

Rédactrice : Vivien Morgan, LL.B.

Volume 8, numéro 10, le 24 octobre 2000

FAUTE LOURDE D'UN TIERS

Une pénalité pour faute lourde peut être imposée à un contribuable relativement à une cotisation de TPS ou d'impôt sur le revenu lorsque les conditions prévues par la loi sont remplies. Les personnes doivent sciemment, ou dans des circonstances équivalant à une faute lourde, faire une fausse déclaration ou une omission relativement à leurs obligations en matière d'impôt, ou participer, consentir ou acquiescer à l'établissement d'une telle fausse déclaration ou omission. La pénalité est calculée en pourcentage du montant attribuable à la fausse déclaration ou à l'omission – p. ex., le montant d'impôt insuffisant versé ou le remboursement excessif demandé. Dans *Findlay*, la CAF a annulé une pénalité pour faute lourde qui avait été imposée par l'ADRC à un contribuable qui s'était fié à un tiers pour remplir sa déclaration de revenus.

Dans *Findlay*, un propriétaire unique avait transféré son entreprise à une société en 1991, donnant lieu à la réalisation d'un gain en capital. Cependant, le contribuable avait l'impression que l'opération donnerait lieu à très peu d'impôts à payer, apparemment parce que l'exonération pour gains en capital devait être demandée. Le contribuable a fait appel au tiers qui avait établi les comptes de son entreprise et rempli ses déclarations de revenus depuis un certain nombre d'années pour remplir les déclarations de revenus de la nouvelle société, le choix visant le transfert de biens en vertu de l'article 85, et sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition 1991. Les gains en capital réalisés au transfert des biens ont été omis dans la déclaration de revenus qui a été lue, signée et produite par le contribuable. L'ADRC a imposé une pénalité pour faute lourde, considérant que la non-déclaration du gain en capital était due à une faute lourde rejetant de plus toute déduction pour gains en capital pour la

même raison (paragraphe 110.6(6)). À l'étape de l'opposition, l'ADRC a soutenu que le contribuable n'avait pas fait preuve d'un jugement approprié et clair et que le recours à un tiers pour remplir sa déclaration ne diminuait pas sa responsabilité de remplir une déclaration de revenus qui soit exacte.

La question devant la CAF était de savoir si les faits justifiaient l'imposition d'une pénalité pour faute lourde. La loi rend le contribuable responsable du paiement de la pénalité, non l'agent agissant en son nom. La cour a invoqué l'affaire *Udell* où il a été conclu que pour attribuer la faute lourde d'un agent à un contribuable, il doit y avoir un élément de connaissance de la part du contribuable et une acceptation de l'omission ou de l'acte fait par l'agent. La cour a également fait référence à l'arrêt *Venne*, dans lequel le contribuable, sans les avoir examinées, a signé et produit des déclarations remplies par un comptable, dans lesquelles certains revenus n'étaient pas déclarés. Dans cette affaire, il a été décidé que le contribuable avait fait preuve de négligence en n'examinant pas les déclarations et en ne supervisant pas le travail du comptable, mais la Couronne n'avait pas établi l'existence d'une faute lourde, laquelle comporte un degré plus élevé de négligence que le simple défaut de faire preuve de diligence raisonnable. La CAF a adopté la définition de faute lourde établie dans l'affaire *Venne* : un degré élevé de négligence qui équivaut à un acte intentionnel, essentiellement une indifférence quant à l'observation de la loi.

Bien que la CCI dans *Findlay* ait reconnu que la Couronne n'avait pas établi que le contribuable avait sciemment participé, consenti ou acquiescé aux actions du préparateur des déclarations, elle a conclu que ces actions équivalaient à une faute lourde et elle a attribué cette négligence au contribuable. La CAF a conclu que la faute du préparateur ne pouvait pas être attribuée au contribuable sans la constatation d'une faute lourde de la part du contribuable. Conclure autrement faisait revenir au contribuable le fardeau d'établir qu'il n'était pas responsable de la faute lourde du préparateur des déclarations. (À l'égard de l'impôt sur le revenu, le fardeau de la preuve dans le cadre d'un appel repose expressément sur l'ADRC qui doit établir les faits justifiant l'imposition d'une pénalité pour faute lourde. Il n'existe pas de règles semblables en matière de TPS, mais la CCI a maintenu à de nombreuses occasions que le fardeau reposait sur l'ADRC, p. ex. dans les affaires *Alex Excavating et 897366 Ontario Limited*.)

Findlay fournit des directives claires et concises sur les exigences requises pour que l'ADRC détermine s'il y a eu une faute lourde et fournit des indications pour contester la pénalité lorsque des tiers sont impliqués. Par exemple, dans le contexte de l'impôt sur le revenu ou de la TPS, un contribuable peut alléguer que la faute lourde d'un tiers auquel il s'est fié ne

Dans ce numéro

| | |
|---|----|
| Faute lourde d'un tiers | 77 |
| Perception de l'impôt étranger | 78 |
| Émigration Canada/É.-U. | 78 |
| Taux d'imposition unique en Alberta | 79 |
| Indécision virtuelle de l'OCDE – Prise 2 | 80 |
| Réorganisations aux É.-U. | 80 |
| Les EPE – Toujours controversées | 81 |
| Actions échangeables et les EPE | 82 |
| Précision sur les options d'achat d'actions | 82 |
| Clauses de non-concurrence | 83 |
| Survol administratif | 84 |
| Actualités fiscales étrangères | 84 |

peut pas lui être attribuée s'il n'avait aucune connaissance ou acceptation des actions du tiers. En outre, une faute lourde n'exige pas simplement qu'il y ait eu un simple manque de prudence ou une simple négligence, mais plutôt une conduite qui équivaut à une indifférence volontaire, une exigence essentielle qui n'est pas toujours présente lorsque l'ADRC impose une pénalité pour faute lourde.

James Warnock

McMillan Binch, Toronto

PERCEPTION DE L'IMPÔT ÉTRANGER

L'article XXVIA, intégré dans le traité entre le Canada et les États-Unis par le troisième protocole, comporte une règle sur l'assistance en matière de perception qui permet à un État de demander l'assistance de l'autre (« l'État recevant la demande ») pour percevoir ses créances fiscales. La rétroactivité de la règle a amené la CF, 1^{ère} inst., dans *Chua*, à conclure que cet article était inconstitutionnel et donc sans force exécutoire.

Historiquement, le Canada a toujours refusé de permettre à un État étranger d'exécuter la perception de ses créances fiscales au Canada. Dans l'affaire *Harden*, la CSC a fourni une raison justifiant le refus des tribunaux de procéder à l'exécution forcée de jugements fiscaux étrangers en précisant que la perception d'une créance fiscale n'est autre chose que l'extension du pouvoir souverain qui lève les impôts, et qu'une revendication de l'autorité souveraine par un État dans le territoire d'un autre ... est (traité ou convention mis à part) contraire à tous les concepts de souverainetés indépendantes. La CF, 1^{ère} inst. a pris acte du fait que le Canada dispose maintenant d'accords d'assistance en matière de perception avec les États-Unis et les Pays-Bas. Les États-Unis ont amorcé des pourparlers afin de faire inclure l'article dans le protocole parce que sur un nombre estimatif de 2,3 millions de citoyens américains vivant à l'étranger en 1990, moins de 250 000 avaient produit des déclarations de revenus, mais ils ont insisté pour qu'une exemption s'applique aux particuliers qui étaient des citoyens de l'autre pays au moment où la créance fiscale avait pris naissance.

M^{me} Chua est devenue résidente permanente du Canada en 1977, et citoyenne en octobre 1990. Au début des années 80, alors qu'elle vivait au Canada, M^{me} Chua a acheté une maison de vacances à Hawaï, et l'a vendue en 1986. Une partie de la retenue d'impôt qu'elle a versée à l'IRS lui a été remboursée, mais en 1991 – année où M^{me} Chua était citoyenne canadienne – l'IRS a établi une nouvelle cotisation d'environ 275 000 \$ pour impôt, intérêt et pénalités. M^{me} Chua n'a pas contesté la cotisation parce que la loi en vigueur au Canada à ce moment-là ne permettait pas la perception de créances fiscales étrangères. Le troisième protocole a été signé et est entré en vigueur en 1995, et en 1996, l'ADRC a avisé M^{me} Chua qu'elle avait accepté la demande d'assistance de perception de l'IRS à l'égard de sa créance fiscale. La seule raison pour laquelle l'article XXVIA du troisième protocole pouvait être utilisé contre M^{me} Chua était que l'application de l'article était présumée être

rétroactive jusqu'en novembre 1985 (10 ans avant qu'elle prenne effet) à une époque où M^{me} Chua n'était pas citoyenne canadienne et où elle n'était donc pas protégée par l'exemption pour les citoyens de l'État recevant la demande.

La CF, 1^{ère} inst. a rejeté certains des arguments de M^{me} Chua, mais a convenu en bout de ligne que l'effet rétroactif de l'article XXVIA était de plusieurs façons discriminatoire envers un nouveau citoyen canadien par rapport aux citoyens de longue date. Il a été porté atteinte à la dignité humaine de la requérante parce que ceux communément appelés des citoyens aux termes du traité – les personnes impliquées dans des querelles fiscales avec l'IRS entre 1985 et 1995 qui peuvent avoir manqué de faire reconnaître leurs droits en raison de la loi alors en vigueur concernant la perception de l'impôt étranger – ont été traités comme s'ils avaient moins de droits que les autres citoyens canadiens. La rétroactivité de la règle a privé les citoyens aux termes du traité des principes de justice fondamentale car aucun avis raisonnable de l'existence du troisième protocole n'a été donné au moment où la requérante aurait pu avoir recours aux tribunaux américains. De plus, la requérante a été exposée au risque que les biens qu'elle possédait au Canada soient saisis, risque auquel un citoyen de longue date n'est pas exposé. Le fait que la requérante se soit fiée à des principes bien établis de common law l'a amené à renoncer à ses droits de contester la cotisation de l'IRS, et l'application rétroactive de l'article XXVIA l'a rendue vulnérable à des abus de justice en matière de procédure et de droit substantif. Par conséquent, la CF 1^{ère} inst. a conclu que l'article violait l'article 15(1) de la Charte.

L'affaire *Chua* n'est peut-être pas tant un arrêt traitant de l'article 15 qu'un exemple des mesures pouvant être prises par un tribunal pour corriger les abus de justice fondamentaux en matière de procédure et de droit substantif. La cour a insisté principalement sur le caractère injuste de l'aspect rétroactif de l'article XXVIA : un argument en vertu de l'article 7 ou 8 de la Charte aurait pu tout aussi facilement être invoqué. La cour a insisté pour limiter la portée de sa décision aux personnes qui n'étaient pas des citoyens lorsque la créance a pris naissance mais l'étaient au moment où la cotisation a été émise. Selon le tribunal, « la cotisation ne s'appliquerait pas à une personne qui est devenue citoyen » canadien après le 9 novembre 1995 ... [ou] à une personne qui est devenue citoyen par la suite ou à quelqu'un dont les droits d'en appeler d'une cotisation de l'IRS n'étaient pas alors échus. Pour le tribunal, « cette affaire porte sur la discrimination envers un groupe de citoyens canadiens et pas envers les autres ».

Rob Kreklewetz

Millar Wyslobicky Kreklewetz, Toronto

ÉMIGRATION CANADA/É.-U.

Le 18 septembre dernier, le ministre des Finances a annoncé dans un communiqué que les négociateurs canadiens et américains avaient accepté en principe d'apporter certaines modifications au traité Canada-É.-U. Celles-ci visent à rendre le

régime fiscal plus équitable en limitant les risques de double imposition des particuliers qui déménagent d'un pays à l'autre et en clarifiant une règle qui, selon certains, permet aux sociétés d'éviter l'impôt. Si les modifications annoncées sont ratifiées, elles entreront en vigueur à la date du communiqué. Les négociations en cours devraient donner également lieu à d'autres modifications importantes, mais les négociateurs s'entendent pour dire que les modifications annoncées plus haut sont importantes pour la mobilité internationale et qu'elles devraient prendre effet immédiatement.

En ce qui concerne les sociétés, les modifications précisent les conséquences de la prorogation d'un pays à l'autre sur la résidence d'une société. Il semble que les autorités fiscales américaines étaient d'avis que les dispositions de prorogation du traité pouvaient être utilisées pour éviter l'impôt. Par exemple, il est possible de soutenir qu'une société américaine projetant de vendre les actions de sa filiale américaine tout en réalisant un gain pourrait se soustraire à l'impôt américain sur le gain si la société était d'abord prorogée en Nouvelle-Écosse. Le droit des sociétés de cette province est unique puisqu'il permet la continuation d'une entité étrangère sans exiger l'extinction de son statut d'entité selon le droit étranger. Selon l'article IV(3) du traité, la société mère américaine est réputée être une société résidente du Canada. Lorsque les actions de la filiale sont vendues, aucun gain imposable n'est déclaré du point de vue fiscal américain si la valeur des actions ne provient pas principalement de biens immeubles. La société mère américaine n'a aucun impôt à payer au Canada parce que le PBR des actions a été majoré à leur juste valeur marchande au moment de la continuation. Les négociateurs ont pris connaissance d'autres planifications dont les résultats fiscaux reposaient sur le statut de double résidence. Les négociateurs s'entendent pour dire qu'il n'avait pas été prévu que la disposition de prorogation du traité serait utilisée pour se soustraire aux impôts de cette façon. Par conséquent, la disposition révisée précisera le fait qu'une entreprise constituée dans un pays et qui est prorogée dans l'autre continuera à être traitée comme résidente du premier pays à moins que le droit interne de ce pays ne la traite plus ainsi. Dans l'exemple précédent, la société mère américaine ne serait pas admissible aux avantages prévus dans le traité sauf si les autorités compétentes des deux pays en décidaient autrement.

Des modifications ont été également annoncées pour les particuliers qui émigrent dans l'autre pays: ils peuvent choisir d'être traités comme ayant disposé des biens qu'ils possédaient au moment de l'émigration et les avoir acquis de nouveau à leur juste valeur marchande, dans un souci d'éliminer l'imposition dans le pays de destination des gains accumulés avant l'émigration. Cette modification met fin à un problème embêtant pour les Canadiens émigrant aux États-Unis parce que le Canada impose les gains accumulés à l'émigration et que les États-Unis ne permettent pas de majoration lors de l'immigration. Depuis un certain temps déjà, les négociateurs canadiens démontraient leur préférence en faveur d'une telle modification et le moment opportun pour y donner suite s'est présenté dans le contexte de la série de modifications négociées. Si le bien en question est un

bien immobilier situé dans le pays de destination, la nouvelle règle garantit un crédit d'impôt convenable.

John Jakolev

Ernst & Young LLP, Toronto

TAUX D'IMPOSITION UNIQUE EN ALBERTA

À compter du 1^{er} janvier 2001, les particuliers résidant en Alberta paieront beaucoup moins d'impôt sur le revenu, conséquence d'une réduction d'impôt générale de 25 % qui résultera de l'entrée en vigueur du nouveau taux d'imposition unique. D'après un article publié par Melville McMillan de l'University of Alberta (qui paraîtra dans le prochain numéro de la *Revue fiscale canadienne*), les réductions d'impôt occultent le fait que le nouveau barème d'imposition fait passer le fardeau de l'impôt sur le revenu des particuliers des contribuables à faible revenu aux contribuables à revenu moyen, tout en laissant inchangée la part des contribuables à revenu élevé.

Le taux unique de 10,5 % appliqué au revenu imposable défini à l'égard de l'impôt fédéral se traduit par une réduction importante du taux d'imposition marginal pour les contribuables albertains se situant dans la tranche supérieure de revenu au niveau fédéral. Les contribuables se situant dans la tranche intermédiaire de revenu obtiennent une réduction de leur taux d'imposition marginal pour 1999, mais aucune modification en regard du système décrit dans le budget fédéral 2000. Les contribuables au bas de l'échelle des revenus verront leur fardeau fiscal chuter considérablement par suite de l'adoption d'une nouvelle exemption personnelle généreuse de 12 900 \$ et d'un montant supplémentaire pour conjoint ou équivalent au montant pour conjoint de 12 900 \$ qui fait en sorte qu'environ 132 000 contribuables à faible revenu ne seront plus sur le rôle d'imposition. Les autres crédits fédéraux non remboursables existants, qui sont fixés à 10,5 %, sont également pris en compte dans le nouveau système provincial.

Le tableau ci-dessous, extrait de l'article du professeur McMillan, nous fait voir que les réductions d'impôt consenties aux contribuables ayant des revenus de 30 000 \$ ou moins sont entièrement financées par les contribuables qui gagnent entre 30 000 \$ et 100 000 \$. Les contribuables ayant un revenu supérieur ne contribuent aucunement aux réductions d'impôt offertes aux Albertains à faible revenu parce que leur quote-part du fardeau fiscal, réduit globalement, demeure inchangée. Bien que leur facture fiscale soit diminuée, les particuliers célibataires et les familles à deux revenus sont ceux qui connaissent l'augmentation la plus importante de leur part des contributions fiscales, sensiblement réduites au total; la part des familles à revenu unique est celle qui est la plus réduite. McMillan compare le système à taux unique avec des systèmes à taux multiples qui produisent les mêmes recettes pour démontrer qu'un système d'imposition plus progressif pourrait fort bien produire les mêmes avantages économiques que les réductions d'impôt sans en transférer la responsabilité sur le contribuable moyen.

Quotes-parts de l'impôt des particuliers en Alberta en vertu du système d'imposition actuel et du système à taux unique

| Niveaux de revenu | Actuel | Taux unique |
|--------------------------------|--------|-------------|
| Moins de 30 000 \$ | 13,3 | 8,0 |
| 30 000 \$ à 100 000 \$ | 59,0 | 64,1 |
| Plus de 100 000 \$ | 27,8 | 27,8 |

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

INDÉCISION VIRTUELLE DE L'OCDE — PRISE 2

Le 1^{er} septembre 2000, l'OCDE a publié un second projet de rapport sur la caractérisation du revenu d'activités de commerce électronique. Les principales modifications apportées au premier projet sont les suivantes :

■ On en est venu à un consensus suivant lequel les droits de licence relatifs à des logiciels téléchargés (y compris les mises à jour et les ajouts) et à des fournitures d'accès à des applications (FAA) sont des bénéfices d'entreprise à l'égard des traités. Les paragraphes 14 à 14.2 du commentaire sur l'article 12 dans la convention modèle sont maintenant entérinés pour les opérations sur des logiciels, mais non pour d'autres types de produits électroniques téléchargés tels que des données exclusives ou autres données de valeur considérable.

■ On traite de façon plus détaillée des facteurs qui distinguent la diffusion de connaissance de la fourniture de services qui génèrent respectivement des revenus de redevances en vertu de l'article 12 ou des bénéfices d'entreprise. On note dans le nouveau projet que la connaissance est un actif qui existe déjà et qui n'est pas créé par une relation contractuelle particulière. On s'entend maintenant aussi de façon plus large sur le fait que le support utilisé pour la livraison des services n'est généralement pas pertinent : p. ex., la caractérisation du revenu tiré d'un service de préparation d'un rapport ou de développement d'un logiciel n'est pas modifiée du fait de sa livraison par des moyens électroniques.

■ Une définition pertinente de l'expression « redevance » dans un traité pourrait faire référence aux « paiements pour l'utilisation, ou le droit d'utilisation, de matériel industriel, commercial ou scientifique ». Le nouveau projet précise qu'en pareilles circonstances, les paiements pour des logiciels à durée limitée et d'autres licences d'exploitation d'informations numériques devraient être considérés comme des redevances 1) si les informations numériques sont livrées sur un support physique (CD-ROM ou disquette); 2) si le support physique doit être retourné au fournisseur une fois qu'on en a terminé l'utilisation; et 3) si les informations doivent être utilisées à des fins commerciales. Une utilisation personnelle (jeu informatique, écoute de musique, etc.) ne constitue pas une utilisation industrielle, commerciale ou scientifique.

■ Les paiements pour des informations numériques téléchargés qui ne sont pas livrées sur support physique

sont maintenant considérés comme étant « pour l'utilisation, ou le droit d'utilisation, de matériel industriel, commercial ou scientifique ».

■ On promet d'étudier plus à fond la question de savoir si des services d'hébergement d'applications ou des services de soutien au client, fournis en réseau, constituent des services techniques en vertu d'un traité qui permet l'imposition de ces services selon leur source.

■ On affirme qu'une nouvelle catégorie de revenu provenant d'activités de commerce électronique – les frais de diffusion – payés à un opérateur de site Web ou de réseau par un fournisseur de contenu pour obtenir le privilège que son contenu soit diffusé sont assimilables au revenu tiré d'opérations d'acquisition de contenu et constituent des bénéfices d'entreprise.

Le plus large consensus qui se dégage du nouveau projet de rapport est encourageant. On précise que les commentaires formulés par les intéressés sur le premier projet, dont certains sont consignés dans le second document, appuient essentiellement les positions majoritaires. Le groupe technique consultatif se réunira une autre fois cet automne pour mener à terme d'ici la fin de l'année la rédaction du rapport définitif du Comité des affaires fiscales.

Pierre J. Bourgeois

PricewaterhouseCoopers s.r.l., Montréal

RÉORGANISATIONS AUX É.-U.

EIRS a publié récemment des règlements concernant la continuité d'intérêt exigée (« *continuity of interest* ») pour qu'une acquisition de société se qualifie comme un transfert en franchise d'impôt ou « roulement » : les actionnaires de la société cible doivent recevoir en contrepartie un montant déterminé d'actions de la société acquise. Les nouveaux règlements, qui traitent de l'incidence des rachats et des distributions antérieurs à l'acquisition, devront être pris en considération dans la planification d'acquisitions transfrontalières.

Que ce soit USCO qui acquière SCAN ou l'inverse, il faut en général que plusieurs critères soient satisfaits pour que l'acquisition soit réputée être un roulement aux fins fiscales américaines. Si SCAN acquiert une société cible américaine, Cibleco, la forme de l'opération déterminera les critères d'admissibilité. Dans un simple échange d'actions, les actionnaires de Cibleco ne peuvent en général recevoir en contrepartie que des actions avec droit de vote de SCAN. Il est possible d'avoir une contrepartie en espèces si l'acquisition est structurée comme une fusion; SCAN constitue une filiale américaine en propriété exclusive (USSub) qui, à la date de clôture de l'opération, est absorbée par Cibleco ou absorbe Cibleco. USSub doit être une société américaine parce que seules des sociétés américaines peuvent fusionner. SCAN apporte comme capital à USSub la contrepartie de l'acquisition (composée d'espèces et d'actions de SCAN dans des proportions appropriées), qui sera

répartie entre les actionnaires de Cibleco dans le cadre de la fusion. Le résultat final équivaut essentiellement à un simple échange d'actions, SCAN détenant toutes les actions de Cibleco et les anciens actionnaires de Cibleco recevant de USSub la contrepartie de l'acquisition (actions et espèces) dans le cadre de la fusion. De plus, la structure de la fusion permet à SCAN de « transférer » la dette intersociétés dans Cibleco, ouvrant ainsi la possibilité de rapatrier les bénéfices américains au Canada en franchise de la retenue d'impôt américain; SCAN apporte comme capital à USSub la dette intersociétés, qu'elle transfère à Cibleco dans le contexte de la fusion. Si USSub est absorbée par Cibleco – dans une fusion inversée – les actionnaires de Cibleco peuvent recevoir jusqu'à 20 % de la contrepartie totale en espèces et en biens autres que des actions. Lors d'une fusion en aval (« *forward merger* ») de Cibleco et de USSub (Cibleco étant absorbée par USSub), les actionnaires de Cibleco peuvent recevoir une contrepartie autre qu'en actions à hauteur d'au plus 50 %. Les fusions en aval sont toutefois généralement moins avantageuses et plus lourdes du point de vue de l'entreprise parce qu'elles donnent lieu à des complications telles que le transfert des titres de propriété de tous les actifs de Cibleco, une société d'exploitation, les tiers participants étant alors tenus de consentir aux documents de financement, baux, contrats, etc., et aux transferts d'enregistrements de la propriété des brevets, des marques de commerce, etc.

Si un actionnaire américain déterminé de Cibleco détient au moins 5 % de SCAN après l'acquisition, des déclarations fiscales additionnelles doivent être produites aux États-Unis dans le cas d'un roulement. Selon la structure d'acquisition, SCAN peut être tenue d'acquérir la quasi-totalité des actifs de Cibleco, ce qui a pour effet de limiter les ventes ou les rachats d'une partie substantielle de ces actifs avant l'acquisition.

Lorsque USCO acquiert SCAN, il peut être souhaitable de procéder à un roulement aux fins fiscales américaines si, p. ex., certains des actionnaires de Cibleco sont des citoyens américains. Une telle acquisition doit en général constituer un simple échange d'actions : les deux entités dans une fusion doivent être des sociétés américaines. Par conséquent, les actionnaires canadiens de Cibleco ne peuvent généralement pas recevoir d'espèces ou quelque autre contrepartie, si ce n'est des actions avec droit de vote de USCO. Cette exigence peut se révéler difficile, voire impossible, à satisfaire si l'acquisition est structurée comme une opération sur actions échangeables pour être admissible à titre de transfert libre d'impôt au Canada.

Thomas W. Nelson

Hodgson Russ Andrews Woods & Goodyear LLP, Buffalo

LES EPE — TOUJOURS CONTROVERSÉES

Les propositions du budget fédéral 1999 concernant l'imposition des fiducies non-résidentes et des entités de

placement étrangères (EPE) ont été modifiées en novembre 1999 et d'imposantes propositions législatives ont été rendues publiques le 22 juin 2000. (Voir « Entités de placement étrangères », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 25 juillet 2000, p. 49.) À la suite de pressions continues du milieu des finances et des affaires et de la communauté fiscale, un communiqué de presse émis par le ministère des Finances le 7 septembre 2000 contenant une prolongation de la période de consultation, le report de la date de mise en vigueur, et certaines modifications techniques.

La période de consultation est prolongée du 1^{er} septembre au 31 décembre 2000 et la mise en vigueur est reportée de un an à l'année d'imposition commençant après 2001. En réponse aux commentaires reçus, le communiqué contient également certaines propositions de modification aux règles sur les EPE. Les « sociétés mutuelles de placement » américaines sont exclues de l'application des règles et le ministère des Finances étudie la possibilité que d'autres entités étrangères soient également exclues. Les règles sur les EPE ne s'appliquent pas pour déterminer le coût indiqué à l'égard du contenu en bien étranger d'un RPA et d'un REER. Les options d'achat d'actions d'une société mère non-résidente ne sont pas visées par les règles. Le taux d'inclusion de 2/3 à l'égard des « montants de report » selon le régime de l'évaluation à la valeur du marché s'applique aux immobilisations même si elles ont été acquises après le 22 juin 2000. Lorsque les règles seront en vigueur, le taux d'inclusion de 100 % s'appliquera toutefois aux gains accumulés au-delà du montant de report.

Une entité non-résidente est généralement une EPE si la valeur comptable des biens de placement dépasse 50 % de tous les biens. La définition d'un « bien de placement » exclut certains biens précis utilisés dans des entreprises qui sont prescrites. Le ministère des Finances réévalue la notion de valeur comptable et étudie d'autres notions. (La valeur comptable s'entend du montant pertinent selon les principes comptables, dans l'ensemble similaires aux PCGR au Canada) L'expression « entreprise de placement » exclut une entreprise qui achète ou développe des biens tels des logiciels informatiques destinés à la vente ou pour la concession de licence. Par contre, aucune exemption n'est proposée pour d'autres entreprises ou pour les sociétés ouvertes non-résidentes qui sont des SPOR, lesquelles par définition sont considérées exploiter une entreprise de placement. Pour déterminer la valeur comptable selon une approche de conduit (« *lookthrough* »), des modifications techniques sont proposées à la notion de participation notable qui s'entend généralement de la propriété d'au moins 25 %, en vote et valeur, par une entité non-résidente dans une autre.

Le communiqué de presse répond à certaines anomalies portées à l'attention du ministère des Finances, mais ne répond pas à certaines autres telle l'interaction entre le régime des sociétés étrangères affiliées et celui des EPE. Le fondement de la politique sous-jacente aux nouvelles règles est incertain et pourrait même nécessiter une reconstruction de fond en comble axée sur l'objectif-cible – l'évitement de

l'impôt par des particuliers à revenu élevé détenant des placements dans des fonds non-résidents.

Allan R. Lanthier

Ernst & Young s.r.l., Montréal

ACTIONS ÉCHANGEABLES ET LES EPE

Les nouvelles règles relatives aux entités de placement étrangères (EPE), proposées dans le budget fédéral de 1999 en remplacement des règles relatives aux fonds de placement non résidents alors contestées, peuvent s'appliquer de façon inappropriée et susciter des inquiétudes dans le cas d'acquisitions transfrontalières dans lesquelles on utiliserait des actions échangeables. Des modifications récemment proposées par le ministre des Finances devraient apporter un peu de soulagement, mais de nombreuses lacunes structurelles sont toujours présentes.

Une société non-résidente (SNR) ne peut acquérir directement une société canadienne (SCAN) au moyen d'un échange d'actions et obtenir que le transfert se fasse en franchise d'impôt aux fins fiscales canadiennes pour les actionnaires de SCAN. Les actions échangeables donnent lieu à un roulement et font que SNR se retrouve avec toutes les actions de SCAN ou de la société qui lui succède, sauf les actions échangeables détenues par les anciens actionnaires de SCAN. Les actions échangeables et les ententes connexes confèrent aux anciens actionnaires de SCAN les mêmes droits et intérêts économiques que le feraient les actions de SNR : parce que les actions sont généralement échangeables contre des actions de SNR, on peut faire valoir que chaque actionnaire détient une « participation déterminée » ou une option d'achat des actions de SNR en vertu des règles relatives aux EPE. Le ministre des Finances songe à apporter une modification qui contrerait cet effet évident, et ferait en outre qu'une action échangeable serait assimilée à l'action contre laquelle elle peut être échangée.

Les problèmes causés par les propositions législatives relatives aux EPE ne se limitent pas à leur application aux actions échangeables. Par exemple, de nombreuses opérations sur actions échangeables mettent en cause des sociétés de haute technologie non résidentes qui acquièrent leurs contreparties canadiennes. Ces sociétés sont plus susceptibles que les sociétés manufacturières d'être des EPE : elles investissent généralement moins dans la brique et le mortier, et les biens d'entreprise corporels qu'elles possèdent ont des taux d'amortissement beaucoup plus élevés et, par conséquent, des valeurs comptables moindres, ce qui accroît la probabilité que plus de 50 % de la valeur comptable de la société soit constituée de biens de placement. Une exemption s'applique pour les actions d'une société qui sont largement détenues et activement transigées sur une bourse prescrite et dont l'activité principale de la société n'est pas une activité de placement; cette exemption n'est d'aucune utilité pour les sociétés « privées ». Le dernier communiqué du Ministère peut empêcher une société de haute technologie qui tire des revenus de l'octroi de licences sur une propriété intellectuelle

qu'elle a développée ou acquise d'être qualifiée d'entreprise de placement, mais il n'en est pas ainsi pour une société « publique » de haute technologie ayant d'importantes réserves de liquidités. L'intérêt très grand du marché pour leurs titres permet à ces sociétés de mobiliser assez facilement du financement ou du capital supplémentaire mais, si les fonds supplémentaires ainsi recueillis ne sont pas investis durant la période de grâce prescrite, la société peut être considérée comme une EPE. Si cette société tire des revenus provenant de ses réserves de liquidités et, comme c'est souvent le cas, perd de l'argent dans son entreprise de haute technologie où elle met au point de nouvelles techniques, l'ADRC peut faire valoir que son entreprise principale consiste à tirer des revenus de ses réserves de liquidités.

Le projet de règles relatives aux EPE risque de mettre un frein aux opérations sur actions échangeables parce que les conséquences fiscales de leur mise en oeuvre pourraient être inacceptables pour les résidents canadiens qui détiennent des actions échangeables. Le ministre des Finances précisera la date de publication d'un projet révisé au début de 2001 qui reflétera les modifications annoncées jusqu'à maintenant et, espérons-le, les modifications encore à venir.

Jack Bernstein et Andrew Nicholls

Aird & Berlis, Toronto

PRÉCISION SUR LES OPTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

La publication *Nouvelles techniques de l'impôt* n° 19 (juin 2000) de l'ADRC semblait indiquer qu'un employé qui achetait des actions en vertu d'un régime d'options d'achat d'actions et les vendait immédiatement après pouvait identifier ces actions sans avoir à calculer le PBR moyen de ces actions et des autres actions de la société qu'il détient. L'employé pouvait aussi ajouter au coût non réparti l'avantage lié à l'emploi de l'article 7. (Voir « Options d'achat d'actions », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 25 juillet 2000, pp. 53-54.) Un exemple provenant d'une récente interprétation technique indique que le coût réel, mais non l'avantage, doit être réparti.

| | Ancienne politique | Nouvelle politique |
|--|--------------------|--------------------|
| PBR | | |
| 200 actions x 20 \$/action . . . | 4 000 \$ | 4 000 \$ |
| Avantage al. 53(1)j) calculé au prorata (200/300 x 3 000 \$) | 2 000 | — |
| Avantage intégral de l'al. 53(1)j) | — | 3 000 |
| | <u>6 000 \$</u> | <u>7 000 \$</u> |
| Produit (200 actions x 40 \$/action) | 8 000 \$ | 8 000 \$ |
| PBR | <u>(6 000)</u> | <u>(7 000)</u> |
| Gain en capital | <u>2 000 \$</u> | <u>1 000 \$</u> |

La publication précise que si l'employé détient déjà des actions de la société lorsqu'il lève les options, la nouvelle politique de l'ADRC permet d'ajouter l'avantage lié à l'emploi au coût d'acquiescement des actions acquises en vertu de l'option et vendues immédiatement après : l'avantage n'est pas réparti sur le coût de tous les biens identiques. Présumons qu'un particulier détient 100 actions de SOUV ayant un PBR de 1 000 \$ (10 \$ par action), puis achète 200 autres actions en vertu d'un régime d'options d'achat d'actions pour 5 000 \$ (25 \$ par action). Le « coût réel » moyen des 300 actions est de 20 \$ par action. Le même jour, le particulier vend les 200 actions au prix de 40 \$ l'action, ce qui résulte en un avantage lié à l'emploi de 3 000 \$ [(JVM de 40 \$ – prix de levée de 25 \$) × 200 actions]. Selon l'ancienne politique, l'avantage lié à l'emploi était réparti sur le PBR de toutes les actions alors détenues et non pas uniquement sur celui des actions les plus récentes, ce qui ajoutait seulement 15 \$ à chacune des 300 actions détenues. La nouvelle politique de l'ADRC permet d'identifier les actions acquises comme étant celles qui sont vendues en vertu de l'option (sous réserve de certaines conditions) de sorte que l'avantage intégral lié à l'emploi ne se rattache qu'au PBR de ces 200 actions. Cependant, puisque le coût réel des actions – le prix de l'option sans l'avantage lié à l'emploi – est toujours réparti sur le coût de tous les biens identiques alors détenus, un écart important entre le prix global réel des actions anciennement et nouvellement acquises peut donner lieu à un gain en capital substantiel lors de la disposition des actions. Par conséquent, il est toujours souhaitable d'envisager des techniques de planification pour distinguer la propriété de deux groupes d'actions et éviter la répartition.

Wayne Tunney and Lori Dunn
KPMG LLP, Toronto

CLAUSES DE NON-CONCURRENCE

En 1999, l'IRS a publié un avis technique (*Technical Advice Memorandum* – TAM) dans lequel il affirme qu'un paiement au titre d'une clause de non-concurrence aux États-Unis constitue un revenu de source américaine, assujéti à la retenue de 30 %. Dans les faits, une société américaine avait versé à une société suisse, un ancien actionnaire, un montant au titre d'une clause de non-concurrence en Amérique du Nord. La société suisse n'avait pas d'établissement stable (ES) aux États-Unis ni quelque autre investissement dans un établissement aux États-Unis.

L'IRS a reconnu que les bénéfices d'entreprise qui ne peuvent être attribués à un ES aux États-Unis sont exonérés de l'impôt sur le revenu américain selon le traité entre les États-Unis et la Suisse. Le contribuable a fait valoir que le paiement constituait un bénéfice d'entreprise parce qu'il tenait lieu de bénéfice d'entreprise qu'il aurait pu réaliser par ailleurs aux États-Unis ou parce qu'il s'agissait d'un règlement commercial associé aux activités de son entreprise. Il a été conclu dans le TAM qu'un paiement visant à limiter

les activités commerciales ne pouvait être assimilé à des bénéfices d'entreprise.

La question suivante était celle de savoir si le revenu était assujéti à une retenue à titre de revenu annuel ou périodique déterminé ou déterminable (RAPDD) non effectivement rattaché à l'exploitation d'un commerce ou d'une entreprise aux États-Unis. Le TAM précise, en citant l'arrêt *Korfund*, que le paiement constituait un RAPDD. Cet arrêt concluait que le droit de faire des affaires aux États-Unis constituait un bien dont le « situs » est aux États-Unis, et que les paiements faits pour accepter de ne pas exercer ce droit devraient être considérés comme provenant de l'utilisation de ce bien aux États-Unis. On concluait en outre dans le TAM que le paiement ne répondait pas à la définition des redevances dans le traité et que, par conséquent, il n'était pas admissible à un taux de retenue réduit (nul). La définition de « redevances » dans le traité énumère plusieurs exemples précis qui, selon le TAM, illustraient des revenus tirés de l'utilisation ou de la cession d'une propriété intellectuelle; on doit donc lire la fin de l'expression fourre-tout « *and other like property or rights* » (et autres biens ou droits semblables), en tenant compte de ce qui la précède (selon la règle *ejusdem generis*) et on ne peut l'interpréter comme visant des éléments qui ne seraient pas assimilables aux éléments expressément énumérés. Le TAM conclut que les redevances tirées de propriétés intellectuelles ne sont pas analogues aux paiements faits en vertu de clauses de non-concurrence, qui impliquent une inaction ou le non-exercice d'une activité génératrice de revenu. Ainsi, la partie du paiement qui était attribuable à l'acceptation de la clause de non-concurrence aux États-Unis était assujéti à la retenue américaine de 30 %.

Ce TAM va dans le sens contraire de la décision anticipée rendue par l'IRS en 1983 où un revenu semblable avait été assimilé à des bénéfices d'entreprise qui étaient exonérés en vertu d'un traité parce qu'ils ne pouvaient être attribués à un ES aux États-Unis. Dans cette décision, on faisait le raisonnement qu'un paiement tenant lieu d'un revenu prenait les mêmes caractéristiques que le montant auquel on avait renoncé. Ainsi, un paiement au titre du non-exercice du droit de faire des affaires prenait les mêmes caractéristiques que celles associées à l'exercice desdites affaires. Fait intéressant, on se basait sur l'arrêt *Korfund* pour conclure qu'un tel paiement de remplacement était de source américaine, sans faire d'allusion à la ratio de l'arrêt selon laquelle le droit constituait un droit sur un bien. Même si l'on peut discuter de l'exactitude du TAM, son application éventuelle pourrait avoir une portée considérable. Une clause de non-concurrence entre deux entités situées n'importe où dans le monde pourrait être sujette à la retenue américaine si le territoire en cause comprend les États-Unis, sans égard au fait que le bénéficiaire n'ait jamais exercé d'activités commerciales dans ce pays.

Steven Peters
Halifax

SURVOL ADMINISTRATIF

Déclaration de renseignements des sociétés de personnes. Si une société de personnes est exemptée de produire la déclaration et ne la produit pas, l'ADRC peut, malgré la période de cotisation de trois ans, statuer sur le revenu de la société de personnes. Il peut être prudent de produire une déclaration, même si la société de personnes est exemptée de le faire, puisque la production enclenche la période de prescription et peut de ce fait mettre les associés à l'abri d'une éventuelle période de nouvelle cotisation illimitée. Une société de personnes est exemptée de déclarer si, p. ex., elle a cinq associés ou moins pendant tout son exercice et qu'aucun associé n'est une autre société. Selon une interprétation récente de la direction des décisions, il n'y aurait pas de pénalité pour production tardive si une telle société de personnes produisait volontairement une déclaration après la date normale de production si le Ministre a exercé son autorité réglementaire et a renoncé à l'exigence de produire des déclarations prescrites, pour cette société et d'autres sociétés énumérées au paragraphe 11 de la *Circulaire d'information* 89-5R.

Les retenues de garantie à recevoir en Ontario. Le ministère des Finances de l'Ontario travaille apparemment à la rédaction d'un bulletin qui confirmerait que les contribuables ne pourraient plus être exclus du calcul en Ontario de leur capital versé les retenues de garantie à recevoir et travaux en cours non attestés et ce, pour les années d'imposition se terminant après le 30 octobre 1998. Cette modification, qui a pour but de permettre un traitement similaire à celui prévu sous le régime de l'impôt des grandes sociétés, a été annoncée dans le budget 1998 de l'Ontario.

Paul Hickey
KPMG LLP, Toronto

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Traités

Les négociateurs canadiens et américains ont conclu un accord de principe sur les modifications discutées plus haut dans la rubrique « Émigration Canada/É.-U. ».

Le traité avec l'Ouzbékistan est entré en vigueur le 14 septembre 2000; ses dispositions s'appliquent à l'égard de l'impôt retenu à la source sur les montants payés ou portés au crédit après 2000, et à l'égard des autres impôts pour toute année d'imposition commençant à partir du 1^{er} janvier 2001.

Canada

L'OCDE a publié son étude économique sur le Canada pour 2000 qualifiant l'économie canadienne de robuste. Elle suggère que les initiatives de réforme fiscale soient maintenues, incluant le traitement privilégié accordé aux sociétés qui extraient des ressources non renouvelables. L'étude suggère que le Canada élargisse son engagement en matière d'allègements fiscaux dans le but d'avoir une position comparable à celle des autres pays membres de l'OCDE, qui, généralement, imposent moins les contribuables, notamment les sociétés.

Allemagne

Le premier projet de réforme fiscale contient des modifications radicales, incluant un taux d'impôt uniforme de 25 % – variant de 30 % à 40 % actuellement – pour les résidents et les non-résidents, et l'exemption des gains en capital réalisés par des sociétés sur des actions détenues depuis au moins un an. Le gain en capital réalisé par des particuliers sur des actions demeure imposable si ces actions sont de la nature de biens d'entreprise, mais il est assujéti à un taux d'inclusion de 50 % si les actions sont détenues pour une période de plus de un an. De nouvelles règles sur la capitalisation restreinte font passer le ratio de dettes/capitaux de 3:1 à 1,5:1 (9:1 à 3:1 pour les SPOR). La majoration de la valeur des actifs lors d'acquisitions de sociétés sera éliminée.

Blanchiment de capitaux

Dans le cadre du colloque « *Anti-Corruption Summit 2000* » tenu à Arlington en Virginie, Stuart E. Eizenstat, Sous-secrétaire d'État à la Trésorerie, a précisé que les lois américaines ne sont pas assez rigoureuses pour combattre l'évasion fiscale et le blanchiment de capitaux; d'importantes mesures sont présentement arrêtées devant le Congrès. Les tactiques dites « *name-and-shame* » du Groupe d'action financière établi à Paris, contre les paradis du blanchiment de capitaux qui ne coopéraient pas avec la communauté internationale ont donné des résultats encourageants.

L'Espagne et le Mexique ont signé un traité d'aide administrative pour combattre le blanchiment de capitaux, s'engageant à échanger de l'information lorsque leur autorité compétente respective présume que les capitaux impliqués dans des opérations internationales ont un rapport avec des activités illégales.

La convention de l'OCDE dite « *Anti-Bribery Convention* », signée par 23 pays, cible la criminalisation de la corruption de représentants étrangers. La signature des 7 pays membres qui n'ont pas encore signé pourrait être compromise par le fait que plusieurs pays européens, dont la France, permettent la déduction des intérêts reliés à la corruption.

Carol Mohammed

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

© 2000, L'Association canadienne d'études fiscales. 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, L'Association canadienne d'études fiscales, 595 Bay Street, bureau 1200, Toronto, Canada M5G 2N5. Des frais de reproduction pour distribution sont exigés. En publiant *Canadian Tax Highlights* et *Faits saillants en*

fiscalité canadienne, L'Association canadienne d'études fiscales 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 l'Association canadienne d'études fiscales 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.