

Rédactrice : Vivien Morgan, LL.B.

Volume 8, numéro 11, le 28 novembre 2000

CP: LA DGAE MOINS REDOUTABLE?

Dans *Canadian Pacific*, la CCI a conclu que la DGAE ne s'appliquait pas à une série complexe d'opérations d'emprunt et de couverture effectuées dans une devise faible. La CCI a conclu que l'emprunt en dollars australiens et la série d'opérations dont il faisait partie pouvaient raisonnablement être considérés comme ayant été effectués principalement pour des objets commerciaux véritables, à savoir réunir des capitaux et réduire l'ensemble des frais d'emprunt de CP. On ne sait pas encore si l'ADRC entend porter le jugement en appel devant la CAF. Le budget fédéral de 2000 empêche dorénavant ce type d'opération, mais l'ADRC pourrait vouloir contester cette analyse de la DGAE telle qu'elle a été faite par la CCI, et dont pourraient bénéficier les contribuables dans le cadre d'autres stratégies de planification fiscale.

Dans *CP*, les faits sont à peu près identiques à ceux de l'arrêt *Shell* – antérieur à l'adoption de la DGAE – où la CSC avait permis à Shell de déduire la totalité des frais d'intérêt découlant d'un plan de financement complexe comportant un emprunt dans une devise faible, et avait conclu que le gain sur les opérations de couverture connexes constituait un gain en capital. (Voir « Shell met fin à l'incertitude », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 23 novembre 1999, p. 81.) Après l'entrée en vigueur de la DGAE, CP avait contracté un emprunt en dollars australiens dans le cadre d'une structure identique. CP a suivi le même cheminement que *Shell* jusqu'à la CSC, qui a renvoyé le dossier à la CAF afin qu'elle se prononce conformément à l'argumentation de la CSC dans *Shell*. À son tour, la CAF a renvoyé le dossier à la CCI pour qu'elle formule d'autres conclusions de fait, à la lumière de la DGAE.

Dans ce numéro

CP: La DGAE moins redoutable?	85
Règlement de la TPS jugé ultra vires	85
L'erreur est humaine	86
Un nouvel équilibre	87
Quand le délai commence à courir	87
Pertes perdues	88
Déclarations des É.-U. exigées le 1 ^{er} janvier	89
Gains en capital ou dividendes	89
Propositions fiscales en suspens	89
TPS – Méthodes de répartition	90
Émigrer aux États-Unis	90
Les NSULC et l'impôt canadien	91
Cabinets de services multinationaux	91
Actualités fiscales étrangères	92

Le juge Bonner a formulé certaines observations particulièrement intéressantes sur divers aspects de la DGAE. En ce qui a trait à la question de l'objet commercial, il a soutenu qu'il ne faisait aucun doute qu'une opération entreprise principalement en vue d'atteindre un objectif commercial autre que fiscal n'est pas visée par la DGAE. Selon lui, le terme « principalement » vise à protéger le droit du contribuable à structurer une opération à caractère commercial d'une façon qui soit fiscalement avantageuse. Le juge Bonner a également fait remarquer qu'on ne pouvait qualifier autrement un événement pour déterminer si le paragraphe 245(2) trouve application, une nouvelle qualification n'étant permise qu'en vertu de l'alinéa 245(5)c) et seulement si le paragraphe 245(2) s'applique à des opérations qui n'ont pas encore été qualifiées autrement.

Sur la question de l'« avantage fiscal », le tribunal a estimé que la définition de l'expression au paragraphe 245(1), où il est fait mention de réduction, évitement ou report de l'impôt, suppose l'existence d'un montant d'impôt de base à partir duquel la réduction peut être calculée. De l'avis de la cour, dans les circonstances en l'espèce, on doit répondre à la question de savoir si l'opération a donné lieu à une réduction de l'impôt en tenant compte du montant d'impôt qui aurait été exigible si CP avait directement emprunté le montant en cause en dollars canadiens. Le calcul de la réduction à partir du montant de base ne correspond pas à une opération théoriquement possible mais, en termes pratiques, improbable dans les circonstances.

En ce qui a trait à l'analyse de l'expression « série d'opérations », qui permet d'évaluer l'objet visé par une étape quelconque, la cour estime que nulle opération faisant partie d'une série ne peut être considérée comme ayant été conclue à une fin autre que celle qui est visée par la série d'opérations. On ne sait pas très bien si ce commentaire était limité aux faits dans *CP*.

Pour terminer, le juge Bonner a cité un extrait de la décision du juge Bowman dans *Jabs Construction Ltd.*, selon lequel l'article 245 constitue une sanction extrême qui ne devrait pas être utilisée de façon routinière chaque fois que le Ministre est mécontent parce qu'un contribuable structure une opération de façon efficace sur le plan fiscal ou encore qu'il ne la structure pas de façon à maximiser l'impôt.

Wayne Tunney et Lori Dunn
KPMG LLP, Toronto

RÈGLEMENT DE LA TPS JUGÉ ULTRA VIRES

Dans *Société des alcools du Québec (SAQ)*, la CF, 1^{ère} inst. a accueilli la demande, faite par la SAQ, de remboursement de la taxe de vente fédérale (TVF) incluse dans ses stocks au moment de l'entrée en vigueur de la TPS pour un montant

supérieur à celui qui était prévu par règlement. La cour a conclu que le règlement, qui permettait un remboursement d'un montant nettement inférieur, était *ultra vires*.

La TVF était levée, entre autres, au taux de 19 % sur les boissons alcoolisées. Les entreprises ayant des stocks libérés de taxe au 1^{er} janvier 1991, à savoir lors de l'entrée en vigueur de la TPS, avaient droit à un remboursement de la TVF en vertu du paragraphe 120(5) de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA). Ce paragraphe prévoyait que le montant admissible au remboursement devait être calculé selon une méthode prescrite par règlement. Le règlement promulgué en vertu de ce paragraphe prévoyait divers pourcentages pour le remboursement de la TVF, incluant un remboursement pour les boissons alcoolisées égal à 8,1 % de la valeur des stocks, un montant nettement moindre que la TVF de 19 % qui avait été payée.

La cour a conclu que le règlement était *ultra vires* parce qu'il ne correspondait pas à l'objet des dispositions de la législation habilitante qui conférait à l'autorité réglementante le pouvoir de faire des règlements. Selon les avocats du Ministre, les dispositions visaient à éviter toute double imposition au consommateur. Un remboursement partiel, comme celui qui était envisagé par le règlement, laisserait la TVF incluse dans le prix payé par le consommateur, qui paierait ensuite la TPS sur ce montant. Le jugement a été prononcé en français, et la cour a examiné la version française officielle de la LTA pour vérifier l'objet de la disposition autorisant le paiement lié à la composante TVF des stocks d'un contribuable. La version française contient le terme « remboursement ». Comme il n'existe aucune définition statutaire de ce terme, la cour a examiné la définition du dictionnaire – « action de rembourser » et « paiement d'une somme due » – et a conclu que le terme renvoyait au remboursement d'un montant dans son intégralité. (La terminologie française est donc plus proche du terme anglais « reimbursement » que « rebate », qui figure dans la version anglaise de la règle transitoire de la LTA. La cour renvoie à une définition du dictionnaire du terme « rebate » sans autre commentaire.) La cour a conclu que, dans le cas des boissons alcoolisées, le règlement ne permettait pas l'obtention du remboursement intégral envisagé par la LTA; or, la SAQ avait droit au remboursement intégral de la somme demandée. Cependant, dans la plupart des cas, a noté le tribunal, le règlement entraînerait un remboursement équitable et donc, il ne serait pas déclaré inopérant.

L'argument de l'excès de compétence (*ultra vires*) est le plus souvent associé au partage constitutionnel des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Dans de nombreuses causes à caractère autre que fiscal, l'argument est également soulevé dans un contexte réglementaire. Les décisions fiscales publiées sont compatibles avec la règle selon laquelle un règlement est *ultra vires* s'il modifie la portée de la disposition contenue dans la loi habilitante ou tente de faire accepter une interprétation incohérente de la loi. Mais l'application de la

règle peut poser des problèmes : dans une foule de causes portant sur la DPA intentées en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* de 1952, on a, sans succès, tenté de faire déclarer des règlements *ultra vires*. L'arrêt SAQ met également en lumière l'importance d'utiliser les versions française et anglaise d'une loi à des fins d'interprétation.

Paul S. Carezza

Thorsteinssons, Toronto

L'ERREUR EST HUMAINE

La Cour d'appel de l'Ontario a récemment confirmé le jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Juliar*. (Voir « De la coupe aux lèvres », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 25 janvier 2000, p. 2.) Une SPOR avait émis un billet en échange du transfert des actions d'une entreprise familiale; le tribunal inférieur avait ordonné une rectification rétroactive des résolutions de la société autorisant l'émission du billet pour la remplacer par une émission d'actions par la SPOR. Par conséquent, les Juliar avaient pu reporter l'impôt plutôt que de constater un dividende réputé immédiatement.

En 1993, les Juliar avaient transféré leurs actions de la SEXP familiale à une nouvelle SPOR et avaient reçu un billet en échange. M. Juliar croyait que l'impôt avait été payé sur le transfert original des actions de la SEXP fait par les parents de Mme Juliar en faveur de celle-ci et de M. Juliar. Il avait transmis l'information à son nouveau comptable qui avait donc conclu que les actions de la SEXP avaient un PBR égal à la JVM au moment du transfert par les parents. En fait, une exonération des gains en capital avait déjà été demandée à ce moment; aussi, le transfert par les Juliar de leurs actions de la SEXP à la SPOR contre des actions et un billet avait donné lieu à un dividende réputé en vertu de l'article 84.1.

La Cour d'appel de l'Ontario est d'accord avec l'interprétation qu'a faite le tribunal de première instance des principes généraux de la rectification. Si, par erreur, un instrument écrit n'est pas conforme à l'entente véritable intervenue entre les parties, en équité, on a le pouvoir de corriger, ou rectifier, l'instrument en fonction de l'entente véritable. Ce que l'on corrige, ce n'est pas une erreur dans l'opération elle-même, mais plutôt une erreur dans la façon dont l'opération a été consignée par écrit. Les tribunaux d'équité ne rectifient pas les contrats; ce sont les instruments qui sont censés avoir été signés en vertu du contrat qui peuvent être rectifiés et qui le sont (*Snell's Equity*).

La Cour d'appel est d'accord avec le juge de première instance selon qui les Juliar avaient, dès le départ, l'intention commune et continue de transférer les actions de la SEXP sans incidence fiscale immédiate. La preuve montrait que l'opération n'aurait pas été conclue si elle avait nécessairement donné lieu à une obligation fiscale. Le juge de première instance a noté que la répartition des actifs d'une entreprise familiale entre les enfants du fondateur n'est pas un événement rare en soi et que l'on vise invariablement à ce qu'une telle opération soit effectuée à

peu ou pas de frais selon une méthode qui ne donne pas lieu à un impôt immédiat. L'entente qui avait été conclue ne consacrait pas cette intention des parties parce qu'elle donnait lieu à un impôt immédiat et substantiel. L'ADRC a sans succès fait valoir que les parties avaient simplement l'intention de transférer les actions de la SEXP à la SPOR et que c'est bel et bien ce qu'elles avaient fait, ce qui ne nécessitait aucune rectification.

L'application de la ratio de *Juliar* à d'autres causes ne sera pas simple. Le tribunal de première instance avait conclu que les *Juliar* n'avaient pas seulement l'intention de transférer les actions de la SEXP, mais également de les transférer sans incidence fiscale immédiate. Minimiser ou éliminer l'impôt est habituellement un motif sous-jacent à toute opération dont l'un des éléments constitutifs est l'impôt. Il ne sera pas facile de déterminer quelles opérations auront un motif de minimisation ou d'élimination de l'impôt suffisant. De plus, la doctrine de la rectification ne vise pas à permettre aux tribunaux de réécrire les contrats. Elle vise plutôt à permettre la correction d'erreurs documentaires et non pas d'erreurs de planification ou de mise en oeuvre. Il semble que l'arrêt *Juliar* ait considérablement élargi les circonstances dans lesquelles une rectification est accordée. Cependant, il serait peut-être prudent de documenter clairement, dès le début, l'intention première des parties à une stratégie de planification, à savoir éviter toute obligation fiscale immédiate.

Paul Matthews

Fogler Rubinoff LLP, Toronto

UN NOUVEL ÉQUILIBRE

De toutes les modifications proposées à l'impôt sur le revenu des particuliers, la réduction du taux d'imposition effectif des gains en capital est celle qui est le plus susceptible d'avoir une incidence significative sur le comportement des contribuables. Même si une telle réduction est souvent perçue comme un cadeau offert à quelques membres de la « boss génération » (ou « high flyers ») et, par conséquent, comme un anathème pour les autres contribuables, l'allègement obligera en fait plus de 7 millions de Canadiens – dont un petit nombre seulement peuvent être considérés comme fortunés – à revoir leur portefeuille.

Si l'on fait une extrapolation à partir des statistiques fiscales de l'ADRC pour 1997, les quelque 2 millions de Canadiens qui déclarent chaque année des gains en capital imposables verront le rendement après impôt de leurs placements augmenter dans un proche avenir. En 1997, seulement 8,4 % de tous les contribuables ayant des gains en capital avaient un revenu supérieur à 100 000 \$; 14,4 % avaient un revenu se situant entre 60 000 \$ et 100 000 \$; les autres 77,2 % avaient un revenu inférieur à 60 000 \$. Comme les gains en capital sur les placements se traduisent par des rendements après impôts supérieurs, les quelque 2,3 millions de déclarants ayant des revenus de dividendes admissibles au crédit d'impôt pour dividendes devront aussi revoir leur stratégie de placement. Comme l'illustre le

tableau, 76,1 % des personnes touchant des dividendes avaient un revenu inférieur à 60 000 \$. Quelque 7,1 millions de déclarations de revenus de 1997 faisaient mention d'autres revenus de placement, souvent des intérêts sur des dépôts en banque et sur des obligations; seulement 12,3 % de ces déclarations indiquaient un revenu supérieur à 60 000 \$. Le tableau nous fait voir en outre que, dans environ 17,3 % des déclarations où une déduction pour cotisations à un régime de pension agréé était demandée, et dans 19,6 % des déclarations où une déduction pour cotisations à un REER était demandée, le contribuable avait un revenu total supérieur à 60 000 \$.

Ensemble des déclarations de revenus des particuliers pour 1997, ventilation procentuelle des déclarations par palier de revenu

Revenu déclaré	Jusqu'à 30 000 \$	30 000 \$ à 60 000 \$	60 000 \$ à 100 000 \$	Plus de 100 000 \$
Cotisations à un RPA	25,9	56,9	15,1	2,2
Cotisations à un REER	33,5	46,8	15,2	4,4
Dividendes	40,8	35,3	15,7	8,2
Gains en capital imposables	44,0	33,2	14,4	8,4
Revenu de placement	58,5	29,3	8,7	3,6
Revenu total	67,4	24,7	6,1	1,8

Les principaux incitatifs fiscaux à l'épargne et à l'investissement ont de toute évidence beaucoup d'attrait. Une proportion étonnante des 21,1 millions de personnes qui ont produit une déclaration en 1997 s'en étaient prévaluées. Les modifications proposées à l'impôt sur les gains en capital seront particulièrement avantageuses pour les 163 900 déclarants ayant un revenu supérieur à 100 000 \$ – qui représentent 8,4 % de ceux qui ont fait état de gains – qui ont déclaré 60,5 % de tous les gains. Elles seront néanmoins bien accueillies par les quelque 1,5 million de personnes qui ont déclaré des gains mais avaient un revenu inférieur à 60 000 \$ en 1997.

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

QUAND LE DÉLAI COMMENCE À COURIR

Dans *Carlson*, la CCI a récemment réexaminé une demande de prolongation du délai de production d'un avis d'opposition après l'expiration du délai de prescription. Auparavant, les tentatives infructueuses des contribuables à ce chapitre avaient toujours été axées sur la contestation du caractère d'exhaustivité des lois fiscales ou encore elles invitaient le tribunal à exercer sa compétence en équité pour permettre aux contribuables de se faire entendre en cour. Les tribunaux ont presque toujours nié qu'il y ait place pour l'équité dans les lois fiscales. Mais dans *Carlson*, la CCI a conclu que le délai ne commence pas à courir tant que le

contribuable n'a pas « découvert » son obligation potentielle.

En 1992, Dennis Carlson, apparemment à titre de faveur envers un tiers, Avery, avait accepté que ce dernier lui transfère sans contrepartie un immeuble à titre de simple fiduciaire. Aucun acte n'avait été rédigé. En août 1993, l'ADRC avait émis un avis de cotisation à Carlson relativement au transfert, sans autre explication. Carlson avait contacté l'ADRC et avait discuté de la question avec Avery; un représentant de l'ADRC avait dit à Carlson que l'on communiquerait avec lui après étude de son dossier. Avery lui avait assuré qu'il s'occuperait du problème. Mais lorsque Avery avait eu des démêlés avec la justice deux ans plus tard, Carlson, que le juge estimait être un travailleur honnête mais sans beaucoup d'instruction, avait commencé à s'inquiéter et avait transféré l'immeuble au fils de Avery. Ce n'est pas avant la fin de 1998 ou le début de 1999, alors que Carlson discutait d'un autre sujet avec un représentant de l'ADRC, que l'avis de cotisation de 1993 était apparu à l'écran du fonctionnaire de l'ADRC et avait été porté à l'attention de Carlson. Constatant la gravité du problème et le fait que l'avis de cotisation était toujours là, contrairement à ce qu'il avait toujours cru jusqu'alors, Carlson avait retenu les services d'un avocat et avait sans délai déposé une demande de prolongation du délai de production d'un avis d'opposition.

La CCI a examiné de façon exhaustive la jurisprudence sur la doctrine de la « possibilité de découvrir le préjudice subi » qui empêche que le délai de prescription commence à courir tant que le demandeur n'est pas au courant du préjudice (en l'espèce, l'avis de cotisation) et de sa cause probable. On a dit que plusieurs arrêts, autres que fiscaux, de la CSC pouvaient s'appliquer à un contribuable qui, entre-temps, a été dans l'incapacité de comprendre et d'évaluer la situation, et de connaître ses droits de prendre action. Selon la CCI, *Carlson* était l'un de ces rares cas où la règle de la « possibilité de découvrir le préjudice subi » pouvait s'appliquer et venir en aide au contribuable. L'avis de cotisation original était laconique et ne contenait aucune explication, et comme le transfert original qui avait donné lieu à la cotisation s'était fait sans contrepartie, Carlson ne pouvait raisonnablement pas s'attendre à ce que l'opération ait créé une obligation fiscale. Le fait que l'ADRC n'avait apparemment pas contacté Carlson, comme promis, l'avait amené à croire que nulle autre mesure ne serait prise. Lui faire revivre le problème quelque cinq ans après pour percevoir l'impôt impayé, l'intérêt et la pénalité sans lui donner la possibilité d'être entendu devenait profondément injuste. La prolongation n'était pas nécessaire : une fois que Carlson avait « découvert » la cotisation et les conséquences qui en découlaient, il avait produit un avis d'opposition dans les 90 jours.

Il n'a pas été question de la règle du sous-alinéa 165(1a)ii), qui prévoit que le délai commence à courir lors de la mise à la poste de l'avis de cotisation. Depuis l'arrêt *Carlson*, la CAF, dans *Schafer*, a eu à se pencher sur une règle relative à la TPS selon laquelle un avis de cotisation est réputé avoir été reçu le jour de son envoi par courrier de première classe. En l'espèce, la personne à qui l'avis de

cotisation était destiné prétendait qu'elle n'avait pas reçu la dernière de trois cotisations distinctes. Le jugement de la CAF est plus compatible avec la jurisprudence fiscale et n'a pas abordé la question à la lumière de la doctrine de la « possibilité de découvrir le préjudice subi »; la CAF a facilement rejeté la demande de prolongation du délai de production d'un avis d'opposition. Il semble que la Couronne portera le jugement *Carlson* en appel devant la CAF. À moins du renversement de l'arrêt *Carlson*, de nombreuses causes de préjudice où les contribuables voudront se prévaloir de la doctrine de la « possibilité de découvrir le préjudice subi » feront surface.

Chia-yi Chua

Bennett Jones LLP, Toronto

PERTES PERDUES

Chaque fois qu'on réaménage les structures d'entreprise, de nouveaux pièges attendent les insoucients, en particulier si une entité du groupe a des pertes autres que des pertes en capital ou des pertes en capital nettes. Des pertes peuvent être emportées par inadvertance, voire perdues, si, p. ex., une société mère a récemment acquis une société qu'elle a interposée dans la chaîne de propriété entre elle et sa filiale déficitaire pour ensuite liquider cette dernière.

Prenons le cas d'une société mère (A Ltée) qui détient une filiale en propriété exclusive (B Ltée) qui a subi des pertes autres que des pertes en capital. A Ltée acquiert une société inactive (C Ltée) auprès d'une entité avec laquelle elle n'a aucun lien de dépendance. Dans le cadre du remaniement, A Ltée fait passer B Ltée sous C Ltée. Si B Ltée reste en place à titre de filiale de C Ltée, les pertes autres que des pertes en capital de B Ltée ne font l'objet d'aucune restriction, parce que A Ltée contrôle toujours B Ltée. Cependant, si B Ltée est liquidée et absorbée dans C Ltée, les pertes autres que des pertes en capital de B Ltée pour une année d'imposition se terminant avant l'acquisition du contrôle de C Ltée pourraient être emportées ou perdues; l'alinéa 88(1.1)e) s'applique. (L'alinéa 88(1.2)c) s'applique aux pertes en capital.)

Fait intéressant, ces restrictions ne s'appliquent pas aux pertes de B Ltée si celle-ci est absorbée dans C Ltée dans le cadre d'une fusion verticale, parce qu'il n'y a pas de modification ultime du contrôle de B Ltée. Une autre disposition d'allègement peut s'appliquer lors de la liquidation de B Ltée et de son absorption dans C Ltée s'il s'agit d'une nouvelle société née par fusion ou par quelque autre moyen après la fin d'un exercice déficitaire de B Ltée. Supposons que la nouvelle société C Ltée demeure la propriété exclusive de A Ltée. Avec la disposition d'allègement, C Ltée est réputée avoir existé tout au long de la période commençant immédiatement avant la fin du premier exercice déficitaire de B Ltée et se terminant immédiatement après la constitution ou la formation effective de C Ltée. De plus, C Ltée est réputée avoir été contrôlée par A Ltée tout au long de cette période et avoir eu des exercices se terminant le jour

de l'année où son premier exercice a pris fin. En conséquence, C Ltée peut reporter prospectivement les dons de bienfaisance, les pertes, les CII inutilisés et les crédits pour impôt étranger qui n'ont pas été déduits par B Ltée avant sa liquidation.

Greg Boehmer et John Jakolev

Ernst & Young LLP, Toronto

DÉCLARATIONS DES É.-U. EXIGÉES LE 1^{ER} JANVIER

En vertu de l'*Internal Revenue Code* et des règlements connexes, une banque américaine qui verse des intérêts à un résident canadien n'a pas à retenir l'impôt américain si elle obtient du bénéficiaire un certificat d'exemption de retenue. Elle confirme aussi, sous peine de parjure, que le bénéficiaire des intérêts n'est pas un citoyen ou un résident des États-Unis. Le taux de la retenue est de 10 % en vertu du traité entre le Canada et les États-Unis – de 30 % dans le cas d'un pays comme le Liechtenstein qui n'a pas signé de traité – mais une deuxième retenue au taux de 31 % pourrait également s'appliquer.

Dans le cadre d'une réforme générale de son système de retenues, l'IRS a mis au point, en 1998, de nouveaux formulaires qui devront être utilisés comme certificats d'exemption de retenue. Un non-résident ayant un dépôt dans une banque américaine doit remplir un formulaire W-8BEN et le soumettre à la banque. La date à laquelle ces formulaires devaient se trouver en dossier a été maintes fois retardée, pour être finalement fixée au 1^{er} janvier 2001; les anciens certificats d'exemption de retenue que les banques américaines possèdent dans leur dossier (habituellement le formulaire W-8) deviennent généralement invalides. Si la banque n'a pas en dossier un formulaire W-8BEN valide, elle doit techniquement effectuer une retenue sur les paiements d'intérêts et elle est solidairement responsable de l'impôt américain devant être retenu. La plupart des banques américaines ont pris l'initiative d'obtenir de leurs déposants de nouveaux certificats d'exemption de retenue. Par précaution, toutefois, les résidents canadiens ayant des dépôts dans une banque américaine devraient s'assurer avant la fin de l'année que la banque a en dossier un formulaire W-8BEN.

Un autre élément de la réforme des règles de retenue américaines est la notion d'« intermédiaire admissible », soit une institution financière non américaine (ou une succursale étrangère d'une institution financière américaine) qui signe avec l'IRS une convention d'intermédiaire admissible. Ces conventions ont pour but de simplifier les nouvelles procédures de communication de l'information et de protéger l'anonymat des clients étrangers de l'intermédiaire admissible face à l'IRS. L'IRS a récemment annoncé qu'il avait commencé à signer des conventions d'intermédiaire admissible en prévision de l'entrée en vigueur du nouveau régime de retenues le 1^{er} janvier 2001. Les institutions financières canadiennes intéressées trouveront des renseignements sur la façon de devenir un intermédiaire admissible sur le site Web de l'IRS (www.irs.gov), en cliquant

sur « Tax Info for Business » puis sur « Qualified Intermediaries ».

Tim Sawers

Hodgson Russ Andrews Woods & Goodyear LLP, Buffalo

GAINS EN CAPITAL OU DIVIDENDES

Le mini-budget fédéral a ramené le taux d'inclusion des gains en capital des deux tiers à une demie, de sorte que l'impôt sur les gains en capital est dorénavant nettement inférieur à l'impôt sur les dividendes. Par exemple, pour les particuliers résidant en Ontario, l'impôt sur les gains en capital s'établira à 24 % – si l'Ontario emboîte le pas – par rapport à un taux d'environ 32 % sur les dividendes. Si cet écart entre les gains en capital et les dividendes n'est pas réduit, la planification fiscale en sera sensiblement touchée.

Dans une planification fiscale courante, les contribuables qui vendent les actions de leur société d'exploitation procèdent à un dépouillement du « revenu protégé » afin de réduire le gain en capital découlant de la vente. Après un tel dépouillement, une partie du produit se trouve habituellement immobilisée dans une société de portefeuille en vue d'une distribution ultérieure. La modification des taux d'imposition signifie qu'un impôt actuel de 24 % est évité au regard d'un taux de 32 % plus tard, ce qui n'est pas un résultat idéal. Cet écart de taux touche également la planification fiscale courante mise en place afin d'éviter la double imposition pouvant survenir lors du décès de l'actionnaire d'une SPCC. L'utilisation du paragraphe 164(6) pour convertir en dividende un gain en capital au décès ne représente peut-être plus la solution optimale. En outre, il faudra également réévaluer le recours à une assurance-vie détenue par la société en vue d'un meilleur résultat fiscal en vertu du paragraphe 164(6) – la « solution du 33 1/3 », qui deviendra sous peu la « solution des 50 % » – pour en préserver l'efficacité fiscale. Enfin, le taux d'inclusion réduit fait augmenter le coût fiscal global pour un particulier qui reçoit des dividendes au titre de gains en capital d'une fiducie de fonds commun de placement par l'entremise d'une société de portefeuille, le faisant passer de 11,5 % à 16,5 % du gain en capital global. (Voir « Fonds communs de placement », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 25 avril 2000, p. 30.)

Louis J. Provenzano

PricewaterhouseCoopers LLP, North York

PROPOSITIONS FISCALES EN SUSPENS

Le Parlement a été dissout le 22 octobre 2000 à cause de l'élection fédérale du 27 novembre 2000. Tous les projets de loi qui n'avaient pas encore reçu la sanction royale sont morts au feuillet et, comme d'autres propositions fiscales, devront être réintroduits par le nouveau gouvernement élu pour être adoptés sous forme de loi. L'incertitude qui en découle aura une incidence sur la planification fiscale des contribuables et leurs obligations de déclaration au cours des prochains mois.

Les propositions fiscales suivantes n'ont pas vu le jour, compte tenu de l'annonce de l'élection : le mini-budget du 18 octobre 2000; l'Avis de motion de voies et moyens (AMVM) du 5 juin 2000 (projet de loi C-43), incluant les règles sur l'émigration, les fiducies, les dépenses relatives à des ressources, les frais de publicité et les modifications techniques du 30 novembre 1999; les propositions législatives du 8 août 2000 sur l'imposition des succursales de banques étrangères et sur d'autres mesures d'ordre général; les propositions législatives du 22 juin 2000 sur les fiducies non-résidentes et les entités de placement étrangères; et les propositions du budget fédéral de 2000, à l'exception des propositions édictées par le projet de loi C-32 : le rétablissement de l'indexation, l'augmentation des montants de la prestation fiscale pour enfants, et l'augmentation de la limite en biens étrangers pour les REER.

Pratiquement toutes les modifications de TPS ont été incluses dans le projet de loi C-24, qui a reçu la sanction royale le 20 octobre 2000. Ce projet de loi contenait des modifications à la *Loi sur la taxe d'accise* ainsi que des modifications corrélatives à un certain nombre d'autres lois, et il a également édicté des propositions des budgets de 1997, 1998 et 1999. Par contre, les modifications de TPS/TVH annoncées dans le budget fédéral de 2000 et certaines propositions plus récentes faisant partie de l'AMVM du 4 octobre 2000 n'ont pas été édictées.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

TPS — MÉTHODES DE RÉPARTITION

Les entreprises telles les institutions financières qui ont à la fois des fournitures taxables et des fournitures exonérées aux fins de la TPS doivent attribuer à chaque type de fourniture la TPS payée sur leurs dépenses : les crédits de taxe pour intrants permettant de récupérer la TPS payée ne sont disponibles que pour les dépenses liées aux activités taxables. La *Loi sur la taxe d'accise* ne donne que relativement peu d'indications au sujet de la répartition : les méthodes de répartition des dépenses doivent être « justes et raisonnables » et être utilisées uniformément tout au long de l'exercice, mais aucune méthode précise n'est prescrite. Dans ses lignes directrices administratives, l'ADRC énonce sa politique et exprime une préférence pour la répartition directe. La cause de *Ville de Magog* est l'une des rares causes entendues sur la question de la répartition.

La cause de *Ville de Magog* portait sur l'affectation par une municipalité québécoise de ses frais généraux à ses activités taxables de distribution d'électricité. La municipalité utilisait un pourcentage d'affectation de 50,9 %, à savoir la proportion que représentait le total des frais directs des activités relatives à l'électricité par rapport au total des dépenses de la municipalité. Pour sa part, p. ex., l'ADRC utilisait une formule de répartition fondée sur le pourcentage correspondant au total des employés municipaux directement affectés aux activités relatives au réseau électrique – 9,28 % –

pour l'affectation de certains frais généraux engagés pour la gestion du personnel.

Les documents budgétaires de la municipalité pour l'exercice considéré indiquaient que les revenus générés par les activités relatives à l'électricité excédaient les dépenses de plus de 3 M\$. En utilisant la méthode de répartition adoptée pour la TPS et en attribuant 50,9 % des frais généraux à ces activités, on aboutissait à un déficit de 2 M\$. La CCI a jugé que la méthode de répartition de la municipalité produisait des résultats qui ne reflétaient pas la situation financière réelle des activités relatives à l'électricité; l'affectation d'un montant considérable de dépenses au titre des frais généraux contredisait la propre analyse comptable de la municipalité. La cour a conclu qu'il était nécessaire d'établir le pourcentage de répartition à partir de critères objectifs. De l'avis du juge, des méthodes « justes et raisonnables » ne peuvent être que des méthodes qui reflètent le mieux la situation financière réelle d'une activité. Le juge s'est inspiré de commentaires faits par la CSC dans l'affaire *Canderel*, qui portait sur la méthode à utiliser pour obtenir une image fidèle du revenu d'un contribuable. La CCI a conclu que la méthode de répartition utilisée par la municipalité produisait des résultats tordus qui n'étaient pas compatibles avec ses propres informations comptables; en revanche, la méthode utilisée par l'ADRC reposait sur des critères logiques et objectifs, et était plus difficilement contestable, au sens pratique.

Le jugement rendu dans *Ville de Magog* nous fournit des indications sur la façon de concevoir une méthode de répartition des dépenses entre les activités taxables et les activités exonérées aux fins de la TPS, qui satisfait à l'exigence d'une méthode « juste et raisonnable ». On a naturellement tendance à accroître l'attribution de dépenses aux activités taxables pour ainsi accroître le remboursement de TPS. Cette tendance peut se refléter sur la conception d'une méthode de répartition, parce que, sous de nombreux aspects, le processus relève davantage de l'art que de la science et que l'absence d'exigences légales ou réglementaires ouvre la voie à une grande souplesse. L'évaluation du caractère juste et raisonnable d'une méthode demeurera toujours une question de fait qui découlera des circonstances propres au contribuable; toute méthode qui dérogerait au traitement comptable utilisé à d'autres fins serait susceptible de contestation. Comme la CCI le notait dans *Royal Canadian Legion (Branch 164)*, un arrêt antérieur portant sur les méthodes de répartition, il faut pouvoir établir que la méthode utilisée est objective et logique; il est peu probable qu'une répartition qui dérogerait à cette norme résisterait à une contestation devant les tribunaux.

James Warnock

McMillan Binch, Toronto

ÉMIGRER AUX ÉTATS-UNIS

Un récent projet de modification au traité entre le Canada et les États-Unis au sujet de la disposition réputée au départ laisse certaines questions sans réponse. (Voir « Émigration

Canada/É.-U. », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 24 octobre 2000, p. 78.)

Selon les règles proposées sur l'impôt de départ canadien, le particulier qui cesse de résider au Canada après le 1^{er} octobre 1996 est réputé avoir disposé de la plupart de ses biens, incluant les biens canadiens imposables. Un choix approprié et le dépôt d'une garantie peuvent entraîner le report du paiement de l'impôt (sans intérêt) jusqu'à la disposition réelle du bien, alors que le Canada accordera un crédit pour les impôts payés au pays signataire du traité où réside le contribuable. Le crédit en question est une mesure provisoire, dans l'attente de la reconnaissance, par les pays signataires de traités avec le Canada, de l'impôt de départ canadien. Selon le changement proposé, le particulier qui émigre aux États-Unis peut choisir d'être traité comme ayant disposé du bien et l'ayant acquis de nouveau à la JVM aux fins de l'impôt américain, ce qui élimine la possibilité d'une double imposition et la nécessité d'un crédit pour impôt étranger au Canada. Mais un tel choix accélère l'impôt américain sur les participations dans des biens immeubles aux États-Unis; selon le communiqué du ministère des Finances, la nouvelle règle garantira un crédit d'impôt convenable lorsqu'il y a de l'impôt à payer dans le pays de destination. Si on s'en tient au communiqué, on ne sait pas très bien si le particulier qui ne fait pas le choix peut toujours se prévaloir du crédit en vertu de la législation sur l'impôt de départ proposée. Un choix fait par un citoyen américain résidant au Canada qui émigre aux États-Unis accélère également l'impôt américain; on ne sait pas non plus très bien comment la nouvelle règle s'applique dans ce cas.

Allan R. Lanthier

Ernst & Young s.r.l., Montréal

LES NSULC ET L'IMPÔT CANADIEN

L'utilisation, pour les investissements transfrontaliers, d'une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (« Nova Scotia unlimited liability company » ou NSULC) tient habituellement à des motifs liés à la fiscalité américaine, parce qu'une telle société est un « conduit » aux fins de l'impôt américain. La NSULC peut donc sembler être un moyen parmi plusieurs pour les investisseurs américains – outre l'association, la société de personnes ou la coentreprise avec un résident canadien – auquel se greffe toutefois la difficulté d'avoir à constituer une entité juridique distincte. Pourtant, la structure de la NSULC comporte souvent des avantages fiscaux au Canada, dont il faut tenir compte.

Au moins deux avantages fiscaux canadiens importants d'une NSULC peuvent être pertinents. Les intérêts, qui sont déductibles pour une SCAN, dont une NSULC, et que celle-ci paie à un prêteur américain sans lien de dépendance qui lui a consenti des fonds pour plus de cinq ans, peuvent ne pas être assujettis à une retenue d'impôt. Les intérêts payés dans des circonstances analogues par une société de personnes ou une association canadienne seront probablement assujettis à la retenue d'impôt. De plus, le

taux de la retenue d'impôt sur les dividendes versés par une SCAN, dont une NSULC, à une société américaine rattachée s'établit à 5 %, ce qui est nettement inférieur au taux de la retenue effectuée sur les rentrées provenant de l'activité exploitée par le non-résident au Canada.

Willard Strug

Blois Nickerson, Halifax

CABINETS DE SERVICES MULTINATIONAUX

Les fournisseurs de services professionnels, de services de consultation et autres, comme les banques, ont élargi leurs activités internationales pour mieux servir les autres multinationales. Les cabinets d'experts-comptables ainsi que leurs cabinets de consultation connexes ont été parmi les premiers à couvrir le monde; d'autres cabinets de consultation, des bureaux d'ingénieurs et des cabinets d'avocats ont également formé des cabinets internationaux. Une foule de considérations légales et fiscales sont rattachées au regroupement de ces activités professionnelles.

■ Selon les modalités d'octroi de permis, il est possible que tous les associés soient tenus d'avoir un droit d'exercice sur leur territoire; les cabinets d'experts-comptables ont formé en tandem des cabinets professionnels et de consultation avec des exigences réglementaires différentes. (L'apparence de conflits d'intérêts pour les cabinets de vérification américains a entraîné la création de cabinets de consultants.) Certains territoires permettent aux professionnels de se constituer en société.

■ Une dénomination sociale internationale peut être rejetée dans un territoire où l'on exige, p. ex., que le cabinet ne porte que le nom de membres (anciens) du cabinet.

■ Un cabinet de plus grande taille peut signifier un nombre accru de poursuites en négligence professionnelle et pour des montants plus importants, et peut-être même le risque que de telles poursuites soient intentées dans d'autres pays.

■ Les différences dans les méthodes de facturation, le coût de la vie, les méthodes de travail et les cultures d'entreprise aussi bien que les écarts de devises posent des défis.

■ Les lois fiscales régissant le traitement de l'entité qui fournit les services et de ses membres influenceront sur la dissolution et le regroupement des entreprises ou de l'entité, sur l'admission ou le retrait des associés ainsi que sur le traitement fiscal annuel de l'entité et de ses membres, comme la déclaration du revenu, le moment de la constatation du revenu et le traitement des opérations en devises.

■ La gestion d'un cabinet multinational de professionnels ou de consultants est complexe et hautement politique.

L'exercice d'activités à l'échelle mondiale peut être rendue possible par l'association d'une entité distincte à un groupe international moyennant des frais annuels et des commissions pour recommandation dans le cadre de l'utilisation des services d'un membre. Les membres peuvent indiquer leur affiliation sur le papier à en-tête du cabinet. Une association plus étroite est possible lorsque des entités distinctes utilisent la même dénomination ou une dénomination semblable, peut-être dans le

cadre d'une société locale qui verse des honoraires à une organisation centrale. Les prix de transfert, les retenues d'impôt (sur les frais de gestion) et la question de savoir si chaque société de personnes ou leurs associés exploitent une entreprise peuvent poser problème. Par ailleurs, plusieurs cabinets distincts peuvent combiner en partie leurs activités – p. ex., en partageant le coût et les bénéfices des bureaux internationaux. L'approche la plus ambitieuse consiste à former une nouvelle entité réunissant deux cabinets ou plus provenant de territoires différents ou à les absorber dans l'une des structures actuelles du cabinet. Les questions fiscales associées à de tels arrangements qui peuvent faire appel à des coentreprises, à des sociétés de personnes ou à des sociétés et leurs filiales seront examinées séparément dans le prochain numéro.

Si les cabinets prédécesseurs forment une seule entité, les lois de chaque territoire devront être examinées pour déterminer si l'impôt devancé sur une vente réputée des actifs de l'entité ou des participations dans la société de personnes peut être évité. Le choix d'un territoire pour l'entité commune devra tenir compte de réalités comme le lieu de la direction centrale et le traitement fiscal de l'entité et de ses membres là où elle exerce ses activités. Une entité hybride peut être une société de personnes dans un territoire donné et une société par actions dans un autre. La cohérence des modalités de constatation du revenu entre les territoires peut poser des problèmes : les dates de fin d'exercice et les méthodes de calcul et de déclaration du revenu peuvent varier. La flexibilité nécessaire pour permettre l'existence de différentes filiales peut entraîner un traitement fiscal favorable à l'échelle locale. La retenue d'impôt peut s'appliquer sur les paiements faits par l'entité et en sa faveur; la maximisation des crédits pour impôt étranger peut soulever des difficultés. Les questions de la résidence, de la protection en vertu des traités, des structures de capitalisation et de l'impôt des sociétés et des succursales peuvent également s'avérer importantes. L'entité doit décider si les clients seront facturés à l'échelle locale ou par une entité internationale. Le partage des bénéfices ne saurait être négligé : les membres oeuvrant à l'échelle locale pourront retirer des salaires ou partager les bénéfices locaux sans paiements compensateurs pour tenir compte du partage des bénéfices à l'échelle internationale; par ailleurs, l'entité internationale peut procéder à toutes les attributions. On doit également tenir compte de la structuration des baux, des acquisitions de biens ainsi que des arrangements bancaires.

Jack Bernstein

Aird & Berlis, Toronto

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Traités

Le traité conclu par le Canada et le **Grand-Duché de Luxembourg** est entré en vigueur le 17 octobre 2000 et prendra effet le 1^{er} janvier 2001. Lors d'une mission commerciale en Europe de l'est, le ministre du Commerce international, Pierre Pettigrew, a signé un traité avec la **Slovénie** le 15 septembre 2000.

L'Association canadienne
d'études fiscales
595, Bay Street, bureau 1200
Toronto, Canada M5G 2N5
Téléphone : (416) 599-0283
Télécopieur : (416) 599-9283
Internet : <http://www.acef.ca>
ISSN 1192-2672

Publié mensuellement.
Prix à l'unité : 13,33 \$
Abonnement : 160 \$ par année

Paradis fiscaux

Un communiqué de l'OCDE rendu public en octobre a précisé que 23 des 35 territoires qui ont manifesté un intérêt pour discuter de leur pratiques fiscales dommageables ont été invités à une série de rencontres en novembre. Ces réunions porteront sur l'échange d'information.

Entre-temps, l'OCDE a récemment inscrit Monaco sur la liste des régimes préférentiels dommageables. Le rapport de 1998 de l'OCDE a établi quatre critères à cette fin : aucun impôt sur le revenu; aucune règle en vigueur sur l'échange d'information; aucune transparence dans les pratiques administratives; et aucune exigence pour une entité de posséder des activités substantielles par comparaison avec des activités motivées par des considérations fiscales. Caricom, un organisme regroupant 14 pays des Caraïbes, prévoit demander l'aide de l'Organisation mondiale du commerce lors de sa médiation avec l'OCDE. Les pays membres du Commonwealth qui sont ainsi touchés se sont réunis pour faire part de leur mécontentement face à la position de l'OCDE sur les paradis fiscaux et en arriver à un consensus sur des sujets connexes.

Afrique du Sud

Pour encourager les entités étrangères à mettre sur pied des bureaux régionaux en Afrique du Sud, le ministre des Finances a proposé des allègements fiscaux par la création de sociétés internationales de direction dite « international headquarters company » (IHC). La totalité du capital-actions d'une IHC doit être détenue par des non-résidents. Les participations indirectes par des résidents ou des fiducies ne doivent pas excéder 5 %, et 90 % des actifs d'une IHC doivent être constitués de capitaux propres ou de prêts à des filiales non-résidentes. Les propositions éliminent l'impôt sur le revenu sur les dividendes étrangers d'une IHC et sur sa part du revenu dans des entités étrangères contrôlées; une IHC n'est pas redevable de l'impôt de deuxième retenue sur les dividendes qu'elle déclare.

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.