour la période du 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2017	<u>2 975</u>

Dans l'exemple qui précède, le revenu de la Société A pour la période du 1^{er} février 2016 au 31 mars 2016 de la société de personnes (la période tampon avant l'acquisition du contrôle) est fondé sur le revenu de la Société de personnes AB de la période précédente — qui peut être inférieur au revenu réel de la société de personnes pour la période tampon. En outre, l'exemple montre que nonobstant les règles relatives au MCAPT, il se peut que certaines périodes tampon ne comprennent pas de part du revenu de la société de personnes : dans le cas présent, aucune somme n'est incluse au titre du revenu provenant de la société de personnes pour la période tampon qui suit l'acquisition du contrôle; cependant, dans une autre situation, c'est la période tampon qui précède l'acquisition du contrôle qui pourrait ne pas comprendre de somme à inclure au titre du revenu provenant de la société de personnes. Ainsi, dans l'exemple qui précède, si l'acquisition du contrôle était survenue en janvier 2016, il n'y aurait pas eu de somme à inclure au titre du revenu provenant de la société de personnes pour la période tampon antérieure à l'acquisition du contrôle. Par conséquent, lors d'une opération de vente dans le cadre de

laquelle une partie est responsable du passif fiscal antérieur à l'acquisition du contrôle et une autre partie est responsable du passif fiscal postérieur à l'acquisition du contrôle, il peut être nécessaire de tenir compte du montant du revenu de la société de personnes imposé dans la période antérieure à l'acquisition du contrôle par rapport au montant imposé dans la période postérieure à l'acquisition du contrôle.

Janette Pantry et Robyn Campbell
Ernst & Young LLP, Vancouver

Droits successoraux américains : Sociétés de personnes investissant dans le secteur immobilier aux États-Unis

Le choix d'une structure d'investissement dans le secteur immobilier aux États-Unis devrait comporter une évaluation de l'incidence de cette structure sur les droits successoraux américains. Les répercussions du choix relatif à la classification de l'entité (moyennant le choix de la case appropriée (*check-the-box*)) sur les biens immobiliers américains présentent un intérêt particulier. Le cas des sociétés de personnes à paliers multiples peut également être étudié.

Les sociétés de personnes ne sont pas assujetties à l'impôt canadien, mais le revenu imposable de ces sociétés est établi comme s'il s'agissait de contribuables et attribué ensuite proportionnellement à leurs associés. Ces derniers sont assujettis à l'impôt relativement à leur quote-part du revenu de la société de personnes et des gains tirés des placements de cette société, et ils doivent produire à la fois une déclaration canadienne et une déclaration américaine pour faire état de ce revenu. Une société de personnes canadienne (au sens de la Loi) peut également être admissible à un transfert de biens en franchise d'impôt des associés à la société de personnes et à un transfert en franchise d'impôt lors de la dissolution (si les conditions applicables à une distribution proportionnelle des participations indivises sont respectées).

Une société de personnes est utile aux placements immobiliers américains, qu'il s'agisse de placements dans des biens immobiliers ou de placements dans d'autres sociétés de personnes propriétaires de biens immobiliers. (Nous ne tiendrons pas compte ici des sociétés de personnes investissant dans des sociétés à responsabilité limitée [SRL] américaines qui, elles, possèdent des biens immobiliers.) L'une des principales raisons de privilégier un véhicule comme celui de la société de personnes est qu'il donne droit au taux avantageux de 20 pour cent applicable aux gains en capital américains d'un particulier, à long terme, et à la limitation de la responsabilité (à condition que la société de

personnes soit une société en commandite et non une société en nom collectif).

Une société en commandite dote également l'entreprise des objectifs qui lui sont nécessaires pour exercer le choix lui permettant d'être traitée comme une société. Tout associé étranger est assujetti à la retenue à la source de l'impôt américain sur le revenu imposable directement rattaché et attribuable, mais il peut bénéficier d'un crédit canadien pour impôt étranger.

Les droits successoraux américains peuvent s'appliquer tant à un résident qu'à un citoyen des États-Unis; si le contribuable décédé n'était pas un ressortissant des États-Unis ou un étranger résidant aux États-Unis, les droits successoraux américains portent uniquement sur les actifs situés aux États-Unis. Ces actifs englobent les participations dans des biens immobiliers, les actions d'une Société Américaine et les biens corporels situés aux États-Unis; les actions d'une société étrangère ne comptent pas au nombre des biens situés aux États-Unis. L'assimilation d'une participation dans une société de personnes à un bien situé aux États-Unis n'est pas claire; les indications techniques de l'IRS à ce sujet sont peu convaincantes et périmées. Toutefois, une société de personnes qui choisit (en cochant la case appropriée) d'être traitée comme une société non résidente devrait être exonérée des droits successoraux américains.

Le choix de la case appropriée a essentiellement pour conséquence de faire d'une entité une entité distincte. Seules les entités admissibles peuvent exercer ce choix. Le paragraphe 301-7701-2b) du règlement du Trésor contient la liste des entités non admissibles (ou des sociétés en tant que telles) qui sont traitées comme des sociétés et ne peuvent donc pas exercer ce choix. En revanche, une société de personnes canadienne ou une société à responsabilité illimitée peut cocher la case et choisir d'être traitée comme une société aux fins fiscales américaines.

Le choix de la case appropriée ne peut être exercé que par une entité commerciale. Une société de personnes qui possède des biens immobiliers américains exclusivement pour usage personnel n'a pas le statut d'entité commerciale : l'utilisation de la société de personnes pour la détention de placements multiples ou pour d'autres entreprises commerciales peut être prise en compte, bien que les créanciers puissent avoir accès aux placements immobiliers de ces autres entreprises.

Étant donné l'incertitude entourant le statut d'une participation dans une société de personnes aux fins des droits successoraux américains, le choix de la case appropriée est important pour la planification des droits successoraux lorsque les biens américains sont détenus par l'intermédiaire d'une société de personnes. La société de personnes à l'égard de laquelle est exercé ce choix est traitée comme une participation dans une société étrangère et n'est pas un bien

situé aux États-Unis aux fins des droits successoraux américains. Cela signifie toutefois aussi que les biens immobiliers américains sont détenus par une société étrangère à compter de la date du choix : l'entité est donc imposée sur les gains qu'elle tire du bien au taux plus élevé qui s'applique aux gains en capital d'une société. Il s'ensuit que le fait d'échapper à l'application des droits successoraux américains entraîne la perte d'une économie fiscale.

Le dilemme entre l'impôt sur le revenu et les droits successoraux américains a longtemps préoccupé les planificateurs fiscaux. D'une part, le recours à la société de personnes (société en commandite) limite la responsabilité et préserve donc le taux d'imposition avantageux à long terme qui s'applique aux gains en capital. D'autre part, le recours à la société de personnes ne permet pas d'éviter l'application des droits successoraux américains; le choix de la case appropriée permet de l'éviter, mais les gains en capital de la société de personnes — désormais traitée comme une société — sont alors assujettis à un taux d'imposition supérieur. La situation réclame une planification plus poussée.

Une mesure de planification souvent négligée consiste à prendre en compte les passifs potentiels d'impôt sur le revenu et de droits successoraux. Si l'on prévoit que les droits successoraux à payer ne seront pas importants, la société de personnes ne devrait pas, dans l'idéal, exercer le choix d'être traitée comme une société. Toutefois, s'il est prévu que le gain tiré du bien sera modeste ou que les droits successoraux à payer risquent d'être élevés, l'exercice de ce choix est souhaitable. Il peut néanmoins être impossible de prévoir plusieurs années à l'avance l'étendue d'obligations fiscales, ce qui fait que le moment du choix lui-même peut devenir pertinent dans cette décision.

Le choix de la case appropriée immédiatement après la formation de la société de personnes n'est pas différent du recours, dès le départ, à une SRL canadienne qui détiendra le bien immobilier américain. Un choix immédiat ne présente donc pas d'avantage. En revanche, le choix futur de la case appropriée peut déclencher un impôt sur les gains en capital résultant de la cession réputée du bien d'une société de personnes en faveur d'une société. L'obtention d'un taux d'imposition moins élevé applicable aux gains en capital est avantageuse, ce qui est aussi le cas de la planification en vue d'éviter les droits successoraux, mais le moment où est exercé le choix peut faire en sorte que l'impôt auquel sont assujettis les gains en capital soit payé trop tôt avant le décès de l'investisseur. De plus, un problème de concordance dans le temps peut survenir entre le moment de la constatation de l'obligation aux fins fiscales américaines et canadiennes, le Canada ne considérant pas que l'exercice du choix déclenche une disposition réputée.

Un choix exercé immédiatement après le décès de l'associé — ce choix pouvant s'appliquer rétroactivement

75 jours avant le décès — permet aux exécuteurs et aux planificateurs fiscaux de calculer les droits successoraux et l'impôt sur les gains en capital applicables par ailleurs. Il n'est pas certain qu'un tel choix soit valide, même si la jurisprudence révèle qu'un choix rétroactif a été accepté à titre de mesure de planification fiscale dans d'autres contextes. Un choix rétroactif pour une société de personnes qui détient des biens immeubles aux États-Unis peut être la solution la plus efficace et flexible du point de vue de la planification, mais la possibilité (peut-être éloignée) d'une contestation du choix de la part de l'IRS existe toujours.

Une stratégie de rechange, trop peu utilisée, est le don de participations dans des sociétés de personnes immédiatement avant le décès, à plusieurs membres de la famille dans le but de réduire davantage les droits successoraux. Une participation dans une société de personnes est un bien incorporel qui, s'il fait l'objet d'un don effectué par un étranger non résident, ne devrait pas être assujetti à l'impôt américain sur les dons.

Une société étrangère et une société de personnes étrangère sont l'une comme l'autre assujetties aux retenues à la source de l'impôt américain. Ainsi, les associés étrangers d'une société de personnes (américaine ou étrangère) peuvent être assujettis, en vertu de l'article 1446 du Code, aux retenues d'impôt sur le revenu imposable directement rattaché de la société de personnes qui leur est attribuable. Chaque associé doit produire sa propre déclaration fiscale américaine.

Les questions que soulève le respect des exigences fiscales américaines peuvent être simplifiées grâce à l'utilisation d'une société de personnes à paliers multiples dans laquelle la société de personnes du palier inférieur est une société en commandite américaine dont l'associé commanditaire est une société en commandite canadienne ayant ses propres associés. (Le recours à une telle société de personnes à paliers multiples n'a pas d'incidence sur les préoccupations ou les résultats évoqués ci-dessus.) La société en commandite canadienne peut exercer le choix de la case appropriée et être ainsi traitée comme une société. Cette structure est avantageuse : une société en commandite américaine 1) assure une plus grande souplesse dans le choix d'un territoire offrant la limitation de la responsabilité la plus étendue, 2) assure le choix d'un territoire autorisant l'objet commercial de la société en commandite et 3) rassure davantage les associés potentiels du fait qu'il s'agit d'une entité nationale. Les sociétés en commandite canadiennes peuvent toujours se prévaloir du régime du choix de la case appropriée. La simplicité du respect des exigences en matière de conformité est maximisée du fait que les déclarations fiscales sont produites uniquement par la société en commandite canadienne : les associés individuels (et multiples) n'ont pas à produire de déclaration aux États-Unis. La société de personnes canadienne devrait

également avoir droit à un crédit pour impôt étranger au Canada relativement à toute retenue d'impôt à la source sur le revenu imposable directement rattaché, en vertu de l'article 1446 du Code.

Ron Choudhury

Miller Thomson LLP, Toronto

T1135 : Déclaration obligatoire de montant reçu en vertu d'un régime de retraite non résident

Dans une récente interprétation technique (TI 2015-0595461E5, 12 avril 2016), l'ARC indique qu'un particulier qui réside au Canada qui détient une participation dans une fiducie de fonds de retraite non résidente doit déclarer le coût indiqué de la participation sur le formulaire T1135 (« Bilan de vérification du revenu étranger »). Selon l'ARC, le coût indiqué correspond au montant que le particulier a légalement le droit de recevoir du régime, même s'il sera reçu à une date future. L'ARC souligne également que s'il n'est pas possible de déterminer le coût indiqué, le contribuable doit en faire une « estimation raisonnable ».

L'ARC fournit également un résumé technique de la raison pour laquelle la participation dans la fiducie de fonds de retraite non résidente (dans ce cas une caisse de retraite australienne) n'est pas exclue de la définition de bien étranger déterminé, ce qui entraîne la production du formulaire T1135.

En règle générale, si le coût indiqué total d'un bien étranger déterminé est supérieur à 100 000 \$ à quelque moment dans l'année, une entité canadienne déterminée doit déclarer le bien en question sur le formulaire T1135. Une « entité canadienne déterminée » comprend la plupart des contribuables qui résident au Canada et certaines sociétés de personnes. Un « bien étranger déterminé » s'entend, entre autres, d'une participation dans une fiducie non résidente selon l'alinéa d) du paragraphe 233.3(1), sauf si elle est visée par l'une des exclusions prévues, à savoir : 1) une participation dans une fiducie non résidente qui est une société étrangère affiliée (SEA) de la personne ou de la société de personnes aux fins des règles de déclaration du formulaire T1134 pour l'application de l'article 233.4 (alinéa l)); 2) une participation dans une fiducie non résidente qui n'a pas été acquise pour une contrepartie (alinéa m)); et 3) une participation dans une fiducie visée aux alinéas a) ou b) de la définition de « fiducie exonérée » au paragraphe 233.2(1) (alinéa n)).

Selon le paragraphe 233.2(1), une fiducie exonérée comprend, selon l'alinéa a), une fiducie régie par un « mécanisme de retraite étranger » et, selon l'alinéa b), une fiducie qui : i) réside dans un pays dont les lois prévoient un impôt sur le revenu; ii) est exonérée par les lois de ce pays

du paiement de l'impôt sur le revenu; iii) est établie principalement dans le cadre d'un ou plusieurs régimes ou fonds de retraite ou de pension ou de régimes ou fonds établis en vue d'assurer des prestations aux employés, ou elle a pour principal objet de gérer ou d'assurer des prestations en vertu d'un ou plusieurs de ces régimes ou fonds; et iv) est soit administrée principalement au profit de particuliers non résidents, soit régie par un régime de participation des employés aux bénéficiaires. Un « mécanisme de retraite étranger » est un IRA américain, selon la définition contenue à l'article 6803 du Règlement.

L'IT décrit la situation dans laquelle une contribuable qui est un particulier canadien (M^{me} X) est une participante à une caisse de retraite réglementée australienne dans laquelle elle verse des cotisations et qui fonctionne comme une fiducie. La caisse bénéficie d'un traitement fiscal libéral en Australie et elle est financée par des cotisations obligatoires et facultatives d'employeurs et de particuliers sur la durée de vie active de ces derniers, les fonds étant détenus jusqu'à leur retraite. Selon le traitement fiscal libéral, tous les revenus de placement sont imposés au taux de 15 pour cent, à l'exception des gains en capital, qui bénéficient d'une réduction de 33 pour cent.

Selon l'IT, la caisse en question a été classée en Australie à la fois comme un fonds de détail (« *retail fund* ») et un fonds public (« *public offer fund* »), un classement qui comprend les fiducies globales (« *master trust* ») où les caisses de retraite d'un grand nombre de particuliers ou de sociétés non rattachés sont régies par un acte fiduciaire commun unique). La participation de M^{me} X dans la caisse a été évaluée à plus de 100 000 \$ quand elle est devenue une résidente canadienne. M^{me} X n'a versé aucune cotisation depuis son déménagement au Canada et elle ne peut retirer de fonds avant d'atteindre l'âge de 60 ans.

Les principales questions posées dans l'IT sont les suivantes : 1) savoir si la caisse est considérée comme un « bien étranger déterminé » de sorte que M^{me} X sera tenue de déclarer sa participation dans celle-ci sur le formulaire T1135; et 2) dans le cas où la participation n'a pas à être déclarée, si M^{me} X doit déclarer le bien quand elle commence à recevoir des prestations de la caisse.

L'ARC conclut dans l'IT que la participation dans la caisse est considérée comme un bien étranger déterminé selon l'alinéa d) de la définition et qu'aucune des exclusions prévues ne s'applique. L'ARC suppose que la caisse est une fiducie non résidente aux fins de l'impôt canadien et qu'elle n'est pas réputée résider au Canada en vertu du paragraphe 94(3).

Selon l'ARC, aucune des exclusions pertinentes prévues aux alinéas l) à n) de la définition de « bien étranger déterminé » ne trouve application. L'ARC suppose que l'article 94.2 ne s'applique pas pour que la fiducie non résidente soit réputée être une SEA de M^{me} X aux fins des règles de déclaration des SEA à l'article 233.4. De plus, l'ARC

signale que les cotisations versées par les employés à la caisse constituent une contrepartie pour acquérir une participation dans celle-ci. En outre, l'ARC note que la caisse n'est pas visée par les alinéas a) ou b) de la définition de fiducie exonérée : elle n'est pas un « mécanisme de retraite étranger », qui n'exonère que certains IRA américains, et elle n'est pas exonérée d'impôt — elle est assujettie à l'impôt sur le revenu en Australie.

L'ARC conclut que si le coût indiqué de la participation de M^{me} X dans la caisse excède 100 000 \$, elle doit déclarer le bien sur le formulaire T1135, peu importe qu'elle retire ou non des prestations de retraite. Selon l'ARC, si la caisse est à la fois un régime de retraite et un régime de prestations aux employés, le coût indiqué de la participation correspond au montant que M^{me} X a légalement le droit de recevoir de la caisse, incluant les montants qui seront reçus dans le futur.

L'ARC ajoute que dans le cas improbable où il n'est pas possible de déterminer le coût indiqué, un contribuable doit faire une estimation et être prêt à en démontrer le caractère raisonnable à l'ARC.

Georgina Tollstam
KPMG LLP, Toronto

Prestation d'un service financier

Dans *Rojas* (2016 TCC 177), la CCI a conclu que les services hypothécaires de la contribuable étaient exonérés de la TVH à titre de services financiers en vertu du paragraphe 123(1) de la LTA et non taxables à titre de services administratifs fournis à une maison de courtage.

La contribuable était un agent d'immeuble et elle aidait aussi des clients à obtenir des prêts hypothécaires pour les propriétés qu'ils voulaient acheter. Comme elle fournissait des services hypothécaires, l'Ontario avait exigé d'elle qu'elle détienne un permis de courtier en hypothèques et qu'elle soit aussi enregistrée sous le titre général d'entreprise de courtage hypothécaire.

Dans son travail en matière hypothécaire, la contribuable déterminait les besoins d'emprunt de son client, recevait la demande écrite d'emprunt hypothécaire de celui-ci, utilisait un programme informatique en ligne offert uniquement aux courtiers en hypothèques pour établir l'admissibilité du client et trouver des prêteurs disponibles, expliquait au client les produits hypothécaires disponibles et travaillait avec sa maison de courtage pour obtenir un engagement de la part du prêteur choisi; elle recevait 75 pour cent de la commission payée par le prêteur (le solde revenant à la maison de courtage) et traitait tout problème subséquent entre le client et le prêteur.

Dans sa nouvelle cotisation, le ministre disait que les services hypothécaires offerts par la contribuable étaient de la nature d'un service administratif, principalement la

collecte de renseignements pour une entreprise de courtage hypothécaire; les commissions qu'elle recevait à cet égard n'étaient donc pas exonérées de la TVH. En appel, la contribuable faisait valoir que ses services consistaient à prendre les mesures en vue d'un prêt d'argent et qu'ils étaient donc exonérés à titre de service financier en vertu de l'alinéa 123(1) de la définition de « service financier ».

Dans la définition de « service financier » au paragraphe 123(1), les alinéas a) à t) se classent en deux catégories : les alinéas a) à m) décrivent les fournitures admissibles à titre de service financier, et les alinéas n) à t), les fournitures qui sont exclues de la définition. L'alinéa r.4) exclut de la définition de « service financier » une fourniture qui est un service administratif qui est rendu en préparation de la prestation d'un service financier ou conjointement avec un tel service.

La jurisprudence sur la définition de « service financier » a établi un critère en deux étapes pour évaluer si une fourniture est un service financier : premièrement, déterminer la nature essentielle de la fourniture (*Great West, compagnie d'assurance vie*, 2015 CCI 225) et deuxièmement, déterminer quel alinéa de la définition décrit le mieux la fourniture.

En l'espèce, la CCI a conclu que la contribuable : 1) effectuait une fourniture unique et facilitait tout le processus de prêt (la Cour a relevé que la contribuable était un courtier immobilier agréé); 2) déterminait la capacité d'emprunt de chaque client concerné; 3) identifiait les prêteurs et leurs conditions; 4) prenait des mesures pour obtenir des engagements de prêt de la part des prêteurs; et 5) terminait le processus de prêt en obtenant les formulaires applicables de l'emprunteur et en les remettant au prêteur.

La Cour s'est prononcée en faveur de la contribuable parce qu'un service administratif n'est exclu de la définition de « service financier » que s'il est effectué en préparation de la prestation d'un service financier ou conjointement avec un tel service. Qui plus est, ce service administratif doit être rendu séparément d'un service financier. La contribuable effectuait ce que la Cour a appelé une fourniture unique et ses services ne pouvaient donc pas être qualifiés de services simplement effectués en préparation de prêt d'argent ou conjointement avec celui-ci. L'exclusion prévue à l'alinéa r.4) ne trouvait donc pas application. La Cour a insisté sur le fait que cette conclusion était compatible avec celle formulée dans *Global Cash Access (Canada) Inc.* (2013 CAF 269), selon laquelle l'exclusion d'un service administratif en vertu de l'alinéa r.4) ne s'appliquait pas à une fourniture unique d'un service financier au sens de l'alinéa g).

L'arrêt *Rojas* souligne le point de vue de la Cour selon lequel une fourniture mixte « comprend un certain nombre d'éléments constitutifs dont certains, s'ils étaient fournis séparément, seraient taxés et d'autres pas » (*Great West, compagnie d'assurance vie*, 2015 CCI 225). Ainsi, les éléments

non essentiels de la fourniture, ses parties subordonnées ou connexes, sont ignorés aux fins de déterminer si la fourniture constitue un service financier.

L'arrêt *Rojas* porte aussi sur la définition de « service financier », qui contient des alinéas inclusifs et exclusifs. À la lumière de la jurisprudence, on y interprète le critère implicite contenu dans la définition comme exigeant une analyse de l'essence et de la substance de la fourniture pour en déterminer la nature essentielle, suivie d'une évaluation des alinéas a) à t) qui décrivent le mieux la fourniture. On comprend que la définition ne comporte pas une étape d'inclusion suivie d'une étape d'exclusion, mais plutôt que c'est la nature essentielle de la fourniture qui en détermine l'inclusion ou l'exclusion.

L'arrêt *Rojas* traite également du lien entre l'alinéa l) inclusif, qui décrit un service financier comme étant le fait de prendre les mesures en vue d'effectuer un service décrit aux alinéas a) à k), et l'alinéa r.4) exclusif qui exclut un service qui est effectué en préparation de la prestation d'un service décrit aux alinéas a) à m) ou conjointement avec un tel service. Toutefois, la législation n'explique pas comment le fait « de prendre les mesures en vue d'effectuer » décrit à l'alinéa l) est visé ou non par l'exclusion prévue à l'alinéa r.4) d'un service qui est effectué en préparation de la prestation d'un service financier ou conjointement avec un tel service.

Kathryn Walker

Millar Kreklewetz LLP, Toronto

Propositions de septembre 2016 sur les SEA

L'avant-projet de loi du 16 septembre 2016 contient plusieurs propositions sur les SEA qui sont des allègements et qui, pour l'essentiel, codifient les lettres d'intention du ministère des Finances ou les positions administratives de l'ARC. Cet article traite des principaux changements proposés.

Prêts en amont. Les nouveaux paragraphes 90(6.1) et (6.11) prévoient une règle de continuité pour certains prêts en amont, afin d'empêcher les inclusions multiples dans le revenu en vertu du paragraphe 90(6) ou le rejet d'une déduction en vertu du paragraphe 90(9) ou (14). La nouvelle règle s'applique si un montant à recevoir ou à payer sur un prêt est cédé à une entité différente ou assumé par celle-ci en raison d'une fusion, d'une unification, d'une liquidation ou d'une liquidation et dissolution à laquelle participe le créancier ou le débiteur. Par exemple, si le créancier d'une SEA fusionne ou est liquidé en faveur d'une autre SEA ou le débiteur d'une Scan fusionne ou est liquidé en faveur d'une autre Scan, le nouveau créancier ou débiteur est réputé être la continuation de l'ancien créancier ou débiteur aux fins des règles sur les prêts en amont. L'IT 2013-0499121E5 (14 novembre 2013) portait sur la liquidation ou la fusion

d'une SEA en faveur d'une autre et pour laquelle l'ARC a appliqué le paragraphe 248(28) pour empêcher une double inclusion dans le revenu (voir *Faits saillants en fiscalité canadienne*, « Prêts en amont : mise à jour de l'ARC », décembre 2013).

La nouvelle règle s'applique également à une situation dans laquelle un contribuable qui est assujéti à une inclusion prévue au paragraphe 90(6) cesse d'exister ou fusionne avec une ou plusieurs sociétés pour former une nouvelle société. Par exemple, supposons que Scan 1 détient Scan 2 en propriété exclusive, qui elle détient une SEA en propriété exclusive, et qu'un prêt en amont de la SEA à Scan 1 est inclus dans le revenu de Scan 2 : en vertu du paragraphe 90(9), il n'y a pas de déduction possible pour l'inclusion. En vertu de la loi actuelle, si Scan 2 est liquidée ou fusionnée en faveur de Scan 1, aucune déduction n'est disponible à Scan 1 en vertu du paragraphe 90(14) lorsque le prêt est par la suite remboursé.

On ne sait pas pourquoi le ministère des Finances n'a pas étendu la règle de continuité à d'autres opérations courantes dans lesquelles un prêt à recevoir est cédé à une autre SEA par l'intermédiaire, par exemple, d'une vente ou d'une distribution en nature. En l'absence d'une modification législative et de position administrative de l'ARC, un contribuable ne peut que compter sur une novation juridique lorsque le transfert d'une dette donne lieu à un remboursement. La novation peut provoquer un problème de fiscalité étrangère et le contribuable doit, quoi qu'il en soit, se défendre contre l'argument que le remboursement est considéré comme faisant partie d'une série de prêts ou d'autres opérations et remboursements.

La nouvelle règle s'applique aux opérations effectuées à compter du 16 septembre 2016; elle peut s'appliquer à partir du 20 août 2011 si un choix est produit avant 2017. Un contribuable qui s'est fondé sur la position administrative de l'ARC dans l'IT 2013-0499121E5 devrait envisager de produire le choix pour éviter d'avoir affaire à un vérificateur peu réceptif.

REATB de la période tampon. Les règles proposées de juillet 2013 aux paragraphes 91(1.1) à (1.2) sont remplacées par les nouveaux paragraphes 91(1.1) à (1.5). Les propositions reformulées corrigent de nombreuses lacunes relevées dans les propositions précédentes. Le nouveau projet utilise encore le pourcentage de droit au surplus (PDS) comme facteur déterminant pour mesurer la dilution d'un contribuable lorsque la SEAC du contribuable engendre une fin d'année tampon. Des exceptions sont possibles pour certaines opérations de groupe — par exemple 1) si la baisse du PDS d'un contribuable est compensée par une hausse du PDS pour des Scan avec lien de dépendance, 2) si la baisse du PDS découle d'une fusion de Scans, ou 3) si le total de toutes les baisses du PDS du contribuable moins le total de toutes les hausses du PDS découlant des acquisitions sans

lien de dépendance pendant une année donnée est inférieur à 5 pour cent.

Si les exceptions ne s'appliquent pas, la SEAC a une fin d'année tampon réputée relativement au contribuable ou à une société ou société de personnes rattachée au contribuable. Une société est rattachée si elle a un lien de dépendance avec le contribuable; une société de personnes est rattachée au contribuable si elle ou une société avec lien de dépendance est directement ou indirectement un associé de la société de personnes. Cette règle empêche le REATB de la période tampon d'être inclus dans le revenu d'une personne rattachée dont le PDS dans la SEAC a augmenté. Pour un contribuable non rattaché (y compris les personnes sans lien de dépendance) dont le PDS a augmenté et dont la SEAC était une SEA avant le changement au PDS, il est possible de faire un choix prévu au paragraphe 91(1.5) proposé afin que la SEAC soit réputée avoir une fin d'année tampon.

Puisque la fin d'année réputée n'est possible que pour les sociétés ou sociétés de personnes rattachées, la double inclusion dans le revenu peut encore se produire dans certains cas. Supposons qu'une Scan dispose d'une SEAC en faveur d'un particulier canadien avec lien de dépendance qui ne détient pas la SEAC avant le transfert, mais qui la détient toujours à la fin de sa fin d'année normale. Dans ce cas, le REATB de la période tampon est inclus deux fois : dans les mains de la Scan et du particulier. Des anomalies semblables surviennent si l'auteur du transfert est un autre particulier plutôt qu'une Scan, ou si le bénéficiaire du transfert est une fiducie, ou si une société de personnes ayant des associés qui ne sont pas des sociétés est concernée.

Le projet de règles sur la période tampon est en vigueur au 12 juillet 2013.

Melanie Huynh

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

Paul Barnicke

Toronto

Conseils fiscaux de fin d'année pour les propriétaires exploitants — Partie 1

Un propriétaire exploitant devrait commencer à réfléchir à ses stratégies de rémunération de fin d'année. Les points suivants portent sur la composition optimale de la rémunération sous forme de salaire/dividende.

- Déterminer la composition optimale de la rémunération sous forme de salaire/dividende pour le propriétaire exploitant et les membres de sa famille pour minimiser l'impôt global. Tenir compte de leurs taux marginaux d'imposition, du taux d'imposition de la société, de

l'impôt-santé provincial et/ou des cotisations sociales, des droits de cotisation à un REER (un revenu gagné de 144 500 \$ en 2016 est nécessaire pour maximiser la cotisation à un REER en 2017), des cotisations au RPC/RRQ et des autres déductions et crédits (comme les dons et les frais de garde d'enfants). Si un propriétaire exploitant reçoit des dividendes (particulièrement des dividendes déterminés), le risque d'assujettissement à l'impôt minimum de remplacement (IMR) peut augmenter.

- Établir la déductibilité des salaires et des gratifications en s'assurant qu'ils sont raisonnables et qu'ils ont été payés à la fin de l'année de l'entreprise ou ont été comptabilisés et documentés de façon adéquate comme étant légalement payables puis payés dans les 179 jours de la fin d'année de l'entreprise. Remettre les retenues à la source et les cotisations sociales appropriées à temps. Il peut être avantageux de verser un salaire raisonnable à un conjoint ou à un enfant qui fournit des services à l'entreprise et dont la fourchette d'imposition est moins élevée. En règle générale, le caractère raisonnable du salaire est déterminé par rapport à la valeur des services fournis. Cela permettra également à la personne concernée d'avoir un revenu gagné aux fins du RPC/RRQ, du REER et des frais de garde d'enfants.
- Envisager les distributions de dividendes dans l'ordre suivant : 1) dividendes déterminés donnant lieu à un remboursement de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD); 2) dividendes non déterminés donnant lieu à un remboursement de l'IMRTD; 3) dividendes déterminés ne donnant pas lieu à un remboursement de l'IMRTD; et 4) dividendes non déterminés ne donnant pas lieu à un remboursement de l'IMTRD. Le versement de dividendes en capital non imposables serait la première, la deuxième ou la troisième préférence, selon la province ou le territoire de résidence. Il faut savoir qu'une distribution de dividendes qui donne lieu à un remboursement de l'IMRTD n'aura pas d'incidence positive sur les liquidités si le taux marginal d'impôt sur le dividende du propriétaire exploitant est supérieur ou égal au taux de remboursement au titre de dividende ($38\frac{1}{3}$ pour cent).
- Une SPCC ne peut désigner et verser des dividendes déterminés que dans la mesure où elle a un compte de revenu à taux général (CRTG) positif à la fin de l'année du versement. Généralement, pour une SPCC, le CRTG représente la partie de son revenu imposable qui n'a pas profité d'un taux d'imposition des sociétés préférentiel : le revenu imposable assujéti au taux des petites entreprises ou à celui sur le revenu de placement est exclu. Un dividende doit être désigné comme dividende déterminé au plus tard au moment

de son versement. Un dividende versé et désigné comme déterminé par inadvertance (parce que la SPCC avait un CRTG insuffisant) est assujéti pour le payeur à l'impôt de la partie III.1 sur la désignation excédentaire; le choix de considérer l'ensemble ou une partie de la désignation excédentaire comme un dividende non déterminé distinct devrait être envisagé.

- Un propriétaire exploitant devrait envisager de verser des dividendes aux adultes de la famille qui sont des actionnaires de sa société et dont le revenu se situe dans une fourchette d'imposition inférieure. Les particuliers sans autre revenu peuvent recevoir jusqu'à environ 50 000 \$ en dividendes déterminés (ou jusqu'à environ 30 000 \$ en dividendes non déterminés) sans que cela ne donne lieu à de l'impôt, selon leur province ou territoire de résidence et la possibilité pour la société de verser des dividendes déterminés (ou non déterminés).
- Un propriétaire exploitant en Alberta devrait envisager de devancer le versement de dividendes non déterminés discrétionnaires à 2016 pour profiter des taux d'impôt moins élevés sur les dividendes non déterminés en 2016. Cette stratégie accélère le paiement de l'impôt et pourrait faire augmenter le risque d'assujétissement à l'IMR du propriétaire exploitant en 2016.
- Un propriétaire exploitant au Nouveau-Brunswick devrait envisager 1) de reporter le versement de dividendes déterminés discrétionnaires à 2017 pour profiter des taux d'impôt moins élevés sur les dividendes déterminés en 2017; et 2) de devancer le versement de dividendes non déterminés discrétionnaires à 2016 pour profiter des taux d'impôt moins élevés sur les dividendes non déterminés en 2016. Cette stratégie pourrait accélérer le paiement de l'impôt et faire augmenter le risque d'assujétissement à l'IMR du propriétaire exploitant en 2016.
- Un propriétaire exploitant à Terre-Neuve-et-Labrador devrait s'assurer que ses stratégies de rémunération tiennent compte 1) des hausses du taux d'imposition des particuliers de Terre-Neuve-et-Labrador à tous les niveaux de revenu en 2017 et 2) de la contribution temporaire pour la réduction du déficit de Terre-Neuve-et-Labrador qui est payable par un particulier dont le revenu imposable est supérieur à 50 000 \$, à compter du 1^{er} juillet 2016 (la contribution maximum est de 900 \$ en 2016 [1 800 \$ par la suite] si le revenu imposable est de 601 000 \$ ou plus) et sera éliminée progressivement sur trois ans à compter de 2018. Le propriétaire exploitant devrait envisager de devancer le versement des gratifications et des dividendes discrétionnaires imposables à 2016 pour éviter les taux d'impôt plus élevés après 2016. Cette

stratégie accélère le paiement de l'impôt et pourrait faire augmenter le risque d'assujétissement à l'IMR du propriétaire exploitant en 2016.

- Un propriétaire exploitant en Nouvelle-Écosse devrait savoir que si la province présente un excédent budgétaire dans son exercice 2017-2018, pour 2017 la province éliminera la fourchette supérieure d'imposition des particuliers de 150 000 \$ et le taux d'impôt de 21 pour cent, et rétablira la surtaxe de 10 pour cent sur l'impôt provincial des particuliers supérieur à 10 000 \$. Ainsi, en cas d'excédent budgétaire provincial l'an prochain, le propriétaire exploitant devrait prendre en compte que le taux d'impôt des particuliers pourrait diminuer en 2017 et rajuster sa stratégie de versement de salaire et/ou de dividendes en conséquence.
- La renonciation au versement de gratifications et/ou de dividendes à même l'encaisse excédentaire pourrait mettre en doute le fait que la quasi-totalité des actifs d'une SPCC est utilisée dans une entreprise exploitée activement, mettant en péril le statut d'actions admissibles de petite entreprise (AAPE) de la SPCC et la possibilité pour l'actionnaire de demander l'exonération cumulative des gains en capital (ECGC) de 824 176 \$ (indexée après 2016) à la vente des actions. Il convient de surveiller la proportion d'actifs hors exploitation/d'actifs détenus sous forme de placements de la SPCC par rapport aux actifs totaux. L'ECGC est de 1 M\$ pour la disposition de biens agricoles ou de pêche admissibles.
- La renonciation au versement de gratifications en 2016 pourrait faire en sorte que le revenu imposable d'une SPCC en 2016 dépasse 500 000 \$ pour le groupe de sociétés associées et qu'ainsi, en 2017, les crédits d'impôt à l'investissement (CII) pour la RS&DE d'une SPCC ne soient plus remboursables et qu'ils soient assujétis au taux le moins élevé de CII. Dans un tel cas, considérer une autre stratégie de planification pour permettre à la société d'avoir un impôt fédéral à payer suffisant pour utiliser ces CII en 2017.
- Si le propriétaire exploitant n'a pas besoin de retirer de l'encaisse, déterminer si le fait de conserver le revenu dans la société engendre une économie d'impôt (ou un coût) lorsque le revenu après impôt de la société est versé sous forme de dividende. Conserver le revenu dans la société permet de reporter l'impôt, si le taux d'imposition de la société est inférieur à celui de l'employé actionnaire. Le tableau montre 1) le report de l'impôt si le revenu d'une entreprise exploitée activement (REEA) est conservé dans la société et n'est pas versé sous forme de salaire à l'employé actionnaire, et 2) l'économie d'impôt (ou le coût) si le dividende est versé à partir du revenu après impôt.

Détermination de la composition optimale de la rémunération sous forme de salaire/dividende (selon un exercice terminé le 31 décembre 2016 et 10 000 \$ de REEA)^a

	Admissible à la déduction accordée aux petites entreprises ^b		Non admissible à la déduction accordée aux petites entreprises ^c	
	Report	Économie/ (coût)	Report	Économie/ (coût)
Alberta ^d	3 450	(31)	2 100	(215)
Colombie-Britannique	3 470	(63)	2 170	(146)
Manitoba	4 094	0	2 444	(314)
Nouveau-Brunswick	3 918	(16)	2 480	35
Terre-Neuve-et-Labrador	3 728 ^e	107 ^e	2 078	(760)
Territoires du Nord-Ouest	3 455	401	2 255	173
Nouvelle-Écosse	4 050	(13)	2 300	(569)
Nunavut	3 200	92	1 950	(465)
Ontario ^f				
Général	3 942	91	2 792	(100)
F&T	3 942	91	2 942	(9)
Île-du-Prince-Édouard	3 637	(92)	2 037	(324)
Québec				
Général	3 672	99	2 832	(80)
F&T	4 072 ^g	324 ^g	2 832	(80)
Saskatchewan				
Général	3 550	58	2 100	(114)
F&T	3 550	58	2 300	25
Yukon ^h				
Général	3 450	(25)	1 800	63
F&T	3 600	65	3 050	1 003

^a On suppose que le particulier est imposé au taux marginal le plus élevé. Seuls l'impôt fédéral et l'impôt provincial/territorial, la partie de l'employeur de l'assurance-maladie provinciale et la partie de l'employé des charges sociales (pour les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut) sont pris en compte. Les résultats peuvent être différents dans des situations particulières, comme dans le cas des coopératives de crédit et des caisses populaires.

^b Le seuil fédéral des petites entreprises de 500 000 \$ s'applique dans toutes les provinces et tous les territoires, à l'exception du Manitoba (seuil de 450 000 \$) et de la Nouvelle-Écosse (seuil de 350 000 \$).

^c On suppose que lorsqu'il n'y a pas de DPE, le revenu des sociétés après impôt est versé sous forme de dividende déterminé.

^d Pour l'Alberta, les données du tableau supposent que le particulier est imposé au taux des particuliers de l'Alberta sur un revenu supérieur à 300 000 \$. Pour un revenu supérieur à 200 000 \$ et jusqu'à 300 000 \$ inclusivement, les données sont les suivantes : admissible à la DPE : report 3 350 \$, coût (30 \$); pas de DPE : report 2 000 \$, coût (214 \$).

^e Pour Terre-Neuve-et-Labrador, les données supposent que le dividende non déterminé est reçu après le 30 juin 2016. Si le dividende non déterminé est reçu avant le 1^{er} juillet 2016, les données sont les suivantes : admissible à la DPE : report 3 728 \$, économie 168 \$.

^f Pour l'Ontario, les données du tableau supposent que le particulier est imposé au taux des particuliers de l'Ontario sur un revenu supérieur à 220 000 \$. Pour un revenu supérieur à 200 000 \$ et jusqu'à 220 000 \$ inclusivement, les données sont les suivantes : admissible à la DPE : report 3 789 \$, économie 93 \$; pas de DPE : général — report 2 639 \$, coût (95 \$); F&T — report 2 789 \$, coût 0 \$.

^g Pour le Québec, les données du tableau supposent que le revenu de petite entreprise de la société est admissible au taux de F&T du Québec de 4 % pour 2016; ce qui est le cas si 50 % ou plus des activités de la société est attribuable à la F&T (d'après les actifs et la main-d'oeuvre rattachés à ces activités). Si ce pourcentage est inférieur à 50 % et supérieur à 25 %, le taux de F&T augmente proportionnellement (sur une base linéaire) de 4 à 8 % pour 2016.

^h Pour le Yukon, les données supposent que le particulier est imposé au taux des particuliers du Yukon sur un revenu supérieur à 500 000 \$. Pour un revenu supérieur à 200 000 \$ et jusqu'à 500 000 \$ inclusivement, les données sont les suivantes : admissible à la DPE : pas de F&T — report 3 230 \$, coût (23 \$); F&T — report 3 380 \$, économie 71 \$. Pas de DPE : général — report 1 580 \$, économie 56 \$; F&T — report 2 830 \$, économie 1 033 \$. Les données supposent que le taux d'impôt combiné du Yukon et du fédéral sur les dividendes déterminés est de 21,777 % (fédéral de 24,813 % et Yukon de -3,036 %), et que le contribuable a d'autres revenus qui peuvent être mis à l'abri par le taux d'impôt négatif sur les dividendes déterminés du Yukon. Si le contribuable n'a aucun autre revenu, le taux d'impôt combiné du Yukon et du fédéral sur les dividendes déterminés est de 24,813 % (fédéral de 24,813 % et Yukon de 0 %).

Luigi F. De Rose

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

Giancarlo Di Maio

PricewaterhouseCoopers LLP, Windsor

Pour l'ARC, les intérêts simples courus ne sont pas des dettes au titre de la capitalisation restreinte

Une interprétation technique (2016-0626841E5, 4 mars 2016) établit que les intérêts simples courus d'une société par actions ne constituent pas des « dettes impayées envers des non-résidents déterminés » pour l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte parce que les intérêts composés sur les intérêts simples courus n'étaient pas déductibles. Les intérêts composés n'avaient pas été payés et, par conséquent, n'étaient pas déductibles en vertu de l'alinéa 20(1)d).

Les règles relatives à la capitalisation restreinte aux paragraphes 18(4) à (8) limitent généralement la déduction par une société par actions des intérêts payés ou payables sur des dettes impayées envers des non-résidents déterminés. La déduction de ces intérêts est généralement limitée si les dettes impayées envers des non-résidents déterminés sont supérieures au ratio d'endettement 1,5 : 1. Lorsque les dettes impayées excèdent ce ratio, la totalité ou une partie des intérêts sur l'emprunt ne peut être déduite et les intérêts sont traités plutôt comme des dividendes versés au non-résident. Ces dividendes sont assujettis à une retenue d'impôt au Canada.

Les « dettes impayées envers des non-résidents déterminés » au cours d'une année d'imposition comprennent généralement une dette payable à un actionnaire non résident déterminé de la société (ou à une personne non résidente qui avait un lien de dépendance avec un actionnaire déterminé de la société) au titre de laquelle toute somme relative à des intérêts payés ou payables par la société est — en l'absence des règles relatives à la capitalisation

restreinte — déductible dans le calcul du revenu de la société pour l'année.

Un « actionnaire non résident déterminé de la société » s'entend généralement d'un non-résident qui, soit seul ou avec d'autres personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance, détient des actions du capital-actions de la société qui confèrent aux détenteurs au moins 25 pour cent des droits de vote de la société ou qui ont une juste valeur marchande équivalant à au moins 25 pour cent de la juste valeur marchande de toutes les actions émises et en circulation de la société.

Un contribuable peut déduire les intérêts composés dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition seulement s'il a payé les intérêts composés au cours de l'année (voir alinéa 20(1)d)). Cette déduction diffère de la déduction des intérêts au sous-alinéa 20(1)c)(i) qui peut être demandée relativement aux intérêts payés ou payables sur de l'argent emprunté et utilisé en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien.

La situation présentée à l'ARC était celle d'une société par actions canadienne (Scan) ayant un prêt non remboursé portant intérêt payable à un actionnaire non résident déterminé de la société. Les intérêts simples ont couru sur le prêt, et les intérêts composés ont couru sur le solde des intérêts simples non remboursés. Les soldes des intérêts simples et des intérêts composés étaient impayés à la fin de l'année d'imposition en question.

L'ARC considère dans l'IT que les dettes impayées envers des non-résidents déterminés de Scan pour l'année d'imposition donnée comprennent la dette de Scan relative aux intérêts simples courus sur le prêt. L'ARC conclut que Scan ne peut pas déduire du calcul de son revenu pour l'année les intérêts composés sur les intérêts simples courus parce que les intérêts composés demeurent impayés à la fin de l'année d'imposition. Par conséquent, les intérêts simples courus ne satisfont pas à la définition de « dettes impayées envers des non-résidents déterminés » au paragraphe 18(5), et la dette de Scan au titre des intérêts simples courus ne constitue pas une dette impayée à un non-résident pour l'année d'imposition donnée.

Marlene Cepparo
KPMG LLP, Toronto

L'impôt porté en appel n'est pas une dette en cas de faillite

En application du paragraphe 69(1) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité (LFI), tous les créanciers (y compris l'ARC) doivent suspendre toutes les activités de recouvrement. En vertu de la LFI, un particulier peut se libérer de ses dettes fiscales personnelles au moyen d'une libération de faillite. (En revanche, en application de l'article 523 du *American Bankruptcy Code*, une dette fiscale est exclue de la libération.)

Dans l'arrêt *Schnier* (2016 ONCA 5), seulement 71 179,04 \$ sur une cotisation de plus de 4 M\$ constituaient une dette fiscale personnelle aux fins de la libération de faillite. (Voir « Appel d'un failli non libéré », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, septembre 2015, où la CCI a rejeté la requête du ministre d'annuler l'appel du failli non libéré, *Schnier* [2015 CCI 160].)

Aux termes de la LFI, il est possible de se libérer d'une dette fiscale par une procédure de faillite, mais des restrictions quant à la libération s'appliquent à une faillite motivée par des considérations fiscales. L'article 172.1 régit la procédure de faillite d'un failli qui a une dette fiscale impayée d'un montant de 200 000 \$ ou plus représentant 75 pour cent ou plus de la totalité des réclamations non garanties prouvées. À plusieurs égards, une libération de faillite est plus difficile à obtenir en application de l'article 172.1 que ce n'est le cas dans une procédure de faillite normale :

- Dans une procédure de faillite normale, le passage du temps peut entraîner une libération automatique, mais, en application de l'article 172.1, une demande doit être faite au tribunal.
- Dans une procédure de faillite normale, le tribunal peut rendre une ordonnance de libération absolue, mais cette ordonnance ne peut être obtenue si l'article 172.1 s'applique.
- Si un tribunal suspend la libération d'une faillite visée à l'article 172.1, le failli doit fournir mensuellement au syndic un état de ses revenus et de ses dépenses.
- Lorsqu'il rend sa décision sur une demande de libération en vertu de l'article 172.1, le tribunal doit prendre en considération 1) la situation du failli au moment où il a contracté la dette fiscale; 2) les efforts qu'il a déployés pour la rembourser; 3) les versements qu'il a effectués, le cas échéant, à l'égard d'autres dettes tout en omettant de déployer les efforts voulus pour rembourser sa dette fiscale; et 4) la situation financière à venir du failli.

Le régime restrictif de l'article 172.1 reconnaît l'effet qu'ont les dettes fiscales sur la société. Dans *Koch* (2012 QCCA 2207), la Cour d'appel du Québec a confirmé que l'article 172.1 a été adopté dans le but de décourager les particuliers qui ont des dettes fiscales de rembourser en premier les créanciers autres que le gouvernement et d'ainsi traiter leurs autres dettes comme ayant la préséance sur leurs dettes fiscales. Industrie Canada justifie la disposition comme suit :

Le paragraphe (3) précise la nature des ordonnances que le tribunal peut rendre lors de l'audition de la demande de libération du failli. Le tribunal peut notamment refuser la libération; suspendre la libération; exiger du failli d'accomplir n'importe quel acte, de verser toute somme d'argent, de consentir à n'importe quel jugement ou de se conformer à toute autre condition ordonnée par le tribunal.

Le paragraphe (4) énumère les facteurs que le tribunal prend en considération pour décider de la libération du failli. Il incombe au failli de justifier le moyen de redressement demandé au tribunal [...].

Le paragraphe (8) définit le terme « dette fiscale » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et étend la portée de celui-ci aux sommes payables au titre des lois provinciales prévoyant un impôt semblable [...] ainsi qu'aux intérêts, aux pénalités et aux amendes.

Dans l'arrêt *Koch*, la Cour d'appel du Québec remarque que les particuliers qui ont une dette fiscale élevée ne sont pas admissibles à la libération automatique ni à demander une ordonnance de libération absolue (article 108.1 et paragraphes 172.1(1) et (4)).

Le contribuable failli dans *Schnier* demandait à être exclu de l'application de l'article 172.1. M. Schnier, avocat-fiscaliste, avait investi entre 1985 et 1991 dans deux yachts, utilisés comme abris fiscaux, et, plus tard, dans quatre logiciels; il demandait la déduction de la charge d'intérêts connexe ou des pertes d'entreprise. M. Schnier avait obtenu les opinions d'avocats et de comptables indépendants lui confirmant qu'il lui était permis de déduire ces abris fiscaux.

À compter de 1989, M. Schnier a reçu des nouvelles cotisations, auxquelles il s'est immédiatement opposé. L'ARC n'a pas répondu à ses oppositions pendant plus de 20 ans, même si M. Schnier a demandé à plusieurs reprises à l'ARC de le faire. En octobre 2011, le ministre a confirmé que les nouvelles cotisations pour les yachts servant d'abris fiscaux s'élevaient à 1 278 519,62 \$ à l'égard de l'impôt sur le revenu, et totalisaient 4 478 703,19 \$ avec les pénalités et les intérêts. M. Schnier a aussitôt interjeté appel; en fin de compte, l'ARC, le créancier le plus important, a rejeté la proposition faite par M. Schnier à ses créanciers en vertu de la LFI, et M. Schnier a fait faillite en janvier 2012.

La question en litige devant la Cour d'appel de l'Ontario était d'établir si l'impôt sur le revenu porté en appel constituait une réclamation dans une faillite, assujettissant le contribuable à l'article 172.1. En 2014, le syndic avait noté dans son rapport que sur la somme réclamée par l'ARC, seulement 71 170,04 \$ étaient compris dans la réclamation; le solde de 4 424 558,19 \$ constituait une réclamation éventuelle. L'approche du syndic permettrait à M. Schnier de demander une libération en application des dispositions normales de la LFI. Le tribunal a déclaré que

[traduction] l'incapacité d'un créancier à faire valoir une réclamation a un effet direct sur la capacité de ce créancier à prouver sa réclamation en vertu de la LFI. Pour être considérée comme une réclamation prouvable au sens de l'article 121 de la LFI, une réclamation doit pouvoir être recouvrée par un processus judiciaire... Les restrictions imposées par l'article 225.1 de la LIR au caractère exécutoire du montant d'une cotisation fiscale faisant l'objet d'un appel laissent fortement penser qu'une réclamation fondée sur un tel montant ne serait pas prouvable dans une faillite.

Le syndic doit évaluer si la dette réclamée par un créancier est liquidée, future ou éventuelle. Une réclamation éventuelle doit être considérée comme prouvable, et, lorsque c'est le cas, elle est évaluée en vertu du paragraphe 135(1.1). Dans l'arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater* (2012 CSC 67), la CSC a affirmé qu'une réclamation éventuelle peut être invoquée si l'événement non encore survenu n'est pas « trop éloigné ou conjectural ».

En application du paragraphe 172.1(8), la dette fiscale d'un particulier s'entend « du montant payable » au sens du paragraphe 223(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'une cotisation fiscale est réputée valable et obligatoire, sauf si elle fait autrement l'objet d'un appel. Se fondant sur les paragraphes 152(8) et 248(2) de la LIR, la Cour a affirmé que le ministre ne peut obliger le paiement que lorsque l'appel est terminé.

La Cour d'appel de l'Ontario a mis en opposition le cas de M. Schnier et celui présenté dans *Re Norris* (1989 CanLII 4079 (ONCA)), où aucune opposition n'avait été produite; bien que le syndic n'ait pas été en désaccord avec le montant proposé par le ministre, aucune décision définitive n'avait été prise, et la réclamation de l'ARC n'avait pas pu être évaluée. Dans *Schnier*, la Cour a déclaré que l'ARC pourrait abuser du processus de mise en faillite si l'argument du ministre était accepté, car le ministre aurait pu demander un ajournement pour permettre que la décision soit rendue sur l'appel, ce qui aurait résolu l'éventualité et rendu la réclamation prouvable ou non prouvable. Bien que le ministre s'inquiète que le gouvernement ne puisse pas avoir accès aux fonds d'un failli, la Cour, elle, voulait empêcher l'ARC d'obtenir « [traduction] un avantage injustifié sur les autres créanciers dans la procédure de faillite » si le gouvernement avait le droit de réclamer le plein remboursement de montants n'ayant pas été prouvés devant les tribunaux.

Sunita Doobay
Taxchambers LLP, Toronto

Darcy MacPherson
Université du Manitoba, Winnipeg

© 2016, La Fondation canadienne de fiscalité. Tous droits réservés. Toute demande de reproduction ou copie, sous quelque forme ou par quelque moyen, de toute partie de la présente publication pour distribution doit être adressée par écrit à Michael Gaughan, Responsable des autorisations, la Fondation canadienne de fiscalité, 595, Bay Street, bureau 1200, Toronto, Canada M5G 2N5; courriel : mgaughan@ctf.ca.

En publiant *Canadian Tax Highlights* et *Faits saillants en fiscalité canadienne*, la Fondation canadienne de fiscalité et Vivien Morgan ne fournissent aucun conseil ou avis professionnel. Les commentaires contenus dans la présente publication représentent l'opinion des auteurs et non pas nécessairement celle de la Fondation canadienne de fiscalité ou de ses membres. Les lecteurs sont priés de consulter leurs conseillers professionnels avant de prendre quelque action en se fondant sur l'information contenue dans la présente publication.