

Rédactrice : Vivien Morgan, LL.B.

Volume 9, numéro 5, le 29 mai 2001

SOCIÉTÉS DES PAYS-BAS

Dans les structures internationales de financement, les sociétés hollandaises sont souvent utilisées en raison des règles fiscales favorables des Pays-Bas et du vaste réseau de traités de ce pays. Par exemple, les opérations de financement au moyen d'obligations consécutives (« back-to-back »), conclues en passant par les Pays-Bas, permettent de réduire les retenues d'impôt étranger sur les intérêts, y laissant toutefois un mince écart. Le 30 mars 2001, le sous-secrétaire hollandais aux finances a rendu public un décret ciblant le recours au financement intragroupe et aux sociétés de redevances n'ayant qu'une « substance économique » faible ou nulle aux Pays-Bas. Les nouvelles règles, qui s'appliquent à compter du 1^{er} avril 2001, ont été adoptées en réaction aux critiques voulant que les règles fiscales internationales des Pays-Bas – la pratique de rendre des décisions anticipées (DA) en particulier – créent une concurrence fiscale dommageable. Les règles actuelles demeurent en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005.

Antérieurement, les sociétés créées aux seules fins de canaliser les paiements et les encaissements d'intérêts ou de redevances pouvaient obtenir des DA des autorités fiscales hollandaises; désormais, les sociétés qui fournissent des services de financement intragroupe ou de concession de licences ne peuvent obtenir une DA que si elles remplissent les exigences au chapitre de la substance, c.-à-d. si elles peuvent faire la preuve de l'existence de liens économiques suffisants avec les Pays-Bas. En vertu du décret, au moins 50 % des membres du conseil d'administration doivent être des résidents des Pays-Bas; les administrateurs doivent avoir des compétences suffisantes et les responsabilités nécessaires pour pouvoir exercer leurs fonctions; les décisions les plus importantes du conseil doivent être prises aux Pays-Bas; la société doit être gérée aux Pays-Bas et son principal compte de banque, tenu dans ce pays; elle doit se conformer aux obligations de déclaration du pays; son adresse

principale doit être aux Pays-Bas; et elle doit disposer de capitaux propres suffisants pour exercer ses fonctions et assumer les risques qui y sont associés.

Si une société satisfait aux exigences relatives à la substance mais n'assume pas les risques réels associés à l'encaissement et au versement intersociétés d'intérêts et de redevances, elle n'obtiendra une DA que si le contribuable qui formule la demande accepte spontanément d'échanger des informations avec l'autre partenaire au traité. Une société hollandaise qui n'assume pas de tels risques n'aura pas droit non plus à un crédit pour les retenues d'impôt étranger à porter en réduction de son impôt sur le revenu hollandais. Si de telles structures sont mises sur pied sans l'obtention d'une DA, les autorités fiscales hollandaises feront parvenir l'information au partenaire d'un traité. Les risques associés aux activités financières comprennent le risque propre au débiteur, le risque de change, le risque de marché et le risque d'exploitation. Une société de services financiers doit assumer des risques réels et posséder des capitaux propres suffisants que les créanciers pourront revendiquer si un risque se matérialise; elle est réputée assumer des risques réels si ses capitaux propres sont supérieurs au moindre des montants suivants : 1 % du montant des emprunts impayés et 2 000 000 d'euros, mais elle doit également démontrer que ses capitaux propres seraient réellement menacés si de tels risques se matérialisaient. Les sociétés qui satisfont aux critères relatifs à la substance et assument des risques commerciaux suffisants peuvent obtenir une DA et profiter de tous les avantages du système fiscal hollandais et de son réseau de traités. Les écarts standards ne sont toutefois plus possibles à titre d'exonération.

Le décret fait partie d'une série de décrets qui prévoient, entre autres, la mise en place de mesures distinctes relativement aux arrangements préalables en matière de prix de transfert et aux DA, l'élaboration de directives sur l'application de ces deux types de décisions et sur la façon dont le principe du lien de dépendance s'applique aux Pays-Bas, et l'officialisation de la procédure concernant l'autorité compétente. L'adoption de ces décrets résulte de toute évidence des pressions exercées par certains pays de l'UE concernant la concurrence fiscale dommageable des Pays-Bas tant au niveau de l'UE que de l'OCDE. Les Pays-Bas ne veulent pas que leurs règles soient perçues comme encourageant la création de structures légales ou de sociétés qui aient pour seul but l'obtention d'avantages fiscaux. Le sous-secrétaire a promis de communiquer avec les partenaires des traités fiscaux si une société qui n'a que peu de liens avec les Pays-Bas ou qui n'assume pas de risques commerciaux réels y exerce des activités. L'utilisation de processus d'échange spontané d'informations avec les partenaires des traités comme outil principal pour contrer les structures fiscales potentiellement dommageables diffère de l'approche adoptée par certains autres pays. Par exemple, la législation américaine traite des structures dites de « conduit », et les traités signés par les États-Unis comportent des articles limitant les avantages qu'une société peut obtenir. Les Pays-Bas,

Dans ce numéro

Sociétés des pays-bas	33
CI sur les pénalités administratives	34
Les règlements échappent à la DGAE	34
Une oeuvre en parachèvement?	35
Sur les sociétés de personnes	36
Pas de PDTPE SVP!	36
Intérêt perdu	37
Bénéfices d'une succursale électronique	38
Le critère de l'intégration revu	39
Propositions de faillite	39
Garanties données par une SCAN et impôt aux É.-U.	39
Éclatement de l'entreprise familiale	40

comme certains autres pays, marchent sur la corde raide en essayant d'adopter de nouvelles mesures qui, à la fois, feront taire les critiques des pays de l'UE et de l'OCDE et maintiendront l'attrait de ce pays comme terre d'investissement.

Albert Baker

Deloitte & Touche, s.r.l., Montréal

CI SUR LES PÉNALITÉS ADMINISTRATIVES

Le Comité sur la fiscalité de l'ICCA a récemment fait part à l'ADRC de ses commentaires sur le projet de circulaire d'information (CI) relative au traitement des pénalités administratives. Le comité estime que des changements doivent être apportés aux dispositions sur le processus de traitement des pénalités figurant dans la CI : ainsi, des représentants de l'extérieur devraient siéger au comité d'examen des pénalités de l'ADRC. Voici les faits saillants du rapport de 12 pages du rapport du comité.

■ **Seuils de responsabilité.** Selon le comité, les praticiens sont inquiets du fait que certains énoncés contenus dans la CI semblent indiquer un relâchement administratif dans l'obligation d'afficher un comportement « entendu » (« knowing behaviour ») par rapport aux seuils de responsabilité fixés par le Parlement.

[traduction non officielle] Les nouvelles dispositions de pénalités administratives [limitent] celles-ci ... aux cas flagrants – pour les particuliers qui, délibérément ou sciemment, conseillent à d'autres personnes de commettre une fraude. Des hauts représentants de l'ADRC et du ministère des Finances ont confirmé cette interprétation, en indiquant qu'ils ne prévoient pas plus d'une douzaine de cas d'imposition de pénalités administratives dans une année donnée ... Selon nous, les pénalités administratives devraient être limitées aux activités les plus audacieuses ou scandaleuses des promoteurs d'abris fiscaux ou à ceux qui participent à une fraude d'envergure.

Par conséquent, le comité est d'avis que certains paragraphes de la CI devraient être clarifiés afin d'empêcher une application plus large que prévu des pénalités.

■ **Dilution du principe de la bonne foi.** Selon le comité, il semble que la CI amenuise le principe de la bonne foi : la discussion sur ce sujet contenue dans la CI est incompatible avec les commentaires du ministère des Finances selon lesquels une personne peut se fier aux renseignements fournis par le client, sauf s'ils sont manifestement faux (principe 7, paragraphe 13). La CI doit préciser qu'un tiers est protégé s'il n'a aucune raison de croire que l'information qui lui est fournie par un contribuable est fautive.

De plus, le paragraphe 36 prévoit ce qui suit : « L'exception prévue s'applique lorsque l'information utilisée par le conseiller ou le spécialiste en déclarations *n'est pas manifestement déraisonnable pour une personne prudente et ne soulève pas de questions de la part du conseiller ou du spécialiste en déclarations.* » (Les italiques sont de nous.) À notre avis, cette phrase limite considérablement le principe de la bonne foi. À tout le moins, elle soulève des doutes quant au niveau de questionnement et du travail nécessaires pour qu'on soit en mesure de se fonder sur l'information fournie par le client. Éléments des plus troublants, ce paragraphe laisse entendre que les spécialistes en déclarations doivent entretenir des doutes sérieux sur leurs clients lorsqu'ils font affaire avec eux.

■ **Qu'est-ce que la diligence raisonnable?** Le comité souligne que le principe 7, énoncé au paragraphe 13, indique clairement que la législation ne vise pas à obliger les conseillers fiscaux qui respectent leurs normes professionnelles à effectuer des vérifications ou des contrôles supplémentaires. Le paragraphe 64 prévoit que si une personne fait preuve de diligence raisonnable, on ne peut pas lui imposer de pénalités administratives, mais la diligence raisonnable n'est pas définie.

[traduction non officielle] On peut poser un nombre incalculable de questions sur ce qui constitue la diligence raisonnable : combien doit-on en poser pour éviter la responsabilité? Un grand nombre de nos membres ont l'impression que la CI présuppose que les clients mentent et que les conseillers doivent poser toute une série de questions pour connaître la vérité. De plus, la CI laisse entendre qu'il ne suffit pas de simplement poser des questions – il faut poser les bonnes, et ne pas se limiter à une ou deux. Comment cette norme peut-elle être respectée en pratique?

Le comité conclut à la nécessité de définir clairement la diligence raisonnable et de donner plus d'exemples sur la façon dont une personne peut l'exercer pour éviter les pénalités. La diligence raisonnable ne doit cependant pas entraîner un surplus appréciable de travail si elle doit être conforme à l'intention déclarée de l'ADRC.

■ **Autres commentaires.** Le rapport de l'ICCA contient des commentaires sur d'autres aspects de la CI comme les facteurs qui déterminent si des pénalités seront imposées; le processus appliqué par l'ADRC pour décider de l'application d'une pénalité; l'importance relative (l'ADRC ne devrait pas mettre l'accent sur des aspects négligeables en l'absence de comportement abusif répétitif); les dispositions d'évaluation et comment la JVM sera déterminée; la responsabilité pour les conseillers des entreprises; la double responsabilité pour les cabinets et les particuliers; et la terminologie (p. ex., l'expression « obviously unreasonable » est trop subjective et devrait être remplacée par « obviously wrong »).

Le résumé des préoccupations de l'ICCA contient des informations utiles. Il sera intéressant de voir dans quelle mesure l'ADRC en tiendra compte dans la version finale de la CI.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

LES RÈGLEMENTS ÉCHAPPENT À LA DGAE

Dans les arrêts *Rousseau-Houle* et *Fredette*, le juge Archambault de la CCI a estimé que la DGAE ne s'appliquait pas pour empêcher un associé de maximiser la déduction des intérêts et de la DPA en faisant en sorte que des biens soient la propriété d'une société en commandite et que celle-ci soit financée par l'associé personnellement. Le juge a conclu que de tels arrangements n'entraînent pas un abus et que la DGAE ne s'applique pas aux règlements de la Loi.

Les deux causes portaient sur des accords de financement de sociétés en commandite qui détenaient des biens locatifs, accords qui avaient été parmi les premiers à être visés par l'ADRC en vertu de la DGAE. Le paragraphe 1100(11) du Règlement limite la DPA déductible à l'égard des biens locatifs au revenu tiré de la location. Cette limite est contournée lorsque le

bien est détenu par une société en commandite et que son acquisition est (re)financée sur une base personnelle : les frais d'intérêt engagés à l'extérieur de la société en commandite ne réduisent pas le revenu de location de cette dernière. Les associés peuvent porter les frais d'intérêt liés à leur apport en capital à la société en diminution de leurs autres revenus. Cette opération minimise également l'application des règles sur la fraction à risques des sociétés en commandite.

Dans *Rousseau-Houle*, le contribuable avait contracté un emprunt afin de financer sa participation dans une société en commandite qui devait faire l'acquisition d'un bien locatif, mais la société en commandite n'avait pu être mise sur pied à temps pour procéder à l'achat : la contribuable avait donc acquis le bien « pour le compte de » la société en commandite et en avait transféré le titre dès la création de la société. Dans *Fredette*, le contribuable et sa conjointe avaient contracté un emprunt pour acheter un triplex dont ils habitaient un appartement et louaient les autres. Ils avaient par la suite constitué une société en commandite à qui ils avaient transféré le triplex contre des « participations additionnelles » dans la société. (Le transfert n'a jamais été enregistré, mais après analyse de la jurisprudence, la cour a estimé que le transfert était légalement exécutoire aux fins de l'impôt.) Le couple avait transféré ses participations dans la première société en commandite à une seconde dont l'exercice se terminait à une date antérieure, maximisant ainsi la DPA et les intérêts, et permettant aussi un report de l'impôt sur le revenu sur deux ans.

La CCI a accueilli l'appel dans *Rousseau-Houle*, estimant que la DGAE ne s'appliquait pas aux règlements, qui ne sont pas une « disposition de la Loi », comme il en est fait mention dans la DGAE. La CCI a cité l'arrêt *Singer* de 1941 de la CSC selon lequel un règlement n'est pas une loi du Parlement. Selon la CCI, si le Parlement avait voulu que l'on tienne compte de la Loi et des règlements, il l'aurait énoncé expressément, comme c'est le cas dans plusieurs autres dispositions de la Loi. Par ailleurs, la constitution, l'existence et le financement de la société en commandite et du bien locatif ne représentent pas un abus : la Loi et les règlements n'exigent pas que les biens locatifs soient uniquement la propriété de sociétés en commandite ou de sociétés par actions, pas plus qu'ils n'imposent de restrictions quant au financement.

Dans *Fredette*, la CCI a accueilli l'appel en partie. La cour a ordonné que la nouvelle cotisation ne tienne pas compte de l'avantage fiscal indu tiré de l'utilisation de la seconde société en commandite – soit un report de deux ans de l'impôt – mais autrement le contribuable avait le droit d'aménager ses affaires de façon à minimiser l'impôt exigible et il ne pouvait être tenu de structurer les opérations de la façon la plus favorable pour l'ADRC. Les montants relatifs à l'appartement habité par le contribuable et sa conjointe – frais personnels de subsistance – ont été éliminés du revenu et des dépenses du contribuable et de la société en commandite, mais autrement la cour a permis à la société en commandite de déduire la DPA maximale et au contribuable, les frais d'intérêt. Les opérations qui avaient permis à la première société en commandite de bénéficier d'une DPA plus élevée que si elle avait été le débiteur ne constituaient pas des opérations d'évitement, et les activités de financement de la société en commandite effectuées par les particuliers ne représentaient pas un abus

dans l'application de la Loi. De plus, un tel abus ne peut résulter de l'application des règlements.

Wayne Tunney et Lori Dunn
KPMG LLP, Toronto

UNE OEUVRE EN PARACHÈVEMENT?

Les budgets provinciaux de 2001 ont confirmé deux choses que l'on soupçonnait déjà à la lecture des budgets précédents : les impôts provinciaux sur les entreprises sont en voie d'être réduits, et les provinces se font concurrence pour s'arroger le droit d'offrir les taux d'impôt les plus bas. Les tableaux ci-dessous montrent comment les taux s'appliquant aux bénéficiaires des petites entreprises et aux activités autres que des activités de fabrication et de transformation (F&T) ont diminué depuis 1988 et continueront de reculer au moins jusqu'en 2006, lorsque les programmes provinciaux actuels seront entièrement mis en place.

Les réductions de taux consenties aux petites entreprises résultent strictement d'initiatives provinciales; le taux n'a guère changé depuis 1988 et on ne prévoit pas qu'il changera dans un proche avenir. Les modifications de taux des provinces s'ajoutent au relèvement du seuil des profits admissibles au taux le plus bas : dans certaines situations, des congés fiscaux complets sont accordés aux nouvelles entreprises.

Taux de l'impôt sur le revenu s'appliquant aux profits généraux par année civile

	1988	1995	2001	2006
T.-N.	16,0	14,0	14,0	14,0
Î.-P.-É.	15,0	15,0	16,0	16,0
N.É.	15,0	16,0	16,0	16,0
N.-B.	16,0	17,0	16,0	16,0
Québec	13,9	16,3	9,0	8,9
Ontario	15,5	15,5	14,0	8,0
Manitoba	17,0	17,0	17,0	15,0
Saskatchewan	17,0	17,0	17,0	17,0
Alberta	15,0	15,5	13,9	8,0
C.-B.	14,0	16,5	16,5	16,5
T.N.-O.	10,0	14,0	14,0	14,0
Nunavut	10,0	14,0	14,0	14,0
Yukon	10,0	15,0	15,0	15,0
Fédéral	32,5	29,1	28,1	22,1

Taux de l'impôt sur le revenu s'appliquant aux profits des petites entreprises par année civile

	1988	1995	2001	2006
T.-N.	10,0	5,0	5,0	5,0
Î.-P.-É.	10,0	7,5	7,5	7,5
N.É.	10,0	5,0	5,0	5,0
N.-B.	5,0	7,0	4,0	4,0
Québec	3,2	5,8	9,0	8,9
Ontario	10,0	9,5	6,5	4,0
Manitoba	10,0	9,0	6,0	5,0
Saskatchewan	10,0	8,0	7,0	6,0
Alberta	5,0	6,0	5,3	3,0
C.-B.	10,0	10,0	4,5	4,5
T.N.-O.	10,0	5,0	5,0	5,0
Nunavut	10,0	5,0	5,0	5,0
Yukon	5,0	6,0	6,0	6,0
Fédéral	13,4	13,1	13,1	13,1

Le mouvement de réduction du taux général d'imposition des profits autres que les bénéfices de F&T provient de l'exposé économique fédéral du 18 octobre 2000. L'Ontario et l'Alberta avaient déjà annoncé des plans pour l'adoption progressive d'un taux qui soit compétitif avec celui du Québec et, dans les budgets de cette année, deux autres provinces ont légèrement réduit leur taux le plus élevé. Les taux indiqués pour 2001 sont officiels, mais ceux de 2006 ne se fondent que sur les annonces faites jusqu'à maintenant. D'autres réductions sont presque inévitables étant donné que d'autres provinces entrent dans la compétition.

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

SUR LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

La CSC a récemment rendu des décisions au sujet d'opérations relatives à des « sociétés de personnes du Texas » dans les affaires *Backman* et *Spire Freezers*, dans lesquelles des Canadiens s'étaient approprié des pertes accumulées par des sociétés de personnes américaines en acquérant des participations dans de telles sociétés peu de temps avant la vente (avec une perte importante) des actifs de la société. Dans chaque cas, la question était de savoir s'il existait toujours une société de personnes aux fins de l'impôt canadien après l'acquisition par les Canadiens. Des différences factuelles ont entraîné une conclusion différente dans chaque cas.

Dans *Backman*, les investisseurs canadiens avaient acheté 100 % des participations détenues par des associés résidents américains dans une société de personnes qui avait accumulé des pertes non réalisées sur un immeuble à logements. Presqu'immédiatement, et conformément aux plans qui prévoyaient l'admission des Canadiens dans la société de personnes, celle-ci a vendu l'immeuble à une autre société de personnes formée des anciens associés américains; les Canadiens ont déduit les pertes subies. Le même jour, la société de personnes a acheté une participation de 1 % dans une propriété pétrolière et gazière sur laquelle elle n'a exercé aucun contrôle de gestion; deux mois plus tard, contre toute attente, la production de pétrole et de gaz a été interrompue, et la société de personnes n'a pas acquis d'actif de remplacement. La CSC a confirmé que la principale question était de savoir s'il existait une société de personnes valide en vertu des lois canadiennes, c.-à-d. une entreprise, nouvelle ou continuée, exploitée en commun avec une attente de profit. Selon la cour, le critère de l'« attente de profit » n'est pas simplement un critère quantitatif; il faut aussi tenir compte de l'importance du profit attendu. Il n'est donc pas nécessaire de manifester une intention de réaliser un profit suffisant pour récupérer les pertes acquises, ou encore de faire mieux et ce, même dans une opération conclue principalement pour un motif fiscal. Cependant, il doit y avoir à la fois une entreprise et une intention d'en tirer un profit. La cour a conclu que la prétendue société de personnes n'avait aucune intention d'exploiter une entreprise dans le but d'en tirer un profit : son premier geste a été de vendre les actifs de l'entreprise puis de mettre fin à ses activités, et il n'y avait aucun espoir de réaliser un profit pendant la brève période de propriété. Le placement symbolique dans une propriété pétrolière et gazière n'a rien fait pour sauver la cause : les associés putatifs ne se sont jamais présentés comme des

fournisseurs des biens et des services en cause; ils n'avaient aucune responsabilité de gestion de la propriété; ils ne prévoyaient rien faire de plus que de consacrer un peu de temps, d'attention ou d'énergie à l'achat et à la détention du placement et ils n'ont engagé aucune responsabilité civile à son égard. La CSC a conclu que l'entente pouvait à la limite être considérée comme une entente de copropriété d'un bien et qu'elle ne constituait donc pas une entreprise.

Dans *Spire Freezers*, la société de personnes américaine était propriétaire de deux immeubles résidentiels : un immeuble à logements et un immeuble d'appartements en copropriété. Au cours des négociations, les Canadiens ont pris acte du potentiel de profit de l'immeuble à logements; peu de temps après, ils ont acheté la société de personnes et vendu l'immeuble d'appartements en copropriété aux anciens associés américains en subissant une perte importante. Ils ont conservé l'immeuble à logements qu'ils ont géré de façon rentable pendant plusieurs années. Contrairement aux contribuables dans *Backman*, les associés, après leur admission dans la société de personnes, ont continué d'exploiter une entreprise pré-existante qui leur demandait beaucoup de temps et d'énergie. Le critère de l'attente de profit se concrétisait dans leur intention à l'égard de l'immeuble à logements.

Des modifications apportées à la loi en 1993 ont mis un terme à la planification qui comporte l'utilisation de « sociétés de personnes du Texas ». Ces jugements nous fournissent toutefois des indications générales au sujet des sociétés de personnes et du classement d'une entité dans cette catégorie, et sur la façon dont la CSC perçoit la planification fiscale. Ces jugements, auquel s'ajoute l'arrêt *Continental Bank*, nous incitent à croire que l'utilisation de sociétés de personnes dans une planification fiscale par ailleurs bien structurée, même s'il s'agit d'une planification audacieuse, est acceptable à sa face même. Il faut plus qu'une simple façade pour constituer une entreprise, mais la CSC semble avoir fixé un seuil relativement bas en ce qui concerne la taille et la substance de l'entreprise continuée.

Adrienne Oliver

Ogilvy Renault, Toronto

PAS DE PDTPE SVP!

La saison d'impôt de cette année nous a réservé une surprise désagréable : les réductions du taux d'inclusion des gains en capital en 2000 – qui est passé de 75 % à 66⅔ % puis à 50 % – ont entraîné, pour certains contribuables, une augmentation de l'impôt et non pas la baisse promise par Ottawa. L'absence de modifications connexes a entraîné des anomalies et des iniquités potentielles qui ont une incidence sur le traitement des pertes déductibles au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE) et l'utilisation de la déduction pour gains en capital (DGC) sur les dispositions d'actions admissibles de petite entreprise (AAPE) ou de biens agricoles admissibles (BAA).

Mais la conséquence peut-être la plus importante et la plus inéquitable de la modification du taux d'inclusion des gains en capital vise les pertes au titre d'un placement d'entreprise (PTPE). En effet, aucun choix ne permet au contribuable de considérer une PTPE comme une perte en capital ordinaire, même si elle est clairement définie comme telle; elle est plutôt considérée comme une perte autre qu'en capital sans les rajustements à la hausse ou

à la baisse dont peut bénéficier une perte en capital nette. Cet aspect n'aurait peut-être pas été si important si le taux d'inclusion pour les trois années précédant la PTPE et les sept années suivantes était demeuré le même, mais si le taux d'inclusion s'établit à 50 %, une PTPE réalisée par un contribuable au cours des périodes 2 ou 3 de l'année civile 2000, ou de 2001 à 2003, pourrait valoir un tiers de moins qu'une perte en capital régulière qui serait autrement reportée rétrospectivement et portée en diminution de gains en capital assujettis à un taux d'inclusion de 75 %.

On suppose que, le 1^{er} janvier 1997, des AAPE ayant un PBR nominal ont été vendues en contrepartie d'un billet de 10 000 000 \$ portant intérêt, remboursable en 2002. En janvier 2000, le billet est devenu une mauvaise créance et est réputé avoir fait l'objet d'une disposition pour un produit nul le 31 décembre 2000.

Comme la PDTPE est comptabilisée au taux de 50 % et est reportée rétrospectivement sur des années où les taux d'inclusion sont différents, le contribuable paie l'impôt sur 1 M\$ de gains en capital imposables – le gain en capital de 1 500 000 \$ de 1999 moins la perte reportée de 500 000 \$ – pour un produit qui ne sera jamais reçu.

Une autre iniquité découlant du taux d'inclusion des gains en capital vise le calcul de la DGC pour les dispositions d'AAPE

1997

Gain en capital	10 000 000 \$
Provision	(8 000 000)
Gain en capital à déclarer	<u>2 000 000 \$</u>
Gain en capital imposable à 75 %	1 500 000 \$
moins : DGC	(500 000)
Montant imposable net	<u>1 000 000 \$</u>
Impôt à 50 %	<u>500 000 \$</u>

1998 et 1999

Provision nette	<u>2 000 000 \$</u>
Gain en capital imposable à 75 %	<u>1 500 000 \$</u>
Impôt à 50 %	<u>750 000 \$</u>

2000

Provision de 1999 (période 1)	4 000 000 \$
Moins : Réduction de PTPE, i.e. DGC considérée comme perte en capital ordinaire	(500 000)
Gain en capital à déclarer	<u>3 500 000 \$</u>
Gain en capital imposable à 50 %	<u>1 750 000 \$ (A)</u>
PTPE initiale	10 000 000 \$
Moins : Réduction de PTPE, i.e. DGC	(500 000)
PTPE rajustée (période 3)	<u>9 500 000 \$</u>
PDTPE (50 %)	<u>4 750 000 \$ (B)</u>
Perte autre qu'en capital réalisée pour l'année	<u>3 000 000 \$ (B - A)</u>

Report de perte autre qu'en capital sur 1997-1999

Perte autre qu'en capital utilisée en 1997	1 000 000 \$
Perte autre qu'en capital utilisée en 1998	1 500 000 \$
Perte autre qu'en capital utilisée en 1999	<u>500 000 \$</u>
Total des pertes autres qu'en capital utilisées entre 1997-1999	<u>3 000 000 \$</u>

ou de BAA en 2000. Plutôt que de rattacher le taux d'inclusion de la DGC à la période de disposition des AAPE ou du BAA, les propositions législatives fondent la DGC d'un particulier sur son taux d'inclusion moyen des gains en capital pour l'année d'imposition. Si la disposition d'AAPE a lieu dans la période 1 (1^{er} janvier au 27 février 2000) et que des gains en capital plus élevés ont été réalisés dans la période 3 (après le 17 octobre 2000), la DGC maximale se rapprochera davantage de 250 000 \$ (500 000 \$ × 50 %) que de 375 000 \$ (500 000 \$ × 75 %). Par ailleurs, si la disposition a lieu dans la période 3 et que des gains en capital importants ont été réalisés dans la période 1, la DGC maximale pourrait se rapprocher davantage de 375 000 \$ que de 250 000 \$.

Louis J. Provenzano et Donald E. Carson
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

INTÉRÊT PERDU

Il est courant pour un acheteur d'acquérir les actions d'une société cible (Cible) en constituant une nouvelle société (Nouvelle) pour contracter l'emprunt nécessaire à l'achat des actions en question. Pour que les frais d'intérêt puissent être portés en diminution des bénéfices des établissements acquis, Cible et Nouvelle fusionnent pour devenir Nouvelle2. Sur le plan administratif, l'ADRC permet la déduction des intérêts lors d'une telle acquisition par emprunt (IT-315). Toutefois, si, à la lumière des faits, l'acquisition peut être considérée comme une refonte du capital ou un rachat d'actions, l'ADRC pourrait plutôt appliquer sa position administrative énoncée dans l'IT-80 selon laquelle une société peut déduire l'intérêt sur les fonds empruntés pour racheter des actions dans la mesure où l'emprunt n'excède pas le capital versé des actions ni les bénéfices accumulés de la société. Les règles de l'IT-80 peuvent donner lieu à un montant moindre d'intérêt déductible, une différence qui peut refléter la valeur de Cible qui ne provient pas des capitaux propres, mais qui est prise en compte dans le prix payé pour les actions.

Lors du Congrès 1998 de l'APFF, l'ADRC a donné son avis sur les opérations suivantes.

Société X est détenue par plusieurs personnes, dont Société Y. Société X désire racheter les actions détenues par Société Y. Si Société X empruntait des sommes d'argent pour racheter les actions de son capital-actions détenues par Société Y, les intérêts sur le prêt ne seraient pas déductibles puisque l'argent emprunté dépasserait le total du capital versé des actions rachetées et des bénéfices accumulés. Par ailleurs, Société B veut acquérir des actions de Société X. Société X constitue une filiale détenue à 100 % (Société C), laquelle emprunte un montant d'argent auprès d'une institution financière et l'investit par la suite dans Société X en contrepartie de quoi elle reçoit des actions ordinaires de Société X. Par la suite, Société X rachète les actions détenues par Société Y. Enfin, on procède à la fusion de Société X et de Société C.

L'ADRC a répondu que, à la lumière des faits, sa pratique administrative énoncée dans l'IT-315 ne s'appliquait pas parce que l'emprunt a été contracté en vue du rachat des actions de Société X : la séquence des événements visait à contourner les règles prévues dans l'IT-80. La position administrative énoncée dans l'IT-315 s'applique uniquement si les opérations sont

effectuées à distance et si l'acquéreur acquiert simultanément le contrôle et la totalité (ou presque) des actions de Cible (au moins 90 %, selon l'ADRC). De plus, l'intérêt n'est déductible que si les opérations n'entraînent pas d'évitement ou ne donnent pas lieu à des avantages fiscaux indus, conditions qui ne sont pas énoncées dans l'IT-315; apparemment, l'ADRC n'a pas l'intention de modifier l'IT-315 pour tenir compte de ces critères « additionnels ». Il est intéressant d'évaluer si l'apport en capitaux propres par Nouvelle devrait être pris en compte lors du calcul du capital versé de Cible.

Si le traitement réservé par l'ADRC à la déductibilité des intérêts semble incertain dans le contexte d'une fusion, la liquidation de Cible en faveur de Nouvelle peut être préférable : les actifs de Cible sont définitivement acquis par Nouvelle et, de ce fait, ils ne se s'inscrivent pas dans la portée de l'arrêt *Palmer-McLellan* qui est à l'origine de l'allègement apparent de l'IT-315. Toutefois, une liquidation avec report de l'impôt doit respecter le critère de détention de 90 % des actions. La prudence devrait s'imposer si les critères prévus dans l'IT-80 ne sont pas respectés et si l'élément de refonte du capital propre à une acquisition par emprunt peut être assimilé, sur le plan économique, à un rachat des actions de Cible. La déductibilité des intérêts continue de susciter l'attention et le débat sur la façon de composer avec les règles demeure aussi controversé que certaines des règles proposées dans le projet de modifications du 20 décembre 1991 qui n'a toujours pas été adopté.

Greg Boehmer et John Jakolev

Ernst & Young LLP, Toronto

BÉNÉFICES D'UNE SUCCURSALE ÉLECTRONIQUE

L'OCDE a arrêté ses positions sur les établissements stables (ES) et la qualification du revenu dans le contexte du commerce électronique : il semble que la plupart des revenus tirés d'une entreprise électronique soient des revenus d'entreprise et qu'un serveur puisse être un ES. Le débat en matière d'impôts directs s'articule maintenant sur le montant des bénéfices à attribuer à une succursale électronique (SE).

Plus tôt cette année, l'OCDE a rendu public les projets de rapports généraux suivants sur le commerce électronique et sur les prix de transfert : *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments et Imputation des bénéfices à un établissement stable effectuant des transactions commerciales par voie électronique*. (Le premier a déjà été résumé dans « Attribution des bénéfices aux ES », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 27 mars 2001, p. 18.) Contrairement aux positions actuelles de l'OCDE, le rapport sur le commerce électronique propose que l'utilisation d'actifs incorporels dans une succursale puisse être constatée, de sorte que le revenu d'une succursale puisse s'apparenter à celui d'une filiale. Le rapport précise que la méthode des prix non réglementés comparables et la méthode du prix de revient majoré sont les méthodes de fixation des prix de transfert à privilégier (et non pas la méthode transactionnelle de la marge nette qui, selon des commentaires précédents, aurait été retenue), mais que les méthodes axées sur les bénéfices pourraient être appropriées dans certaines circonstances. Le rapport présente l'exemple de la

vente de musique sous forme numérique et traditionnelle (DC) par un serveur informatisé autonome situé dans un pays qui a conclu un traité. Aucun employé ne travaille à l'endroit où se trouve le serveur. L'utilité de cet exemple d'opération entre un client et une entreprise est toutefois limitée pour la majorité des praticiens dont les clients s'engagent dans des situations d'affaires puisque celles-ci peuvent porter sur des types d'opérations et de biens incorporels différents.

Sur la base d'une analyse fonctionnelle, le rapport conclut que la SE est un prestataire contractuel de services (PCS) ou un prestataire de services indépendant (PSI). S'ils sont disponibles, des prix non réglementés comparables fiables – de fournisseurs de services Internet, de fournisseurs de services d'application ou de fournisseurs de services administrés – pourront être utilisés ou, autrement, une méthode fondée sur le prix de revient majoré pourra être appliquée. Le coût pour un PCS correspond aux coûts directs et indirects engagés dans la SE (loyer, assurance, électricité, télécommunications, etc.). Pour un PCS, les immobilisations associées aux actifs corporels et incorporels sont exclues mais, pour un PSI, elles sont prises en compte. La méthode transactionnelle de la marge nette ou d'autres méthodes fondées sur les bénéfices ne devraient pas être « ignorées ».

Trois variations du modèle de base sont envisagées. Les facteurs et problèmes à prendre en considération dans le cas des serveurs multiples sont les mêmes, si ce n'est que de multiples administrations sont en cause. Mais si la SE ne fournit pas que des services informatisés et emploie du personnel pour effectuer certaines tâches (maintenance du serveur, réparation du matériel informatique, résolution de problèmes avec les clients ou le site Web, et service après-ventes et soutien en ligne ou par téléphone), alors le personnel de l'ES utilise des biens corporels et incorporels. Le rapport conclut provisoirement que la SE est un fournisseur de services, non pas un point de vente, et que la nature de l'accord qui la lie à l'ES est davantage semblable à celle d'un PSI que d'un PCS. Les parties intéressées sont invitées à faire part de leurs commentaires sur la question. Une troisième variation suppose que le serveur et le site Web sont mis au point dans la SE qui s'occupe de l'amélioration du site Web. Il s'agit d'une situation extrême et probablement rare. On suppose que tous les frais de développement sont pris en charge par la succursale, qui devient le propriétaire économique des biens incorporels, et les bénéfices sont en majorité attribués à la succursale. Le rapport signale que cela est compatible avec le libellé actuel de l'article 7.

Les craintes manifestées par l'OCDE au sujet des résultats inappropriés susceptibles de découler de la non-constatation des actifs incorporels sont utiles. Toutefois, la mise au point d'un cadre de référence sur le sujet en est encore au stade préliminaire et pourrait nécessiter des changements à la convention modèle et aux lois internes sur les prix de transfert. Les considérations en matière de prix de transfert doivent continuer à être suivies de près.

Pierre J. Bourgeois

PricewaterhouseCoopers s.r.l., Montréal

Andrew F. McCrodon

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

LE CRITÈRE DE L'INTÉGRATION REVU

L'absence d'une ligne de démarcation nette entre un employé et un entrepreneur indépendant est reconnue depuis longtemps dans la jurisprudence. Un ancien critère fondé sur le contrôle a donné lieu à la formulation de quatre critères distincts: le contrôle, l'intégration, la réalité économique et les résultats précis. En 1987, dans *Wiebe Door*, la CAF avait articulé un critère de quatre éléments en un – le contrôle, la propriété des instruments de travail, la possibilité de profit et le risque de perte – en cherchant à établir les éléments qui composaient la relation entre les parties. La cour avait aussi retenu un autre critère – celui de l'intégration – mais elle avait aussi précisé qu'il était susceptible d'être mal utilisé, comme ce fut le cas au niveau de la CCI, tel qu'il est indiqué ci-après. L'arrêt *Wiebe Door* est dorénavant invariablement cité dans les causes portant sur le sujet, mais, malheureusement, il semble que trop souvent on applique l'interprétation contestée qu'a faite la CCI du critère d'intégration. Dans *Mirchandani*, la CAF a récemment réexaminé le problème et a conclu que c'est précisément ce que le tribunal inférieur avait fait, à savoir citer et suivre la décision de la CCI dans *Wiebe Door*, en appliquant erronément le critère de l'intégration de la façon justement rejetée par la CAF dans cette cause.

Dans *Wiebe Door*, la CAF avait refait l'historique judiciaire des divers critères permettant d'établir la distinction entre un employé et un entrepreneur indépendant. Le critère de l'intégration (le critère de l'organisation) représentait un critère général de rechange au critère privilégié des quatre éléments en un. Le contribuable exploitait une entreprise d'installation de portes, travail en réalité effectué par des installateurs dont les activités étaient en cause. En appliquant le critère de l'intégration, la CCI avait conclu que la totalité du travail effectué par les installateurs faisait partie intégrante de l'entreprise du contribuable. Sans les installateurs, le contribuable aurait cessé ses activités. La CAF avait conclu que la CCI avait erré dans sa formulation du critère de l'intégration, qui ne peut jamais être un critère équitable parce que, dans une relation factuelle de dépendance mutuelle, son application entraînera toujours une réponse affirmative. L'application du critère de l'intégration donne lieu à un résultat acceptable lorsque la question de l'organisation ou de l'intégration est abordée du point de vue de l'employé et non pas de l'employeur, parce qu'il est toujours trop facile, dans la perspective plus large de l'entreprise, de supposer que chaque facteur contributif est aménagé purement pour le bénéfice de l'entité la plus importante. Dans *Mirchandani*, la CAF a conclu que le tribunal inférieur avait précisément commis la même erreur que la CCI dans *Wiebe*: dans *Mirchandani*, en effet, la CCI avait conclu que la clinique en question ne pouvait offrir de services psychiatriques sans les psychiatres en cause et avait fait état de la perception objective d'un patient ou du public comme moyen de déterminer la nature juridique des relations entre les psychiatres et le conseil pour lequel ils fournissaient des services.

L'histoire semble s'être répétée. Une revue rapide de la jurisprudence récente révèle que l'erreur commise par la CCI dans *Mirchandani* relativement à l'application du critère de l'intégration n'est pas rare. Dans *O'Brien*, la CCI avait indiqué que le facteur le plus important résidait dans le fait qu'un « observateur indépendant » serait en mesure

d'associer le contribuable à l'entreprise. Dans *Precision Gutters*, la CCI a semblé voir le travail des installateurs comme faisant partie intégrante des activités de l'entreprise plus large qui établissait une infrastructure et recrutait les clients. Dans *Wiebe Door*, la CAF était donc tout à fait justifiée de soutenir que le critère de l'intégration risquait d'être mal utilisé. Il est à souhaiter que les tribunaux tiendront compte du rappel fait par la CAF dans *Mirchandani* selon lequel le critère de l'intégration ne doit pas être appliqué du point de vue du patient, du client, ou du grand public, mais plutôt de celui du travailleur.

Leigh Anne Dunn

Thorsteinssons, Vancouver

PROPOSITIONS DE FAILLITE

Une société qui fait face à des difficultés financières a le choix entre un grand nombre de solutions de restructuration. En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI) ou de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, un tribunal de juridiction supérieure doit approuver toute proposition d'un débiteur à ses créanciers ou proposition d'entente avec ceux-ci. La décision rendue récemment par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (CACB) dans *Beach* porte sur la relation entre les règles fiscales concernant la remise de dette et les propositions en vertu de la LFI (2001 BCCA 7).

Dans *Beach*, une cour supérieure avait approuvé sous condition une proposition en vertu de la LFI, sanctionnée par la majorité des créanciers en dépit des objections de l'ADRC. Entre autres choses, la proposition était censée couvrir toutes les dettes pouvant résulter de l'acceptation et de la pleine exécution de la proposition, dont le droit de l'ADRC de réclamer l'impôt à payer par suite de la remise de dette: le débiteur était donc effectivement exempté de l'application de l'article 80. Le juge avait refusé de se prononcer sur l'efficacité de cette partie de la proposition, reportant l'examen de la question après l'émission d'une possible cotisation par l'ADRC.

L'ADRC a porté le jugement en appel, faisant valoir qu'une proposition ne pouvait être laissée aux aléas d'une interprétation ultérieure; la CACB a accueilli l'appel. De plus, la CACB a conclu que la condition de la proposition visant à exempter le débiteur de l'application de l'article 80 était illégale. La cour a fait remarquer qu'une proposition de faillite est assimilable à un contrat entre le débiteur et ses créanciers, qui, en l'espèce, comprennent l'ADRC, et que l'ADRC ne peut, par contrat, échapper à sa responsabilité d'imposer les contribuables conformément aux dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Une proposition prétendant exempter le débiteur de l'application de l'article 80 et forçant l'ADRC à accepter une telle exemption ne peut donc être sanctionnée.

Lori Mathison

Fraser Milner Casgrain, Vancouver

GARANTIES DONNÉES PAR UNE SCAN ET IMPÔT AUX É.-U.

Les actionnaires américains de sociétés canadiennes sont assujettis à l'impôt américain sur les bénéfices non distribués dans différentes situations. On sait très bien, p. ex., que tous les

actionnaires américains qui détiennent 10 % ou plus des droits de vote rattachés aux actions d'une société doivent déclarer leur part proportionnelle de certains revenus d'une SCAN qui est une SEC (plus de 50 % des droits de vote ou de la valeur appartient à des actionnaires américains). De même, un actionnaire américain peut subir des conséquences fiscales défavorables relativement à l'« investissement de bénéfices dans des actifs aux É.-U. » par une SCAN – ce qui comprend la prise en charge d'une obligation d'une personne américaine – lorsque la SCAN garantit une dette de sa société mère américaine ou que la société mère affecte les actions de la SCAN en garantie d'une dette. Une SEC assume une obligation d'une personne américaine si elle se porte garante de l'obligation : p. ex., si ses actifs servent, directement ou indirectement, à un moment ou l'autre, de garantie d'exécution d'une obligation de la personne américaine. De plus, le nantissement par un actionnaire américain des actions d'une SEC est considéré comme une affectation indirecte des actifs en garantie si au moins les deux tiers des droits de vote combinés rattachés à toutes les catégories d'actions comportant un droit de vote sont cédés en garantie et si la garantie s'accompagne d'une ou de plusieurs clauses comportant une obligation de ne pas faire ou autres restrictions semblables pour les actionnaires, qui limitent effectivement le pouvoir discrétionnaire de la SEC de céder des actifs et d'encourir des dettes.

Pour savoir si le plein montant d'un prêt impayé est inclus ou non dans le revenu brut de l'actionnaire américain, il faut voir si la SCAN a suffisamment de bénéfices et de profits courants ou cumulés qui n'ont pas été autrement ou précédemment imposés (ou traités comme tels) entre les mains des actionnaires américains. Un crédit pour impôt étranger est accordé à un actionnaire américain qui est une société et qui détient un pourcentage minimal déterminé des actions avec droit de vote de la SEC. Par exemple, si une société américaine emprunte auprès d'un tiers et que la SCAN (sa filiale à 100 %) garantit l'emprunt, la société américaine a un revenu de dividende réputé si la SCAN a des bénéfices suffisants. Une société mère américaine peut être en mesure d'atténuer cette incidence au moyen de certains crédits pour impôts étrangers, mais d'autres catégories d'actionnaires, tels des particuliers, peuvent subir des conséquences défavorables.

Alice A. Joseffer

Hodgson Russ LLP, Buffalo

ÉCLATEMENT DE L'ENTREPRISE FAMILIALE

Les entreprises familiales représentent un important pourcentage de l'économie canadienne. Ces entreprises étant exploitées par un groupe intimement lié de membres de la famille, de nombreux propriétaires, gestionnaires et actionnaires ignorent les conséquences fiscales d'un éclatement de l'entreprise, qui peut éventuellement se révéler extrêmement coûteuse tant pour les membres actuels et restants de la famille que pour l'entreprise elle-même. La structure du plan de retrait doit permettre de minimiser et de reporter l'impôt pour tous les membres de la famille, et le remboursement de la participation du membre qui quitte l'entreprise doit être rendu possible compte tenu des liquidités de l'acquéreur et de l'entreprise. La

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

ISSN 1496-4430 (Imprimé)
ISSN 1496-4449 (En ligne)

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>

structure du plan doit tenir compte des taux d'imposition actuels d'environ 25 % des gains en capital et de 31 % des dividendes, et des restrictions sur l'utilisation des actifs de Famille ltée (FAM) pour le financement du rachat des actions sans conséquences fiscales pour les actionnaires restants.

■ **Vente directe des actions.** Les actions de FAM peuvent être admissibles à l'exonération enrichie de 500 000 \$ des gains en capital (EEGC). Une provision pour gains en capital peut permettre de différer l'impôt relatif au prix d'acquisition impayé pendant une période pouvant aller jusqu'à 5 ans (10 ans, si le père ou la mère vend ses actions à son enfant). Un achat direct doit être financé par l'acquéreur avec des dollars après impôts.

■ **Transfert des actions à une SPOR.** Le membre de la famille qui quitte l'entreprise peut céder ses actions de FAM à une autre société avec laquelle il a un lien de dépendance immédiatement avant et après l'opération; si cette société est rattachée à FAM, le gain réalisé sur la cession est un dividende réputé, et l'EEGC n'est pas disponible.

■ **Rachat pour annulation.** Si les actions d'un particulier sont rachetées par la société ou sont rachetées sur le marché pour annulation, la différence entre le prix de rachat et le CV relatif aux actions est une dividende réputé, imposé à environ 31 %; l'EEGC n'est pas disponible. Le dividende réputé autrement libre d'impôt qu'une SPOR reçoit au rachat peut être qualifié de nouveau à titre de gain en capital si, p. ex., l'actionnaire sortant n'est pas lié à tous les actionnaires restants de FAM (paragraphe 55(2)); les frères et sœurs sont réputés ne pas être liés. Une exception est prévue pour un dividende qui peut raisonnablement être attribué à un revenu protégé.

■ **Papillon.** Si des frères et sœurs et des membres de leurs familles sont en cause, une réorganisation papillon permet la distribution des actifs de l'entreprise au prorata entre des sociétés détenues par chacun des membres de la famille, ce qui permet à chacun d'exploiter l'entreprise familiale séparément par l'entremise de sa propre société. Les dividendes réputés qui apparaissent dans le cadre d'une réorganisation papillon ne sont pas réputés être des gains en capital si les conditions du paragraphe 55(3) sont réunies.

Jack Bernstein

Aird & Berlis LLP, Toronto

© 2001, 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.