

RAÉ PARTICULIÈRES ET RGAÉ

Dans *Landrus* (2009 CAF 113), la CAF a récemment confirmé le jugement de la CCI selon lequel le fait de générer une perte finale ne constituait pas un abus des dispositions sur les pertes finales et sur la DPA, et que la RGAÉ ne pouvait donc pas s'appliquer en l'espèce. Le contribuable était un associé de l'une des deux sociétés de personnes en commandite qui avaient subi une perte lors du transfert d'actifs à la nouvelle société de personnes en commandite regroupant tous les associés des sociétés fusionnées. La CAF a conclu qu'une série de règles anti-évitement (RAÉ) particulières créait des exceptions à la politique générale autorisant la déduction de pertes finales subies lors de la disposition d'actifs amortissables, mais qu'il n'y avait pas pour autant de politique globale d'interdiction de la déduction de pertes lors d'un transfert entre personnes au sein de la « même unité économique ». L'ARC a 60 jours à compter du 26 mars 2009 pour demander la permission de porter ce jugement en appel devant la CSC.

M. L était un associé commanditaire de l'une de deux sociétés de personnes en commandite qui, à la fin des années 1980, avaient fait l'acquisition de deux immeubles d'habitation en copropriété à London, Ontario. Peu de temps après l'achat, le marché immobilier a connu un ralentissement qui a entraîné une chute précipitée de la valeur des condominiums. En 1994, les sociétés de personnes ont été restructurées comme suit : les deux sociétés originales ont transféré leurs actifs à une nouvelle société de personnes en commandite et les associés initiaux sont devenus les associés de la nouvelle société de personnes en commandite, avec les droits aux avantages de la propriété des deux immeubles. Les dispositions avaient donné lieu à des pertes finales des sociétés de personnes originales qui avaient été attribuées à leurs associés originaux respectifs. Au départ, l'ARC

avait indiqué qu'il n'y avait pas eu de changement dans la propriété effective pour les investisseurs, que le paragraphe 85(5.1) s'appliquait et que, autrement, la RGAÉ s'appliquait. L'ARC n'a finalement invoqué que la RGAÉ.

La CCI a conclu, et la CAF est d'accord, qu'il n'y avait eu aucun abus dans l'application des dispositions sur les pertes finales : la déduction des pertes était conforme à l'objet, à l'esprit et à l'intention de ces règles et des dispositions de la Loi lues dans leur ensemble. De plus, la CCI a déclaré que l'existence d'une série de dispositions précises visant le refus de la déduction de pertes soulignait le fait que le législateur avait généralement l'intention de permettre que les pertes soient déduites. La CAF a exprimé son accord comme suit :

[TRADUCTION NON OFFICIELLE] le fait que l'on puisse démontrer que des dispositions anti-évitement particulières ne sont pas applicables à une situation donnée ne signifie pas en soi que le législateur est d'accord avec le résultat. [...] Cependant, si l'on peut montrer qu'une disposition anti-évitement a été rédigée avec soin de façon à inclure certaines situations et à en exclure d'autres, on peut raisonnablement conclure que le législateur a choisi d'en limiter la portée en conséquence.

La CAF a également rejeté l'argument de la Couronne selon lequel le fait que le bien de la société de personnes soit demeuré disponible pour les associés commanditaires après la disposition constituait un motif suffisant pour leur refuser la déduction de pertes finales. La CAF a fait remarquer que cette position ne tenait pas compte des faits : il y avait réellement eu une disposition. En outre, conformément à l'opinion de la majorité dans *Lipson* (2009 CSC 1), la CAF, dans *Landrus*, a indiqué que même si l'objet général des opérations n'est pas pertinent, il permet néanmoins de déterminer s'il contrecarre l'objet, l'esprit ou l'intention des règles sur les pertes finales. La CAF s'est exprimée comme suit :

[TRADUCTION NON OFFICIELLE] Quand le demandeur a effectué son placement [original] [...] il s'attendait à ce que le marché immobilier s'améliore avec le temps. Un recul important a entraîné une diminution marquée de la valeur des deux immeubles Roseland. Il était devenu clair à ce moment-là que les immeubles étaient sous-amortis.

Le montant de la perte finale découlant de la disposition des immeubles à la juste valeur marchande reflète une perte économique réelle et le coût auquel [la nouvelle société de personnes] a acquis ces actifs (encore une fois la juste valeur marchande) reflète leur valeur économique véritable. Il s'ensuit que toute DPA demandée par la suite doit être calculée à partir de ce

Dans ce numéro

RAÉ particulières et RGAÉ	1
Échange de renseignements en Suisse	2
Secret professionnel et divulgation volontaire	3
Déficits à l'horizon	3
Application involontaire de l'article 143.3	4
La CAF rejette l'application des dispositions touchant l'équité	5
Retraits du REEE : Partie II	6
Statut de SPCC à temps partiel	7
Propositions de 2004 sur les SEA – Transition	8
USRPI – Transfert à une société de personnes	9
Évaluation de la participation dans une fiducie	10
Actualités fiscales étrangères	11
Addendum	12

coût, et toute vente ultérieure à un prix supérieur à ce coût serait récupérée. Je ne vois aucun détournement ou abus dans ce résultat.

La CAF reconnaît que les opérations pourraient être abusives si elles avaient donné lieu à un avantage fiscal, et que les droits et obligations juridiques du contribuable étaient restés les mêmes par ailleurs. Or, le contribuable a cessé d'être un associé de la société de personnes originale et, en se joignant aux anciens associés des deux sociétés de personnes originales, il est devenu un associé de la nouvelle société de personnes. « [TRADUCTION NON OFFICIELLE] Il a acquis une part indivise dans des actifs dont la taille avait doublé et il a partagé un ensemble locatif élargi qui justifiait les revenus générés par » les deux sociétés originales. « Ces changements sont importants aussi bien en termes de risques que d'avantages. » Le ministre n'a pas réussi à se délester du fardeau de la preuve d'évitement fiscal qui lui incombait. Le caractère adéquat du résultat a également été démontré par le fait qu'une perte finale aurait été réalisée si la société de personnes avait été dissoute et que ses actifs avaient été distribués aux associés.

Louise Summerhill

Aird & Berlis LLP, Toronto

ÉCHANGE DE RENSEIGNEMENTS EN SUISSE

Devant la pression internationale, la Suisse a l'intention d'adopter les dispositions de la convention modèle de l'OCDE sur l'échange de renseignements dans ses nouvelles conventions fiscales. Il s'agit d'un changement important par rapport à la position de la Suisse dans ses conventions fiscales actuelles.

Une comparaison de la convention Canada/Suisse avec la convention modèle de l'OCDE illustre l'importance de ce changement dans la politique suisse. La convention Canada/Suisse n'exige pas l'échange de renseignements pour l'application des lois fiscales internes. En effet, selon l'article 25, les autorités canadienne et suisse doivent échanger « les renseignements nécessaires pour appliquer les dispositions de la [présente] Convention ». L'article 26 de la convention modèle de l'OCDE contient une exigence semblable, mais il requiert aussi l'échange de renseignements « vraisemblablement pertinents [...] pour l'administration ou l'application de la législation interne relative aux impôts de toute nature ou dénomination perçus pour le compte des États contractants ». Si la convention Canada/Suisse suivait le modèle de l'OCDE, alors, dans certaines circonstances, l'ARC pourrait avoir accès à des renseignements se trouvant en Suisse au sujet de résidents canadiens et de non-résidents qui sont

employés ou qui exploitent une entreprise au Canada ou qui cèdent un bien canadien imposable. Il n'est pas certain que le Canada cherchera à renégocier sa convention avec la Suisse. À la fin d'avril 2009, la liste – compilée par le ministère des Finances – des administrations avec lesquelles le Canada négocie ou renégocie actuellement ses conventions en comptait 14, sans la Suisse.

Le ministère fédéral des Finances de la Suisse a déclaré que ce changement de politique vise à accroître l'acceptation de la Suisse comme centre financier par ses plus importants partenaires internationaux; le changement n'aura pas d'incidence sur le secret bancaire en vigueur en Suisse, puisqu'il vise les résidents suisses. La date de l'annonce – moins de trois semaines avant le sommet du G20 du 2 avril 2009 à Londres, qui portait expressément sur le secret bancaire en relation avec l'impôt – est également révélatrice. En même temps que le sommet du G20, l'OCDE a rendu public un rapport d'étape sur l'acceptation et la mise en œuvre de ses normes sur l'échange de renseignements fiscaux. La date de l'annonce de la Suisse a donc permis à l'OCDE de classer cette administration dans son rapport comme l'une de celles qui ont pris l'engagement d'adopter la norme de l'OCDE, mais qui ne l'ont pas encore pleinement mis en application. Le rapport indique que la vaste majorité des administrations identifiées par l'OCDE comme étant des paradis fiscaux avaient aussi accepté de se conformer aux lignes directrices de l'OCDE sur l'échange de renseignements.

La Suisse n'est pas la seule administration à joindre cette catégorie. En effet, Andorre, l'Autriche, la Belgique, Brunei, le Chili, le Guatemala, le Liechtenstein, le Luxembourg, le Maroc et Singapour s'y sont également joints en 2009. En 2008, UBS SA, le géant bancaire suisse, et l'autorité compétente américaine ont accepté de publier certains renseignements bancaires provenant de la Suisse dans le cadre d'une opération effectuée par des courtiers avec l'approbation de l'Organisation de la surveillance des marchés financiers de la Suisse – une organisation indépendante du gouvernement – et en dehors des dispositifs prévus dans la convention Suisse/É.-U. (Cette convention contient actuellement une disposition très limitée sur l'échange de renseignements.) La Suisse a une longue histoire de secret bancaire et pendant des générations, elle a été considérée comme étant politiquement et idéologiquement neutre. La volte-face de la Suisse et son acceptation des lignes directrices de l'OCDE sur l'échange de renseignements sont représentatives de la force irrésistible de la pression internationale et annoncent une ère où un résident d'un pays ne pourra plus échapper au fisc en cachant des actifs dans un autre pays.

Josh Schmidt

Thorsteinssons LLP, Vancouver

SECRET PROFESSIONNEL ET DIVULGATION VOLONTAIRE

Un récent jugement de la Cour supérieure de justice de l'Ontario contient un résumé utile des facteurs à prendre en considération pour déterminer si le secret professionnel protège un document et s'il s'applique après que le contribuable a cherché à faire une divulgation volontaire. Dans *1496956 Ontario Inc.* (dossier du tribunal n° 2397/07; 2009 CanLII 12328), le tribunal a conclu qu'un contribuable qui demande et qui se voit refuser l'accès au programme des divulgations volontaires (PDV) peut toujours invoquer le secret professionnel.

Dans le cadre de son enquête sur une fraude impliquant 10 contribuables, dont M. W, l'ARC a exécuté des mandats de perquisition au cabinet de comptables agréés de M. W et à d'autres endroits le 27 septembre 2007. M. W a invoqué le secret professionnel pour certains des documents saisis; l'ARC a demandé une ordonnance au tribunal pour obtenir la communication des documents non protégés par ce privilège. Pour déterminer si le secret professionnel s'applique, toutes les parties reconnaissent que 1) le secret professionnel s'applique à toute communication verbale ou écrite faite dans le contexte de la relation entre client et avocat en vue d'obtenir un avis juridique; 2) un document original qui n'est pas protégé par le secret professionnel n'acquiert pas ce privilège simplement parce qu'il se trouve en possession d'un avocat; et 3) c'est la partie qui invoque le secret professionnel qui a le fardeau de la preuve de son existence.

Citant la jurisprudence pertinente, le tribunal a également conclu que 1) le secret professionnel peut s'étendre au travail et aux avis d'un comptable qui agit à titre de mandataire ou de représentant du client et qui cherche à obtenir, à recevoir ou à appliquer un avis juridique en collaboration avec un avocat; 2) le secret professionnel peut s'appliquer aux notes d'honoraires d'un avocat qui font état des services qu'il a rendus; 3) le secret professionnel ne peut être invoqué que pour un document à la fois, et chaque document doit être examiné pour déterminer s'il satisfait aux critères; et 4) un document existant ne devient pas protégé par le secret professionnel simplement parce qu'il a été confié à l'avocat d'une partie.

Le tribunal a indiqué que les quatre conditions suivantes doivent être remplies pour que le secret professionnel s'applique à un document : 1) il doit y avoir une communication verbale ou écrite; 2) la communication doit être confidentielle; 3) la communication doit intervenir entre un client (ou son mandataire, comme un comptable) et un conseiller juridique; et 4) la communication doit être directement liée à l'obtention, à la formulation ou à la transmission d'un avis juridique. À la lumière des faits en l'espèce, le

tribunal a conclu que ces conditions étaient remplies et que certains des documents saisis étaient donc protégés par le secret professionnel.

Citant *Visser* (89 DTC 5172 (PEI SC)), l'ARC a également fait valoir qu'en demandant de participer au PDV, M. W avait renoncé au secret professionnel pour les documents en cause, parce que le programme exige une communication complète et franche de toute la documentation justificative. Le tribunal est en désaccord : dans *Visser*, le contribuable avait entrepris une divulgation volontaire et son avocat avait tenté d'invoquer le secret professionnel pour protéger certaines questions confidentielles entre eux. Dans cette affaire, le tribunal avait conclu que le secret professionnel appartenait au client, qui y avait déjà renoncé dans une audience précédente. En comparaison, M. W n'avait pas participé au PDV. Après le début de l'enquête de l'ARC sur la fraude, M. W s'était informé de son admissibilité au PDV; l'ARC lui avait indiqué qu'il n'était pas admissible parce que la divulgation ne pourrait pas être considérée comme étant volontaire puisqu'il savait que l'ARC avait des mandats de perquisition et qu'il faisait l'objet d'une enquête sur une fraude. Le tribunal a donc conclu que l'ARC ne pouvait prétendre que la participation de M. W au PDV constituait une renonciation au secret professionnel sur les documents en cause. Cependant, le tribunal a reconnu avec l'ARC que tout document déjà divulgué par M. W, directement ou par l'intermédiaire de son avocat ou de ses comptables, n'était plus protégé par le secret professionnel.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

DÉFICITS À L'HORIZON

La récession a eu un effet dévastateur sur les finances du gouvernement fédéral, comme en témoigne le budget de 2009. Les mêmes facteurs (déclin des recettes, hausse des coûts du soutien du revenu et politiques de dépenses anticycliques) ont eu les mêmes effets sur les budgets provinciaux de 2009. La disparition de la presque totalité des excédents provinciaux est à l'image de la situation survenue au fédéral. Les recettes des administrations locales sont moins touchées et leurs dépenses sont plus stables, mais de nombreux projets d'investissement d'envergure envisagés par les niveaux supérieurs dans le but de créer de l'emploi sont, au bout du compte, réglés par des chèques des administrations locales, bien qu'elles puissent aussi utiliser des fonds qui proviennent d'autres sources.

Le cadre d'analyse des finances publiques de Statistique Canada, soit le Système de gestion financière (SGF), fait la consolidation des recettes et des dépenses de tous les niveaux, éliminant ainsi l'incidence des transferts entre

Finances consolidées de tous les niveaux de gouvernement,
1999 à 2014

	Revenu	Dépenses	Excédent ou déficit
Chiffres réels	<i>milliards de dollars</i>		
1999.....	385,5	387,4	-2,0
2000.....	414,2	401,5	12,7
2001.....	447,0	424,6	22,4
2002.....	437,3	437,6	-0,3
2003.....	447,9	455,4	-7,6
2004.....	468,6	474,7	-6,2
2005.....	499,7	487,4	12,3
2006.....	531,1	514,0	17,2
2007.....	561,2	543,5	17,6
2008.....	590,7	574,1	16,6
Chiffres prévus			
2009.....	567,1	608,5	-41,4
2010.....	547,3	632,2	-85,0
2011.....	581,0	669,8	-88,9
2012.....	631,4	671,7	-40,3
2013.....	663,8	698,3	-34,6
2014.....	707,3	720,6	-13,3

niveaux. Les données les plus récentes révèlent un excédent combiné de 16,6 G\$ pour les exercices se terminant le plus près du 31 mars 2008, quatrième excédent consécutif dans une décennie d'excédents ou de petits déficits.

Il est certain que les quelques prochaines années se solderont par des déficits beaucoup plus importants. Le tableau nous fait voir comment le résultat net consolidé pourrait changer si les budgets provinciaux suivent la même tendance que le fédéral au cours des six prochaines années. Le gouvernement fédéral tracera la voie avec un déficit bien supérieur à 30 G\$ en 2009-2010; les gouvernements provinciaux feront passer ce chiffre à plus de 85 G\$. Le tableau indique clairement que la reprise pourrait ramener la probité financière si les perspectives générales énoncées dans le budget fédéral s'avèrent valides. En 2014, le déficit consolidé pourrait revenir à 13,3 G\$, et la tendance amorcée pourrait se traduire alors par des excédents de l'ordre de ceux que nous avons connus pour les premières années décrites dans le tableau. Même si les prévisions présupposent que le taux de croissance futur des dépenses ralentira, elles n'impliquent pas que d'importantes augmentations d'impôts seront requises pour rétablir l'équilibre financier.

David B. Perry
Toronto

APPLICATION INVOLONTAIRE DE
L'ARTICLE 143.3

Le nouvel article 143.3 avait été inclus dans l'ancien projet de loi C-10 pour traiter des situations telles que celles de l'affaire *Alcatel* (2005 DTC 387 (CCI)). L'ancien projet de loi C-10 est mort au feuilleton par suite du déclenchement des dernières élections, mais il est considéré comme étant pratiquement en vigueur à des fins comptables au Canada (à l'exception des règles visant les EPE et l'INR). En bref, l'article 143.3 peut interdire la déduction de coûts ou de charges engagés à l'égard de l'émission d'actions de sociétés (ou d'options) en contrepartie d'un transfert de biens ou de la prestation de services à la société émettrice.

Selon une interprétation récente rendue en 2009 (2008-030010), l'article 143.3 ne s'applique pas pour refuser la déduction d'intérêts payés en nature par l'entremise d'une émission d'actions, car le montant des intérêts déductibles est égal au capital déclaré des actions privilégiées émises. Cette décision ne comporte aucune explication sur la façon dont on est parvenu à cette conclusion.

Entre autres, l'article 143.3 pourrait s'appliquer involontairement dans le cas d'opérations de fusion tripartite dans lesquelles une société émet des actions en contrepartie d'actions émises par une autre société. Supposons qu'une société canadienne (SCAN) crée une filiale américaine (FAM), laquelle fusionne avec la société cible américaine (CibleAM). Lors de la fusion, SCAN émet de ses propres actions en faveur des actionnaires de CibleAM, et la société américaine résultant de la fusion (SFusion) émet de ses propres actions en faveur de SCAN en contrepartie de l'émission par SCAN de ses propres actions. Cette structure fait en sorte que les actions de SFusion aient un prix de base pour SCAN. Toutefois, l'application de l'article 143.3 réduit le coût, pour SCAN, des actions des entités américaines si la JVM des actions de SCAN dépasse la JVM des biens transférés à SCAN en contrepartie de l'émission d'actions qu'elle a effectuée.

La question qui se pose est de savoir si les actions de l'entité américaine émises en faveur de SCAN constituent des biens transférés à SCAN en contrepartie des actions qu'elle a émises. Le transfert d'un bien fait intervenir un transport, un changement de propriété et le transfert d'une personne à une autre, éléments qui impliquent tous une possession antérieure ou un contrôle antérieur. La décision rendue dans l'affaire *Algoa Trust* (93 DTC 405 (CCI)) laisse entendre que le transfert d'un bien ne comprend pas une émission d'actions.

[TRADUCTION] Le paiement d'un dividende en actions n'est pas un transfert de bien. Les actions autorisées dans les statuts constitutifs d'une société ne sont pas des actifs de cette société. Lorsqu'une personne souscrit des actions et verse à la société un montant pour

celles-ci, les actions sont émises en faveur de cette personne et inscrites au registre des actions de la société. Le paiement représente la contrepartie pour les actions. L'émission des actions n'est pas un transfert puisque la société ne s'est pas départie d'un bien, les actions n'ayant jamais été la propriété de la société. Des actifs sont transférés aux fins de l'article 160 uniquement lorsqu'une personne est déchue de son droit de propriété sur le bien et que ce droit est dévolu à une autre personne. Avant leur émission et pendant qu'elles sont émises, les actions d'une société ne sont pas des biens de cette société. [Soulignement de l'auteur.]

Cette décision est conforme à l'interprétation stricte de l'ARC quant au sens à donner à « transfert de biens » dans les situations ayant trait à l'article 160 et dans les cas où une société demande une déduction pour don de bienfaisance au titre de l'émission de ses propres actions en faveur d'une œuvre de bienfaisance :

[TRADUCTION] L'une des exigences devant être remplie dans le cas d'un don aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu* est le fait qu'il y ait transfert volontaire d'un bien. Lorsqu'une société émet des actions de son capital-actions ou octroie une option, la jurisprudence soutient l'opinion selon laquelle il n'y a pas transfert de biens par la société du fait que l'actif de la société n'est pas réduit par suite de l'émission. Comme il n'y a pas de don en pareil cas, l'œuvre de bienfaisance ne doit pas émettre de reçu nonobstant le fait que les actions ou les options aient normalement une valeur.

Selon l'alinéa 94(2)g) proposé (également compris dans l'ancien projet de loi C-10), l'émission d'actions est réputée être un transfert de bien, ce qui soutient la conclusion qu'une émission d'actions n'est pas par ailleurs un transfert de bien. Nous espérons que le ministère des Finances modifiera l'article 143.3 pour résoudre les questions abordées ci-dessus.

Marc Ton-That

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

LA CAF REJETTE L'APPLICATION DES DISPOSITIONS TOUCHANT L'ÉQUITÉ

Dans *Telfer* (2009 CAF 23), la CAF a cassé la décision de la Cour fédérale qui avait accueilli la demande de révision judiciaire d'une contribuable concernant la décision de l'ARC qui n'a pas voulu lui accorder un allègement en vertu des dispositions touchant l'équité. Par décision unanime, la CAF appuie la décision de l'ARC de ne pas dispenser la contribuable des intérêts accumulés pendant que le traitement de son dossier était suspendu dans l'attente de la décision de la CCI dans une

autre affaire : la décision de l'ARC n'était pas déraisonnable et la Cour fédérale n'avait pas à intervenir.

Pour chacune des années d'imposition 1993-1994 et 1996-1999, l'ARC a produit un nouvel avis de cotisation à madame T pour lui refuser la déclaration des pertes de la société en commandite dans laquelle elle avait investi. M^{me} T a produit des avis d'opposition en juillet 2000 et en mai 2001. Dans une lettre, l'ARC a accusé réception des oppositions de la contribuable et elle lui a indiqué que les intérêts continueraient de s'accumuler sur les soldes impayés qui étaient contestés sauf si la contribuable les payait avant la résolution des oppositions. Dans une autre lettre datée de janvier 2002, l'ARC a informé M^{me} T qu'elle suspendait le traitement de ses oppositions puisque ses prétentions étaient les mêmes que celles d'une autre partie dans une affaire qui était alors en instance à la CCI (Brown, 2003 CAF 192). Dans la lettre, on informait aussi M^{me} T que les intérêts continueraient de s'accumuler sur les soldes dus, mais que si la contribuable avait gain de cause dans ses oppositions, l'ARC paierait les intérêts sur les montants en litige.

Après le refus de la CSC en 2004 d'entendre l'affaire *Brown* en appel, l'ARC a présenté une offre de règlement que M^{me} T a acceptée; par conséquent, l'ARC a confirmé la cotisation pour l'année 1993-1994 et a émis de nouveaux avis de cotisation pour les années 1996-1999. En septembre 2006, M^{me} T a demandé un allègement des intérêts de 10 000 \$ en raison de retards administratifs causés par l'ARC et du fait qu'elle éprouvait alors des difficultés financières. Encore une fois, l'ARC a informé M^{me} T que les intérêts continueraient de s'accumuler sur tout solde impayé au cours d'un processus qui pourrait durer plusieurs mois.

Après avoir essayé un premier refus de l'ARC en février 2007, M^{me} T a soumis à l'ARC une demande de révision administrative de deuxième niveau que l'ARC a également rejetée en mai 2007. M^{me} T s'est ensuite adressée à la Cour fédérale pour demander une révision judiciaire du rejet par l'ARC en mai 2007 de sa demande de révision administrative (2008 CF 218).

La Cour fédérale a indiqué que les facteurs à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'annulation des pénalités et des intérêts en vertu du paragraphe 220(3.1) sont énumérés aux paragraphes 23 à 27 de la *Circulaire d'information* 07-1 « Dispositions d'allègement pour les contribuables »; même si les lignes directrices ne lient pas l'ARC, le tribunal a affirmé qu'elles sont utiles pour évaluer le caractère raisonnable de la décision de l'ARC. Même si M^{me} T était tout à fait au courant de la possibilité que les intérêts continuent de s'accumuler dans l'attente de la décision de la CCI dans l'affaire *Brown*, et même si elle a accepté la suspension ou les retards mentionnés par l'ARC, il n'était pas équitable qu'elle assume seule la totalité des intérêts accumulés pendant cette période. M^{me} T ne s'est pas présentée devant la CCI dans l'affaire *Brown*. Pour être

juste envers la contribuable, le tribunal a statué que M^{me} T ne devrait payer que la moitié des intérêts accumulés au cours de la période d'attente attribuable à l'instance de la CCI dans l'affaire *Brown*. La Cour fédérale a accueilli la demande de révision judiciaire de M^{me} T et a saisi à nouveau l'ARC de cette question.

La CAF a affirmé qu'il s'agissait simplement de déterminer si la Cour fédérale avait relevé et appliqué le critère adéquat en matière de révision : l'ARC avait-elle agi de manière déraisonnable lorsqu'elle a rejeté la demande d'allègement des intérêts de M^{me} T ? La CAF doit examiner le processus de prise de décision de la Cour fédérale pour vérifier qu'elle s'appuie sur des motifs rationnels et qu'elle est à la fois transparente et intelligible. Le retard n'était pas attribuable à des retards administratifs comme l'avait prétendu M^{me} T mais est survenu parce que la révision avait été suspendue en attendant l'issue d'un autre litige. La décision de l'ARC de ne pas accorder à M^{me} T d'allègement des intérêts n'a pas enfreint les droits ou les attentes de M^{me} T; elle faisait appel au pouvoir discrétionnaire de l'ARC prévu par la loi de lui accorder une exemption à un principe de base du régime fiscal. Même si le paragraphe 165(3) oblige l'ARC à évaluer l'opposition d'un contribuable avec promptitude, il faudra des circonstances beaucoup plus convaincantes que celles qui sont invoquées en l'espèce pour persuader un tribunal révisioinnel que l'ARC a agi de manière déraisonnable dans sa décision de ne pas accorder à la contribuable ce qui constituerait dans les faits un prêt sans intérêt. La CAF n'a donc pas été d'avis que la décision de l'ARC manquait de justification, de transparence et d'intelligibilité. L'examen de la lettre de l'ARC et des documents justificatifs a clairement établi que l'ARC était bien au courant de tous les faits pertinents et qu'on ne pouvait prétendre qu'elle n'en avait pas tenu compte. La CAF a conclu que la décision de l'ARC de ne pas accorder un allègement des intérêts n'était pas déraisonnable, et a rejeté la demande de révision judiciaire de la contribuable.

Jim Yager

KPMG LLP, Toronto

RETRAITS DU REEE : PARTIE II

Si le bénéficiaire d'un REEE n'est pas inscrit dans un programme d'enseignement postsecondaire admissible, le souscripteur peut retirer le revenu de placement (paiement de revenu accumulé ou PRA) du régime. (La question du retrait de fonds d'un REEE pour un bénéficiaire qui est inscrit dans un tel programme a déjà été traitée dans l'article « Retraits du REEE : Partie I », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, avril 2009.)

Un souscripteur ne peut recevoir de PRA que s'il est un résident canadien et que 1) le REEE est ouvert depuis au moins 10 ans et que tous les bénéficiaires (passés et

actuels, autres que des particuliers décédés) du régime sont âgés d'au moins 21 ans et ne sont pas admissibles à un paiement d'aide aux études; 2) le REEE a été résilié parce qu'il est ouvert depuis 35 ans (40 ans si le bénéficiaire d'un régime individuel a droit au crédit d'impôt pour personnes handicapées); 3) tous les bénéficiaires (passés et actuels) sont décédés; ou 4) le ministre est d'avis qu'on peut raisonnablement prévoir qu'un bénéficiaire ne sera pas en mesure de poursuivre des études postsecondaires parce qu'il est atteint d'une incapacité mentale grave et prolongée. Le REEE doit prendre fin au plus tard le dernier jour de février de l'année qui suit celle où le PRA est versé pour la première fois.

Le PRA est imposable à titre de revenu ordinaire (c.-à-d. non admissible au crédit d'impôt pour dividendes ou au traitement des gains en capital) du souscripteur du REEE dans l'année de la réception. Le PRA est assujéti à l'impôt sur le revenu ordinaire plus un impôt supplémentaire de 20 % (12 % d'impôt fédéral plus 8 % d'impôt du Québec pour les résidents de cette province), afin d'empêcher la création de REEE aux seules fins de reporter l'impôt. Le total de ces deux impôts peut être très élevé. Pour le souscripteur qui se situe dans la fourchette d'impôt la plus élevée, le taux d'impôt global peut varier de 59 % à 68 %, selon la province ou le territoire de résidence.

Sous réserve des limitations décrites ci-dessus, l'impôt ordinaire peut être reporté et l'impôt additionnel, évité si un PRA est versé dans le REER du souscripteur ou dans un REER de son conjoint. Pour pouvoir procéder au transfert, le souscripteur doit avoir suffisamment de droits à cotisation à un REER et il doit aussi respecter les conditions suivantes : 1) être le souscripteur original du REEE ou l'époux ou conjoint de fait du souscripteur original décédé d'un REEE n'ayant plus de souscripteur; 2) verser la cotisation dans son REER (ou le REER du conjoint) dans l'année de la réception du PRA ou dans les 60 premiers jours de l'année qui suit; et 3) déduire la cotisation au REER dans l'année de la réception du PRA. Cependant, le promoteur du REEE doit retenir l'impôt sur le PRA, sauf si celui-ci est transféré directement dans le REER.

Pour éviter l'impôt de pénalité, le souscripteur peut verser dans un REER un maximum de 50 000 \$ de PRA (ou 100 000 \$ si le souscripteur est un cosouscripteur du REEE avec son conjoint). L'impôt de pénalité ne peut cependant pas être évité si la cotisation au REER est versée dans les 60 premiers jours de l'année suivant celle de la réception du PRA, et que la déduction au titre du REER est demandée dans l'année qui suit parce que la déduction au titre du REER doit être demandée pour la même année que celle de la réception du PRA. Un souscripteur qui prévoit recevoir un PRA dans les deux prochaines années devrait éviter de verser d'autres cotisations à son REER pour ces années afin d'accumuler assez de droits de cotisation à un REER pour y verser le

PRA. Il pourrait également être souhaitable de répartir la réception du PRA sur deux années civiles pour utiliser les droits de cotisation à un REER accumulés sur deux ans.

Louis Provenzano et Angela Ross
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

STATUT DE SPCC À TEMPS PARTIEL

Une SPCC et ses actionnaires ont droit à certains avantages fiscaux qui exigent que des calculs ou que la reconnaissance d'un statut soient effectués à un moment particulier ou pour une année d'imposition. Lorsque les actions d'une SPCC sont vendues et que son contrôle est ainsi acquis, l'application des règles de fin d'exercice présumée peut avoir une signification particulière. Un changement récent risque de renverser le fragile équilibre des hypothèses qui se rattachent à la fin de l'exercice ou au statut de SPCC.

Selon le paragraphe 249(4), on présume que la fin d'exercice survient immédiatement avant l'acquisition du contrôle d'une société (habituellement plus de 50 % des votes); un nouvel exercice commence à l'instant même où il y a acquisition. Les documents relatifs à l'acquisition des actions précisent rarement l'heure à laquelle l'acquisition entre en vigueur dans la journée. En l'absence de toute autre mention précise, l'acquisition du contrôle survient vraisemblablement en milieu de journée, ce qui crée des difficultés importantes pour déterminer les différents montants accumulés ou réalisés par la société jusqu'à la seconde même où il y a eu acquisition.

Le paragraphe 256(9) contourne ce problème en supposant que l'acquisition du contrôle survient – en l'absence d'un choix – au commencement (maintenant au début) de la journée et non pas à l'instant même où il y a eu acquisition. La règle ne modifie pas l'heure à laquelle les actions ont été acquises : seul le contrôle est présumé avoir été acquis au début de la journée, une dichotomie qui a été reconnue par la CAF dans *La Survivance* (2007 CAF 129). Dans cette affaire, le contribuable avait réussi à faire valoir que la société autre que la SPCC dont les actions ont été vendues à une SPCC est devenue une SPCC dès le commencement de la journée puisque son contrôle était réputé avoir été acquis à ce moment-là par une personne qui n'était pas un non-résident ou une société publique. Ainsi, à la vente réelle survenue plus tard ce jour-là, les actions que le contribuable a vendues étaient bien celles d'une SPCC, et il était donc possible de réclamer une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE). Par extension, toutefois, si l'actionnaire d'une SPCC vend ses actions vers le milieu de la journée à une société publique, le contrôle de la filiale est réputé avoir été acquis au commencement de la journée et la société n'est alors plus une SPCC lorsque la vente survient plus tard dans la journée; l'actionnaire ne

peut pas réclamer une exonération cumulative des gains en capital (ECGC) sur la vente. Le budget fédéral de 2009 modifie ce résultat en proposant que pour les acquisitions de contrôle après 2005, la règle déterminative du paragraphe 256(9) ne s'applique plus désormais pour déterminer si une société est une société exploitant une petite entreprise ou une SPCC. La modification a maintenant force de loi, et les notes techniques confirment que la règle ne s'applique pas pour déterminer ces statuts à compter du début de la journée jusqu'à l'heure réelle à laquelle les actions sont acquises.

Il peut y avoir un problème relativement à l'interaction du paragraphe 256(9) nouvellement modifié, du paragraphe 249(4) et du paragraphe 249(3.1), ce dernier présumant qu'il y a fin d'exercice immédiatement avant l'obtention ou la perte du statut de SPCC. La dernière règle élimine le statut de SPCC pendant une partie d'exercice par la création d'un exercice court de façon à respecter la condition s'appliquant à toute la durée de l'exercice qui est prévue pour la déduction de petite entreprise et pour simplifier les calculs relatifs au CRTG et au CRTR. Pour éviter deux fins d'exercice réputées le jour de la vente des actions, le paragraphe 249(3.1) ne s'applique pas si le paragraphe 249(4) s'applique. Le jour où le contrôle a été acquis, l'ancien paragraphe 256(9) prévoyait que l'acquisition de contrôle de même que tout changement de statut de SPCC ou de société exploitant une petite entreprise prenaient effet rétroactivement au commencement de la journée. Ainsi, la non-application du paragraphe 249(3.1) n'attribuait pas le statut de SPCC ou de société exploitant une petite entreprise pendant une partie d'année. Toutefois, si l'opération de vente des actions est signée et conclue le même jour, le paragraphe 256(9) modifié n'élimine plus la possibilité d'avoir ces statuts pendant une partie d'exercice parce que la fin d'exercice réputée au commencement de la journée n'a aucune incidence sur la détermination du statut de SPCC ou de société exploitant une petite entreprise; bien plus, puisque le paragraphe 249(4) s'applique, le paragraphe 249(3.1) ne peut s'appliquer pour qu'une fin d'exercice présumée s'applique immédiatement avant l'achat des actions. Le ministère des Finances a confirmé de manière non officielle que la modification du paragraphe 256(9) ouvre la possibilité qu'une SPCC ayant une partie d'exercice ne remplisse pas encore la condition s'appliquant à toute la durée de l'exercice pour la déduction de petite entreprise et qu'elle doive effectuer des calculs de CRTG et de CRTR pour une partie d'exercice.

Il est possible de choisir en vertu du paragraphe 89(11) de ne plus être une SPCC au début du jour d'une acquisition de contrôle en application de l'alinéa d) de la définition de SPCC au paragraphe 125(7), qui s'applique aux fins du paragraphe 249(3.1). La société ayant fait ce choix cesse d'être une SPCC à certaines fins immédiatement avant le début de la journée, permettant ainsi d'annuler la modification apportée au paragraphe

256(9). Il est conseillé de demander une décision anticipée, ou à tout le moins une interprétation écrite, sur l'efficacité de ce choix.

Joel Nitikman et Michelle Moriartey
Fraser Milner Casgrain LLP, Vancouver

PROPOSITIONS DE 2004 SUR LES SEA — TRANSITION

Depuis plusieurs années, une grande incertitude entoure l'applicabilité de certaines règles visant les sociétés étrangères affiliées (SEA). À l'origine de cette incertitude, une myriade de modifications techniques, dont les premières ont été instaurées en décembre 2002 avant d'être ensuite révisées et élargies en février 2004 (les propositions de 2004). D'autres difficultés proviennent des mesures annoncées puis confirmées dans les budgets fédéraux de 2007 et 2008 respectivement. Diverses propositions de 2004, modifiées pour qu'elles soient conformes au budget fédéral de 2007, ont été adoptées dans le projet de loi C-28 le 14 décembre 2007. D'autres propositions de 2004 ont été adoptées dans les dispositions législatives donnant effet au budget fédéral de 2009, qui ont reçu la sanction royale le 12 mars 2009. Les nombreuses propositions de 2004 qui restent encore sont toujours sous forme proposée; le budget de 2009 précise qu'elles seront réévaluées à la lumière des recommandations du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale avant toute décision quant à l'application de ces propositions et à la façon de les appliquer. Au cœur de cette confusion, une lettre d'intention du ministère des Finances, datée du 19 mars 2009, pourrait apporter un peu d'aide aux contribuables qui envisagent de s'appuyer sur le paragraphe 88(3), l'une des nombreuses règles que les propositions pendantes de 2004 visent à modifier.

Le contribuable a essayé de confirmer l'intention du ministère des Finances, énoncée dans les précédentes lettres d'intention de recommander certaines modifications aux propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) publiées en février 2004. La lettre d'intention précise que les propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) faisaient toujours l'objet d'un examen et d'une évaluation à la lumière des budgets fédéraux de 2007 à 2009; d'autres modifications pourraient encore y être apportées. Cependant, le ministère des Finances a également promis de recommander la mise en application de règles transitoires pour que des modifications ultérieures ne compromettent pas les effets avantageux de ces modifications pour la période précédant toute annonce des révisions de ces modifications.

Cette nouvelle assurance est bien accueillie, compte tenu de l'historique des propositions de 2004 concernant

le paragraphe 88(3). Le paragraphe 88(3) actuel s'applique à la liquidation d'une SEA sous contrôle immédiat et prévoit le transfert en franchise d'impôt des actions d'une autre SEA distribuées dans le cadre de la liquidation. (Le contribuable peut choisir de constater un gain.) Les propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) étendent les règles à la liquidation de toutes les SEA sous contrôle immédiat (pas seulement les SEAC) et autorisent un éventail plus large de distributions (y compris les rachats et les dividendes), mais limitent le transfert en franchise d'impôt à une distribution des actions d'une autre SEA qui sont des biens exclus. Les propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) ont suscité la controverse sous de nombreux aspects et, pour cette raison, des modifications importantes ont été annoncées dans plusieurs lettres d'intention et lors du congrès de 2005 de l'Association fiscale internationale. Parmi les modifications les plus importantes, mentionnons un transfert en franchise d'impôt étendu à des biens non exclus si les titres de capitaux propres de la SEA qui est liquidée satisfont à la limite de « 90 % des droits de vote et de la valeur », ainsi que le nouveau concept du « capital versé étranger » (CVE), qui permet effectivement de traiter une distribution d'abord comme du CVE puis comme un dividende sur l'excédent exonéré et imposable antérieur à l'acquisition.

La dernière lettre d'intention met l'accent sur la détermination exacte du « prix de base approprié » d'un BCI qui n'est pas protégé par une convention fiscale et qui est distribué dans le cadre de la liquidation d'une SEA aux fins du transfert en franchise d'impôt en vertu de la limite de « 90 % des droits de vote et de la valeur » mentionné dans de précédentes lettres d'intention. Le prix de base approprié peut différer aux fins du REATB et de l'article 115, ce qui se traduit, pour un contribuable canadien, par un produit de disposition différent du bien distribué (et des coûts différents du bien dans l'avenir) pour chacune de ces fins. Pour résoudre ces écarts, le ministère des Finances est prêt à recommander que lorsque la liquidation d'une SEA respecte la limite de 90 %, le contribuable canadien et sa SEA peuvent choisir conjointement comme montant du coût pertinent du BCI qui n'est pas protégé par une convention fiscale un montant qui n'entraîne ni gain ni perte dans le calcul du revenu imposable de la SEA gagné au Canada en vertu de l'article 115. La lettre d'intention précise en outre que le choix empêcherait la création d'un REATB conformément à l'alinéa 95(2)f), sans que ce soit en lien avec l'exclusion prévue à l'alinéa 95(2)f.1) et, en conséquence, le coût du bien pour le contribuable canadien est le même à toutes les fins de la Loi.

De nombreux contribuables ont tenu compte dans leur planification fiscale des modifications proposées dans les précédentes lettres d'intention et ont produit des déclarations fiscales conséquentes. De nouvelles modifications des propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) découlant de l'examen en cours des

propositions de 2004 pendantes pourraient invalider les modifications proposées dans les précédentes lettres d'intention et, ainsi, pénaliser injustement et excessivement les contribuables concernés. Il est évident que l'intention du ministère des Finances de recommander des dispositions transitoires qui permettraient d'éviter ce résultat et de maintenir l'incidence avantageuse des modifications proposées dans les précédentes lettres d'intention sera bien accueillie tant par les contribuables que par leurs conseillers fiscaux. Il reste à souhaiter, néanmoins, que la révision des propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3) et des autres propositions de 2004 pendantes se fasse rapidement, parce que les dernières lettres d'intention ne règlent pas toutes les questions liées aux propositions de 2004 concernant le paragraphe 88(3). Par exemple, un contribuable ne peut s'appuyer sur le projet de propositions aux fins de l'information financière parce que les dispositions législatives ne sont pas encore en vigueur.

Albert Baker et Tanvi Vithlani
Deloitte & Touche LLP, Vancouver

USRPI — TRANSFERT À UNE SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Une décision anticipée récente de l'IRS apporte enfin de nouvelles précisions sur le moment auquel une personne qui n'est pas américaine (comme un résident canadien) peut transférer par voie de roulement un intérêt dans un bien immobilier aux États-Unis (USRPI) à une société de personnes malgré l'existence d'une règle générale qui interdit un transfert en franchise d'impôt d'un USRPI à une personne qui n'est pas américaine. Il s'agit de la première décision anticipée de l'IRS sur la question.

Une personne qui n'est pas américaine est généralement assujettie à l'impôt sur le revenu des États-Unis à des taux progressifs sur le gain réalisé lors de la cession d'un USRPI, sans exemption en vertu de la convention. Cependant, le plus souvent, une exception relative à un échange de USRPI permet un transfert en franchise d'impôt si quatre exigences sont respectées : la personne qui n'est pas américaine transfère un USRPI; cette personne ne reçoit en échange qu'un autre USRPI; le USRPI reçu est assujetti à l'impôt des États-Unis immédiatement après l'échange; et certaines obligations de déclaration sont satisfaites.

Un USRPI est un intérêt dans un bien immobilier aux États-Unis ou une participation dans une société de portefeuille immobilière des États-Unis (USRPHC). Une SAM cesse généralement d'être une USRPHC (et, en conséquence, un USRPI) si elle ne détient plus de USRPI et que tous ses USRPI ont été cédés dans le cadre d'opérations pleinement imposables. Le produit de vente

tiré par une personne qui n'est pas américaine de la cession d'une participation dans une société de personnes est réputé être tiré de la vente des USRPI de la société de personnes dans la mesure où le produit de vente est « attribuable à » des USRPI. Un associé se voit généralement attribuer les gains intrinsèques constatés de la société de personnes attribuables aux apports en biens faits par cet associé. La « méthode de l'attribution compensatrice » ne tient généralement pas compte de la « règle du plafond », de telle sorte que les gains intrinsèques ne peuvent généralement pas être virés aux associés qui n'ont pas fait d'apports.

Dans la décision, les contribuables étaient quatre sociétés étrangères (SCAN 1 à 4) qui détenaient des participations dans des USRPHC (Filiale 1 et autres filiales). Les SCAN ont proposé de transférer toutes leurs actions des filiales (l'apport) à une société de personnes étrangère nouvellement constituée en échange de ses unités uniquement. Les SCAN ont prétendu que la société de personnes adopterait la méthode de l'attribution compensatrice pour l'attribution à ses associés des gains qu'elle avait constatés. Dans le cadre d'un plan établi au préalable, Filiale 1 devait céder tous ses actifs (y compris ses biens immobiliers aux États-Unis) dans le cadre d'une opération pleinement imposable peu de temps après l'apport puis procéder à une liquidation imposable (la vente et la liquidation).

L'IRS a affirmé que l'apport satisfaisait toutes les exigences de la non-constatation pour les raisons suivantes : 1) les SCAN détenaient les USRPI (actions des filiales) avant le transfert; 2) les SCAN échangeaient les actions des filiales uniquement pour des parts de sociétés de personnes étrangères, qui étaient des USRPI; 3) les participations des SCAN dans les filiales et dans la société de personnes étrangère immédiatement avant et après l'apport, respectivement, demeuraient assujetties à l'impôt des États-Unis pour le même montant parce que la société de personnes canadienne projetait, du moins en partie, d'utiliser la méthode de l'attribution compensatrice; 4) les SCAN acceptaient de se conformer aux obligations de conformité applicables. L'IRS a également affirmé que le gain constaté par la société de personnes canadienne sur la cession de ses actions de Filiale 1 lors de la liquidation imposable ne donnait pas lieu pour elle à un gain sur USRPI parce que les actions n'étaient pas des USRPI au moment de la liquidation : Filiale 1 ne détenait aucun USRPI et tous ses USRPI avaient été cédés dans le cadre d'opérations imposables.

La décision précise qu'une participation dans une société de personnes peut être considérée comme un USRPI (en tout ou en partie) aux fins de l'application des règles américaines de non-constatation, une conclusion qui n'est mentionnée explicitement ni dans le *Code* ni dans les règlements. Dans la décision, étant donné que la société de personnes étrangère ne détenait que des USRPI et qu'elle avait adopté la méthode de l'attribution compensatrice, tous ses intérêts étaient des USRPI.

La décision reconnaît sans discussion ni analyse que la question de savoir si le USRPI reçu par les SCAN est assujéti à l'impôt des États-Unis est déterminée immédiatement après le transfert, en fonction de la forme de l'opération. On n'explique d'aucune façon si la doctrine des opérations par étapes (« step transaction doctrine ») pourrait s'appliquer même si, par suite de la vente et de la liquidation préalablement organisées, une partie de la participation dans la société de personnes étrangère cesse d'être « attribuable à » un USRPI. L'application de cette doctrine aurait augmenté le risque pour Filiale 1 et pour les SCAN d'être obligées de constater un gain imposable attribuable au même gain économique. Peut-être l'IRS n'a-t-il pas appliqué la doctrine des opérations par étapes parce que rien ne prouvait que le Congrès avait l'intention d'imposer des conséquences fiscales sensiblement différentes pour la simple raison qu'une société de personnes s'était interposée entre les contribuables non américains et l'USRPI. À cet égard, si Filiale 1 avait été détenue directement par les SCAN, la vente et la liquidation n'auraient donné lieu qu'à un seul niveau d'imposition (celui de Filiale 1). Certes, l'interprétation de l'expression « immédiatement après » par l'IRS et la probabilité que la doctrine des opérations par étapes s'applique auraient pu être différentes si l'opération (intégrée) ultérieure avait entraîné la disparition du gain sur le USRPI du système fiscal américain. Malheureusement, la décision ne précise pas quelles seraient les conséquences fiscales de la détention par une société de personnes de USRPI et de biens qui ne sont pas des USRPI.

La décision implique que l'adoption par la société de personnes étrangère de la méthode de l'attribution compensatrice est centrale dans la conclusion de l'IRS, même si les règlements mettent l'accent sur le fait que la cession d'une participation dans une société de personnes est assujéti à l'impôt des États-Unis, et non sur le fait qu'un gain constaté par la société de personnes et attribué à un associé non américain reste imposable. On ne sait pas si l'IRS essaie d'interposer une autre exigence – l'utilisation de la méthode de l'attribution compensatrice – pour l'exception relative à l'échange de USRPI, ou si l'utilisation de la méthode de l'attribution compensatrice suffit pour satisfaire à l'exception. Souhaitons qu'une autre décision anticipée apporte une réponse plus claire à cette question qui demeure pour le moment sans réponse.

Elaine Cheung
KPMG LLP, Vancouver

ÉVALUATION DE LA PARTICIPATION DANS UNE FIDUCIE

L'évaluation de la participation dans une fiducie, aux fins du droit familial ou de l'impôt, peut mener à des résultats fort différents. La valeur à des fins matrimoniales est généralement la valeur subjective pour le propriétaire, alors qu'à des fins fiscales, c'est plutôt la JVM objective. La valeur pour le propriétaire est le montant qu'une personne prudente paierait pour un actif au lieu d'en être privé, alors que la JVM est le prix auquel des personnes informées et prudentes, sans lien de dépendance, réaliseraient une opération d'achat-vente – le critère de la vente à l'amiable ou de gré à gré.

La JVM de la participation d'un bénéficiaire des fruits et revenus est la valeur actualisée des revenus futurs projetés (compte tenu des taux annuels de rendement) qui revient au bénéficiaire. L'actualisation tient compte de la valeur temps de l'argent, des éventualités, des risques, des droits prioritaires et des impôts. Les risques comprennent le parti pris d'un fiduciaire pour le placement dans des actifs de croissance. La JVM de la participation d'un bénéficiaire du capital correspond à la valeur totale de la fiducie déduction faite de la participation des bénéficiaires des fruits et revenus, des droits de prélèvement, des éventualités et des autres facteurs de risque. La JVM d'une participation dans une fiducie rend également compte de la composition des actifs de la fiducie, des droits acquis, de l'existence de bénéficiaires éventuels, de la facilité de négociation, etc. L'intervention d'un actuaire est souvent nécessaire. En Angleterre, des droits viagers et des droits réversifs ont été vendus dans le cadre d'enchères publiques.

Une participation dans une fiducie non discrétionnaire est évaluée en tenant compte de la valeur et de la composition des actifs de la fiducie, des taux de rendement, de l'espérance de vie du bénéficiaire, du montant et du moment estimatifs des distributions, des droits de prélèvement, de l'historique des distributions, des impôts, etc. Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, il faut également considérer, entre autres, les pouvoirs fiduciaires des fiduciaires, les intentions générales du constituant ou du testateur, l'historique des distributions, les participations des autres bénéficiaires ainsi que leur âge, leur état de santé et leurs besoins, les relations entre le bénéficiaire et le fiduciaire, l'obligation d'impartialité du fiduciaire, les souhaits formulés par le testateur (le cas échéant), l'information disponible de la part du fiduciaire et la possibilité d'un changement de fiduciaire. Dans une fiducie discrétionnaire, il n'y a aucune participation économique déterminée, que ce soit aux fruits et revenus ou au capital, à moins que le vendeur ne soit l'unique bénéficiaire des revenus ou du capital de la fiducie. Quel que soit le cas, la JVM est, au mieux, spéculative.

Richard M. Wise
Wise, Blackman s.e.n.c.r.l., Montréal

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

États-Unis

Le comité mixte de la fiscalité du Congrès a publié le rapport intitulé « Tax Compliance and Enforcement Issues with Respect to Offshore Accounts and Entities » qui traite des règles de retenue d'impôt pour les non-résidents et les sociétés étrangères; du régime de retenue intermédiaire (« *qualified intermediary withholding program* »), incluant les règles sur la connaissance des consommateurs; des conséquences du secret bancaire sur ce régime et sur la sécurisation de renseignements sur les comptes à l'étranger; et des conflits d'intérêts sous-jacents aux procédures d'échange de renseignements prévues dans les conventions fiscales des États-Unis, incluant la tentative de développer un consensus pour la réglementation des centres financiers étrangers.

Royaume-Uni

Le budget 2009-2010 contient une nouvelle possibilité de divulgation jusqu'en mars 2010 pour les détenteurs de comptes à l'étranger assujettis à des impôts ou à des droits impayés. Des propositions autorisent le HMRC à publier le nom de tout contribuable qui s'expose à une pénalité pour avoir délibérément sous-estimé l'impôt d'un montant qui excède 25 000 £.

Russie

Le ministère des Finances a proposé une autre méthode de remboursement de la TVA qui devrait prendre effet après juin 2009, en vertu de laquelle un demandeur peut recevoir un remboursement dans les 30 jours de la remise d'une lettre de garantie bancaire aux autorités fiscales. Si la demande de remboursement est refusée, le remboursement doit être remis avant que le contribuable ne puisse porter la décision en appel devant les tribunaux.

Argentine

Un programme destiné à encourager les consommateurs à demander au vendeur un reçu pour leurs achats de biens et services crée une loterie où chaque participant doit avoir conservé 12 reçus.

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.

ADDENDUM

L'ARC ET L'ÉVALUATION DES OPTIONS D'ACHAT D' ACTIONS VERSÉES DANS LES CELI DES EMPLOYÉS

La question de l'évaluation des options d'achat d'actions accordées aux employés à titre d'avantages liés à un emploi a été traitée par l'instauration de l'article 7. D'après une récente communication informelle avec des responsables de la Direction des décisions, une solution législative pourrait être nécessaire pour clarifier et simplifier l'évaluation de ces options lorsqu'elles sont versées dans un compte d'épargne libre d'impôt (CELI).

Les fiscalistes s'en sont souvent remis à deux interprétations techniques émises en 1995 et en 1996 (nos 9503445 et 9621975) pour se croire autorisés à utiliser la valeur intrinsèque – soit l'excédent de la JVM actuelle des actions sur le prix d'exercice des options – pour évaluer les options d'achat d'actions versées dans un REER. Il n'y avait semble-t-il aucune raison de croire que les interprétations techniques ne pourraient pas s'appliquer à l'évaluation des options versées dans un tout nouveau CELI. Toutefois, des dirigeants de la Direction des décisions ont fait savoir de manière informelle que les interprétations techniques ont été mal interprétées et qu'elles n'autorisent pas l'utilisation de la valeur intrinsèque dans l'évaluation des options d'achat d'actions qui sont versées dans le REER ou le CELI d'un employé. L'ARC affirme que dans les interprétations techniques, certaines valeurs ont tout simplement été présumées dans le but d'illustrer la question interprétative qui était à l'étude.

Les déséquilibres fiscaux qui se rattachaient aux cotisations des options d'achat d'actions dans le REER d'un employé ont eu pour effet de dissuader en fin de compte les contribuables de faire de telles cotisations. La présomption selon laquelle la valeur intrinsèque constituait aussi sa JVM donnait lieu à une faible déduction pour les cotisations, voire même à aucune déduction si les options n'étaient pas dans le cours. En outre, il pouvait y avoir double imposition : le particulier était d'abord imposé sur le prix d'exercice des options dans le REER puis il était ensuite pleinement imposé sur la distribution du produit qui allait être retiré plus tard du REER. Dans le cadre d'un CELI, la faible valeur intrinsèque d'une cotisation sous la forme d'une option permet de contourner facilement le plafond annuel de 5 000 \$, et les cotisations n'impliquent plus la possibilité d'une double imposition. (Pour une analyse complète, voir l'article de Alan Macnaughton et Amin Mawani, « Contributions of Employee Stock Options to RRSPs and TFSAs: Valuation Issues and Policy Anomalies » (2008) vol. 56, n° 4 *Revue fiscale canadienne*, 893-922).

Les dirigeants de la Direction des décisions de l'impôt affirment maintenant dans des communications informelles que la JVM d'une option d'achat d'actions, d'un bon de souscription d'actions ou de droits similaires devrait être établie à l'aide d'une méthode d'évaluation qui convient mieux à ce type de titres, comme le modèle Black-Scholes ou une autre méthode d'évaluation reconnue. La comparaison que l'on trouve dans l'article de la *Revue* entre les valeurs établies par le modèle Black-Scholes et les valeurs subjectives avec les valeurs intrinsèques montre que ces méthodes tendent à sous-évaluer une option. Ainsi, dans le cas des options d'achat d'actions versées dans le REER d'un employé, la récente position de l'ARC peut entraîner une JVM plus élevée des cotisations et donc la déduction d'un montant plus élevé que celui qui serait établi par la valeur intrinsèque. De même, l'établissement d'une JVM plus élevée fait en sorte que le plafond annuel des cotisations de 5 000 \$ sera atteint beaucoup plus rapidement. Un contribuable qui aurait calculé la JVM à partir de la valeur intrinsèque aux fins de ses cotisations versées dans un CELI pourrait donc avoir cotisé en trop et être assujéti à des pénalités. Néanmoins, la situation est loin d'être transparente : dans l'affaire *Henley*, la CCI suggère, vraisemblablement dans une remarque incidente, que la valeur intrinsèque des bons de souscription représentait leur JVM, et la CAF semble soutenir d'autres évaluations qui lui sont pourtant inférieures (2006 CCI 347 et 2007 CAF 370, respectivement).

Alan Macnaughton

Université de Waterloo, Waterloo

Amin Mawani

Université York, Toronto