

FIDUCIE RÉSIDENTE ET ABSENCE DE FIDUCIE

Dans deux récents arrêts rapportés de la CCI, des contribuables canadiens ont tenté sans succès d'utiliser une fiducie à la Barbade pour éviter l'impôt canadien lors de la vente d'une SCAN. L'arrêt *Garron Family Trust* (2009 CCI 450) applique aux fiducies le critère de l'administration et du contrôle centralisés utilisé pour déterminer la résidence d'une société et conclut qu'en l'espèce, les fiducies résident au Canada et non à la Barbade. Dans l'arrêt *Antle* (2009 CCI 465), le tribunal conclut que la fiducie en faveur du conjoint n'a pas été constituée de façon adéquate. Nous savons que *Garron* sera porté en appel, tout comme *Antle* s'il est suffisamment étayé pour représenter une cause type.

Fiducie familiale Garron. Dans le cadre d'une opération de gel successoral, les actions ordinaires d'une SEXP avaient été converties, en 1998, en actions privilégiées à valeur fixe avec un prix de rachat total de 50 millions de dollars. De nouvelles actions ordinaires avaient été émises, moyennant une contrepartie nominale, à deux nouvelles SPOR canadiennes, chacune appartenant à une fiducie distincte constituée à la Barbade. C'est un ami de M. Garron, un résident de Saint-Vincent, qui avait établi les deux fiducies; un autre de ses amis, également un résident de Saint-Vincent, agissait comme protecteur avec le pouvoir de destituer le fiduciaire à tout moment. Le fiduciaire des deux fiducies était une société de fiducie captive appartenant à un des quatre grands cabinets d'experts-comptables. En 2000, les actions des deux SPOR avaient été vendues par les fiducies et un gain en capital de plus de 450 millions de dollars avait été réalisé. Les fiducies avaient rempli le

certificat prévu à l'article 116 et versé un impôt égal à 25 % du gain; elles avaient rempli une déclaration de revenus canadienne dans laquelle elles demandaient un remboursement de cet impôt au motif que la convention fiscale Canada/Barbade exonérait les gains en capital de l'impôt canadien parce que les fiducies résidaient à la Barbade. (La Barbade n'impose pas les gains en capital.)

La juge Woods de la CCI a écarté le critère utilisé dans l'arrêt *Thibodeau* (78 DTC 6376 (CF 1^{ère} inst.)) qui fait jurisprudence, à savoir qu'une fiducie est un résident du pays où résident les fiduciaires et où ils exercent leur pouvoir. Elle a plutôt appliqué le critère de l'administration et du contrôle centralisés utilisé pour déterminer la résidence d'une société. La CCI a conclu que c'est à cause des faits que la CF, div. 1^{ère} inst. dans *Thibodeau* s'était intéressée à la résidence des fiduciaires. Les faits étayaient également l'hypothèse sous-jacente selon laquelle un fiduciaire, contrairement à l'administrateur d'une société, a envers les bénéficiaires une obligation fiduciaire. Toutefois, la CCI a également affirmé qu'il était difficile d'appliquer le raisonnement retenu dans *Thibodeau* dans tous les cas parce que les fiduciaires ne s'acquittent pas toujours de leurs responsabilités fiduciaires, et elle a fait remarquer que la CAF, dans *Robson Leather* (77 DTC 5106), avait également écarté l'idée que les tribunaux devraient présumer que les fiduciaires se conformeront à leurs obligations fiduciaires.

Pour établir que les fiducies résidaient au Canada, la CCI a indiqué que le fiduciaire n'avait pas démontré qu'il possédait les compétences nécessaires pour gérer les actifs de la fiducie et qu'il n'y avait aucune preuve qu'il avait joué un rôle actif dans la gestion des fiducies, même s'il possédait des connaissances spécialisées en comptabilité et en fiscalité. Il a été démontré que le fiduciaire n'avait guère participé aux affaires des fiducies à part signer des ententes et s'occuper de questions administratives, comptables et fiscales. Au contraire, il était plus que probable que le fiduciaire avait accepté, dès le départ, de s'en remettre aux recommandations des bénéficiaires résidant au Canada (les directeurs de la SEXP) pour ce qui est de l'achat et de la vente d'actions, du placement du produit en argent tiré de la vente des actions, des distributions aux bénéficiaires de la fiducie et des étapes à suivre pour alléger leur fardeau fiscal.

L'arrêt *Garron* s'écarte de façon significative de la conception établie concernant la résidence d'une fiducie et il risque d'influer sur cette détermination pour de nombreuses fiducies internationales et canadiennes régies par le droit fiscal canadien. Le *Bulletin d'interprétation* IT-447 (« Résidence d'une fiducie ou succession », 30 mai 1980) préconise l'utilisation d'un critère fondé sur l'administration et le contrôle centralisés pour établir la résidence d'une fiducie; l'ARC utilise ce critère pour

Dans ce numéro

Fiducie résidente et absence de fiducie	1
Planification en matière de TVP et RGAÉ	2
Statistiques relatives à l'impôt des sociétés	3
Évaluation des actions d'un gel successoral	4
Réduction du solde du CRTR :	
Actionnaires non résidents	5
La continuité de l'exploitation et le paragraphe 98(5)	5
Conseils fiscaux de fin d'année pour les propriétaires exploitants – Partie I	6
Élargissement du nexus en matière de taxe de vente dans l'État de New York	8
Intérêts des fonds extraterritoriaux : ECI ?	8
Règlements sur l'inversion : Placements privés	9
Actualités fiscales étrangères	11

contester la résidence de certaines fiducies qui résident indéniablement au Canada, mais qui prétendent résider plus particulièrement en Alberta. Il est intéressant de constater que, dans *Garron*, le tribunal a choisi de retenir le critère utilisé pour les sociétés parce que, selon lui, pour déterminer la résidence d'une fiducie ou d'une société, la principale fonction pertinente dans les deux cas est la gestion des actifs, ce que, en l'espèce, le fiduciaire avait omis de faire. Dans *Garron*, le tribunal aurait pu en arriver à une conclusion différente si le fiduciaire avait participé davantage au placement du produit de la vente. Quoi qu'il en soit, les planificateurs fiscaux doivent désormais s'assurer que l'administration et le contrôle de la fiducie sont centralisés dans le pays où réside le fiduciaire.

Antle. Dans *Antle*, comme dans *Garron*, le contribuable tentait d'éviter l'impôt canadien lors de la vente d'une SCAN en utilisant une fiducie de la Barbade. M. Antle, citant les dispositions relatives au transfert au conjoint en vertu du paragraphe 73(1), avait donné des actions de la SCAN à une fiducie en faveur du conjoint dont le fiduciaire résidait à la Barbade. La fiducie avait immédiatement vendu les actions à l'épouse de M. Antle en contrepartie d'un billet à leur JVM; elle avait ensuite invoqué l'exonération des gains en capital en vertu de la convention fiscale Canada/Barbade. L'épouse avait ensuite vendu les actions à un tiers, à leur prix de base majoré, sans réaliser de gain, et elle avait utilisé les fonds tirés de la vente pour rembourser le billet détenu par la fiducie; celle-ci avait distribué les fonds à l'épouse puis elle avait été dissoute. L'ARC prétendait que la fiducie était un artifice ou qu'elle n'avait pas été constituée de façon adéquate et que les règles régissant le transfert à l'épouse n'avaient pas été respectées ou que le paragraphe 69(11) avait pour effet d'annuler le transfert, et enfin, que la RGAÉ s'appliquait.

Le juge Miller de la CCI a tranché la question en invoquant le fait que la fiducie n'avait jamais été constituée de façon adéquate. Le contribuable avait élaboré une planification fiscale qui était un produit fiscal – la majoration de l'immobilisation – mis en marché conjointement par le fiduciaire de la Barbade et un cabinet d'experts-comptables dont les honoraires professionnels étaient en partie conditionnels à la réussite du plan. Pour être valide, une fiducie doit réunir trois certitudes : l'intention (généralement, l'auteur de la fiducie doit avoir l'intention de faire un don); l'objet (l'identité du bien de la fiducie) et le but (l'identité des bénéficiaires). La CCI a conclu qu'il n'y avait aucune certitude quant à l'intention : [TRADUCTION NON OFFICIELLE] « le contribuable n'avait jamais eu l'intention de perdre le contrôle des actions ou les fonds provenant de leur vente ». M. Antle n'avait jamais eu l'intention d'établir la fiducie avec les actions; elles devaient être vendues immédiatement et le produit tiré de la vente devait être distribué. M. Antle a conservé un intérêt dans les actions et il a récupéré la partie du produit payé à un autre ancien actionnaire de la SXP pour faciliter la vente

des actions par la fiducie; la seconde certitude n'est donc pas présente. Qui plus est, il y avait de nombreuses incertitudes et irrégularités dans la séquence de signature des documents, au point où le tribunal a conclu que les actions n'avaient jamais été transférées au fiduciaire et, partant, que la fiducie n'avait jamais été effectivement constituée et qu'elle n'avait jamais existé. (Selon le tribunal, l'endossement en blanc du certificat d'actions sans remise ne constituait pas un transfert valide – une proposition défendable, car les certificats d'actions prouvent simplement l'existence des actions.) En conclusion, selon le tribunal, le jugement

[TRADUCTION NON OFFICIELLE] souligne à quel point il est important, dans des stratégies de mise en œuvre n'ayant aucun autre objet que l'évitement de l'impôt, de prêter une attention méticuleuse et scrupuleuse aux dates et à leur exécution : des documents ant-datés, des intentions floues, l'absence de documents de transfert, l'absence de discrétion, l'absence d'objet commercial, la remise de documents signés distribuant le capital de la fiducie avant son prétendu établissement, tous ces éléments, pour dire vrai, ratent la cible – et de loin. Ils laissent une impression de camouflage élaboré. En bref, si vous voulez jouer le jeu de l'évitement, il ne suffit pas d'avoir une stratégie brillante, encore faut-il l'exécuter de brillante façon.

En obiter, le tribunal a conclu que la RGAÉ s'appliquait en l'espèce, permettant ainsi au Canada d'imposer les dirigeants canadiens : [TRADUCTION NON OFFICIELLE] « La stratégie est tellement contraire à l'objet, à l'esprit, au but, à la politique, appelez-les comme vous voulez, des lois fiscales canadiennes relativement aux gains en capital, en particulier en ce qui a trait à la cellule familiale ainsi qu'à l'essence même des conventions internationales qu'elle deviendrait un cas classique en droit de ce que la RGAÉ est censée viser ». Plus loin en obiter, le tribunal indique que sur la base de l'arrêt de la CSC dans *Crown Forest* ([1995] 2 RCS 802), la fiducie n'était pas imposable sur son revenu mondial en vertu de l'alinéa 94(1)c) et qu'elle se situait donc hors de la portée de ce qui constitue un résident canadien aux fins des conventions fiscales.

Jack Bernstein et Barbara Worndl
Aird & Berlis LLP, Toronto

PLANIFICATION EN MATIÈRE DE TVP ET RGAÉ

Même si bon nombre d'affaires en fiscalité soulignent que les contribuables peuvent structurer librement leurs opérations pour obtenir des avantages fiscaux, le fait est qu'ils doivent surmonter les obstacles de la RGAÉ fédérale s'ils comptent bénéficier d'avantages au titre de l'impôt ou de la TPS et que l'ARC allègue que les dispositifs de planification sont abusifs et incompatibles avec l'objet et

l'esprit des lois. Cependant, pour ce qui est de la taxe de vente provinciale (TVP), la plupart des régimes de taxe de vente au détail n'ont pas de RGAÉ. Dans *Terasen Gas Inc.* (2009 BCSC 1030), la Cour suprême de la Colombie-Britannique semble avoir confirmé que des opérations de planification fiscale légitimes sont acceptables aux fins de la TVP.

À un coût de 64 millions de dollars, Terasen avait construit un pipeline de gaz naturel avec du matériel comprenant des tuyaux, des compresseurs et de l'équipement connexe. Pour minimiser la TVP exigible sur l'achat du matériel, Terasen avait structuré l'opération en utilisant une fiducie (une filiale en était la bénéficiaire) puis en procédant à une revente suivie d'une cession-bail. Au départ, Terasen avait acheté le matériel auprès de fournisseurs indépendants pour le revendre à la fiducie, qui avait acquis le matériel uniquement pour le céder à Terasen au moyen d'une cession-bail. Après la cession, Terasen a installé le tuyau et l'a enfoui dans un terrain qui appartenait à des tiers.

Cette structure avait été mise en place parce que la *Social Service Tax Act* (SSTA) ne prévoit la levée de la TVP que sur l'acheteur qui fait l'acquisition d'un bien meuble corporel (BMC) pour son propre usage. La définition du terme « *usage* » – qui exclu une revente – en combinaison avec d'autres définitions spécifiques a amené le tribunal à conclure que tant l'achat initial que la revente par Terasen n'étaient pas assujettis à la TVP, et que la cession-bail en faveur de Terasen n'était taxable qu'au moment du versement de chaque paiement de location. Le tribunal a toutefois indiqué qu'une fois enfoui dans le sol, le matériel devenait un accessoire fixe et qu'il n'était plus donc un BMC; par conséquent, les paiements de location n'étaient plus assujettis à la TVP. Terasen n'avait donc payé qu'un léger montant de TVP sur les paiements de location. Après une vérification, Terasen s'est vue émettre un avis de cotisation pour, entre autres choses, la TVP sur les frais de service d'installation du tuyau. L'appel de Terasen au ministère concerné (*minister of small business and revenue*) a été accueilli en partie, et Terasen a porté ce jugement en appel devant la Cour suprême de la C.-B.

La principale question soumise au tribunal était de savoir si le contrat de location entre la fiducie et Terasen constituait en substance une vente plutôt qu'une location; la première étant assujettie à la TVP. Le ministre a fait valoir que la planification fiscale en soi n'était pas illégale, mais, citant *Stuart Investments* ([1984] 1 RCS 536), que c'était Terasen qui l'avait « rendue étrangère au régime d'imposition établi par le législateur ». Selon le ministre, la nature véritable de l'opération devrait être déterminée en tenant compte des opérations d'achat initial, de revente et de cession-bail non pas prises individuellement, mais comme faisant partie d'une opération globale. Pour sa part, Terasen prétendait que toutes les opérations étaient légitimes et qu'elles avaient entraîné des conséquences fiscales avantageuses en vertu

de diverses règles de la SSTA, et que la méthode de la vente et de la cession-bail était légalement acceptable.

Le tribunal a cité la jurisprudence qui confirmait que les rapports juridiques de bonne foi d'un contribuable devaient être respectés sauf s'ils violent une disposition de la loi ou qu'ils représentent un artifice, et il a conclu que le contrat de location – bien qu'il ait été motivé par un désir de minimiser la TVP – demeurait essentiellement un bail. De plus, la structure juridique de l'opération était conforme aux intentions et à la conduite des parties qui l'avaient adoptée, de sorte que le tribunal devait la respecter.

On doit saluer le fait que *Terasen* vient confirmer le fait qu'un contribuable peut structurer ses affaires de façon légitime pour réduire sa TVP à payer. Cependant, le jugement ne résistera peut-être pas à l'usure du temps, même pour la période limitée au cours de laquelle les TVP sont en place. Malheureusement, le tribunal n'a pas traité, p. ex., des éléments de doctrine cités dans l'affaire *Cairns Construction* ([1960] RCS 619) (et autres règles de la SSTA) qui auraient dû s'appliquer pour rendre le locateur ou le locataire redevable de la TVP sur la juste valeur du matériel avant qu'il soit devenu un accessoire fixe. Comme l'entrepreneur qui enfonce un clou dans la toiture d'une maison est redevable de la TVP sur la juste valeur du clou, car il en est le dernier utilisateur, peut-être que le propriétaire ou le locataire de l'équipement aurait dû payer la taxe lors du changement d'usage du matériel de BMC à bien immeuble.

Robert G. Kreklewetz et Jenny Siu
Millar Kreklewetz LLP, Toronto

STATISTIQUES RELATIVES À L'IMPÔT DES SOCIÉTÉS

L'ARC a publié la deuxième édition de sa version électronique de *Statistiques de l'impôt sur le revenu des sociétés* (<http://www.cra-arc.gc.ca/gncy/stts/gb05/sfp/t2/menu-fra.html>). Les 1 557 033 sociétés ont déclaré des revenus de 307 milliards de dollars avant l'élimination des revenus exonérés et des revenus comptés en double en 2005, dernière année pour laquelle des données sont publiées.

Dans les tableaux du site Web de l'ARC, 1 463 681 sociétés parmi celles qui ont produit une déclaration étaient classées comme une petite société admissible à la pleine déduction accordée aux petites entreprises. Seulement 93 352 sociétés, ou 6 % du total, étaient considérées comme une grande société. Cependant, les petites sociétés ne représentent que 19,2 % de l'impôt fédéral total en 2005; dans les quatre autres années illustrées dans la publication, le ratio se situait aux environs de 16 %.

Le tableau nous fait voir comment les réductions de taux ont eu pour effet d'abaisser le taux d'imposition

**Impôt fédéral net en pourcentage du revenu,
années d'imposition 2001 à 2005**

	Petites sociétés	Grandes sociétés	Ensemble des sociétés
2001	12,0	23,9	20,6
2002	11,6	24,3	20,6
2003	11,4	24,2	20,6
2004	11,5	21,7	18,9
2005	11,9	21,2	18,4

effectif du revenu imposable des sociétés. Dans les années d'imposition 2001 à 2003, l'impôt fédéral total en pourcentage du revenu imposable pour l'ensemble des sociétés s'est maintenu de façon constante à 20,6 %. En 2004, ce ratio est tombé à 18,9 % et, en 2005, à 18,4 %. Étant donné que les réductions de taux touchaient principalement le taux d'imposition le plus élevé des sociétés, le taux effectif d'imposition des petites entreprises est demeuré relativement constant. Le taux effectif des grandes sociétés est passé d'environ 24 % dans les trois premières années à 21,7 % en 2004 et à 21,2 % en 2005.

La version électronique de *Statistiques de l'impôt sur le revenu des sociétés* comporte beaucoup moins de détails que les documents auparavant publiés sur support papier. Notamment, la nouvelle version ne contient pas de rapprochement du bénéfice comptable et du revenu imposable. La charge d'impôt effective est fonction à la fois des taux et de l'assiette d'imposition. Sans une analyse détaillée de la composition de l'assiette fiscale, que présentait la version imprimée des tableaux de rapprochement, l'incidence véritable du système d'imposition des sociétés demeure inanalysable pour tous ceux qui s'intéressent de près à la fiscalité. Les données relatives au bénéfice comptable dans les comptes du revenu national et des dépenses nationales de Statistique Canada sont loin de comporter le même niveau de détail.

David B. Perry
Toronto

ÉVALUATION DES ACTIONS D'UN GEL SUCCESSORAL

L'ARC a dissipé certaines incertitudes concernant l'évaluation des actions non participatives avec droit de vote d'un gel successoral au cours d'une table ronde présentée dans le cadre de la conférence de la Colombie-Britannique de l'Association qui a eu lieu les 21 et 22 septembre 2009.

Le bulletin *Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques* n° 38, 22 septembre 2008 (IRNT 38) indique que l'ARC « n'a pas de position officielle relativement à la valeur de différents biens » et qu'elle « n'a pas l'intention d'écrire une politique ou d'établir une position formelle à

ce sujet ». Par ailleurs, elle a ajouté qu'elle « est d'avis qu'un acheteur hypothétique serait prêt à payer une certaine somme pour acquérir le contrôle d'une société. Il est difficile d'établir avec précision la valeur du droit de vote. Quoi qu'il en soit, la réponse à cette question dépendra des faits et circonstances propres à chaque situation ». Le bureau des services fiscaux de Vancouver est en train d'évaluer une prime sur des actions non participatives avec droit de vote d'une société privée acquises dans un gel successoral et que le contribuable détenait à son décès. (Voir l'article « Prime pour le contrôle des voix », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, juin 2008.) On a demandé à l'ARC de répondre aux questions ci-dessous.

■ Y a-t-il une différence entre l'opinion de l'ARC et la politique de l'ARC concernant cet élément ?

■ Un grand nombre de gels successoraux s'appuient sur des présomptions concernant les acheteurs hypothétiques et la valeur des actions comme l'hypothèse voulant qu'aux actions d'un gel corresponde toute la valeur d'une société à la date du gel. Est-ce que l'ARC propose de recommander qu'une prime soit accordée aux nouvelles actions ordinaires émises après un gel ?

■ Si on présume que l'opinion de l'ARC sur la prime pour le contrôle des voix constitue une position de cotisation relativement nouvelle, quelles étapes l'ARC prendra-t-elle pour qu'une prime fiscale ne soit pas cotisée dans une planification successorale qui s'appuierait sur l'hypothèse que la valeur des actions non participatives avec droit de vote ne bénéficie pas d'une prime ? (On a demandé à l'ARC si elle allait soutenir les demandes de redressement ou l'application prospective de la politique de réduction des charges juridiques et administratives des dispositifs de planification actuels qui reposent sur l'hypothèse qu'il n'y a pas de prime pour le contrôle des voix.)

Dans sa réponse, l'ARC a fait allusion au bulletin IRNT 38 et elle a réitéré qu'elle n'a pas d'opinion officielle sur la valeur des différents types de biens, y compris des actions, parce que les critères d'évaluation sont factuels. L'ARC a également cité la *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé de principes sur l'évaluation de biens mobiliers », dans laquelle elle décrit les principes et les politiques d'évaluation dont l'ARC tient compte et auxquels elle se conforme pour évaluer, aux fins de l'impôt sur le revenu, les titres et les biens incorporels des sociétés à actionnariat restreint. Dans la détermination de la JVM d'une catégorie d'actions, l'ARC a précisé qu'elle calcule tout d'abord la JVM de l'ensemble de la société puis qu'elle répartit ensuite cette valeur entre chaque catégorie d'actions prise séparément et en fonction des droits et restrictions qui s'y rattachent; le contrôle des voix est donc un droit qui peut avoir beaucoup de valeur. L'ARC considère que les actions non participatives de contrôle ont une certaine valeur et peuvent par conséquent bénéficier d'une prime. Toutefois, dans le contexte d'un gel successoral qui met en cause

une SPCC et dans lequel son auteur détient les actions non participatives de contrôle afin de protéger son intérêt économique dans la société, l'ARC ne tiendra généralement pas compte d'une prime qui pourrait être attribuée à ces actions en application du paragraphe 70(5) dans la disposition présumée à la JVM des actions du gel au décès de l'auteur du gel successoral.

Jim Yager

KPMG LLP, Toronto

RÉDUCTION DU SOLDE DU CRTR : ACTIONNAIRES NON RÉSIDENTS

Une récente interprétation technique (TI), n° 2009-0308511E5, 16 mars 2009, traite du calcul d'un compte de revenu à taux réduit (CRTR) d'une autre société qu'une (SPCC) lorsqu'un dividende déterminé est versé aux actionnaires, parmi lesquels certains sont non-résidents. D'après les faits présentés dans la TI, le dividende payable aux non-résidents est plus élevé que le solde du CRTR. Dans la TI, on conclut que le dividende qui a été désigné en tant que dividende déterminé mais qui est payable à des actionnaires non résidents constitue en fait un dividende non déterminé qui vient réduire le CRTR de la société lorsque le dividende est payable.

Si le dividende est payable en droit avant qu'il ne soit payé dans les faits, il s'ensuit logiquement de la déduction de la TI qu'il y a réduction automatique du solde du CRTR avant la distribution du dividende non déterminée du dividende total. Le choix du moment pour la réduction du solde du CRTR est crucial puisqu'une société publique et une autre société qu'une SPCC ne peuvent désigner des dividendes déterminés qu'à la condition qu'elles n'aient pas de solde au CRTR au moment où le dividende est versé. Les dividendes qui seraient autrement déterminés et payés à des non-résidents doivent être égaux à tout le moins au solde du CRTR.

Un « dividende déterminé » est un dividende imposable reçu par un résident du Canada, payé par une société résidant au Canada et désigné en tant que tel par la société. Une société doit désigner la totalité du dividende qu'elle verse. Une société publique et une société qui n'est pas une SPCC ne peuvent désigner des dividendes déterminés que si elles n'ont pas de CRTR au moment où le dividende est payé. En règle générale, il y a un CRTR si une autre société qu'une SPCC reçoit des dividendes non déterminés (p. ex., d'une SPCC) qui sont déductibles en vertu de l'article 112; il y a également un CRTR si une SPCC choisit d'être considérée comme une société qui n'est pas une SPCC et qu'elle gagne un revenu de placement assujéti à un remboursement sur le plan fiscal. Dans le calcul du solde du CRTR au moment où un dividende est versé par une autre société qu'une SPCC, le solde du CRTR est réduit notamment du montant total des dividendes imposables (mais non pas, p. ex., des dividendes déterminés) qui sont devenus payables dans

l'année d'imposition au cours de laquelle les dividendes ont été payés mais avant leur paiement effectif. La TI offre des réponses aux questions suivantes : Est-ce que le montant d'un dividende déterminé imposable qui est payé par une autre société qu'une SPCC à des actionnaires non résidents constitue un dividende non déterminé ? Si c'est le cas, à partir de quand ce dividende non déterminé réduit-il le CRTR ?

D'après les faits présentés dans la TI, une autre société qu'une SPCC déclare un dividende imposable sur ses actions détenues par des résidents canadiens et des non-résidents puis elle désigne l'ensemble du dividende en tant que dividende déterminé. Avant que le dividende soit payé, et possiblement avant même qu'il ne soit payable, la société qui n'est pas une SPCC a un solde positif dans son CRTR qui est inférieur au montant du dividende qui est payable à des actionnaires non résidents. L'ARC a confirmé que si une autre société qu'une SPCC désigne la totalité d'un dividende imposable en tant que dividende déterminé avant de le verser, seul le montant reçu par des résidents canadiens est un dividende déterminé; le montant reçu par les non-résidents constitue quant à lui un dividende non déterminé.

L'ARC a également confirmé qu'aussi longtemps que le dividende est payable en droit avant qu'il ne soit effectivement payé, le montant non déterminé du dividende qui est payable par la société qui n'est pas une SPCC aux actionnaires non résidents réduit le solde du CRTR lorsque le dividende devient payable et est donc compris dans l'élément G de la formule du CRTR au moment du versement du dividende. D'après les faits présentés dans la TI, et si on présume que le dividende était payable avant qu'il ait été payé, le solde du CRTR est égal à zéro au moment où le dividende est payé.

Paul Hickey

KPMG LLP, Toronto

LA CONTINUITÉ DE L'EXPLOITATION ET LE PARAGRAPHE 98(5)

Une récente interprétation technique (TI), n° 2008-0275151E5, 9 juillet 2009, traite des conditions prévues au paragraphe 98(5) qui permettent à une société de personnes qui continue d'être exploitée par un propriétaire unique d'accorder un transfert de biens de la société à son propriétaire unique.

Lorsqu'une société de personnes cesse d'exister et que, dans un délai de trois mois, un associé poursuit lui-même à titre de propriétaire unique l'exploitation de l'entreprise et utilise les biens de la société de personnes dans le cadre de cette exploitation, le paragraphe 98(5) prévoit généralement que le coût des biens pour le propriétaire unique correspond au coût indiqué des biens pour la société de personnes. Le produit présumé de l'intérêt du propriétaire unique dans la société de personnes est égal au plus élevé de a) son PBR ou b) le total des coûts

indiqués des biens reçus de la société de personnes auquel s'ajoute tout autre montant qu'il aurait reçu.

La TI présente deux exemples conçus aux fins de la discussion sur certaines questions qui se posent relativement aux conditions prévues au paragraphe 98(5) : a) à partir de quand l'entreprise de la société de personnes est-elle considérée comme étant exploitée « de façon individuelle » par un associé de la société de personnes, et b) dans quelle mesure les actions d'une société détenues par une société de personnes peuvent-elles être perçues comme étant « utilisées dans le cadre de l'exploitation ». Dans chaque cas, la position administrative de l'ARC présente des éclaircissements qui seront bien accueillis sur l'incertitude créée par la formulation précise de la règle.

■ Le premier exemple présente une société de personnes multiples dont la société de personnes en amont ne détient qu'un intérêt dans la société de personnes en aval. L'ARC affirme que le propriétaire unique remplit la condition de la continuité d'exploitation si la société de personnes en amont cesse d'exister et que le propriétaire gagne un revenu relativement à l'intérêt qu'il vient d'acquérir dans la société de personnes en aval, même si le propriétaire n'est pas le seul propriétaire de la société de personnes en aval, et qu'il n'exploite pas son entreprise à titre individuel ou qu'il ne détient pas lui-même la totalité des intérêts dans cette société de personnes. Le propriétaire remplit le critère parce qu'il exploite seul l'entreprise que la société de personnes en amont exploitait – à savoir, les activités de la société de personnes en aval (et il utilise donc indirectement les biens de cette société de personnes) en tant qu'associé de cette société de personnes. Cette opinion est conforme à la décision anticipée n° 9633813 (1997), qui indique que l'ARC considère les associés comme exploitant une entreprise de la société de personnes et qui estime que le critère de l'utilisation des biens dans une société de personnes en aval est rempli. (L'article 253.1, qui présume qu'un associé commanditaire n'exploite pas l'entreprise de la société en commandite, ne s'applique pas aux fins du paragraphe 98(5).)

■ Le deuxième exemple présente le cas d'une société de personnes dont la seule activité est le fait de détenir des actions d'une société d'exploitation. Le paragraphe 98(5) ne s'applique qu'aux biens des sociétés de personnes qui sont utilisés dans son entreprise; tout autre bien qui n'est pas utilisé dans l'entreprise de la société de personnes ne bénéficierait pas en théorie d'un transfert à imposition différée au propriétaire unique. L'ARC soutient que le paragraphe 98(5) s'applique aussi longtemps que le propriétaire gagne un revenu tiré des actions de la société d'exploitation qu'il vient d'acquérir, en présumant que la société de personnes était une société de personnes valide même si les actions de la société d'exploitation ne représentaient que son unique actif.

Doug Frost

PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

CONSEILS FISCAUX DE FIN D'ANNÉE POUR LES PROPRIÉTAIRES EXPLOITANTS — PARTIE I

Voici venu le temps pour le propriétaire exploitant de songer à sa planification de fin d'année et de déterminer la combinaison optimale de salaire/dividende.

■ L'objectif est de déterminer la combinaison salaire/dividende optimale pour le propriétaire exploitant et pour les membres de sa famille de façon à minimiser les impôts totaux. Il importe de tenir compte de tous les facteurs, à savoir le taux d'impôt de la société, le taux marginal d'impôt du propriétaire exploitant, l'impôt-santé provincial et/ou les taxes provinciales sur la masse salariale, le plafond des cotisations REER, les cotisations RPC/RRQ et les autres déductions et crédits (par ex., les frais de garde d'enfants et les dons).

■ Pour être déductibles, les salaires et les primes doivent être comptabilisés avant la fin de l'exercice de l'entreprise et payés dans les 179 jours qui suivent la fin de l'exercice. Il peut être avantageux de verser un salaire raisonnable au conjoint ou à un enfant qui fournit des services à l'entreprise et dont les revenus annuels sont dans une fourchette d'imposition moins élevée.

■ Comme solution de rechange au versement d'une prime, le propriétaire exploitant peut envisager de constituer un régime de participation aux bénéfices ou une convention de retraite, ou, de façon à bonifier le revenu de retraite, de constituer un régime de retraite individuel.

■ Il importe de distribuer les dividendes dans l'ordre suivant : 1) les dividendes déterminés donnant lieu à un remboursement de l'impôt en main remboursable au titre de dividendes (IMRTD); 2) les dividendes non déterminés donnant lieu à un remboursement de l'IMRTD; 3) les dividendes déterminés ne donnant pas lieu à un remboursement de l'IMRTD; et 4) les dividendes non déterminés ne donnant pas lieu à un remboursement de l'IMRTD. De plus, selon la province ou le territoire de résidence, le versement de dividendes en capital non imposables devrait se glisser à la deuxième ou à la troisième position.

■ Dans toutes les provinces, vérifiez que les stratégies de rémunération du propriétaire exploitant tiennent compte de l'augmentation de l'impôt des particuliers sur les dividendes déterminés de 2010 à 2012. Une société dans toutes les administrations (sauf au Nouveau-Brunswick) peut vouloir devancer à 2009 le versement de dividendes déterminés discrétionnaires pour tirer profit des taux d'impôt moins élevés sur les dividendes déterminés en 2009. Toutefois, on ne doit pas perdre de vue qu'un dividende déterminé peut augmenter le risque d'assujettissement à l'impôt minimum de remplacement (IMR) d'un propriétaire exploitant, et tout versement anticipé de dividendes déterminés fait en sorte que l'impôt sur le revenu doit être payé plus tôt. (Pour les

Détermination de la combinaison salaire/dividende optimale (exercice terminé le 31 décembre 2009 et 10 000 \$ de REEA)

	Admissible à la déduction pour petite entreprise		Pas de déduction pour petite entreprise, Pas de déduction pour FT		Pas de déduction pour petite entreprise, Admissible à la déduction pour FT	
	Report	Économie	Report	Économie/(Coût)	Report	Économie/(Coût)
	<i>dollars</i>					
Alberta	2 500	117	1 000	(33)	1 000	(33)
Colombie-Britannique	3 020	191	1 370	(24)	1 370	(24)
Manitoba	3 552	190	1 602	(30)	1 602	(30)
Nouveau-Brunswick	3 000	126	1 450	(43)	1 450	(43)
Terre-Neuve-et-Labrador	2 959	211	1 259	(274)	2 159	420
Territoires du Nord-Ouest	3 005	485	1 455	187	1 455	187
Nouvelle-Écosse	3 225	448	1 325	(518)	1 325	(518)
Nunavut	2 750	289	1 150	(384)	1 150	(384)
Ontario	3 093	476	1 443	(102)	1 643	52
Île-du-Prince-Édouard	3 400	95	1 237	(352)	1 237	(352)
Québec	3 133	188	1 943	(109)	1 943	(109)
Saskatchewan	2 850	245	1 300	(104)	1 500	55
Yukon	2 740	148	840	(297)	2 090	737

Note : On présume que le particulier est imposé au taux marginal le plus élevé. Seuls l'impôt fédéral et l'impôt provincial, la partie de l'employeur de l'assurance-maladie provinciale et la partie de l'employé de la taxe sur la masse salariale (pour les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut) sont pris en compte. Les chiffres pour la DPE au Yukon présument que le taux sur le revenu autre que le revenu de FT s'applique au REEA; si le taux sur le revenu de FT s'applique au REEA, le report et les économies d'impôt s'établissent à 2 890 \$ et à 253 \$, respectivement.

modifications aux taux d'imposition des dividendes déterminés, voir « Taux d'impôt sur les dividendes déterminés : Mise à jour », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, juillet 2009.)

■ Une société en Colombie-Britannique, en Ontario ou à l'Île-du-Prince-Édouard peut accélérer à 2009 le versement de dividendes non déterminés discrétionnaires pour tirer avantage des taux moins élevés en 2009 sur les dividendes non déterminés. (Pour les modifications aux taux sur les dividendes non déterminés, voir « Taux sur les dividendes non déterminés : Mise à jour », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, septembre 2009.)

■ Une société du Nouveau-Brunswick peut retarder à 2010 et aux années suivantes le paiement de salaires et/ou de dividendes déterminés et non déterminés discrétionnaires pour tirer avantage des taux d'impôt sur le revenu des particuliers moins élevés – les taux du Nouveau-Brunswick diminueront progressivement de 2010 à 2012.

■ La renonciation à la remise de primes ou à la distribution de dividendes à même les liquidités en surplus pourrait remettre en question le fait que la totalité des actifs d'une SPCC est utilisée dans une entreprise active, ce qui compromettrait le statut des AAPE de la SPCC et le droit de l'actionnaire à l'exemption à vie pour gains en capital de 750 000 \$ à la vente des actions.

■ La renonciation à la remise de primes peut rendre les crédits d'impôt à l'investissement (CII) de RS&DE

d'une SPCC non remboursables et les assujettir au taux de CII le moins élevé. Toutefois, lorsque la SPCC a droit à des CII non remboursables, il importe de voir à ce que le versement de primes donne lieu à un impôt fédéral exigible sur le revenu des sociétés assez élevé pour déduire les CII non remboursables.

■ Si le propriétaire exploitant n'a pas besoin de retirer des liquidités, on peut conserver le revenu dans la société. Lorsque la conjoncture est difficile, cela permet à la société d'accroître ses liquidités, d'enregistrer des revenus et de payer l'impôt des sociétés qu'elle pourra peut-être récupérer si elle enregistre des pertes plus tard. Puisque les revenus sont conservés en vue d'un éventuel report de perte rétrospectif, il est préférable de récupérer les revenus qui ont été imposés au taux général.

■ Il y a report d'impôt si la société conserve le revenu alors que son taux d'imposition est inférieur au taux qui s'applique au particulier qui est propriétaire exploitant. Le tableau qui suit montre l'impôt sur le revenu que l'on peut reporter si le revenu provenant d'une entreprise exploitée activement (REEA) est conservé dans la société et n'est pas versé à titre de salaire à l'employé qui est actionnaire, et l'économie d'impôt (ou le coût) qui est réalisé si un dividende est versé à même les revenus après impôt de la société.

Donald E. Carson et Ruby Lim
PricewaterhouseCoopers LLP, Toronto

ÉLARGISSEMENT DU NEXUS EN MATIÈRE DE TAXE DE VENTE DANS L'ÉTAT DE NEW YORK

L'État de New York a récemment adopté deux lois ayant pour objet d'étendre le champ d'application de sa taxe de vente et d'utilisation. Les changements apportés témoignent d'une tendance chez de nombreux États des États-Unis de recourir à des théories plus combattives au chapitre du lien d'attribution (« *attributional nexus* ») et du lien d'affiliation (« *affiliate nexus* ») afin d'établir l'existence d'un lien physique avec les vendeurs à l'extérieur de l'État et de les obliger à percevoir les taxes de l'État. Cette tendance pourra surprendre de nombreuses sociétés canadiennes qui vendent aux États-Unis, comme les fabricants canadiens qui vendent sur Internet ou par l'entremise d'agents rémunérés à commission aux États-Unis.

L'une des nouvelles lois ajoute des règles sur le lien d'affiliation à la définition d'une société qui est tenue de percevoir des taxes de vente, à compter du 1^{er} juin 2009. Ainsi, un vendeur qui n'a aucune présence physique dans l'État de New York, mais qui y compte une personne affiliée ayant une présence physique, et qui entretient avec elle certaines relations définies, est tenu de percevoir la taxe de vente auprès de ses clients de l'État de New York. L'« *affiliation* » est définie comme l'existence d'un lien de propriété de plus de 5 % entre la partie dans l'État et le vendeur à l'extérieur de l'État, mais il doit y avoir un élément de lien de plus pour que la présence de la partie dans l'État puisse être attribuée à la personne affiliée à l'extérieur de l'État. À l'heure actuelle, ce lien additionnel est créé si une personne affiliée de l'État de New York sollicite des ventes pour le compte d'un vendeur à l'extérieur de l'État : les nouvelles dispositions législatives ajoutent d'autres relations susceptibles de créer un lien suffisant pour le vendeur, comme le partage de la même marque ou appellation commerciale avec l'affilié dans l'État. Les nouvelles dispositions élargissent en outre les types d'activités considérées comme étant de la sollicitation – et qui créent un lien par attribution – pour qu'elles comprennent des activités comme la recommandation de clients, l'acceptation des retours, la prise en charge de la distribution et la prestation de services de réparation. Si le lien de propriété dépasse 50 % et que la personne affiliée dans l'État de New York s'adonne à l'une ou l'autre de ces activités, on présume qu'un lien est créé avec le vendeur à l'extérieur de l'État. Si le lien de propriété se situe entre 5 % et 50 %, exclusivement, l'État doit alors évaluer les liens et le degré de contrôle pour déterminer s'il y a un lien avec le vendeur à l'extérieur de l'État.

L'autre nouvelle loi adoptée par l'État de New York – l'« *Amazon law* », du nom de la librairie électronique – oblige un détaillant Internet à percevoir les taxes de vente de l'État de New York auprès de ses clients de cet

État. Si un résident de l'État de New York propose un lien de clic publicitaire au site Web d'un détaillant, il existe une présomption réfutable que le résident fait de la sollicitation pour le compte du détaillant, créant ainsi une présence physique du détaillant dans l'État. Certains seuils s'appliquent, mais, une fois que la présomption est établie, les conditions imposées par l'État pour sa réfutation sont très difficiles à remplir. Amazon.com et Overstock.com ont essayé de faire déclarer cette loi inconstitutionnelle par les tribunaux, en invoquant les clauses du commerce, de l'application régulière de la loi et sur l'égalité de protection des lois, mais leur demande a été rejetée en janvier 2009. Depuis lors, près d'une douzaine d'autres États ont proposé ou adopté des règles semblables.

L'élargissement de la définition du lien pour qu'il comprenne une société qui utilise un État uniquement comme un marché, sans y avoir ni employé ni actif, représente une mesure très invitante pour les administrations des États en manque de liquidités qui souhaitent redoubler d'efforts dans la perception des taxes. Les entités canadiennes ou d'un autre pays ne doivent pas se croire à l'abri de cette vigilance accrue parce que les autorités fiscales des États cherchent par tous les moyens de nouvelles sources de revenus qui les aideront à réduire leurs déficits. Ainsi, un fabricant canadien qui vend par l'entremise d'une personne affiliée ou d'agents indépendants rémunérés à commission aux États-Unis doit vérifier si sa structure opérationnelle actuelle ne crée pas un risque de taxation potentiel en vertu des nouvelles initiatives prises par les États. Un vendeur Internet ou une société qui offre des services numériques (comme la maintenance de sites Web, les bases de données d'information en ligne, les fax virtuels et les services facilitant la diffusion audio ou vidéo en continu) à d'autres usagers d'Internet devrait savoir que les lois fiscales évoluent pour s'adapter aux nouvelles façons de faire des affaires. Pour éviter de bien désagréables surprises, il est indispensable de revoir régulièrement les lois fiscales en constante évolution.

Jennifer Gann et Sehreen Amlani

KPMG s.e.n.c.r.l., Montréal

INTÉRÊTS DES FONDS EXTRATERRITORIAUX : ECI ?

Dans une note interne récente, l'IRS affirme que les intérêts gagnés par une société étrangère sur des prêts consentis à des emprunteurs américains peuvent être imposés en vertu du *Code* comme étant un revenu effectivement rattaché à un commerce ou une entreprise (*effectively connected trade or business income* (ECI)) si la société étrangère retient les services d'un représentant américain qui offre des services de constitution de dossiers de prêt.

L'opération évoquée dans la note mettait en cause une société étrangère (SETR) constituée dans un pays n'ayant pas signé de convention fiscale avec les États-Unis. Toutes les actions de SETR étaient détenues par des personnes à l'extérieur des États-Unis. SETR prêtait aux États-Unis de l'argent à des personnes résidant aux États-Unis, mais elle n'avait ni bureau ni employés dans ce pays. SETR retenait les services d'une société américaine (SUS) à qui elle versait des honoraires établis dans des conditions de pleine concurrence en vertu d'un accord de service portant sur toutes les activités liées à la constitution de dossiers de prêt, y compris la sollicitation, la négociation et l'analyse de crédit. SUS n'avait pas le pouvoir de conclure des contrats pour le compte de SETR; des employés de SETR à l'extérieur des États-Unis donnaient l'approbation définitive des prêts et signaient les documents connexes. SUS fournissait ses services à partir d'un bureau situé aux États-Unis et les prestations de services étaient importantes, continues et régulières. La note, qui ne contient aucune information sur la relation entre SETR et SUS, traite de la question de savoir si les intérêts que SETR gagnait sur ces prêts étaient imposables à titre d'ECI en vertu du *Code*. (Les intérêts qui ne constituaient pas un ECI auraient été des intérêts sur placements de portefeuille.)

De manière générale, une SETR qui n'est pas une banque peut gagner des intérêts de source américaine sur des prêts consentis sans lien de dépendance sans devoir payer d'impôt aux États-Unis. Les fonds extraterritoriaux s'appuient sur cette exonération des intérêts de portefeuille pour gagner des intérêts de source américaine en franchise d'impôt des États-Unis. Cependant, si les intérêts constituent un ECI, l'impôt américain s'applique comme s'ils avaient été gagnés par la société américaine. Le revenu est un ECI si : 1) SETR exploite un commerce ou une entreprise aux États-Unis et 2) le revenu est effectivement rattaché à ce commerce ou cette entreprise des États-Unis. Peu d'indications permettent de déterminer à partir de quel moment l'activité de prêt de SETR devient un commerce ou une entreprise des États-Unis : la note, qui fournit peu de précisions à cet égard, insiste sur le fait que l'étude de cette question ne s'inscrit pas dans les limites du sujet abordé, même si les faits supposent de toute évidence qu'il existe un commerce ou une entreprise aux États-Unis. La note précise que les règles d'exonération du *Code* – qui excluent le commerce des valeurs mobilières aux États-Unis par l'entremise d'un représentant indépendant ou sur son propre compte de la définition d'un commerce ou d'une entreprise aux États-Unis – ne s'appliquent pas à une activité de prêt, laquelle n'implique pas un « commerce ».

La note porte principalement sur la question de l'ECI. Si SETR prête à des emprunteurs américains dans le cadre de l'exploitation active d'une « entreprise de banque, de financement ou autre entreprise semblable », la réglementation présume que SETR gagne des intérêts qui

constituent un ECI si les titres sous-jacents peuvent être attribués au bureau des États-Unis par l'entremise duquel l'entreprise est exploitée et que ces titres ont été acquis du fait d'avoir consenti des prêts au public. Un titre ne peut être attribué à un bureau aux États-Unis que si ce bureau participe activement et significativement à la sollicitation, à la négociation ou à l'exercice d'autres activités nécessaires pour procéder à son acquisition. Jusque-là, de nombreux professionnels pensaient que, pour que les intérêts soient considérés comme un ECI, le bureau des États-Unis qui gagnait les intérêts devait appartenir à la SETR prêteuse, et ils n'envisageaient généralement pas que le bureau des États-Unis puisse appartenir à un représentant indépendant ou n'avoir aucune autorité de contracter. La note réfute clairement cette position : pour satisfaire à l'exigence réglementaire voulant que l'activité de prêt soit attribuable à un bureau des États-Unis, le bureau peut appartenir à un représentant dépendant ou indépendant de SETR et n'a pas besoin d'appartenir à SETR elle-même. À la lumière des faits particuliers cités dans la note, les intérêts gagnés par SETR étaient donc considérés comme un ECI en regard du commerce ou de l'entreprise des États-Unis.

La note ne vise pas directement les prêteurs qui sont des résidents canadiens parce que l'exigence d'un ES dans la convention entre le Canada et les États-Unis exonère l'ECI d'une SCAN de l'impôt des États-Unis dans des circonstances assimilables à celles décrites et présumées dans la note. Les cibles visées par la note semblent être les prêts consentis par l'entremise de sociétés ou de fonds extraterritoriaux résidant dans des pays sans convention fiscale. La note encourage les bureaux locaux de l'IRS à examiner d'autres stratégies de structuration de prêts mises en place à l'intérieur des États-Unis dans le but d'éviter la qualification en tant qu'ECI. La note semble refléter à la fois une approche plus combative de l'IRS visant à réduire l'érosion de l'assiette fiscale américaine au moyen des lois existantes et la préoccupation selon laquelle le régime actuel d'imposition des intérêts gagnés par des non-résidents serait déficient, étant donné que les marchés financiers d'aujourd'hui comptent une population importante de prêteurs autres que des banques.

Henry Chong
Ottawa

RÈGLEMENTS SUR L'INVERSION : PLACEMENTS PRIVÉS

L'IRS a annoncé qu'il publiera de nouveaux règlements concernant les inversions étrangères, limitant encore davantage la capacité d'une société étrangère d'acquérir une SUS sans incidences fiscales défavorables aux États-Unis (*Notice* 2009-78, 2009-40 IRB 452). Le Congrès a d'abord adopté en 2004 le régime de l'inversion de sociétés dans le but de contrer l'expatriation de SUS dans

des circonstances ne semblant pas avoir de motif commercial légitime. Depuis, l'IRS a graduellement resserré l'étau par une série de règlements temporaires. La dernière modification réglementaire porte sur les investissements faits par des tiers lors d'acquisitions de SUS par des étrangers.

Une inversion de société se produit lorsque les trois conditions suivantes sont réunies : 1) une société étrangère (SETR) acquiert la presque totalité des biens d'une SUS; 2) le « groupe affilié élargi » (« *expanded affiliated group* ») postérieur à l'acquisition, qui comprend SETR, n'exerce pas d'activités commerciales importantes dans le pays étranger où SETR a été constituée; et 3) après l'acquisition, au moins 60 % des actions de SETR (en fonction des droits de vote ou de leur valeur) sont détenues par d'anciens actionnaires de SUS. Des règles semblables s'appliquent si SETR acquiert la presque totalité des biens formant le commerce ou l'entreprise d'une société de personnes des États-Unis. Dans la détermination du pourcentage détenu par les anciens actionnaires de SUS, on ne tient pas compte de certaines actions de SETR : 1) les actions de SETR détenues par des membres du groupe affilié élargi, qui comprend SUS et 2) les actions de SETR vendues dans le cadre d'un appel public à l'épargne relié à l'acquisition.

La détention de 60 % des actions est le seuil à partir duquel les règles sur l'inversion s'appliquent. Une fois ce seuil atteint, les conséquences fiscales de l'inversion varient selon que la participation des anciens actionnaires de SUS dans SETR atteint 80 % ou plus. Si les anciens actionnaires de SUS détiennent entre 60 % et 80 % des actions de l'acquéreur SETR, la qualité de société étrangère de SETR est préservée, mais certaines « redevances » (« *toll charges* ») susceptibles de s'appliquer au niveau de la société ne peuvent être annulées par des attributs fiscaux comme des pertes d'exploitation nettes ou des crédits pour impôt étranger. Si les anciens actionnaires de SUS détiennent 80 % ou plus des actions de SETR après l'acquisition, SETR est considérée comme une entité américaine à toutes les fins de l'impôt des États-Unis; son revenu mondial est assujéti à l'impôt sur le revenu des États-Unis et ses actions sont considérées comme un actif situé aux États-Unis assujéti aux droits successoraux des États-Unis – un élément important que tout actionnaire non américain devra prendre en considération.

Jusqu'à l'annonce des derniers règlements, les actionnaires de SUS pouvaient réduire leur participation en actions de SETR aux fins du critère de propriété de 80 % en faisant intervenir un investisseur de l'extérieur. Par exemple, les actionnaires de SUS pouvaient transférer la totalité de leurs actions de SUS à une SETR nouvellement constituée en échange de moins de 80 % des actions de la nouvelle SETR. Dans une opération liée, l'investisseur transférait du comptant à la nouvelle SETR en échange de plus de 20 % de ses actions; parce que ces

actions de SETR n'avaient pas été « vendues dans le cadre d'un appel public à l'épargne » à l'investisseur, elles étaient prises en compte au moment de déterminer si les anciens actionnaires de SUS détenaient au moins 80 % de SETR. Les anciens actionnaires de SUS détenaient moins de 80 % des actions de SETR et, par conséquent, SETR conservait sa qualité d'entité étrangère aux fins de l'impôt des États-Unis.

Les nouveaux règlements ont pour but de restreindre la pratique du recours à un placement privé qui, de l'avis de l'IRS, avait pour but de contourner les règles sur l'inversion en faisant appel à un investisseur de l'extérieur. En vertu des nouveaux règlements, qui s'appliquent aux acquisitions réalisées après le 16 septembre 2009, les actions de SETR émises en échange de « biens non admissibles » dans une opération liée à l'acquisition – qu'elles soient cotées ou non – ne sont pas prises en compte aux fins de l'application du critère de propriété. Sous réserve de quelques exceptions, l'expression « bien non admissible » comprend : 1) des espèces et des quasi-espèces ; 2) des titres négociables ; et 3) tout autre bien acquis dans le cadre d'une opération dont le but principal est de contourner les règles sur l'inversion. Les titres négociables ne comprennent généralement pas les actions (ou les parts d'une société de personnes) émises par un membre du groupe affilié élargi postérieur à l'acquisition, qui comprend SETR.

L'exemple suivant illustre l'effet des nouveaux règlements. Monsieur A détient 100 % des actions de SUS. SETR X, une société nouvellement constituée, acquiert la totalité des actions de SUS en échange d'actions de SETR X uniquement. Dans une opération liée à l'acquisition des actions de SUS, une société de personnes canadienne transfère des titres négociables à SETR X en échange uniquement d'actions de SETR X. En vertu des nouveaux règlements, les actions de SETR X émises en faveur de la société de personnes canadienne ne sont pas prises en compte au moment de déterminer le nombre d'actions détenues par l'ancien actionnaire de SUS. L'ancien actionnaire de SUS est réputé détenir 100 % des actions de SETR X après l'acquisition, et SETR X est considérée comme une entité américaine aux fins de l'impôt des États-Unis.

Les nouveaux règlements ont donc pour effet d'étendre le type d'actions de SETR qui ne sont pas prises en compte aux fins de l'application du critère de propriété de façon à englober les actions émises dans le cadre d'un placement privé. Avec l'élimination dans les règlements temporaires de juin 2009 des règles d'exonération des « activités commerciales importantes » (TD 9453, 2009-28 IRB 114), les nouveaux règlements auront pour effet de refroidir les ardeurs des SETR dans l'acquisition de SUS.

Catherine B. Eberl
Hodgson Russ LLP, Buffalo

ACTUALITÉS FISCALES ÉTRANGÈRES

Conventions fiscales du Canada

Des négociations pour la conclusion d'une convention **Canada/Pays-Bas** ont débuté dans la semaine du 5 octobre 2009 à Ottawa. Les personnes intéressées peuvent soumettre leurs commentaires au ministère des Finances, notamment en ce qui concerne les difficultés encourues envers le régime fiscal des Pays-Bas, à l'adresse suivante : Ministère des Finances du Canada, 17^e étage, Tour est, 140 rue O'Connor, Ottawa K1A 0G5. Pour obtenir plus de renseignements, veuillez contacter Sophie Chatel, à la Division de la législation fiscale au (613) 995-3586.

France

Le bureau du Président a confirmé que des banques de la France se sont engagées à fermer leurs succursales et filiales situées dans des pays listés dans la liste grise de l'OCDE. La BNP Paribas avait précédemment décidé de fermer ses opérations aux Bahamas et à Panama.

OCDE

Le Conseil de l'Europe a annoncé, qu'avant la tenue du sommet du G20 en mars 2010, il entendait réviser la Convention concernant l'assistance administrative

mutuelle en matière fiscale pour qu'elle fasse état de la coopération internationale plus étroite sur l'échange de renseignements dans la législation sur le secret bancaire. L'accord sera ouvert aux pays non membres de l'OCDE de façon à soutenir les efforts déployés dans le monde entier dans la lutte à l'évasion fiscale.

Un grand nombre de pays négocient et signent des accords d'échange de renseignements. Aruba, l'Autriche, la Belgique et les Antilles néerlandaises figurent parmi les pays qui respectent dans une large mesure la norme acceptée dans le monde entier sur les accords d'échange de renseignements. L'Autriche a également resserré ses règles sur le secret bancaire visant les étrangers.

Des statistiques annuelles seront diffusées publiquement sur le site Web de l'OCDE pour rendre compte du nombre de cas de la procédure d'accord à l'amiable (PAA) dans les pays membres et non membres qui fournissent ces renseignements. Les travaux de l'OCDE à l'égard de la PAA visent à accélérer le traitement des dossiers de PAA et la transparence du processus.

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.