

ARTICLE 160 : RETARD INDU DE L'ARC

Dans *Addison & Leyen Ltd.* (2006 CAF 107), la Cour d'appel fédérale (CAF) a conclu qu'un contribuable pouvait demander la révision judiciaire par la Cour fédérale de la conduite de l'ARC dans le contexte de l'émission d'une cotisation en vertu de l'article 160. Si la CSC maintient la décision en appel, les contribuables disposeront d'un nouveau moyen potentiellement puissant pour contester les cotisations émises en vertu de l'article 160.

En termes généraux, l'article 160 permet à l'ARC de percevoir la dette fiscale d'un débiteur auprès d'une deuxième personne si: 1) les parties ont entre elles un lien de dépendance; 2) le débiteur fiscal a transféré un bien à la deuxième personne en contrepartie d'une valeur inférieure à la JVM de ce bien; et 3) le débiteur fiscal a une obligation fiscale impayée pour l'année durant laquelle le transfert a eu lieu, ou pour une année antérieure. Le débiteur fiscal et la deuxième personne sont donc solidairement tenus d'acquitter la dette fiscale (à concurrence de la JVM du bien transféré, déduction faite de la valeur de toute contrepartie donnée).

Dans *Addison*, les contribuables, qui étaient actionnaires et administrateurs, avaient liquidé la plupart des actifs de York Beverages (1968) Ltd. et ils avaient réparti le produit entre eux—sous la forme de dividendes, remboursements d'emprunts, jetons de présence et indemnités de retraite—avant le 30 septembre 1989 (date de la fin d'exercice de la société), mais en laissant suffisamment de liquidités dans l'entreprise pour qu'elle puisse acquitter son impôt estimatif à payer de 1989. Les contribuables avaient démissionné comme administrateurs et le nouvel administrateur, un représentant d'une société non liée, Senergy Inc., avait fait en sorte que York fasse l'acquisition de données

sismiques dans l'espoir d'éliminer l'impôt à payer de York pour 1989. Les actions de York avaient alors été vendues le 28 septembre 1989 à Senergy; les contribuables étaient donc toujours actionnaires de York et ils étaient liés à cette société au moment de l'achat des données sismiques.

En 1992, York avait reçu une nouvelle cotisation pour un total de 3,2 millions de dollars en impôt et pénalité relativement à l'achat des données sismiques; York avait produit un avis d'opposition en 1993. Selon l'ARC, les données sismiques avaient été surévaluées. (Le Ministre n'avait pas répondu à l'opposition et York n'avait pris aucune autre mesure pour en appeler de la nouvelle cotisation même au moment de l'audition devant la CAF en 2006.) Le dossier était demeuré inactif jusqu'en 1997, quand l'ARC avait réalisé qu'elle n'avait pas déterminé si elle pouvait percevoir la dette fiscale auprès de York; au milieu de 1998, l'ARC avait conclu qu'elle ne pouvait pas le faire. À la fin de 1998 ou au début de 1999, l'ARC avait présenté des demandes d'information au sujet de York aux contribuables, qui n'avaient plus rien à voir avec York depuis sa vente à Senergy en 1989 et qui n'étaient pas au courant de la nouvelle cotisation de 1992. Les contribuables avaient répondu aux demandes, et l'ARC avait utilisé l'information obtenue pour retracer les distributions faites par York aux contribuables en 1989. L'ARC n'avait pas informé les contribuables de la situation de York que, selon une note versée au dossier de l'ARC, elle avait délibérément dissimulée pour faciliter la perception de la dette auprès des contribuables. En février 2001, environ 12 ans après la vente de York par les contribuables et 9 ans après l'émission de la nouvelle cotisation à York pour la dette fiscale, l'ARC avait émis des avis de cotisations en vertu de l'article 160 aux contribuables. À ce moment, à cause des intérêts courus, la dette fiscale de York totalisait 6,7 millions de dollars comparativement au montant initial de 3,2 millions de dollars.

Les contribuables ont présenté à la Cour fédérale une demande de révision judiciaire des cotisations émises en vertu de l'article 160, alléguant qu'elles devraient être annulées pour des motifs comme le retard, l'iniquité et l'abus de procédure. La Cour fédérale, division de 1^{re} instance a rejeté la demande au motif que le recours demandé n'était pas de son ressort. En appel, les juges de la CAF étaient majoritairement en désaccord : l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit seulement que la Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre les demandes de révision judiciaire pour une question pouvant faire l'objet d'un appel devant la CCI « dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel ». La majorité a noté que dans un appel en matière d'impôt sur le revenu, la CCI n'évalue que si la cotisation est correcte; elle ne tient pas compte du délai déraisonnable ou d'une autre conduite inappropriée de la part de l'ARC (sauf pour l'application de la Charte des droits et libertés aux éléments de preuve),

Dans ce numéro

Article 160 : Retard indu de l'ARC	1
La coopérative néerlandaise	2
Stratégies d'harmonisation de la TPS	3
Divulgaration non volontaire	4
TPS et paiement de règlement	5
Dunne débouté	6
Modifications fiscales dans l'état de New York	6
RGAÉ et conversion des frais d'intérêt	7
Droits successoraux américains et biens immeubles aux É.-U.	8
L'IGS toujours pertinent	9
Fiducies de revenu à vendre	10
Actualités fiscales étrangères	11

parce que ces sujets ne sont pas pertinents à la détermination du montant exact d'impôt à payer.

Le tribunal a noté qu'une cotisation en vertu de l'article 160 est émise à la discrétion du Ministre, discrétion qui n'est limitée par aucun délai de prescription. La règle crée donc un mécanisme de cotisation potentiellement illimité contre lequel le contribuable ne peut plaider ni la diligence raisonnable ni l'absence de contrôle ou de connaissance des affaires du débiteur principal. Compte tenu de l'étendue de la discrétion du Ministre, du fait que l'article 160 est principalement un outil de perception et non de cotisation et du pouvoir limité de la CCI pour superviser le Ministre lors d'une cotisation émise en vertu de l'article 160, la majorité a accueilli l'appel des contribuables. Le tribunal a conclu que l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'était pas suffisamment explicite pour priver un contribuable du droit de demander le contrôle judiciaire de l'exercice par le Ministre de son pouvoir discrétionnaire dans l'émission d'une cotisation en vertu de l'article 160.

La minorité a exprimé une forte dissidence. Le retard du Ministre à émettre une cotisation en vertu de l'article 160 n'était pas révisable en Cour fédérale: le paragraphe 160(2) permet expressément au Ministre d'établir une cotisation « en tout temps », une indication claire que le législateur voulait que les cotisations émises en vertu de l'article 160 ne puissent être contestées sur la base du délai. Tout en reconnaissant que le résultat semble draconien en l'espèce, le juge minoritaire a laissé entendre que la portée excessive de l'article 160 est une question qui relève exclusivement du législateur, ou peut-être, dans la mesure où il existe, du pouvoir discrétionnaire du Ministre en ce qui a trait aux intérêts et à la pénalité. La CSC doit entendre l'appel le 24 mai 2007. Le juge Rothstein de la CAF, dissident, a depuis été nommé à la CSC et il devra se retirer de l'audition de l'appel.

Mark Lavitt

Thorsteinssons LLP, Vancouver

LA COOPÉRATIVE NÉERLANDAISE

Depuis fort longtemps, les Pays-Bas présentent un intérêt particulier pour l'établissement de sociétés de portefeuille, de financement et de redevances. Une nouvelle entité, la coopérative néerlandaise (en néerlandais, *coöperatie*), a fait son apparition à la suite des modifications apportées aux pratiques en matière de décision anticipée, qui avaient temporairement refroidi l'intérêt pour les Pays-Bas.

Pour attirer les entités de portefeuille ou de financement internationales, les Pays-Bas ont offert de nombreux avantages, dont des conventions fiscales exhaustives et avantageuses, l'exonération pour participation, l'absence de retenues d'impôt sur les intérêts et les redevances, et une administration fiscale

coopérante. En 2001, les pratiques favorables en matière de décision anticipée ont été modifiées en réaction aux pressions venant de l'extérieur. (Voir « Sociétés des Pays-Bas », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, mai 2001.) Les multinationales ont commencé à s'intéresser de plus près à d'autres pays, comme le Luxembourg.

Les Pays-Bas ont déployé des efforts considérables pour trouver une façon d'attirer à nouveau les intérêts étrangers. Les droits de constitution de société ont été abolis en 2006, et la réforme de l'impôt sur le revenu des sociétés néerlandaises de 2007, entre autres, a simplifié les règles relatives à l'exonération pour participation et à la déductibilité des intérêts. Cependant, la retenue d'impôt néerlandaise sur les dividendes demeurait un obstacle. Dans une annonce faite en 2005, le ministre des Finances avait promis l'abandon éventuel de la retenue d'impôt sur les dividendes, mais la réforme fiscale de 2007 a uniquement réduit le taux de base, qui est passé de 25 % à 15 %. Un taux de 15 % – voire de 5 % – est généralement possible en vertu des conventions fiscales, et la réforme n'a donc pas réussi à éliminer cet obstacle à une localisation aux Pays-Bas.

Une solution s'est matérialisée sous la forme de la coopérative, désormais largement utilisée dans les structures internationales. Les principaux avantages de la coopérative néerlandaise résident dans l'accès qu'elle offre à l'exonération pour participation et l'absence de retenue d'impôt sur les dividendes lors des distributions de profits. À l'heure actuelle, la loi de l'impôt sur les dividendes néerlandaise (« *Dutch Dividend Tax Act* ») ne s'applique pas aux distributions effectuées par la coopérative. En interposant une coopérative néerlandaise, on élimine ainsi la nécessité d'autres stratégies de sortie comme l'installation en aval de la structure d'une société de portefeuille à Chypre, en Hongrie ou au Luxembourg.

Les coopératives se sont développées vers le milieu du 18^e siècle afin de permettre aux fermiers de se regrouper pour acheter et vendre des produits. La coopérative a été reconnue dans la loi néerlandaise en 1876 comme un type d'association; en 1988, elle est devenue une entité juridique distincte.

Une coopérative est une association, établie par acte notarié. Ses statuts doivent affirmer que l'objet de la coopérative est de répondre à certains besoins économiques de ses membres. Une coopérative doit compter au moins deux membres. Les membres de la coopérative ne sont pas responsables des dettes de celle-ci au cours de son existence, et leur responsabilité conjointe en cas de dissolution ou de faillite peut être expressément exclue, en totalité ou en partie, dans les statuts de constitution. Étant donné la souplesse de la coopérative, ses statuts peuvent être rédigés de telle sorte qu'elle s'apparente soit à une société, soit à une société de personnes aux fins étrangères. La coopérative n'exige pas un capital minimum; les apports de capital sont imputés au compte de capital des membres, et les profits sont répartis entre les membres en fonction de leur apport.

Une coopérative est considérée comme un contribuable distinct aux fins de l'impôt sur le revenu des sociétés néerlandais et, en conséquence, elle est assujettie au taux d'imposition de base des sociétés de 25,5 %. La coopérative peut demander l'exonération pour participation à l'encontre des bénéficiaires qu'elle tire de ses filiales. On peut aussi utiliser la coopérative dans la structuration d'un financement néerlandais. Pour diminuer les risques que des administrations fiscales étrangères puissent voir la nature de l'entité différemment, il peut être utile, dans certaines circonstances, de créer une double structure néerlandaise avec une coopérative qui détient une société néerlandaise.

En novembre 2006, l'ARC a annoncé qu'elle étudiait la question de savoir si une coopérative néerlandaise serait considérée comme une société. Dans une décision anticipée (2006-0208571R3), l'ARC a conclu que la coopérative néerlandaise analysée pouvait être considérée comme une société aux fins de l'impôt sur le revenu canadien. La décision reposait sur le fait que la coopérative était caractérisée aux Pays-Bas comme une entité juridique distincte et que son conseil d'administration avait le pouvoir d'engager et de lier juridiquement la coopérative. Les statuts de la coopérative prévoyaient que : 1) sa constitution avait une durée indéterminée; 2) l'admission des membres et la transmission des parts de membre devaient être soumises à l'approbation des membres; 3) les membres avaient chacun un droit de vote et le nombre total de votes était établi en proportion des comptes de capital; 4) les membres devaient avoir des comptes de capital distincts dont le remboursement était soumis à l'approbation de l'ensemble des membres; 5) les profits revenaient à l'entité qui pouvait les conserver à moins que les membres n'aient voté en faveur de leur distribution; 6) le conseil d'administration avait le pouvoir de représenter la coopérative; et 7) les membres étaient complètement exonérés de toute responsabilité pour toute dette ou perte de la coopérative. Même si cette décision ne confère pas le statut de société à toutes les coopératives, elle permet à une société mère canadienne de structurer une coopérative comme une société et d'éviter ainsi la retenue d'impôt néerlandaise.

Albert Baker et Guido Biemold
Deloitte & Touche LLP, Vancouver

STRATÉGIES D'HARMONISATION DE LA TPS

Le ministère des Finances a toujours eu pour objectif d'harmoniser les taxes de vente, même avant l'instauration de la TPS en 1991. Outre les taxes de vente harmonisées des trois provinces Atlantiques (achetées au prix d'un incitatif fédéral ponctuel de 1 milliard de dollars) et le mouvement partiel du Québec en vue de

l'instauration d'une taxe harmonisée, cet objectif n'est toujours pas atteint.

De récents murmures émanant du ministère des Finances laissent croire à une nouvelle initiative de sa part de ramener dans le giron de la TPS les cinq provinces restantes qui lèvent une taxe de vente au détail, à savoir l'Ontario, la Colombie-Britannique, la Saskatchewan, le Manitoba et l'Île-du-Prince-Édouard. Le document *Avantage Canada* de 2006 suggère de « renforcer l'union économique [...] et encourager les provinces à aller de l'avant avec l'harmonisation de leurs taxes de vente avec la TPS ». Ce thème a été repris dans le budget de mars 2007 avec l'engagement du gouvernement fédéral qui « veillera à l'instauration d'un régime d'imposition des sociétés plus concurrentiel [notamment en favorisant l'harmonisation] [...] éliminant ainsi la taxe de vente au détail sur les intrants et les biens d'équipement ». En plus de générer des gains en matière d'efficacité économique et d'encourager la croissance de l'investissement, l'harmonisation réduit la complexité pour les consommateurs et diminue les coûts de l'observation pour les entreprises et les coûts de la perception pour les gouvernements.

Théoriquement, la TVD provinciale est une taxe directe levée sur le consommateur, mais, en pratique, 40 % des recettes de la TVD proviennent des entreprises. La comparaison du fardeau de la TVD sur le capital avec le fardeau de l'impôt sur le revenu des sociétés met en lumière l'importance de l'harmonisation pour rendre le régime canadien d'imposition des sociétés plus efficace et plus favorable à l'investissement. Pour chaque province qui lève une TVD, le tableau montre l'effet de ces deux types d'impôt sur le taux effectif marginal d'imposition (TEMI) sur l'investissement, selon des prévisions préparées pour 2011. Le TEMI représente la mesure la plus exhaustive des effets positifs de la fiscalité sur l'investissement. Le tableau affiche un résultat surprenant. En moyenne,

Effet sur le TEMI de l'harmonisation comparativement à l'élimination de l'impôt sur le revenu de sociétés, 2011^a

	Scénario de base TEMI, %	Effet sur le TEMI (points de pourcentage)		Ratio de l'effet (harmonisation/ réduction IRS), %
		Harmonisation TPS-TVP	Élimination IRS provincial	
Colombie-Britannique	32,9	-8,1	-8,4	95,8
Saskatchewan ^b	28,0	-4,9	-8,3	58,7
Manitoba.	33,1	-8,7	-9,6	90,5
Ontario	36,0	-9,1	-8,7	104,2
Île-du-Prince-Édouard ^c	31,3	-19,3	-13,6	141,8
Canada (total).	31,1	-5,5	-5,5	100,6

^a À l'exclusion des ressources, services financiers et biens de RS&DE. ^b Le crédit d'impôt à l'investissement destiné à compenser le fardeau de la TVD sur l'investissement a été éliminé. ^c Les crédits d'impôt à l'investissement importants influent sur l'harmonisation. Source : Canada, ministère des Finances, communication avec l'auteur.

L'harmonisation de la TVD des cinq provinces réduit leur TEMI tout autant que l'élimination de leur impôt sur le revenu des sociétés. En effet, l'un ou l'autre changement fiscal entraîne une réduction du TEMI global du Canada sur l'investissement de 5,5 points de pourcentage (plus de quatre fois l'incidence de l'élimination des taxes sur le capital provinciales restantes). En Ontario seulement, l'harmonisation abaisserait le TEMI du pays de 4,1 points de pourcentage. En bref, l'harmonisation des taxes de vente allège le fardeau fiscal du Canada sur le capital et le fait passer de l'un des plus élevés au monde à un niveau plus favorable à l'investissement.

En dépit des importants gains économiques découlant de l'harmonisation et malgré les meilleures intentions du ministère des Finances, personne n'a encore produit de guide ou de stratégie sur la façon d'atteindre l'objectif visé. Le talon d'Achille de l'harmonisation demeure la visibilité de l'important transfert du fardeau fiscal de l'entreprise au consommateur. Les économistes Michael Smart et Richard Bird l'ont établi à 6,2 milliards de dollars en 2002, égal à environ 7,5 milliards de dollars en 2007. En Ontario seulement, il s'établit à près de 5 milliards de dollars annuellement. Le gouvernement fédéral ne dispose pas de 7,5 milliards de dollars annuellement pour encourager l'harmonisation. Il faut élaborer d'autres mécanismes pour enclencher la réforme, en tirant parti des stimulants fiscaux et de la souplesse du fédéral ainsi que de l'ingéniosité des politiques provinciales.

■ Comme point de départ, la réforme devrait s'inspirer du modèle de la taxe de vente du Québec (TVQ), selon lequel chaque province harmonisée continue de fixer son propre taux et son assiette de la taxe. Contrairement au régime de la TPS, qui offre aux entreprises des crédits de taxe sur intrants (CTI) complets pour compenser la taxe payée sur le capital et d'autres intrants, le régime de la TVQ ne prévoit que des CTI partiels, ce qui réduit le transfert visible du fardeau fiscal de l'entreprise au consommateur. L'ARC pourrait conclure un accord de perception dans lequel elle obligerait la province à offrir initialement des CTI d'au moins 70 % (qui passeraient à 100 % sur plusieurs années) sur les achats d'immobilisations par les entreprises et des crédits d'au moins 50 % sur les achats d'intrants intermédiaires. Ce modèle met l'accent sur une réduction du fardeau de la taxe sur le capital par rapport aux autres coûts d'exploitation.

■ Le gouvernement fédéral pourrait rembourser aux provinces harmonisées l'impôt sur le revenu des sociétés additionnel découlant de la réduction de leurs déductions au titre de la taxe de vente sur les intrants. Ce remboursement, ajouté aux CTI partiels, se traduirait par une réduction substantielle de la taxe refilée aux consommateurs et, en définitive, par un allègement du fardeau de la taxe sur l'investissement. Le budget fédéral de 2007 offre aux provinces un remboursement semblable pour les inciter à éliminer leur taxe sur le capital.

■ Si les provinces harmonisées augmentaient jusqu'à deux points de pourcentage leur taux d'impôt sur le

revenu des sociétés pour compenser la perte de leurs recettes, l'effet net au titre du TEMI sur la fiscalité des entreprises se traduirait toujours par une efficacité beaucoup plus grande que ce serait le cas sans l'harmonisation. La récupération des recettes perdues au titre de l'impôt des sociétés rendrait le processus politiquement plus acceptable pour les consommateurs-électeurs.

■ Il pourrait s'avérer nécessaire d'apporter des changements au traitement réservé aux maisons neuves dans le régime de la TPS. À l'heure actuelle, la TPS s'applique au coût de construction total, incluant la valeur du terrain, tandis que la taxe de vente provinciale ne vise que les matériaux et non la main-d'oeuvre sur place ou le terrain. Une taxe harmonisée de 13 % ou 14 % sur le coût total des maisons et des condos neufs serait politiquement problématique. En effet, c'est en Ontario et en Colombie-Britannique, les deux provinces les plus hostiles à l'harmonisation, que l'exclusion de la valeur du terrain de l'assiette de la taxe se traduit par l'allègement le plus important.

■ Comme dans le modèle québécois, les provinces harmonisées devraient pouvoir s'écarter de l'assiette de la TPS fédérale. Dans un régime de taxe harmonisée, certaines provinces voudront peut-être maintenir les exonérations actuelles de la taxe de vente, comme c'est le cas des livres et des repas en Colombie-Britannique. D'autres souhaiteront peut-être exonérer les dépenses de réparations et d'entretien résidentiels, un secteur où l'évasion de la TPS est déjà présente; essayer d'appliquer des taux harmonisés plus élevés pourrait, quoi qu'il en soit, s'avérer futile.

■ Devancer la deuxième réduction de la TPS prévue par le gouvernement pour 2011 pourrait faciliter le processus d'harmonisation. La réduction de 1 % pourrait ménager un espace pour une augmentation de 0,5 % dans les provinces harmonisées, qui pourraient ainsi disposer annuellement de 2 milliards de dollars pour atténuer l'effet du transfert du fardeau de la taxe de l'entreprise au consommateur. Les consommateurs-électeurs dans les provinces harmonisées bénéficieraient encore d'une réduction nette de 0,5 % de la taxe de vente totale; toutes les autres provinces bénéficieraient d'une réduction complète de 1 %.

Jonathan R. Kesselman

Simon Fraser University, Vancouver

DIVULGATION NON VOLONTAIRE

Dans *L'Heureux* (2006 CF 1180), la CAF a récemment conclu qu'un décideur de l'ARC en était arrivé à une conclusion raisonnable quand il avait rejeté la demande de divulgation volontaire d'un contribuable qui avait omis de déclarer un revenu de consultation de son principal client : la demande avait été présentée après que l'ARC eût entrepris une vérification de ce client.

Le programme de divulgation volontaire de l'ARC vise à donner aux contribuables la possibilité de corriger le défaut de déclaration d'un revenu imposable dans des déclarations antérieures sans que des intérêts et pénalités soient calculés en vertu de la Loi et d'autres lois fiscales canadiennes. La législation habilitante ne contient aucune exigence précise, si ce n'est que « le ministre peut, à tout moment, renoncer à toute ou partie de quelque pénalité ou intérêt payable par ailleurs ». Le paragraphe 6 de la *Circulaire d'information* 00-1R, « Programme des divulgations volontaires » énumère quatre conditions pour qu'une divulgation soit valide, incluant l'obligation pour le contribuable de prendre l'initiative de la divulgation. Une divulgation n'est donc pas considérée volontaire si le contribuable l'a faite parce qu'il était au courant d'une vérification, d'une enquête ou d'une autre mesure d'exécution de l'ARC.

Dans *L'Heureux*, le contribuable, M. L., était consultant et il conseillait une société cliente (Canco) au sujet de ses dépenses de RS&DE depuis septembre 2001. Le 13 avril 2004, Canco a reçu un avis de l'ARC selon lequel la société « allait faire l'objet d'une vérification financière et scientifique concernant la demande de RS&DE ». Jusqu'au 24 mai 2004, l'ARC a examiné les registres comptables de Canco, rencontré les comptables de l'entreprise ainsi que M. L. en sa qualité de consultant auprès de Canco et demandé d'autres informations des comptables de Canco, incluant des chèques payés à M. L. Le 28 mai 2004, M. L. a produit une demande de divulgation volontaire au sujet du revenu non déclaré, incluant le revenu provenant de Canco. Il prétendait que cette divulgation volontaire avait été faite en son nom par son comptable, à qui il avait demandé « dès l'hiver 2004 » de « régulariser » cette situation et non à cause de l'examen par l'ARC de la demande de crédit au titre de la RS&DE de Canco.

Le Chef des appels du Bureau des services fiscaux de Montréal avait rejeté la demande, et M. L. avait demandé la révision judiciaire de cette décision. La Cour fédérale a indiqué que la norme de contrôle applicable pour sa révision de la décision de l'ARC se limitait à son caractère raisonnable. Le tribunal a cité l'extrait suivant de l'arrêt de la CSC dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan* ([2003] 1 RCS 427) : « Selon la norme de la décision déraisonnable, la Cour ne doit en aucun moment se demander ce qu'aurait été la décision correcte [...] [une] décision peut satisfaire à la norme du raisonnable si elle est fondée sur une explication défendable, même si elle n'est pas convaincante aux yeux de la cour de révision. » À la lumière des faits dans *L'Heureux*, la Cour fédérale a conclu comme suit : « La notion de « vérification » au sens de l'article 6(a) de la circulaire ne peut être restreinte à un examen direct et immédiat de la déclaration d'impôt ou des états financiers d'un individu, mais s'étend à une vérification d'un tiers lorsqu'il est raisonnable de croire [...] que le but et l'impact de cette vérification étaient suffisamment reliés à l'objet de la divulgation, dans ce cas, les revenus du demandeur. » Selon le tribunal, le décideur de l'ARC, à partir des éléments de

preuve qu'il avait devant lui, pouvait raisonnablement inférer que cette divulgation n'était pas volontaire parce que M. L. avait présenté sa demande en sachant que la vérification par l'ARC de la demande de crédit au titre de la RS&DE de Canco était en cours.

Jim Yager

KPMG LLP, Toronto

TPS ET PAIEMENT DE RÈGLEMENT

L'article 182 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA) prévoit que certains montants payés par suite de l'inexécution d'un contrat sont assujettis à la TPS. En pratique, les personnes qui négocient les règlements négligent fréquemment cette règle, ce qui avantage la personne en défaut mais crée un manque à gagner pour celui qui reçoit le paiement. L'arrêt *Mi Sask Industries Ltd.* (2007 CCI 73) est un exemple typique à cet égard.

Mi Sask avait conclu un contrat avec la ville de Medicine Hat pour construire des traverses de pipelines sur certaines voies d'eau en Alberta, fournissant des services assujettis à la TPS. Selon le contrat, la ville devait obtenir une assurance pour la construction. Or, la ville n'avait pas obtenu d'assurance responsabilité civile, mais avait plutôt choisi de s'auto-assurer. Comme des dommages avaient été subis pendant la construction, Mi Sask avait poursuivi la ville directement pour être indemnisée. Le règlement final obligeait la ville à verser 200 000 \$ à Mi Sask. Apparemment, on n'avait pas discuté de l'application de la TPS. L'ARC avait subséquemment émis un avis de cotisation à Mi Sask pour un montant de 13 084,11 \$ – $\frac{7}{107}$ du montant brut du règlement – au motif que la règle déterminative de l'article 182 s'appliquait dans son cas.

La règle prévoit essentiellement que les montants versés par un acquéreur à un fournisseur par suite de l'inexécution, de la modification ou de la résiliation d'une convention sont réputés être des montants où la TPS est incluse si la fourniture sous-jacente est taxable. Certaines conditions doivent être réunies pour que la règle s'applique : 1) il doit y avoir une convention portant sur une fourniture taxable (non détaxée); 2) il y a une inexécution, modification ou résiliation de la convention après 1991; 3) un montant est payé par l'acquéreur au fournisseur inscrit ou fait l'objet d'une renonciation en sa faveur; et 4) le montant n'est pas une contrepartie de la fourniture. Selon l'alinéa 182(1)a) de la LTA, le fournisseur est réputé avoir fait une fourniture correspondant à $\frac{100}{107}$ du montant payé ou ayant fait l'objet de la renonciation, et ce montant est réputé inclure la TPS égale à $\frac{7}{107}$ du montant. Selon l'alinéa 182(1)b), celui qui reçoit le paiement est réputé avoir perçu la TPS, qui doit être remise; la personne qui effectue le paiement est réputée avoir payé la TPS sur la contrepartie réputée et elle peut demander un crédit de taxe sur intrants du même montant.

Dans *Mi Sask*, les conditions de l'article 182 étaient réunies : il y avait une convention préalable portant sur une fourniture taxable, il y avait eu inexécution de la convention par l'acquéreur et la ville avait versé à Mi Sask un montant qui ne représentait pas une contrepartie de la fourniture. La CCI a conclu que les 200 000 \$ payés à Mi Sask étaient réputés inclure la TPS de 13 084,11 \$ ($7/107 \times 200\,000$ \$), que Mi Sask était tenue de remettre.

L'article 182 risque de prendre les parties au dépourvu. Mi Sask a reçu 13 084,11 \$ de moins que ce qui avait été négocié. Par ailleurs, la ville n'a déboursé en réalité que 186 915,89 \$ du règlement puisqu'elle a demandé un crédit de taxe sur intrants de 13 084,11 \$ pour la TPS qu'elle était réputée avoir payée. Pour ajouter l'insulte à l'injure, si la ville avait obtenu l'assurance auprès d'un tiers comme le prévoyait le contrat, le paiement à Mi Sask n'aurait pas été assujéti à la TPS car le paiement ou la réception d'un montant en règlement d'une demande d'indemnité en vertu d'une police d'assurance est exonéré de la TPS. L'arrêt *Mi Sask* sert à rappeler que l'application de la TPS devrait être expressément discutée lors de la négociation d'un règlement. Habituellement, le fournisseur en défaut devrait s'assurer que le montant du paiement en règlement des dommages est majoré pour inclure la TPS réputée.

W. Jack Millar

Millar Kreklewetz LLP, Toronto

DUNNE DÉBOUTÉ

Dans *Dunne c. Québec (Sous-ministre du revenu)* (2007 CSC 19), en appel de la Cour d'appel du Québec, la CSC a conclu que la *Loi sur les impôts du Québec* n'était pas *ultra vires* du pouvoir de taxation provincial prévu à l'article 92(2) de la *Loi constitutionnelle*. Les associés retraités non québécois qui se trouvent dans des situations semblables et qui reçoivent des allocations de retraite de cabinets professionnels canadiens en exercice au Québec pourraient avoir à réévaluer les positions prises dans leurs déclarations de revenus antérieures du Québec.

Dunne, un résident de l'Ontario, a été un membre actif d'une société de personnes de comptables canadienne jusqu'en 1994, date à laquelle il a commencé à recevoir des prestations de retraite de la société de personnes. En 1997, Revenu Québec a déterminé que 20 % de ce revenu de retraite était imposable au Québec, pour tenir compte du revenu de la société de personnes attribué au Québec pour cette année. Dunne, qui ne résidait pas au Québec et qui n'y exploitait pas d'entreprise, prétendait qu'il n'avait reçu aucun revenu d'entreprise provenant du Québec; il a porté la cotisation en appel et contesté la constitutionnalité des dispositions d'imposition du Québec.

En 2003, la Cour du Québec a annulé la cotisation, concluant que Dunne était réputé être un associé du cabinet de comptables agréés qui exploitait une entreprise au Québec, mais uniquement à des fins limitées. Un

règlement de la *Loi sur les impôts du Québec* prévoyait que le revenu d'un particulier était réputé avoir été gagné en totalité à l'extérieur du Québec si le particulier n'avait pas d'établissement au Québec; la cour a décidé qu'en l'absence d'une disposition déterminative stipulant que l'établissement de la société de personnes était celui de Dunne, son revenu était réputé avoir été gagné à l'extérieur du Québec. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision.

La CSC a précisé que, selon le contrat, il était clair que l'allocation payée à Dunne comme associé retraité représentait une participation dans les bénéfices de la société de personnes et ce, même si l'allocation avait peut-être pour objet de constituer une contrepartie pour des services passés et pour la conclusion d'une clause de non-concurrence. Le contrat de société définissait les bénéfices nets de la société de personnes comme les bénéfices bruts moins, entre autres choses, les allocations de retraite. Si les bénéfices bruts étaient insuffisants, les allocations de retraite aux anciens associés pouvaient être réduites proportionnellement. Les paiements étaient également plafonnés à 15 % des bénéfices bruts et ils pouvaient être réduits proportionnellement en fonction de ce plafond. Le contrat de société prévoyait que l'allocation de retraite versée constituait une part des bénéfices de la société de personnes aux fins fiscales. Les dispositions déterminatives des articles 608, 609 et 612.1 de la *Loi sur les impôts du Québec* servaient à déterminer la part du revenu de Dunne qui pouvait être attribuée aux activités exercées par la société au Québec et qui y étaient imposables, et ces dispositions n'avaient pas pour effet d'étendre indûment la portée du pouvoir de taxation de la province.

John Jakolev et Graham Turner

Jet Capital Services Limited, Toronto

MODIFICATIONS FISCALES DANS L'ÉTAT DE NEW YORK

Le projet de loi entérinant le budget déposé par l'État de New York pour 2007-2008, adopté le 1^{er} avril 2007, prévoit plusieurs modifications qui risquent d'influer sur les sociétés canadiennes qui y font des affaires.

■ Le nouveau projet de loi nous rapproche de plus en plus du moment où l'État de New York adoptera la déclaration combinée unique obligatoire pour les sociétés. Essentiellement, il y a une entreprise unique (« *unitary business* ») si un ou plusieurs membres d'un groupe d'entités affiliées mettent en commun leurs efforts dans une entreprise commune. Dans une déclaration de revenus combinée, un groupe de sociétés affiliées exploitant une entreprise unique fait rapport des résultats de l'entreprise à entités multiples comme s'il s'agissait d'une seule unité économique. Par le passé, l'État de New York n'exigeait d'une société qu'elle produise une

déclaration combinée que si les trois conditions suivantes étaient réunies : 1) les membres affiliés du groupe détenaient les actions du groupe en commun; 2) une entreprise unique existait; 3) la production de déclarations distinctes par entité aurait entraîné une distorsion dans l'impôt déclaré. On présumait qu'il y avait distorsion lors de la conclusion d'opérations importantes entre membres affiliés du groupe : au moins 50 % des charges ou des rentrées découlaient de ces activités. Les opérations pertinentes comprenaient la vente ou l'achat de biens ou la prestation de services à d'autres membres du groupe, ou la fabrication de biens pour ceux-ci; le financement d'autres membres du groupe; l'utilisation en commun d'installations et de salariés. Un contribuable pouvait réfuter la présomption de distorsion en démontrant que les opérations étaient des opérations de pleine concurrence.

Les nouvelles dispositions législatives exigent la production d'une déclaration combinée dès qu'il y a des opérations intersociétés importantes, qu'elles soient ou non conclues sans lien de dépendance. Les sociétés étrangères telles les entités canadiennes ne peuvent être tenues de produire des déclarations combinées avec des sociétés américaines, mais elles peuvent toujours être imposées dans l'État de New York comme des entités distinctes. Les sociétés affiliées américaines d'une société mère canadienne peuvent être tenues de produire une déclaration combinée.

■ Le projet de loi budgétaire réduit également les taux d'imposition des sociétés pour les années d'imposition commençant après 2006. Le taux d'imposition général des sociétés est ramené de 7,5 % à 7,1 %; le taux de l'impôt minimum de remplacement des sociétés passe de 2,5 % à 1,5 %. Pour les années d'imposition commençant après le 30 janvier 2007, un taux d'imposition des sociétés préférentiel de 6,5 % s'applique à un fabricant admissible de l'État de New York tel qu'il est défini, y compris un fabricant ayant dans cet État un bien admissible au crédit d'impôt à l'investissement et un montant de base ajusté d'au moins 1 M\$, ou dont tous les biens immeubles et les biens corporels sont situés dans l'État de New York et sont utilisés principalement (pour plus de 50 %) dans la fabrication. Le budget accélère en outre le passage d'une formule de répartition à trois facteurs (rentées de fonds, biens et salaires) à une formule à facteur unique (rentées de fonds) pour les années commençant après 2006. Pour attirer des emplois et des investissements, de nombreux États ont adopté la méthode à facteur unique, qui a pour effet de réduire le montant attribué aux États où les principales activités de l'entreprise sont à prédominance de main-d'œuvre et de capital.

Jeffrey Brown et Barry Nussbaum
KPMG LLP, Toronto

RGAE ET CONVERSION DES FRAIS D'INTÉRÊT

La CAF a récemment confirmé le jugement de la CCI dans *Lipson* (2007 CAF 113) selon lequel la RGAÉ s'appliquait à une série d'opérations visant à convertir des intérêts hypothécaires non déductibles en intérêts déductibles sur un emprunt contracté aux fins de l'acquisition d'actions. La CAF est d'accord avec l'analyse de la CCI, qui repose essentiellement sur les notions d'objet et de réalité économiques.

En avril 1994, M. L, le contribuable, et M^{me} L, son épouse, avaient décidé d'acheter une résidence personnelle de 750 000 \$. Dans le cadre de la stratégie fiscale du couple, M^{me} L avait emprunté 560 000 \$ à la banque en août 1994 et elle avait fourni à la banque un billet à ordre portant intérêt et payable sur demande. Elle avait ensuite utilisé les fonds ainsi obtenus pour acheter les actions que détenait M. L dans une entreprise familiale. M. L avait viré les fonds dans le compte en fidéicommiss de l'avocat responsable de l'achat de la maison. En septembre 1994, M. et M^{me} L avaient contracté un autre emprunt bancaire de 560 000 \$ (l'emprunt de remplacement), garanti par une hypothèque sur la nouvelle maison; les fonds avaient servi au remboursement de l'emprunt bancaire de M^{me} L. M. L n'avait pas fait le choix prévu au paragraphe 73(1) : même si M^{me} L avait acheté les actions de M. L à la juste valeur marchande, le transfert était réputé avoir été effectué au prix de base rajusté pour lui, et M. L n'avait réalisé ni gain ni perte lors de la vente. Tout revenu ou perte de M^{me} L sur les actions avait été attribué à M. L en vertu des paragraphes 74.1(1) et 74.2(1).

LARC a émis un avis de nouvelle cotisation à M. L pour ses années d'imposition 1994, 1995 et 1996 refusant la déduction d'environ 105 000 \$ de frais d'intérêt sur l'emprunt de remplacement. La CCI a conclu que l'objet de la série d'opérations était de rendre ces intérêts déductibles, puisque les intérêts sur l'argent emprunté pour l'achat d'une maison n'étaient pas déductibles. Les opérations avaient donc entraîné un abus des dispositions de l'alinéa 20(1)c) et du paragraphe 20(3). La CCI a également conclu que la mise en œuvre de cette stratégie avait entraîné un abus des dispositions du paragraphe 73(1) et de l'article 74.1.

M. L faisait valoir que la CCI avait erré en important de façon inappropriée les notions d'objet et de réalité économiques dans l'analyse de la RGAÉ et en qualifiant de nouveau les opérations en cause. Selon lui, la CCI avait effectué l'analyse de l'abus en se fondant sur le fait que les emprunts avaient servi à l'achat d'une maison plutôt que sur les opérations telles qu'elles s'étaient véritablement déroulées et sur les liens juridiques qui avaient été créés. Le contribuable a cité *Singleton* ([2001] 2 RCS 1046), *Shell Canada* ([1999] 3 RCS 622) et *Canadian Pacific* (99 DTC 5132 (CAF)) : « Nous devons rejeter toute analyse fondée sur le par. 245(4) qui tient entièrement à la

« raison d'être » considérée indépendamment de l'interprétation correcte des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou du contexte factuel pertinent d'une affaire » (*Hypothèques Trustco Canada* ([2005] 2 RCS 601, cité au paragraphe 30 de *Lipson*).

Selon M. L, la première chose à faire quand on analyse une situation d'abus consiste à interpréter l'objet, l'esprit et le but des dispositions qui donnent lieu à l'avantage fiscal. Puis, on doit déterminer si les opérations, telles qu'elles se sont véritablement déroulées, sont conformes ou non à l'objet, à l'esprit et au but des dispositions; selon M. L, la CCI a erré en fondant son analyse sur l'objet global des opérations plutôt que sur les opérations réelles et les liens juridiques qu'elles ont créés.

La CAF convient avec M. L que sans tenir compte de l'objet global dégagé par la CCI et en examinant l'objet, l'esprit et le but des dispositions ayant donné lieu à l'avantage fiscal, il était difficile de conclure à l'abus de ces dispositions. Cependant, la CAF a indiqué que la CCI était justifiée de considérer les opérations comme un tout et d'accorder une importance considérable à leur objet dans l'analyse de l'abus. La CCI a conclu que, dans les faits, les opérations faisaient partie d'une série d'opérations dont l'objet était de rendre les intérêts hypothécaires déductibles.

La CAF a fait remarquer que tant le paragraphe 245(2) que l'alinéa 245(3)a) font mention d'une « série d'opérations »; dans *Hypothèques Trustco Canada*, la CSC avait confirmé que la « série d'opérations » renvoie aux opérations « déterminées d'avance de manière à produire un résultat donné alors qu'il n'existait aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produiraient pas dans l'ordre envisagé ».

La CAF a également noté que le paragraphe 248(10) élargit la signification de « série d'opérations » de façon à ce qu'elle comprenne des opérations ou des événements liés qui se produisent en prévision de la série. Par conséquent, selon la CAF, si un avantage fiscal découle d'une série d'opérations, la série devient pertinente pour déterminer si toute opération qui en fait partie constitue un abus des dispositions applicables. La CAF a confirmé le jugement de la CCI selon lequel M. L s'était engagé dans un évitement fiscal abusif.

Malheureusement, dans *Lipson* et dans d'autres causes depuis les arrêts de 2005 de la CSC dans *Hypothèques Trustco Canada* et *Mathew* ([2005] 2 RCS 643), on ne semble pas donner suite à l'objectif de la CSC d'interpréter la Loi de façon uniforme, prévisible et équitable. Apparemment, dans l'interprétation de la RGAÉ, on n'a pas encore atteint un équilibre entre la prévention de l'évitement fiscal abusif et le maintien de la certitude du droit fiscal pour permettre aux contribuables de gérer leurs affaires intelligemment. Le contribuable a demandé la permission d'en appeler du jugement de la CAF devant la CSC. Il est à souhaiter que la CSC acceptera d'entendre l'appel et fournira d'autres précisions.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

DROITS SUCCESSORAUX AMÉRICAINS ET BIENS IMMEUBLES AUX É.-U.

De nombreux Canadiens cherchent à acquérir des propriétés de vacances ou des résidences secondaires aux États-Unis. La chaleur du climat, la beauté des sites et la rareté des ouragans rendent intéressants les immeubles situés aux États-Unis. Par contre, les propriétaires canadiens sont exposés aux droits successoraux américains. Avec une bonne planification, ces droits peuvent toutefois être complètement évités.

Un citoyen et résident canadien est assujéti aux droits successoraux américains sur ses actifs situés aux États-Unis au moment de son décès. En vertu du *Code*, une personne qui n'est ni un citoyen ni un résident des États-Unis a droit à un crédit de droits successoraux de 13 000 \$US; des actifs de 60 000 \$US situés aux États-Unis peuvent donc être légués en franchise de droits successoraux américains lors du décès de la personne. Le protocole de 1995 à la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis offre un allègement additionnel à un citoyen et résident canadien, à savoir un crédit de droits successoraux américains éventuel plus important qui exonère un montant correspondant à une fraction de l'exonération d'un citoyen américain équivalant au ratio de la valeur des actifs du Canadien situés aux États-Unis à la valeur de sa succession mondiale (l'exonération proportionnelle). L'exonération proportionnelle est déterminée par la multiplication de l'exonération de droits successoraux du citoyen américain (actuellement de 2 M\$) par une fraction dont le numérateur est la valeur des actifs situés aux États-Unis du défunt et le dénominateur, la valeur de ses actifs mondiaux.

$$\begin{aligned} & \text{Exonération de droits successoraux} \\ & \text{d'un citoyen américain} \quad \times \quad \frac{\text{Valeur des actifs situés aux} \\ & \text{États-Unis du défunt}}{\text{Valeur des actifs mondiaux du défunt}} \\ & = \text{Exonération proportionnelle} \end{aligned}$$

La convention prévoit en outre une exonération entre conjoints égale à l'exonération proportionnelle. Si un citoyen canadien décède à un moment où il détient, aux États-Unis, des actifs qu'il lègue à son conjoint d'une façon qui ouvrirait droit à la déduction entre conjoints américaine si le conjoint survivant était un citoyen américain, le montant de l'exonération est effectivement doublé. Dans certains cas, l'utilisation de l'exonération proportionnelle et de l'exonération entre conjoints a pour effet d'éliminer la totalité ou presque des droits successoraux américains au décès du citoyen canadien. Il peut quand même s'avérer nécessaire d'effectuer une planification successorale particulière pour minimiser l'imposition des actifs de la succession du conjoint survivant.

Supposons, p. ex., que M. et M^{me} C sont tous deux citoyens et résidents canadiens. M. C décède à un moment où il détient en Floride une maison d'une valeur de

1 M\$US, son seul actif situé aux États-Unis; sa succession mondiale totalise 10 M\$US. Son testament prévoit la création d'une fiducie de protection (« *credit shelter trust* »); les autres actifs sont légués directement à M^{me} C. L'exonération proportionnelle de M. C en vertu de la convention permet que 200 000 \$ d'actifs soient légués à M^{me} C en franchise de droits successoraux.

$$\begin{array}{r} 2 \text{ M\$ (exonération de} \\ \text{droits successoraux pour un} \\ \text{citoyen américain en 2007)} \end{array} \times \begin{array}{r} 1 \text{ M\$ (actifs situés aux États-Unis} \\ \text{de M. C)} \\ \hline 10 \text{ M\$ (patrimoine mondial de M. C)} \end{array}$$

Même si l'exonération de M. C peut être doublée et portée à 400 000 \$ en vertu de l'exonération entre conjoints prévue dans la convention, une tranche de 600 000 \$ de ses biens aux États-Unis reste exposée aux droits successoraux américains à un taux maximal de 45 %. De plus, si M^{me} C détient la totalité ou une partie du bien à son propre décès, il est probable qu'il sera assujéti aux droits successoraux américains dans sa succession.

Il est possible d'éviter les droits successoraux américains tant dans la succession de M. C que dans celle de M^{me} C par l'utilisation d'une fiducie de résidence (« *residence trust* »). On peut recourir à ce type de fiducie dans de nombreux cas, mais son efficacité est maximale dans le cas d'un couple marié. Par cette structure, on évite que les biens situés aux États-Unis soient inclus dans la succession de l'un ou l'autre conjoint aux fins des droits successoraux américains si des exigences précises sont respectées. Un des conjoints (le constituant) crée la fiducie de résidence et y contribue les fonds; ni l'un ni l'autre de ces événements n'est imposable aux fins de l'impôt américain sur les dons. Pour éviter que la fiducie de résidence ne soit incluse dans la succession du constituant, celui-ci ne peut être un bénéficiaire ou un fiduciaire. Ce sont plutôt le conjoint et les descendants du constituant qui peuvent être les bénéficiaires de la fiducie et le conjoint du constituant, le fiduciaire, dans la mesure où les distributions de revenu et de capital sont limitées par une norme identifiable. La fiducie achète alors les biens immeubles situés aux États-Unis avec les fonds que le constituant a versés à la fiducie. Il est essentiel que le contrat d'achat soit établi au nom de la fiducie et que les fonds nécessaires à la conclusion de l'opération proviennent d'un compte de la fiducie.

En leur qualité de bénéficiaires de la fiducie, le conjoint et les descendants du constituant peuvent utiliser les biens sans payer de loyer tout au long de leur vie. En vertu de certaines dispositions de la loi américaine, le constituant peut utiliser les biens sans payer de loyer de son vivant ou du vivant de son conjoint et il peut verser des fonds dans la fiducie pour acquitter les frais connexes. Au décès du constituant, les biens de la fiducie n'entrent pas dans sa succession aux fins des droits successoraux américains et ne sont pas inclus non plus dans la succession du conjoint au décès de ce dernier, même s'il est le fiduciaire, dans la mesure où les

distributions effectuées par la fiducie sont limitées par une norme identifiable. Si M. et M^{me} C avaient acheté la propriété de Floride par l'intermédiaire d'une fiducie de résidence, la valeur totale de 1 M\$ de ce bien aurait pu être transmise aux enfants libres de droits successoraux américains. Un montant de 270 000 \$ de droits successoraux américains aurait été économisé dans la succession de M. C, et des économies additionnelles auraient été réalisées dans la succession de M^{me} C. De plus, M. et M^{me} C auraient conservé les exonérations de droits successoraux américains et ils auraient pu les utiliser pour mettre à l'abri des droits tout autre actif situé aux États-Unis.

La fiducie de résidence met les biens détenus dans la fiducie à l'abri des créanciers et, si les biens sont conservés pendant plus d'un an, le taux d'imposition des gains en capital à long terme des États-Unis s'applique lors de la vente. À l'heure actuelle, ce taux est de 15 % au fédéral, en comparaison du taux d'imposition de 34 % des gains en capital sur les biens immeubles détenus par une société.

La fiducie de résidence comporte quelques inconvénients. Si le conjoint du constituant décède avant ce dernier, le constituant doit payer un loyer pour continuer d'utiliser le bien. De plus, si le constituant et son conjoint divorcent, le conjoint peut continuer d'utiliser le bien à l'exclusion du constituant. Néanmoins, la fiducie de résidence peut constituer, pour les citoyens et les résidents canadiens fortunés vivant en couple et qui envisagent d'acheter un ou des biens aux États-Unis, une façon efficace d'éviter complètement les droits successoraux américains sur les biens et de conserver les exonérations de droits successoraux américains.

Britta L. Lukomski

Hodgson Russ LLP, Buffalo

L'IGS TOUJOURS PERTINENT

L'impôt des grandes sociétés (IGS) fédéral a été éliminé pour toutes les sociétés après 2005. Malgré cela, l'IGS demeure pertinent pour le calcul des crédits de surtaxe inutilisés postérieurs ainsi que du plafond des affaires et du plafond des dépenses de RS&DE d'une SPCC. La définition de « grande société » demeure pertinente aussi à la lumière des exigences de déclaration et de remise, comme la production d'un avis d'opposition, le paiement de la moitié de l'impôt contesté en appel et l'opposition à un avis de cotisation. De plus, pour les années d'imposition se terminant après 2008, l'assiette de la taxe générale sur le capital de l'Ontario sera harmonisée avec l'IGS, ce qui exige le calcul de l'IGS aux fins de l'Ontario pour les années d'imposition se terminant après 2008 et jusqu'au 1^{er} juillet 2010, date où l'Ontario éliminera sa taxe générale sur le capital.

■ L'IGS n'était pas déductible lors du calcul du revenu aux fins de l'impôt sur le revenu, mais il était réduit de la

Tableau 1 Report rétrospectif de crédits de surtaxe inutilisés

Reportés à l'année où l'IGS a été payé ?	Crédits de surtaxe inutilisés de		
	2006	2007	2008
2003	Oui	Non	Non
2004	Oui	Oui	No
2005	Oui	Oui	Oui

partie de la surtaxe fédérale à payer correspondant à la « surtaxe canadienne payable » par la société. Tout solde de la surtaxe canadienne payable pouvait être porté en diminution de l'IGS pour les trois années précédentes (et, avant 2006, les sept années suivantes). Depuis l'année d'imposition 2004, les crédits de surtaxe inutilisés (généralement l'excédent de la surtaxe canadienne à payer de la société pour une année d'imposition sur son IGS pour cette année) doivent être calculés comme si un IGS théorique s'appliquait, avec un taux de l'IGS de 0,225 % et un abattement de capital de 10 M\$. Même si, après 2005, il n'est plus possible pour une société de reporter prospectivement les crédits de surtaxe inutilisés, elle peut toujours reporter rétrospectivement ces crédits, incluant tout crédit de 2006 et des années suivantes, en diminution de tout IGS à payer pour les trois années d'imposition précédentes. Ainsi, les crédits de surtaxe inutilisés peuvent être reportés rétrospectivement, tel qu'il est indiqué dans le tableau 1.

Les crédits de surtaxe inutilisés pour 2006, 2007 et 2008 peuvent donc réduire ou éliminer l'IGS à payer pour les trois années d'imposition précédentes. Après 2008, il n'est plus possible de reporter rétrospectivement tout crédit de surtaxe inutilisé.

■ Au fédéral, le plafond des affaires est majoré et le taux d'impôt des petites entreprises diminue (voir le tableau 2). Le plafond est réduit sur une base linéaire pour les SPCC qui, au cours de l'année précédente, avaient un capital imposable utilisé au Canada (pour le groupe de sociétés associées) se situant entre 10 M\$ et 15 M\$; à 15 M\$, le plafond est nul. Après 2003, la réduction est fondée sur le calcul d'un IGS théorique (comme ci-dessus, au taux de 0,225 % avec un plafond de taxe sur le capital de 10 M\$). Par conséquent, même si l'IGS est éliminé, une SPCC pourrait avoir encore à calculer un IGS théorique. La réduction du plafond des affaires s'applique à toutes les DPE provinciales et territoriales (sauf en Ontario, qui a sa propre récupération).

Tableau 2 Changements au plafond des affaires et au taux des petites entreprises

	De	À	Date de prise d'effet
Taux	12 %	11,5%	1 ^{er} janvier 2008
Taux	11,5%	11 %	1 ^{er} janvier 2009
Plafond	300 000 \$	400 000 \$	1 ^{er} janvier 2007

Tableau 3 Bonification du CII au titre de la RS&DE et des taux de remboursement pour une SPCC

	Taux du CII	Taux de remboursement
Dépenses admissibles annuelles		
À concurrence du plafond des dépenses	35 % des dépenses	100 % des CII au titre des dépenses courantes plus 40 % des CII au titre des dépenses en immobilisation et dépenses
En sus du plafond des dépenses	20 % des dépenses excédentaires	40 % des CII sur les dépenses excédentaires

■ On doit aussi calculer un IGS théorique pour déterminer les crédits d'impôt à l'investissement (CII) au titre de la RS&DE et les taux de remboursement bonifiés au fédéral. Le tableau 3 montre que, généralement, l'admissibilité d'une SPCC aux CII et aux taux de remboursement bonifiés est fonction du plafond de ses dépenses.

Pour déterminer le plafond des dépenses, le plafond maximum (2 M\$) est réduit d'un montant calculé pour l'année précédente pour le groupe de sociétés associées de la SPCC : la somme de 10 \$ pour chaque 1 \$ du revenu imposable qui excède 400 000 \$ à concurrence de 600 000 \$ (300 000 \$ à 500 000 \$ pour les années d'imposition se terminant avant 2007) et de 0,40 \$ pour chaque 1 \$ de l'excédent du capital imposable utilisé au Canada sur 10 M\$, à concurrence de 15 M\$. La réduction pour l'excédent du capital imposable sur 10 M\$ exige le calcul du plafond des affaires de la SPCC, qui est fondé sur son IGS théorique.

Louis Provenzano et Ruby Lim
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

FIDUCIES DE REVENU À VENDRE

Le 31 octobre 2006, le Canada comptait environ 170 fiducies de revenu cotées, structurées de façon à éviter l'imposition des profits d'entreprise sous-jacents au niveau de l'entité. L'annonce de changements importants à l'imposition des fiducies de revenu a entraîné une baisse rapide de leur valeur. La capitalisation boursière globale du marché des fiducies de revenu a chuté de 26 G\$ ou 13 % (certaines fiducies ont perdu jusqu'à 20 % de leur valeur), dans la première semaine de novembre 2006. La mobilisation de nouveaux capitaux est limitée, et le marché ne manifeste plus aucun intérêt pour les parts de ces fiducies : de nombreuses fiducies de revenu ont été privatisées et ont été vendues, principalement à des sociétés étrangères et des fonds d'actions privés. Des

articles de journaux rapportent que des opérations relatives aux fiducies de revenu pour une valeur totale de plus de 7 G\$ étaient en cours ou avaient été conclues entre le 31 octobre 2006 et le 16 avril 2007; quatorze autres fiducies de revenu d'entreprise, cinq fiducies de placement immobilier, deux fonds d'énergie et un fonds pétrolier et gazier envisageaient la vente.

Les premières fiducies de revenu détenaient des titres de créance et des actions d'une SCAN qui exploitait l'entreprise. Dans les structures mises en place par la suite, une fiducie de revenu était bénéficiaire d'une fiducie de portefeuille qui était l'associé commanditaire d'une société en commandite afin d'éviter l'impôt des sociétés. Certaines fiducies de revenu transfrontalières ayant des activités au Canada et aux États-Unis détenaient des actions d'une SCAN qui détenait une société « C » américaine qui exploitait l'entreprise américaine. Dans certains cas, la société « C » américaine détenait une société à responsabilité illimitée (SRI) de la Nouvelle-Écosse financée par un prêt obtenu de la fiducie de revenu; dans d'autres cas, la fiducie de revenu détenait des actions d'une société à responsabilité limitée (SRL) américaine qui investissait dans la société d'exploitation américaine ou qui détenait des actions et des titres de créance d'une SCAN qui détenait une SRL qui exploitait l'entreprise américaine.

L'acquisition de parts d'une fiducie de revenu cotée est soumise aux mêmes lois et règles que celles s'appliquant aux prises de contrôle de toute autre entité commerciale. Les lois sur les valeurs mobilières provinciales réglementent les prises de contrôle dans un contexte public – en exigeant, p. ex., qu'une offre officielle soit faite à tous les détenteurs de parts, offre qui prévoit une période d'acceptation de 35 jours et qui n'est assortie d'aucune condition de financement. Les règles et les politiques relatives aux opérations entre parties liées, aux opérations de retrait de la cote, aux offres publiques d'initiés et autres s'appliquent également. La déclaration de fiducie peut permettre l'acquisition ou le rachat forcé des parts restantes si au moins 90 % des parts sont acquises en vertu de l'offre officielle. Les détenteurs de parts peuvent modifier la déclaration de fiducie afin de permettre une cession forcée lorsque 66 $\frac{2}{3}$ % des parts ont été acquises; l'approbation de 66 $\frac{2}{3}$ % des détenteurs de parts peut être exigée.

La planification postérieure à l'acquisition dépend de la structure et du type d'acheteur, p. ex. un fonds d'actions étranger ou une société étrangère ou canadienne. Dans une structure de fiducie de revenu, de fiducie ou de société en commandite, la fiducie de revenu remet les titres de créance et de capitaux propres de la fiducie de portefeuille à l'acheteur en remboursement du capital, la fiducie de portefeuille remet ensuite sa participation dans la société en commandite à l'acheteur en remboursement du capital, et la société en commandite peut être dissoute. Un gain en capital lors du rachat peut être annulé par une perte en capital.

L'acquisition de l'entreprise de la fiducie de revenu peut entraîner l'achat des actifs de l'entité d'exploitation, des actions de l'entité d'exploitation, de la participation de la société en commandite qui exploite l'entreprise ainsi que l'achat de toute fiducie de portefeuille. Dans une opération négociée (non hostile), le prix d'achat peut être fixé de façon à entraîner des distributions précises par part aux détenteurs de parts plus une contribution déterminée aux frais d'opération de la fiducie de revenu, de sorte que l'acheteur acquiert toutes les activités aussitôt que possible. Les fiduciaires de la fiducie de revenu à ce moment auront vraisemblablement la responsabilité de liquider la fiducie de revenu et toute autre entité non acquise. L'approbation de 66 $\frac{2}{3}$ % des détenteurs de parts est requise.

Aux fins de l'impôt, le coût fiscal de chaque entité – y compris la fiducie de revenu, la société en commandite et la société – et de chacun des actifs sous-jacents doit être déterminé. Généralement, la fiducie est une cible attrayante parce que les actifs d'exploitation ont une valeur supérieure aux parts de la fiducie. L'acheteur cherche à minimiser les gains en capital lors de la liquidation de la structure et à majorer le coût fiscal des actifs, ce qui est possible si le coût fiscal des diverses entités est supérieur au coût fiscal des actifs sous-jacents et de l'entreprise.

La structuration d'une acquisition dépend en outre des règles fiscales auxquelles l'acheteur est soumis. Par exemple, certaines fiducies de revenu ont choisi d'être des sociétés américaines aux fins de l'impôt américain afin de réduire l'impôt pour les détenteurs de parts américains. Un fonds américain qui achète la fiducie de revenu peut souhaiter constituer une société au Luxembourg afin d'acquérir les parts de la fiducie et de faire le choix prévu à l'article 338(g) du *Code* pour éviter l'impôt américain sur la dissolution de la fiducie de revenu et majorer le coût fiscal des actifs de l'entreprise aux fins de l'impôt américain. La fiducie de portefeuille est ignorée aux fins de l'impôt américain. Un acheteur étranger peut utiliser une société étrangère ou canadienne (peut-être une SRI pour un acheteur américain) pour effectuer l'acquisition.

Jack Bernstein

Aird & Berlis LLP, Toronto

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Traités

Un nouveau traité **Canada/Mexique**, signé le 12 septembre 2006, est entré en vigueur le 18 avril 2007. Le premier traité **Pays-Bas/Émirats Arabes Unis**, signé le 8 mai 2007, reprend généralement les dispositions de la convention modèle de l'OCDE. En cas de conflit, la version anglaise du texte a préséance.

Commission européenne

La Commission européenne a demandé à neuf pays membres – la République Tchèque, le Danemark, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la Slovénie, l'Espagne et la Suède – de fournir des renseignements sur l'imposition discriminatoire des caisses de retraite.

OCDE

Les commentaires sur des changements proposés à un rapport de préférence sur l'application et l'interprétation de l'article 24 de la convention modèle (non-discrimination) de l'OCDE devraient être soumis au plus tard le 31 juillet 2007. Un rapport de référence a également été publié sur un commentaire révisé concernant l'article 7 (bénéfices des entreprises). Les bénéfices d'un ES sur la base d'une entité distincte sont déterminés au moyen d'une approche en deux étapes nécessitant une analyse fonctionnelle et factuelle et l'application de principes relatifs aux prix de transfert aux fonctions exercées, aux actifs utilisés et aux risques

assumés dans l'ES et le reste de l'entreprise. Les lois internes du pays où est situé l'ES déterminent la déductibilité des dépenses attribuées à l'ES. Plusieurs exceptions au principe de pleine concurrence dans le commentaire existant sont éliminées. Aucune déduction n'est permise pour les dettes internes et les sommes à recevoir, sauf pour les entreprises financières. Pour appuyer les fonctions, les actifs et les risques de l'ES, celui-ci a besoin d'un financement par capital libre et par emprunt portant intérêt; des approches différentes peuvent être utilisées pour attribuer le capital libre et obtenir des résultats de pleine concurrence. Un allègement pour la double imposition découlant de l'utilisation de différentes méthodes d'attribution du capital pourrait être disponible. Les commentaires devraient être envoyés d'ici le 15 juin 2007 à jeffrey.owens@oecd.org.

Vivien Morgan

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

© 2007, 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.