

RENONCIATION PARTIELLE AU PRIVILÈGE DE NON-DIVULGATION

Jusqu'au récent jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans *Philip Services* (2005 CanLII 30328), il n'était pas clair si, dans cette province, la remise aux vérificateurs d'une société de documents visés par le privilège de non-divulgaration constituait une renonciation générale à celui-ci. Deux jugements antérieurs arrivaient à des conclusions différentes.

Dans *Cineplex Odeon* ((1994) 114 DLR (4th) 141), la Cour de l'Ontario (Division générale) avait conclu à la perte du privilège si les documents visés ont été remis au vérificateur de la société : le contribuable devait donc fournir ces documents à l'ARC. Deux ans plus tard, la CF, div., 1^{re} inst. arrivait à la conclusion opposée dans *Interprovincial Pipe Line* (1995 CanLII 3542) et refusait à l'ARC l'accès aux documents. Le tribunal avait distingué l'arrêt *Interprovincial* de l'arrêt *Cineplex*, où le contribuable avait expressément limité la renonciation à son privilège en déclarant qu'il fournissait les documents à ses vérificateurs à des fins de vérification seulement. L'arrêt *Philip* répond à deux questions posées par *Interprovincial*. Il est dorénavant clair, au moins en Ontario, que la remise de documents privilégiés au vérificateur conformément à une obligation de vérification statutaire ne constitue pas une renonciation générale au privilège correspondant. Peu importe qu'elle soit énoncée expressément ou non, la limitation est opposable à toute tierce partie qui demande la divulgation, incluant l'ARC.

Philip Services avait fait un appel public à l'épargne en 1997. Avant de déposer son prospectus auprès de la CVMO, Philip avait appris que l'un de ses hauts dirigeants avait détourné des fonds de la société. Se fiant aux

opinions juridiques qu'elle avait obtenues, la société n'avait pas divulgué ce fait dans le prospectus. Lors d'une réunion du comité de vérification en janvier 1998, le président du comité avait demandé à Philip de remettre des copies des opinions juridiques aux vérificateurs et au comité. Philip avait acquiescé à la demande. Deux mois après l'appel public à l'épargne, les actions de Philip avaient chuté radicalement et avaient été radiées. Philip avait alors demandé la protection de la loi sur les faillites. En mai 1998, la CVMO entreprenait une enquête sur le caractère adéquat de la divulgation dans le prospectus et demandait à Philip et à ses vérificateurs de produire les opinions juridiques. Les vérificateurs s'étaient conformés à la demande, mais Philip avait contesté la divulgation par les vérificateurs en invoquant le secret professionnel entre l'avocat et son client.

Citant principalement l'arrêt *Cineplex*, la CVMO arguait que Philip avait complètement renoncé à son privilège en remettant volontairement les opinions juridiques à ses vérificateurs : elle y avait aussi renoncé pour deux des opinions juridiques obtenues des vérificateurs quand la CVMO en avait inclus des extraits dans son exposé des allégations contre Philip. Par ailleurs, la CVMO avait déclaré que si la renonciation au privilège était partielle, celle-ci devait être mentionnée expressément. De plus, la CVMO avait déclaré qu'il serait contraire à l'ordre public de permettre à une société d'invoquer le privilège de la non-divulgaration de l'information ou de documents fournis à ses vérificateurs qui ne pourraient alors signaler aucune faute ou fraude qui y aurait été divulguée.

Un certain nombre d'arrêts de la CSC ont établi une règle dite « d'atteinte minimale » dictant une interprétation restrictive de tout fondement juridique qui peut faire obstacle au privilège. La cour a conclu que les opinions juridiques avaient été fournies aux vérificateurs en leur qualité de vérificateurs et aux seules fins de la vérification; il serait contraire à la jurisprudence d'étendre cette divulgation à tous. Le tribunal a rejeté l'argument de l'ordre public soulevé par la CVMO : le principe de la renonciation partielle ne peut d'aucune façon empêcher les vérificateurs de divulguer des informations ou des documents privilégiés qu'ils sont tenus de divulguer lorsqu'ils s'acquittent de leur rôle de vérificateur. Mais les vérificateurs avaient été empêchés de divulguer de telles informations ou de tels documents à l'extérieur de ces paramètres, comme ils l'avaient fait dans *Philip*. Une personne n'a pas à invoquer expressément la renonciation partielle au privilège quand elle fournit des documents privilégiés à ses vérificateurs : « [E]ven if the statute [imposing the audit obligation on the company] did not exist, the fundamental importance of solicitor-client privilege would dictate the narrow waiver rather than the broad. » Le tribunal est d'accord avec Philip que ses vérificateurs n'avaient aucun pouvoir pour renoncer au privilège visant les opinions

Dans ce numéro

Renonciation partielle au privilège de non-divulgaration	1
Ordonnance de rectification	2
Dégrévement de groupe dans l'UE	3
Comparaison des impôts à l'échelle internationale	4
Attribution du revenu d'une société de personnes	4
Ventes effectuées aux É.-U. par une s.r.l.	5
Règlements définitifs et provisoires relatifs aux PFIC	6
La monétisation de l'EGC et la RGAE	8
Titres représentatifs de titres à revenu en dépôt d'entités canadiennes	9
Dividendes : Réduction de l'impôt des particuliers	11
Actualités fiscales étrangères	11

juridiques : « *[P]rivilege can only be waived by the party (client) owning it or his agent, not by strangers.* » Philip ne pouvait être blâmée pour les divulgations non autorisées faites par ses vérificateurs, et le simple fait qu'ils aient eu ces opinions juridiques en leur possession ne constituait pas pour Philip une renonciation au privilège de non-divulgateur; pour les mêmes raisons, il n'y avait pas eu renonciation au privilège à l'égard des deux opinions juridiques dont des extraits avaient été cités dans l'énoncé des allégations de la CVMO.

En définitive, le tribunal a conclu que le fait de donner les opinions juridiques aux vérificateurs de Philip ne constituait pas une renonciation illimitée au privilège y afférant. La CVMO ne pouvait donc ni utiliser ces opinions ni s'y fier dans le cadre de son enquête sur Philip, même si les vérificateurs avaient divulgué le contenu des documents.

Evy Moskowitz

Moskowitz & Meredith LLP, Toronto

ORDONNANCE DE RECTIFICATION

Les requêtes pour obtenir une ordonnance de rectification sont habituellement présentées *ex parte* à une cour supérieure provinciale, mais les règles de ces tribunaux exigent que l'avis d'instance soit donné à toute personne dont l'intérêt est susceptible d'être touché par l'ordonnance. Quand l'ARC devient-elle une telle personne et quel est son intérêt? Le défaut de fournir cet avis peut constituer un motif suffisant pour écarter une ordonnance prononcée *ex parte*.

Parfois, pour des considérations pratiques, le contribuable doit donner à l'ARC un avis de la requête – p. ex., si la coopération de l'ARC est nécessaire à l'établissement d'une nouvelle cotisation pour des années précédentes; si, pour des motifs d'ordre commercial, on doit obtenir de l'ARC l'assurance qu'elle ne demandera pas plus tard d'écarter l'ordonnance; si une erreur dans les documents est révélée lors d'une vérification de l'ARC; ou si l'ARC a déjà émis une décision défavorable à l'égard d'une opération. On peut néanmoins faire valoir que la nécessité de faire intervenir l'ARC ne signifie pas automatiquement que son intérêt pourrait être touché par l'ordonnance.

En 2001, l'ARC a indiqué qu'elle contesterait l'ordonnance devant une cour provinciale si elle n'a pas reçu avis de la présentation de la requête, laissant ainsi entendre qu'elle se considérait comme une personne ayant un intérêt susceptible d'être touché par toute ordonnance de rectification à caractère fiscal. L'ARC n'avait toutefois pas précisé la nature de cet intérêt et elle a récemment retiré cette politique et déclaré qu'elle ne contestera les ordonnances que dans les situations qu'elle juge abusives. L'ARC reconnaît donc qu'elle ne recevra pas toujours l'avis des requêtes présentées pour obtenir une ordonnance de rectification, mais elle n'a pas précisé si elle croit toujours

avoir un intérêt dans de telles procédures et si elle devrait donc en recevoir avis. Les tribunaux sont arrivés à des conclusions différentes sur la question de savoir si une requête peut être présentée *ex parte*.

■ Dans *Razzaq Holdings* (2000 BCSC 1829), un transfert en vertu de l'article 85 avait été effectué de façon inappropriée; les administrateurs avaient adopté une résolution en vue d'un transfert d'actions qui n'étaient pas en circulation à ce moment. Une requête pour ordonnance de rectification avait été présentée en vertu de l'article 206 de la *Company Act* de la Colombie-Britannique et de la compétence en « *equity* » du tribunal. L'article 206 prévoyait que si des erreurs ou des omissions entraînaient, entre autres, une violation des dispositions de la loi, la *Supreme Court* de la C.-B. pouvait rendre une ordonnance de rectification mais en tenant compte de son effet sur les créanciers, entre autres. La cour a conclu que l'ARC n'était pas un créancier par suite du transfert effectué de façon inadéquate et que son intérêt n'avait donc pas à être pris en compte. L'article 203 permettait la présentation *ex parte* de la requête sauf si le tribunal ordonnait que l'avis soit donné : le tribunal n'avait probablement pas considéré l'ARC comme une personne dont l'intérêt était susceptible d'être touché puisqu'il avait accepté d'entendre l'instance *ex parte*.

■ Dans *Prospera Credit Union* (2002 BCSC 1806), dans le cadre d'une fusion structurée de façon à entraîner d'importantes économies d'impôt, le transfert d'un bien à une filiale n'avait pas été effectué comme prévu de sorte que les économies d'impôt étaient en péril. L'article 107 de la *Credit Union Incorporation Act* prévoit que si des erreurs ou omissions peuvent, entre autres, entraîner le non-respect de la constitution de la caisse de crédit, la *Supreme Court* de la C.-B. peut rendre une ordonnance de rectification pour corriger le problème. L'article 203 de la *Company Act* de la C.-B., intégré par renvoi, prévoit que l'avis de présentation de la requête n'a à être donné que si le tribunal l'ordonne. L'avocat a présenté des arguments pour assurer à la cour que l'ordonnance ne visait l'intérêt de personne, faisant remarquer que l'ARC n'était pas un créancier et qu'elle ne le deviendrait pas si la requête était rejetée. Si elle était accordée, l'intérêt de l'ARC ne serait pas touché autrement que par la perte d'un avantage inattendu. La cour a accepté d'entendre l'instance *ex parte*.

■ Dans *Snow White Productions* (2004 BCSC 604), une ordonnance de rectification avait été demandée après une décision anticipée de l'ARC selon laquelle une production n'était pas admissible à des crédits d'impôt fédéraux et provinciaux. Le contribuable avait avisé l'ARC. En *obiter*, la cour a déclaré de façon très générale que l'avis à l'ARC était approprié parce que le contribuable cherchait à rectifier une opération destinée à lui permettre d'éviter l'impôt ou de bénéficier d'encouragements fiscaux.

■ Dans *Columbia North Realty* (2005 NSSC 212), le requérant voulait rectifier son registre des actionnaires,

ses statuts et des résolutions de ses administrateurs pour rembourser le capital versé à un actionnaire. Le tribunal a ordonné que l'avis de la requête soit envoyé à l'ARC parce que l'ordonnance de rectification aurait pour effet de réduire l'impôt des années précédentes. Cette conclusion était fondée sur ce qui semble être une mauvaise interprétation de l'arrêt *Dale* ([1997] 3 FC 235 (CAF)).

The order sought affects the tax payable . . . in previous years. An order of this Court would be binding on all, including the Minister of National Revenue, unless appealed. It is appropriate the Minister be given notice of the application in order to have an opportunity to make submissions to the Court. As Robertson, J.A. stated in *Dale v. R.* at p. 259:

It seems only logical that a court would decline the invitation to grant a retroactive order which has the clear legal effect of rewriting fiscal history . . .

En fait, ce passage de *Dale* se voulait une réponse aux craintes de l'ARC concernant l'abus de la doctrine de la rectification; la cour a fait remarquer qu'un tribunal qui entend une requête en rectification est tout à fait en mesure de savoir si le requérant essaie d'abuser de la doctrine en prétendant avoir eu, à l'origine, une intention qu'il n'avait jamais eue en réalité. La cour ne voulait pas laisser entendre que l'ARC doit recevoir l'avis de présentation d'une requête en rectification.

Ces causes ne décrivent pas expressément à quel moment l'ARC a un intérêt qui est susceptible d'être touché. Les arrêts *Razzaq* et *Prospera* ont implicitement conclu que l'intérêt de l'ARC n'est pas touché, sauf si l'ARC est un créancier du contribuable qui demande l'ordonnance de rectification. Les commentaires en *obiter* dans *Snow White* laissent entendre que l'ARC a un intérêt toutes les fois que le contribuable tente de minimiser l'impôt à payer, et *Columbia North* indique que l'ARC devrait recevoir un avis si l'ordonnance est susceptible de réduire l'impôt des années précédentes.

Si on oublie les commentaires en *obiter* dans *Snow White*, ces arrêts sont peut-être compatibles au motif que lorsque l'ARC est un créancier actuel ou deviendra un débiteur du contribuable si l'ordonnance de rectification est accordée, l'ARC a un intérêt susceptible d'être touché par l'ordonnance. Elle devrait donc recevoir un avis. Une telle conclusion serait compatible avec les conclusions des tribunaux supérieurs selon lesquels un particulier a qualité pour demander d'écarter ou de modifier une ordonnance *ex parte* si ses droits ou intérêts dans un bien sont touchés. Un tribunal investi par la loi du pouvoir d'influer sur le bien de l'un des sujets de Sa Majesté est tenu de lui offrir la possibilité d'être entendu avant de procéder (*Vancouver Tax Sale* (1901) 9 BCR 572).

Dans *Ivandaeva Total Image* (2003 CanLII 43168 (CAO)), la cour a conclu qu'une personne peut demander d'écarter ou de modifier une ordonnance *ex parte* si

l'ordonnance influe directement sur les droits de cette personne à l'égard de ses intérêts à titre de propriétaire ou de ses intérêts économiques. De même, dans *1224948 Ontario Ltd.* ([1999] OJ 753), le tribunal a conclu qu'une personne est touchée par une ordonnance *ex parte* si on porte atteinte à ses droits reconnus par la loi ou si ces droits sont rendus incertains à cause de l'existence d'un jugement ou d'une ordonnance obtenue sans avis.

De plus, un tribunal peut contourner la question de savoir si l'intérêt d'une personne est touché lorsqu'il écarte de lui-même une ordonnance *ex parte* en présence d'une preuve que l'ordonnance a été obtenue de façon frauduleuse ou par défaut de divulgation.

Peri Smith

Thorsteinssons LLP, Vancouver

DÉGRÈVEMENT DE GROUPE DANS L'UE

Le 13 décembre 2005, la Cour de justice européenne (CJÉ) a rendu publique sa décision dans l'affaire *Marks & Spencer* ([2005] EUECJ C-446/03). Selon la CJÉ, le dégrèvement portant sur les pertes subies par une société membre d'un groupe affilié de sociétés de l'UE devrait être accordé, mais seulement si la filiale déficitaire a épuisé toutes les possibilités d'utiliser les pertes dans son pays de résidence.

Marks & Spencer, la société mère du R.-U. d'un conglomérat de vente au détail exerçant ses activités en Europe, possédait des filiales en Belgique, en France et en Allemagne. Ces filiales avaient subi d'importantes pertes d'exploitation pour lesquelles la société mère avait demandé le « dégrèvement de groupe » afin de les porter en diminution du bénéfice du groupe consolidé au R.-U. L'administration fiscale du R.-U. avait indiqué qu'une telle compensation des pertes subies par des filiales ne résidant pas au R.-U. et qui n'y avaient jamais exercé leurs activités ne pouvait être opérée. Les *Special Commissioners* ont rejeté l'appel de cette décision; un autre appel devant la *High Court of Justice* du R.-U. a été suspendu, et des questions précises ont été posées à la CJÉ. Ainsi, on a demandé à la CJÉ de déterminer si le régime de consolidation des pertes du groupe du R.-U. était compatible avec le principe de la liberté d'établissement prévu dans le traité de la CE.

La CJÉ a indiqué que le régime de consolidation des pertes du groupe du R.-U. offrait un avantage fiscal aux sociétés concernées, mais elle en a refusé l'accès aux filiales constituées dans d'autres pays de l'UE et qui n'exerçaient pas d'activités commerciales au R.-U. Le régime limite la liberté d'établissement s'il entraîne un traitement fiscal différent des pertes subies par une filiale résidant au R.-U. Une telle restriction ne devrait être admise que si elle 1) poursuit un objectif légitime compatible avec le traité de la CE, 2) se justifie par des

raisons impérieuses d'intérêt général, et 3) ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. La cour a conclu que la restriction satisfaisait aux deux premiers critères, mais qu'elle était potentiellement trop large. Les demandes de dégrèvement fiscal relatif aux pertes d'un groupe ne devraient être acceptées que si deux conditions sont réunies : 1) la filiale non-résidente a épuisé toutes les possibilités de prise en compte des pertes qui existent dans son pays de résidence (le cas échéant, au moyen d'un transfert de pertes à un tiers ou de l'imputation de celles-ci sur des bénéfices réalisés par la filiale au cours d'exercices antérieurs); et 2) il n'existe pas de possibilité pour que les pertes de la filiale puissent être prises en compte dans son pays de résidence au titre d'exercices futurs soit par la filiale elle-même, soit par un tiers, en particulier si la filiale a été cédée à ce tiers.

Ce sont les tribunaux du R.-U. qui doivent déterminer si le groupe Marks & Spencer peut se prévaloir du « dégrèvement de groupe » à la lumière des principes énoncés dans l'arrêt de la CJE. Celle-ci n'a pas précisément fait mention d'autres cas de « dégrèvement de groupe » ou de dégrèvement relatif aux pertes, mais des principes semblables devraient s'appliquer. En pratique, il pourrait être difficile de déterminer dans une situation donnée s'il existe une possibilité d'utiliser les pertes dans le pays de résidence de la filiale. D'autres précisions pourraient être nécessaires. À la lumière de cette décision de la CJE, les sociétés devront évaluer la viabilité des demandes déjà faites et la pertinence d'en présenter de nouvelles. La décision de la CJE limitera vraisemblablement les demandes qui seront accueillies en bout de ligne.

Albert Baker et Fiona Davis Brown
Deloitte & Touche LLP, Vancouver

COMPARAISON DES IMPÔTS À L'ÉCHELLE INTERNATIONALE

La publication annuelle de l'OCDE, *Statistiques des recettes publiques*, montre que le fardeau fiscal a peu évolué au Canada en regard de celui des 30 autres membres de l'organisation. D'après les données provisoires de 2004, le ratio des recettes fiscales au PIB du Canada, soit 33,0 %, était le 18^e en importance, bien en deçà du ratio de 50,7 % affiché par la Suède (le plus élevé). Le tableau présente un sommaire des résultats pour les pays du G7.

Le ratio du Canada a diminué d'environ 2,6 points de pourcentage de 2000 à 2004, une baisse plus rapide que celle qu'a connue le ratio moyen des pays de l'OCDE de 2000 à 2003. Par comparaison, le ratio des États-Unis a fait bien meilleure figure, reculant de plus de 4 points de pourcentage. L'écart entre le ratio américain et le ratio canadien demeure important et n'a changé que très légèrement au cours des 20 dernières années. En 1985, le ratio canadien s'élevait à 32,5 %, tandis que le ratio américain comparable se chiffrait à 25,6 %.

Total des recettes fiscales en pourcentage du produit intérieur brut, 2002 à 2004

	2002	2003	Données provisoires 2004
France	43,4	43,4	43,7
Italie	42,5	43,1	42,2
Royaume-Uni	35,6	35,6	36,1
Allemagne	35,4	35,5	34,6
Canada	34,0	33,8	33,0
États-Unis	26,3	25,6	25,4
Japon	25,8	25,3	n.d.
Moyenne/pays du G7 (estimation)	34,7	34,6	n.d.
Moyenne/pays membres de l'OCDE	36,4	36,3	n.d.
Moyenne/pays européens membres de l'OCDE	29,1	29,3	n.d.

n.d. — non disponible

Ces ratios globaux dressent un portrait sommaire de l'importance relative du secteur public dans les économies nationales et ne donnent aucune indication sur le fardeau que représentent des impôts ou taxes particuliers. Les principales catégories indiquées dans la publication de l'OCDE comprennent les impôts des particuliers et des sociétés (46,0 % et 43,3 % des recettes fiscales du Canada et des États-Unis, respectivement), les charges sociales (15,4 % et 26,4 % des recettes fiscales du Canada et des États-Unis, respectivement), les taxes sur les biens et services (26,1 % et 18,2 % des recettes fiscales du Canada et des États-Unis, respectivement) et les impôts fonciers (10,0 % et 12,1 % des recettes fiscales du Canada et des États-Unis, respectivement). Seuls cinq membres de l'OCDE comptent sur les impôts fonciers dans une proportion d'au moins 10,0 % de leurs recettes fiscales totales; les trois autres sont la Corée, le Japon et le Royaume-Uni.

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

ATTRIBUTION DU REVENU D'UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Dans *West Topaz Property* (s.n. *XCo Investments Ltd v. The Queen*) (2005 CCI 655), la CCI s'est penchée sur le cas d'une société de personnes formée de deux associés qui avait admis un associé sans lien de dépendance disposant de pertes autres qu'en capital cumulées immédiatement avant la vente d'immeubles. Une tranche de 80 % du revenu tiré de la vente avait été attribuée au nouvel associé. La CCI a réattribué le revenu aux associés d'origine en vertu du paragraphe 103(1), invoquant que

L'objet principal des opérations était de réduire les impôts et que l'attribution du revenu n'était pas raisonnable. Le juge en chef Bowman a également formulé d'intéressantes remarques sur la RGAE en *obiter*.

Les deux associés d'origine étaient West Topaz (99 %) et XCo (1 %). La société de personnes possédait deux immeubles d'habitation. En prévision de la vente de l'un des immeubles et plusieurs jours avant de recevoir l'offre, la société de personnes avait grevé l'immeuble cible d'une hypothèque non enregistrée en vue de réduire sa valeur nette réelle de 5 millions de dollars. Trois jours plus tard, la société de personnes avait admis, pour une somme de 1,3 million de dollars, un nouvel associé, Woodward, détaillant disposant d'importantes pertes autres qu'en capital et dont l'intervention se limitait aux appartements cibles, qui possédait une participation de 80 % dans la société de personnes (les participations de West Topaz et de XCo ayant été ramenées à 19,8 % et 0,2 %, respectivement). Les associés devaient partager le produit de la vente des appartements en proportion de leur pourcentage de participation. Woodward pouvait se retirer dans un délai de 180 jours et recevoir un remboursement de son apport en capital et sa part du bénéfice d'exploitation si son retrait survenait après la fin d'exercice de la société de personnes suivant la vente. Pour l'exercice terminé le 30 avril 1993, la société de personnes avait attribué à Woodward des revenus de 5,8 millions de dollars liés aux appartements. Woodward avait remis son avis de retrait peu de temps après s'être jointe à la société en mars 1992, et son retrait réel était survenu en mai 1993.

Lors de la cotisation, l'ARC avait ramené à zéro le revenu de la société de personnes attribué à Woodward et réattribué la totalité du revenu aux deux associés d'origine. Bien que l'ARC ait apparemment admis, après la cotisation, que Woodward était un associé, la CCI a déclaré que les liens juridiques créés par les documents du contribuable n'étaient pas une imposture et qu'ils étaient authentiques et exécutoires. La CCI a indiqué qu'on doit entreprendre une analyse des opérations en se demandant d'abord quelle aurait été la situation si Woodward n'était jamais intervenue. L'hypothèque de 5 millions de dollars était apparemment nécessaire pour s'assurer de la participation de Woodward; sans cette hypothèque et Woodward, il y aurait une vente simple pour un montant de 11 millions de dollars et une attribution des profits aux associés d'origine en proportion de leur participation.

Woodward avait versé 1,3 million de dollars pour sa participation dans la société de personnes et reçu un montant de 1,8 million de dollars en espèces, l'écart correspondant aux profits relatifs à l'utilisation de ses pertes fiscales. Du point de vue des associés d'origine, l'objet principal des opérations était de réduire les impôts : ils avaient versé 500 000 \$ pour économiser des impôts sur un montant d'environ 5,8 millions de dollars à la vente. La CCI a déclaré : « *The motivation is obvious. I*

have been unable to identify any other commercial or non-tax purpose. » Par contre, Woodward n'avait aucune motivation fiscale : elle n'avait ni impôt à payer, ni impôt à économiser. Les opérations étaient purement une proposition d'affaires. L'apport de Woodward avait été bref et était pratiquement sans risque : il s'agissait d'une opération qui, selon les conclusions de la CCI, était directement visée par le paragraphe 103(1). Selon cette règle, s'il est raisonnable de considérer que l'objet principal de l'attribution du revenu de la société de personnes est de réduire les impôts ou d'en différer le paiement, la part du revenu de la société de personnes revenant à chaque associé correspond au montant qui est raisonnable, compte tenu des circonstances. Le montant qu'elle a réellement reçu, à savoir 500 000 \$, représente une attribution raisonnable à Woodward. Ce montant est plus compatible avec la véritable réalité économique de l'entente. Par conséquent, la CCI a ordonné à l'ARC d'établir une nouvelle cotisation en tenant compte d'une réduction de 500 000 \$ – soit le montant raisonnablement attribuable à Woodward – du montant réattribué aux contribuables en vertu du paragraphe 103(1).

Sur la question de la RGAE, la CCI convient avec l'ARC que l'article 245 ne doit s'appliquer que si ses deux premiers arguments sont réfutés (à savoir qu'il n'existe aucune société de personnes et que l'article 103 s'applique), car l'article 245 est une disposition de dernier recours. Le paragraphe 103(1) traite d'évitement fiscal présumé; à titre de disposition particulière, il prévaut sur la règle générale de l'article 245. Bien que la RGAE ne s'applique pas, la CCI a formulé deux observations relatives à l'article 245 et, éventuellement, à l'article 103. Le terme « raisonnable » est relatif et est fonction de toutes les circonstances, mais la détermination de ce qui est « raisonnable » n'est manifestement pas un acte discrétionnaire de la part du ministre soit dans la décision de l'appliquer, soit dans la détermination de ses conséquences, selon le tribunal. Ainsi, la règle ne limite pas la cour dans son examen d'un acte discrétionnaire. En outre, selon elle, « *anti-avoidance sections such as 103 and 245 are not intended as a means of punishment for offending the Minister's olfactory sense ... where a specific anti-avoidance section covers a transaction but ... in the Minister's view [its] remedy [is not] sufficient, section 245 is not there to permit the Minister to top up the remedy that [he] believes to be inadequate.* »

Paul Hickey
KPMG LLP, Toronto

VENTES EFFECTUÉES AUX É.-U. PAR UNE S.R.L.

Une société canadienne qui vend des produits sur le marché américain constatera peut-être que ses clients

préfèrent faire affaire avec une entité américaine. Une s.r.l. pourrait représenter une solution préférable à la filiale traditionnelle aux fins de l'impôt américain fédéral et des États.

Une SCAN qui vend des produits à des clients américains et qui n'a pas d'établissement stable (ES) aux É.-U. peut effectuer des ventes au Canada, ou aux É.-U. par l'intermédiaire de mandataires indépendants agissant dans le cours normal des affaires ou d'employés qui n'ont pas le pouvoir de conclure de contrats au nom de la SCAN. Si les activités d'une filiale américaine sont effectivement exercées par la SCAN, il est probable qu'elle ait un ES au Canada et qu'elle y soit imposable; pour éviter la double imposition, elle doit obtenir un crédit pour impôt étranger dans sa déclaration de revenus américaine au titre de l'impôt canadien. Sans un ES aux É.-U., la possibilité pour la filiale de générer un surplus exonéré risque d'être compromise (règlement 5906(1)(a)). Si la SCAN établit une société à responsabilité limitée américaine en propriété exclusive (s.r.l. US) pour acheter ses produits et les vendre à des clients américains, la s.r.l. US est une entité ignorée aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral américain : le revenu de la s.r.l. US est considéré comme étant gagné en totalité par la SCAN, qui est exonérée de l'impôt américain sur les bénéfices d'exploitation non attribuables à un ES américain en vertu du traité. Aux fins de l'impôt canadien, la s.r.l. US est probablement un résident canadien selon la *common law* et imposable au Canada sur son revenu mondial, un résultat semblable à ce qui se produirait si le revenu était imposé aux mains de la SCAN.

L'analyse de l'impôt des États américains est plus complexe. Selon la *Public Law 86-272*, les États ne peuvent lever d'impôt sur le revenu sur une entité à l'extérieur de l'État qui exerce des activités dans plus d'un États si ses activités dans l'État se limitent à solliciter des commandes de biens matériels, si les commandes sont expédiées à l'extérieur de l'État pour acceptation, et si les commandes acceptées sont expédiées de l'extérieur de l'État. Tout comme l'administration fédérale, la majorité des administrations des États considèrent les s.r.l. en propriété exclusive comme des entités ignorées aux fins de l'impôt sur le revenu. Les ventes de la s.r.l. US sont considérées comme étant effectuées par la SCAN et représentent donc des activités commerciales étrangères, et non entre États, et elles ne peuvent généralement pas bénéficier de la protection du PL 86-272. Cependant, 25 États ont adopté une position de la *Multistate Tax Commission* et convenu d'appliquer le PL 86-272 aux activités commerciales étrangères. Pour les ventes à d'autres États, la SCAN doit tenir compte des règles relatives à l'existence d'un lien (« *nexus* ») de chaque État pour déterminer si l'impôt sur le revenu s'applique. Même si le lien existe, la SCAN peut effectivement être exonérée de l'impôt sur le revenu de l'État par traité, si le calcul de cet impôt est fondé sur le revenu imposable fédéral et que le revenu exonéré par traité n'est pas rajouté. Dans

les rares États où les s.r.l. en propriété exclusive sont considérées comme des entités imposables distinctes, les ventes de la s.r.l. US devraient être considérées comme des activités commerciales entre États et être à l'abri de l'impôt sur le revenu de l'État en vertu du PL 86-272.

Le PL 86-272 ne protège pas les vendeurs de leur obligation de perception et de remise de la taxe de vente imposée par la plupart des États. La majorité des États considèrent une s.r.l. en propriété exclusive comme une entité imposable distincte aux fins de la taxe de vente; l'existence du lien aux fins de la taxe de vente est ainsi déterminée au niveau de la s.r.l. US. Dans ces États, les ventes de la s.r.l. US à un client américain devraient être considérées comme des activités commerciales entre États, protégées par la clause sur le commerce de la constitution américaine. La cour suprême des É.-U. a interprété cette clause comme interdisant aux États d'exiger des vendeurs qui n'y résident pas de percevoir la taxe de vente dans la mesure où ils n'y ont aucune présence physique (*Quill Corp. v. North Dakota*, 504 US 298 (1992)).

Dans les rares États qui ignorent la s.r.l. US aux fins de la taxe de vente, l'existence du lien est déterminée au niveau de la SCAN; les ventes de la SCAN sont considérées comme des activités commerciales étrangères et non entre États, et elles ne sont pas admissibles à la protection de la clause sur le commerce. La SCAN doit s'en tenir à la clause sur la procédure établie (« *due process clause* ») de la constitution pour échapper à l'obligation de percevoir la taxe de vente. L'arrêt *Quill* a établi un seuil tellement bas pour déterminer l'existence d'un lien qu'un vendeur ne résidant pas dans un État et qui se prévaut des avantages d'un marché dans celui-ci y a généralement un lien suffisant pour justifier l'imposition en vertu de la clause sur la procédure établie, peu importe qu'il y ait ou non une présence physique. Si le seuil est respecté, et que l'État ignore la s.r.l. US aux fins de la taxe de vente, la SCAN devra vraisemblablement percevoir et remettre la taxe de vente.

Steven Peters
KPMG LLP, Halifax

RÈGLEMENTS DÉFINITIFS ET PROVISOIRES RELATIFS AUX PFIC

Le 8 décembre 2005, l'IRS a publié des règlements définitifs (TD 9231), des règlements provisoires (TD 9232) et des règlements proposés (REG-133446-03) qui fournissent des indications aux contribuables qui demeurent assujettis au régime de la distribution excédentaire des sociétés de placement étrangères passives (« *passive foreign investment company* » ou PFIC) de l'article 1291 du *Code* du fait que la société étrangère, dont ils détiennent des actions, était une PFIC selon l'article 1297(a) ou (e). Les règlements contiennent

des choix permettant d'éliminer le statut de PFIC « contaminé » et ils s'appliquent aux années d'imposition commençant après le 8 décembre 2005; les contribuables peuvent choisir d'appliquer les règlements définitifs à une année d'imposition antérieure si le délai de prescription pour une cotisation n'est pas échu. Le texte des règlements provisoires sert également de texte des règlements proposés.

■ **Les règlements définitifs éliminent le statut de PFIC « contaminé » des anciennes PFIC.** Une société étrangère est une PFIC si elle satisfait à un critère de revenu (au moins 75 % de son revenu brut imposable de l'année d'imposition est un revenu passif, tel que des dividendes et des intérêts) ou à un critère de l'actif (au moins 50 % des actifs détenus durant l'année – pourcentage déterminé, selon les circonstances, en fonction de la JVM ou du coût ajusté – génèrent un revenu passif).

Une personne américaine qui n'a pas effectué de choix au titre d'un fonds admissible (« *qualified electing fund* » ou QEF) n'est pas immédiatement imposée sur le revenu d'une PFIC, mais elle l'est sur certaines distributions excédentaires reçues, y compris 1) les gains à la vente ou à la disposition réputée d'actions d'une PFIC; et 2) l'excédent des distributions réelles reçues d'une PFIC dans une année d'imposition sur 125 % des distributions réelles moyennes reçues au cours des trois années précédentes. Une distribution excédentaire est répartie proportionnellement selon le nombre de jours pendant lequel la personne américaine détient les titres. Les montants attribués à l'année courante et à toute période de détention antérieure à la PFIC sont actuellement imposés comme revenu ordinaire; les autres montants attribués à la période où la société était une PFIC sont imposés au taux d'imposition plus élevé du revenu ordinaire, et majorés d'intérêts pour tenir compte du report de l'imposition. Un choix au titre d'un QEF effectué à temps permet d'éviter le régime de la distribution excédentaire, et la personne américaine est imposée immédiatement sur sa part du revenu de la PFIC.

Les nouveaux règlements définitifs prévoient des choix particuliers pour certaines personnes américaines qui n'ont pas fait de choix au titre d'un QEF mais qui continuent d'être assujetties au régime de la distribution excédentaire des PFIC, et ce, même si la société étrangère ne satisfait plus aux critères du revenu et de l'actif d'une PFIC. Mis à part quelques changements mineurs, les règlements définitifs correspondent aux règlements provisoires qui avaient été rendus publics en 1988, avaient été modifiés en 1998 et avaient expiré le 2 janvier 2001.

Si, à un moment donné pendant une période de détention par l'actionnaire, une société étrangère était une PFIC (mais non un QEF), l'action conserve son caractère d'action de PFIC, même si la société cesse d'être une PFIC selon les critères de revenu et de l'actif, à moins que l'actionnaire ne fasse le choix d'éliminer le statut de PFIC « contaminé » en vertu de règles semblables aux règles régissant les QEF (article 1298(b)(1) du *Code*).

Après un tel choix, le contribuable actionnaire est considéré avoir vendu ses actions de la société étrangère à la date de la cessation, à savoir le dernier jour de la dernière année d'imposition de la société pendant laquelle elle était une PFIC. Après le choix, l'action n'est plus une action de PFIC.

Les règlements définitifs décrivent le moment où un choix de vente réputée doit être effectué et la façon dont il doit l'être. Selon les anciens règlements provisoires, l'actionnaire pouvait effectuer son choix en produisant une déclaration modifiée pour l'année d'imposition comprenant la date de la cessation. Les règlements définitifs permettent qu'un choix soit effectué sans production d'une déclaration modifiée s'il est fait avant la date d'échéance normale de production de la déclaration originale de l'actionnaire pour cette année d'imposition. Le choix est fait sur le formulaire 8621 (« *Return by a Shareholder of a Passive Foreign Investment Company or Qualified Electing Fund* ») et est produit avec la déclaration de l'actionnaire pour l'année du choix. Si l'année du choix est fermée, le statut de PFIC « contaminé » ne peut être éliminé en vertu des règlements définitifs. Par contre, les nouveaux règlements provisoires peuvent apporter un allègement au moyen d'un choix tardif permettant de « décontaminer » le statut de PFIC, avec le consentement de l'IRS.

■ **Les règlements provisoires éliminent le statut de PFIC « contaminé » au sens de l'article 1297(e) du *Code*.** Les nouveaux règlements provisoires permettent à un actionnaire d'une société étrangère d'effectuer un choix de vente réputée (ou de dividende réputé) lorsque l'article 1297(e) du *Code* s'applique. En vertu de cette règle, une société étrangère n'est généralement pas une PFIC par rapport à un actionnaire si elle est une société étrangère contrôlée (« *controlled foreign corporation* » ou CFC) et que, pendant la période de détention postérieure à 1997, l'actionnaire détenait au moins 10 % de la société (une PFIC au sens de l'article 1297(e) du *Code*). Selon les règlements provisoires, cet actionnaire et l'actionnaire d'une ancienne PFIC peuvent, avec le consentement de l'IRS, effectuer un choix tardif de vente réputée visant l'élimination du statut « contaminé » qui, à certains égards, diffère des choix au titre d'un QEF. Le gain lors de la vente réputée découlant d'un choix au titre d'un QEF est imposé à titre de distribution excédentaire reçue par l'actionnaire à la date d'admissibilité, laquelle est définie comme le premier jour de la première année d'imposition de la PFIC en qualité de QEF. Selon les règlements provisoires, la distribution excédentaire réputée est reçue à la date d'admissibilité à titre de CFC, soit le jour où la PFIC devient une CFC. Le terme « *post-1986 earnings and profits* » qui figure dans les règlements sur les QEF s'entend de certains bénéfices et profits non distribués en date du jour précédant la date d'admissibilité. Par contre, les règlements provisoires définissent ce terme par rapport au jour précédant la date d'admissibilité à titre de CFC, date qui, contrairement à la

date d'admissibilité à titre de QEF, peut être autre que le premier jour d'une année d'imposition.

Le choix de vente réputée doit être effectué par la production du formulaire 8621 avec la déclaration originale de l'actionnaire pour l'année d'imposition comprenant la date d'admissibilité à titre de CFC ou avec la déclaration modifiée pour cette année qui est produite dans les trois ans de la date d'échéance originale. Le gain est présenté comme distribution excédentaire, et le paiement des impôts et des intérêts doit être joint à la déclaration.

Les règlements provisoires traitent de la règle « *once a PFIC, always a PFIC* » selon laquelle les actionnaires d'une ancienne PFIC au sens de l'article 1297(e) du Code – et d'une ancienne PFIC dont l'année de choix est fermée – peuvent effectuer un choix tardif de vente réputée en vue de purifier les actions, avec le consentement de l'IRS dans certaines circonstances. Le contribuable doit conclure une entente afin d'écartier tout préjudice porté aux intérêts du gouvernement américain en raison de son incapacité à produire une déclaration modifiée et doit également remplir et produire le formulaire 8621-A (« *Return by a Shareholder Making Certain Late Elections to End Treatment as a Passive Foreign Investment Company* »), rendu public par l'IRS en décembre 2005.

Il n'est pas inhabituel qu'une société canadienne devienne par inadvertance une PFIC par rapport à ses actionnaires américains. Cela peut se produire, p. ex., par suite d'une vente d'actifs importants ou de la mobilisation de capitaux au moyen d'un appel public à l'épargne ou d'un placement privé au cours d'une année d'imposition. Une fois qu'une société devient une PFIC, elle le demeure jusqu'à la « décontamination » de ce statut par la production d'un choix au titre d'un QEF ou d'un choix de vente réputée. Toutefois, ces nouveaux règlements peuvent apporter un certain soulagement à certains investisseurs américains, car ils permettent la production de choix tardifs. Le régime de la distribution excédentaire est extrêmement sévère, et il faut toujours considérer la possibilité de recourir à un choix en vue de « décontaminer » le statut dans le cas des actionnaires américains d'une PFIC ou d'une ancienne PFIC qui n'ont pas produit de choix au titre d'un QEF.

Jessica S. Wiltse
Hodgson Russ LLP, Buffalo

LA MONÉTISATION DE L'EGC ET LA RGAE

La décision de la CCI sur la RGAE dans *Evans* (2005 TCC 684) est l'une des premières depuis les arrêts *Kaulius* (2005 CSC 55) et *Hypothèques Trustco Canada* (2005 CSC 54) de la CSC. Dans le cadre d'une stratégie de monétisation de l'exemption pour gains en capital (EGC),

le contribuable dans *Evans* avait conclu une série d'opérations avec une société en commandite (dont son épouse et ses enfants étaient les associés) et sa société professionnelle. La CCI a conclu que l'ARC n'avait pas identifié adéquatement l'abus de la Loi; chaque article invoqué par le contribuable ayant été utilisé à la fin prévue, il n'y a donc pas eu d'abus de la Loi. La CCI s'est fortement inspirée des principes élaborés par la CSC dans *Kaulius* et *Hypothèques Trustco Canada* pour appliquer la RGAE, en particulier l'approche en sept étapes décrite dans *Hypothèques Trustco Canada*.

Depuis 1978, le Dr. E, un dentiste, exploitait son entreprise d'hygiène dentaire par l'intermédiaire d'une société professionnelle en propriété exclusive (Doctorco), une SPCC et une société exploitant une petite entreprise admissible aux fins de l'EGC. Le Dr. E était le seul administrateur de Doctorco et en détenait toutes les actions de catégorie A en circulation. En novembre 1996, Mme E et les trois enfants avaient constitué une société en commandite en vertu d'un accord écrit. Mme E était le commandité et elle avait droit à une participation de 1 % au revenu de la société. En leur qualité de commanditaires, les enfants avaient chacun droit à une participation de 33 %. Le 2 décembre 1996, Doctorco avait versé au Dr. E un dividende en actions de catégorie B, avec un montant déclaré de 100 \$: les actions de catégorie B avaient donc un PBR et un CV de 100 \$. Les actions donnaient droit à des dividendes à la discrétion de l'administrateur (Dr. E) et étaient rachetables au gré de la société et au gré du porteur au prix de 487 000 \$. Le 3 décembre 1996, le Dr. E vendait ses actions de catégorie B à la société au prix de 487 000 \$ contre un billet portant annuellement intérêt au taux de 5 % (le taux prescrit de l'ARC à ce moment) et réalisait un gain en capital de 486 900 \$ (487 000 \$ moins 100 \$). Le Dr. E avait éliminé l'impôt à payer correspondant en se prévalant de la déduction pour gains en capital. À partir de là et jusqu'en 1999, Doctorco avait versé environ 267 000 \$ sous forme de dividendes et de rachats d'actions de catégorie B à la société en commandite, qui avait utilisé les fonds pour rembourser le principal et les intérêts du billet au Dr. E. Mme E et les enfants avaient déclaré annuellement leur part proportionnelle du revenu net de la société (revenu de dividendes réels et réputés moins les intérêts débiteurs sur le billet). Le Dr. E avait déclaré annuellement le revenu d'intérêt sur le billet.

L'ARC faisait valoir que la série d'opérations constituait un dépouillement de surplus donnant lieu à un abus de certaines dispositions et de la loi, lue dans son ensemble. En vertu de la RGAE, l'ARC avait qualifié de nouveau à titre de dividendes les paiements de 267 000 \$ du principal et de l'intérêt effectués au Dr. E (incluant l'intérêt déjà déclaré) par la société.

La CCI a conclu que l'ARC ne s'était pas déchargée de son fardeau de montrer que la série d'opérations contrecarrait l'objet ou l'esprit des diverses dispositions en cause avant d'appliquer la RGAE. Le fait de considérer

les opérations comme étant abusives détruirait la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal, et serait contraire à l'intention du législateur qui souhaite que les contribuables « profitent pleinement des dispositions de la loi qui confèrent des avantages fiscaux ». La CCI a principalement insisté sur ces trois conditions préalables pour établir l'application de la RGAE, ce qui constitue la première des sept étapes énoncées par la CSC dans *Hypothèques Trustco Canada*.

Avantage fiscal. La CCI a rapidement conclu que la série d'opérations avait donné lieu à un avantage fiscal : si le Dr. E avait simplement reçu un dividende de 267 000 \$ de Doctorco, il aurait payé l'impôt sur ce montant. Or, aucun impôt n'a été payé en vertu de l'arrangement.

Opération d'évitement. La série d'opérations est une opération d'évitement s'il peut être « raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention d'un avantage fiscal n'étant pas considéré comme un objet véritable ». La CCI ne s'est pas prononcée sur la question, mais a supposé que l'arrangement était une opération d'évitement.

Évitement fiscal abusif. La série d'opérations constitue une opération d'évitement abusive s'il ne peut raisonnablement être établi que l'avantage fiscal est conforme à l'objet et à l'esprit des dispositions invoquées. Le tribunal doit déterminer si la série d'opérations entraînait directement ou indirectement un abus des dispositions de la loi ou de la loi, lue dans son ensemble. La CCI a conclu que l'arrangement ne constituait pas un évitement fiscal abusif parce que les dispositions de la loi avaient été utilisées aux fins pour lesquelles elles y ont été ajoutées et que leur objet ou esprit est de permettre aux gens de faire exactement ce qui avait été fait en l'espèce. Il ne peut y avoir d'abus des dispositions de la loi si chaque article s'applique exactement comme prévu.

The only basis upon which I could uphold the Minister's application of section 245 would be to find that there is some overarching principle of Canadian tax law that requires that corporate distributions to shareholders must be taxed as dividends, and where they are not the Minister is permitted to ignore half a dozen specific sections of the Act. This is precisely what the Supreme Court of Canada has said we cannot do.

Wayne Tunney
KPMG LLP, Toronto

TITRES REPRÉSENTATIFS DE TITRES À REVENU EN DÉPÔT D'ENTITÉS CANADIENNES

En 2004 et en 2005, plusieurs appels publics à l'épargne visant des titres représentatifs de titres à revenu en dépôt

(TRTRD) ont eu lieu au Canada, dont ceux effectués par New Flyer Industries Inc., Hot Stuff Foods Corporation, Tube City IMS Ltd. et Mini-Skool Early Learning Centres Ltd. Toutes ces opérations n'ont pas encore atteint le stade de la clôture, mais les TRTRD (également appelés titres représentatifs de titres participatifs et à revenu) d'émetteurs canadiens sont désormais un instrument reconnu pour la réalisation d'acquisitions fiscalement avantageuses d'entreprises américaines par des émetteurs canadiens.

La structure canadienne de ces titres découle de la structure américaine des TRTRD de Volume Services et de B&G Foods émis, dans les deux cas, par une société américaine et qui sont constitués d'un billet subordonné et d'une action de la société américaine et inscrits à la cote d'une bourse. Les intérêts payés sur la dette sont déduits du revenu imposable de la société en exploitation. Malheureusement, le marché américain des TRTRD ne s'est pas développé, en partie du fait que le marché américain des titres à rendement élevé, contrairement à celui du Canada, est bien établi.

Les TRTRD des entités canadiennes adoptent une structure similaire. Une SCAN émet un TRTRD composé d'actions ordinaires et de billets subordonnés. La SCAN peut investir dans une société à responsabilité limitée (« *limited liability company* » ou LLC) américaine ou dans une société « C » américaine. La SCAN peut soit détenir une participation dans la LLC américaine qui exploite l'entreprise, soit être associée d'une société de personnes américaine détenue directement ou indirectement par les propriétaires actuels de l'entreprise. Par ailleurs, la SCAN peut acquérir les actions d'une société « C » américaine, qui crée une société à responsabilité illimitée (SRI) de l'Alberta ou de la Nouvelle-Écosse. Le public acquiert un billet subordonné de la SRI et des actions ordinaires de la SCAN, titres qui composent le TRTRD. Par la suite, la SRI investit dans des actions privilégiées de la société « C » américaine.

Ces deux possibilités existent car les frais d'intérêt doivent pouvoir être déduits du revenu de l'entité américaine en exploitation. Si l'entreprise américaine est exploitée par une LLC ou par une société de personnes, la SCAN peut déduire les intérêts sur ses billets subordonnés faisant partie du TRTRD dans ses déclarations de revenus aux États-Unis et au Canada. Toutefois, si la société américaine est une société « C », la SCAN ne produit pas de déclaration de revenus aux États-Unis et, de ce fait, le public doit investir dans des billets subordonnés émis par une SRI dont le propriétaire est la société « C » américaine. Aux fins de l'impôt américain, la SRI est ignorée, et les intérêts sur les billets sont considérés avoir été engagés par la société « C » américaine et déductibles par celle-ci. Un TRTRD peut être scindé en ses composantes par le porteur, ou être scindé automatiquement en cas de rachat, de remboursement ou d'échéance des billets subordonnés ou encore en cas de changement de contrôle de l'émetteur. Des composantes acquises séparément peuvent former un TRTRD.

Impôt canadien. Les actions ordinaires et la dette faisant partie d'un TRTRD sont traitées comme des biens distincts, et le prix est réparti entre elles de façon raisonnable sur la base de la JVM. En cas de disposition, le produit doit être réparti et le porteur réalisera un gain ou une perte en capital. La scission par un porteur d'un TRTRD en ses composantes n'entraîne pas une disposition, pas plus que la combinaison des composantes ne donne lieu à un TRTRD.

La société américaine (LLC ou société « C ») est une société étrangère affiliée contrôlée, et les dividendes versés à la SCAN sont inclus dans le revenu et déductibles s'ils sont versés à même le surplus exonéré (généralement, le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement dans le pays signataire d'un traité). D'autres dividendes sont versés à même le surplus antérieur à l'acquisition; ils peuvent être déduits dans le calcul du revenu imposable de la SCAN et réduisent le prix de base des actions de la société américaine. Le REATB provenant d'un revenu tiré d'une entreprise non exploitée activement ou d'un revenu passif est inclus dans le revenu de la SCAN indépendamment du fait qu'il soit distribué, et il augmente le prix de base des actions. Une retenue fiscale américaine à l'égard d'un dividende versé par la société américaine (habituellement 5 % dans le cas d'une société « C ») ne donne pas lieu à un crédit pour impôt étranger au Canada.

Une SRI peut déduire des intérêts raisonnables qu'elle paie sur les billets; toute perte autre qu'en capital qui en découle peut faire l'objet d'un report rétrospectif sur 3 ans et d'un report prospectif sur 10 ans et être déduite du revenu (qui comprend les gains en capital imposables).

Impôt américain. L'acquisition d'un TRTRD par un investisseur qui n'est pas américain devrait être une acquisition d'actions ordinaires et de billets subordonnés. Il n'est pas clair si l'acquisition peut être considérée ou non comme l'acquisition d'une participation dans des titres de capitaux propres. En pareil cas, le billet serait traité comme un titre de capitaux propres, les intérêts ne seraient pas déductibles et les retenues fiscales américaines s'appliqueraient aux paiements, comme dividendes de source américaine, à concurrence des bénéfices et profits cumulés. Les intérêts qui excèdent un taux raisonnable ne sont pas déductibles.

Le prix d'achat du TRTRD est réparti entre l'action et le billet. L'IRS peut faire valoir que la JVM du billet est inférieure au capital déclaré et que le billet a été émis pour un prix réduit d'un escompte d'émission initiale. Un porteur qui n'est pas qu'américain et qui détient moins de 10 % des actions de la SCAN bénéficie de l'exonération de la retenue fiscale sur les intérêts de portefeuille à l'égard de tout escompte d'émission initiale; autrement, une retenue fiscale américaine de 30 % s'applique (pourcentage ramené par traité à 10 % pour un porteur canadien). Des pénalités s'appliquent si l'escompte d'émission initiale n'est pas déclaré adéquatement.

Le traitement de la dette comme instrument de capitaux propres dépend de divers facteurs. Si les

modalités de la dette, y compris le capital, la durée, le taux d'intérêt, le prix d'émission et les clauses restrictives, sont raisonnables sur le plan commercial et semblables aux modalités que négocierait une personne avertie non liée qui n'est pas actionnaire, il est probable que le billet soit traité comme instrument d'emprunt. En outre, l'émetteur doit démontrer sa capacité de soutenir la dette et de la refinancer à l'échéance. Le traitement comme instrument d'emprunt est également indiqué lorsque le ratio emprunts/capitaux propres est raisonnable sur le plan commercial et que les billets et les actions peuvent être séparés et négociés séparément; il doit exister une possibilité raisonnable que les billets seront séparés. Si l'IRS caractérise de nouveau le TRTRD comme instrument d'emprunt unique, les autres règles américaines visant les instruments d'emprunt à paiements conditionnels s'appliquent et donnent lieu à des revenus d'intérêts courus qui ne sont pas admissibles à l'exonération pour intérêts de portefeuille (« *portfolio interest exemption* »).

La séparation par un porteur (qui n'est pas américain) d'un TRTRD en une action et un billet ou la combinaison de ces éléments en un TRTRD ne donne pas lieu à un gain ou à une perte. L'exonération pour intérêts de portefeuille visant à éviter les retenues fiscales américaines sur les intérêts permet également d'éviter les droits successoraux américain (fédéral), au motif que les intérêts ne sont pas effectivement rattachés à une activité commerciale exercée par le porteur ou à une entreprise exploitée par celui-ci aux États-Unis, sous réserve que le porteur qui n'est pas américain détienne moins de 10 % des actions conférant droit de vote. Chaque porteur qui n'est pas américain doit remplir le formulaire W-8BEN et ne doit pas être une société étrangère contrôlée liée à la société payante par la propriété d'actions.

Si un porteur qui n'est pas américain détient au moins 10 % des actions conférant droit de vote, une retenue fiscale américaine de 30 % s'applique (10 % dans le cas d'un porteur canadien). Le porteur qui n'est pas américain et qui exerce une activité commerciale ou exploite une entreprise aux États-Unis à laquelle l'intérêt versé sur la dette est effectivement rattaché n'est pas visé par la retenue fiscale américaine, mais il doit inclure le revenu d'intérêt dans sa déclaration de revenus américaine.

Les dividendes versés par une société « C » à l'émetteur canadien à même ses bénéfices et profits cumulés sont assujettis à une retenue fiscale américaine de 5 % (taux réduit par traité). Un gain ou une perte de change peut survenir lors d'un paiement de capital ou d'intérêt sur les billets, qui sont libellés en dollars canadiens, car la monnaie fonctionnelle aux fins de l'impôt américain est le dollar américain.

Les règles américaines d'inversion ne s'appliquent pas du fait que les actionnaires et la direction « historiques » n'acquièrent pas d'actions de la SCAN. Ils peuvent détenir des actions rachetables de la société américaine.

Jack Bernstein

Aird & Berlis LLP, Toronto

DIVIDENDES : RÉDUCTION DE L'IMPÔT DES PARTICULIERS

Le 23 novembre 2005, le ministère des Finances du Canada a annoncé une réduction de l'impôt sur le revenu des particuliers sur certains dividendes payés après 2005. Les craintes exprimées par le gouvernement fédéral au sujet de l'imposition des fiducies de revenu et autres entités intermédiaires ont donné lieu à ce changement, qui permet de ramener l'impôt total payé sur les dividendes de sociétés canadiennes à peu près au même niveau que celui payé sur les attributions de fiducies de revenu. Aucun projet de loi n'a encore été déposé. Les contribuables devraient demeurer à l'affût car on ignore si le changement sera adopté sous forme de loi et à quel moment.

La réduction d'impôt s'applique aux dividendes payés après 2005 par des sociétés publiques et autres sociétés qui ne sont pas des SPCC, qui sont résidentes du Canada et qui sont assujetties au taux général fédéral de l'impôt sur le revenu des sociétés (22,12 % en 2006). La réduction s'applique également aux dividendes payés par des SPCC à même le revenu autre que le revenu de placement assujetti au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés (REEA) en sus de 300 000 \$. Par conséquent, le taux d'impôt sur le revenu des particuliers le plus élevé sur les dividendes admissibles passera de 19,58 % en 2005 à 14,5 % en 2006, alors qu'il correspondra au taux actuel sur les gains en capital. La réduction d'impôt sera mise en œuvre pour les dividendes admissibles par l'augmentation du taux de majoration du dividende (qui passera de 25 % à 45 % du dividende reçu) et du taux du crédit d'impôt fédéral applicable au dividende (qui passera de 13,33 % à 19 % du dividende majoré).

L'annonce précise que le revenu assujetti au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés est imposé en 2005 à un taux combiné (impôt des sociétés et des particuliers) de 54 % après avoir été attribué sous forme de dividendes; ce taux passera à 46 % en 2010 si le projet du gouvernement de réduire le taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés à 19 % d'ici 2010 est adopté. Le taux de 46 % correspond au taux actuel applicable aux attributions par une fiducie de revenu. Ainsi, d'ici 2010, le taux d'impôt combiné (société et particulier) excédera 46 %; p. ex., ce taux sera d'environ 49 % en 2006. L'objectif du gouvernement d'uniformiser le taux d'impôt sur les dividendes admissibles et les attributions de fiducies de revenu ne sera atteint que si les provinces et les territoires emboîtent le pas et prévoient des réductions parallèles de leurs taux d'impôt sur le revenu des particuliers sur les dividendes. L'exemple fourni par le gouvernement fédéral suppose que tel sera le cas. (Le 19 décembre 2005, le ministère des Finances du Québec a annoncé, sans plus de détails, qu'il ne mettra pas le changement en œuvre.)

Les changements n'éliminent pas l'avantage du report de l'impôt pour les fiducies de revenu en ce qui concerne les régimes de retraite, les régimes enregistrés d'épargne-retraite et autres régimes de report de l'impôt. Les dividendes reçus par un régime de report de l'impôt sont généralement payés à même le revenu qui a été assujetti à l'impôt sur le revenu des sociétés, tandis que l'attribution par une fiducie de revenu à un tel régime n'est pas imposable tant que le régime ne fait pas d'attribution à ses bénéficiaires. En septembre 2005, le gouvernement fédéral a annoncé un moratoire sur les décisions anticipées en matière d'impôt portant sur les entités intermédiaires (incluant les fiducies de revenu) dans l'attente de consultations sur ce sujet. L'annonce du 23 novembre 2005 précise que ce moratoire a été levé.

Une SPCC doit déterminer si les dividendes qu'elle paie proviennent du revenu de placement, du REEA imposé au taux des petites entreprises ou du revenu assujetti au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés. De nouvelles règles de suivi et d'ordonnancement ajouteront à la complexité pour les SPCC. Il n'est pas certain que la réduction d'impôt s'appliquera aux dividendes versés à même le revenu antérieur à 2006 qui était imposé au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés. Les actionnaires/dirigeants de SPCC voudront réévaluer leur stratégie de composition optimale de salaire/dividendes après 2005 : le taux d'impôt moins élevé sur les dividendes payés à même le revenu assujetti au taux général fédéral d'impôt sur le revenu des sociétés signifie que les actionnaires/dirigeants préféreront probablement recevoir de tels revenus sous la forme de dividendes dans l'avenir.

Louis J. Provenzano et Sheryl Mapa
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Australie

En décembre 2005, l'*Australian Tax Office* (ATO) a rendu publiques des lignes directrices sur l'application de la RGAE ; cette dernière ne visera généralement pas le revenu d'entreprise et de placement fractionné au moyen de sociétés de personnes de conjoints et d'entreprises familiales. L'ATO a également précisé comment elle recentrera son programme dit « *test case* » autour de la réalisation de revenu de services personnels.

Belgique

Un projet de RGAE sur la TVA permet une nouvelle qualification de tout contrat ou séries de contrats, rétroactivement au 1^{er} novembre 2005.

Royaume-Uni

Le rapport pré-budgétaire du 5 décembre 2005 instaure, en date d'avril 2006, plusieurs nouvelles mesures destinées à contrer la fraude et l'évasion fiscale. La portée des règles anti-évitement de 2004 est élargie de façon à couvrir les risques d'évitement pour tous les revenus et de toutes les sociétés, et pour l'imposition des gains en capital. Les entreprises doivent divulguer les stratégies de planification fiscale internes dans les 30 jours de leur mise en oeuvre. Dès maintenant, la disponibilité des pertes en capital est limitée aux pertes réalisées sur des opérations commerciales véritables; les contribuables sont réputés avoir reçu un intérêt, calculé au taux d'intérêt commercial sur les dépôts en argent; les allègements fiscaux provenant du transfert de droits dans des biens incorporels à un groupe de sociétés sont limités; et les particuliers qui résident au Royaume-Uni ne peuvent plus avoir recours à des sociétés ou fiducies étrangères pour éviter l'impôt. L'observation de la TVA du Royaume-Uni sera renforcée.

Aruba

Des changements fiscaux, qui n'ont pas encore été publiés officiellement, comprennent des modifications au régime des sociétés exonérées de Aruba (AEC); de nouvelles règles dites des cases à cocher (« *check-the-box* ») pour la transparence fiscale des nouvelles AEC et sociétés publiques à responsabilité limitée (des droits acquis s'appliquent à d'autres AEC et autres sociétés étrangères (« *offshore companies* »)); des changements à la législation relative à la zone franche; et une nouvelle liste d'activités admissibles en vertu du système d'imputation des paiements, après 2005.

Irlande

Le budget 2006 du 7 décembre 2005 propose des changements généralement applicables après 2005, notamment des limitations à l'allègement relatif à l'intérêt payé dans le cadre de certaines opérations intersociétés (prise d'effet immédiate); des augmentations des seuils des fourchettes de l'impôt sur le revenu, des crédits d'impôt pour les employés et les particuliers, et des indemnités personnelles; et une hausse du seuil pour l'inscription des petites entreprises aux fins de la TVA.

Espagne

Des plans de réduction des taux d'impôt sur le revenu des sociétés (passant de 35 % à 30 % (général) et de 30 % à 25 % (PME)) ont été annoncés.

Suède

Le budget de 2006, maintenant adopté, prévoit des changements à la fiscalité des sociétés et des particuliers après 2005.

Taiwan

Un impôt minimum de remplacement devrait s'appliquer aux particuliers et aux entreprises après 2005.

Maria Mavroyannis

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

© 2006, 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; courriel : mgaughan@ctf.ca.

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.