

## CRÉANCE INDEXÉE

L'ARC procède actuellement à l'examen de sa position administrative sur le traitement fiscal des créances indexées sur le cours d'une marchandise ou sur actions. En particulier, l'ARC propose d'utiliser les cours du marché secondaire pour déterminer les intérêts courus annuels pour un investisseur. La position administrative antérieure de l'ARC prévoyait que les intérêts courus annuels n'étaient pas requis parce que le montant maximum des intérêts payables pour une année d'imposition donnée ne pouvait être déterminé avant l'échéance.

En général, les créances indexées sur le cours d'une marchandise ou sur actions (billets indexés), incluant les billets où le principal est garanti, ne stipulent aucun taux d'intérêt pour toute année pendant laquelle elles sont détenues, bien que certains taux de rendement minimums puissent être garantis. Un investisseur touche finalement les intérêts à l'échéance à titre de prime, sur la base du montant du principal de la dette et de la plus-value de l'indice boursier ou de la marchandise.

Si un contribuable détient un intérêt dans un contrat de placement, les intérêts courus sont calculés et inclus dans son revenu le jour anniversaire du contrat, même s'il n'a peut-être pas reçu les fonds. De plus, les intérêts sont réputés courir pour le contribuable qui détient un droit sur une créance visée par règlement, ce qui comprend une créance à l'égard de laquelle le montant des intérêts payables en vertu des modalités de la créance dépend d'une condition devant être remplie après la fin de l'année. Toute prime en vertu d'une créance visée par règlement est considérée comme un intérêt payable à l'égard de la créance. Les intérêts réputés sur une créance visée par règlement correspondent au montant maximum des intérêts qui pourraient être payables à l'égard de cette créance.

Les billets indexés sont admissibles à titre de créances visées par règlement parce que le montant des intérêts

payables pour une année d'imposition dépend d'une condition devant être remplie après la fin de l'année. Par le passé, l'ARC n'exigeait pas l'inclusion dans le revenu des intérêts courus sur de tels billets : le montant maximum des intérêts payables pour une année d'imposition donnée ne pouvant être déterminé avant l'échéance du billet, faisant en sorte que l'investisseur n'incluait les intérêts dans son revenu qu'à l'échéance. En présence d'un marché secondaire pour la vente de billets indexés avant l'échéance par une personne affiliée à l'émetteur, l'ARC pourrait considérer que le cours du marché pourrait servir de valeur du billet avant l'échéance afin de déterminer les intérêts courus annuels de l'investisseur. L'examen de la position administrative de l'ARC sur les intérêts courus pour les billets indexés est mentionné dans la section sur les risques d'un bulletin d'information visant une émission de billets par une institution financière :

*Changes in tax laws, regulations or administrative practices could have a material adverse effect on the Note Program and a Holder's investment in Deposit Notes including changes, if any, as a result of a current review by the CRA of its administrative practice in relation to the relevance of a secondary market for debt obligations such as the Deposit Notes in determining whether there is a deemed accrual of interest on such debt obligations.*

Nous savons que l'ARC attend des commentaires du ministère de la Justice avant de publier son interprétation proposée.

Paul Hickey  
KPMG LLP, Toronto

## PAIEMENTS EXCÉDENTAIRES D'IMPÔT SUR LE REVENU AUX ÉTATS-UNIS

Alors qu'on ne s'y attendait pas, le récent ralentissement économique a entraîné des sociétés américaines dans une situation déficitaire ou a causé une réduction importante de leur revenu imposable. Nombre de sociétés, qui ont calculé leurs versements estimatifs d'impôts sur le revenu de 2008 sur la base d'une situation financière 2007 plus reluisante, découvrent maintenant qu'elles ont versé des impôts sur le revenu estimatifs excédentaires en 2008. La première chose que doivent faire ces sociétés est de cesser de faire d'autres paiements excédentaires; l'étape suivante est moins évidente.

Le plus souvent, une société américaine peut recouvrer les impôts estimatifs payés en trop de l'une ou l'autre des deux façons suivantes : 1) demander un remboursement

### Dans ce numéro

Créance indexée	1
Paiements excédentaires d'impôt sur le revenu aux États-Unis	1
Le compte d'épargne libre d'impôt	2
Assurance-emploi	3
Un rêve avec attente raisonnable de profit	3
Actions privilégiées de renflouement	4
Droits de transfert aux États-Unis – Planification avant l'immigration	5
Transfert entre conjoints de la résidence principale	6
Travaux de RS&DE à l'étranger	7
Prix de transfert et TPS payée en trop	8
Calcul de la valeur des catégories d'actions	9

rapide au moyen du formulaire 4466 après la fin de l'année d'imposition ou 2) demander un remboursement lors de la production de sa déclaration fiscale (soit le 15 septembre 2009, parce que la plupart des déclarants du 15 mars soumettent leur déclaration à la date d'échéance prorogée). Dans l'un et l'autre cas, la société doit attendre plusieurs mois pour recouvrer de l'argent dont elle a besoin maintenant. L'IRS n'a pas de procédure officielle pour ce qui est de rediriger des paiements estimatifs excédentaires d'impôt sur le revenu, mais elle a parfois acquiescé à une demande qui lui était faite de transférer des parties de paiements estimatifs d'impôt sur le revenu pour acquitter d'autres dettes fiscales, comme des retenues salariales courantes à remettre. En redirigeant ainsi des sommes payées en trop, une société peut régler immédiatement ces autres dettes, ce qui revient en fait à un remboursement, mais sans aucun délai. Une société qui autrement aurait dû rechercher du financement à court terme pour couvrir d'autres dettes fiscales épargne ainsi le coût de l'emprunt.

La décision de rediriger des fonds n'est pas un événement habituel, et l'IRS n'est pas tenu de donner suite à la demande d'une société. Lorsqu'une société demande à l'IRS de rediriger une partie de ses paiements estimatifs excédentaires d'impôt, elle doit s'assurer qu'elle a bien réévalué sa dette de 2008 au titre de l'impôt sur le revenu pour éviter de rediriger une trop grande part de l'impôt qu'elle a estimé et payé à l'origine. Une société est assujettie à des pénalités si elle se retrouve au bout du compte avec un impôt sur le revenu estimatif insuffisant pour 2008 parce qu'elle a redirigé vers d'autres dettes une trop grande part du paiement excédentaire initial.

*Tina Boldt*

Ernst & Young LLP, Dallas

*Steve Jackson*

Ernst & Young LLP, New York

## LE COMPTE D'ÉPARGNE LIBRE D'IMPÔT

En vigueur après 2008, le nouveau compte d'épargne libre d'impôt (CELI) donnera aux contribuables l'occasion de gagner un montant appréciable de revenus de placements en franchise d'impôt. Les cotisations dans ce nouveau compte d'épargne ouvrant droit à une aide fiscale ne sont pas déductibles du revenu imposable, mais le revenu de placement et les gains en capital réalisés sur les placements dans le compte sont libres d'impôt.

Un contribuable peut cotiser jusqu'à 5 000 \$ par année dans un CELI à compter de 2009, dès son 18<sup>e</sup> anniversaire de naissance et aussi longtemps qu'il est résident du Canada. Le plafond annuel de cotisations de 5 000 \$ est indexé à l'inflation par tranches de 500 \$, à compter de 2010, et les droits de cotisation peuvent être reportés prospectivement pendant une période

indéterminée. Un contribuable peut détenir plus d'un CELI, pourvu qu'il respecte son plafond de cotisation. Un CELI comporte une caractéristique intéressante pour une famille dont un des conjoints a un revenu plus élevé que l'autre : les règles d'attribution habituelles ne s'appliquent pas si le contribuable dont le revenu est le plus élevé donne de l'argent à son conjoint qui le verse ensuite dans un CELI en son nom propre.

Ainsi, moyennant une planification minutieuse, les conjoints pourront éviter de payer de l'impôt à compter de 2009 sur le revenu qu'ils gagnent avec leurs premiers 10 000 \$ d'épargne qu'ils placent chaque année, et sur la totalité du capital et du revenu accumulés dans leur CELI pour les années subséquentes. Les retraits d'un CELI sont libres d'impôt et peuvent être faits en tout temps. Lorsqu'un retrait est effectué, le montant total du retrait, y compris ce qui constituait à l'origine le principal ainsi que les revenus et gains accumulés depuis, est ajouté au plafond de cotisation du CELI pour l'année suivante, et le contribuable pourra y verser à nouveau cette somme cette année-là ou à toute autre année subséquente.

Supposons qu'un contribuable cotise 5 000 \$ en janvier 2009 et qu'il retire 4 000 \$ en juin 2009, en laissant un solde de 1 000 \$ dans son CELI. Le contribuable ne peut pas cotiser à nouveau les 4 000 \$ en 2009, mais il pourra effectuer une nouvelle contribution correspondant à cette somme en 2010, en plus de son plafond de cotisation de 5 000 \$ qu'il pourra utiliser en 2010, pour un total de 9 000 \$. Les retraits et les nouvelles cotisations du revenu de placement gagné dans un CELI suivent les mêmes règles. Supposons que le placement de 5 000 \$ d'un contribuable lui rapporte 250 \$ en 2009 et qu'il retire 5 250 \$ en décembre 2009 : la somme totale de 5 250 \$ peut être cotisée à nouveau en 2010, qui s'ajoute au nouveau plafond de cotisation de 5 000 \$ pour l'année 2010, soit une contribution totale de 10 250 \$. De même, supposons qu'un contribuable investit dans le marché boursier la somme de 5 000 \$ qu'il cotise dans un CELI, et que cet investissement en actions s'apprécie rapidement pour atteindre une valeur de 20 000 \$. Le contribuable peut vendre les actions et réaliser un gain en capital de 15 000 \$ libre d'impôt dans son CELI, et retirer le montant de 20 000 \$ de son CELI en franchise d'impôt. La totalité du montant de 20 000 \$ peut être versée à nouveau dans le CELI, en plus des autres droits de cotisation inutilisés et accumulés, l'année suivante ou par la suite. Par conséquent, la contribution possible d'un contribuable dans un CELI peut être beaucoup plus élevée que 5 000 \$ par année, et lui rapporter encore plus de revenus de placement libres d'impôt. Toutefois, comme c'est le cas pour un REER, les cotisations excédentaires sont lourdement pénalisées : une pénalité de 1 % par mois sur les cotisations excédentaires s'applique jusqu'à ce que celles-ci soient retirées. En outre, dans le choix d'un CELI, le contribuable doit tenir compte des éventuels frais d'administration annuels et frais de retrait.

Dans un CELI, on peut généralement détenir les mêmes placements admissibles que dans un REER, comme de l'argent comptant, des certificats de placement garantis, des dépôts à terme, des fonds communs de placement, des obligations gouvernementales et de sociétés, des titres de sociétés cotées en bourse et, dans certains cas, des actions de petites entreprises. Dans un CELI, un contribuable ne peut pas détenir de placements dans des entités avec lesquelles il a un lien de dépendance, ce qui comprend généralement les sociétés dont 10 % des actions ou plus sont détenues par le contribuable, à titre individuel, ou par lui et son conjoint ainsi que toute autre personne qui lui est liée, dans leur ensemble. Comme c'est le cas pour un REER, l'intérêt sur l'argent emprunté et les frais encourus pour investir dans un CELI ne sont pas déductibles du revenu imposable; mais, contrairement à un REER, un CELI peut être affecté en garantie d'un prêt. Au moment de choisir les placements de son CELI, le contribuable ne doit pas oublier toutefois que les pertes en capital réalisées dans un CELI ne peuvent être portées en diminution des gains en capital réalisés en dehors du CELI.

Différentes règles s'appliquent dans des situations particulières. Par exemple, au décès du titulaire d'un CELI, le revenu de placement gagné dans le CELI n'est plus libre d'impôt. (Des règles particulières s'appliquent s'il y a un conjoint survivant.) Le titulaire d'un CELI qui devient un non-résident du Canada peut conserver tel quel son CELI. Les revenus de placement et les retraits restent exonérés de l'impôt canadien, mais aucun autre droit de cotisation ne s'accumule tant que le titulaire du compte est un non-résident. Un non-résident doit également tenir compte de toute conséquence fiscale que peuvent avoir à l'étranger les revenus dans le CELI et les retraits du CELI.

*Jim Yager*

KPMG LLP, Toronto

*Sandra Bussey*

KPMG LLP, Waterloo

## ASSURANCE-EMPLOI

L'énoncé économique et financier de novembre 2008 du ministre des Finances illustre bien la force de la structure de taux de l'assurance-emploi. Selon le résumé donné dans le tableau, on prévoit que les recettes de l'AE continueront de couvrir toutes les prestations versées, même en période de hausse prévue du taux de chômage, et afficheront même un excédent.

De 2007-2008 à 2008-2009, les recettes de l'AE devraient diminuer de 58 M\$ et les prestations versées, s'accroître de 1 117 M\$, pour un excédent de 1 085 M\$. Une augmentation similaire des prestations l'année suivante sera partiellement annulée par une hausse des recettes de 850 M\$, ramenant l'excédent à 775 M\$. Dans les années suivantes, les prestations augmenteront plus

### Projections pour le compte d'assurance-emploi, 2007-2008 à 2013-2014

Exercice	Prestations	Cotisations	Solde
<i>millions de dollars</i>			
2007-8 réel.....	16 558	14 298	2 260
2008-9 .....	16 500	15 415	1 085
2009-10 .....	17 350	16 575	775
2010-11 .....	17 675	16 335	1 340
2011-12 .....	17 670	16 325	1 345
2012-13 .....	18 110	16 720	1 390
2013-14 .....	18 690	17 250	1 440

lentement de telle sorte que le compte continuera d'afficher des excédents de plus de 1 G\$ par année.

Dans sa conception initiale, le programme de l'AE du Canada supposait que les taux seraient fixés de telle sorte que les recettes soient à peu près égales aux prestations sur le cycle économique. La sortie des opérations du système des comptes budgétaires ordinaires renforçait cette attente, mais, au fil du temps, le compte de l'AE était généralement déficitaire et l'artifice qui consistait à subventionner le compte devint évident. Pour simplifier la reddition de compte relative au programme, le compte de l'AE a été intégré dans les comptes budgétaires, son déficit faisant désormais partie du déficit budgétaire. La performance du programme d'AE a évolué récemment, des excédents constants annulant des déficits dans d'autres parties des comptes budgétaires et gonflant maintenant les excédents. Si un déclin économique significatif ne réussit pas à effacer l'excédent de l'AE, l'importance des cotisations à l'AE pour la situation financière du gouvernement devient évidente.

*David B. Perry*

Toronto

## UN RÊVE AVEC ATTENTE RAISONNABLE DE PROFIT

L'affaire *Kaegi* (2008 CCI 566) annonce de bonnes nouvelles pour les musiciens, les compositeurs et leurs bailleurs de fonds ainsi que leurs imprésarios qui déduisent des dépenses tandis qu'ils réalisent leur rêve. Dans l'affaire *Kaegi*, le juge a conclu qu'il y avait exploitation d'une entreprise, contrairement à l'analyse que l'on trouve dans *Graham* (2008 CCI 580). (Voir l'article « Un rêve sans attente raisonnable de profit », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, novembre 2008.)

Pour se faire un nom et faire fortune comme musiciens, M. K et son épouse étaient associés dans une entreprise pour laquelle ils avaient conclu une entente écrite qui aurait été détruite dans l'incendie qui a ravagé leur maison en 2001 et qui n'a donc pas été produite à l'instruction. Les conjoints ont formellement enregistré leur société de personnes en 2004. Les deux participants

activement aux activités de leur entreprise : M<sup>me</sup> K s'occupait du côté créateur artistique et M. K s'occupait du côté financier et de la gestion. L'entreprise comportait la création, la production et la distribution des compositions de M<sup>me</sup> K; la motivation financière consistait à obtenir des redevances par la vente de disques compacts distribués par un grand studio d'enregistrement ou par la vente de chansons à une grande vedette qui les aurait enregistrées. M. K a estimé dès le début qu'il faudrait de 10 à 20 ans à M<sup>me</sup> K, une auteure-interprète, pour qu'elle se fasse connaître. M. K agissait à titre de gérant et payait toutes les dépenses, qu'il devait récupérer plus tard à l'aide des recettes. Après remboursement de toutes les dépenses, M. et M<sup>me</sup> K devaient se partager les profits dans une proportion de 75 % et de 25 % respectivement. M. K a déclaré des pertes d'environ 200 000 \$ réparties sur neuf ans. L'absence de redevances et les dommages attribuables à l'incendie ont contribué aux pertes. L'ARC a accepté les pertes des premières années (à compter de 1997) mais a refusé les pertes déclarées pour les années 2003-2005, en indiquant que M. K ne voulait que faire le bonheur de sa femme et qu'il n'exploitait pas une entreprise.

M. K a géré la carrière de sa femme de façon méthodique et dans un but commercial, et il a conservé assez de documents pouvant en témoigner. Il a fait la recherche, il a contacté tous ceux à qui il devait parler, il a engagé des promoteurs professionnels, il a produit des disques compacts, il a communiqué avec les stations de radio, il a créé un site Web, il a fait de la publicité, il a confectionné du matériel de promotion, bref, en résumé, il a fait tout ce qu'un gérant doit faire pour son artiste. Malgré ses efforts, la carrière de M<sup>me</sup> K n'a pas pris son essor, et elle a ensuite changé de style musical pour passer de la musique country et western à la musique folklorique historique avec des chansons qui traitent de navires et de naufrages dans la région des Grands Lacs. Encore une fois, M. K a fait des recherches sur le changement de style musical et il a abordé la promotion sous un nouvel angle en communiquant avec les critiques et avec les ports de plaisance qui pouvaient représenter d'éventuelles sources de revenus. M<sup>me</sup> K a donné des spectacles et les conjoints ont même tenu un kiosque sur le quai du site de villégiature de Parry Sound. Même si les chansons de M<sup>me</sup> K obtenaient un bon temps d'écoute (comme en font foi les listes d'écoute fournies), les revenus et les redevances provenant des deux disques ont été minimes pour l'ensemble des neuf années. En adoptant le principe « trop, c'est trop », l'ARC a affirmé qu'il s'était écoulé trop de temps pour que l'on puisse considérer que les activités de 2003-2005 fassent partie de la phase de démarrage de l'entreprise.

Le tribunal a déterminé que l'ARC s'est trompée en refusant de considérer qu'une entreprise était exploitée alors qu'il y avait un nombre considérable de faits qui attestaient des activités commerciales de l'entreprise; et la Couronne n'a pas non plus su apprécier pleinement le raisonnement de la CSC dans l'arrêt *Stewart* ([2002] 2 RCS 645), le seul cas qu'elle a invoqué. L'approche que

l'on préconise dans l'arrêt *Stewart* pour déterminer s'il y a une entreprise commerciale consiste tout d'abord à déterminer si l'activité est de nature commerciale ou si elle est de nature personnelle. Lorsqu'on lui a demandé de définir la nature personnelle ou non commerciale des activités, l'ARC n'a pu que relever l'absence de revenus. La CCI a affirmé que l'entreprise de M. K était toujours dans la période de 10 ans à 20 ans que M. K a jugé nécessaire pour s'établir dans son plan d'affaires; M. K a changé son approche en 2004, même s'il a témoigné qu'il était prêt à soutenir cette activité pendant une ou deux autres années encore.

La CCI cite les décisions du juge en chef Bowman dans *Donyina* ([2001] 3 CTC 2741) et *Tramble* ([2001] 4 CTC 2160), qui comprenait bien la difficulté qu'il y a à déterminer si les artistes exploitent effectivement une entreprise, mais il a affirmé que la décision quant à savoir quand lancer une entreprise et quand l'abandonner est une décision d'ordre commercial dans laquelle le tribunal ne doit pas intervenir. Ces affaires mettent en évidence la nature particulière des différends qui mettent en cause les musiciens compte tenu du fait que la réussite de leur carrière exige une bonne dose d'efforts personnels et implique le plus souvent un horizon lointain. La CCI a affirmé que M. K a exploité une entreprise qui représentait une source de revenus dans le cadre d'une société de personnes. La CCI a écarté la possibilité de soulever tardivement la question de savoir si toutes les dépenses étaient raisonnables. Toutefois, la CCI a demandé aux parties leurs observations écrites quant à savoir si la conclusion qu'il existait une société de personnes avait une incidence sur la répartition des pertes, compte tenu du fait que M. K a déclaré les pertes en tant que propriétaire.

*John Jakolev et Graham Turner*  
Jet Capital Services Limited, Toronto

## ACTIONS PRIVILÉGIÉES DE RENFLOUEMENT

Pour se remettre à flot, une société en difficulté financière peut émettre des actions privilégiées de renfloement aux créanciers en échange de ses créances. Comme l'ARC surveille de près l'émission de telles actions et que la société en difficulté financière a des obligations de remboursement strictes à respecter, il est conseillé au contribuable d'obtenir au préalable une décision anticipée en matière d'impôt sur le revenu à cet égard.

L'émetteur (ou une société avec lien de dépendance) doit utiliser le produit de l'émission de ces actions pour financer ses activités exercées au Canada. Une société résidant au Canada émet une action privilégiée de renfloement 1) dans le cadre d'une proposition concordataire ou d'un concordat approuvé par le tribunal en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*; 2) lorsque la totalité (ou presque) des actifs de l'émetteur



est contrôlée par un séquestre, un séquestre-gérant ou un syndic de faillite; ou 3) si les difficultés financières sont telles que l'émetteur ou une société résidant au Canada avec lien de dépendance fait défaut de paiement (ou on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle fasse défaut de paiement) d'une créance envers un tiers pour laquelle l'action a été émise en échange ou en remplacement, en totalité ou en grande partie, directement ou indirectement.

La société en difficulté doit émettre les actions, sauf que la catégorie de la difficulté financière permet le transfert d'une créance à l'une de ses filiales. Cette catégorie est flexible parce que les actions peuvent être émises sans que le défaut de paiement se soit réellement matérialisé; cependant, le défaut doit être imminent, ce qui, selon l'ARC, signifie pas plus de trois ou quatre mois.

Une action privilégiée de renflouement n'est pas assujettie aux règles qui régissent les actions privilégiées à terme jusqu'à cinq ans après l'émission, pas plus qu'elle n'est une action garantie, une action mise en garantie, une action privilégiée à court terme, une action privilégiée imposable, ou qu'elle ne représente un accord de transfert de dividendes. Une institution financière peut donc déduire le dividende reçu sur une action privilégiée de renflouement même si elle a acquis l'action dans le cours normal de ses affaires. L'émission d'une action privilégiée de renflouement entraîne également la conversion d'une créance au titre de l'intérêt – que le débiteur en situation déficitaire ne peut déduire – en une créance au titre de dividende qui peut se traduire par une réduction du montant de la créance et donc une diminution des sorties de fonds immédiates. Une structure qui tient compte des paiements réduits de l'émetteur et des taux d'impôt moins élevés du créancier peut assurer à ce dernier un rendement après impôt comparable sur son investissement. La structure peut être dénouée après cinq ans si l'émetteur est redevenu rentable, ce qui permet au débiteur de bénéficier de déductions futures de l'intérêt sur la dette reconvertie.

L'émission d'une action privilégiée de renflouement dans un tel contexte comporte souvent le transfert de la créance de la société en difficulté à une filiale de celle-ci, de sorte que la créance demeure intacte et qu'elle peut être acquise de nouveau lors du rachat des actions. L'ARC exige habituellement la constitution d'une société à vocation unique pour faciliter la restructuration financière et la liquidation lors du rachat ou de l'annulation des actions. La filiale peut contracter un emprunt d'un jour qui sera immédiatement remboursé à même le produit de la souscription. La société mère pourra avoir à effectuer des apports en capital pour financer les dividendes sur les actions et leur rachat après cinq ans. Pour éliminer les actions le plus rapidement possible, l'ARC indique que l'émetteur doit utiliser en totalité la partie de son fonds de roulement autre que celle qu'il consacre à ses activités commerciales quotidiennes.

Les actions privilégiées de renflouement sont assujetties aux règles sur la remise de dette si elles sont rachetées, acquises ou annulées à un montant inférieur à leur valeur nominale. Le remplacement direct d'une action

priviliégée de renflouement par une créance est admissible à un roulement : la créance est réputée avoir été réglée au moins élevé des deux montants suivants – le montant du principal et l'augmentation du CV de la catégorie de l'action à l'émission. Le remplacement d'une action privilégiée de renflouement pour une créance ou une autre action (autre qu'une action privilégiée de renflouement) est réputé être effectué à la JVM de la créance ou des actions échangées; il peut y avoir remise de dette si la JVM est inférieure au montant du principal de l'action privilégiée de renflouement. Si une action privilégiée de renflouement est remplacée par une autre, l'augmentation du CV au titre de la deuxième catégorie d'action est réputée correspondre au montant payé pour l'action privilégiée de renflouement originale. Une action privilégiée de renflouement qui cesse d'être admissible à ce titre est réputée être réglée à sa JVM.

*Jack Bernstein et Ron Choudhury*  
Aird & Berlis LLP, Toronto

## DROITS DE TRANSFERT AUX ÉTATS-UNIS — PLANIFICATION AVANT L'IMMIGRATION

En plus des questions fort complexes qu'il devra résoudre en matière d'impôt sur le revenu, le particulier qui envisage de déménager aux États-Unis sera soumis à un régime des droits de transfert entièrement nouveau et appréciable – p. ex., le taux maximum des droits successoraux est de 45 % en ce moment aux États-Unis. Des occasions de planification peuvent être perdues si les mesures appropriées ne sont pas prises avant que la résidence aux États-Unis ne soit établie.

Les critères permettant d'établir la résidence aux États-Unis diffèrent selon qu'il s'agit de l'impôt sur le revenu ou des droits de transfert de ce pays. Aux fins de l'impôt sur le revenu, sous réserve de quelques exceptions, une personne est un résident des États-Unis si elle a un visa de résident permanent (carte verte), si elle satisfait au critère de la « présence importante », ou si elle fait le choix de la première année en vertu de l'article 7701(b)(1)(A) du *Code*. Aux fins des droits de transfert des États-Unis (impôt sur les dons, droits successoraux et droits de transfert à la deuxième génération ou « *generation-skipping transfer tax* »), la « résidence » s'entend du « domicile », dont la détermination fait appel à de multiples facteurs, dont 1) le temps que la personne a passé aux États-Unis, 2) la valeur de la résidence aux États-Unis, 3) l'emplacement de ses effets personnels (« *near and dear items* »), 4) son adhésion à des clubs, à des églises et à d'autres organisations, 5) le statut de son visa. Il arrive souvent qu'aucun facteur ne soit déterminant à lui seul.

Contrairement à un résident des États-Unis, qui est assujetti aux droits de transfert sur tous ses actifs, un

étranger non résident (« *non-resident alien* » – NRA) est assujéti à l'impôt américain sur les dons à l'égard seulement des transferts d'actifs situés aux États-Unis, ce qui, aux fins de l'impôt sur les dons, signifie les biens immeubles ou les biens meubles corporels situés aux États-Unis au moment de la transmission. Le don d'un bien incorporel par un NRA n'est pas assujéti à l'impôt américain sur les dons. Les droits de transfert à la deuxième génération s'appliquent aux transferts imposables faits à des bénéficiaires de deuxième génération (p. ex., un don fait par un particulier à son petit-fils), à moins que l'impôt américain sur les dons ne s'applique. Comme l'impôt sur les dons, les droits successoraux américains s'appliquent uniquement aux actifs situés aux États-Unis, mais la définition est plus large dans ce contexte : tous les biens incorporels ne sont pas exonérés et, par conséquent, les actions d'une SEU et les titres obligataires d'une personne des États-Unis, du gouvernement des États-Unis, d'un État ou de toute subdivision politique de ce pays (sous réserve de quelques exceptions étroites) sont réputés être situés aux États-Unis. Les dépôts en banque ne sont pas réputés être situés aux États-Unis. Ainsi, un NRA a, avant d'immigrer, l'opportunité de se prévaloir des règles relatives aux droits de transfert pour les NRA.

Un NRA peut recourir à différentes stratégies pour minimiser les droits de transfert des États-Unis avant de devenir un résident de ce pays.

■ Le don absolu des actifs situés hors des États-Unis peut être attrayant du fait de sa simplicité, mais il pourrait ne pas être aussi utile si, p. ex., le donataire prévu est mineur. Les dons absolus à des enfants majeurs ou à d'autres donataires adultes comportent peu d'inconvénients du point de vue de la planification.

■ Un particulier peut constituer une fiducie irrévocable dans laquelle sont versés les actifs excédant ce qu'il croit nécessaire pour ses besoins et son confort personnels. Le constituant ne peut être un bénéficiaire ni tirer les ficelles sinon le don serait incomplet aux fins de l'impôt sur les dons ou les actifs seraient inclus dans sa succession aux fins des articles 2035 à 2038 du *Code*. La fiducie peut être créée par le constituant ou par quelqu'un d'autre, elle peut être étrangère ou américaine. Du point de vue de l'impôt sur le revenu, les avantages d'une fiducie sont limités et, en conséquence, il est essentiel d'obtenir l'avis d'un fiscaliste avant de constituer une fiducie; cependant, les avantages au titre de l'impôt sur les dons, des droits successoraux et des droits de transfert à la deuxième génération peuvent être appréciables.

■ Si, avant d'immigrer, un particulier est constituant, bénéficiaire ou fiduciaire d'une fiducie, il devrait envisager de renoncer aux pouvoirs qui peuvent avoir des conséquences fiscales inattendues. Par exemple, si le particulier a le droit de démettre un fiduciaire et de lui nommer un remplaçant, il est souhaitable de modifier l'acte de fiducie pour exiger que le remplaçant soit un fiduciaire indépendant de telle sorte que les pouvoirs du fiduciaire ne soient pas attribués à ce particulier. Si ce changement est

fait avant que la personne devienne un résident des États-Unis, la modification ou la renonciation ne devrait pas avoir de conséquences en matière de droits de transfert. Il importe aussi d'examiner les pouvoirs de nomination et les droits de bénéficiaire afin d'éviter, ou de minimiser, l'inclusion des actifs de la fiducie dans la succession du particulier aux fins des droits successoraux américains.

*Katherine E. Cauley*

Hodgson Russ LLP, Buffalo

## TRANSFERT ENTRE CONJOINTS DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE

De nombreux Canadiens réagiront à la menace que présente la conjoncture économique difficile en cherchant à mettre à l'abri des créanciers leur bien le plus précieux – la maison familiale. Le transfert au conjoint d'une participation dans la maison représente peut-être la meilleure façon de maximiser cette protection, mais l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (et l'article 325 de la *Loi sur la taxe d'accise*) crée une responsabilité solidaire pour les dettes fiscales découlant du transfert avec lien de dépendance d'un bien pour une contrepartie inadéquate. Aussi, en présence d'une dette fiscale, le transfert d'une participation dans la maison familiale est rarement efficace comme bouclier contre l'ARC. Dans la décision récente *Cohen* (2008 CCI 550) de la Cour canadienne de l'impôt, il l'a cependant été.

M. C avait transféré sa participation de 50 % dans la maison familiale à l'appelante, M<sup>me</sup> C. La question était de savoir si la contrepartie donnée par M<sup>me</sup> C était suffisante pour empêcher l'application de l'article 160. Selon la Couronne, le transfert avait été effectué sans contrepartie; M<sup>me</sup> C prétendait toutefois que la participation lui avait été transférée en contrepartie de l'extinction d'une dette préexistante.

La dette putative découlait d'une entente entre les conjoints selon laquelle ils partageaient également les dépenses du ménage. M<sup>me</sup> C avait payé une plus grande partie du versement initial pour acquérir la maison et elle avait par la suite continué à acquitter une plus grande partie des dépenses du ménage, en dépit de l'entente de partage à parts égales des dépenses du ménage. Apparemment, M. C connaissait depuis longtemps des difficultés financières; les conjoints ont produit un registre de leurs dépenses courantes où figurait la dette et ils ont témoigné que leur intention avait toujours été que M. C rembourse le manque à gagner. Comme la dette s'accumulait, M<sup>me</sup> C avait commencé à s'inquiéter et le couple avait signé un billet. Alors que le défaut approchait, ils avaient consulté un avocat pour procéder au transfert de la participation de M. C dans la maison. Malheureusement, selon les formulaires de transfert, la contrepartie donnée était nulle, ce qui a peut-être amené l'ARC à porter le dossier jusque devant les tribunaux.

En accueillant l'appel, le juge Bowie a fait remarquer que, compte tenu de l'insuffisance de la documentation soumise à la cour, la cause reposait sur la crédibilité des parties. Or, le couple avait livré un témoignage crédible qui n'avait pas été ébranlé lors du contre-interrogatoire. Les documents de M<sup>me</sup> C n'étaient ni précis ni entièrement cohérents, mais le tribunal a néanmoins conclu qu'ils étaient authentiques et qu'ils étayaient l'entente de partage des dépenses conclue entre les conjoints.

L'arrêt *Cohen* est un bon exemple de la façon d'éviter les cotisations en vertu de l'article 160, et il offre un guide de chacune des mesures légales à prendre au préalable. Cependant, le procès aurait pu être évité si l'on avait pris soin de décrire la contrepartie donnée lors du transfert.

*Robert G. Kreklewetz*

Millar Kreklewetz LLP, Toronto

## TRAVAUX DE RS&DE À L'ÉTRANGER

Le projet de loi C-50, *Loi d'exécution du budget de 2008* (LC 2008, c. 28), qui a reçu la sanction royale le 18 juin 2008, met en œuvre une mesure du budget fédéral de 2008 qui constitue un important changement de politique fiscale au programme des CII pour la RS&DE. Pour les années d'imposition se terminant après le 25 février 2008, certains traitements et salaires d'employés résidents du Canada qui effectuent des travaux de RS&DE à l'étranger seront admissibles aux CII.

Par le passé, les travaux de RS&DE effectués à l'étranger n'étaient pas admissibles, bien que sur le plan administratif (comme nous le verrons plus loin), l'ARC autorisait certaines dépenses pour des travaux à l'étranger. Le changement permet aux traitements et salaires engagés pour des travaux effectués à l'étranger d'être admissibles aux CII, si 1) les traitements et salaires engagés sont versés à des employés résidents du Canada qui effectuent des activités de RS&DE à l'étranger; 2) les travaux de RS&DE menés à l'étranger sont directement entrepris par le contribuable; 3) les activités de RS&DE sont liées à l'entreprise commerciale du contribuable; et 4) les travaux sont entrepris à la seule fin de soutenir la RS&DE menée par le contribuable au Canada.

Les demandes au titre des traitements et salaires versés pour des travaux effectués à l'étranger ne peuvent dépasser 10 % de l'ensemble des traitements et salaires engagés par le contribuable pour des activités de RS&DE menées au Canada et ne doivent pas être assujetties à un impôt sur le revenu ou sur les profits imposé par le pays étranger (la convention fiscale conclue entre le Canada et le pays où les travaux de soutien ont été réalisés doit être prise en considération). En outre, les traitements et salaires dans le cas d'employés déterminés ne comprennent pas la rémunération fondée sur les profits ni les primes. Les travaux effectués à l'étranger peuvent être tout type de travail de RS&DE. Toutefois, un CII ne

sera possible que si les traitements et les salaires ont été effectués à la seule fin de soutenir la RS&DE effectuée au Canada. Les paiements versés à des sous-traitants ou à des personnes qui ne sont pas des employés du travail contribuable ne sont pas admissibles, parce que le travail n'est pas « directement entrepris » par le contribuable.

Malgré l'inadmissibilité générale par le passé des travaux de soutien à la RS&DE qui étaient effectués à l'étranger, certaines dépenses pour des travaux qui ne constituaient pas des activités de RS&DE effectuées à l'étranger étaient permises sur le plan administratif, y compris des frais de voyage à l'étranger (qui pouvaient comprendre les traitements et les salaires). Cette politique est énoncée au paragraphe 46 du *Bulletin d'interprétation* IT-151R5 (consolidé), « Dépenses de recherche scientifique et de développement expérimental ». Les dépenses à l'égard des travaux effectués à l'étranger qui ne constituaient pas des activités de RS&DE étaient autorisées à titre de frais généraux admissibles au CII que si la méthode traditionnelle (et non la méthode de remplacement) était utilisée pour les frais généraux et si les dépenses portaient sur 1) l'acquisition d'équipement ou de matériels utilisés en RS&DE au Canada; 2) les visites chez les clients à l'étranger à l'égard d'activités de RS&DE effectuées au Canada pour informer les clients sur l'état d'avancement du projet de RS&DE; ou 3) la formation donnée dans le cadre d'activités de RS&DE effectuées au Canada. Avec les modifications apportées à la politique fiscale permettant que des demandes de CII soient allouées pour les traitements et les salaires engagés par le contribuable à l'égard de travaux de RS&DE effectués à l'étranger, ces trois restrictions pourraient ne plus être pertinentes dans le cas des traitements et des salaires. Toutefois, en vertu des nouvelles règles (voir le tableau), les frais de voyage et les autres frais généraux peuvent toujours être demandés, mais seulement si la méthode traditionnelle est utilisée pour étayer de tels frais et si d'autres conditions sont satisfaites.

Les nouvelles règles autorisent les demandes de CII pour tout type de traitement ou de salaire qui est engagé pour des travaux effectués à la seule fin de soutenir la RS&DE effectuée par le contribuable au Canada, que l'on utilise la méthode de remplacement ou la méthode traditionnelle. La mesure avec laquelle les travaux sont effectués à la seule fin de soutenir la RS&DE est une question de fait, dont l'appréciation doit être faite en fonction de chaque cas. Toutefois, d'après la politique et les interprétations de l'ARC, y compris les commentaires faits dans le cadre de la conférence de l'APFF à Montréal en 2007, on peut conclure que tout travail de RS&DE effectué à l'étranger pour soutenir directement un projet de RS&DE au Canada devrait passer le test de « la seule fin ». Les modifications apportées par le projet de loi C-50 à la politique fiscale créeront un grand nombre d'autres demandes possibles au titre des travaux de soutien à un projet de RS&DE ou autres effectués à l'étranger. De nombreux secteurs industriels peuvent bénéficier de ces

Admissibilité au CII des traitements et des salaires pour des activités de RS&DE effectuées à l'étranger

	Le contribuable recourt aux			
	Anciennes règles		Nouvelles règles <sup>a</sup>	
	Méthode traditionnelle	Méthode de remplacement	Méthode traditionnelle	Méthode de remplacement
Travaux de RS&DE par des employés résidents du Canada . . . . .	Non	Non	Oui <sup>a</sup>	Oui <sup>a</sup>
Travaux couverts par la règle administrative :				
Acquisition d'équipement ou de matériel utilisé en RS&DE au Canada				
Pour un projet de RS&DE en particulier au Canada . . . . .	Oui <sup>c</sup>	Non <sup>b</sup>	Oui <sup>a</sup>	Oui <sup>a</sup>
Pas pour un projet de RS&DE en particulier au Canada . . . . .	Peuvent être admissibles à titre de frais généraux	Non <sup>b</sup>	Peuvent être admissibles à titre de frais généraux	Non <sup>b</sup>
Visites à l'égard d'activités de RS&DE effectuées au Canada pour informer les clients étrangers sur l'état d'avancement d'un projet de RS&DE . . . . .	Oui <sup>c</sup>	Non <sup>b</sup>	Oui <sup>a</sup>	Oui <sup>a</sup>
Formation pour des travaux de RS&DE effectués au Canada				
Temps passé à l'étranger pour l'étude ou la recherche d'une nouvelle technologie pour les besoins d'un projet de RS&DE en particulier mené au Canada . . . . .	Oui <sup>c</sup>	Non <sup>b</sup>	Oui <sup>a</sup>	Oui <sup>a</sup>
Formation qui ne porte pas précisément sur un projet de RS&DE au Canada . . . . .	Peuvent être admissibles à titre de frais généraux	Non <sup>b</sup>	Peuvent être admissibles à titre de frais généraux	Non <sup>b</sup>

<sup>a</sup> Un contribuable doit directement, ou par l'intermédiaire d'employés résidents du Canada, effectuer les travaux de RS&DE à la seule fin de soutenir ses activités de RS&DE effectuées au Canada.  
<sup>b</sup> Représenté par le montant de remplacement.  
<sup>c</sup> Admissibles à titre de frais généraux.

modifications, y compris le secteur de la fabrication, des produits pharmaceutiques, de l'énergie renouvelable, de l'automobile, de l'industrie aérospatiale et de l'agriculture (matériel agricole).

*Mel Machado*  
 PricewaterhouseCoopers LLP, Ottawa

**PRIX DE TRANSFERT ET TPS PAYÉE EN TROP**

En vertu de l'article 218 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA), un résident canadien est généralement tenu de procéder à l'autocotisation de la TPS sur les services et biens incorporels personnels acquis à l'étranger pour consommation, utilisation ou fourniture dans le cadre d'une activité autrement qu'exclusivement destinée à l'exécution de fournitures taxables. Pour les années d'imposition se terminant après le 16 novembre 2005, les propositions législatives de janvier 2007 élargissent les obligations des institutions financières résidant au Canada en matière d'autocotisation de sorte que la TPS pourrait être payable sur toute dépense engagée à l'étranger et qui donne droit à une déduction, à une allocation ou à une répartition au titre d'une provision.

Les banques, assureurs, courtiers en valeurs mobilières, régimes de retraite, fiduciaires de fonds commun de placement et autres institutions financières offrent des services financiers exonérés de la TPS. Une institution

financière résidant au Canada doit donc procéder à l'autocotisation de la TPS sur la plupart des services et biens incorporels acquis à l'étranger. Si une vérification par l'ARC entraîne un redressement des prix de transfert qui réduit la contrepartie payée ou payable par l'institution financière à un fournisseur avec lien de dépendance, la TPS payable sur la fourniture du service ou du bien incorporel importée peut être réduite en conséquence.

La TPS payée ou remise par erreur ne peut être versée que si la personne produit une demande de remboursement en vertu de l'article 261 de la LTA. La demande doit être produite dans les deux ans suivant la date à laquelle la taxe a été payée. Malheureusement, le délai de prescription des cotisations d'impôt sur le revenu pour les opérations internationales entre parties avec lien de dépendance a été porté à trois ans au-delà de la période normale de trois ou quatre ans, de sorte que le mécanisme de remboursement de la TPS est devenu inadéquat pour les paiements en trop de la TPS sur les fournitures transfrontalières entre parties avec lien de dépendance. Une institution financière résidant au Canada dont les prix de transfert font l'objet d'une vérification pourrait avoir à attendre un long moment pour obtenir son règlement, en particulier si le contribuable demande l'aide de l'autorité compétente en vertu de l'article sur la procédure amiable contenu dans une convention.

Le contribuable devrait envisager de prendre les mesures appropriées pour faciliter le recouvrement de toute TPS payée en trop par erreur, telle qu'elle est déterminée lors d'un redressement des prix de transfert.



Par exemple, produire une renonciation du délai normal de prescription de quatre ans applicable aux cotisations de TPS laisse à l'ARC le pouvoir discrétionnaire d'émettre une nouvelle cotisation pour le montant de TPS payable par l'institution financière en vertu de la section IV de la LTA. Cependant, la renonciation devrait être limitée à l'objet précis, à savoir le montant de TPS payable sur la fourniture des services et biens incorporels particuliers sur lesquels porte la vérification des prix de transfert. Le contribuable devrait aussi envisager de produire des demandes de remise à être conservées dans l'attente d'une décision définitive sur les problèmes de prix de transfert. Si ces mesures s'avèrent inadéquates, le recours ultime du contribuable pourrait être de demander un décret de remise en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

*Brent F. Murray*

Wilson & Partners LLP, Toronto

## CALCUL DE LA VALEUR DES CATÉGORIES D' ACTIONS

Il est parfois difficile de répartir la valeur d'une société entre ses différentes catégories d'actions émises, surtout si la catégorie d'actions qui confère le contrôle est non participante (actions de gel) et coexiste avec une autre catégorie qui ne confère pas de droit de vote ou qui ne confère pas assez de votes pour assurer un contrôle tout en étant pleinement participante (actions de croissance).

Pour déterminer la JVM d'une catégorie d'actions, on doit d'abord déterminer la JVM de l'ensemble de la société. L'évaluation prend en compte les droits, conditions et caractéristiques de chaque catégorie d'actions vus par un acheteur et un vendeur sérieux qui font tous les deux preuve de prudence, qui sont raisonnablement avisés et qui n'ont pas de lien de dépendance, qui participent à l'opération dans un marché ouvert et libre et qui agissent ce faisant dans leur propre intérêt.

Les actions avec et sans droit de vote détenues par le même actionnaire ou groupe d'actionnaires seront vraisemblablement cédées en bloc dans le but de maximiser les produits de la vente, de sorte qu'aucune décote de minoritaire ne s'applique aux actions sans droit de vote. Cela dit, si on présume que M<sup>me</sup> X détient le contrôle de droit dans un gel successoral au moyen d'actions ordinaires de catégorie A avec droit de vote et non participantes; que ses enfants détiennent des actions ordinaires de catégorie B sans droit de vote (actions participantes) auxquelles profite la croissance future de l'entreprise. La structure de l'entreprise peut comporter des actions à dividendes avec restriction, soit des actions ordinaires conférant un droit aux dividendes, mais qui sont exclues de la déclaration et de la distribution des dividendes par le conseil d'administration de l'entreprise (M<sup>me</sup> X). À cause de leurs droits de vote, les actions de la catégorie A de M<sup>me</sup> X possèdent une valeur négligeable

limitée à la valeur de leur capital libérée au moment de la liquidation. Les votes lui permettent de se verser un salaire raisonnable, mais leur valeur intrinsèque découle des droits qu'elles confèrent aux surplus dégagés par l'entreprise : combien les actionnaires non votants de la catégorie B, et un actionnaire contrôlant et non contraint et libre, seraient-ils prêt à payer pour obtenir ces droits ? D'autres facteurs doivent être pris en considération si les actions privilégiées avec droit de vote détiennent le contrôle ou bénéficient de dividendes annuels fixes; les droits à l'encaissement par anticipation peuvent également être en cause. Certains détenteurs d'actions à dividendes avec restriction ont cherché à obtenir réparation en vertu de la loi sur les sociétés au motif qu'on leur avait refusé de reconnaître leurs attentes légitimes à l'égard de dividendes; ces causes étaient largement factuelles.

La politique d'évaluation du contrôle familial et de groupe de l'ARC dans sa *Circulaire d'information 89-3* (« Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », 25 août 1989) tient compte de la valeur des actions des actionnaires minoritaires si toutes les actions confèrent les mêmes droits et privilèges; mais dans le cas où il y a plusieurs catégories d'actions, « [I]a juste valeur marchande de chacune des catégories d'actions doit être déterminée en se basant sur les caractéristiques propres d'une catégorie donnée en fonction de ses droits et restrictions » (IRNT n° 38, 22 septembre 2008). L'ARC indique qu'il peut y avoir une prime de contrôle d'un « certain montant », qui varie selon les faits et la situation. Même si certains évaluateurs de l'ARC considèrent que la prime peut atteindre entre 33 % et 50 %, selon la valeur totale de l'entreprise, d'autres évaluateurs estiment de façon réaliste que la prime se situe plutôt entre 10 % et 15 %. De façon générale, toute prime de contrôle réduit le solde de la JVM de l'entité pouvant être attribué aux autres catégories d'actions, ce qui représente une décote pour l'absence de contrôle.

*Richard M. Wise et Catherine Tremblay*

Wise Blackman LLP, Montréal

© 2008, 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](mailto: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.