

QUÉBEC CIBLE LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES

Le ministère des Finances du Québec vient de publier un document de consultation de 121 pages (*Les planifications fiscales agressives*, gouvernement du Québec, 30 janvier 2009) sur des stratégies à recommander pour lutter contre les planifications fiscales agressives (PFA). Les recommandations comprennent un mécanisme de divulgation hâtive obligatoire ainsi que des modifications à la RGAE comme une prolongation de trois ans du délai de prescription habituel en vertu de la RGAE. Les parties intéressées ont jusqu'au 1^{er} avril 2009 seulement (la date limite avait d'abord été fixée au 1^{er} mars) pour transmettre leurs commentaires. Bien que le projet provienne du Québec, on s'attend à ce que les autres provinces ainsi que le gouvernement fédéral surveillent attentivement l'évolution de la situation et puissent se doter d'un programme analogue.

Le document de consultation considère qu'une PFA s'entend généralement d'une opération d'évitement fiscal qui consiste à réduire le taux effectif d'imposition d'un revenu particulier à un niveau inférieur à celui voulu par la politique fiscale à l'égard d'un tel revenu. On constate dans le document que, sauf pour ce qui est des avantages fiscaux qui en résultent, la justification économique d'un stratagème de PFA est généralement limitée, et parfois même totalement inexistante.

Dans ce numéro

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Québec cible les planifications fiscales agressives | 1 |
| Une surprise à l'article 400 du Règlement Société de portefeuille et bénéficiaire effectif, prise 2 | 2 |
| Changement rétroactif au régime de la TVP en C.-B. | 3 |
| Comparaisons fiscales internationales | 4 |
| Comptabilisation des impôts pour les EPÉ et les FNR | 5 |
| Prêts à demande en Ontario : Délai de prescription | 6 |
| Les cotisations d'AE, une taxe invalide | 7 |
| Crédit d'impôt pour l'achat d'une première habitation | 8 |
| Profits des succursales américaines et entités hybrides | 8 |
| Changements pour les SPCC par suite du budget fédéral | 9 |
| Fenêtres de calcul de la capitalisation restreinte | 10 |
| Incertitudes relatives aux FBAR | 11 |
| Actualités fiscales étrangères | 12 |

On y indique aussi que les PFA exploitent souvent :

[...] des imperfections ou des lacunes dans une, sinon dans plusieurs législations à la fois, et qu'ils impliquent fréquemment des mouvements de fonds circulaires, des sociétés-relais ou l'utilisation d'entités ou d'instruments financiers traités de façon différente selon les juridictions fiscales. [...]

Enfin, un dispositif de PFA présente habituellement un écart important entre le risque financier assumé par le contribuable et l'avantage fiscal attendu de la planification.

Dans le document, on observe en outre :

qu'un rapport risque/rendement favorable au contribuable et le développement d'un nouveau modèle d'affaires, basé sur la conception et la distribution de produits fiscaux prêts à l'emploi, comptaient parmi les éléments qui influencent le plus la progression des PFA et sur lesquels les autorités fiscales ont la capacité d'agir.

Par ailleurs, il a été mentionné que certains éléments contextuels avaient une influence importante sur la politique fiscale en matière de lutte contre les PFA, notamment le fédéralisme fiscal canadien et le haut degré d'harmonisation des régimes fiscaux provinciaux.

Dans l'approche recommandée par le Québec, si une opération est assujettie à une entente de confidentialité entre un contribuable et un conseiller en fiscalité, ou si les honoraires du conseiller en fiscalité sont tributaires de l'obtention d'un certain résultat, la divulgation hâtive serait obligatoire dans les 30 jours qui suivent le début de l'opération. Les pénalités recommandées pour la non-divulgation varieraient de 10 000 \$ à 100 000 \$, et la période de prescription pour pouvoir attaquer une opération serait suspendue jusqu'au dépôt du formulaire de divulgation prescrit.

Concernant l'application de la RGAE, le document affirme que « l'examen des outils législatifs australiens, néo-zélandais et irlandais permet de constater que l'application de la RGAE peut être renforcée par la mise sur pied d'un régime de pénalités et par l'extension de la période de prescription ». Ainsi, on recommande dans le document de prolonger de trois ans la période normale de prescription, à moins que le contribuable ne divulgue l'opération à Revenu Québec dans le cadre de la divulgation hâtive obligatoire ou du mécanisme de divulgation préventive. De même, le contribuable encourrait une pénalité égale à 25 % de l'impôt additionnel résultant de l'application de la RGAE; et le promoteur encourrait une pénalité égale à 12,5 % de ses honoraires relativement à l'opération d'évitement. Le contribuable pourrait éviter de se voir imposer une

pénalité en vertu de la RGAE en faisant valoir avec succès une défense de diligence raisonnable ou en choisissant de se conformer aux règles de la divulgation préventive; auquel cas le promoteur éviterait aussi la pénalité de 12,5 % s'y rattachant.

Le document recommande aussi l'élargissement de la définition d'une opération d'évitement conformément aux amendements que les autres provinces ont adoptés.

La publication du document fait suite à l'annonce lors du budget de 2008 de l'intention du ministère du Revenu du Québec d'intensifier la lutte contre les stratégies de planification agressive, notamment par une meilleure collaboration avec les autres administrations fiscales au Canada. Le budget alloué à Revenu Québec s'élève à 5,3 millions \$ par année pour les trois prochaines années pour « la mise en place d'une équipe spécialisée dans la gestion, la détection et la répression des PFA ».

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

UNE SURPRISE À L'ARTICLE 400 DU RÈGLEMENT

L'imposant projet de loi sur le budget de 2009 déposé le 6 février dernier abrite une obscure modification réglementaire lourde de conséquences. En effet, cette modification pourrait alourdir de 60 % le fardeau fiscal provincial de certaines sociétés à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse (SRINE) détenues par des Américains et augmenter de 20 % leur facture d'impôt totale.

Le projet de loi prévoit l'ajout du nouvel alinéa e.1) à la définition d'un « établissement stable » (ES) du paragraphe 400 du Règlement, pour 2009 et les années d'imposition suivantes. Généralement, il ne peut y avoir d'ES sans exploitation d'une entreprise, mais la nouvelle règle prévoit que : « dans le cas où une société n'aurait pas d'établissement stable si ce n'était le présent alinéa, la société est réputée avoir un établissement stable à l'endroit qui est désigné à titre de siège social dans son acte constitutif ou ses statuts ». Selon l'article 124 de la LIR, toute société constituée au Canada – qu'elle exploite effectivement ou non une entreprise dans une province – a droit à un abattement de 10 % de son taux d'impôt sur le revenu, et toute société ayant un siège social dans une province dont le régime est harmonisé au régime d'impôt des sociétés fédéral (à savoir toutes les provinces, sauf le Québec et l'Alberta) est assujettie à l'impôt provincial. Une société qui exploite une entreprise par l'intermédiaire d'un ES traditionnel n'est pas visée. Mais la modification proposée toucherait cependant une société qui est une SPOR ou qui ne détient que très peu de placements passifs et qui est donc actuellement imposée au taux d'impôt fédéral sans abattement et qui ne paie aucun impôt provincial, parce qu'elle ne possède pas d'ES en vertu du paragraphe 400(2) du Règlement (sous

réserve des faits et de la présomption réfutable selon laquelle chaque société exploite une entreprise).

La modification proposée change de façon significative l'interaction entre les régimes d'impôt des sociétés du fédéral et des provinces. Premièrement, les recettes fiscales provenant des sociétés passives passent du fédéral aux provinces, ce qui explique peut-être pourquoi le gouvernement fédéral a souscrit en premier lieu au changement contenu dans le Protocole d'accord sur l'administration unique de l'impôt ontarien des sociétés de 2006 qu'il a signé avec l'Ontario.

Deuxièmement, la modification proposée devrait permettre de régler certains problèmes de double imposition. Par exemple, selon une règle semblable contenue dans la *Alberta Corporate Tax Act*, il y a ES réputé « *in the place where [a corporation] has its registered office or in a place designated in its articles, charter or by-laws as its office or registered office* ». Il y a double imposition si l'abattement de 10 % n'est pas disponible et que l'impôt des sociétés de l'Alberta s'applique. Selon l'article 12 de la *Loi sur les impôts du Québec*, une société est réputée avoir un établissement dans chaque province où est situé un immeuble locatif dont elle est propriétaire. La modification proposée règle un problème de double imposition pour une société constituée au Québec du fait qu'elle prévoit que la société est réputée y avoir un ES, ce qui lui donne donc droit à un abattement, mais une société qui n'est pas constituée au Québec pourrait avoir à payer l'impôt tant au Québec que dans la province où elle a été constituée.

Troisièmement, le nouveau règlement pourrait alourdir de façon significative le fardeau fiscal de certaines SPOR – un autre coup porté aux SRINE, que les résidents américains utilisent habituellement comme sociétés de placements canadiennes et dont les distributions pourraient se voir refuser les avantages de la convention fiscale Canada/É.-U. en vertu du nouvel alinéa IV(7)b). Une SRINE qui ne détient que des placements passifs n'a pas actuellement d'ES en Nouvelle-Écosse à cause de l'article 400 du Règlement et elle n'est donc imposée qu'au taux fédéral sans abattement (29 % en 2009). À cause du nouveau règlement, la SRINE risque d'être imposée au taux combiné du fédéral et de la Nouvelle-Écosse de 35 % en 2009, de voir son fardeau fiscal provincial s'accroître de 60 % et de subir une augmentation générale de sa facture d'impôt de 20 %. On assistera vraisemblablement à un exode des SPOR de la Nouvelle-Écosse vers des provinces où les taux d'impôt sont inférieurs.

Finalement, la modification proposée pourrait avoir pour effet d'accentuer la compétition entre les provinces canadiennes en ce qui a trait à l'impôt des sociétés. Si le Nouveau-Brunswick adopte un taux de 5 %, comme il l'envisage, il pourrait devenir l'emplacement de choix des SPOR au Canada. Cependant, aucune province canadienne ne pratique actuellement un taux d'impôt des sociétés inférieur à 10 % (taux de l'abattement). Le Québec

pourrait être l'exception, car il ne se superpose pas au régime fédéral et n'a pas de règle déterminative sur les ES semblable à la nouvelle règle proposée. L'impôt global est donc réduit pour une société constituée au Québec qui n'exploite pas d'entreprise et qui n'a pas d'ES aux fins du régime fiscal québécois : elle semble avoir droit au taux d'impôt des sociétés fédéral réduit de l'abattement en vertu du nouveau règlement sans être assujettie à l'impôt provincial.

Nathan Boidman et Michael Kandev

Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l., Montréal

SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE ET BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF, PRISE 2

La CAF a maintenu la décision clé de la CCI dans l'affaire *Prévost Car Inc.* (2009 CAF 57) selon laquelle une société de portefeuille (SPOR) des Pays-Bas était le bénéficiaire effectif des dividendes qui lui ont été versés par une société d'exploitation (SEXP) canadienne et elle avait donc droit aux avantages prévus dans la convention fiscale Canada/Pays-Bas (voir « Société de portefeuille et bénéficiaire effectif », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, mai 2008).

Prévost Car, une société résidant au Canada qui fabriquait des autobus et des produits connexes en Amérique du Nord, et qui en assurait aussi l'entretien, a versé des dividendes à son actionnaire unique, une société de portefeuille résidant aux Pays-Bas. En 1995, la société Volvo, résidant en Suède, et la société Henleys Group PLC, résidant au R.-U., ont fait l'acquisition de Prévost par l'intermédiaire d'une société de portefeuille néerlandaise, dans des proportions de 51 % et 49 %, respectivement. Les deux sociétés voulaient fonder une société de portefeuille qui ne réside ni en Suède ni au R.-U., mais plutôt dans un pays européen moins coûteux où les affaires pouvaient se dérouler en anglais; sur les conseils du cabinet Arthur Andersen, elles ont choisi les Pays-Bas.

Une convention d'actionnaires entre Volvo et Henleys (et non la société de portefeuille) prévoyait qu'au moins 80 % des bénéfices de la société de portefeuille devaient être distribués sous forme de dividendes dès que possible jusqu'à la fin de l'année. Le conseil d'administration de la société de portefeuille devait prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que Prévost avait fait le nécessaire pour lui permettre d'effectuer les paiements. Certains documents, comme le procès-verbal d'une réunion antérieure d'actionnaires où Volvo et Henleys étaient désignées comme actionnaires, étaient incompatibles avec le fait que les actions appartenaient à la société de portefeuille.

La convention fiscale Canada/Pays-Bas prévoit une retenue d'impôt de 5 % sur les dividendes versés par une SCAN à une société résidant aux Pays-Bas qui est le bénéficiaire effectif et qui respecte les seuils

d'actionnariat. L'expression « bénéficiaire effectif » (« *beneficial owner* ») n'est définie ni dans la convention ni dans le Modèle de convention fiscale de l'OCDE; d'après les commentaires au Modèle de convention, un intermédiaire (comme un représentant ou un prête-nom) n'a pas droit au taux réduit. En vertu du droit néerlandais, la SPOR était le bénéficiaire effectif : elle n'était pas légalement tenue de distribuer les dividendes à ses actionnaires – mais, elle devait distribuer en totalité ses bénéfices, sous réserve des critères de solvabilité et de constitution de réserves ainsi que des statuts constitutifs de la société.

La CAF a affirmé que la CCI n'a fait aucune erreur manifeste ou dominante dans ses conclusions. Ainsi, la SPOR n'était pas un représentant, un mandataire, un prête-nom ou un intermédiaire qui n'exerçait aucun pouvoir discrétionnaire sur l'utilisation ou l'usage des fonds et qui avait accepté d'agir au nom d'une autre personne et de suivre ses instructions sans avoir le droit d'agir autrement. Il n'apparaît pas justifié de lever le voile de la personnalité juridique. Il n'y a pas de preuve de mouvements de fonds préétablis et systématiques à destination des actionnaires. La SPOR était une personne morale menant des opérations et exploitant une entreprise commerciales d'après l'acte de constitution néerlandais. La SPOR n'était pas partie à la convention d'actionnaires et elle n'était donc pas responsable de l'application de la politique de dividendes. Le document de constitution de la SPOR ne l'obligeait pas à verser un dividende; néanmoins, tout dividende doit être versé en vertu du droit néerlandais. La SPOR a payé et a détenu les actions de la SEXP, les dividendes lui appartenaient et ils étaient à la disposition de ses créanciers jusqu'à ce que ses actionnaires approuvent un dividende déclaré par son conseil d'administration.

Les arrêts de la CAF dans *MIL Investments* (2007 CAF 236) et *Prévost* étayaient le principe qu'en vertu des conventions du Canada l'entité étrangère recevant des dividendes, intérêts ou des redevances et exerçant un pouvoir discrétionnaire sur eux est de ce fait leur bénéficiaire effectif. Toutefois, les commentaires du tribunal sur l'utilisation des documents de l'OCDE en vue d'interpréter le Modèle de convention fiscale soulèvent des préoccupations. La CAF a affirmé que, contrairement aux conclusions qu'ont tirées certains de l'affaire *MIL Investments* et aux commentaires exprimés dans l'affaire *Cudd Pressure* (98 DTC 6630 (CAF)), ce dernier arrêt reconnaissait le fait que les Commentaires de l'OCDE de 1977 au Modèle de convention de 1972 peuvent faire œuvre utile dans l'interprétation d'une convention de 1942 puisqu'ils s'appuient sur les mêmes principes moraux que le Modèle de 1972 de l'OCDE. La CAF a affirmé qu'il est généralement dévolu à la convention modèle, et aux commentaires publiés par la suite, un rôle d'encadrement dans l'interprétation et l'application des conventions bilatérales dans la mesure où elles proposent une interprétation raisonnable des mots utilisés dans la

convention modèle, où ils ne sont pas incompatibles avec les commentaires publiés au moment où la convention en question a été signée, et où aucune partie à la convention ne s'est opposée aux nouveaux commentaires. La CAF a cité l'introduction de l'OCDE au Modèle de convention de 2003, qui invite les membres à interpréter les conventions en conformité avec les commentaires tels qu'ils sont modifiés périodiquement et dans l'esprit des commentaires révisés, dans le but d'apporter des précisions et non pas de modifier la signification des articles et des commentaires. La CAF a conclu que le rapport de l'OCDE sur les sociétés intermédiaires de 1986 et les modifications de 2003 de l'OCDE aux commentaires de 1977 représentent un complément utile aux commentaires qui les ont précédés, à la condition qu'ils n'entrent pas en contradiction avec les opinions préalablement émises. Toutefois, il est difficile de concevoir que des États souverains, parties à une convention, à une entente contractuelle, puissent tenir compte de commentaires publiés ultérieurement et encore moins en convenir. Toute tentative d'explication outrepassé souvent les intentions déclarées, et la nécessité même d'avoir à apporter de telles explications laisse suggérer que les parties contractantes peuvent avoir eu des intentions différentes.

Jack Bernstein et Barb Wornld
Aird & Berlis LLP, Toronto

CHANGEMENT RÉTROACTIF AU RÉGIME DE LA TVP EN C.-B.

Un changement rétroactif surprise au régime de la TVP, contenu dans le budget du 17 février 2009 de la C.-B., a une incidence sur les entreprises et organisations nationales qui envoient des documents administratifs (« *administrative materials* ») par la poste dans la province. Le terme « *administrative materials* » n'est pas défini dans la loi, mais le ministère des Finances de la C.-B. le décrit comme incluant les relevés de compte, factures, bons de commande, formulaires commerciaux, rapports financiers, prospectus et rapports annuels.

Depuis 1986, c'est une interprétation du *Tax Interpretation Manual* (TIM) qui régit la position de la province en matière de cotisation : la TVP ne s'appliquait pas aux documents administratifs envoyés individuellement par la poste à des destinataires se trouvant en C.-B. Cette interprétation était favorable aux entreprises qui exercent leurs activités à l'échelle du pays ainsi qu'aux organismes de bienfaisance, cabinets professionnels et autres organisations qui effectuent des envois massifs de documents préparés à l'extérieur de la province à des résidents partout au Canada, parce qu'ils n'étaient pas tenus de consigner les coûts attribuables à la partie des envois destinés à la C.-B. Elle n'accordait pas le même traitement aux entreprises qui effectuent leurs

envois postaux de documents administratifs n'importe où à partir de la Colombie-Britannique à des destinataires individuels : elles devaient payer la TVP de la C.-B. sur leurs frais de poste, sans bénéficier d'une réduction pour les destinataires à l'extérieur de la province.

Il semble qu'il s'agisse d'une interprétation raisonnable de la *Social Service Tax Act*. À divers moments, les tribunaux de la C.-B. ont eu à se pencher sur l'application de la TVP au matériel promotionnel, mais ils ne s'étaient pas prononcés sur les documents administratifs, ou n'avaient pas autrement émis des doutes sur l'interprétation du TIM. Plus récemment, toutefois, un contribuable a présenté une demande de remboursement après qu'un vérificateur de la TVP lui eût fait remarquer qu'il n'était pas redevable de la taxe qu'il avait payée sur des documents administratifs qu'il avait postés dans la province. La demande fut refusée : malgré les 20 ans d'existence d'une interprétation claire et non controversée, le ministère a indiqué que la taxe n'avait pas été payée par erreur et qu'elle n'était pas remboursable. Le ministère a alors indiqué dans le TIM que l'interprétation était actuellement à l'étude.

L'étude est maintenant terminée et son résultat sera coûteux pour certains contribuables et avantageux pour d'autres. Le 19 février 2009, le ministère a rendu public l'avis 2009-002, « *Notice to Businesses – TVP on Administrative Materials* », dans lequel il précise l'application de la TVP aux documents administratifs et annule complètement les effets de l'application de la TVP de la politique antérieure. La TVP s'applique dorénavant aux documents administratifs postés individuellement en Colombie-Britannique et elle ne vise dorénavant plus les envois postaux faits à partir d'un endroit situé dans la province à un destinataire individuel se trouvant à l'extérieur de celle-ci. Qui plus est, l'avis s'applique rétroactivement. L'entreprise qui s'était fiée à l'interprétation de longue date et qui n'avait donc pas payé la TVP sur ses envois postaux dans la province est dorénavant tenue d'autocotiser la taxe sur ceux-ci. Selon l'avis, le ministère renoncera aux intérêts et aux pénalités si le paiement est effectué avant le 23 juin 2009, mais il indique aussi qu'il pourrait procéder à une vérification des registres de l'entreprise pour une période pouvant aller jusqu'à quatre ans. Pour une entité comme un grand détaillant ou une institution financière qui a posté des relevés de compte dans la province au cours de cette période de vérification de quatre ans, cette nouvelle responsabilité pourrait lui coûter des millions de dollars. Les documents budgétaires indiquent que la modification législative nécessaire sera neutre sur le plan des recettes.

L'incidence négative de ce changement rétroactif de politique sera sans nul doute atténuée par le remboursement que le ministère est prêt à verser aux entreprises qui ont payé la taxe sur les envois postaux qu'elles ont faits à partir de la Colombie-Britannique à des destinataires se trouvant à l'extérieur de la province. Mais, compte tenu du pourcentage relativement faible de

bureaux nationaux dans la province, on peut difficilement conclure que ce remboursement compensatoire excédera la taxe à payer. De plus, le ministère perçoit sensiblement plus de TVP en exigeant l'autocotisation de la TVP sur les envois intérieurs, incluant les frais postaux : le bureau de poste ne facture pas la TVP sur les envois destinés à l'extérieur. Un gouvernement est libre de modifier sa politique administrative, mais, par souci d'équité, ce changement ne devrait pas être rétrospectif s'il doit avoir d'importantes répercussions financières négatives pour les contribuables. Ce changement est décrit comme une « clarification » dans l'avis, mais une modification législative a été apportée en vue de percevoir la taxe sur les envois postaux de documents administratifs effectués dans la province (article 33 du projet de loi 2, *Budget Measures Implementation Act, 2009*). En réalité, la modification a pour effet d'imposer une taxe rétroactivement à la période de cotisation de quatre ans; pour le contribuable dont la demande de remboursement a entraîné la révision de la politique originale, la modification est effectivement rétroactive à 2000, à savoir le début de la période de sa demande de remboursement.

Malheureusement, une entreprise qui a reçu un avis de cotisation pour la taxe impayée conformément à l'interprétation du TIM ne trouvera guère de consolation dans le *Taxpayer Fairness and Service Code* de la province. À l'origine, ce code prévoyait un allègement pour le contribuable qui s'était fié à un renseignement écrit (« *written information* ») du ministère, qui était incorrect ou trompeur (« *incorrect or misleading* »). Dorénavant, le code exige du contribuable qu'il se soit fié à une décision écrite du ministère (« *written ministry tax ruling* »), ce qui, selon des représentants du ministère, s'entend d'une décision ne visant que ce contribuable. Au stade de la vérification, un contribuable ne pourra se défendre en invoquant le fait de s'être fié à l'interprétation de longue date du TIM, qui semble avoir été conforme à la loi.

Les détaillants, fournisseurs de service, institutions financières, organismes de bienfaisance et autres organisations devraient déterminer s'ils ont effectué des envois postaux dans la province et à l'extérieur. Soit ils pourront faire une demande de remboursement, soit ils auront des motifs de demander au ministre des Finances la suppression de la modification proposée relativement aux documents administratifs dans le projet de loi 2, avant son adoption.

Terry G. Barnett

Thorsteinssons LLP, Vancouver

COMPARAISONS FISCALES INTERNATIONALES

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié récemment son analyse

Recettes fiscales en pourcentage du produit intérieur brut, années sélectionnées

| | 1995 | 2000 | 2005 | 2006 |
|-------------------------------------------|------|------|------|------|
| Canada..... | 35,6 | 35,6 | 33,4 | 33,3 |
| États-Unis..... | 27,9 | 29,9 | 27,3 | 28,0 |
| Moyenne de l'OCDE..... | 34,8 | 36,1 | 35,8 | 35,9 |
| Moyenne des pays européens de l'OCDE..... | 37,1 | 38,4 | 38,0 | 38,0 |

annuelle des recettes fiscales de ses 30 pays membres. En 2006, dernière année pour laquelle on dispose d'information pour tous les pays membres, le total des recettes fiscales au Canada représentait 33,3 % du produit intérieur brut (PIB), soit le 19^e plus lourd fardeau fiscal des pays de l'OCDE.

Le tableau nous fait voir que les ratios au Canada ont toujours été inférieurs à la moyenne de l'OCDE depuis le début du siècle, et bien inférieurs à la moyenne des membres européens de l'organisation. Malheureusement, les recettes fiscales au Canada ont été constamment supérieures à celles des États-Unis, notre plus proche voisin et notre principal partenaire commercial. Le tableau fait ressortir en outre l'évolution du ratio canadien depuis que le gouvernement fédéral a mis fin aux déficits. Les réductions fiscales, conjuguées à la forte croissance de l'économie du pays, nous ont permis de réduire les impôts en pourcentage du PIB, les faisant passer d'environ 35 % à 33,3 % observé en 2006 et dans les résultats préliminaires de 2007. Fait intéressant, le ratio s'est accru aux États-Unis au cours des quatre dernières années.

Ces comparaisons fiscales doivent toujours être interprétées avec prudence. La relation entre les recettes fiscales et les mesures du revenu national ne donnent aucune indication sur la compétitivité de chaque économie nationale. Les différentes conséquences de l'utilisation des impôts et taxes sur le revenu, sur la consommation ou sur les ressources naturelles peuvent influencer sur la croissance de l'économie. Les fins auxquelles les recettes fiscales sont affectées peuvent également brouiller les comparaisons; les impôts affectés aux soins de santé peuvent entraîner un déplacement des fonds du secteur public vers le secteur privé, p. ex., et ainsi procurer un avantage aux sociétés canadiennes qui sont en concurrence avec des sociétés américaines qui, pour leur part, offrent des assurances privées à leurs salariés.

Malheureusement, le passé est fort peu utile pour la prévision de l'avenir. Les réductions opérées au Canada l'ont été alors que la croissance économique était forte. Au fur et à mesure que la crise économique internationale se déploie, la réaction des gouvernements d'ici et d'ailleurs à l'égard des gros déficits pourra non seulement influencer sur les niveaux d'imposition, mais également sur les positions relatives de chacun des pays.

David B. Perry

Toronto

COMPTABILISATION DES IMPÔTS POUR LES EPÉ ET LES FNR

Le budget fédéral de 2009 comportait plusieurs mesures intéressantes et positives en fiscalité internationale, y compris l'abrogation de l'article 18.2 (ce qu'on appelle la règle du cumul de déductions), ainsi que l'engagement de tenir compte des recommandations du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale dans son rapport de décembre 2008, relativement à la fois aux mesures sur les sociétés étrangères affiliées annoncées en février 2004 et aux règles proposées portant sur les entités de placement étrangères (EPÉ) et les fiducies non résidentes (FNR). Ce dernier élément soulève le problème de la méthode de comptabilisation des impôts pour les placements dans les EPÉ et les FNR dans le cadre des PCGR canadiens (puisque les PCGR américains diffèrent de ces derniers et ne tiennent compte que des lois édictées).

Dix années se sont écoulées depuis que le gouvernement fédéral a annoncé son intention d'empêcher le report d'impôt et l'évitement fiscal relativement aux revenus de placement à l'étranger des résidents du Canada. Pour régler la question des lacunes perçues dans les règles en vigueur, le budget fédéral de 1999 a proposé de nouvelles mesures concernant l'imposition des EPÉ et des FNR, puis plusieurs avant-projets de loi se sont succédés. La complexité technique et les très nombreuses modifications des propositions ont posé des défis d'interprétation et d'observation aussi bien pour les fiscalistes que pour les contribuables. Après leur adoption, les règles révisées étaient censées entrer en vigueur dans les années qui suivirent 2006.

La plus récente version du projet de loi portant sur les EPÉ et les FNR (l'ancien projet de loi C-10, à ne pas confondre avec la *Loi d'exécution du budget de 2009*, qui correspond au projet de loi C-10 de l'actuelle session parlementaire) est passé en troisième lecture à la Chambre des communes le 29 octobre 2007, et il a été remis au Sénat pour approbation finale. Son adoption à la Chambre des communes signifiait que le projet de loi était « pratiquement en vigueur » en vertu des PCGR canadiens et que ses répercussions devaient être prises en compte dans les états financiers publiés à compter de cette date. Après la deuxième lecture au Sénat, le projet a été renvoyé au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui envisageait d'y apporter des modifications. À la suite du déclenchement des élections générales du 7 septembre 2008, le Parlement a été dissous, ce qui a par la même occasion mis fin aux travaux qui n'étaient pas encore terminés; sans la sanction royale, l'ancien projet de loi C-10 est ainsi mort au Feuilleton.

Le ministre des Finances n'a pas encore rétabli à la Chambre des communes le projet de loi sur les EPÉ et les FNR. L'appui dans le budget de la recommandation du Groupe consultatif (selon qui le gouvernement devrait revoir les propositions législatives à la lumière de

l'ensemble des régimes anti-report d'impôt) ne contenait aucune autre précision. Aucun projet de loi sur les EPÉ et les FNR n'est actuellement à l'étude, mais les règles proposées dans l'ancien projet de loi C-10 demeurent toujours pratiquement en vigueur aux fins des PCGR canadiens. Le Comité sur les problèmes nouveaux de l'ICCA affirme qu'un projet de loi mort au Feuilleton à la suite du déclenchement d'élections générales continue d'être « pratiquement en vigueur » du point de vue de la comptabilité, sauf si le gouvernement perd les élections et que son successeur affirme qu'il ne rétablira pas le projet de loi.

Une fois réélu, le gouvernement minoritaire du Parti conservateur a indiqué qu'il prévoit rétablir l'étude des anciennes propositions sur les EPÉ et les FNR : dans son plus récent budget, il continue d'appuyer les objectifs en matière de politiques qui sous-tendent le projet de loi. Par conséquent, en dépit de l'incertitude concernant la forme et l'état à venir des nouveaux régimes des EPÉ et des FNR, les grands cabinets d'expertise comptable ont dégagé un haut degré de consensus voulant que l'ancien projet de loi C-10 demeure « pratiquement en vigueur » pour les années 2007 et 2008. Le cas échéant, leur traitement en vertu des PCGR canadiens pourra être revu à la lumière des annonces éventuelles du gouvernement concernant le projet de loi. Curieusement, certains porte-parole de l'ARC ont indiqué que les contribuables devraient produire leur déclaration de revenus comme si les règles sur les EPÉ avaient été édictées.

Albert Baker

Deloitte & Touche LLP, Vancouver

Sara McCracken

Heddema & Partners LLP, Vancouver

PRÊTS À DEMANDE EN ONTARIO : DÉLAI DE PRESCRIPTION

Le 27 novembre 2008, dans un projet de loi omnibus décrétant à nouveau tout ou parties de plus de 100 textes de loi, l'Ontario a adopté des modifications législatives qui ont pour effet effectivement d'inverser l'incidence de l'arrêt *Hare c. Hare* (2006 CanLII 41650 (Ont. CA)) portant sur le délai de prescription s'appliquant aux billets à demande. La nouvelle date de départ du délai de prescription de deux ans est le premier jour auquel une demande est soumise de corriger tout défaut d'exécuter une obligation en vertu de la créance (tel un défaut de paiement). Les modifications sont rétroactives au 1^{er} janvier 2004, date d'entrée en vigueur de la *Loi sur la prescription des actions* de 2002. En conséquence, pour certains billets à demande, les délais de prescription précédemment expirés compte tenu de l'arrêt *Hare c. Hare* ont été rétablis rétroactivement ou n'ont pas encore commencé à courir.

Dans l'arrêt *Hare c. Hare* rendu en 2006, la Cour d'appel de l'Ontario a affirmé que le délai de prescription de deux ans s'appliquant à un billet à demande (ou autre obligation à demande) énoncé dans la *Loi sur la prescription des actions* de 2002 de l'Ontario commençait à courir lorsque le prêt était consenti et non, comme on pourrait s'y attendre, à la date à laquelle une demande de remboursement (ou d'exécution de quelque autre obligation) était soumise. L'Association du Barreau de l'Ontario a demandé que la loi soit modifiée pour préciser que le délai de prescription d'un billet à demande commence le jour où se produit un défaut de paiement (dans la mesure où toutes les autres conditions du prêt sont respectées), et non à la date à laquelle le prêt à demande est consenti. (Voir « Prêt à demande prescrit », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, mai 2008.)

Les dernières modifications législatives ne concernent pas les obligations à demande datées d'avant 2004, alors que la loi de 2002 était en vigueur; ces obligations continuent d'être soumises au délai de prescription de six ans à compter de la date à laquelle elles ont été contractées (ou un paiement a été fait en vertu de la dette ou une reconnaissance de celle-ci a été donnée). Par conséquent, une obligation en vertu d'un emprunt à demande de 2003 devient prescrite à son anniversaire de 2009, à moins que quelque mesure soit prise pour relancer le délai de prescription. Étant donné que les billets à demande sont souvent utilisés aux fins fiscales, les fiscalistes devraient prendre acte des modifications apportées à ces règles. L'expiration ou le report d'un délai de prescription peut être limité ou relancé par une action à l'égard du billet, p. ex. par une reconnaissance de la dette ou en faisant en sorte que le débiteur fasse un paiement partiel au titre du capital ou des intérêts. Notez que des intérêts réputés aux fins de l'impôt, notamment en vertu de l'article 80.4, ne constituent pas un paiement en vertu de la common law.

De nombreux prêts familiaux mettent en cause des personnes liées et, pour cette raison, ne sont pas exposés aux conséquences fiscales négatives découlant des règles relatives aux remises de dette, nonobstant les conséquences commerciales pour le prêteur de ne plus être en mesure d'exiger le paiement. Cependant, les règles visant expressément l'application de l'article 80 ne s'appliquent qu'aux dettes commerciales qui sont devenues prescrites si le débiteur et le créancier n'ont pas de lien de dépendance ou ont un lien de dépendance et ne sont pas liés.

Les fiscalistes voudront probablement revoir la situation de leurs clients qui ont des billets à demande assujettis à la loi ontarienne. Ils devraient revoir les déclarations fiscales soumises antérieurement considérant le fait que la loi ravive le caractère exécutoire d'un prêt à demande. Ils devraient également cibler les prêts à demande antérieurs à 2004 susceptibles d'expirer pour déterminer toute mesure qu'il y aurait à prendre pour en maintenir le caractère exécutoire.

John Jakolev et Graham Turner
Jet Capital Services Limited, Toronto

LES COTISATIONS D'AE, UNE TAXE INVALIDE

Dans l'arrêt *Confédération des syndicats nationaux* (2008 CSC 68), la Cour suprême du Canada (CSC) s'est récemment penchée sur les limitations constitutionnelles à l'imposition de taxes dans le cadre d'une contestation du mécanisme de fixation des cotisations en vertu du régime fédéral d'assurance-emploi (AE). Le contribuable a également contesté, sans succès, plusieurs autres aspects du régime de l'AE.

De nombreux mécanismes de fixation des cotisations ont été utilisés depuis l'entrée en vigueur du régime de l'AE. En 1996, la Commission de l'assurance-emploi s'est vu confier le mandat de fixer les cotisations en vertu de l'article 66 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, qui exigeait un taux relativement stable pour permettre l'accumulation de réserves adéquates. En 2002, 2003 et 2005, le gouverneur général en conseil a fixé le taux des cotisations en vertu d'un nouveau mécanisme prévu aux articles 66.1 et 66.3, qui n'avaient pas de critères législatifs nécessaires à l'encadrement et à l'orientation de l'établissement des taux.

Dans l'arrêt *Confédération des syndicats nationaux*, le contribuable voulait obtenir une déclaration selon laquelle les mécanismes de fixation des cotisations adoptés depuis 1996 étaient invalides parce que, entre autres, ils n'avaient pas un lien suffisant avec le système réglementaire de l'AE et que, par conséquent, ils imposaient une taxe plutôt qu'un prélèvement réglementaire. De plus, le contribuable faisait valoir que l'imposition de cette taxe représentait un exercice illégal du pouvoir de taxation fédérale parce qu'elle contrevenait au principe du contrôle parlementaire du prélèvement d'impôts consacré par l'article 53 de la *Loi constitutionnelle*; pour sa part, la Couronne prétendait que le pouvoir de taxation fédérale avait été exercé valablement en vertu d'une délégation de pouvoir claire et complète par le Parlement. Le contribuable avait été débouté devant la Cour supérieure du Québec et la Cour d'appel du Québec, et il avait obtenu la permission de se pourvoir en appel devant la CSC.

Sur la question de savoir si les cotisations constituaient une taxe, la CSC a indiqué que la loi précédente laissait entendre que les cotisations perçues à compter de 1996 constituaient des prélèvements réglementaires parce qu'ils avaient un lien suffisant avec un système réglementaire (*Westbank First Nation*, [1999] 3 RCS 134, et *620 Connaught Ltd.*, [2008] 1 RCS 131). Même si des surplus substantiels s'étaient accumulés dans le compte d'AE depuis 1996, le taux des cotisations était soumis aux lignes directrices de l'article 66, qui établissaient un lien entre les cotisations et les dépenses et recettes du programme de l'AE. Cependant, les dispositions qui avaient été utilisées pour établir le taux des cotisations en 2002, 2003 et 2005 ne contenaient pas ces lignes directrices. Selon le tribunal, cette omission « a modifié

radicalement » l'analyse parce que le lien juridique entre les cotisations et le cadre réglementaire a disparu : au cours de ces années, les cotisations sont devenues « une imposition sur les listes de paie et les salaires » et elles se sont bel et bien « transformées en une taxe ».

Après avoir déterminé que les cotisations constituaient une taxe dans plusieurs des années visées, le tribunal a ensuite évalué si l'exigence en vertu de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle* avait été respectée, à savoir que seul le Parlement peut imposer une taxe. Le tribunal a fait remarquer que le pouvoir du Parlement d'imposer une taxe ne peut être délégué sans une expression claire, dépourvue d'ambiguïté, de l'intention de déléguer ce pouvoir (*Ontario English Catholic Teachers' Assn.*, [2001] 1 RCS 470, et *Eurig Estate (Re)*, [1998] 2 RCS 565). Un délégué dûment autorisé peut exercer son pouvoir de détermination des modalités et des mécanismes d'application de la taxe. Cependant, les dispositions en cause ne prévoyaient pas que le Parlement délègue un pouvoir de taxation au gouverneur général en conseil; la nature du prélèvement était donc « ambiguë ». On ne sait cependant pas si le Parlement estime toujours qu'il maintient l'autorisation d'imposer un prélèvement réglementaire. Par conséquent, les articles 66.1 et 66.3 – applicables en 2002, 2003 et 2005 – ont été déclarés invalides en ce qui a trait à l'imposition d'une taxe et, par conséquent, les cotisations d'assurance-emploi pour ces années « ont été perçues illégalement ». Suivant sa pratique habituelle, cependant, le tribunal a suspendu l'effet de déclaration d'invalidité pour une période de 12 mois pour « permettre de remédier aux conséquences de celle-ci ».

Le tribunal en est arrivé à la conclusion plutôt surprenante que les cotisations d'AE avaient été perçues illégalement sans l'autorisation législative nécessaire pendant un certain nombre d'années – ce qui donnerait probablement lieu en droit constitutionnel à un remboursement en vertu de la doctrine dégagée dans l'arrêt *Kingstreet Investments Ltd.* (2007 CSC 1) – mais la prochaine étape est incertaine. Si le gouvernement fédéral entend effectivement « remédier » à la situation l'an prochain et que, p. ex., il adopte des mesures législatives rétroactives, l'effet des conclusions de la CSC sur l'invalidité des cotisations d'AE est substantiellement atténué. Un tel recours aux lois rétroactives (comme dans *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 RCS 1161) soulève des enjeux troublants : en effet, on peut dire que cela est contraire à la règle de droit et mine la confiance des contribuables dans le système judiciaire comme avenue efficace pour contester des mesures fiscales discutables.

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

CRÉDIT D'IMPÔT POUR L'ACHAT D'UNE PREMIÈRE HABITATION

Le crédit d'impôt annoncé dans le budget fédéral de 2009 pour l'achat d'une première habitation, qui a peut-être été éclipsé par le nouveau crédit d'impôt pour la rénovation domiciliaire, est plus large que ce que le gouvernement avait proposé lors de la campagne électorale de 2008. Le budget fait également passer de 20 000 \$ à 25 000 \$ la somme que l'acheteur d'une première habitation peut retirer d'un REER en franchise d'impôt après le 27 janvier 2009 pour acheter ou construire une nouvelle habitation.

Le crédit d'impôt non remboursable pour l'achat d'une première habitation est disponible pour l'acquisition d'une habitation admissible si la date de clôture de l'opération est postérieure au 27 janvier 2009. Le crédit maximum est égal au produit de la multiplication de 5 000 \$ et du taux d'impôt sur le revenu des particuliers le moins élevé pour l'année (actuellement, 15 %) ou 750 \$. Lors de la campagne électorale, le montant maximum du crédit proposé était le même, mais il était lié aux frais de clôture de l'acquisition d'une nouvelle habitation et instauré progressivement sur quatre ans.

Le particulier ou son époux ou conjoint de fait peut demander le nouveau crédit. Ni l'un ni l'autre ne peut avoir été propriétaire-occupant d'une autre habitation au cours de l'année ou des quatre années précédentes. Une habitation admissible est admissible au régime d'accession à la propriété, et le particulier, son époux ou son conjoint de fait doit avoir l'intention de l'occuper à titre de lieu principal de résidence au plus tard un an après son acquisition. Le crédit est également disponible dans le cas de certaines habitations acquises pour un membre de la famille qui a droit au crédit d'impôt pour personnes handicapées ou pour son compte.

Jim Yager
KPMG LLP, Toronto

PROFITS DES SUCCURSALES AMÉRICAINES ET ENTITÉS HYBRIDES

Le cinquième protocole relatif à la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, récemment adopté, refuse à certaines entités hybrides les avantages de la convention. L'article IV(7)a) s'applique si un résident d'un pays reçoit des paiements ou tire des montants d'une entité hybride qui est reconnue comme un contribuable distinct par ce pays, mais pas par l'autre pays. Cette règle aura d'importantes répercussions sur certaines structures utilisées par des résidents canadiens pour investir aux États-Unis, p. ex. une société à responsabilité limitée (SARL) SCAN.

Dans une situation type, une SARL appartenant à une SCAN exploite une entreprise aux États-Unis. L'impôt des

États-Unis s'applique à SCAN comme si elle exploitait une succursale aux États-Unis, soit parce que la SARL a un propriétaire unique et qu'elle n'est pas reconnue aux fins de l'impôt américain, soit parce que la SARL a de multiples propriétaires et qu'elle exploite une entreprise aux États-Unis. L'article IV(7)a retire à SCAN les avantages de la convention parce que son revenu américain est gagné par une entité hybride (SARL US) qui est reconnue au Canada comme un contribuable distinct, mais qui n'est pas reconnue ou qui est traitée comme une entité intermédiaire aux fins fiscales américaines. En conséquence, le taux d'imposition réduit de 5 % des bénéfices des succursales prévu dans la convention n'a pas priorité sur le taux de 30 % prévu dans l'*Internal Revenue Code*.

Par ailleurs, la SARL peut être convertie en une société en commandite américaine, conservant la structure de succursale et admissible au taux d'imposition réduit de 5 % des bénéfices des succursales sur les bénéfices distribués à SCAN. Parmi les autres solutions envisageables, mentionnons la possibilité que la SARL opte pour être traitée comme une société américaine ou qu'elle se reconstitue en société aux États-Unis, mais la FIRPTA peut donner lieu à un impôt américain si la SARL détient des biens immeubles aux États-Unis. Une restructuration peut entraîner de plus amples conséquences fiscales aux États-Unis, comme une distribution réputée à SCAN si les règles relatives aux sociétés de personnes aux États-Unis font que sa part des dettes de l'entité hybride est réputée être modifiée. Il faut aussi prendre en considération les implications fiscales au Canada.

Les nouvelles règles concernant les entités hybrides risquent de poser des problèmes importants aux membres canadiens des SARL américaines. D'autres entités hybrides sont également touchées. Par exemple, un citoyen ou un résident des États-Unis qui détient des actions d'une entité hybride canadienne – disons, une société à responsabilité illimitée – peut voir ses impôts canadiens augmenter. Il y a donc lieu de revoir toute structure utilisant une entité hybride canadienne ou américaine pour apprécier toute incidence défavorable des nouvelles règles, et déterminer les conséquences fiscales résultant des solutions de restructuration des deux côtés de la frontière. Les nouvelles règles concernant les entités hybrides entrent en vigueur le 1^{er} janvier 2010, ce qui laisse aux praticiens le temps de modifier les structures existantes.

Marla Waiss

Hodgson Russ LLP, Buffalo

CHANGEMENTS POUR LES SPCC PAR SUITE DU BUDGET FÉDÉRAL

Le projet de loi C-10, *Loi d'exécution du budget de 2009*, qui a reçu la sanction royale le 12 mars 2009, met en œuvre les propositions du budget fédéral de 2009 qui

Taux d'impôt sur le revenu combinés des SPCC et petites entreprises (exercice de 12 mois prenant fin le 31 décembre 2009)

| | Revenu d'entreprise exploitée activement par une SPCC | |
|-------------------------------------|-------------------------------------------------------|----------------------------|
| | Jusqu'à 400 000 \$ | De 400 000 \$ à 500 000 \$ |
| | <i>en pourcentage</i> | |
| Fédéral | 11,00 | 11,00 |
| Alberta | 14,00 | 15,73 (14,00) ^a |
| Colombie-Britannique | 13,50 | 22,00 |
| Manitoba | 12,00 | 23,50 |
| Nouveau-Brunswick | 16,00 | 24,00 |
| Terre-Neuve-et-Labrador | 16,00 | 16,00 |
| Territoires du Nord-Ouest | 15,00 | 15,00 |
| Nouvelle-Écosse | 16,00 | 27,00 |
| Nunavut | 15,00 | 15,00 |
| Ontario | 16,50 | 16,50 |
| Île-du-Prince-Édouard | 13,37 | 13,37 |
| Québec | 19,00 | 22,90 |
| Saskatchewan | 15,50 | 15,50 |
| Yukon | 15,00 (13,50) ^b | 26,00 (13,50) ^b |

^a Pour l'Alberta, comme le plafond pour une SPCC passera de 460 000 \$ à 500 000 \$ le 1^{er} avril 2009, le taux le moins élevé s'applique au revenu de l'entreprise exploitée activement par une SPCC qui se situe entre 400 000 \$ et 460 000 \$. ^b Au Yukon, le taux le moins élevé s'applique au revenu de F&T.

prévoit des allègements aux SPCC. Le plafond des affaires pour une SPCC est passé de 400 000 \$ à 500 000 \$, et ce, rétroactivement au 1^{er} janvier 2009, et les règles sur le moment de l'acquisition du contrôle d'une société sont précisées.

La majoration du plafond des affaires signifie qu'une SPCC assujettie au taux d'imposition des petites entreprises économisera jusqu'à 8 000 \$ d'impôt au fédéral en 2009. Les économies seront plus élevées à Terre-Neuve-et-Labrador, aux Territoires du Nord-Ouest, au Nunavut et à l'Île-du-Prince-Édouard où le plafond provincial/territorial d'une SPCC est harmonisé avec celui du fédéral. L'Ontario et la Saskatchewan bénéficient déjà d'un plafond de 500 000 \$ et le plafond de l'Alberta passera de 460 000 \$ à 500 000 \$ le 1^{er} avril 2009. Le budget de 2009 de la Colombie-Britannique ne comprend pas de mise à jour du plafond des petites entreprises qui reste à 400 000 \$. Les quatre autres provinces et le Yukon n'ont pas à ce jour indiqué si leur plafond serait harmonisé avec celui de 500 000 \$. Le tableau montre les taux d'imposition combinés des petites entreprises et SPCC sur le revenu d'entreprise exploitée activement jusqu'à 500 000 \$.

La majoration du plafond des affaires pour une SPCC permet à plus de SPCC de payer leur solde d'impôt sur le revenu exigible dans un délai de trois mois – au lieu de deux mois – après la fin de l'année d'imposition. Après 2008, une SPCC ayant un revenu imposable de 500 000 \$

(auparavant 400 000 \$) ou moins est admissible à l'échéance prolongée. De plus, à compter de l'année d'imposition 2009, une SPCC dont le revenu imposable est de 500 000 \$ (auparavant 400 000 \$) ou moins est admissible au versement trimestriel – plutôt que mensuel – des acomptes provisionnels. Aussi, la limite des dépenses de RS&DE de 3 M\$, applicable aux SPCC qui gagnent des CCI au taux majoré de 35 %, est réduite et éliminée lorsque le revenu imposable de l'année précédente (se terminant après 2009) de la SPCC atteint 500 000 \$ (auparavant 400 000 \$) et 800 000 \$ (auparavant 700 000 \$) respectivement. (Le plafond de dépenses peut également être diminué selon le capital imposable; cette réduction, prévue dans le budget fédéral de 2008, demeure inchangée.)

Comme le plafond de l'Alberta n'excèdera plus celui du fédéral pour les SPCC, l'impôt de surintégration est dans les faits annulé. (Le projet de loi 48, *Alberta Corporate Tax Amendment Act, 2008*, a reçu la sanction royale le 2 décembre 2008.) L'impôt s'applique si une société paie des dividendes déterminés à même son revenu gagné après 2008 qui est admissible à la déduction pour petites entreprises de l'Alberta, mais non à la déduction pour petites entreprises du fédéral.

Lorsqu'aucun choix n'était produit, on présumait que le contrôle d'une société avait été acquis au début du jour où le contrôle de la société avait eu lieu, et non pas au moment précis de la journée où le transfert réel des actions avait eu lieu. Cette différence entre le moment de l'acquisition réputée du contrôle et le moment du transfert réel des actions a donné lieu à des anomalies. Par exemple, dans l'arrêt *La Survivance*, [2007] 1 CTC 189 la CAF a permis à une société publique de réaliser une perte admissible au titre d'un placement d'entreprise lors de la vente d'une filiale à une société privée puisqu'on a présumé que l'acquéreur a contrôlé la filiale lors du transfert des actions. Une des conséquences de cette décision est le fait qu'un particulier ayant vendu à une société publique ou non-résidente des actions d'une SPCC exploitant une petite entreprise (SEPE), peut ne pas être admissible à l'exonération cumulative des gains en capital. Le projet de loi C-10 instaure une modification pour que cette règle de présomption ne s'applique pas aux fins de la détermination d'une société à titre de SEPE ou de SPCC pour les acquisitions de contrôle survenues après 2005, sauf si l'acquisition a eu lieu avant le 28 janvier 2009 et que le contribuable produit un choix. Dans le but d'éviter une lourdeur administrative, on présume qu'un contribuable a produit ce choix si la déclaration effectuée avant le 28 janvier 2009 repose sur l'interprétation de l'arrêt *La Survivance*.

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

FENÊTRES DE CALCUL DE LA CAPITALISATION RESTREINTE

Une récente interprétation technique de l'ARC (TI) réexamine le sens de l'expression « au début d'un mois civil se terminant dans l'année » dans les divisions 18(4)a(ii)(B) et (C) (document n° 2008-028661, 29 octobre 2008). Même si la TI reprend certaines positions bien établies de l'ARC quant à l'interprétation de cette expression, elle soulève aussi de nouvelles et intéressantes questions sur la façon dont les capitaux propres et les dettes d'une société doivent être calculés aux fins des dispositions relatives à la capitalisation restreinte lorsque l'année d'imposition de la société commence ou prend fin au milieu du mois.

Dans les faits présentés dans la TI, une société (A) est constituée le 3 juin 2007 et elle choisit que sa première année d'imposition prenne fin le 15 juin 2007 (exercice 1). L'année d'imposition suivante de la société A a donc débuté le 16 juin 2007 et a pris fin le 15 juin 2008 (exercice 2). Cette situation de fait n'est pas rare dans les acquisitions transfrontalières où on trouve, p. ex., une société canadienne d'acquisition qui est constituée en société en vue d'acquérir la cible canadienne et qui est fusionnée avec celle-ci au milieu du mois. Pour calculer le surplus d'apport et le capital versé de la société A (divisions 18(4)a(ii)(B) et (C), respectivement) pour le mois de juin 2007 du deuxième exercice, la TI se demande si l'expression « au début d'un mois civil se terminant dans l'année » désigne le tout premier moment de la journée du 16 juin 2007.

La TI confirme tout d'abord que l'opinion bien établie de l'ARC selon laquelle l'expression « au début d'un mois civil » désigne le premier moment du premier jour du mois civil et que par conséquent les capitaux investis à tout autre moment de ce jour ne sont pas pris en compte pour ce mois. Cependant, à la table ronde de la conférence annuelle 2007 de l'ACEF, l'ARC s'est légèrement écartée de cette position et a affirmé que dans le cas d'une société nouvellement constituée, l'expression « au début d'un mois civil » désigne la date de la constitution en société. La version publiée des commentaires de l'ARC (*Nouvelles techniques de l'impôt sur le revenu*, n° 38, 22 septembre 2008) met au jour la logique sous-jacente : le début du premier mois civil ne peut précéder la date de constitution en société parce que le premier exercice de la société ne commence qu'à compter de cette date. La position de l'ARC est raisonnable : puisque le paragraphe 18(4) s'applique aux fins du calcul du revenu de la société canadienne « pour une année d'imposition », les soldes de capitaux pertinents doivent se limiter à ceux qui existent au cours de cette année d'imposition.

Les parties qui ont présenté leur demande pour la TI cherchaient à obtenir la confirmation d'un principe plus général qui découle de cette hypothèse : à savoir que

pour toute année d'imposition, le début pertinent du premier mois civil auquel prend fin l'exercice est le premier moment de cette année (qui ne survient pas nécessairement au premier jour de ce mois), et inversement, que la fin pertinente du dernier mois civil de cette année d'imposition est le dernier jour de cet exercice. Toutefois, la TI a adopté une approche différente qui semble s'écarter de la logique de sa réponse de la conférence de 2007. Selon la TI, le début d'un mois civil au cours duquel prend fin une année d'imposition peut être un moment qui précède le début de cette année d'imposition de sorte que, pour les faits présentés dans la TI, le début du premier mois civil prenant fin au deuxième exercice est le 3 juin 2007, soit la date de la constitution en société. En outre, on indique dans la TI que le dernier jour du dernier mois civil du deuxième exercice (juin 2008) ne survient pas dans cette année d'imposition – la deuxième année d'imposition prend fin le 15 juin 2008 – de sorte qu'il n'y a pas de capitaux à inclure en application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte au deuxième exercice pour ce mois. Il n'y a pas non plus de capitaux dans le calcul de la période tampon du premier exercice, soit du 3 juin au 15 juin 2007. Fait intéressant, l'ARC conclut également qu'en vertu du sous-alinéa 18(4)a(i), il n'y a pas de dette exigible relativement au dernier mois du deuxième exercice, puisque juin 2008 n'est pas un « mois civil se terminant dans l'année ». Il n'y a pas non plus de dettes pour la période tampon du premier exercice.

L'approche de l'ARC semble reposer sur une interprétation stricte et rigoureuse de l'expression « mois civil ». On peut toutefois faire valoir qu'une interprétation plus textuelle, contextuelle et téléologique du paragraphe 18(4) restreint les soldes des capitaux propres et des dettes à ceux qui surviennent au cours de cette année d'imposition précise, ce qui donne lieu à une application à la fois uniforme, cohérente et pertinente de la règle. Supposons que la fin de l'exercice de la société X est le 29 juin 2008. Si la société X s'attend à générer d'importants revenus avant la fin de son exercice, elle peut augmenter ses dettes à l'égard de non-résidents déterminés le 1^{er} juin 2008 en vue d'augmenter la déduction des intérêts pour son exercice qui prend fin le 29 juin 2008, et utiliser ainsi ses bénéfices non répartis pour compenser l'augmentation de ses dettes à l'exercice suivant. En fait, la société X utilise ses bénéfices non répartis de 2008 pour accroître au moins en partie ses droits en matière de capitalisation restreinte pour cet exercice, ce qui semble contraire à la division 18(4)a(ii)(A). La limitation des montants pris en compte dans l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte à ceux qui surviennent au cours d'un exercice en particulier aurait pour effet de supprimer ces anomalies.

La motivation de l'ARC provient peut-être de ce qu'elle s'inquiète du fait qu'une approche différente puisse donner lieu à un étalement sur 13 mois des capitaux du deuxième exercice. Cela dit, rien dans le paragraphe 18(4)

ne laisse suggérer que le calcul doit être fait sur une période maximale de 12 mois, et un calcul sur une période de 13 mois ne peut être écarté d'après l'approche adoptée dans le cadre de la table ronde. Par exemple, si la première année d'imposition d'une société constituée le 28 juin 2007 prend fin le 30 juin 2008, les capitaux propres et les dettes de cette année sont étalés sur 13 mois.

La TI semble également apporter des modifications (ou peut-être des précisions) sur la réponse que l'ARC a formulée dans le cadre de la table ronde en suggérant que le « début d'un mois civil » d'une société nouvellement constituée est le premier moment du jour de sa date de constitution : ce qui a été dit à la table ronde était que le début du premier mois est « la date de constitution ». En dépit de sa logique qui semble peu réaliste, la TI affirme plus loin que par conséquent, une avance de capitaux au premier moment de la date de constitution en société pourra être prise en compte dans le calcul du ratio d'endettement. Cette nouvelle formulation semble diluer de façon considérable la portée de l'allègement administratif que laissait envisager la réponse fournie par l'ARC dans le cadre de la table ronde. Peut-être que ce commentaire dans la TI vise à préciser que les capitaux doivent être empruntés le plus tôt possible après la constitution en société, et non pas nécessairement au premier moment de cette journée.

Nik Diksic

Ernst & Young LLP, New York

INCERTITUDES RELATIVES AUX FBAR

Toute personne des États-Unis ayant un intérêt financier ou un pouvoir de signature dans un ou plusieurs comptes financiers dans un pays étranger doit produire le formulaire TD F 90-22.1 de l'IRS (le *foreign bank account report*, ou FBAR) si la valeur globale de ces comptes dépasse 10 000 \$ à quelque moment au cours d'une année civile. L'échéance de production du FBAR est le 30 juin suivant l'année au cours de laquelle les obligations de déclaration sont remplies. Aucune prolongation du délai de production n'est prévue; les instructions qui accompagnent le formulaire indiquent qu'un contribuable ne doit pas soumettre le FBAR avec sa déclaration de revenus fédérale. En octobre 2008, le Trésor a mis à jour et sensiblement modifié le formulaire, pour les rapports postérieurs à 2008, pour exiger des renseignements plus détaillés d'un plus large éventail de déclarants.

Une modification importante concerne une définition : une personne des États-Unis s'entend désormais d'une personne en affaires ou faisant des affaires aux États-Unis. La portée de ce libellé est loin d'être claire et, en conséquence, en l'absence de lignes directrices de l'IRS, de nombreux étrangers non résidents pourraient décider

de produire un FBAR comme mesure préventive. La définition d'un compte financier (« *financial account* ») est également élargie pour englober les comptes de cartes de débit et de cartes de crédit prépayées. Les instructions qui accompagnent le formulaire précisent toutefois maintenant que l'expression ne comprend pas les obligations, billets ou certificats d'actions individuels détenus par le déclarant, ni un prêt non garanti à un établissement ou à une entreprise à l'étranger qui n'est pas une institution financière.

La définition d'un intérêt financier (« *financial interest* ») s'étend aussi désormais aux comptes dont le titulaire inscrit ou le détenteur du titre légal est une fiducie, ou une personne agissant pour le compte d'une fiducie, qui a été constituée par cette personne des États-Unis et pour laquelle un protecteur de fiducie a été nommé. Une personne des États-Unis détient désormais un intérêt financier dans un compte de banque ou autre compte financier d'une société si elle en possède plus de 50 % des actions avec droit de vote, un critère qui n'était fondé précédemment que sur la valeur des actions. De même, un intérêt financier dans un compte de banque ou un autre compte financier d'une société de personnes est maintenant attribué à une personne qui détient une participation de plus de 50 % du capital de la société, ce qui diffère du critère précédent qui était fondé uniquement sur le pourcentage de profit de la personne.

Les pénalités pour non-production d'un FBAR sont sévères. Une amende administrative peut aller jusqu'à 10 000 \$ mais, pour toute violation intentionnelle, la pénalité peut, pour chaque année de défaut de déclaration d'un compte, atteindre 100 000 \$ ou 50 % du solde du ou des comptes non déclarés, selon le plus élevé des deux, et des sanctions pénales peuvent s'appliquer. Aucune exception pour cause raisonnable n'est prévue pour une violation intentionnelle. Deux sénateurs américains ont proposé récemment une disposition législative visant à accroître la capacité du ministère de la Justice de poursuivre les cas de fraude fiscale en appliquant la législation internationale sur le blanchiment d'argent dans le cas d'un contribuable qui ne produit pas un FBAR. Un cas de jurisprudence récent et des changements de politique à la division fiscale du ministère de la Justice accroissent également le risque de poursuites au titre du blanchiment d'argent pour des infractions fiscales.

Un contribuable qui pense qu'il aurait dû produire un FBAR dans une année antérieure et qui n'a toujours pas été contacté par l'IRS devrait envisager la divulgation volontaire de l'omission. L'IRS et le ministère de la Justice voient généralement d'un bon œil la divulgation volontaire lorsqu'ils envisagent une poursuite criminelle, mais cela ne garantit aucune immunité contre des poursuites et n'offre probablement aucun allègement à l'égard des sanctions administratives.

L'entente conclue le 18 février 2008 entre la société suisse UBS et le ministère de la Justice en vue de la

divulgation des noms et de renseignements sur les comptes de certaines personnes des États-Unis, y compris certaines personnes qui n'ont pas produit de FBAR, incite encore davantage les contribuables à produire le formulaire. Lorsqu'elle a admis avoir aidé de nombreuses personnes des États-Unis à dissimuler des actifs imposables en cachant le revenu dans des comptes à l'étranger, UBS a accepté de payer 780 M\$ aux États-Unis en vertu d'un accord de suspension de poursuite. Même si l'autorité bancaire suisse a approuvé la divulgation de données sur les clients, la coopération d'UBS a été ralentie, et pourrait même être interdite, par les lois suisses sur le secret bancaire. Les États-Unis ont cependant déjà présenté une requête à une cour de district américaine en vue de l'exécution d'une sommation de l'IRS enjoignant à UBS de dévoiler les données sur les clients. Les renseignements relatifs à ces clients réputés avoir commis une fraude fiscale au sens de la loi suisse font déjà l'objet d'une obligation de divulgation en vertu de l'article 26 (échange de renseignements) de la convention fiscale entre les États-Unis et la Suisse.

Que les États-Unis réussissent ou non à obtenir des renseignements sur plus de titulaires de comptes US d'UBS qui n'ont pas produit un FBAR, les Canadiens (y compris les citoyens américains vivant au Canada et éventuellement certaines personnes qui ne sont pas des citoyens des États-Unis, mais qui font des affaires aux États-Unis) devraient se préoccuper de la possibilité qu'un contrôle plus rigoureux soit fait de la production des FBAR et de la volonté des banques de se conformer aux demandes de l'IRS pour l'obtention de renseignements bancaires. S'il y a quelque possibilité qu'un contribuable doive produire un FBAR, il doit s'assurer de le faire à temps et il devrait envisager la divulgation volontaire dans tous les cas où il n'en a pas produit alors qu'il devait le faire. Il reste à souhaiter que l'IRS publiera des lignes directrices qui clarifieront les ambiguïtés liées à la portée élargie du formulaire révisé.

James M. Bandoblu Jr.
Hodgson Russ LLP, Buffalo

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Le Gulf Cooperation Council

Les États membres (Bahreïn, Koweït, Oman, Qatar, Arabie saoudite et Émirats arabes unis) ont approuvé une entente d'union monétaire (mais ne l'ont pas encore signée) pour la mise sur pied d'un conseil monétaire chargé notamment de la création d'une banque centrale du GCC et de l'émission d'une nouvelle devise d'ici 2010.

États-Unis

Le *Rev. proc.* 2009-7 met à jour la liste des questions fiscales internationales pour lesquelles des « *private letter*

Publié mensuellement.

ISSN 1496-4449 (En ligne)

rulings » et des « *determination letters* » ne seront pas émises, ou ne seront normalement pas émises en l'absence de raisons particulières et convaincantes. Comme pour 2008, la liste de 2009 traite de l'admissibilité d'un contribuable en vertu d'une disposition sur la restriction aux avantages; de l'attribution du statut d'étranger non-résident (« *non-resident alien* » ou NRA) à un particulier étranger; des conditions en vertu desquelles un contribuable étranger exploite un commerce ou une entreprise aux É.-U., ou y possède un ES; du rattachement ou de l'attribution d'un revenu à une entreprise ou à un ES, respectivement; ou des questions qui n'ont pas encore fait l'objet d'une détermination en matière d'autorité compétente en vertu d'un traité des É.-U.; ainsi que de certaines questions qui concernent les ententes de financement d'intermédiaires.

OCDE

Un groupe consultatif de l'OCDE a soumis au Comité des affaires fiscales de l'organisme un rapport sur les avantages que peuvent procurer les traités pour les instruments de placement collectif. On y présente des recommandations détaillées pour déterminer dans quelle mesure les instruments et les investisseurs peuvent bénéficier des avantages prévus dans un traité. Un second rapport, également soumis au Comité, recommande que des améliorations soient apportées dans la préparation et le traitement des réclamations visant des avantages en vertu d'un traité pour des ententes comportant un intermédiaire. Les parties intéressées avaient jusqu'au 6 mars 2009 pour soumettre leurs commentaires sur les deux rapports.

Le sous-groupe du groupe de travail n° 8 sur le Blanchiment de capitaux et les délits fiscaux a déposé son rapport. Ce dernier, qui porte sur l'abus des organismes de bienfaisance dans le domaine du blanchiment d'argent et de l'évasion fiscale dans 19 pays, repose sur un questionnaire établi en mai 2008. Le rapport décrit les méthodes courantes d'abus et tente de quantifier les risques dans les différents secteurs qui sont touchés. Le rapport traite également des stratégies de détection qui ont été élaborées ainsi que des indicateurs (drapeaux rouges) pouvant être utilisés dans la formation du personnel fiscal qui doit traiter et évaluer des déclarations fiscales et des vérifications ou mener des enquêtes sur les contribuables.

Traités

À compter de 2009, le traité de 1957 entre **le Danemark et la France** n'est plus en vigueur puisque les négociations pour un nouveau traité ont été suspendues sur la question notamment de l'imposition des pensions. L'avis de résiliation précise que les libertés fondamentales en vertu du traité de l'UE sont suffisantes pour offrir une protection contre la double imposition pour les entreprises; d'autres situations ne sont pas traitées. Les négociations pour la signature d'un nouveau traité se poursuivent. Le 19 février 2009, un accord de libre-échange a été signé entre **la Suisse et le Japon**. Il s'agit du premier accord de libre-échange européen avec le Japon. Un accord sur l'échange de renseignement fiscal et un protocole à la convention fiscale de 1955 entre **l'Île de Man et le Royaume-Uni** ont été ratifiés le 11 février 2009. Une entente d'aide administrative mutuelle en matière de douanes entre **les Pays-Bas et la Corée**, fondée sur l'entente modèle de l'Organisation mondiale des douanes, est entrée en vigueur le 1^{er} février 2009, soit près de deux ans après sa signature. L'entente ne couvre pas Aruba et les Antilles néerlandaises.

Vivien Morgan

L'Association canadienne d'études fiscales, Toronto

© 2009, 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.