

TIERS ET SECRET PROFESSIONNEL

Les avocats s'abritent souvent derrière le secret professionnel pour protéger les communications avec les tiers (et leurs dossiers) dont ils ont retenu les services pour conseiller leur client. Selon l'arrêt *Welton Parent* (2006 FC 67), si un conseiller indépendant n'agit pas comme intermédiaire de communication entre l'avocat et le client, le secret professionnel ne protège les communications du conseiller que si celui-ci exerce une fonction qui est « essentielle » à l'existence ou au fonctionnement de la relation avocat-client. Les faits dans *Welton Parent* présentent un modèle sans nul doute bien connu des praticiens qui ont recours aux services d'experts dans le cadre de la préparation de leur consultation juridique. La CF n'analyse guère pourquoi les faits n'ont pu satisfaire au critère de la fonction essentielle, mais elle indique clairement que le simple fait de chercher à obtenir le point de vue d'un expert indépendant ou de faire appel à son expertise pour fournir un avis juridique à un client ne suffit pas, en soi, pour élargir la portée du privilège.

Chacun des deux types de privilège – le privilège relatif à un litige et le privilège rattaché au conseil juridique (secret professionnel) – a des justifications et une portée différentes. Le secret professionnel couvre les communications confidentielles entre l'avocat et le client, peu importe que des procédures soient envisagées ou non. Le privilège relatif à un litige ne s'applique que dans le contexte d'un litige; il s'étend même aux communications à caractère non confidentiel entre l'avocat et le client, et il couvre des éléments autres que les communications. Il vise à faciliter un processus (le déroulement de la procédure de contestation) tandis que le secret professionnel protège une relation (la relation confidentielle entre l'avocat et le client).

Dans ce numéro

Tiers et secret professionnel	1
La RGAÉ et la monétisation de l'EGC	2
Gratification et produit de disposition de l'achalandage	3
Gains en capital en 2003	3
Société à responsabilité illimitée en Alberta et en Nouvelle-Écosse	4
Entreprise de placement déterminée et société de personnes	5
Transparence et traités	6
RS&DE et sous-traitance	7
Droits annuels pour les « LLC » en Californie	7
Inversion de sociétés – Mise à jour	8
Services conseils en informatique	9
Le contrôle à nouveau décortiqué	10
Actualités fiscales étrangères	11

Selon les faits, l'ARC effectuait la vérification de certains employeurs canadiens qui avaient déduit des dépenses au titre de salaires et de traitements payés à titre de contributions à des fiducies de santé et de bien-être à l'étranger pour le bénéfice d'employés. Selon l'ARC, les régimes n'étaient pas admissibles à titre de fiducies de santé et de bien-être selon les critères énoncés dans le *Bulletin d'interprétation* IT-85R2, « Fiducies de santé et de bien-être au bénéfice d'employés », du 31 juillet 1986, de sorte que les contributions n'étaient pas déductibles. Lors des vérifications, l'ARC avait pris connaissance d'évaluations actuarielles qui indiquaient que d'autres employeurs, non identifiés, avaient mis sur pied des régimes semblables auxquels ils contribuaient. Ces employeurs avaient retenu les services d'avocats pour obtenir un avis juridique sur ces régimes, et les avocats avaient à leur tour retenu les services de Welton Parent.

L'ARC avait demandé à Welton Parent, en vertu des paragraphes 231.2(1) et (3), de produire des renseignements et des documents relatifs à une ou plusieurs des personnes non identifiées aux fins, entre autres, d'obtenir le nom des employeurs non identifiés qui avaient mis sur pied de tels régimes. Welton Parent avait contacté les avocats qui, sur instruction de leurs clients (les employeurs non identifiés) avaient présenté une requête par l'intermédiaire de Welton Parent pour contester la demande sous plusieurs motifs, notamment celui du secret professionnel.

Le tribunal a conclu que les noms eux-mêmes étaient protégés par le secret professionnel, mais non les renseignements et les documents visés par la demande. Le tribunal a passé en revue la jurisprudence sur le secret professionnel et les conseillers indépendants. Dans *Susan Hosiery* ([1969] 2 Ex. CR 27), la Cour de l'échiquier a confirmé que ce privilège devrait s'appliquer si un tiers agit à titre de représentant aux fins d'exposer une situation à un avocat pour obtenir un avis juridique, ou si un tel représentant reçoit des communications d'un avocat à qui il a demandé un avis juridique. La décision est souvent ramenée au fait de savoir si le tiers agit comme un mandataire de l'avocat ou du client, mais la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chrusz* (1999 CanLII 7320) a indiqué que le mandat ne devrait pas être essentiel au privilège rattaché aux conseils juridiques. Selon *Chrusz*, si le tiers ne peut être décrit comme un intermédiaire entre l'avocat et le client, alors le privilège repose sur la nature véritable de la fonction pour laquelle on a retenu les services du tiers : si la fonction est essentielle à l'existence ou au fonctionnement de la relation client-avocat, alors le privilège devrait couvrir l'ensemble de la communication qui sert cette fonction.

Dans *Welton Parent*, la CF a conclu que le dossier de Welton Parent – incluant ses rapports, notes, projets et communications avec les avocats des contribuables non identifiés – n'était pas visé par le secret professionnel

simplement parce que les avocats avaient utilisé l'opinion de Welton Parent pour fournir un avis juridique à leur client. Le tribunal n'a pas analysé comment les principes dégagés dans *Susan Hosiery* et *Chrusz* s'appliquaient aux faits de *Welton Parent*. Il est clair, d'après les faits, que Welton Parent n'avait agi ni comme intermédiaire entre l'avocat et le client ni comme représentant de l'un ou l'autre, mais la CF n'a pas précisé comment déterminer à quel moment les services d'un conseiller indépendant sont retenus pour exercer une fonction essentielle à la relation avocat-client. Malheureusement, les faits sont étonnamment semblables aux circonstances dans lesquelles de nombreux praticiens retiennent les services de tiers pour conseiller leurs clients. *Welton Parent* énonce clairement les principes pertinents, mais il faudra d'autres jugements pour en préciser la portée.

Kristina M. Soutar
Thorsteinssons LLP, Toronto

LA RGAÉ ET LA MONÉTISATION DE L'EGC

Dans *Desmarais* (2006 TCC 44), le contribuable avait conclu une série d'opérations dans le cadre d'une stratégie visant la monétisation de l'exonération du gain en capital (EGC). La CCI a conclu que la RGAÉ s'appliquait en l'espèce : utiliser les attributs fiscaux d'une société pour retirer des fonds d'une autre constitue un abus de la Loi, en particulier de l'article 84.1.

Le contribuable, M. D, détenait 15 % des actions de Cie A; 85 % de celles-ci étaient détenues par six actionnaires qui n'avaient pas de lien de dépendance avec M. D. Le PBR et le CV des actions de M. D étaient nominaux, et leur JVM s'établissait à environ 120 000 \$. M. D et son frère détenaient Cie B à parts égales; le PBR et le CV de la participation de M. D étaient nominaux. Cie A n'avait pas de surplus à distribuer et elle était fortement endettée. Par contre, Cie B avait des surplus à distribuer.

M. D avait constitué Gestion et lui avait transféré 9,8 % de ses actions de Cie A, faisant un choix à la somme convenue de 120 000 \$ en vertu du paragraphe 85(1) et recevant en contrepartie des actions privilégiées de catégorie A de Gestion ayant un CV légal élevé. M. D avait réalisé un gain en capital de 120 000 \$ et il avait demandé l'EGC. Immédiatement après le transfert, Gestion et Cie A n'étaient pas rattachées parce que Gestion détenait moins de 10 % de Cie A et que, avec M. D, elles ne contrôlaient pas Cie A. L'article 84.1 ne réduisait donc pas le CV aux fins de l'impôt des actions privilégiées de catégorie A de Gestion et, en vertu du paragraphe 85(2.1), le CV peut être aussi élevé que la somme convenue, à savoir 120 000 \$. Pour M. D, le CV et le PBR des actions privilégiées de catégorie A de Gestion

s'élevaient à 120 000 \$ aux fins de l'impôt. Dans le cadre de la réorganisation, M. D avait également transféré ses actions de Cie B à Gestion contre des actions privilégiées de catégorie B de Gestion, faisant le choix pour une somme de 210 000 \$, ce qui avait donné lieu à un gain en capital neutralisé par l'EGC. L'article 84.1 ramenait le CV légal des actions privilégiées de catégorie B de Gestion au montant du CV des actions de Cie B, à savoir un montant nominal. Cie B avait alors versé des dividendes de 600 000 \$ à Gestion, qui avait racheté ses actions privilégiées de catégorie A au prix de 120 000 \$. Comme le PBR et le CV des actions privilégiées de catégorie A pour M. D étaient de 120 000 \$, celui-ci n'avait subi aucune conséquence fiscale.

La CCI a conclu que la RGAÉ s'appliquait. Elle a principalement mis l'accent sur les trois exigences à satisfaire pour que la RGAÉ s'applique, représentant la première des sept étapes formulées par la CSC dans *Hypothèques Trustco Canada* :

1) Avantage fiscal ? La CCI a conclu que la série d'opérations avait donné lieu à un avantage fiscal.

2) Opération d'évitement ? La CCI a reconnu les objectifs commerciaux de M. D, à savoir son désir de regrouper tous ses placements dans une seule entité et de prendre ses propres décisions d'investissement indépendamment de son frère. Cependant, la CCI a conclu que le transfert à Gestion de seulement 9,8 % de Cie A constituait une opération d'évitement : il n'aurait pas été « raisonnable de conclure que l'opération était principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ».

3) Opération d'évitement abusive ? La CCI a conclu que la série d'opérations constituait un évitement abusif parce qu'elle ne pouvait pas raisonnablement conclure que l'avantage fiscal était conforme à l'objet et à l'esprit de la disposition invoquée par le contribuable. Si M. D n'avait transféré que ses actions de Cie B à Gestion, il aurait reçu des actions ayant un CV peu élevé parce que l'article 84.1 s'appliquait, et lors d'une distribution à venir des surplus de Cie B par l'intermédiaire de Gestion, il aurait reçu un dividende réputé imposable plutôt qu'un remboursement du CV libre d'impôt. Par ailleurs, si les fonds ayant servi au rachat des actions privilégiées de catégorie A de Gestion de M. D étaient venus de Cie A, il semble que la CCI aurait été d'avis que ni l'article 84.1 ni le RGAÉ n'auraient trouvé application et que les surplus provenant de Cie A auraient pu être distribués à M. D. La CCI a conclu que les retraits par M. D du CV des actions privilégiées de catégorie A de Gestion reçues en contrepartie des actions de Cie A avaient donné lieu à une distribution libre d'impôt des surplus de Cie B par l'intermédiaire de Gestion – une distribution qui, si elle avait été effectuée directement, aurait été à l'encontre de l'article 84.1 – ce qui constituait un abus flagrant pour deux raisons : 1) A Co n'aurait peut-être pas été en

mesure de verser des dividendes importants à ses actionnaires avant de nombreuses années parce qu'elle devait réduire ses dettes. Le rachat immédiat des actions privilégiées de catégorie A de M. D en utilisant des fonds de Cie B lui aurait permis d'éviter l'impôt qui aurait été exigible s'il avait reçu un apport direct du surplus de Cie B. Une distribution éventuelle à M. D de fonds de Cie A par l'intermédiaire de Gestion après le rachat des actions privilégiées de catégorie A aurait entraîné un impôt pour lui, mais le rachat immédiat, libre d'impôt, des actions privilégiées de catégorie A permettait toujours d'envisager un report de l'impôt. Un « avantage fiscal », tel qu'il est défini à l'article 245, comprend un report de l'impôt. 2) La distribution de surplus par Cie A à ses actionnaires n'était pas certaine. P. ex., A Co aurait pu faire faillite avant d'être en mesure de verser des dividendes, transformant le report de l'impôt en évitement de l'impôt.

À première vue, l'arrêt *Desmarais* se situe à l'opposé de l'arrêt *Evans* (2005 TCC 684). Dans cet arrêt, la CCI s'était prononcée en faveur d'un contribuable qui avait utilisé une société de personnes dans sa stratégie de planification de la monétisation de l'EGC : il avait été conclu que chaque article invoqué avait été utilisé selon la fin prévue et conformément à sa conception sans qu'il y ait abus de la Loi.

Paul Hickey
KPMG LLP, Toronto

GRATIFICATION ET PRODUIT DE DISPOSITION DE L'ACHALANDAGE

Selon une récente décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu (2005-0163741R3), une société privée sous contrôle canadien (SPCC) peut déduire les gratifications qu'elle paie à plusieurs actionnaires dirigeants et ce, même si une partie des bénéfices sous-jacents provient de la vente d'un achalandage (fonds commercial ou survaleur) et d'autres actifs d'entreprise plutôt que des activités commerciales habituelles de l'entreprise.

Conformément à une position de longue date, l'ARC ne conteste généralement pas le caractère raisonnable d'un salaire ou d'une gratification versé à un actionnaire dirigeant d'une SPCC qui est un résident du Canada s'il participe activement à l'exploitation de l'entreprise et que la rémunération est versée à même le bénéfice tiré de ses activités commerciales habituelles. La SPCC peut déduire le salaire ou la gratification pour ramener son bénéficiaire au seuil d'imposition à taux réduit des petites entreprises; l'ARC a confirmé cette politique générale à plusieurs reprises.

La décision anticipée porte sur trois sociétés de portefeuille (SPOR) – A ltée, B ltée et C ltée – détenant chacune un nombre égal d'actions de SEXP. Chaque SPOR était détenue respectivement par M. A, M. B et M. C et une

fiducie au bénéfice du conjoint correspondante. M. A, M. B et M. C ainsi que leur conjointe (les actionnaires dirigeants) étaient tous membres du conseil d'administration de SEXP et prenaient les décisions concernant l'orientation stratégique de la société. M. A, M. B et M. C géraient les activités quotidiennes de SEXP.

SEXP avait généralement l'habitude, par le passé, de verser des gratifications à ses actionnaires dans les exercices où le revenu imposable était supérieur au seuil de bénéfice des petites entreprises. Au cours de l'exercice considéré, SEXP avait vendu son fonds commercial et d'autres actifs d'entreprise à un acheteur sans lien de dépendance pour un produit de disposition important. Les actifs, les salaires et les gratifications de l'exercice étaient déjà supérieurs à ceux des exercices précédents parce que la société avait remboursé ses emprunts bancaires, lesquels étaient assortis de clauses restrictives qui limitaient la rémunération pouvant être payée aux actionnaires dirigeants. SEXP se proposait de verser des gratifications aux six actionnaires dirigeants pour les récompenser de leur contribution au succès de la gestion de SEXP et leur remettre le produit de la vente des actifs de l'entreprise d'une manière qui soit fiscalement efficace.

L'ARC a conclu que l'alinéa 18(1)a), l'article 67 et le paragraphe 78(4) n'empêchaient pas SEXP de déduire le montant des gratifications. Cette décision va dans le sens de décisions antérieures (voir 2004-0092931R3 et 2005-0146031R3). Elle semble toutefois contredire les commentaires de l'ARC énoncés lors de la table ronde tenue dans le cadre de la conférence annuelle 2003 de l'Association canadienne d'études fiscales et selon lesquels sa politique administrative de ne pas contester la déduction des gratifications versées aux actionnaires dirigeants ne s'applique pas aux gratifications versées dans le cadre de la vente des actifs d'entreprise de la société payeuse.

Wayne Tunney
KPMG s.r.l., Montréal

GAINS EN CAPITAL EN 2003

Les statistiques sur les revenus des particuliers pour l'année d'imposition 2003 sont maintenant disponibles sur le site Web de l'ARC (<http://www.cra-arc.gc.ca/agency/stats/gb03/sfp/final/menu-f.html>). Le tableau 9 du document fournit des renseignements sur les 1,2 M de déclarations de revenus indiquant des gains ou des pertes en capital, et sur les 9,7 G\$ de gains imposables indiqués dans ces déclarations.

Le tableau nous fait voir que le gain en capital moyen (avant le taux d'inclusion), qui se chiffrait à 24 620 \$ en 2003, représentait 72,2 % du revenu moyen déclaré dans l'ensemble des 23,1 M de déclarations. Cependant, l'importance des gains en capital variait selon la catégorie de revenu. Dans la catégorie « perte ou nul », les

Gains en capital, année d'imposition 2003

Catégorie de revenu (\$)	Gain en capital total moyen	
	Montant (\$)	Pourcentage du revenu moyen
Perte ou nul	35 324	-221,7
1-20 000	5 893	56,9
20 000-40 000	8 739	29,8
40 000-60 000	11 055	22,7
60 000-80 000	13 434	19,6
80 000-100 000	19 205	21,7
100 000-150 000	34 037	28,8
150 000-200 000	56 725	34,3
200 000-250 000	77 688	34,3
Plus de 250 000	213 269	37,3
Moyenne	24 620	72,2

particuliers ont pu réaliser un gain en capital moyen de 35 324 \$, libre d'impôt, parce que ces gains étaient annulés par des pertes dans d'autres catégories de revenu, pour un impôt à payer nul. Le gain moyen chutait à seulement 5 893 \$ pour les revenus se situant entre 1 \$ et 20 000 \$, ce qui représentait 56,9 % du revenu moyen de cette catégorie de revenu. Même si le gain moyen progressait au fur et à mesure que les revenus augmentaient, les gains diminuaient en pourcentage de l'ensemble des revenus, pour atteindre un creux de 19,6 % du revenu moyen dans la catégorie de revenus de 60 000 \$ à 80 000 \$ où le gain en capital moyen était de 13 434 \$.

Les contribuables qui avaient des revenus supérieurs à 100 000 \$ et déclaraient des gains affichaient des gains moyens élevés qui représentaient une part significative du revenu total; dans nombre de cas, les gains avaient pour effet de pousser les contribuables dans des catégories de revenu supérieures. Comme les principaux tableaux du site Web de l'ARC ne distinguent pas les revenus dans la tranche de revenu de 150 000 \$ à 250 000 \$, le pourcentage du revenu moyen de cette catégorie a été utilisé ici pour les deux catégories de revenu (indiquées séparément dans le tableau 9).

David B. Perry

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE EN ALBERTA ET EN NOUVELLE-ÉCOSSE

En 2005, l'Alberta a modifié sa *Business Corporations Act* (ABCA) pour permettre la constitution ou la prorogation en Alberta d'une société à responsabilité

illimitée de l'Alberta (SRIA). Ainsi, le 17 mai 2005, l'Alberta est devenue la deuxième province seulement – après la Nouvelle-Écosse – à permettre la constitution d'une société à responsabilité illimitée (SRI). L'Alberta a réagi récemment aux préoccupations exprimées au sujet du caractère illimité de la responsabilité de l'actionnaire à l'égard des dettes d'une SRIA. La Nouvelle-Écosse, pour sa part, a proposé des modifications à sa *Companies Act* (NSCA) afin de simplifier les procédures. Chaque province tente en ce moment de rendre sa législation sur les SRI aussi attrayante que possible.

Le principal avantage d'une société à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (SRINE) ou d'une SRIA tient au fait que le Canada et les États-Unis traitent les SRI différemment aux fins de l'impôt. Le Canada considère les SRINE et les SRIA comme des personnes morales puisqu'elles sont constituées en vertu des lois de la Nouvelle-Écosse ou de l'Alberta : il ne s'agit pas d'entités « conduit » et elles sont assujetties à l'impôt sur le revenu fédéral et des provinces. Aux États-Unis, les SRINE et les SRIA peuvent choisir d'être considérées comme des entités « conduits ». Depuis le 1^{er} janvier 1997, les règlements américains sur les « cases à cocher » prévoient deux types d'entités : les sociétés (« *per se corporations* ») et les entités admissibles. Les sociétés, qui sont considérées comme des personnes morales aux fins de l'impôt américain, comprennent toutes les sociétés en vertu des lois fédérales et provinciales du Canada, sauf les SRINE et les SRIA, qui sont considérées comme des entités admissibles parce que la responsabilité de leurs actionnaires est illimitée. À ce titre, les SRINE et les SRIA peuvent être classées, aux fins de l'impôt américain, comme des entités « conduit » – comme des succursales si elles n'ont qu'un seul actionnaire et comme des sociétés de personnes si elles en ont plusieurs.

SRIA. Peu de temps après l'adoption des nouvelles dispositions législatives, on a soulevé la crainte que la responsabilité illimitée de l'actionnaire d'une SRIA aille plus loin que celle de l'actionnaire d'une SRINE. Pour régler ce problème, la province a adopté une autre modification, qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2005. En plus de l'immunité que lui accorde la *Limitations Act*, en vertu de l'article 15.2(2) de l'ABCA, un ancien actionnaire d'une SRIA n'est pas responsable des dettes de la société s'il a cessé d'en être actionnaire au moins deux ans avant qu'une action soit intentée pour une réclamation. En comparaison, la liquidation ou la faillite d'une SRINE cristallise la dette. Les liquidateurs d'une SRINE peuvent exiger des actionnaires de la société qu'ils contribuent aux paiements des dettes de la société et aux frais de liquidation; les anciens actionnaires doivent également contribuer à moins qu'ils n'aient cessé d'être actionnaires au moins un an avant le début de la liquidation. De plus, un ancien actionnaire d'une SRIA est maintenant responsable des dettes de la société apparues après qu'il a cessé d'en être actionnaire. La NSCA

comporte une règle semblable. Aucune modification n'a été apportée à la règle voulant que si une SRIA devient une société à responsabilité limitée, ses actionnaires continuent d'être responsables des dettes de la société lorsqu'elle était une SRIA; la NSCA contient une règle semblable.

SRINE. Une société à responsabilité limitée peut être transformée en une SRI par fusion ou en vertu d'un plan d'arrangement, qui constitue un processus complexe. C'est la fusion, même si elle n'est pas simple, qui est utilisée le plus souvent. La NSCA exige que les fusions et les réductions de capital soient autorisées par un tribunal. Pour simplifier le processus de fusion et permettre que la Nouvelle-Écosse demeure la province privilégiée pour les SRI, un document de travail du *Services Nova Scotia and Municipal Relations* étudie les propositions de modifications de la NSCA. En plus de la procédure de fusion actuelle, il est proposé de permettre la fusion 1) avec approbation, par résolution spéciale des actionnaires de chacune des sociétés en cause, ou par résolution des administrateurs dans le cas de sociétés liées, et 2) sur production d'un accord de fusion accompagné d'un acte ou de statuts constitutifs de la société issue de la fusion proposée et sur production d'une déclaration solennelle par un dirigeant ou un administrateur de chaque société suivant laquelle a) la société sera en mesure de satisfaire un test de solvabilité lors de la fusion et b) la fusion ne portera pas préjudice aux créanciers ou les créanciers ont été informés du projet de fusion et ne s'y sont pas objectés. Les propositions simplifient en outre les méthodes de création d'une SRINE : 1) une société à responsabilité

limitée de la Nouvelle-Écosse peut se transformer en une SRINE en modifiant son acte constitutif par résolution unanime des actionnaires; 2) une société extraterritoriale peut choisir de devenir une SRINE sur prorogation; 3) une SRL de la Nouvelle-Écosse peut se réenregistrer comme SRINE. Le document de travail suggère que les droits de 6 000 \$ exigés pour la constitution d'une SRINE soient réduits – en particulier, si les droits de constitution d'une SRI sont inférieurs dans d'autres provinces (100 \$ en Alberta) – tout comme les droits d'inscription annuels de 2 000 \$ (ces droits n'existent pas en Alberta).

Une autre proposition remplace l'obligation d'obtenir l'approbation du tribunal pour toute réduction du capital d'une société de la Nouvelle-Écosse (dont une SRINE), les réductions pouvant être approuvées par résolution spéciale ou par ordonnance de la cour. Toute réduction du capital par résolution spéciale doit d'abord satisfaire des critères financiers raisonnables; autrement, les créanciers sont protégés du fait que les actionnaires assument toute responsabilité à venir.

Jack Bernstein et Edward Miller
Aird & Berlis LLP, Toronto

ENTREPRISE DE PLACEMENT DÉTERMINÉE ET SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Le paragraphe 125(7) définit généralement une entreprise de placement déterminée (EPD) comme une entreprise dont le but principal est de tirer un revenu de biens, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et des redevances. Il y a cependant deux exceptions : une société n'exploite pas une EPD si 1) elle emploie dans l'entreprise plus de cinq personnes à plein temps tout au long de l'année, ou 2) il est raisonnable de considérer que la société aurait besoin de plus de cinq employés à temps plein et une autre société qui lui est associée lui fournit, au cours de l'année, des services de gestion ou d'administration, des services financiers, des services d'entretien ou d'autres services semblables. À la lumière des faits du document 2005-0120751E5, l'ARC estime que cette dernière exception s'applique si les services sont fournis par une société de personnes dont le membre, qui est une société, est associé à la société donnée.

Selon les faits, ACie est une société privée sous contrôle canadien (SPCC) qui compte moins de cinq employés à temps plein; sa seule activité consiste à exploiter une entreprise dont le but principal est de tirer un revenu de biens. ACie est associée à BCie, une SPCC et le commandité d'une société en commandite dont le commanditaire, CCie, est également une SPCC. Aucun des employés de la société de personnes n'est actionnaire de ACie, BCie ou CCie. Dans le cadre de l'exploitation de son

Différences actuelles entre une SRIA et une SRINE

	SRIA	SRINE
Responsabilité limitée	Deux ans après avoir cessé d'être un actionnaire	Un an après la liquidation
Administrateur canadien exigé ?	Oui	Non
Conversion en une SRI	Prorogation	Prorogation ou fusion
Inceste de société	Jusqu'à un maximum de 30 jours	Permis
Réduction du capital versé	Par résolution spéciale	Sur approbation des actionnaires ou du tribunal
Fusion	Requiert approbation des actionnaires; forme abrégée et longue	Requiert l'approbation du tribunal et des actionnaires; forme longue seulement
Exigences quant à la dénomination	Doit comprendre « ULC »	« Company »
Droits	Droits initiaux de 100 \$; pas de droits annuels	Droits initiaux de 6 000 \$; droits annuels de 2 000 \$

entreprise active, la société en commandite fournit des services d'administration à ACie; selon les faits, on suppose que sans les services fournis par la société en commandite, il pourrait être raisonnable de considérer que ACie aurait besoin de plus de cinq employés à temps plein.

Selon l'ARC, les associés, BCie et CCie, exploitent l'entreprise de la société de personnes et BCie fournit donc des services administratifs à ACie dans la cadre de l'exploitation de l'entreprise active de la société de personnes. L'ARC cite l'arrêt *Robinson et al.* (98 DTC 6065) où la CAF avait conclu que tous les associés d'une société en commandite exploitent l'entreprise de la société de personnes. Comme il est raisonnable de considérer que ACie aurait besoin de plus de cinq employés à temps plein si ces services n'avaient pas été fournis, l'ARC est d'avis que l'exception à la définition d'une EPD s'applique et que ACie n'exploitait pas une EPD.

Les commentaires de l'ARC ont des conséquences importantes pour déterminer si le revenu d'une SPCC est admissible à la DPE et si ses actions seront admissibles à l'exemption pour gains en capital pour les actions admissibles d'une société exploitant une petite entreprise. Les faits particuliers portaient sur une société en commandite, mais les commentaires de l'ARC devraient également s'appliquer à une société de personnes.

Louis Provenzano et Sheryl Mapa
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

TRANSPARENCE ET TRAITÉS

Des changements récents dans les traités fiscaux bilatéraux entre les États-Unis et ses partenaires nous laissent peut-être entrevoir les changements à venir dans le traité Canada/É.-U. Les États-Unis ont codifié des règles pour que les avantages du traité ne s'appliquent pas à des paiements effectués par l'intermédiaire d'entités hybrides. Ils cherchent maintenant à mettre leurs traités à jour en conséquence; le Canada est peut-être l'un des rares partenaires importants des É.-U. dont le traité doit être mis à jour à cet égard. Le Canada voudra peut-être mettre également à jour le traité pour refléter le rapport de l'OCDE de 1999, *L'Application du Modèle de Convention fiscale de l'OCDE aux Sociétés de personnes*. Il est fort probable qu'un protocole entre les deux pays soit signé à tout moment et qu'il traite de ce problème et d'autres questions.

Le traité Canada/É.-U. est silencieux sur la question de savoir si un associé a droit aux avantages prévus par celui-ci pour le revenu ou le gain provenant d'une société de personnes; par contre, l'ARC étend généralement la portée des avantages prévus par le traité à un associé en fonction de sa participation, en se fondant sur son statut de résidence. On s'attend à ce que les avantages prévus par le traité Canada/É.-U. soient étendus, conformément

aux modèles de convention de l'OCDE et des É.-U., à une société de personnes non hybride en faisant en sorte que celle-ci soit réputée être un résident de l'État contractant si son revenu est assujéti à l'impôt dans ce pays à titre de revenu d'un résident (l'associé ou la société de personnes). Ce critère est semblable à celui prévu par le traité Canada/É.-U. concernant les fiducies et il devrait s'appliquer, peu importe que l'entité reçoive ou non un revenu de source canadienne ou américaine.

Deux changements importants proposés au traité É.-U./Espagne concernant le revenu ou le gain provenant d'une entité hybride sont en quelque sorte représentatifs des changements à venir dans les autres traités conclus par les É.-U. La définition du mot « *person* » comprend une « LLC » ou autre entité, peu importe l'endroit où elle est constituée, considérée comme une société de personnes ou comme une entité ignorée aux fins fiscales fédérales américaines. De plus, conformément au critère d'assujettissement à l'impôt (« *subject to tax* ») sur le revenu provenant d'une société de personnes, d'une succession ou d'une fiducie, le revenu qui passe par une « LLC » ou une autre entité définie comme une personne est considéré comme un revenu gagné par un résident des É.-U., s'il est imposé à titre de revenu d'un résident des É.-U. Si des changements semblables sont apportés au traité Canada/É.-U., on s'attend généralement à ce que le Canada étende la portée des avantages du traité aux « LLC » servant de « conduit » (considérées comme des sociétés de personnes ou des entités ignorées) au titre du revenu et du gain de source canadienne, si la « LLC » est détenue par des résidents américains. P. ex., si 50 % du revenu d'une « LLC » était attribué à des détenteurs qui résident aux É.-U., les avantages prévus par le traité canadien s'appliqueraient à la moitié du revenu ou du gain de source canadienne de la « LLC ». Il n'est pas encore clair si une « LLC » aura droit au taux moins élevé de retenue d'impôt de 5 % sur les dividendes reçus directement : le critère de détention du résident de 10 % s'applique-t-il au membre de la « LLC » ou à la « LLC » elle-même ? Dans ce dernier cas, la « LLC » est-elle considérée comme une société par actions ?

Il est également probable que le Canada élargira l'application des avantages du traité à une personne étrangère, telle une société des îles Caïmans détenue par des résidents des É.-U. et qui est considérée comme une entité ignorée aux fins fiscales américaines. Le Canada pourrait vouloir limiter les avantages du traité à des entités hybrides étrangères de pays avec lesquels il a conclu un accord exhaustif visant l'échange de renseignements. Le Canada élargira fort probablement la portée des avantages du traité à une fiducie américaine dite « *grantor* » (une fiducie dont l'auteur est un résident des É.-U. et qui est assujéti à l'impôt sur le revenu de la fiducie, sans toutefois être un bénéficiaire de celle-ci). Il est prévu que le Canada n'accordera pas les avantages du traité à une société de personnes constituée au Canada

qui reçoit un revenu de source canadienne et qui a choisi, selon les règles américaines de détermination, d'être imposée comme une société par actions; comme le revenu de source canadienne n'est pas imposé au niveau de la société de personnes ou au niveau de l'associé, la société de personnes n'est pas une entité ignorée (« conduit ») pour ses associés résidents américains. L'ARC reconnaît le droit aux avantages du traité actuel pour ces entités hybrides inversées. L'ARC devrait confirmer sa position de longue date visant à étendre les avantages du traité aux sociétés américaines dites « *S corporations* ». La « LLC », ou autre entité, fournira probablement à toute personne agissant au titre de mandataire pour la retenue d'impôt les renseignements relatifs à la classification de l'entité aux fins fiscales américaines et à ses propriétaires.

Paul L. Barnicke et Phyllis R. Roy
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

RS&DE ET SOUS-TRAITANCE

Une société peut embaucher du personnel à temps partiel par l'entremise d'agences de placement spécialisées ou encore confier certaines fonctions en sous-traitance à des tiers pour avoir accès à des effectifs possédant des compétences particulières, soit à temps partiel, soit pour un projet particulier. De tels arrangements sont courants dans le secteur des technologies de l'information et dans les entreprises qui réalisent de grands projets d'ingénierie. Lors d'un colloque sur la RS&DE organisé par l'Association de planification fiscale et financière (APFF) à Montréal le 16 mars 2006, des représentants de l'ARC ont énoncé la politique administrative de l'ARC sur la RS&DE et les contrats avec des agences de placement et des organisations semblables. Il est essentiel de comprendre la politique de l'ARC pour évaluer l'incidence possible d'une demande particulière relative à la RS&DE et la nécessité d'élaborer différentes stratégies concernant les sous-traitants.

Une société qui fait appel à des travailleurs provenant d'une agence de placement pour ses projets de RS&DE peut-elle inclure les frais de cette main-d'œuvre dans ses demandes relatives à la RS&DE ? La réponse à cette question est complexe et dépend des circonstances – p. ex., si le contribuable utilise la méthode traditionnelle ou la méthode de remplacement pour déduire ses frais généraux. Si le contribuable utilise la méthode traditionnelle, alors le coût du personnel embauché par l'entremise d'une agence de placement et qui exerce des activités de RS&DE admissibles peut être déduit soit à titre de dépense attribuable en totalité, ou presque à la RS&DE, soit à titre de frais généraux. Selon la méthode de remplacement, seul un nombre limité de types de dépenses peut être déduit. Les dépenses afférentes à un contrat de RS&DE peuvent être déduites, mais non celles d'un contrat de services; l'ARC précise qu'un contrat type

conclu entre un contribuable et une agence de placement ne relève pas de la RS&DE et il ne peut donc ouvrir droit à des déductions. Cependant, l'ARC a pour politique administrative de tenir compte du temps consacré à la RS&D par chaque contractuel, et elle est prête à accepter les paiements faits à un tiers pour une personne qui fournit des services et qui consacre la totalité, ou presque de son temps à exercer des activités de RS&DE admissibles au cours de l'exercice. Dans la politique de l'ARC, l'expression « la totalité, ou presque » s'entend de plus de 90 % du temps, même si certains jugements ont fixé un seuil plus bas.

L'ARC a fourni deux exemples lors du colloque de l'APFF. Dans l'un d'eux, une agence de placement avait fourni à une entreprise les services de 25 personnes qui consacraient la totalité, ou presque de leur temps à la RS&DE; tous les coûts afférents étaient considérés comme étant rattachés à des contrats de RS&DE. Dans un autre exemple, un contribuable qui utilisait la méthode de remplacement avait confié des travaux de TI en sous-traitance à un cabinet de consultants. Le contrat visait 50 personnes. Trente d'entre elles qui avaient consacré la totalité, ou presque de leur temps à des activités de RS&DE généraient des frais admissibles. Les 20 autres avaient consacré 60 % de leur temps à la RS&DE; leurs coûts n'étaient pas considérés comme étant admissibles à titre de frais de RS&DE selon la méthode de remplacement, même si les coûts relatifs à 60 % de leur temps étaient admissibles à titre de frais généraux s'ils étaient déduits selon la méthode traditionnelle.

L'annonce de l'ARC contient trois leçons importantes : 1) même si la législation vise à encourager les contribuables canadiens à exercer des activités de RS&DE, il ne suffit pas que le travail effectué par la personne soit admissible : l'entente contractuelle conclue avec cette personne doit s'inscrire dans le cadre de la législation; 2) le choix de la méthode pour déduire les frais généraux peut être crucial; 3) si le contribuable utilise la méthode de remplacement pour déduire les frais généraux, il est important de s'assurer que les contrats de RS&DE sont libellés de façon appropriée et montrent que les contribuables concluent des contrats de RS&DE et non des contrats de service.

Kenneth J. Murray
Deloitte & Touche LLP, Toronto

Albert De Luca
Deloitte & Touche s.r.l., Montréal

DROITS ANNUELS POUR LES « LLC » EN CALIFORNIE

Une décision récente d'un tribunal de la Californie dans *Northwest Energetic Services LLC c. Franchise Tax Board* (n° CGC 05-437721 (Superior Court, du comté de

San Francisco, 3 mars 2006)) a conclu que les droits annuels imposés à une « *limited liability company* » (« LLC ») de cet État violaient les « *commerce and due process clauses* » de la Constitution américaine. Cette décision peut générer des remboursements de droits payés par les « LLC » d'États autres que la Californie, incluant les « LLC » détenues par des Canadiens.

Les droits applicables à une « LLC », levés en vertu de l'article 17942 du *California Revenue and Tax Code*, s'appliquent à une « LLC » exploitant une entreprise en Californie ou qui est enregistrée auprès du *California Secretary of State*, peu importe qu'elle exploite effectivement ou non une entreprise dans cet État. Les droits applicables à une « LLC » sont calculés sur le revenu total de cette dernière : les droits minimums annuels s'établissent à 800 \$US et les droits maximums, à 11 790 \$US (pour une « LLC » ayant un revenu total de 5 millions \$US ou plus).

Northwest Energetic Services « LLC », un distributeur d'explosifs, avait des places d'affaires dans les États de Washington et de l'Oregon et était enregistrée auprès du *California Secretary of State* pour faire des affaires dans cet État, mais elle n'y exerçait aucune autre activité. Northwest Energetic a demandé un remboursement des droits payés relatifs aux « LLC » et a intenté une poursuite pour obtenir un remboursement. Au procès, la *San Francisco Superior Court* a conclu que les droits en question violaient les « *process and commerce clauses* » parce qu'ils n'étaient pas attribués adéquatement à la Californie, Northwest Energetic n'y exerçant pas d'activités. Pour le tribunal, une « LLC » dans plusieurs États aurait à faire face à une imposition multiple si chaque État imposait des droits semblables fondés sur le revenu total de la « LLC ». Cette décision ne constitue pas un précédent et elle ne lie que le *California Franchise Tax Board and State Board of Equalization* et uniquement Northwest Energetic; la Californie peut en appeler de cette décision et pour le moment, elle n'est pas tenue de rembourser à d'autres contribuables les droits applicables aux « LLC ».

Les « LLC » devraient continuer de payer les droits qui leur sont applicables tout en envisageant le dépôt d'une demande de protection de remboursement pour les années d'imposition non prescrites en Californie, compte tenu du délai de prescription de quatre ans prévu pour toute demande de remboursement. À la lumière de l'arrêt *Northwest*, l'administration fiscale de la Californie a récemment rendu publiques des lignes directrices sur les procédures de protection pour les contribuables qui ont déjà payé des droits relatifs aux « LLC ».

Jeffrey Brown
KPMG LLP, Toronto

Angela Huang
KPMG LLP, Vancouver

INVERSION DE SOCIÉTÉS — MISE À JOUR

Les règles fiscales sur les inversions de sociétés, adoptées aux États-Unis en 2004, ont une incidence sur un grand nombre d'opérations transfrontalières, dont les placements de titres de fonds de revenu canadiens conjugués à des acquisitions de sociétés cibles américaines, et les transferts par des Canadiens de certains biens situés aux États-Unis à des sociétés de portefeuille canadiennes pour éviter les droits successoraux américains. Trois propositions récentes clarifient et modifient ces règles. 1) Des règlements temporaires, rendu publics le 27 décembre 2005 et s'appliquant à compter du 4 mars 2003, précisent certains aspects importants de ces nouvelles règles, notamment en ce qui concerne les actions détenues par des sociétés affiliées, ce qui constitue une mise en garde relative aux opérations sur actions échangeables. 2) D'autres règlements à venir préciseront l'exception au titre des « *substantial business activities* » et les modalités d'application des règles sur l'inversion aux sociétés de personnes étrangères. 3) Des propositions législatives prévoient à la fois un resserrement des règles sur l'inversion et un allègement à l'égard d'acquisitions par des Canadiens de certaines sociétés américaines non cotées.

Il peut y avoir inversion de sociétés lorsqu'une entité canadienne, ou une autre entité non américaine, acquiert la presque totalité des titres de capitaux propres ou des actifs d'une société ou d'une société de personnes américaine et que, à la suite de l'opération, les anciens détenteurs de titres de capitaux propres de la société cible possèdent 60 % ou plus des actions de l'acquéreur non américain. (Si l'acquéreur non américain en possède 80 % ou plus, il est considéré comme une société américaine.) Les règles sur l'inversion ne s'appliquent pas si l'acquéreur non américain exerce des activités commerciales significatives dans son pays. Pour déterminer si le niveau de propriété postérieur à l'acquisition est atteint, les actions détenues par des membres du groupe élargi de sociétés affiliées (GEA), qui comprend l'acquéreur non américain et les actions de l'acquéreur non américain vendues dans le cadre d'un appel public à l'épargne lié à l'acquisition, ne sont pas prises en compte. Cette dernière exclusion est particulièrement importante dans la structuration de placements de titres de fonds de revenu canadiens comprenant des acquisitions de sociétés cibles américaines.

1) Les nouveaux règlements temporaires visent principalement les actions détenues par des membres du GEA, groupe formé par l'acquéreur non américain et toutes les sociétés qui lui sont rattachées dans une chaîne de plus de 50 % des droits de propriété. Les règlements visent à empêcher l'utilisation abusive de la règle sur les actions détenues par des affiliés au moyen d'actions dites

« *hook stock* » (actions de l'acquéreur non américain qui sont détenues par une entité dont il détient, directement ou indirectement, 50 % ou plus des actions) : les actions détenues par des sociétés affiliées sont exclues du calcul de la fraction déterminant le pourcentage de propriété des actions.

Les règlements précisent également que certaines restructurations légitimes à l'intérieur d'un groupe ne sont pas visées par les règles sur l'inversion – à savoir certaines opérations effectuées dans le cadre d'une restructuration interne d'un groupe et mettant en cause une entité américaine, et certaines acquisitions d'entreprises entre parties non liées lorsque les anciens actionnaires ou associés de l'entité américaine détiennent une participation minoritaire dans les biens acquis après l'acquisition. Le préambule des règlements fait aussi mention de futures lignes directrices sur au moins huit autres aspects des inversions, et met en garde les parties intéressées que l'IRS pourrait se servir de son pouvoir pour publier des règlements visant à contrer les abus auxquels, à son avis, certaines structures pourraient donner lieu, y compris les structures faisant appel à des actions échangeables et à des intermédiaires.

2) Plus récemment, un représentant de l'IRS, s'adressant à la *Federal Bar Association* à Washington, a reconnu le vaste pouvoir de publier des règlements que la loi confère à l'IRS, et a indiqué que les prochains règlements prévoient comment on détermine si un groupe de sociétés exerce des activités commerciales significatives dans son pays. Il a souligné que le critère proposé pourrait s'inspirer de l'article sur la limitation des avantages que l'on trouve dans de nombreux traités fiscaux signés récemment par les États-Unis, notamment le traité avec les Pays-Bas. Le représentant a également indiqué que les nouveaux règlements limiteront les tentatives d'éviter les règles sur l'inversion par le recours à une société de personnes étrangère pour agir comme acquéreur non américain : certains contribuables sont d'avis que la mention d'entités étrangères dans les règles ne couvre pas les sociétés de personnes étrangères, qui ne sont pas des entités imposables.

3) Les dispositions législatives soumises au Sénat américain en novembre 2005, et qui sont en ce moment à l'étude par la commission mixte de la Chambre et du Sénat, proposent d'importantes modifications aux règles sur l'inversion. Les propositions a) rendent l'application des règles rétroactive aux opérations réalisées après le 20 mars 2002 (actuellement le 4 mars 2003); b) ramènent de 60 % à 50 % le seuil pour qu'il y ait inversion; c) augmentent les pénalités potentielles pour inexactitude et erreur sur la valeur brute pour les contribuables liés à la cible américaine; d) éliminent le seuil emprunts-capitaux propres d'application générale dans la mise en œuvre des règles relatives au dépouillement des intérêts pour les contribuables liés à la cible américaine;

e) ramènent de 50 % à 25 % le seuil relatif à la déduction d'intérêts excédentaires. Ces modifications pourront élargir les perspectives de façon à cibler un plus grand nombre d'acquisitions de sociétés américaines par des entités étrangères. La proposition exclut toutefois l'acquisition d'une société américaine si aucune de ses actions n'a été négociée sur le marché à quelque moment au cours des quatre années prenant fin à la date d'acquisition – une modification qui sera bien accueillie dans le cas des placements de titres par des fonds de revenu canadiens comprenant notamment des acquisitions de sociétés américaines.

Jessica S. Wiltse

Hodgson Russ LLP, Buffalo

SERVICES CONSEILS EN INFORMATIQUE

Dans son budget du 21 février 2006, la Colombie-Britannique a annoncé qu'après cette date, les services conseils en informatique seraient exonérés de la taxe de 7 % sur les services sociaux. Auparavant, les services conseils en informatique comme l'installation, la réinstallation, la configuration, l'éradication des virus, la réparation, la restauration, ou l'apport de mesures correctives étaient assujettis à la taxe, tel qu'il était indiqué dans le *Bulletin SST 040*, « *Computer Hardware, Software and Related Services* » du *Ministry of Small Business and Revenue*. Ce bulletin a été révisé pour tenir compte de ce changement.

La nouvelle exemption vise à stimuler la compétitivité par la réduction des coûts de service, ce qui encourage les entreprises et les utilisateurs à domicile à entretenir adéquatement leurs systèmes informatiques pour en assurer l'efficacité et la sécurité. L'exemption libère les petites entreprises qui fournissent des services informatiques de la lourde tâche de déterminer si la taxe s'applique. Dans le régime précédent, les services informatiques n'étaient pas tous taxables, et certains – comme des modifications personnalisées de logiciels – étaient admissibles à l'exemption. La taxe s'applique toujours aux services pour lesquels le prix d'achat est devenu payable ou a été payé avant la date de prise d'effet. Ce changement n'influe pas sur l'achat de logiciel, qui demeure entièrement taxable sauf s'il est admissible à titre de logiciel personnalisé ou modifié. Les services rattachés au matériel informatique demeurent également assujettis à la taxe.

L'Ontario continue de taxer les services logiciels, même si elle a récemment pris certaines mesures pour alléger le fardeau que la taxe impose aux entreprises et aux consommateurs. Le 1^{er} avril 2006, l'Ontario a lancé un

projet pilote, appelé *Simplification du calcul de la TVD pour les services logiciels*, pour les petites entreprises dont le chiffre d'affaire annuel total est inférieur à 400 000 \$. Selon ce projet, les entreprises inscrites peuvent appliquer un taux réduit (6 %) à tous les services logiciels faisant partie d'une vente de services logiciels taxables et non taxables. Le taux habituel de 8 % (et non le taux réduit) s'applique à une vente qui ne comprend que des services logiciels taxables. La nouvelle exemption de la Colombie-Britannique va plus loin et vise à stimuler la compétitivité tout en allégeant le fardeau administratif des petites entreprises.

Robert G. Kreklewitz et Simon Thang
Millar Kreklewitz LLP, Toronto

LE CONTRÔLE À NOUVEAU DÉCORTIQUÉ

Le récent arrêt *Sedona Networks* (2006 TCC 80) porte sur la règle de l'« actionnaire hypothétique » aux fins de la définition de société privée sous contrôle canadien (SPCC) du paragraphe 125(7). La CCI a analysé ces dispositions complexes et parfois confuses, et a maintenu le refus du ministre d'accepter la demande de crédits d'impôt remboursables du contribuable parce qu'il n'était pas une SPCC tout au long de l'année.

Sedona avait deux « groupes » d'actionnaires, dont chacun détenait près de la moitié des actions : un groupe de résidents canadiens qui n'étaient pas des sociétés publiques ou qui n'étaient pas contrôlés par des sociétés publiques, et un groupe (les actionnaires non admissibles) composé de non-résidents, de sociétés publiques et de sociétés contrôlées par des non-résidents et des sociétés publiques. Sedona avait-elle été une SPCC tout au long de son année d'imposition 1999 ? Deux éléments étaient essentiels pour déterminer si Sedona était contrôlée par des non-résidents et des sociétés publiques, à savoir la propriété de certaines des actions privilégiées avec droit de vote de Sedona par une filiale en propriété exclusive (X Co) détenue par une institution financière cotée en bourse (Pubco) – un actionnaire non admissible – et une entente concernant la capacité de vote rattachée à ces actions. Certaines options d'achat d'actions de Sedona et une convention des actionnaires étaient également en cause.

Une société est généralement une SPCC sauf si ses actions sont cotées à une bourse de valeurs visée par règlement ou si elle est contrôlée par des actionnaires non admissibles. À cette fin, l'alinéa 125(7)b) de la définition de SPCC – adopté pour faire échec à la décision *Silicon Graphics* (2002 DTC 7112 (CAF)) – exige le regroupement hypothétique de tous les actionnaires non admissibles en une seule personne pour déterminer

le contrôle. Ces actionnaires peuvent de fait agir ou non ensemble pour exercer le contrôle, ou en réalité avoir quelque relation que ce soit.

Contrôle de droit. Les tribunaux ont de façon répétée retenu l'approche « *de jure* » dégagée dans *Buckerfield's* (64 DTC 5301 (Ex. Ct.)) pour déterminer le contrôle, une approche validée implicitement par le législateur avec l'ajout de la règle sur le contrôle de fait au paragraphe 256(5.1) pour des fins d'association. Le libellé de la définition de SPCC ne contient pas l'expression « contrôlée directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit » (présente au paragraphe 256(5.1)), de sorte que l'approche du contrôle de fait n'était pas applicable. X Co, un actionnaire non admissible, avait convenu de céder le pouvoir de voter rattaché à ses actions de Sedona à un gestionnaire de placement indépendant (Manageco), qui détenait les actions dans un portefeuille de titres de technologie. Le contribuable faisait valoir que l'entente était une convention unanime d'actionnaires (CUA) qui dépouillait le conseil d'administration de X Co du droit de vote rattaché aux actions de Sedona, ce qui, dans les faits, éliminait son pouvoir de vote rattaché aux actions. Ce pouvoir devait être exercé par Manageco, qui n'était ni un non-résident ni une société publique. Le tribunal a facilement écarté l'entente qu'elle jugeait non pertinente, citant *Duha Printers* (98 DTC 6334 (CSC)) à l'appui et précisant *Alroy* (76 DTC 6220 (CF, div. 1^{re} inst.)). L'entente était une entente privée entre un actionnaire et un tiers, et elle n'avait donc aucune pertinence dans la détermination du contrôle de Sedona. L'entente entre X Co et Manageco n'était pas un acte constitutif ni une CUA de l'actionnaire de Sedona aux fins de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA), parce qu'elle n'enlevait pas aux administrateurs de X Co les pouvoirs de gérer cette dernière; elle avait simplement pour effet de céder à un tiers le droit de gérer certains placements de X Co. La convention de gestion aurait pu être pertinente à la détermination du contrôle de fait, mais non du contrôle de droit. Le critère général pour le contrôle de droit a été énoncé par le juge Jackett dans *Buckerfield's* : l'actionnaire majoritaire exerce-t-il un « contrôle effectif » sur « les affaires et les destinées » de la société qui se traduit par le fait de « détenir un nombre d'actions tel qu'il confère la majorité des voix à leur détenteur dans l'élection du conseil d'administration » ? Dans *Duha Printers*, la CSC avait conclu que la détermination du « contrôle effectif » doit tenir compte de toute restriction précise ou particulière du pouvoir de l'actionnaire majoritaire de contrôler l'élection du conseil ou du pouvoir du conseil de gérer l'entreprise et les affaires internes de la société conformément aux actes constitutifs ou à une CUA.

Options. Le tribunal a conclu qu'il n'avait pas à déterminer si certaines options avaient été octroyées à un actionnaire non-résident en 1999. L'alinéa 251(5)b)

prévoit que la personne qui détient une option « est réputée occuper la même position relativement au contrôle ... que si elle était propriétaire des actions », mais que l'option ne confère pas la propriété des actions à l'actionnaire. La propriété des actions est obligatoire aux fins de la définition de SPCC. Par ailleurs, selon le critère du contrôle de fait aux fins des règles d'association, il y a propriété réputée. Ainsi, même si le non-résident était propriétaire des options, il n'était pas propriétaire des actions, et les actions visées par l'option ne pouvaient pas être considérées comme une participation non admissible. Une distinction subtile qui laisse présager un changement législatif.

CUA ? En vertu d'une entente de vote, tous les actionnaires de Sedona avaient apparemment accepté de voter pour élire un nombre égal d'administrateurs résidents et non-résidents. Le contribuable faisait valoir que cette entente avait pour effet d'enlever aux actionnaires non admissibles le droit de contrôler le conseil d'administration. La CCI a rapidement conclu que même si tous les actionnaires avaient conclu une telle entente, celle-ci n'était pas une CUA, telle qu'elle est définie dans la LCSA parce qu'elle ne limitait pas le pouvoir des administrateurs de gérer les affaires de Sedona. La CCI a indiqué que le fait de consentir à voter pour un groupe particulier d'administrateurs ne revient pas à limiter le pouvoir des administrateurs de gérer la société.

Dans *Duha Printers*, la CSC a dit qu'aux fins de la LCSA, une CUA peut être prise en considération pour déterminer le contrôle de la société. La LCSA a des exigences précises relativement aux CUA; d'autres lois régissant les sociétés au Canada peuvent avoir des exigences différentes. Un article à venir portera sur les dispositions sur les CUA de diverses lois sur les sociétés au Canada.

John Jakolev et Graham Turner
Jet Capital Services Limited, Toronto

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Chine

Le 16 mars 2006, un avis de l'administration fiscale de Chine a précisé le sens des expressions « *business* » et « *preparatory or auxiliary* » dans l'article sur l'ES contenu dans les traités conclus par la Chine, conformément aux commentaires de la convention modèle de l'OCDE.

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.