

Rédactrice : Vivien Morgan, LL.B.

Volume 10, numéro 9, le 24 septembre 2002

## RÉSIDENCE PROVINCIALE

L'ADRC a, pour la première fois, publié des lignes directrices qui permettent de déterminer si un particulier est résident d'une province ou d'une autre. Le *Bulletin d'interprétation* IT-221R3, « Détermination du statut de résident d'un particulier », indique que dorénavant les lignes directrices contenues dans le BI aux fins de la détermination de la résidence au Canada serviront également aux fins de la détermination de la résidence provinciale d'un particulier.

Comme les différences entre les taux d'impôt provincial sont de plus en plus marquées au fur et à mesure que les provinces acquièrent une autonomie accrue dans leur régime d'imposition des particuliers, la province de résidence devient un élément de plus en plus important de la planification fiscale personnelle qui, par conséquent, retient davantage l'attention de l'ADRC. (Voir « Taux d'imposition provinciaux », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 23 juillet 2002, p. 54.) Une version révisée du BI, rendue publique le 22 août 2002, comprend deux nouveaux paragraphes qui précisent comment les critères du BI s'appliquent pour la détermination de la résidence provinciale d'un particulier aux fins de l'impôt sur le revenu provincial. (La précédente version du BI datait du 21 décembre 2001.)

Généralement, un particulier est assujéti à l'impôt provincial dans la province où il réside le 31 décembre de l'année donnée. Selon le BI, un particulier est considéré comme un résident de la province où il maintient des liens importants de résidence (tels qu'ils sont décrits aux paragraphes 4 à 9). Dans certains cas, un particulier est considéré comme résidant dans plus d'une province le 31 décembre d'une année donnée, habituellement si, le 31 décembre, il réside physiquement dans une province autre que celle où il réside ordinairement (p. ex., en raison d'une affectation professionnelle temporaire ou pour poursuivre des études postsecondaires). Un particulier qui réside dans plus d'une province le 31 décembre d'une année

donnée est considéré comme résidant uniquement dans la province avec laquelle il a les liens de résidence les plus importants, incluant le lieu du logement du particulier, de son conjoint ou conjoint de fait, et des personnes à sa charge.

Wayne Tunney

KPMG LLP, Toronto

## TPS/TVH ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE

En novembre 2001, l'ADRC avait fait circuler dans le public, pour fins de commentaires, un document de discussion de l'ADRC sur la TPS/TVH et le commerce électronique. Le bulletin 090, rendu public récemment, résume la position finale de l'ADRC.

L'un des plus importants sujets de discussion abordés dans le bulletin est la question de savoir si un non-résident exploite une entreprise au Canada, ce qui a une incidence directe sur les exigences d'inscription aux fins de la TPS/TVH. Le document de discussion avait éliminé la prédominance des facteurs clés du lieu où les contrats sont conclus et de celui où se déroulent les activités pour déterminer s'il y a exploitation d'une entreprise, et déterminé que d'autres facteurs comme le lieu de l'entreposage des stocks, le lieu où se trouvent les employés et le lieu de livraison avaient une importance équivalente. (Voir « TPS et commerce électronique », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 29 janvier 2002, p. 7.) On craignait alors que ce changement de perspective entraîne une incertitude accrue parce que l'importance accordée à chaque facteur serait subjective. Le bulletin reprend la liste des facteurs et ajoute que l'importance de chacun varie selon les circonstances. Dans le bulletin, on rappelle que ces facteurs sont pertinents pour l'analyse de l'exploitation d'une entreprise tant dans le contexte du commerce électronique que de celui du commerce traditionnel, et ne tiennent vraisemblablement pas compte de la jurisprudence selon laquelle, dans le commerce traditionnel, les lieux de conclusion des contrats et d'exercice des activités sont des facteurs clés.

Le bulletin contient également une liste exhaustive des fournitures effectuées par voie électronique que l'ADRC a classifiées aux fins de la TPS/TVH et qui peuvent avoir une incidence sur le lieu de la fourniture et le taux de taxation. Certaines fournitures qui n'étaient pas qualifiées de façon définitive dans le document de discussion sont dorénavant classées dans les biens meubles incorporels, y compris l'extraction de données, le droit d'accès à un site Web interactif et l'envoi d'informations personnalisées.

Le bulletin confirme la qualification quelque peu litigieuse à titre de service fourni en totalité ou en partie au Canada de la fourniture à distance de certains services : si quelque chose est fait au matériel de l'acquéreur au Canada, ou avec ce matériel, en y ayant accès à partir d'un endroit éloigné, la fourniture du service est considérée comme étant effectuée au moins en partie au Canada, et la TPS/TVH peut être facturée par un vendeur inscrit même si aucun élément de la

### Dans ce numéro

Résidence provinciale	65
TPS/TVH et commerce électronique	65
Jurisprudence fiscale européenne	66
Une seule pointure ne suffit pas	66
Abris fiscaux aux États-Unis	67
Contrôle de fait	68
Financement étranger aux États-Unis	68
Non-concurrence et article 14	69
Est-ce la fin des sociétés de portefeuille?	70
Programme de fidélisation	71
Actualités fiscales étrangères	72

**NOTA** : À compter de janvier 2003, *Faits saillants en fiscalité canadienne/Canadian Tax Highlights* sera publié uniquement en format électronique, et on le trouvera sur le site web de l'ACÉF au [www.acef.ca](http://www.acef.ca). Pour être avisé par courriel de la parution de chaque nouveau numéro, veuillez transmettre votre adresse électronique à [nforrester@ctf.ca](mailto:nforrester@ctf.ca).

fourniture n'est physiquement effectué au Canada. Nul doute que le débat sur le sujet et sur d'autres questions soulevées dans le bulletin se poursuivra.

Audrey Diamant

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

## JURISPRUDENCE FISCALE EUROPÉENNE

**France.** Le 28 juin 2002, le plus haut tribunal fiscal de France, le Conseil d'État, a statué, dans l'arrêt *Schneider*, que la convention conclue avec la Suisse avait préséance sur les règles françaises concernant les sociétés étrangères affiliées (SEA), qui ont pour objet de lever un impôt sur les bénéfices réalisés à l'étranger par une société résidant en France. La cour a estimé que ces règles ne s'appliquaient pas à une SEA oeuvrant dans un pays avec lequel la France a conclu une convention fondée sur la convention modèle de l'OCDE, sauf stipulation contraire. De nombreuses conventions françaises – dont celles conclues avec le Canada, les États-Unis et une douzaine d'autres pays – prévoient des règles de préséance concernant les SEA. Comme la convention entre la France et la Suisse ne comporte pas de telles dispositions, la cour a conclu que l'article 7 de cette convention ne permettait pas à la France d'imposer les bénéfices commerciaux d'une SEA suisse, rejetant ainsi l'argument selon lequel le traitement à titre de dividende réputé provenant du bénéfice commercial en vertu des règles relatives aux SEA devait être maintenu. Par suite de cette décision et compte tenu des transgressions possibles des règlements de l'UE, on s'attend à ce que de nouvelles règles sur les SEA soient rédigées sous peu, règles qui pourraient éventuellement être incluses dans la loi des finances pour 2003.

**Italie.** La Cour suprême a récemment formulé des critères permettant d'établir la présence d'un établissement stable en Italie, dans le contexte où l'on se demandait si une filiale italienne de Philip Morris était un ES de plusieurs membres d'un groupe de sociétés non italiennes. La question a été renvoyée à nouveau à la cour de l'impôt à qui l'on a demandé de rendre une décision à la lumière des critères définis par la Cour suprême, lesquels semblent donner à penser que la filiale italienne était un ES : la filiale exerçait régulièrement des activités hors du champ de ses activités normales pour le compte de membres non-résidents du groupe, et dans l'intérêt exclusif de ceux-ci; les activités de son bureau principal n'avaient pas de caractère préparatoire ou auxiliaire; la filiale italienne participait à des négociations entre des sociétés non-résidentes liées et des organismes gouvernementaux italiens; les activités qu'elle exerçait pour le compte des entités étrangères du groupe pouvaient entraîner l'existence d'un ES de chacune de ces entités. La question concernait la TVA, mais le raisonnement vaut probablement aussi aux fins de l'impôt sur le revenu. Les multinationales faisant des affaires en Italie devraient examiner de près les activités exercées par leurs filiales italiennes pour le compte d'entités liées.

**Allemagne.** La cour fédérale de l'impôt a rendu sa première décision sur les dispositions contre l'utilisation avantageuse des conventions fiscales (« *treaty shopping* ») contenues dans le code des impôts. Une BV hollandaise (BV) a été interposée entre une GmbH allemande et une société des Bermudes détenue par des particuliers résidant aux

Bermudes, en Australie et aux États-Unis. La GmbH a versé un dividende à la BV, qui a demandé un remboursement de la différence entre le taux de retenue de 25 % et le taux de 5 % prévu dans la convention entre l'Allemagne et les Pays-Bas (le taux de 0 % prévu dans la directive européenne sur les sociétés mères et les filiales n'était pas encore en vigueur). Les autorités fiscales allemandes ont contesté le taux de retenue réduit sur les dividendes pour la proportion des actions détenues en bout de ligne non seulement par le particulier des Bermudes mais aussi par des résidents d'autres pays. La cour a conclu que les dispositions générale et particulières visant à contrer les abus s'appliquaient aux sociétés de portefeuille situées dans des paradis fiscaux, et dans d'autres pays comme les Pays-Bas, si une structure pouvait être assimilée à de la manipulation et n'avait pas d'objet commercial véritable : la simple détention d'actions d'une GmbH ne suffisait pas à créer une activité commerciale ou économique.

Dans une décision ultérieure d'un tribunal inférieur, on a aussi invoqué le principe de la substance pour refuser l'application de taux de retenue réduits aux paiements faits à une société de portefeuille qui était une BV hollandaise au regard de la directive européenne concernant les sociétés mères et les filiales. Ces décisions nous rappellent que les tribunaux allemands peuvent décider d'ignorer des structures de détention qui n'ont pas un objet commercial véritable. De plus, contrairement à ce que de nombreux fiscalistes allemands auraient prédit, la première décision n'a pas ignoré la société des Bermudes mais seulement les entités jugées « abusives ». En conséquence, les actionnaires ultimes pourraient ne pas bénéficier du taux de retenue prévu dans la convention entre l'Allemagne et leur pays de résidence.

Albert Baker

Deloitte & Touche s.r.l., Montréal

## UNE SEULE POINTURE NE SUFFIT PAS

Maintenant que tous les particuliers canadiens produisent leurs déclarations sous le régime de l'impôt sur le revenu (RIR), il nous faut étoffer la justification de la paperasse supplémentaire exigée. La situation économique diffère considérablement d'une province à l'autre, ce que le barème d'imposition fédéral ne reflétait pas de façon appropriée depuis nombre d'années. Les surtaxes et les mesures d'allègement fiscal visant les faibles revenus, longtemps caractéristiques des impôts sur le revenu provinciaux, sont maintenant plus transparentes et efficaces avec le RIR.

Le tableau indique que 5,4 % de tous les contribuables ont payé la surtaxe fédérale en 2000, une moyenne nationale qui masque les écarts provinciaux : les contribuables à revenu élevé, selon la définition utilisée aux fins de la surtaxe fédérale, représentaient 2,5 % ou moins de l'ensemble des contribuables à Terre-Neuve et à l'Île-du-Prince-Édouard, mais 6,9 % et 6,8 % en Ontario et en Alberta, respectivement. Le tableau montre en outre la surtaxe à payer en pourcentage de la totalité de l'impôt fédéral à payer. Pour l'ensemble du pays, la surtaxe ne représentait que 1 % des recettes totales perçues, variant entre 0,5 % à l'Île-du-Prince-Édouard et dans les territoires et 1,3 % en Ontario. La variation observée au haut de l'échelle de revenus se reflète au bas de la même

### Déclarations fiscales des particuliers imposables qui paient une surtaxe fédérale, année d'imposition 2000

	Nombre	Surtaxe fédérale		
		En % de l'ens des contribuables	M \$	En % de l'impôt fédéral total
T.-N. ....	5 520	2,5	4 939	0,6
Î.-P.-É. ....	1 450	2,2	1 211	0,5
N.-É. ....	14 960	3,5	13 675	0,7
N.-B. ....	9 610	2,7	8 579	0,6
Qc ....	143 030	3,9	144 111	0,8
Ont. ....	388 340	6,9	482 637	1,3
Man. ....	17 420	3,2	18 364	0,7
Sask. ....	13 700	2,9	11 026	0,6
Alta. ....	101 880	6,8	120 945	1,2
C.-B. ....	90 610	4,9	96 521	0,9
Territoires .....	2 300	5,8	1 186	0,5
Total ou moyenne .....	790 860	5,4	908 128	1,0

échelle. Les déclarations de contribuables imposables ne comptaient que pour 59 % de toutes les déclarations à Terre-Neuve en 2000, mais pour 70,8 % en Alberta. Cela signifie qu'à Terre-Neuve 4, déclarants sur 10 se situaient au-dessous du seuil aux fins de l'impôt fédéral, mais qu'en Alberta, seulement 3 déclarants sur 10 avait un revenu trop faible pour payer de l'impôt. Le revenu moyen de l'ensemble des contribuables de l'Île-du-Prince-Édouard se chiffrait à 31 900 \$ et à 46 300 \$ en Ontario.

Le régime fiscal fédéral peut absorber de telles différences régionales, mais aucune province ne peut faire la moyenne du pays. Lorsque les provinces ont mis en place leur propre impôt sur le revenu, qui allait être calculé dans le cadre de la structure fédérale de taux et de crédits, il leur a fallu beaucoup d'ingéniosité pour obtenir un régime d'imposition provincial équitable qui leur permettrait de percevoir les recettes nécessaires. Avec des barèmes d'imposition et des crédits non remboursables distincts, il est maintenant plus facile aux provinces de fixer le seuil d'imposition et la progressivité qui reflètent leur situation.

*David B. Perry*

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

## ABRIS FISCAUX AUX ÉTATS-UNIS

De nouveaux règlements du Trésor américain modifient les règles visant les personnes qui participent à certaines opérations relatives à des abris fiscaux et les personnes responsables de l'enregistrement d'abris fiscaux ou de la tenue de listes d'investisseurs dans des abris fiscaux pouvant avoir un caractère abusif. Ces règlements s'inscrivent dans la stratégie mise en place par le Trésor pour combattre les opérations d'évitement de l'impôt qui ont un caractère abusif, tant par des mesures administratives que par des dispositions législatives qui ont pour but d'améliorer les modalités d'exécution actuelles de la loi et les moyens de détection hâtive de ces opérations, et d'empêcher le recours à de telles opérations d'évitement. Des pénalités pour non-conformité sont prévues au titre des obligations d'information, d'enregistrement et de tenue de listes, afin de maximiser les sources d'information au sujet des opérations et de renforcer ainsi la capacité d'examen et de contestation de l'IRS.

Les promoteurs doivent enregistrer auprès de l'IRS les opérations qui généreront un certain niveau d'avantage fiscal ou qui sont des opérations anti-évitement fondées sur l'utilisation d'une société et commercialisées de manière confidentielle (article 6111). Les promoteurs doivent également tenir des listes des investisseurs qui participent aux opérations enregistrées et à d'autres opérations potentielles d'évitement de l'impôt (article 6112). En vertu de l'ancien 6011 des règlements, les sociétés étaient tenues d'indiquer dans leurs déclarations de revenus les opérations que l'IRS avait identifiées comme des opérations d'évitement de l'impôt ou qui comportaient certaines caractéristiques qui leurs sont communes. Des modifications apportées récemment aux règlements, notamment pour étendre l'obligation d'information aux contribuables qui ne sont pas des sociétés, ont pour but de contrer les efforts menés par les promoteurs et les contribuables afin, prétend-on, d'éviter un examen de l'IRS.

Les particuliers, les fiducies, les sociétés de personnes et les sociétés de type S qui ont participé, directement ou indirectement, à certaines opérations devant être déclarées – les opérations énumérées – doivent maintenant produire aussi une déclaration. Une opération énumérée est une opération que l'IRS a publiquement identifiée comme une opération d'évitement de l'impôt ou une opération « essentiellement semblable », expression qui doit être interprétée largement pour favoriser la déclaration d'informations. Une société doit également déclarer les opérations qui satisfont à certains critères ainsi qu'à un test sur l'incidence fiscale projetée. (Le fait de produire un relevé d'information n'a pas d'incidence sur le caractère admissible des avantages fiscaux.) Les relevés d'information doivent respecter des directives précises et être produits même si des informations de semblable nature sont fournies en vertu d'autres directives publiées et peuvent faire double emploi (comme dans le cas d'une société de personnes et de ses associés). Si une opération devient une opération à déclarer après que le contribuable a produit une déclaration pour la première année visée, celui-ci doit produire un relevé avec la déclaration suivante.

L'article 6111 oblige quiconque met sur pied un abri fiscal à enregistrer celui-ci au plus tard le jour où la première part est offerte à la vente; quiconque vend ou cède une part de quelque autre façon doit fournir le numéro d'identification à l'acquéreur qui l'inclura dans sa déclaration lorsqu'il se prévaudra d'avantages fiscaux à titre d'investisseur. De plus, dans le cas de certains arrangements confidentiels, les obligations d'enregistrement s'appliquent aux promoteurs et aux investisseurs potentiels. La définition d'abri fiscal comprend toute entité, tout plan ou arrangement ou toute opération dont un objet important est d'offrir, sous couvert de confidentialité, à une société susceptible d'y participer directement ou indirectement, la possibilité de réduire ou d'éviter l'impôt fédéral, moyennant, pour le promoteur, une commission excédant 100 000 \$. Le terme « promoteur », s'entend de toute personne ou personne liée qui participe à l'organisation, la gestion ou la vente de l'abri. Fait intéressant, si l'organisateur n'enregistre pas un arrangement confidentiel comme abri fiscal et qu'aucun promoteur n'est une personne des États-Unis, chaque personne des États-Unis qui a discuté de sa participation à l'arrangement doit faire

enregistrer celui-ci, à moins qu'elle n'ait informé le promoteur par écrit, au plus tard 90 jours après le début des discussions, qu'elle ne participerait pas à l'abri. Les procédures d'enregistrement sont décrites dans les règlements.

Enfin, toute personne qui met sur pied un abri fiscal pouvant être considéré comme ayant un caractère abusif, ou qui vend une quelconque participation dans un tel abri, doit tenir une liste de tous les acquéreurs. Un tel abri fiscal s'entend d'un abri dont l'enregistrement est exigé, et de toute entité, plan ou arrangement de placement ou de tout autre plan ou arrangement d'un type déterminé dans les règlements comme offrant une possibilité d'évitement ou d'évasion fiscale.

Alice A. Joseffer

Hodgson Russ LLP, Buffalo

## CONTRÔLE DE FAIT

Les tribunaux se sont efforcés de définir la notion de contrôle de fait, et la reconnaissance de son existence dans le paragraphe 265(5.1) n'a pas réussi à rendre cette notion indépendante des faits ou à réduire l'incertitude qui entoure son application.

Selon le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, la personne qui a le contrôle de fait d'une société n'a pas à en détenir les actions. D'autres facteurs sont pertinents à cet égard : le pourcentage de propriété des actions comportant droit de vote; la propriété d'une importante dette d'une société qui peut devenir payable sur demande; les conventions entre actionnaires; les relations commerciales ou contractuelles de la société – p. ex., la dépendance économique à l'endroit d'un seul fournisseur ou d'un client unique; la possession de connaissances tout à fait particulières qui sont requises pour l'exploitation de l'entreprise; et l'influence qu'un membre d'une famille, qui est un actionnaire, peut avoir sur un autre. La CCI a récemment eu à se pencher sur ces directives administratives dans *Mimetix Pharmaceuticals* pour déterminer si Mimetix était une SPCC – définie en fonction de la règle sur le contrôle de fait – et si elle pouvait donc demander des CII remboursables et bonifiés (2001 DTC 1026). La cour a conclu que c'est une société non-résidente, qui détenait la moitié des actions émises de Mimetix, qui avait le contrôle de fait de cette dernière : elle était en effet la seule personne à avoir investi dans l'entreprise de Mimetix au moment pertinent et elle était donc en position d'exercer le type de pression qui lui permettait d'imposer sa volonté sur cette entreprise. La CCI a cité les facteurs énoncés dans le BI; même si on ne sait pas très bien si le tribunal les a tous approuvés, le jugement confirme néanmoins clairement la position de l'ADRC sur l'importance du facteur de la dépendance économique.

Plus récemment, dans *Rosario Poirier*, la CCI a examiné l'association entre Rosario Poirier Inc. (RP) et Trab, qui avaient tous deux demandé la DPE. RP exploitait une entreprise de camionnage et une scierie, et ses actionnaires étaient M. Poirier et son fils Luc, qui était également un administrateur et un employé. Avec l'aide de son père, Luc était devenu le seul actionnaire de Trab, qui était propriétaire d'un vieux camion et d'un permis de transport de billets. M. Poirier aidait Trab à trouver des clients; Luc ne participait pas de façon très active à l'exploitation

quotidienne de l'entreprise. RP était le principal client de Trab, et comptait pour 88 % à 100 % du chiffre d'affaires de cette dernière dans les années en cause et en payait les frais d'exploitation. Par résolution, le seul administrateur de Trab (Luc) avait donné à M. Poirier et à son épouse le pouvoir de signer les documents nécessaires et de prendre des décisions relativement à Trab. Il n'est guère surprenant que la CCI ait conclu que RP avait le contrôle de fait de Trab. Le tribunal a fortement insisté sur la dépendance économique de Trab, même si RP ne détenait aucune action de Trab. La cour a également indiqué que tant une personne qui a un contrôle de droit qu'une personne qui a un contrôle de fait peut contrôler une société, une position laissée ouverte par la CCI dans *Miller Estate* (2002 DTC 1228). Le fait que la CCI ait accordé une très grande importance à la dépendance économique donne à l'ADRC des munitions additionnelles pour imposer un plus grand nombre de contribuables. *Rosario Poirier* renforce les craintes des contribuables qui redoutent que la portée étendue du paragraphe 256(5.1) n'entraîne des résultats imprévisibles et ne place sur le dos des contribuables un fardeau peut-être insurmontable pour réfuter l'hypothèse selon laquelle l'exercice d'une influence marquée équivaut à un contrôle de fait.

Jack Bernstein et Kay Leung

Aird & Berlis LLP, Toronto

## FINANCEMENT ÉTRANGER AUX ÉTATS-UNIS

Un « *field service advice* » (FSA) de l'IRS contient de bonnes nouvelles au sujet de la technique de financement à effet cumulé (« *inbound double dip* ») au moyen d'un prêt hybride souvent utilisée par les sociétés américaines pour le financement d'acquisitions canadiennes effectuées directement ou par l'entremise de leurs filiales canadiennes (FSA 200206010, 1<sup>er</sup> novembre 2001 [2002 TNT 28-15]). Le FSA conclut que des actions ordinaires d'une filiale canadienne de premier niveau remises à une succursale canadienne de la société mère américaine (MUS) en lieu et place d'intérêts ne constituent pas un revenu imposable.

Même si cela ne ressort pas clairement à la lecture du FSA, la MUS détenait probablement toutes les actions d'une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (SRI), entité transparente aux fins de l'impôt américain. Les emprunts de SRI auprès de bailleurs de fonds américains non liés (emprunt 1) étaient structurés de façon à être admissibles à l'exonération de la retenue d'impôt au Canada en vertu de la règle des 5/25. SRI a prêté à son tour le produit de l'emprunt (le prêt hybride) à une société sœur canadienne (SCAN) qui a utilisé les fonds ainsi obtenus pour tirer un revenu d'une entreprise. Les intérêts sur le prêt hybride étaient payables à SRI en actions ordinaires de SCAN. Au même moment, SRI a conclu un contrat d'achat à terme dans le but d'acquérir d'autres actions de SCAN, pour un montant égal au capital du prêt hybride à l'échéance. Dans sa déclaration de revenus américaine, la MUS a considéré que le prêt hybride et le contrat à terme entre SRI et SCAN devaient être intégrés, et elle a traité les paiements en actions



comme des dividendes en actions non imposables, ce qui lui permettait de déduire les intérêts sur l'emprunt 1 sans constater de revenu compensateur sur le prêt hybride. (Aux fins de l'impôt canadien, le prêt hybride est une créance, d'où sa désignation.) L'IRS s'est dit d'accord avec la MUS : le prêt hybride constituait essentiellement un apport de capital en échange d'actions de SCAN. Dans son analyse, l'IRS a pris en compte plusieurs aspects.

■ La MUS satisfaisait aux normes définies par la jurisprudence qui lui permettaient de ne pas respecter la forme de ses opérations (*Estate of Durkin*, 99 USTC 561 (1992) et *Taiyo Hawaii*, 108 USTC 590 (1997)). L'IRS a souligné que MUS était cohérente dans son traitement des opérations et de leur présentation, comme opérations intégrées, dans sa déclaration fiscale, que la société n'essayait pas unilatéralement de refondre les opérations après coup, et que le non-respect de la forme choisie pour les opérations n'avait pas pour effet de l'enrichir indûment.

■ Les caractéristiques de capitaux propres du prêt hybride emportaient de toute évidence sur les caractéristiques d'emprunt selon un test multi-factoriel (*Estate of Mixon*, 464 F. 2d 394 (5th Cir. 1972)). En supposant que le contrat d'achat à terme puisse être coordonné avec le prêt hybride, les opérations se traduisaient par un apport de capital parce que les fonds étaient consacrés à l'acquisition d'actions supplémentaires de la filiale canadienne à l'échéance. Le fait que les versements de capital et d'intérêts sur le prêt hybride n'étaient payables qu'en actions du débiteur reposait sur un précédent faisant autorité selon lequel la prétendue dette est considérée comme un élément de capitaux propres. (Voir, p. ex., *Notice 94-47*, 1994-1 CB 357.)

■ L'IRS a conclu qu'un tribunal américain utiliserait au moins l'un de trois critères pour déterminer si la doctrine des opérations par étapes (« *step transaction* ») s'appliquerait aux fins de déterminer la substance de l'opération : 1) le critère de l'engagement exécutoire, 2) le critère de l'interdépendance mutuelle et 3) le critère du résultat final.

Dans le contexte de la fiscalité canadienne, SRI réalise un léger écart sur lequel elle est imposable : les intérêts créditeurs sur le prêt hybride sont presque compensés par les intérêts débiteurs sur l'emprunt 1. La Loi n'exige pas que les intérêts soient payés ou payables en espèces; il doit y avoir plutôt un « montant » payable, qui est défini comme comprenant l'argent et tout droit ou chose exprimés sous forme d'un montant d'argent, ou valeur du droit ou de la chose exprimée en argent. L'émission d'actions par une société peut servir au règlement d'une dette (voir *Ward*, [1998] 435 ETC (CCI)). Par conséquent, SCAN devrait avoir le droit à une déduction d'intérêts pour les actions émises en faveur de SRI. Cependant, dans la mesure où la JVM des actions est inférieure au montant des intérêts à payer, les dispositions relatives aux remises de dette pourraient s'appliquer à SCAN; en revanche, tout excédent du montant ajouté au capital-actions par suite de l'émission des actions sur leur JVM peut diminuer les intérêts déductibles pour SCAN. Les contribuables qui conçoivent et mettent en place des opérations de prêt hybride devraient consulter des experts : les instruments eux-mêmes comprennent de nombreux autres attributs et

droits essentiels à l'atteinte des résultats fiscaux recherchés.

*Steve Jackson*

Ernst & Young LLP, Toronto

*John Jakolev*

Comptable agréé, Toronto

## NON-CONCURRENCE ET ARTICLE 14

Il est permis de croire qu'un montant payable en vertu d'une clause de non-concurrence (CNC) lors de la vente directe d'une entreprise – une vente d'actifs – n'est pas imposable en vertu de l'article 14. Dans l'arrêt *Fortino* de 1996 de la CCI, confirmé par la CAF, le tribunal a conclu que l'article 14 ne s'applique pas à un montant reçu au titre d'une CNC dans le cadre d'une vente d'actions parce que le paiement n'est pas fait au titre d'une entreprise du contribuable. Cette analyse ne s'applique pas à la vente d'actifs. L'ADRC a toujours affirmé qu'un montant reçu au titre d'une CNC lors d'une vente d'actions est imposable en vertu de l'article 14 à titre d'immobilisation admissible (IA) relativement à la vente d'achalandage. Si on pousse l'analyse plus loin, on constate qu'un tel montant ne satisfait pas au critère de réciprocité (« *mirror-image test* ») de l'article 14.

Si un contribuable reçoit une IA au titre d'une entreprise, l'article 14 prévoit qu'il doit inclure dans son revenu les deux tiers du montant en question. Une IA correspond généralement aux trois quarts du montant que le contribuable est en droit de recevoir si la contrepartie donnée (p. ex., la clause de non-concurrence) était telle que, si le contribuable avait effectué un paiement pour cette contrepartie, le paiement aurait constitué une dépense en capital admissible (DCA). Une DCA s'entend généralement d'une dépense en capital engagée par le contribuable pour gagner un revenu d'entreprise et qui n'est pas autrement déductible.

Dans le récent jugement *Toronto Refiners*, la CCI cite les arrêts *Goodwin Johnson* et *Pe Ben*, et conclut que l'on doit tenir compte des circonstances réelles propres au payeur pour appliquer le critère de la réciprocité. Lorsque l'on applique cette façon de voir à la réception d'un paiement au titre d'une CNC associé à une vente d'actifs, la question est la suivante : si un paiement avait été fait par le contribuable – théoriquement dans la position de celui qui a effectivement fait le paiement – au titre d'une clause de non-concurrence, aurait-il été une DCA pour le contribuable? Pour constituer une DCA, ce paiement théorique doit être une dépense au titre du capital et non une dépense courante.

Depuis longtemps, selon la jurisprudence sur la distinction entre capital et revenu, la question revient à savoir si la dépense concerne l'entreprise elle-même ou le processus qui lui permet de réaliser un bénéfice (*Canada Starch*). Dans des arrêts comme *Oxford Shopping Centres* et *Algoma Central*, on a conclu que les dépenses sont de nature courante si elles sont engagées pour améliorer la situation concurrentielle d'une entreprise en lui amenant des clients. De telles dépenses visent l'aspect revenu d'une immobilisation (l'entreprise), par opposition aux dépenses

engagées pour en préserver l'aspect capital (*Premium Iron Ores*). Un paiement au titre d'une clause de non-concurrence n'est pas d'emblée considéré comme appartenant à la dernière catégorie; le payeur vise principalement à maximiser les bénéfices en rendant l'entreprise plus concurrentielle. Par conséquent, on peut penser qu'un montant reçu au titre d'une CNC ne satisfait pas au critère de réciprocité nécessaire pour être qualifié d'IA.

Le récent jugement de la CAF dans *Gifford* ne porte pas sur l'article 14, mais le tribunal conclut qu'un paiement unique fait par un employé à un autre pour acheter sa liste de clients est une dépense de la nature du capital. La CAF a rejeté la conclusion de la CCI selon laquelle la dépense était une dépense de nature courante parce que les coûts à engager pour attirer la clientèle font partie des dépenses ordinaires associées au fait de gagner un revenu et qu'elles doivent être payées à même les revenus générés. Nonobstant le fait que, dans l'affaire *Gifford*, la clause de non-concurrence prévoyait que le vendeur de la liste de clients ne fournirait aucun conseil en matière de placement aux clients pendant 30 mois, la conclusion de la cour ne devrait pas s'appliquer à un paiement fait en vertu d'une CNC. Premièrement, un paiement unique fait pour une liste de clients est différent d'un paiement unique fait au titre d'une clause de non-concurrence. Un paiement pour une liste de clients vise davantage l'établissement ou la structure d'une entreprise que l'effort soutenu d'exploitation de celle-ci tandis qu'un paiement au titre d'une clause de non-concurrence concerne davantage ce dernier élément. Deuxièmement, l'arrêt *Gifford* suggère qu'un engagement par le vendeur de la liste de ne fournir aucun conseil aux clients pendant un certain temps représente une acceptation implicite de l'acheteur; la valeur d'une telle acceptation sera peut-être brève si le client va chez un concurrent, auquel cas les dépenses engagées dans le cadre des efforts continus pour satisfaire la clientèle sont déductibles. Par ailleurs, une clause de non-concurrence n'est pas une acceptation : la concurrence est fondamentale à l'exploitation rentable continue d'une entreprise. La liste de clients, par ailleurs, n'est rien de plus qu'un point de départ pour faire des affaires. Troisièmement, les faits de l'arrêt *Gifford* peuvent être distingués de ceux d'un paiement unique au titre d'une clause de non-concurrence parce que, dans une longue liste de causes depuis *Canadian Deposit Insurance*, les tribunaux ont constamment refusé de faire une distinction.

Il est de plus en plus difficile de qualifier le paiement reçu au titre d'une CNC comme étant imposable. Pour un particulier, un tel montant ne devrait pas constituer un revenu d'emploi parce qu'il ne s'agit pas d'une rémunération pour services rendus. Il ne devrait pas non plus être considéré comme un revenu d'entreprise ou de bien dans le contexte d'une entreprise parce qu'il ne se rapporte pas à l'entreprise mais plutôt à une clause restrictive la concernant; il n'est pas assimilé non plus à un rendement sur la clause parce qu'il s'agit d'un paiement unique versé pour une contrepartie. Dans *Fortino*, la cour a conclu que si un montant reçu au titre d'une CNC est associé à une vente d'actions, il ne devrait pas être considéré comme un revenu en vertu de l'article 3; une contrepartie de garanties, promesses ou autres

obligations conditionnelles en vertu de l'article 42; ou une IA imposable en vertu de l'article 14. L'analyse ci-dessus laisse entendre que le montant reçu au titre d'une CNC associé à une vente d'actifs ne devrait pas être considéré comme une IA imposable en vertu de l'article 14. Il reste à déterminer si un tel montant peut, à bon droit, être qualifié de produit de disposition tiré de la vente d'une immobilisation, une conclusion à laquelle est arrivée la CCI dans *Manrell* au sujet d'un tel montant associé à une vente d'actions. La CAF entendra bientôt l'appel dans l'affaire *Manrell*. Il est à souhaiter que la CAF adoptera une approche semblable à celle de la CCI dans *Ipsco*, où le tribunal a conclu qu'un règlement n'était pas imposable et a indiqué qu'un texte de loi qui pèse plus d'un kilogramme ne laisse guère de place à une interprétation libérale et générale.

Leigh Anne Dunn

Thorsteinssons, Toronto

## EST-CE LA FIN DES SOCIÉTÉS DE PORTEFEUILLE?

Le désir de Jean Chrétien d'être en place pour deux autres budgets fédéraux avant son départ à la retraite n'est pas nécessairement synonyme d'allègement fiscal pour les particuliers et les sociétés : lorsque l'on veut laisser un héritage ou consolider le soutien de son leadership, la compétitivité fiscale du Canada n'a pas la même importance que la création ou la bonification de programmes sociaux. Ajoutons à cela la diminution des surplus fédéraux à court terme – après un ralentissement de l'économie et des pressions budgétaires vigoureuses en vue de l'accroissement des dépenses – et un allègement fiscal fédéral additionnel à court terme semble peu probable. Les provinces et les territoires, également soumis à de fortes compressions budgétaires, ne risquent pas non plus d'accorder d'autres allègements fiscaux à court terme. Néanmoins, comparativement aux années terminées le 31 décembre 2001, le taux général d'impôt des sociétés est moins élevé dans un certain nombre d'administrations. En l'absence de changements aux taux d'impôt des particuliers, le recul du taux général d'impôt réduit généralement le coût de la réalisation d'un revenu d'intérêts et de gains en capital par l'intermédiaire d'une société de portefeuille (SPOR).

Comme en 2001, le report de l'impôt sur le revenu d'intérêts et les gains en capital n'est plus possible dans aucune administration. De plus, dans toutes les administrations (à l'exception du Manitoba et de Terre-Neuve-Labrador), le taux d'impôt marginal le plus élevé des particuliers applicable au revenu de dividendes est inférieur au taux de l'impôt fédéral de la partie IV, ce qui donne lieu à un report d'impôt négatif (variant entre environ 0,52 % au Québec et 9,25 % en Alberta). Par conséquent, la maximisation du remboursement au titre de dividendes d'une SPOR devient une considération importante. Pour éviter de laisser un IMRTD dans la société et afin d'obtenir le taux d'impôt combiné global le moins élevé sur les gains en capital dans la plupart des administrations, il serait peut-être prudent de maximiser le remboursement au titre de dividendes en versant un

dividende imposable suffisant plutôt que le dividende en capital maximum. La société peut envisager d'utiliser un billet pour les gains en capital et le revenu d'intérêts imposés entre ses mains si elle ne dispose pas des liquidités suffisantes pour procéder à l'attribution du dividende.

Seule la Saskatchewan réduira son taux d'impôt marginal le plus élevé des particuliers à compter de 2003. Cependant, les contribuables d'autres administrations qui prévoient verser des dividendes imposables importants pour maximiser les remboursements de l'IMRTD voudront peut-être les verser au début de 2003 pour permettre aux actionnaires de bénéficier d'un report de l'impôt sur le revenu des particuliers et des réductions que les provinces et les territoires apporteront peut-être à leurs taux marginaux d'impôt dans leurs budgets de 2003-2004.

Le tableau montre que le fait pour une société de gagner un revenu de placement en 2002 entraîne un coût fiscal au titre du revenu d'intérêts qui varie entre environ 0,3 % et environ 4,2 % pour les particuliers et les SPOR résidant en Ontario et en C.B., respectivement. Ce coût s'établit à la moitié seulement pour les gains en capital. Comme dans les années précédentes, si on ne tient compte que des taux, le particulier préférera gagner un revenu de placement personnellement plutôt que par l'intermédiaire d'une SPOR. Cependant, comme le taux général d'impôt des sociétés continue de diminuer dans certaines administrations, le fait de gagner un revenu de placement par l'intermédiaire d'une SPCC peut entraîner des économies d'impôt futures – les résidents de l'Ontario après 2003, p. ex. – en l'absence de diminutions futures du taux marginal d'impôt le plus élevé. De nombreux autres facteurs doivent également être pris en considération. (Voir « Les SPOR ressuscitées? », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, 28 août 2001, p. 59.)

Le particulier qui réside au Québec doit tenir compte de l'IMR du Québec (IMRQ) sur son revenu de placement. Comme il en a déjà été question dans de précédents articles, à moins d'avoir suffisamment d'autres revenus imposés au taux ordinaire, le particulier qui réside au Québec pourrait avoir un IMRQ à payer sur les dividendes imposables qu'il reçoit de sociétés résidant au Canada et sur les gains en capital. Comme 100 % des dividendes canadiens et 70 % des gains en capital sont assujettis à l'IMRQ, le coût de cet impôt peut excéder 3,5 % du dividende réel reçu et correspondre à 2,0 % des gains en capital réalisés en 2002 et après. L'IMRQ peut devenir un impôt permanent si le particulier ne gagne pas suffisamment d'autres revenus dans la période de report prospectif de sept ans pour avoir droit au crédit au titre de l'IMRQ ou s'il ne déménage pas dans une administration fiscalement plus accueillante. Les résidents du Québec devraient donc envisager de reporter la réception de dividendes imposables à une année où ils auront suffisamment d'autres revenus imposés au taux ordinaire. Le *Bulletin d'information* 2002-8 (11 juillet 2002) du ministère des finances du Québec a porté un dur coup aux particuliers qui ont recours à une fiducie canadienne ne résidant pas au Québec pour réduire leur facture d'impôt provincial totale sur le revenu de placement en annonçant que le résident du Québec qui est bénéficiaire d'une telle fiducie est dorénavant imposé aux taux du Québec.

**Impôt sur le revenu sur 10 000 \$ de revenu de placement  
gagné par l'intermédiaire d'une société et directement  
Année se terminant le 31 décembre 2002**

	Ontario	Québec	C.-B.
	en dollars		
<b>Dividendes de portefeuille</b>			
Impôt des sociétés	3 333	3 333	3 333
Impôt remboursable	(3 333)	(3 333)	(3 333)
Impôt des part. sur div.	3 134	3 281	3 158
Impôt combiné	3 134	3 281	3 158
Impôt des particuliers	3 134	3 281	3 158
Coût fiscal avec SPOR	—	—	—
Report d'impôt avec SPOR	(199)	(52)	(175)
<b>Gains en capital</b>			
Impôt des sociétés	2 414	2 615	2 464
Impôt remboursable	(1 333)	(1 333)	(1 333)
Impôt des part. sur div.	1 253	1 312	1 263
Impôt combiné	2 334	2 594	2 394
Impôt des particuliers	2 320	2 411	2 185
Coût fiscal avec SPOR	14	183	209
Report d'impôt avec SPOR	(94)	(204)	(279)
<b>Intérêt</b>			
Impôt des sociétés	4 829	5 230	4 929
Impôt remboursable	(2 667)	(2 667)	(2 667)
Impôt des part. sur div.	2 507	2 625	2 527
Impôt combiné	4 669	5 188	4 789
Impôt des particuliers	4 641	4 822	4 370
Coût fiscal avec SPOR	28	366	419
Report d'impôt avec SPOR	(188)	(408)	(559)

Note : Les chiffres tiennent compte des éléments suivants : 1) le particulier est imposé au taux d'impôt marginal le plus élevé, 2) la déduction au titre des gains en capital pour les actions admissibles de société exploitant une petite entreprise ou les biens agricoles admissibles n'est pas disponible, et 3) le dividende imposable versé est suffisant pour donner lieu au remboursement intégral de l'impôt remboursable. De plus, les montants d'impôt combiné du Québec tiennent compte de la surtaxe des sociétés de 1,60 % (Fonds jeunesse). On a aussi supposé que le particulier qui réside au Québec a suffisamment d'autres revenus pour ne pas avoir d'IMR à payer par suite de la réception de dividendes imposables ou de la matérialisation de gains en capital.

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

## PROGRAMME DE FIDÉLISATION

Lorsqu'un employé ou un membre de sa famille utilise les crédits accumulés sur les voyages d'affaires payés par l'employeur pour obtenir un voyage en avion à des fins personnelles ou d'autres avantages, la JVM de ces crédits est incluse dans le revenu de l'employé. Le *Bulletin d'interprétation Bulletin IT-470R* n'identifie pas les « autres avantages » qui peuvent comprendre des sièges de qualité supérieure, des voyages à prix réduit, des services connexes au voyage, ou des avantages promotionnels comme la location d'une voiture ou des crédits dans des hôtels : ces derniers peuvent représenter une vaste gamme de formules d'hébergement gratuit ou réduit dans des hôtels et lieux de villégiature, et des chambres luxueuses de qualité supérieure.

Dans *Mommersteeg and Giffen*, la CCI a noté les coûteuses restrictions associées aux billets d'avions gratuits et la grande diversité des tarifs de classe économique, qui varient inversement au nombre de restrictions rattachées au billet (96 DTC 1011). Un billet gratuit en classe économique devrait être évalué au tarif de classe économique le plus bas pour ce vol, et un billet gratuit en première classe ou en classe affaires devrait être évalué au moyen de la formule suivante

$$\text{valeur du billet gratuit} = A \times B/C, \text{ où}$$

A correspond au prix d'un billet en classe affaires ou en première classe,

B correspond au prix le plus bas d'un billet en classe économique pour le vol,

C correspond au plein prix d'un billet en classe économique pour le vol.

En février 2002, l'IRS a dit qu'elle n'avait pas mis en place de programme de recouvrement de l'impôt sur les avantages pour passagers assidus (voyages, hôtels, location de voiture) à cause des nombreuses difficultés techniques et administratives que cela posait; de l'absence de lignes directrices officielles de l'IRS à ce sujet; et des problèmes non résolus relativement à la date et à l'évaluation des montants à inclure dans le revenu, et à l'identification des avantages liés à l'usage personnel attribuables aux dépenses d'affaires comparativement aux dépenses personnelles. L'IRS ne prétendra pas qu'un contribuable a sous-estimé l'impôt fédéral à payer sur la réception, ou l'utilisation à des fins personnelles, de crédits pour voyageurs assidus ou autres avantages promotionnels en nature attribuables à une entreprise. Mais l'IRS calculera l'impôt sur la valeur du voyage et des autres avantages convertis en argent, sur la rémunération versée sous la forme de tels avantages, et sur l'utilisation de tels avantages à des fins d'évitement de l'impôt.

*Richard M. Wise*

Wise Blackman, Montréal

## ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

### Traités

Un nouveau traité avec les **Émirats arabes unis** a été signé le 9 juin 2002 et entrera en vigueur au moment de sa ratification. Les taux de retenue d'impôt s'appliqueront à compter du 1<sup>er</sup> janvier de l'année de la ratification et tous les autres impôts, à compter des années d'imposition débutant à cette date ou après. Un nouveau traité avec la **Norvège** a été signé le 12 juillet 2002 et remplace le traité actuel. Il entrera en vigueur lors de sa ratification et s'appliquera dans l'année suivant sa ratification pour les retenues d'impôt, et pour les autres impôts, dans les années d'imposition ou de revenu débutant dans cette année suivante. Les deux traités limitent le taux de retenue d'impôt à 5 % sur les dividendes autres que de portefeuille et à 15 % sur tous les autres dividendes (presque tous les autres dans le cas du traité avec les EAU); et à 10 % sur les intérêts et les redevances, avec des exemptions pour certains intérêts, redevances de droits d'auteur et redevances sur les logiciels

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>

informatiques, brevets et savoir-faire. Les traités avec la **République de Slovénie** et la **République tchèque** sont entrés en vigueur le 12 août et le 28 mai 2002, respectivement. Les deux traités s'appliquent aux montants payés ou crédités après 2002 pour les retenues d'impôt, et aux années d'imposition commençant le ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2003 pour les autres impôts. Le traité avec la République tchèque remplace celui de 1990.

### Arabie saoudite

Dans le but d'offrir un climat plus favorable aux investisseurs étrangers, la « *Saudi Arabian General Investment Authority* » a modifié sa loi sur les investissements étrangers, plus particulièrement en ce qui a trait à la double imposition, à la propriété de biens et à l'octroi d'un traitement équivalant à celui des sociétés nationales. Les investisseurs étrangers n'ont dorénavant plus à limiter leurs investissements à leur propre société; les droits pour les étrangers de détenir des biens en Arabie Saoudite et les avantages pour éviter la double imposition ont été précisés. Les investisseurs étrangers pourront recourir à la procédure d'appel, déposer des griefs et demander l'arbitrage. On trouvera un résumé complet des mesures à l'adresse suivante : <http://www.sagia.org>.

### Australie

Le 22 août, le trésorier de l'Australie a déposé un document de discussion sur la réforme des accords fiscaux internationaux pour permettre aux sociétés australiennes de maintenir leurs sièges sociaux en Australie tout en demeurant concurrentielles à l'échelle internationale. Le document traite du régime de l'imputation des dividendes de revenu de source étrangère; des règles du revenu de source étrangère; de la notion de « *conduit income* »; et de certains aspects de la politique fiscale et du processus des traités fiscaux. On peut soumettre des commentaires jusqu'au 31 octobre 2002. On trouvera plus d'informations sur le sujet à l'adresse suivante : [http://www.taxboard.gov.au/int\\_tax/index.htm](http://www.taxboard.gov.au/int_tax/index.htm).

*Carol Mohammed*

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

© 2002, 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.