

Rédactrice : Vivien Morgan, LL.B.

Volume 9, numéro 10, le 23 octobre 2001

RETOUR À LA CASE DÉPART?

Dans *Ludco*, les contribuables avaient contracté un emprunt pour acquérir des actions de sociétés de placement étrangères afin de minimiser le revenu déboursé et d'avoir droit au traitement à titre de gain en capital lors du rapatriement, au moyen du rachat, du revenu accumulé. La CAF avait refusé la déduction des 6 M \$ d'intérêt : on a dit que l'objet véritable de l'emprunt était la production non pas d'un revenu de dividendes de 600 000 \$ mais plutôt la réalisation d'un gain en capital de 9,2 M \$. Au grand soulagement de nombreuses personnes, la CSC a infirmé ce jugement pour conclure que la fin accessoire qui consiste à gagner un revenu brut est suffisante pour satisfaire au critère applicable pour ouvrir droit à la déduction des intérêts. Certains praticiens disent toutefois qu'il s'agit peut-être d'une victoire en forme de feu de paille pour les contribuables si le ministère des Finances est tenté, p. ex., de présenter de nouveau les propositions législatives de 1991 sur la déductibilité des intérêts.

Les commentateurs, critiques à l'égard de l'arrêt de la CAF, ont noté que son application universelle entraînerait la non-déductibilité des intérêts sur la plupart des placements en actions. (Voir « Pas dans notre meilleur intérêt », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 22 juin 1999, p. 42.) Le jugement de la CSC se situe à l'autre extrême et pourrait forcer le ministère des Finances à se pencher sur l'épineux problème des placements en actions, qui ont toujours eu un double objectif de placement et génèrent rarement des dividendes qui se rapprochent des taux d'intérêt du marché. La CSC a estimé que le critère de la fin véritable retenu par la CAF s'appuyait de façon injustifiée sur l'obiter de la CSC dans *Bronfman Trust*, des remarques qui avaient simplement été faites de façon incidente et non pas à partir d'une analyse du texte de l'alinéa 20(1)c). De plus, rien dans le texte de la disposition « n'indique que la fin requise doit être la fin exclusive,

première ou dominante, ou que, en présence de fins multiples celles-ci doivent être classées par ordre d'importance pour déterminer quelle est la fin « réelle » poursuivie par le contribuable. En l'absence d'un trompe-l'œil, d'un artifice ou d'autres circonstances viciant l'opération, une fin accessoire poursuivie par le contribuable en effectuant l'investissement peut néanmoins constituer une fin véritable », critère qui a été transformé en « attente raisonnable de revenu ». Apparemment, la CSC estimait que les dividendes de 600 000 \$ sur les 7,5 millions d'actions ne constituaient pas un artifice, même à la lumière du fait que les frais d'intérêt correspondaient à 10 fois ce montant et les gains en capital, à 15 fois. La cour a fait une analogie avec la création d'une société de personnes dans *Continental Bank* et dans *Backman*—où l'intention première des contribuables était d'obtenir un avantage fiscal, ce qui ne niait pas leur intention d'exploiter une entreprise en commun, critère nécessaire à l'établissement d'une société de personnes.

De plus, la CSC a confirmé qu'aux fins de la déductibilité des intérêts, le terme « revenu » s'entend non pas du revenu net, mais du revenu assujéti à l'impôt — celui qui n'est pas exonéré de l'impôt. Dans l'arrêt *Moldowan* de la CSC, il ne s'agissait pas de définir la notion de « revenu » comme telle, mais de déterminer la source de revenu en jeu et, plus particulièrement, de faire la distinction entre les activités commerciales et les activités récréatives. « Il est clair que l'arrêt *Moldowan* précité ne permet pas d'affirmer péremptoirement que « revenu » s'entend nécessairement de « profit ». La cour a conclu que le texte de la disposition ne propose aucun critère qualitatif, pas plus qu'il n'appuie une telle interprétation. Selon la cour, « une telle approche serait trop subjective et la certitude doit être privilégiée en droit fiscal. » La CSC a indiqué que la règle moderne d'interprétation est la méthode d'interprétation privilégiée. Le rôle des tribunaux est différent de celui du législateur.

« En l'absence d'un texte législatif clair, il n'est pas souhaitable que les tribunaux innovent. » À cause des nombreuses dispositions anti-évitement particulières, « lorsque des inquiétudes sont exprimées concernant l'évitement de l'impôt, les tribunaux ne doivent pas s'empresser de renforcer ces dispositions de la Loi alors qu'il est loisible au législateur d'être précis quant aux méfaits à prévenir. S'ils le faisaient, ils n'accorderaient pas l'importance voulue au principe bien établi que, sauf disposition contraire, le contribuable a le droit d'organiser ses affaires dans le seul but de se trouver dans une situation favorable sur le plan fiscal. »

John Jakolev

Ernst & Young LLP, Toronto

Dans ce numéro

Retour à la case départ?	73
Le revenu fictif est protégé	73
Entreprises de production cinématographique	74
Une sur onze	75
Sociétés de professionnels en Ontario	75
Les fiducies non-résidentes, version révisée	76
Pénalité de prix de transfert au Québec	77
Seulement au Québec	77
Responsabilité des administrateurs	78
Taxe de vente des états américains	78
Pénalités aux É.-U. pour erreur d'évaluation	79
Actualités fiscales étrangères	80

LE REVENU FICTIF EST PROTÉGÉ

Dans *Kruco*, la CCI a conclu que le libellé du paragraphe 55(2) et de l'alinéa 55(5)c) ne justifiait pas la réduction du revenu protégé pour tenir compte des crédits d'impôt

à l'investissement (CII), contrairement aux soi-disant règles de Robertson et à des prises de position plus récentes et précises de l'ADRC. En l'espèce, le revenu protégé avait été réduit de l'équivalent d'une dépense non déductible de 2 M \$ sur le montant nominal versé au titre d'une créance, ce qui avait donné lieu à un crédit d'impôt à la RS&DE.

Le rachat de certaines des actions de Kruger détenues par Kruco avait donné lieu à un dividende réputé. Kruco avait déclaré une certaine partie du produit du rachat à titre de gain en capital (paragraphe 55(2)) et un revenu protégé. L'ADRC avait apporté trois rajustements à la baisse au revenu protégé de Kruger. Deux de ces rajustements tenaient compte des CII qui réduisaient la fraction non amortie du coût en capital du bien ou avaient été inclus dans le revenu (alinéa 12(1)t). Le troisième rajustement reflétait le coût excédentaire d'une créance de 2 M \$ qui avait donné lieu à un crédit d'impôt à la RS&DE. La réduction du revenu protégé attribuable au CII était essentiellement conforme à la soi-disant règle de Robertson n° XX selon laquelle tout montant inclus dans le revenu imposable et qui ne représente pas un revenu réel gagné par la société, p. ex., le « revenu fictif », devrait faire l'objet d'une déduction (1981 CR 81, p. 91). Selon l'ADRC, le paragraphe 55(2) exige une évaluation du revenu disponible, et la réduction de l'amortissement déduit ainsi que l'inclusion directe du revenu découlant des CII créaient un revenu fictif aux fins de l'impôt sans aucune augmentation réelle des rentrées de fonds. La CCI reconnaît qu'un certain nombre de jugements – en particulier ceux de la CAF dans *Placer Dome*, *Nassau Walnut* et *Brelco Drilling* – concluent que le « revenu fictif » s'entend du « revenu protégé en main » ou du revenu disponible; le calcul commence avec la définition contenue à l'alinéa 55(5)c) mais ne se termine pas là. Selon ces jugements, le revenu protégé en main correspond à la partie du revenu qui peut raisonnablement être considérée comme contribuant à la réalisation du gain en capital sur les actions en cause ([1992] 2 CTC 99; [1998] 1 CTC 33; et [1999] 3 CTC 95, respectivement). D'autres rajustements apportés au revenu protégé ont l'assentiment de la cour, comme les impôts payés (*Gestion Jean-Paul Champagne* et *Deuce Holdings*); les dividendes versés et les intérêts non déductibles (*Champagne*); et les pertes de sociétés étrangères affiliées (*Brelco Drilling*) ([1996] 2 CTC 2537 (CCI) et [1998] 1 CTC 2550 (CCI), respectivement).

Cependant, la CCI a conclu que la réduction du revenu fictif découlant des CII allait trop loin. Dans *454538 Ontario*, la CCI avait reconnu que le « revenu gagné ou réalisé » à cette fin, réputé être, en vertu de l'alinéa 55(5)c), un « revenu pour la période déterminée par ailleurs » (sauf des exceptions précises), est le revenu déterminé en vertu de la Section B de la Partie I ([1993] 1 CTC 2746). Le revenu protégé est une créature de la Loi et non pas un revenu disponible au sens comptable; dans *Kruco*, la CCI a conclu que les rajustements demandés allaient directement dans le sens contraire du libellé de l'alinéa 55(5)c). La position de la Couronne reposait sur une certaine logique, mais les rajustements au titre des CII entraîneraient de fait une double imposition des montants, déjà imposés une fois à titre de revenu régulier aux mains de Kruger, puis, une autre fois, à titre de gain en capital d'un montant correspondant,

ce qui contrevient manifestement à l'esprit des dispositions.

Une grande partie du jugement porte sur l'incidence d'un changement de position administrative sur la déduction des CII requise pour le calcul du revenu fictif. La CCI avait déjà conclu qu'aucune déduction n'était justifiée, mais elle a ajouté que les nombreux problèmes soulevés par l'application du paragraphe 55(2) et le fait que l'on s'en remette généralement aux règles administratives rendaient nécessaire la formulation de plusieurs commentaires. La CCI a donc cité sa décision dans *Brelco*, où l'on critiquait le fait d'accorder aux pratiques administratives une importance plus grande que justifiée, une position retenue dans divers jugements de la CSC : un tribunal doit en arriver à une interprétation raisonnable de la législation, à la lumière de son objet, et ne pas réécrire la loi ni accepter de pratique administrative. L'argument de la Couronne selon lequel l'équité pourrait être mieux servie par la confirmation que la pratique administrative s'appliquait à d'autres contribuables étonne. La communauté des affaires ne devrait pas se sentir obligée de respecter des décisions administratives, parce qu'il est opportun de le faire, lorsque la loi manque simplement de clarté. Selon la CCI, une politique administrative peut aider à l'interprétation d'une disposition ambiguë sauf si elle contredit le libellé de la Loi, ou si elle n'est pas étayée par celui-ci, comme ce fut le cas dans *Kruco*.

Accepter l'application de cette politique ici reviendrait à attribuer un caractère législatif à des directives ministérielles et à entraver le pouvoir du Ministre d'appliquer la Loi, ce qui serait contraire au principe établi [par la CSC] dans *Maple Lodge Farm*. ... Accepter une telle conclusion aurait également pour effet de reconnaître que le Ministre a le pouvoir d'appliquer une politique administrative comme s'il s'agissait d'une source de droit indépendante ... C'est la Loi que le Ministre doit appliquer ... [L']adoption d'une politique administrative aux fins de l'interprétation d'une disposition ambiguë ne saurait remplacer une modification visant à clarifier une disposition législative. Si le législateur souhaite accorder au paragraphe 55(2) la portée suggérée par la [Couronne] dans la présente cause, il est tout à fait libre de le faire.

Marc Ton-That

KPMG LLP, Toronto

ENTREPRISES DE PRODUCTION CINÉMATOGRAPHIQUE

Depuis 1998, des sociétés en commandite ont été formées pour donner aux contribuables canadiens l'occasion de participer aux produits générés par l'exploitation commerciale de films à long métrage et de productions télévisuelles, et de bénéficier, de manière générale, de déductions fiscales. Des décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu ont confirmé que les règles de l'article 18.1 relatives au rattachement des dépenses aux produits ne s'appliquent pas. L'aide fiscale accordée au financement de ces sociétés en commandite a permis au Canada de convaincre des studios américains de venir produire des films et des émissions de télévision au Canada : ces sociétés

paient une partie des frais engagés par le studio en échange d'un droit dans les revenus tirés de la production. Des modifications aux règles de rattachement des dépenses aux produits, publiées dans un Avis de motion des voies et moyens (AMVM) du 18 septembre 2001, ont pour but d'éliminer l'avantage fiscal inhérent aux structures de nombreuses sociétés en commandite offrant des services de production cinématographique.

Les règles de rattachement exigent qu'il y ait, aux fins de l'impôt, rapprochement des dépenses liées à un investissement et des revenus qui en sont tirés. L'objectif de ces règles est d'éliminer le report d'impôt autrement disponible, si des dépenses sont déductibles dans l'exercice alors que les revenus ne seront encaissés que plus tard. Une exception est prévue si, dans l'année où la dépense est effectuée, le revenu total que le contribuable tire du droit aux produits dépasse 80 % de la dépense, exception qu'utilisent les entreprises de production cinématographique qui, dans l'année où la dépense est effectuée, touchent un revenu correspondant à 80,08 % des dépenses de main-d'œuvre non canadienne engagées.

Des journaux et d'autres médias ont attiré l'attention sur ces investissements, et le ministre des Finances a décidé de mettre un terme à cette possibilité de report pour les dépenses engagées après 2001. L'AMVM détaillé indique que, si un abri fiscal respecte le seuil de 80 %, les dépenses ne sont déductibles qu'à hauteur du revenu tiré du droit aux produits, ce qui a pour effet de faire disparaître l'avantage de près de 20 % au titre du report. Des clauses de droits acquis, qui sont décrites en détail et soumises à plusieurs conditions, s'appliquent aux émissions de titres publiques existant avant le 18 septembre 2001, et interdisent de manière générale la vente de nouvelles unités après 2001, mais elles permettent de mener à terme les placements existants. On s'attend à ce qu'une modification soit apportée à la clause de droits acquis proposée avant son adoption afin de permettre de mener à terme les placements en cours.

Dans un communiqué, le ministère des Finances prévient qu'une clause de droits acquis n'est pas une indication que le gouvernement approuve ces abris fiscaux. « Tous les abris fiscaux dont les termes font intervenir l'exception aux règles sur les dépenses à rattacher aux produits font l'objet d'un examen attentif de la part de l'ADRC. » En outre, le document d'information qui accompagne l'AMVM renvoie le lecteur qui souhaite obtenir plus de renseignements sur les activités de l'ADRC relatives aux abris fiscaux au numéro de « Conseils fiscaux », du 14 août 2001, intitulé *Abris fiscaux : Les décisions anticipées en matière d'impôt sur le revenu n'entraînent pas nécessairement de déductions*, que l'on peut consulter sur le site Web de l'ADRC à <http://www.cra-adrc.gc.ca>. L'ADRC y souligne qu'elle ne rend pas de décisions en ce qui concerne les aspects essentiels sur lesquels se fonde habituellement une cotisation et met en garde les investisseurs contre toute une liste de dangers, notamment si le rendement net prévu au cours des premières années provient principalement de remboursements d'impôt projetés.

Jack Bernstein

Aird & Berlis LLP, Toronto

UNE SUR ONZE

L'ADRC a récemment publié les chiffres définitifs des statistiques détaillées relatives à l'impôt sur le revenu des particuliers pour l'année d'imposition 1998, qui ne sont disponibles que sur le site Web de l'ADRC. Le communiqué comprend divers tableaux, dont celui donnant des détails sur les déclarations de revenus où figurent des gains en capital. Sur les 21,4 millions de déclarations produites pour l'année 1998, 1,9 million – soit 8,8 % – comportaient des gains en capital imposables totalisant 12,6 G \$, comme on peut le voir dans le tableau ci-joint. De ces déclarations montrant des gains en capital imposables, 64 100 demandaient la déduction pour gains en capital accordée à l'égard des biens agricoles admissibles (BAA) ou des actions admissibles de petite entreprise (AAPE), pour une économie d'impôt sur 3,5 M \$ de gains.

Ensemble des déclarations de revenus de particuliers

Année d'imposition	Nombre de déclarations comportant un gain en capital	Montant de gain (M \$)	En pourcentage de l'ensemble des déclarations	
			Nombre de déclarations comportant un gain en capital	Montant de gain
1998	1 888 604	12 601	8,83	2,08
1997	1 961 920	13 103	9,29	2,27
1996	1 504 360	9 834	7,23	1,79
1995	1 003 660	7 471	4,89	1,41
1994	1 151 810	13 684	5,72	2,50
1993	1 115 340	14 266	5,62	2,83

Les gains en capital représentaient un peu moins de 3 % de l'ensemble des revenus déclarés dans l'année d'imposition 1993; ce pourcentage a rapidement chuté pour atteindre un creux de 1,4 % en 1995 lorsque la déduction pour gains en capital était restreinte aux BAA et aux AAPE. Le pourcentage des revenus représentés par les gains en capital s'est stabilisé aux environs de 2 % pour les trois dernières années pour lesquelles des informations sont disponibles.

Les gains déclarés moyens se sont stabilisés aux environs de 6 600 \$ au cours des trois dernières années pour lesquelles des informations sont disponibles. En outre, 92 % de l'ensemble des déclarations faisant état de gains en capital en 1998 indiquaient des revenus inférieurs à 100 000 \$, mais elles ne représentaient que 66 % de l'ensemble des gains déclarés. Un très fort pourcentage de 86 % de toutes les déclarations comportant des gains en capital indiquaient des gains moyens de 2 000 \$ provenant de feuillets de renseignements; 26 % indiquaient des gains en capital moyens de 15 200 \$ provenant de la vente d'actions.

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

SOCIÉTÉS DE PROFESSIONNELS EN ONTARIO

Des modifications à la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (LSAO) permettant à certains professionnels de se

constituer en société par actions ont été adoptées mais ne sont pas encore en vigueur. Les professionnels ontariens concernés attendaient avec impatience l'adoption de ces dispositions. Pour nombre d'entre eux, le report d'impôt est l'un des principaux avantages de la constitution d'une société professionnelle : en effet, dans la mesure où le professionnel n'a pas besoin, à des fins personnelles, de la totalité du revenu qu'il tire de l'exercice de sa profession, la constitution d'une société lui permet, en théorie, de laisser dans la société jusqu'à 200 000 \$ qui seront imposés au taux réduit accordé aux petites entreprises et réinvestis tant que les fonds ne seront pas requis. Malheureusement, il semble qu'une disposition de la loi ontarienne pourrait limiter les avantages du report d'impôt que laissait entrevoir la possibilité de constituer une société.

Les modifications de la LSAO prévoient plusieurs conditions auxquelles le professionnel devra satisfaire. La disposition en cause se lit comme suit :

5. Les statuts constitutifs de la société doivent prévoir que celle-ci ne peut exercer d'autres activités commerciales que l'exercice de la profession. Toutefois, la présente disposition n'a pas pour effet d'empêcher la société d'exercer les activités liées ou accessoires à l'exercice de la profession, y compris le placement temporaire de ses fonds excédentaires [nous soulignons].

On s'inquiète de la possibilité que la mention de « placement temporaire de ses fonds excédentaires » ait implicitement pour effet d'empêcher les sociétés professionnelles de réinvestir des revenus après impôt. L'économie d'impôt absolue associée à la demande de la déduction accordée aux petites entreprises suivie de la distribution du revenu après impôt sous forme de dividendes ne représente qu'une partie de l'avantage découlant du report d'impôt associé au fait de conserver le revenu après impôt dans la société pour le réinvestir à ce niveau. Cependant, si le fait de placer des fonds n'est pas considéré comme une entreprise, les placements pourraient ne pas aller à l'encontre de l'interdiction prévue dans la LSAO d'exploiter une entreprise autre que l'exercice de la profession : la société professionnelle qui investit son revenu après impôt ne fait toujours qu'exploiter une même entreprise, celle du professionnel. En revanche, la législation sur les sociétés professionnelles de l'Alberta limite l'entreprise exploitée par une société professionnelle à l'entreprise exploitée par un particulier membre d'un organisme professionnel, mais ne fait pas mention de l'utilisation des fonds conservés par la société. Le ministère des Finances de l'Ontario devra apporter des précisions à la loi avant que les professionnels de cette province puissent déterminer si la constitution en société de leur activité professionnelle représentera un avantage important.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

LES FIDUCIES NON-RÉSIDENTES, VERSION RÉVISÉE

Le 2 août 2001, le ministère des Finances a rendu publique une version modifiée d'un avant-projet de loi sur les

fiducies non-résidentes, qui devrait s'appliquer aux années d'imposition commençant après 2001. Selon le ministère, les propositions législatives modifiées, qui remplacent celles du 22 juin 2000, tiennent compte des consultations menées auprès du secteur privé et « visent à rendre le régime fiscal plus équitable et à empêcher les contribuables de se soustraire à l'impôt. » Le nouveau projet de loi semble viser un résultat plus « équitable » en plaçant les particuliers fortunés qui peuvent se permettre de transférer leurs biens dans des fiducies étrangères dans la même position que le Canadien moyen. Dans de nombreux cas, les propositions vont au-delà des objectifs fixés et peuvent même déboucher sur des résultats inéquitables et anormaux. Il est à souhaiter que les iniquités potentielles, dont certaines sont décrites ci-après, seront réglées avant la promulgation des mesures législatives.

Le nouvel article 94 proposé prévoit qu'un plus grand nombre de fiducies non-résidentes seront réputées être des résidents canadiens : l'ancien critère à double volet utilisé pour établir la résidence au Canada—à savoir, la présence à la fois d'un contribuant canadien et d'un bénéficiaire canadien—est remplacé par un critère qui n'exige que la seule présence d'un contribuant canadien. On a également élargi les types de transferts de biens et la catégorie des entités qui entraînent l'application de l'article 94. Les propositions législatives accroissent également la capacité de l'ADRC de percevoir l'impôt sur le revenu et les gains des fiducies non-résidentes : en effet, le contribuant résident et le bénéficiaire résident, tels qu'ils sont définis, sont, sous réserve de certaines limites, conjointement et solidairement responsables de l'impôt sur le revenu canadien et du respect des obligations de déclaration des fiducies étrangères (alinéa 94(3)d)). L'une des principales préoccupations au sujet des règles proposées est l'absence générale d'un allègement transitoire destiné aux fiducies non-résidentes déjà établies, une question devenue plus préoccupante, compte tenu du risque, pour les contribuables et les bénéficiaires résidents, d'être tenus personnellement responsables de l'impôt sur le revenu canadien. Les particuliers qui ne sont pas visés, pour le moment, par l'actuel article 94, qui, avant de faire un apport à la fiducie, ignoraient qu'ils pouvaient ainsi engager leur responsabilité personnelle en vertu des nouvelles propositions, et qui, actuellement, n'exercent aucun contrôle ou influence sur la fiducie pourraient être désagréablement surpris par les nouvelles règles.

On suppose qu'une personne qui a toujours résidé au Canada établit une fiducie étrangère pour le bénéfice de membres non-résidents de sa famille en 1982, et qu'elle n'est pas elle-même un bénéficiaire de la fiducie. Les bénéficiaires n'étaient pas et ne seront jamais des résidents du Canada, le fiduciaire est une société de fiducie étrangère, et les biens de la fiducie consistent dans des fonds investis dans un compte étranger. L'actuel article 94 ne s'applique pas—un résultat adéquat parce que le seul lien de la fiducie avec le Canada est son auteur, dont la participation à la fiducie a pris fin après sa création. Cependant, comme l'auteur est un résident du Canada, la fiducie est réputée être un résident du Canada en vertu des nouvelles règles proposées, et l'auteur de la fiducie risque d'être personnellement responsable, sur une base

prospective, de la totalité de l'impôt à payer sur le revenu canadien de la fiducie—un résultat plutôt extrême, compte tenu de la participation limitée et éloignée présumée de l'auteur à la fiducie étrangère.

L'absence d'allègement transitoire aura également des conséquences sérieuses parce qu'une émission d'actions du trésor est dorénavant réputée constituer un transfert de bien. Cette nouvelle règle entraînera un impôt pour de nombreuses structures préexistantes de gel successoral réalisé par l'intermédiaire de fiducies étrangères. Les droits acquis contenus dans la version de juin 2000 ont été éliminés sans aucune justification ni dans les notes explicatives ni dans le communiqué de presse.

Selon le paragraphe 94(5.1) proposé, il y a disposition réputée de certains biens de la fiducie si celle-ci n'a aucun contribuant résident, ce qui serait le cas au décès de cette personne. Si on présume que l'article 94 vise à équilibrer les règles du jeu en mettant les fiducies canadiennes et non-résidentes sur un pied d'égalité, le rôle de cette disposition réputée n'est pas clair : la Loi ne prévoit pas qu'il y a disposition réputée des biens de la fiducie au décès de l'auteur qui est un résident du Canada. De plus, la disposition réputée s'applique non seulement si la fiducie a un bénéficiaire résident à la fin de l'exercice et que la responsabilité personnelle élargie du paragraphe 94(3) proposé continue de s'appliquer, mais également si la fiducie ne compte ni contribuant résident ni bénéficiaire résident à la fin de l'exercice, auquel cas le paragraphe 94(5) proposé prévoit une autre disposition réputée des biens de la fiducie avant que celle-ci rompe complètement ses liens avec le Canada. Il semble que l'objet du paragraphe 94(5.1) proposé s'explique par le désir du gouvernement canadien de percevoir sa juste part de l'impôt sur le revenu auprès de la fiducie avant qu'elle cesse d'avoir tout lien avec le Canada. Apparemment, compte tenu de la présumée nécessité d'un élargissement de la responsabilité personnelle et du caractère adéquat d'une telle mesure, on a jugé qu'il était prudent de prévoir une disposition réputée avant que le contribuant qui est un résident canadien puisse échapper à une obligation potentielle.

Vincent M. Bjorndahl et Greg S. Lindsey

Felesky Flynn LLP, Calgary

PÉNALITÉ DE PRIX DE TRANSFERT AU QUÉBEC

Si une société a du revenu gagné ou attribué, en partie, au Québec et si des redressements de prix de transfert sont effectués, les nouvelles règles sur les prix de transfert du Québec pourraient entraîner une pénalité plus élevée que prévu. Toutefois, Revenu Québec a récemment confirmé que la pénalité ne s'appliquera qu'en proportion du revenu imposable attribué au Québec.

Selon les règles fédérales sur les prix de transfert, une pénalité de 10 % peut s'appliquer aux redressements de prix de transfert si les redressements excèdent des seuils précis et si des efforts sérieux n'ont pas été faits pour documenter de façon ponctuelle l'utilisation du principe de pleine concurrence dans la détermination de prix de transfert. La législation sur les prix de transfert du Québec, adoptée le 23 mai 2001, est similaire à celle du

fédéral. Les sociétés qui font des affaires au Québec avec des entités sans lien de dépendance situées à l'extérieur du Canada devraient savoir que les règles du Québec sont tellement similaires aux règles fédérales que le montant de la pénalité en matière de prix de transfert fédérale s'en trouve tout simplement doublé. La disposition de pénalité récemment adoptée au Québec ne prévoit aucun ajustement à la pénalité pour tenir compte de la proportion des affaires exploitées dans les autres provinces canadiennes, et non au Québec (article 1082.5 de la *Loi sur les impôts du Québec*). Cette omission double ni plus ni moins la pénalité sur les redressements des prix de transfert pour tout contribuable imposable au Québec et ce, peu importe que 1 % ou 100 % du revenu du contribuable soit imposable au Québec.

Revenu Québec a récemment confirmé que l'anomalie dans l'imposition de la pénalité résulte d'une omission. Dans une prochaine modification, on précisera que la pénalité ne doit s'appliquer qu'en proportion du revenu imposable attribué au Québec. Pour le moment, les sociétés qui exercent des activités au Québec devraient être conscientes du risque accru de pénalité qui découle du libellé actuel de la législation du Québec, en l'absence de documentation ponctuelle établissant les prix de transfert. Tout comme au fédéral, la disposition de pénalité s'applique rétroactivement aux années d'imposition commençant après le 31 décembre 1998.

François Vincent et Jennifer D. Rhee

KPMG s.r.l., Montréal

SEULEMENT AU QUÉBEC

Tel qu'il est mentionné dans un article précédent, les particuliers résidents du Québec peuvent être assujettis à l'impôt minimum de remplacement du Québec (IMRQ) sur les dividendes imposables reçus de sociétés résidant au Canada. (Voir « Les dividendes ont toujours la cote (partie 2) », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 25 septembre 2001, p. 70.) Puisque 100 % des dividendes canadiens sont imposables aux fins de l'IMRQ, le coût fiscal de l'IMRQ peut excéder 3,6 % du dividende réel reçu en 2001 et 3,5 % en 2002 et les années suivantes. Malheureusement, l'IMRQ s'étend également aux gains en capital et aux avantages liés aux options d'achat d'actions admissibles réalisés par des particuliers résidant au Québec.

Il est encore courant que les contribuables aient un IMR fédéral et provincial à payer si l'exemption des gains en capital (EGC) de 500 000 \$ a été demandée pour mettre à l'abri de l'impôt le gain résultant de la cristallisation ou de la vente d'actions admissibles de petite entreprises (AAPE) ou d'un bien agricole admissible (BAA). Cependant, la réalisation d'un gain en capital non admissible à l'EGC et d'un avantage lié à une option d'achat d'actions (sous réserve de la déduction prévue aux alinéas 110(1)d) ou d.1)) ne donne généralement pas lieu à un IMR fédéral à payer : le taux d'impôt applicable à ces montants aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu régulier excède le taux de l'IMR applicable. Comme il en a été question dans un autre article, à cause des modifications apportées au taux d'inclusion des gains en capital et aux déductions prévues

aux alinéas 110(1)d) et d.1) dans le budget fédéral du 28 février 2000 et le mini-budget du 17 octobre 2000, des changements accessoires (rétroactifs au 1^{er} janvier 2000) devaient être apportés au taux d'inclusion des gains en capital aux fins de l'IMR fédéral et aux déductions prévues aux alinéas 110(1)d) et d.1) pour empêcher l'application automatique de l'IMR fédéral à ces montants. (Voir « Une affaire inachevée », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 23 janvier 2001, p. 2.) Ainsi, un contribuable qui réalise un gain en capital qui n'est pas à l'abri de l'impôt au moyen de l'EGC et/ou un avantage lié à une option d'achat d'actions n'est pas, de ce fait, assujéti à l'IMR fédéral, puisque le taux réel de l'IMR fédéral de 12,8 % en 2001 et pour les années suivantes sur les gains en capital et les avantages admissibles liés aux options d'achat d'actions est inférieur au taux d'impôt régulier fédéral de 14,5 %. Ce résultat s'applique également aux provinces (à l'exception du Québec) et territoires puisque ceux-ci se fondent sur le calcul de l'IMR fédéral pour déterminer leur propre IMR à payer.

Le budget du Québec 2001 réduit rétroactivement le taux d'inclusion des gains en capital aux fins de l'IMRQ à 70 % pour 2000 et les années suivantes. Toutefois, les taux effectifs de l'IMRQ qui s'établissent à approximativement 14,5 % (70 % de 20,75 %) en 2001 et 14 % (70 % de 20 %) en 2002 et les années suivantes pour les gains en capital et les avantages admissibles liés aux options d'achat d'actions sont plus élevés que le taux marginal le plus élevé de l'impôt régulier du Québec applicable à ces revenus, à savoir 12,25 % (la moitié de 24,5 %) pour 2001 et 12 % (la moitié de 24 %) pour 2002 et les années suivantes. Un particulier résidant au Québec aura donc un IMRQ à payer sur la réalisation d'un gain en capital à moins d'avoir par ailleurs suffisamment d'autres revenus imposés aux taux ordinaires. Malheureusement, cet IMRQ à payer peut devenir un impôt provincial permanent si le particulier résidant au Québec n'a pas un montant de revenu suffisant pendant la période de report prospectif de crédit de sept ans de l'IMRQ ou s'il déménage dans une administration où le fisc est moins gourmand.

Il est possible pour un particulier résidant au Québec qui veut éviter l'IMRQ de produire sa déclaration de revenus du Québec selon la méthode soi-disant simplifiée. Toutefois, comme les déductions disponibles et/ou les crédits d'impôt sont sensiblement restreints comparativement au régime d'impôt régulier – pas d'EGC, ni crédits d'impôts pour dividendes du Québec ni déductions au Québec équivalentes aux déductions des alinéas 110(1)d) ou 110(1)d.1) de la LIR – il convient d'évaluer avec soin l'incidence de l'utilisation du régime d'impôt simplifié avant de prendre une décision.

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

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

Le nombre de causes portant sur la responsabilité des administrateurs en matière de TPS/TVH ne cesse de croître, tout comme les facteurs à prendre en considération pour déterminer les éléments d'une défense de diligence raisonnable réussie.

Dans l'arrêt-clé *Soper* en 1997, la CAF avait fait la distinction entre ce qui était exigé d'un administrateur interne (qui participe à la gestion quotidienne de l'entreprise et influence la conduite de ses affaires) et ce qui était exigé d'un administrateur externe. Il est acceptable que ce dernier s'en remette au directeur d'entreprise pour s'acquitter du paiement des créances de la société. Cependant, lorsqu'un tel administrateur obtient des informations ou est mis au courant de faits qui l'amènent à conclure que la remise des taxes pourrait poser problème, il a un devoir positif d'agir (97 DTC 5407).

De nombreux arrêts subséquents portent sur les mesures qui devraient être prises ou sur ce qu'une personne raisonnablement prudente ferait dans des circonstances comparables pour établir la diligence raisonnable. Plusieurs causes récentes ont porté sur les circonstances dans lesquelles il aurait dû être évident pour un administrateur ou une personne raisonnablement prudente se trouvant dans une situation comparable que des mesures devaient être prises. Dans *Smith*, la CAF a conclu que Smith avait agi de façon raisonnable en sa qualité d'administrateur externe en proposant une action et en s'en remettant ensuite aux administrateurs internes pour mettre en œuvre ce qu'il avait proposé. Des rapports internes l'avaient par la suite amené à croire que les remises étaient effectuées. Plus tard, lorsque Smith était devenu administrateur interne et qu'il participait donc de façon plus étroite à la conduite des affaires de l'entreprise, on avait exigé de lui des efforts accrus. Néanmoins, même en sa qualité d'administrateur interne, il n'avait pas à s'assurer d'empêcher le défaut de remise; il n'avait qu'à faire des efforts raisonnables pour l'éviter. D'après l'information qui lui avait été fournie, Smith croyait que les obligations en matière de retenues à la source et de remise de la TPS avaient été respectées (2001 DTC 5226).

Plus récemment, dans *Matthews*, une société n'avait ni perçu ni remis la TPS pendant plus de deux ans et demi. Matthews ne participait pas à la gestion quotidienne de la société et il n'était pas au courant du défaut de production et de remise. Le procureur de la Couronne et Matthews ont réglé la poursuite intentée contre ce dernier en se fondant sur le fait que le défaut de la société aurait dû être évident pour Matthews alors qu'il avait été informé par le directeur général environ un an après le début du défaut de la nécessité d'une injection de capitaux pour payer les dettes. Par conséquent, sa responsabilité était limitée au montant impayé pour les six derniers mois de la période, alors qu'il aurait dû être au courant du défaut (2001-1114 (TPS) I).

Willard Strug

Blois Nickerson & Bryson, Halifax

TAXE DE VENTE DES ÉTATS AMÉRICAINS

Les sociétés canadiennes qui font des affaires dans divers États aux États-Unis sont souvent surprises de la complexité des impôts et taxes qui y sont levés, en particulier la taxe de vente. Presque tous les États lèvent une taxe sur la vente de biens meubles corporels et parfois sur certains services, mais les règles de chaque État sont différentes et souvent déroutantes. Par exemple, une guimauve peut être définie

comme un bonbon dans un État, mais comme un aliment (et donc non taxable) dans un autre. Mais fait peut-être plus troublant encore, les taux de la taxe de vente varient d'un État à l'autre, d'un comté à l'autre, et souvent d'une ville à l'autre. Il faut disposer du logiciel le plus perfectionné et le plus coûteux pour trouver les différents taux de taxe imposés par plus de 7 500 États et administrations locales qui lèvent une taxe de vente. On peut dire, à certains égards, que la seule certitude en matière de taxes levées par les États est que les règles sont différentes dans chaque administration. L'avènement du commerce électronique qui facilite les ventes entre différents États ne fait qu'accentuer ces problèmes. Conscients de l'importance de la question, le gouvernement fédéral et les gouvernements des États ont pris des mesures visant à clarifier et à simplifier les règles pour les sociétés faisant des affaires dans plusieurs États.

Initiatives fédérales. Maintenant que l'Internet est bien en place, les ramifications des activités et des opérations électroniques en matière de taxes des États représentent peut-être l'aspect le plus instable de leur législation sur la taxe de vente, l'élément le plus crucial étant de savoir si les détaillants qui œuvrent uniquement sur Internet doivent percevoir une taxe lorsqu'ils réalisent une vente. En général, les États font payer la taxe de vente à l'acheteur du produit ou du service, mais tous les États exigent du vendeur qu'il perçoive les taxes de vente auprès de ses clients s'il a un lien (« nexus ») avec l'État qui taxe, un critère qu'il satisfait en général par sa présence physique dans l'État (voir *Quill c. North Dakota*, 504 US 298 (1992)). Selon la jurisprudence, la présence physique nécessaire peut être aussi ténue que la simple présence temporaire d'un bien ou d'un membre du personnel de la société dans un État. Certes, l'Internet a beaucoup facilité aux entreprises exerçant leurs activités dans plusieurs États la vente de leurs produits ou services à des clients d'autres États sans avoir à y mettre les pieds. En évitant d'être physiquement présents dans les États, les détaillants utilisant l'Internet échappent à la nécessité de percevoir des taxes de vente, ce qui crée un problème véritable pour les États et les administrations locales qui s'appuient largement sur les recettes des taxes de vente et d'utilisation.

Craignant la perte de recettes en raison des opérations électroniques, certains États ont ouvertement essayé de forcer les détaillants qui œuvrent uniquement sur l'Internet à percevoir les taxes sur les ventes qu'ils font électroniquement. Cependant, avant qu'ils puissent prendre des mesures définitives, le gouvernement fédéral est intervenu et a utilisé son pouvoir pour essayer de définir les règles en matière de taxe de vente visant les détaillants Internet. En octobre 1998, le Congrès a adopté l'*Internet Tax Freedom Act* (ITFA) qui, entre autres choses, impose un moratoire de trois ans sur la capacité des États de mettre en place des taxes sur le commerce électronique qui seraient discriminatoires, notamment si le seul fait de pouvoir accéder à un site sur le serveur d'un vendeur hors de l'État est considéré comme un facteur pertinent pour déterminer l'obligation du vendeur de percevoir une taxe. Le Congrès a donc interdit à un État de prétendre à l'existence d'un lien pour un détaillant qui œuvre strictement sur Internet sans être présent physiquement

dans l'État. Depuis la promulgation de l'ITFA, le Congrès a étudié la question mais n'a adopté aucune mesure législative définitive. On s'attend à ce qu'il prolonge le moratoire (devant expirer en octobre 2001) pendant qu'il continue de rechercher une solution aux problèmes associés à l'existence d'un « lien ». Les Canadiens qui vendent sur Internet des produits et des services à des clients américains devraient suivre la situation de près.

Projet de simplification de la taxe de vente. Au niveau des États, une coalition réunissant plusieurs États a été formée en vue de faciliter la conformité aux taxes de ventes entre États. Le projet a été mis sur pied dans le but de simplifier la perception et l'administration des taxes de vente et d'utilisation. Parmi les caractéristiques essentielles du projet, mentionnons l'uniformisation des définitions et des assiettes fiscales, la simplification des exemptions et des taux, l'uniformisation des règles relatives à la provenance et des procédés de vérification. Les États participants fourniraient en outre aux détaillants un logiciel gratuit qui leur faciliterait le calcul, la perception et la remise des taxes de vente. De toute évidence, le régime facilitera la conformité pour les entreprises qui œuvrent dans plusieurs États, et les États en profiteront également. Les États espèrent que, si l'observation des dispositions de taxes de vente levées par plusieurs États est simplifiée, de nombreuses sociétés qui réussissent actuellement à éviter la perception des taxes de vente en n'étant pas physiquement présentes ou en n'ayant pas de lien avec l'État qui lève la taxe pourront être persuadées de percevoir les taxes de vente et de se conformer à la législation.

Une législation modèle a déjà été proposée, mais son succès dépend de la participation volontaire des États et des contribuables. Jusqu'à maintenant, 19 États ont adopté des dispositions législatives en ce sens et la plupart des autres ont pris des mesures en vue d'assurer leur participation. Quant à savoir si les contribuables accepteront de participer volontairement, c'est une autre histoire. Les sociétés qui peuvent légalement vendre leurs produits sans percevoir la taxe parce qu'elles n'ont ni présence physique ni lien pourront être tentées de continuer à vendre ces produits en franchise de taxe puisqu'on peut dire que cette pratique leur assure un avantage concurrentiel sur les sociétés qui sont forcées de percevoir les taxes de vente.

Les lecteurs souhaitant obtenir plus de renseignements sur le projet de simplification pourront consulter le site suivant : <http://www.streamlinedsalestax.org>.

Timothy P. Noonan

Hodgson Russ LLP, Buffalo

PÉNALITÉS AUX É.-U. POUR ERREUR D'ÉVALUATION

Dans un arrêt récent, la *US Tax Court* a imposé une pénalité ahurissante de 30 M \$ US pour une grossière erreur d'évaluation liée aux droits successoraux et à l'impôt sur les dons.

L'article 6662 de l'IRC américain prévoit des pénalités pour inexactitude sur la partie du moins-payé de l'impôt attribuable à la négligence, pour sous-évaluation

importante de l'impôt sur le revenu ou des droits successoraux ou de l'impôt sur les dons; ou pour surévaluation importante de la valeur des obligations de retraite. Les pénalités liées à l'évaluation ne s'appliquent pas si la valeur déclarée a été établie de bonne foi et si le moins-payé de l'impôt peut être attribué à une cause raisonnable. Les pénalités pour sous-évaluation des droits successoraux et de l'impôt sur les dons sont de 20 % si la valeur indiquée dans la déclaration de revenus se situe entre 25 % et 49 % de la valeur réelle, et de 40 % pour les erreurs d'évaluation grossières, c.-à-d. lorsque la valeur indiquée dans la déclaration est inférieure à 25 % de la valeur réelle.

L'arrêt *Estate of True* portait à la fois sur les droits successoraux et sur l'impôt sur les dons (TC Memo 2001-167 [6 juillet 2001]). La *US Tax Court* a imposé des pénalités totalisant 30 M \$ US sur un moins-payé d'impôts de 76 M \$ US, dont plus de la moitié concernait les droits successoraux et le solde, l'impôt sur les dons. Les moins-payés d'impôts et les pénalités découlaient des valeurs déclarées de participations dans diverses sociétés de capitaux et sociétés de personnes qui faisaient l'objet de conventions de rachat et avaient été transférées individuellement. Le juge a affirmé que le facteur le plus important lorsqu'il s'agit d'établir la bonne foi et les exceptions au titre d'une cause raisonnable était la mesure dans laquelle le contribuable avait fait preuve d'une diligence et d'une prudence normales dans ses activités habituelles pour l'évaluation de son impôt à payer; à la lumière des faits en espèce, ces exceptions ne s'appliquaient toutefois pas. Les impôts sur les dons et les pénalités connexes ont été levés séparément pour les divers transferts entre vifs qui avaient été effectués tant par le défunt que par son épouse. Les contribuables avaient engagé un expert pour évaluer les participations du défunt à la date du décès, mais l'opinion de l'expert n'as pas été retenue. Le juge a affirmé que si l'on avait utilisé l'opinion de l'expert, les valeurs n'auraient pas été grossièrement sous-estimées.

Richard M. Wise

Wise Blackman, Montréal

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Traités

Le projet de loi S-31, qui met en œuvre les traités conclus entre le Canada et la Slovénie, l'Équateur, le Pérou, le Sénégal, les Républiques tchèque et slovaque, le Venezuela, et l'Allemagne, a été adopté en première lecture au Sénat, le 19 septembre 2001. Le traité avec l'Allemagne remplace un traité existant. Le traité de 1990 entre le Canada et les Républiques tchèque et slovaque est actuellement en vigueur.

OCDE

Des modifications sous forme de projet à la convention modèle en matière d'impôt sur le revenu ont été rendues publiques le 2 octobre 2001. Certains des changements ont déjà été approuvés. Une fois que le comité de travail aura pris ses décisions finales en février 2002, les changements seront soumis au Comité des affaires fiscales pour approbation définitive, et une

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>

convention mise à jour sera publiée quelques mois après. Les changements concernent la notion d'établissement stable (place fixe d'affaires, chantier de construction, activités préparatoires et mandat); le commerce électronique (serveurs et paiements provenant de logiciels); le « treaty shopping » (particulièrement les situations dites de « conduit »); et un nouvel article traitant de l'assistance mutuelle en matière de perception.

IFA

Le 55^e congrès mondial a débuté à San Francisco le 30 septembre 2001. Les événements du 11 septembre dernier ont dominé les discussions de la première journée; près de 30 % des participants ne se sont pas présentés. Sur une note plus positive, de nouveaux membres en provenance de la Chine étaient présents. Le commerce électronique et l'utilisation de régimes à fiscalité privilégiée étaient les deux principaux thèmes du congrès.

Mexique

Suite à une rencontre entre le ministre des Finances et l'IRS en juillet 2001, de nouvelles méthodes d'établissement des prix de transfert ont été élaborées pour les « maquiladoras » de l'industrie électronique qui demandent des arrangements préalables en matière de prix de transfert (APP) pour les années 2000 à 2002. Le processus comprend deux étapes – une étude comparable du calcul du rendement des actifs et une étude du calcul des bénéfices d'exploitation rajustés. Les négociations sur les méthodologies applicables au « maquiladoras export » du secteur de l'automobile devraient prendre fin sous peu. Les secteurs de l'automobile et de l'électronique comptent pour plus de 60 % des APP en cours.

Chine

Une nouvelle circulaire sur les prix de transfert traitant du remboursement pour les investisseurs étrangers qui réinvestissent leurs bénéfices dans des entreprises de placement étrangères nouvelles ou existantes prévoit que le remboursement ne sera pas accordé si l'augmentation des bénéfices résulte d'un redressement des prix de transfert.

Carol Mohammed

L'Association canadienne d'études fiscales, 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.