

Rédactrice : Joan E. Jung, Minden Gross LLP, Toronto
(jjung@mindingross.com)

Volume 22, numéro 1, janvier 2022

Note de la rédaction

Il s'agit de mon premier numéro en tant que rédactrice en chef du bulletin *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*. C'est un honneur pour moi de me voir confier ce rôle par la Fondation et je ferai de mon mieux pour maintenir les normes élevées établies par mon éminent prédécesseur, Tom McDonnell.

Ce sont les membres de la communauté fiscale qui assurent le succès du bulletin *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*. Je vous invite donc à soumettre des articles pour publication et à m'envoyer une liste des sujets que vous aimeriez qu'on aborde. Je vous invite également à m'écrire si vous n'êtes pas d'accord avec un article que vous lisez dans ce bulletin ou si vous souhaitez faire part de vos commentaires. Grâce à votre contribution, *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants* continuera de connaître le succès.

Je me réjouis de cette occasion de collaborer avec vous.

Joan E. Jung

Dans ce numéro

Note de la rédaction	1
Application de l'impôt de la partie IV aux fusions de sociétés détenues par des fiducies avec des sociétés bénéficiaires	1
Changement de l'analyse pour une scission typique	3
L'interaction entre le choix prévu au paragraphe 82(3) et l'IRF	4
Alinéa 118.1(13)c) : La contrepartie joue un rôle essentiel dans les crédits d'impôt pour don	6
Dons de bienfaisance par voie testamentaire : Incidence des nouvelles règles sur les intérêts débiteurs	8
Exceptions aux règles sur la minimisation des pertes au titre des droits acquis aux termes des paragraphes 112(3) à (3.32) : Règle de l'assurance préexistante	9
Nouvelle cotisation des années d'imposition frappées de prescription : Diligence raisonnable et norme — Le critère Regina Mall	11
Entrevues de l'ARC et droits des contribuables : Une mise en garde	12

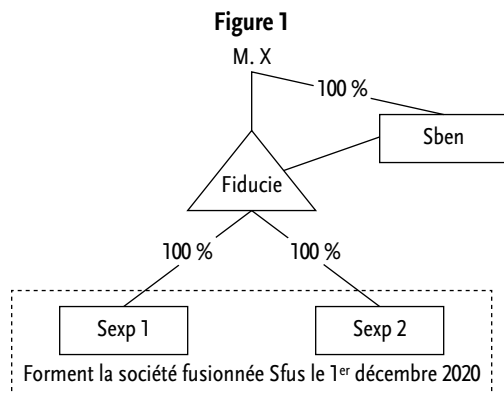
Application de l'impôt de la partie IV aux fusions de sociétés détenues par des fiducies avec des sociétés bénéficiaires

L'ARC a une position de longue date sur la façon dont le paragraphe 104(19) de la Loi devrait être interprété en ce qui concerne le moment où le dividende est reçu par une fiducie et est attribué à une société bénéficiaire. La position de l'ARC établit, en particulier, que le dividende est considéré comme étant reçu à titre de dividende à la fin de l'année d'imposition de la fiducie au cours de laquelle la fiducie a reçu le dividende, de sorte que le payeur du dividende et la société bénéficiaire doivent être rattachés à ce moment-là pour que l'impôt de la partie IV ne s'applique pas au dividende. Cette position a été confirmée dans un certain nombre d'avis de l'ARC : document n°s 2012-0465131E5 (14 janvier 2013), 2016-0647621E5 (3 juin 2016) et 2018-0757591I7 (30 avril 2019). Cette position peut être justifiée dans des scénarios comportant la vente des actions de la société qui verse le dividende (comme le décrit le document n° 2016-0647621E5), mais elle peut poser des difficultés techniques dans le cas des opérations qui ne comportent pas une telle vente.

Considérons, par exemple, le scénario suivant (illustré dans la figure ci-jointe), dans lequel deux sociétés privées sous contrôle canadien (Sexp 1 et Sexp 2) sont détenues par une fiducie qui réside au Canada; M. X est l'unique fiduciaire de la fiducie, un bénéficiaire de la fiducie et l'unique actionnaire de Société bénéficiaire (Sben), qui est également un bénéficiaire de la fiducie. Le 30 novembre 2020, Sexp 1 verse un dividende à la fiducie, et la fiducie transfère immédiatement les fonds à Sben. Sexp 1 ne reçoit aucun remboursement au titre de dividendes pour l'année d'imposition au cours de laquelle elle a versé le dividende. Puis, le 1^{er} décembre de la même année, Sexp 1 et Sexp 2 fusionnent pour former Sfus.

En date du 31 décembre, le dividende versé par Sexp 1 à la fiducie le 30 novembre satisfait aux conditions du paragraphe 104(19), et le montant du dividende est réputé être un dividende reçu par Sben.

Ensuite, il faut déterminer si l'impôt de la partie IV s'applique au dividende réputé avoir été reçu par Sben. L'alinéa 87(2)a) stipule que l'entité issue de la fusion est réputée être une nouvelle société pour l'application de la Loi. Par conséquent, l'analyse pour l'impôt de la partie IV doit être effectuée expressément pour Sexp 1, en tant que payeur du dividende, et non pour Sfus. En vertu de l'alinéa 186(1)a), le dividende est exempt de l'impôt de la partie IV si le payeur et le bénéficiaire du dividende sont rattachés. Le terme



« rattaché » est défini au paragraphe 186(4). Les sociétés sont considérées comme rattachées si 1) la société bénéficiaire possède plus de 10 pour cent des droits de vote du payeur et possède également des actions représentant plus de 10 pour cent de la valeur de la société payante; ou 2) la société payante est contrôlée par la société bénéficiaire ou par des personnes ayant un lien de dépendance avec la société bénéficiaire (à ce moment-là). D'après la position de l'ARC exposée ci-dessus, les critères, dans le cas de notre scénario, doivent être satisfaits à la fin de l'année de la fiducie, soit le 31 décembre. Étant donné que Sben n'a pas la propriété directe de Sexp 1, le critère de « propriété directe de plus de 10 pour cent » ne peut être satisfait. Ainsi, pour que Sben soit considérée comme rattachée à Sexp 1, Sexp 1 doit être contrôlée par Sben. Le terme « contrôle » est modifié pour les besoins de la partie IV par le paragraphe 186(2). En particulier, en vertu du paragraphe 186(2), la société est réputée être contrôlée par l'autre société si plus de 50 pour cent des actions émises de son capital-actions (ayant plein droit de vote) appartiennent aux personnes avec lesquelles l'autre société a un lien de dépendance. Dans ce cas, à la date de paiement du dividende (30 novembre), toutes les actions en circulation de Sexp 1 sont détenues par la fiducie. Sben est considérée avoir un lien de dépendance avec la fiducie en vertu de l'alinéa 251(1)b). Par conséquent, conformément au paragraphe 186(2), Sexp 1 est contrôlée par Sben, et donc Sexp 1 et Sben sont rattachées le 30 novembre. Toutefois, étant donné que le 31 décembre (qui est la date à laquelle le statut de sociétés rattachées doit être déterminé, selon la position de l'ARC décrite ci-dessus), Sexp 1 n'existe plus, Sben et Sexp 1 ne peuvent pas être considérées comme rattachées le 31 décembre.

Il convient de noter que, selon un certain nombre de dispositions de l'article 87, la nouvelle société issue de la fusion est réputée être la même société que la société remplacée. L'une de ces dispositions déterminatives, qui s'applique à la partie IV, est le paragraphe 87(2.11). Ce paragraphe s'applique aux cas de fusion verticale, lorsqu'une nouvelle société est issue de la fusion d'une société donnée et d'une ou plusieurs de ses « filiales à cent pour cent » (au sens du paragraphe 87(1.4)). En vertu de cette disposition,

la nouvelle société est réputée être la même société et la continuation de la société donnée aux fins de l'application de la partie IV « à la société donnée ». La partie IV comprend les paragraphes 186(2) et 186(4), qui définissent le terme « rattaché ». Ainsi, on pourrait soutenir qu'aux fins de la définition du terme « rattaché », la règle déterminative du paragraphe 87(2.11) signifie que la société fusionnée devrait être considérée comme la même société et que, par conséquent, la société bénéficiaire qui reçoit le dividende de la société remplacée peut bénéficier d'un certain allègement de l'impôt de la partie IV. D'autre part, la phrase « pour l'application [...] de la partie IV [...] à la société donnée » au paragraphe 87(2.11) peut être interprétée comme signifiant que la règle déterminative s'applique strictement à l'application de l'impôt de la partie IV de l'entité fusionnée, ce qui fait que la disposition déterminative ne s'appliquerait pas à la société bénéficiaire de la fiducie qui reçoit le dividende d'une société remplacée. Pour déterminer laquelle de ces interprétations est correcte, l'ARC devra fournir des directives supplémentaires sur la façon d'interpréter la disposition déterminative du paragraphe 87(2.11).

Quelle que soit l'interprétation, la règle déterminative ne s'applique qu'aux fusions verticales, pas à la fusion des deux sociétés sœurs détenues par la fiducie. Ainsi, dans le cas du scénario présenté ci-dessus, Sexp 1, en l'absence de toute autre disposition déterminative, cesse d'exister à la date de la fusion et ne peut donc pas être considérée comme rattachée à Sben le 31 décembre, lorsque la fiducie effectue la désignation en vertu du paragraphe 104(19).

Par conséquent, étant donné que Sexp 1 et Sben ne sont pas rattachées le 31 décembre, le dividende qui est versé par Sexp 1 à la fiducie avant la fusion et qui est ensuite attribué par la fiducie à Sben est assujéti à l'impôt de la partie IV. Ce scénario entraîne l'application potentielle de l'impôt de la partie IV s'il n'y a pas de changement de propriété et que la structure est en tout temps contrôlée et détenue en propriété effective par la même personne (M. X). Il n'est pas clair, d'après les avis publiés par l'ARC, si un tel résultat était envisagé. Pour plus de précision sur cette question, l'ARC devra fournir une interprétation supplémentaire concernant le moment de la détermination du statut de sociétés rattachées des sociétés faisant partie de structures composées de fiducies et de sociétés bénéficiaires.

Stan Shadrin

CPA Solutions LLP, Toronto
sshadrin@cpasolutions.ca

Manu Kakkar

Kakkar CPA Corporation professionnelle, Montréal
manu@kakkarc.com

David Carolin

Kakkar CPA Professional Corporation, Toronto
davidc@kakkarc.com

Changement de l'analyse pour une scission typique

À la table ronde de l'ARC à la conférence annuelle de 2020 de la Fondation canadienne de la fiscalité, l'ARC s'est penchée sur une série de questions liées à l'attribution du revenu protégé dans une réorganisation au titre de l'alinéa 55(3)a) et a introduit quelques nouveaux termes dans le lexique fiscal, soit « revenu protégé direct » (RPD) et « revenu protégé indirect » (RPI). À la même occasion, l'ARC s'est également dit inquiète du « décalage » du prix de base rajusté (PBR), malgré le fait que les transferts étaient conformes au paragraphe 51(1), 85(1) ou 86(1), selon le cas (voir ARC document n^{os} 2020-0860991C6 du 27 octobre 2020 et 2020-0861031C6 du 27 octobre 2020). Dans cet article, je fais aussi référence à l'ARC document n^o 2021-0889611E5 du 28 mai 2021 (« le document de 2021 de l'ARC »), dans lequel l'Agence explique sa position sur la situation factuelle d'une scission multipaliers. À ce que je sache, il n'a jamais auparavant été question de l'attribution du revenu protégé ni du potentiel de « décalage » dans une scission typique au titre de l'alinéa 55(3)a).

Il est difficile de décrire les nouvelles positions administratives de l'ARC sans utiliser d'exemples numériques, mais je m'y hasarde tout de même dans cet article. Dans ce qui suit, la « société cédante » (Scéd) est la société qui cherche à scinder des biens (« les biens scindés ») et la « société cessionnaire » (Sces) est la société à laquelle les biens scindés sont transférés. L'actionnaire de la Scéd est le contribuable. Les questions de la table ronde de l'ARC considèrent :

- 1) le PBR des biens scindés; et
- 2) le PBR des actions (d'ordinaire, des actions privilégiées créées par le fait de la scission) de la Scéd qui sont transférées à la Sces.

De telles actions privilégiées de la Scéd font habituellement l'objet d'un rachat croisé et d'une annulation, bien que la mécanique de la scission devrait avoir pour résultat que le contribuable détient des actions de la Sces dont le PBR équivaut à celui des actions privilégiées annulées de la Scéd. La création des actions privilégiées de la Scéd est habituellement une opération couverte par le paragraphe 51(1), 85(1) ou 86(1), et ces dispositions diffèrent l'une de l'autre de par la façon dont elles attribuent le PBR des actions de la Scéd détenues par le contribuable avant la réorganisation aux actions privilégiées nouvellement créées de la Scéd. L'attribution se fait ou bien au prorata, sur la base de la JVM des nouvelles actions privilégiées de la Scéd

relativement aux actions échangées qui existaient déjà, ou bien tout simplement sur la base de la JVM des nouvelles actions privilégiées de la Scéd. Comme je l'explique ci-dessous, l'ARC a aussi ajouté dans son analyse le RPD et le RPI. Si l'on passe outre à la question du revenu protégé, le décalage apparent qui, de l'avis de l'ARC, mène à une hausse induite du PBR, devient plutôt évident lorsqu'on compare

- x) le PBR combiné des actions de la Scéd détenues par le contribuable avant la réorganisation; et
- y) le PBR combiné des actions restantes de la Scéd détenues par le contribuable après la réorganisation, plus le PBR des biens scindés (si l'on suppose que la Sces, à laquelle les biens scindés ont été transférés, est par la suite liquidée, de sorte que le contribuable est le détenteur direct des biens scindés).

L'utilisation d'une méthode standard d'échange d'actions pour créer les actions privilégiées de la Scéd signifie que le PBR combiné des actions restantes de la Scéd détenues par le contribuable après la réorganisation devrait être égal au PBR combiné de toutes les actions de la Scéd détenues par le contribuable avant la réorganisation moins le PBR des actions privilégiées de la Scéd qui sont créées et annulées au cours de la scission. Selon l'ARC, si un montant insuffisant du PBR préexistant des actions de la Scéd est éliminé dans le processus de la réorganisation (en raison du rachat croisé), il pourrait en résulter une augmentation du PBR combiné des actions ou des biens détenus par le contribuable — c'est-à-dire que dans la comparaison proposée ci-dessus, (y) serait plus grand que (x). En ce qui concerne la situation factuelle présentée dans les questions de la table ronde de l'ARC, qui semblait être une réorganisation standard au titre de l'alinéa 55(3)a), l'ARC a déclaré qu'à cause du décalage, elle ne rendrait pas une décision favorable et, qui plus est, considérerait l'application de la RGAE en raison de ce qu'elle considérerait comme une augmentation induite du PBR aux mains du contribuable.

Un aspect préoccupant des documents de l'ARC discutés ci-dessus est le rôle du revenu protégé, qui ne causait auparavant aucune inquiétude quant à une scission standard au titre de l'alinéa 55(3)a). L'ARC a fourni une formule de calcul du montant de revenu protégé de la Scéd qui serait transféré à la Sces dans la réorganisation associée à la scission et du montant que conserverait la Scéd. Selon cette formule, le montant est généralement au prorata du coût des biens transférés ou conservés. Le revenu protégé peut être capitalisé dans le PBR, et l'ARC a tenu compte de cette possibilité dans l'analyse d'un décalage hypothétique décrite ci-dessus. Autrement dit, la comparaison a été faite après une capitalisation hypothétique du revenu protégé à tous les niveaux.

Les documents de l'ARC dont j'ai discuté ci-dessus semblent indiquer que le simple fait de créer, pour la scission, au titre du paragraphe 51(1) ou 86(1), des actions privilégiées de la Scéd dont le montant combiné de rachat par la société et au gré du porteur est égal à la JVM des biens scindés, pourrait ne pas suffire à réduire assez le PBR. C'est parce que le PBR additionnel qui pourrait résulter de la capitalisation du revenu protégé n'est pas pris en compte. Pour éviter le problème de décalage soulevé par l'ARC, il semble que la somme

- 1) du PBR des actions privilégiées de la Scéd (qui feront l'objet d'un rachat croisé et d'une annulation) et
- 2) du RPD et du RPI transférés à la Sces

devrait au moins égaler le PBR des biens scindés (y compris, lorsque ces biens sont des actions, le revenu protégé qui peut être capitalisé). La détermination du « bon » montant du PBR d'actions de la Scéd à éliminer (qui pourrait permettre de préserver une partie du PBR) exige que l'on connaisse le revenu protégé de la Scéd. En arriver au « bon » montant de PBR à éliminer pourrait nécessiter un jumelage, qui pourrait exiger l'application combinée de l'alinéa 85(1)g) et du paragraphe 86(1) dans la création des actions privilégiées de la Scéd nécessaires.

Dans le document de 2021 de l'ARC, on a demandé à l'Agence si une déclaration quant au revenu protégé de chaque société était un préalable pour un jugement favorable. L'ARC a indiqué qu'« [traduction] une estimation de ce revenu protégé est toujours nécessaire pour une évaluation complète de la situation faisant l'objet d'un jugement puisqu'elle représente un des éléments clés de l'appréciation d'une telle situation ». L'ARC a en outre déclaré qu'un commentaire serait ajouté aux décisions « [traduction] quant à l'attribution du revenu protégé qui est exigé dans une réorganisation libre d'impôt ». La formulation exacte du commentaire n'a pas été fournie. L'ARC a prévenu que l'élimination complète du PBR des actions de la Scéd détenues par le contribuable (c'est-à-dire par l'utilisation d'une opération interne au titre du paragraphe 85(1) pour créer les actions privilégiées de la Scéd) « [traduction] ne règle pas nécessairement le décalage du PBR, surtout lorsque les sociétés concernées possèdent un montant considérable de revenu protégé qui n'a pas été capitalisé ». Bien qu'il ne soit pas souhaitable d'omettre inutilement le PBR, on peut se demander si la formule de l'ARC pour l'attribution du revenu protégé à la Sces suffira à régler ce problème.

Les documents de l'ARC auxquels il est fait référence dans cet article ont introduit de nouvelles façons d'analyser une réorganisation de scission typique, et les fiscalistes devraient être au courant de ce changement. Il semble que, pour faire des plans qui sont conformes aux positions

administratives de l'ARC, des estimations du revenu protégé sont maintenant exigées. En toute déférence, je doute que cette exigence soit étayée par la loi.

Joan E. Jung
Minden Gross LLP, Toronto
jjung@mindengross.com

L'interaction entre le choix prévu au paragraphe 82(3) et l'IRF

Une récente interprétation technique (document n° 2020-085608117, 23 août 2021) publiée par l'ARC examine l'interaction entre le paragraphe 82(3) et l'article 120.4 de la LIR. Cette IT est intéressante à la fois pour la question technique pointue qu'elle soulève et pour ses indications sur la façon dont le régime de l'impôt sur le revenu fractionné (IRF) peut interagir avec d'autres dispositions de la LIR.

Le paragraphe 82(3) est conçu pour optimiser l'avantage du crédit d'impôt pour époux ou conjoint de fait (le « crédit pour conjoint ») prévu à l'alinéa 118(1)a). Sous réserve de certaines conditions, le crédit pour conjoint offre un crédit d'impôt à l'époux ou au conjoint de fait (le « conjoint déterminé ») qui subvient aux besoins de son époux ou de son conjoint de fait (le « conjoint bénéficiaire »). Le montant du crédit pour conjoint diminue à mesure que le revenu net du conjoint bénéficiaire augmente, et il est complètement éliminé lorsque ce revenu net atteint un plafond prévu par la loi.

En vertu du paragraphe 82(3), si le conjoint déterminé en fait le choix, tous les dividendes imposables reçus au cours d'une année par le conjoint bénéficiaire de la part de sociétés canadiennes imposables en vertu des alinéas 82(1)a) et a.1) seront réputés avoir été reçus par le conjoint déterminé et non par le conjoint bénéficiaire. Ce choix n'est toutefois possible que si le crédit pour conjoint du conjoint déterminé est augmenté. En résumé, le paragraphe 82(3) est conçu pour minimiser l'effet de l'élimination progressive en fonction du revenu net du crédit pour conjoint.

Le régime de l'IRF de l'article 120.4 ajoute un niveau supplémentaire de complexité à l'effet du paragraphe 82(3), parce que le régime de l'IRF refuse l'avantage des taux et des crédits d'impôt en fonction du revenu net pour le revenu de dividendes qui est un « revenu fractionné » (au sens du paragraphe 120.4(1)) pour le conjoint bénéficiaire ou, si le choix prévu au paragraphe 82(3) est fait, pour le conjoint déterminé. Par conséquent, l'application de l'IRF au revenu de dividendes pourrait influencer la décision de faire ou non le choix et pourrait miner l'efficacité potentielle du choix prévu au paragraphe 82(3). Le sous-alinéa 120.4(1)a)(i) de la définition de « revenu fractionné » inclut dans le revenu fractionné les dividendes imposables

qu'un particulier a reçus sur les actions d'une société (sous réserve de certaines exclusions non pertinentes aux scénarios analysés dans le présent article).

On a demandé à l'ARC de se prononcer sur la question de savoir si une règle régit l'ordre d'application de ces deux régimes législatifs (le choix prévu au paragraphe 82(3) et l'IRF), puis d'illustrer, à l'aide d'hypothèses, comment ces ensembles de règles fonctionneraient. L'ARC a conclu que, même si aucune règle d'application dans la LIR ne régit l'interaction du paragraphe 82(3) et de l'article 120.4, le texte des dispositions indique que le paragraphe 82(3) devrait avoir préséance sur l'article 120.4 et devrait être appliqué en premier. L'ARC a également déclaré que la RGAE ne devrait pas s'appliquer.

Par conséquent, selon l'ARC, la méthode correcte d'application des deux dispositions consiste à attribuer la réception des dividendes conformément au paragraphe 82(3) et à appliquer ensuite le régime de l'IRF.

L'ARC a examiné trois hypothèses afin d'illustrer l'analyse de l'IRF lorsque le paragraphe 82(3) est appliqué. Dans chaque exemple, l'ARC a commenté 1) la façon dont l'IRF s'appliquerait aux dividendes reçus par le conjoint bénéficiaire si aucun choix n'avait été fait, et 2) la façon dont il s'appliquerait aux dividendes réputés reçus par le conjoint déterminé si le choix avait été fait.

Première hypothèse

La première hypothèse portait sur un conjoint bénéficiaire qui possédait des actions représentant moins de 10 pour cent des votes et de la JVM de toutes les actions d'une société et qui ne participait pas activement aux activités de cette société. Le conjoint déterminé ne possédait aucune action de la société, mais participait activement à ses activités.

L'ARC a conclu que si aucun choix n'avait été fait en vertu du paragraphe 82(3), les dividendes imposables reçus par le conjoint bénéficiaire de la société n'auraient pas été un « montant exclu » (au sens du paragraphe 120.4(1)) pour le conjoint bénéficiaire et auraient donc été un revenu fractionné assujéti à l'IRF.

L'ARC a conclu que si le choix prévu au paragraphe 82(3) avait été fait, ce choix aurait converti les dividendes imposables assujéti à l'IRF entre les mains du conjoint bénéficiaire en une inclusion dans le revenu qui était un montant exclu pour le conjoint déterminé. De l'avis de l'ARC, il faut examiner l'application de l'IRF en fonction de la propriété des actions et de la situation personnelle du conjoint déterminé, et non du conjoint bénéficiaire. Dans cette hypothèse, les dividendes imposables réputés reçus par le conjoint déterminé étaient un montant exclu parce que le conjoint déterminé avait participé activement aux activités de la société.

Deuxième hypothèse

Dans la deuxième hypothèse envisagée par l'ARC, le conjoint bénéficiaire possédait des actions représentant moins de 10 pour cent des votes et de la JVM de toutes les actions d'une société contrôlée par sa belle-mère (qui participait activement aux activités de la société). Le conjoint déterminé ne possédait aucune action de cette société. Aucun des conjoints ne participait activement aux activités de la société.

L'ARC a conclu que si aucun choix n'avait été fait en vertu du paragraphe 82(3), les dividendes imposables reçus par le conjoint bénéficiaire de la société 1) auraient été reçus d'une « entreprise liée » (au sens du paragraphe 120.4(1)) en ce qui concerne le conjoint bénéficiaire, 2) ne seraient pas un montant exclu pour le conjoint bénéficiaire et, par conséquent, 3) auraient été un revenu fractionné assujéti à l'IRF. Si le choix prévu au paragraphe 82(3) avait été fait, les dividendes réputés reçus par le conjoint déterminé ne seraient pas un montant exclu parce que les dividendes ne proviennent pas d'une « entreprise exclue » (au sens du paragraphe 120.4(1)) ou d'« actions exclues » (au sens du paragraphe 120.4(1)) et, par conséquent, seraient également un revenu fractionné assujéti à l'IRF.

Troisième hypothèse

La troisième hypothèse portait sur une société dans laquelle le conjoint bénéficiaire, le conjoint déterminé et le frère de l'un des conjoints étaient chacun des actionnaires possédant des actions d'une catégorie distincte d'actions d'une société. Le conjoint bénéficiaire, le conjoint déterminé et le frère possédaient respectivement 5, 20 et 75 pour cent des votes et de la JVM de toutes les actions de la société en question. Toutefois, seul le frère participait activement aux activités de la société.

De l'avis de l'ARC, si aucun choix n'avait été fait en vertu du paragraphe 82(3), les dividendes reçus par le conjoint bénéficiaire auraient été un revenu fractionné assujéti à l'IRF (en raison de l'absence d'exclusions pertinentes).

L'ARC a accepté que le choix fait en vertu du paragraphe 82(3) aurait eu pour effet de traiter le conjoint déterminé comme ayant reçu les dividendes sur les actions qu'il possédait réellement (c'est-à-dire les actions représentant 20 pour cent des votes et de la valeur de la société). Les dividendes seraient donc le revenu du conjoint déterminé provenant d'actions exclues et ne seraient pas assujéti à l'IRF. En d'autres termes, l'ARC est d'avis que les dividendes qui sont réattribués en vertu du paragraphe 82(3) devraient être considérés, aux fins du régime de l'IRF, comme étant reçus par le conjoint déterminé sur les actions qui lui appartiennent réellement, et non sur les actions qui appartiennent au conjoint bénéficiaire. En d'autres termes,

le paragraphe 82(3) réattribue les dividendes, mais il ne prévoit pas de règle déterminative qui met le conjoint déterminé à la place du conjoint bénéficiaire en ce qui concerne les actions détenues.

En conclusion

Cette IT fournit un aperçu utile de la complexité de l'application de régimes distincts au sein de la LIR lorsqu'ils interagissent les uns avec les autres. Dans le cas présent, la méthodologie avancée par l'ARC paraît raisonnable et pragmatique, mais elle semble impliquer une supposition — plus précisément, une supposition selon laquelle les dividendes réputés reçus par le conjoint déterminé en vertu du paragraphe 82(3) seront reçus sur les actions dont le conjoint déterminé est réellement propriétaire (et non celles du conjoint bénéficiaire). Cette supposition, bien que pratique, ne découle pas de façon évidente du texte des deux séries de dispositions. Dans ces circonstances, l'ARC a adopté une approche qu'elle a jugée conforme aux objectifs de politique du régime de l'IRF (en ne permettant pas au contribuable de faire indirectement, par le biais du choix prévu au paragraphe 82(3), ce qu'il ne pourrait pas faire en prenant directement les dividendes en question).

La question de savoir si la considération de principe de ces dispositions justifie la supposition sur laquelle s'appuie l'ARC dans cette IT en est une d'interprétation à laquelle il n'est pas facile de répondre. Nous notons que dans l'ARC document n° 2006-0183851E5 (30 mai 2007), l'Agence a adopté une position similaire sur l'interaction entre le paragraphe 83(2) et l'alinéa 84.1(1)b).

Compte tenu de l'incertitude interprétative lorsqu'il s'agit de déterminer l'interaction entre des dispositions fiscales qui ne font pas partie d'un même régime législatif, la prudence est de mise : la position finalement adoptée par les tribunaux pourrait être assez imprévisible.

Philip Friedlan et Adam Friedlan

Friedlan Law

Richmond Hill, ON

philip.friedlan@friedlanlaw.com

adam.friedlan@friedlanlaw.com

Alinéa 118.1(13)c) : La contrepartie joue un rôle essentiel dans les crédits d'impôt pour don

L'article 118.1 de la Loi prévoit un crédit d'impôt pour don pour les contribuables qui ont fait un don à un organisme de bienfaisance enregistré ou à un donataire reconnu. Le paragraphe 118.1(13) limite toutefois le crédit à certains dons d'actions de sociétés privées. Une affaire récente, *Odette* (2021 TCC 65), illustre que le don doit être fait en

tout point conformément à l'alinéa 118.1(13)c) pour que le donateur reçoive le crédit.

Dans l'affaire *Odette*, la succession a fait don d'actions d'une société privée (Edmette), qui étaient des titres non admissibles, à une fondation privée avec laquelle la succession avait un lien de dépendance. Peu de temps après, mais au cours de la même année d'imposition 2013, les actions ont été achetées pour être annulées en échange d'un billet à ordre d'Edmette de 17,7 millions de dollars. Le billet à ordre a été remboursé en espèces par Edmette sur une période de huit mois en 2014. La fondation a délivré un reçu de don de bienfaisance aux fins du calcul de l'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 2013, mais le ministre a refusé le crédit d'impôt pour don au motif qu'en application de l'alinéa 118.1(13)c), la valeur du don serait réputée égale à néant.

Le paragraphe 118.1(3) prévoit un crédit d'impôt basé sur le total des dons faits par un particulier ou une fiducie au cours d'une année d'imposition. De façon générale, le « total des dons » désigne le total des dons de bienfaisance faits au cours d'une année d'imposition à un donataire reconnu, tel qu'un organisme de bienfaisance enregistré. Cependant, quand un particulier fait un don d'un titre non admissible, qui n'est pas un don exclu, le don est réputé ne pas avoir été fait en vertu de l'alinéa 118.1(13)a). Le terme « titre non admissible » d'un particulier est défini au paragraphe 118.1(18) comme comprenant les actions d'une société avec laquelle le particulier ou la succession a un lien de dépendance immédiatement après le don. « Don exclu » est défini au paragraphe 118.1(19) comme étant le don d'un titre 1) qui est une action, 2) dont le donataire n'est pas une fondation privée et 3) dont le donateur n'a pas de lien de dépendance avec le donataire. Dans l'affaire *Odette*, la succession avait un lien de dépendance avec la société (Edmette) ou le donataire, qui était une fondation privée. Le don, par conséquent, était un titre non admissible de la succession, et le don n'était pas un don exclu. Pour cette raison, en vertu de l'alinéa 118.1(13)a), le don serait réputé ne pas avoir été fait.

Toutefois, si le titre cesse d'être un titre non admissible dans les 60 mois suivant le don ou si le donataire dispose du don au cours de cette période de 60 mois, le particulier est réputé, en vertu de l'alinéa 118.1(13)b) ou c), avoir fait le don et peut encore demander un crédit d'impôt pour don de bienfaisance. Dans l'affaire *Odette*, le titre faisant l'objet du don n'a pas cessé d'être un titre non admissible, et l'alinéa 118.1(13)b) ne s'appliquait donc pas. Étant donné que le donataire a disposé du titre dans les 60 mois, la succession était réputée, en vertu de l'alinéa 118.1(13)c), avoir fait don d'un bien au donataire au moment de la disposition, et la JVM de ce bien est réputée être égale à la JVM de toute contrepartie (autre qu'un titre non admissible d'une personne) reçue par le donataire pour la disposition ou, si

elle est moins élevée, à la JVM du titre qui aurait autrement été incluse dans le calcul du total des dons de bienfaisance de la succession pour l'année d'imposition.

En d'autres termes, l'allègement serait limité si le donataire disposait du titre pour une contrepartie qui est un titre non admissible d'une personne. Un tel titre non admissible comprend une obligation d'une personne avec laquelle la succession a un lien de dépendance. Dans l'affaire *Odette*, la fondation privée a disposé du titre en faveur de la société en contrepartie d'un billet à ordre payable par cette société. Puisque la société avait un lien de dépendance avec la succession, ce billet à ordre, lui aussi, serait considéré comme un titre non admissible. Étant donné que la fondation privée n'a reçu qu'un titre non admissible en contrepartie de la disposition du titre, la règle de « moins élevée » de l'alinéa 118.1(13)c) fait en sorte que la JVM du bien faisant l'objet du don est égale à néant. Pour cette raison, le ministre a refusé les crédits d'impôt pour don.

L'appelant a soutenu que l'expression « toute contrepartie » à l'alinéa 118.1(13)c) devait être interprétée comme incluant à la fois les billets à ordre et les paiements en espèces correspondants. Le billet à ordre et les paiements en espèces correspondants faisaient partie intégrante de la contrepartie reçue, et la valeur réputée du don devrait être beaucoup plus élevée. L'appelant a adopté la position selon laquelle une interprétation large de « toute contrepartie » respecterait l'intention du Parlement d'encourager les dons de bienfaisance et serait en harmonie avec la législation dans son ensemble.

Après avoir procédé à une analyse contextuelle approfondie du terme « contrepartie », la Cour a examiné, au-delà du terme lui-même, les termes « reçue » et « au moment de la disposition », ainsi que l'exclusion entre parenthèses « (sauf un titre non admissible d'une personne) ». La Cour a expliqué que la contrepartie est soumise à une limite temporelle : la contrepartie doit être reçue au moment de la disposition. Dans cette affaire, la fondation n'a reçu les paiements en espèces qu'environ huit mois après la disposition. Si la législation visait à inclure la contrepartie reçue en dehors de la période du don réputé, un langage clair aurait été utilisé pour exprimer cette intention. Le fait que le terme « contrepartie » à l'alinéa 118.1(13)c) soit assujéti à de nombreuses restrictions et réserves indique que la contrepartie dans l'affaire *Odette* ne pouvait pas être à la fois le billet à ordre et les paiements en espèces correspondants.

De plus, l'exclusion entre parenthèses limite davantage la portée de la « contrepartie » en prévoyant que, pour être visée par cette disposition rédemptrice, la contrepartie ne peut pas être un titre non admissible. Par conséquent, le terme « contrepartie », à l'alinéa 118.1(13)c), doit être interprété de façon étroite et stricte. La disposition prévoit

expressément que la contrepartie doit être reçue au moment de la disposition et qu'elle ne peut être un titre non admissible. La disposition permet aux contribuables de demander le crédit si, dans le délai prescrit, l'organisme de bienfaisance dispose du titre non admissible à un tiers dans le cadre d'une opération sans lien de dépendance. Le prix payé par le tiers pour le titre peut être considéré comme étant sa JVM. Sans une opération avec un tiers, il serait difficile de déterminer la JVM. Il serait contraire à l'intention de la législation de permettre un crédit d'impôt pour don si un titre non admissible est cédé pour un autre titre non admissible.

Il est intéressant de noter que la Cour a déclaré que le donateur n'était pas appauvri et que l'organisme de bienfaisance n'était pas enrichi, alors qu'en fait, c'est le contraire qui s'est produit, bien que ces événements se soient produits à quelques mois de distance de la disposition des actions par la fondation. La question de savoir si un crédit pour don est autorisé semble se résumer à une question de moment. Si la fondation avait reçu une contrepartie en espèces lors du rachat des actions, le crédit pour don aurait été autorisé. Il est regrettable que la succession se soit vu refuser le crédit d'impôt pour don sur la base d'un manquement technique aux règles.

Heureusement, l'ARC a fourni un certain allègement lors de la table ronde de l'APFF de 2021 (question 14). Selon l'ARC, on doit donner au terme « contrepartie » la signification qui est généralement reconnue dans la jurisprudence et donc ne pas le limiter au « produit de disposition » au sens de l'article 54. Sur cette base, l'ARC est d'avis que pour l'application de l'alinéa 118.1(13)c), la contrepartie reçue par le donataire reconnu pour la disposition de titres non admissibles peut inclure la part de cette contrepartie qui est un dividende réputé reçu par le donataire reconnu, conformément au paragraphe 84(3), lors du rachat d'actions. Il n'est toutefois pas clair si la question portait sur un prix de rachat payé par billet à ordre et, si tel est le cas, si la qualification de dividende réputé l'emporte sur la forme juridique de la contrepartie, de sorte que le titre non admissible est considéré comme ayant fait l'objet d'une disposition pour une contrepartie qui était un dividende réputé plutôt que pour une contrepartie qui était un titre non admissible. La discussion de cette question de table ronde par l'ARC peut être une bonne nouvelle quand la fondation reçoit un dividende réputé. Cependant, en attendant plus de précisions, une ligne de conduite prudente pourrait être de ne pas racheter les actions ayant fait l'objet du don avant d'avoir suffisamment d'espèces pour payer le produit du rachat.

Jin Wen
Grant Thornton LLP, Toronto
Jin.Wen@ca.gt.com

Dons de bienfaisance par voie testamentaire : Incidence des nouvelles règles sur les intérêts débiteurs

En 2014, le gouvernement a annoncé des modifications au traitement des dons de bienfaisance par voie testamentaire dans la Loi de l'impôt sur le revenu. Ces modifications avaient pour objectif d'offrir aux successions une plus grande polyvalence : aux termes des anciennes règles, la succession ne pouvait pas utiliser les crédits d'impôt pour dons du testateur. Aux termes des nouvelles règles, la planification des dons de bienfaisance demeure une partie importante de la planification successorale, car tout don effectué par une succession assujettie à l'imposition à taux progressifs (« SAIP ») déterminé sans renvoi à la limite de 36 mois (la « SAIP modifiée ») peut être inclus dans le calcul du total des dons de bienfaisance d'un particulier si la SAIP modifiée effectue le don dans les 60 mois suivant le décès du particulier. Bien que la plus grande polyvalence soit la bienvenue, le fait de retarder ou de reporter un don pourrait avoir des conséquences sur les intérêts débiteurs aux termes des paragraphes 161(1) et (7).

Contexte : Dons de bienfaisance aux termes des anciennes et des nouvelles règles

Avant le 1^{er} janvier 2016, le paragraphe 118.1(5) stipulait que le particulier qui a fait un don par testament est réputé l'avoir fait immédiatement avant son décès. En vertu des anciennes règles, une succession imposable ne pouvait utiliser aucun des crédits d'impôt pour dons non utilisés du testateur. Essentiellement, ces crédits d'impôt étaient perdus s'ils ne pouvaient être utilisés par le testateur ou l'époux ou conjoint de fait du testateur. Aux termes des nouvelles règles applicables aux décès survenus à compter du 1^{er} janvier 2016, le paragraphe 118.1(5) stipule que 1) la succession fait le don et 2) le don est fait au moment du transfert du bien à l'organisme de bienfaisance. La succession peut par la suite déduire les crédits d'impôt pour dons de bienfaisance aux fins du calcul de son propre impôt à payer pour l'année au cours de laquelle le don a été effectué, pourvu que le don ait été effectué par une SAIP modifiée aux fins des calculs de sa déclaration fiscale pour les années au cours desquelles elle était une SAIP modifiée (soit au cours desquelles elle appliquait la limite de 36 mois) ou elle peut reporter en arrière les crédits d'impôt sur la déclaration fiscale du testateur pour l'année de son décès ou l'année le précédant immédiatement.

Calcul des intérêts débiteurs

Le paragraphe 161(1) établit les intérêts débiteurs à payer par un contribuable. Brièvement, des intérêts débiteurs sont exigibles sur la différence entre l'impôt à payer d'un

contribuable et le total de tous les montants payés au titre de cet impôt.

Le paragraphe 161(7) stipule que, aux fins du calcul de l'intérêt aux termes du paragraphe 161(1), l'impôt à payer doit être calculé sans prendre en considération, entre autres choses, les déductions aux termes de l'article 118.1 eu égard à un don effectué au cours d'une année ultérieure. Autrement dit, les intérêts débiteurs sont payables à compter de la date d'échéance aux fins du paiement du solde de l'année d'imposition jusqu'à la date à laquelle le don de bienfaisance est effectué au cours d'une année d'imposition ultérieure. Dans l'affaire *Connaught Laboratories Ltd. c. La Reine* (94 DTC 6697 (CF 1^{re} inst.)), la Cour fédérale de première instance a confirmé que le paragraphe 161(7) avait pour objectif de dissuader un contribuable de ne pas payer son impôt dans des circonstances où il s'attend à subir une perte au cours d'une année d'imposition ultérieure. L'ARC a ultérieurement reconnu cet objectif et a cité l'affaire *Connaught Laboratories* dans son interprétation technique 2009-031378117 publiée le 14 avril 2009.

Exemple d'application du paragraphe 161(7) aux dons de bienfaisance par voie testamentaire

Supposons qu'un testateur décède alors qu'il est propriétaire d'un bien autre qu'en espèces présentant des gains non matérialisés, dont certains seront donnés à des œuvres de bienfaisance par voie testamentaire. Ultiment, peu ou pas d'impôt ne sera payable par le testateur au cours de sa dernière année d'imposition, car les crédits d'impôt pour dons de bienfaisance peuvent être reportés rétrospectivement et appliqués à cette année. Toutefois, l'évaluation de biens faisant l'objet d'un don prend du temps.

Aux termes du paragraphe 70(5), les gains non matérialisés sont réputés être matérialisés au décès. Ainsi, le testateur a initialement de l'impôt à payer pour son année d'imposition finale. Il se peut qu'il n'y ait pas suffisamment de liquidité pour acquitter ce passif d'impôt et, par conséquent, celui-ci pourrait demeurer impayé après la date d'échéance du solde d'impôt du contribuable. Ainsi, aux termes du paragraphe 161(1), les intérêts débiteurs commencent à courir sur le passif impayé.

Lorsque les dons sont finalement effectués et reportés rétrospectivement sur la déclaration finale du contribuable, la succession doit toujours payer les intérêts débiteurs exigibles en raison du paragraphe 161(7). Cette somme à payer pourrait interférer avec la capacité d'un fiduciaire d'obtenir un certificat de décharge.

Contexte et objectif du paragraphe 161(7)

Contextuellement, le sous-alinéa 161(7)a)(iv.2) stipule qu'aux fins du calcul des intérêts débiteurs, l'impôt à payer pour l'année est calculé sans mention d'un report rétrospectif de perte en capital aux termes du paragraphe 164(6). Toutefois,

le paragraphe 164(6) s'applique uniquement lorsque la SAIP a disposé de l'immobilisation au cours de la première année d'imposition de la succession. Tous intérêts débiteurs seront par conséquent minimes. Le délai prescrit par le paragraphe 118.1(5.1) pour faire un don est désormais de 60 mois, ce qui signifie qu'un montant d'intérêts débiteurs plus élevé pourrait être exigible.

Les conséquences sur les intérêts débiteurs semblent incohérentes à la fois avec l'objectif des modifications de 2016 et l'objectif du paragraphe 161(7). Les intérêts débiteurs liés aux décès survenus avant 2016 n'ont pas été affectés étant donné que le testateur était réputé avoir fait le don immédiatement avant son décès. La succession pourrait désormais avoir des intérêts à payer dans des cas où elle n'en aurait pas eu auparavant. Les modifications de 2016 avaient pour objectif de promouvoir la polyvalence pour la succession, mais cette polyvalence peut avoir été acquise au prix d'une hausse des intérêts débiteurs. De plus, le paragraphe 161(7) a pour objectif de dissuader les contribuables de ne pas payer l'impôt dans les circonstances où ils s'attendent à subir une perte ou à disposer d'importants crédits d'impôt pour dons au cours d'une année ultérieure. Aucun élément probant n'atteste du fait que le Parlement avait prévu que le paragraphe 161(7) s'applique aux dons de bienfaisance par voie testamentaire.

Allègement administratif et autres options

L'ARC a accordé un certain allègement administratif. Le guide T-4011 stipule que le fiduciaire, lors de la préparation de la déclaration finale d'un contribuable décédé, peut inclure les dons de bienfaisance par voie testamentaire même si les dons seront effectués à une date ultérieure. L'impôt à payer aux termes de la déclaration finale sera réduit et aucun intérêt débiteur ne courra. L'ARC exige la production des documents justificatifs suivants eu égard au don :

- le testament;
- une lettre produite par la succession à l'intention de l'organisme de bienfaisance bénéficiaire avisant ce dernier du don et incluant une description du bien et une estimation de sa valeur;
- une lettre de l'organisme de bienfaisance attestant de la réception du don et signifiant l'acceptation de celui-ci;
- une lettre du représentant légal stipulant 1) que la succession est une SAIP, 2) que la succession a l'intention de procéder au don dans les 60 mois suivant le décès, 3) que le montant du don inscrit à la déclaration finale ne sera pas réclamé dans une quelconque autre déclaration fiscale de tout membre de la succession du défunt, et 4) que la valeur du futur don peut être déterminée et justifiée de manière raisonnable.

Quelques autres options sont offertes aux fiduciaires si l'ARC n'offre pas d'allègement administratif. La première option consisterait à payer le passif d'impôt lors de la cotisation de l'année d'imposition finale. Au moment du report rétrospectivement des dons de bienfaisance, la succession reçoit un remboursement. Un paiement intégral pourrait ne pas être possible dans tous les cas cependant, particulièrement si le bien donnant lieu au gain en capital imposable n'est pas liquide. Une garantie pourrait également être fournie, si possible, mais cela pourrait s'avérer coûteux. Enfin, une succession pourrait également demander un allègement des frais d'intérêt aux termes du paragraphe 220(3.1). Une telle demande d'allègement serait vraisemblablement fondée sur le fait que les intérêts débiteurs découlent de circonstances échappant au contrôle du contribuable.

Daniel Morrison

KPMG Cabinet juridique s.r.l./S.E.N.C.R.L., Calgary
danmorrison@kpmg.ca

Exceptions aux règles sur la minimisation des pertes au titre des droits acquis aux termes des paragraphes 112(3) à (3.32) : Règle de l'assurance préexistante

Les règles sur la minimisation des pertes aux paragraphes 112(3) à (3.32) de la Loi s'appliquent aux ventes d'actions et pourraient réduire la perte à la vente d'une action d'un montant équivalant aux dividendes non imposables touchés sur les actions en question. Si des actions sont rachetées après le décès d'un particulier et que le produit d'une assurance dont la police est détenue par une société est utilisé pour financer le prix de rachat, les règles sur la minimisation des pertes pourraient empêcher de reporter rétrospectivement la totalité de la perte par la succession pour la déduire du gain dans la déclaration fiscale finale du contribuable. Toutefois, des exceptions sont offertes pour alléger les difficultés engendrées par les paragraphes 112(3) à (3.32). Ces exceptions, qui ne se trouvent pas dans la Loi, sont fondées sur des règles transitoires datant de l'entrée en vigueur des paragraphes 112(3) à (3.32).

Les exceptions au titre des droits acquis — offertes pour les années d'imposition 2000 et subséquentes — se trouvent dans la Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu (LC 1998, ch. 19, article 131) (la « loi sur les modifications de 1997 »), comme modifiée par la Loi de 2000 modifiant l'impôt sur le revenu (LC 2001, ch. 17, article 251) (« la loi sur les modifications de 2000 »). Ces deux lois, publiées

respectivement le 31 juillet 1998 et le 14 juin 2001, se trouvent dans la *Gazette du Canada*, Partie III : Lois sanctionnées. Étant donné le temps écoulé depuis lors, un rappel des exceptions au titre des droits acquis pourrait être utile.

Trois des cinq exceptions au titre de droits acquis nécessitaient une provision antérieure à 1997 et ne peuvent plus être appliquées. Les deux autres, qui peuvent être désignées comme la « règle des accords préexistants » et la « règle de l'assurance préexistante » se trouvent aux alinéas 131(11)a) et 131(11)b) de la Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu, comme modifiée par la Loi de 2000 modifiant l'impôt sur le revenu.

Règle des accords préexistants

La règle des accords préexistants s'applique à une disposition qui survient aux termes d'un accord écrit conclu avant le 27 avril 1995. Ce qui constitue un « accord », bien que relativement simple, pourrait être sujet à interprétation.

Règle de l'assurance préexistante

Le reste de cet article porte sur la règle de l'assurance préexistante. Cette règle est la plus complexe des deux, et s'applique lorsque le produit de l'assurance est utilisé pour racheter les actions. Elle nécessite la satisfaction de certaines conditions au 26 avril 1995 et la satisfaction de certaines conditions différentes à la date de rachat. Au 26 avril 1995, les critères allaient comme suit :

- l'action était détenue par un particulier (autre qu'une fiducie) ou par une fiducie aux termes de laquelle un particulier (autre qu'une fiducie) était bénéficiaire;
- une société, ou une société de personnes dont une société est un membre, était bénéficiaire d'une police d'assurance vie assurant le particulier ou l'époux du particulier;
- la police d'assurance vie avait pour principal objectif le financement d'un rachat, une acquisition ou une annulation de l'action par la société ayant émis l'action.

Bien que ces trois critères prennent en considération le propriétaire de l'action et le bénéficiaire de la police d'assurance au 26 avril 1995, la condition restante de la règle a trait à l'identité du propriétaire à la date de rachat finale. Plus précisément, la disposition doit être faite par :

- le particulier ou l'époux ou le conjoint de fait du particulier;
- la succession du particulier ou de l'époux ou conjoint de fait du particulier au cours de la première année d'imposition de la succession;
- la fiducie qui détenait les actions le 26 avril 1995, s'il s'agit d'une fiducie en faveur de l'époux ou du

conjoint de fait établie après 1971 ou une fiducie en faveur de l'époux ou du conjoint de fait établie avant 1972 si la disposition survient dans les trois premières années d'imposition suivant le décès de l'époux du particulier; ou

- une fiducie en faveur de l'époux, une fiducie en faveur de soi-même ou une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait, pourvu que la disposition survienne dans les trois premières années d'imposition de cette fiducie suivant le décès du particulier ou de l'époux du particulier, selon le cas.

Il importe de noter que les personnes énumérées aux présentes ne se limitent pas expressément au particulier ou à la fiducie qui détenait les actions au 26 avril 1995. Notamment, les conditions pour le rachat permettent dans les faits les transferts d'actions entre le 26 avril 1995 et la date du rachat ultime, bien que les destinataires du transfert se limitent à l'époux, la succession du particulier, la succession de l'époux, certaines structures d'usufruit, ainsi que les fiducies en faveur des époux ou conjoints de fait (entre vifs ou testamentaire).

Exemple

Prenons par exemple les époux Blair et Alex. Blair détenait 100 actions ordinaires de Soc le 26 avril 1995. Au décès de Blair, les actions ont été léguées à Alex, conformément au testament de Blair. Alex est récemment décédé. Le 26 avril 1995, Soc était bénéficiaire d'une police d'assurance vie couvrant Alex et Blair, dont le principal objectif est de financer le rachat des actions.

Si Soc rachète les actions désormais détenues par la succession d'Alex dans la première année de la succession, la deuxième condition susmentionnée est satisfaite. Le rachat ultime peut être fait par la succession du particulier qui détenait les actions le 26 avril 1995 ou par la succession de l'époux du particulier en question.

Par conséquent, la règle de l'assurance préexistante s'applique. Les règles sur la minimisation des pertes aux paragraphes 112(3) à (3.32) n'empêcheront pas la perte sur un rachat d'actions d'être reportée rétrospectivement par la succession et appliquée à la déclaration finale d'Alex pour compenser le gain sur la vente des 100 actions ordinaires de Soc.

Modifications à la police d'assurance

Pourvu que le « principal objectif » ait été respecté le 26 avril 1995, des modifications pourraient être apportées à la police après le 26 avril 1995. De telles modifications pourraient comprendre la conversion de la police en assurance vie universelle, la remplaçant par une nouvelle police d'assurance vie, augmentant la prestation de décès ou ajoutant une nouvelle police d'assurance vie avec une

prestation de décès additionnelle (se reporter à l'ARC document n° 2005-0124311E5, 28 juin 2005).

Échange d'actions après le 26 avril 1995

Enfin, comme le paragraphe 131(12) de la loi sur les modifications de 1997 considère qu'une action de société acquise en échange d'une autre action dans le cadre d'une opération à laquelle les articles 51, 85, 86 ou 87 de la Loi s'appliquent est la même que l'autre action, les réorganisations survenues après le 26 avril 1995 reposant uniquement sur ces dispositions de la Loi ne disqualifieraient pas automatiquement les actions. Ne fut-ce de cette disposition d'allègement, les conditions relatives à la propriété d'actions au 26 avril 1995 n'auraient pas pu être remplies si un échange d'actions était survenu après le 26 avril 1995.

Commentaires additionnels

Les professionnels devant composer avec la règle de l'assurance préexistante devraient garder la loi sur les modifications de 1997 et la loi sur les modifications de 2000 à portée de la main. Il pourrait être utile d'entreprendre une analyse étape par étape similaire à l'analyse présentée au préalable, même au point de reproduire la loi sur les modifications de 1997, comme modifiée par la loi sur les modifications de 2000, et d'insérer les noms des parties et les actions selon le cas.

Graham Morton
McKenzie Lake Lawyers LLP
London, ON
graham.morton@mckenzielake.com

Nouvelle cotisation des années d'imposition frappées de prescription : Diligence raisonnable et norme — Le critère Regina Mall

Lorsqu'une présentation erronée des faits par un contribuable est attribuable à la négligence, à l'inattention ou à l'omission volontaire, ou implique une fraude, l'ARC peut établir une nouvelle cotisation pour la déclaration de revenus au-delà de la période normale de nouvelle cotisation en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i). Selon la jurisprudence actuelle, cette disposition ne s'applique pas lorsqu'un contribuable peut démontrer, d'après les faits, qu'il a agi de manière prudente. Le critère établi dans l'affaire *Regina Shoppers Mall c. La Reine* ([1990] 2 CTC 183 (CF)) stipule que lorsque la position fiscale du contribuable est aussi

réfléchie, prudente et délibérée que celle d'une personne avisée, il n'y a pas de présentation erronée des faits.

Dans *Hansen* (2020 CCI 102), le contribuable (M. Hansen) a réussi à se défendre contre l'affirmation du ministre selon laquelle il avait fait une présentation erronée des faits, au sens du sous-alinéa 152(4)a(i), lorsqu'il a demandé l'exemption pour résidence principale (ERP) dans ses déclarations de 2007, 2008 et 2009 relativement à la vente de trois maisons au cours de ces années d'imposition. La nouvelle cotisation a été établie après la période normale de nouvelle cotisation pour chaque année. (Nous avons abordé, dans le numéro précédent de ce bulletin, la question du capital par rapport au revenu en ce qui concerne la vente de maisons successives : voir « Résidence principale ou bien productif? Le critère Happy Valley ».) Dans sa défense, le contribuable a déclaré qu'il avait demandé l'avis d'un professionnel après la vente de chaque maison. Le comptable du contribuable a témoigné qu'il (le comptable) avait examiné les faits et les exigences de la Loi avant d'adopter une position fiscale. Le contribuable a soutenu que le fait d'avoir demandé l'avis et les conseils d'un comptable professionnel après la vente de chaque maison était un comportement prudent et diligent, et que les années frappées de prescription ne peuvent être rouvertes que si (comme cela a été établi dans *Venne c. La Reine*, [1984] CTC 223 (CF 1^{re} inst.)) il peut être démontré que le contribuable a non seulement fait une présentation erronée des faits, mais a également manqué de diligence raisonnable. Pour ces motifs, le contribuable a fait valoir que le ministre n'était pas justifié de rouvrir les années d'imposition 2007, 2008 et 2009 frappées de prescription en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i).

En déterminant les questions en vertu du sous-alinéa 152(4)a(i), la CCI a souvent examiné si un contribuable avait déclaré son revenu de façon raisonnable. Lorsque la Cour concluait qu'il l'avait fait de façon raisonnable, elle jugeait que les années frappées de prescription ne pouvaient faire l'objet d'une cotisation, que le ministre soit ou non en désaccord avec la position du contribuable. (Voir *Regina Shoppers Mall*, *Cameron c. La Reine*, 2011 CCI 107, et *Petric c. La Reine*, 2006 CCI 306).

Pour déterminer si le ministre avait raison de rouvrir les années frappées de prescription de M. Hansen, la juge D'Auray s'est concentrée sur la question de savoir si M. Hansen avait évalué la situation de façon réfléchie, prudente et délibérée, et s'il croyait de bonne foi que sa position fiscale était correcte. Pour prendre sa décision, la juge D'Auray a examiné la crédibilité des témoignages des Hansen concernant les raisons pour lesquelles ils ont acheté et vendu chaque propriété, et leurs discussions avec le comptable pour savoir si l'ERP pouvait être demandée.

M. Hansen a témoigné que son épouse et lui ont acheté les trois premières des cinq maisons en question avec l'intention d'y rester à long terme. Malheureusement, en raison de plusieurs facteurs (corroborés par le témoignage), ces maisons se sont avérées inadaptées; les Hansen craignaient pour la sécurité de leurs jeunes enfants. Deux des cinq propriétés avaient été construites sur mesure conformément aux instructions des Hansen et toutes les maisons avaient été largement aménagées selon les goûts et les exigences très spécifiques de la famille. Comme les Hansen l'ont déclaré, ils ont investi beaucoup d'argent et d'efforts pour personnaliser les propriétés à leur goût, car ils avaient l'intention, dans chaque cas, de faire de la maison leur résidence à long terme.

Les Hansen ont rencontré leur comptable chaque année pour préparer leurs impôts. Le comptable a témoigné que M. Hansen et lui avaient discuté des raisons de l'achat et de la vente de chaque maison, et de la question de savoir si elles étaient chacune admissible à l'ERP. Le comptable avait examiné les faits de chaque achat. Comme il croyait sincèrement que les Hansen ne s'adonnaient pas à la revente de maisons, il leur a dit qu'ils pouvaient demander l'ERP pour chaque propriété. La Couronne n'a fourni aucune preuve pour mettre en doute ce témoignage.

La Cour a estimé que le contribuable avait agi avec prudence et que sa position fiscale relative à la vente de toutes les propriétés était raisonnable, compte tenu de sa situation et de l'avis professionnel de son comptable. Le contribuable croyait sincèrement que ses maisons seraient toutes des résidences principales et qu'elles étaient donc exonérées d'impôt. La Cour a estimé que lorsque le ministre n'est pas d'accord avec la position fiscale du contribuable, il convient de prendre en compte les éléments particuliers qui justifient cette divergence d'opinions. Lorsque le contribuable adopte une approche réfléchie et raisonnable en matière de déclaration, le ministre ne devrait pas rouvrir les années frappées de prescription pour l'établissement d'une cotisation en vertu du sous-alinéa 152(4)a)(i). Par conséquent, le ministre ne pouvait pas établir une nouvelle cotisation pour les années d'imposition 2007, 2008 et 2009 de M. Hansen.

À notre avis, la décision dans l'affaire Hansen est conforme au critère à quatre volets établi dans l'arrêt *Aridi c. La Reine* (2013 CCI 74). M. Hansen savait qu'il existait une ERP et que si une norme n'était pas respectée, la vente serait assujettie à l'impôt, probablement au titre du revenu. Il a demandé l'avis d'un comptable sur les circonstances particulières de sa famille en ce qui concerne l'achat et la vente de chaque maison et sur les raisons pour lesquelles son épouse et lui remplissaient les conditions requises, dans chaque cas, pour bénéficier de l'exemption. La question n'a jamais été de savoir si les règles fiscales étaient inconnues,

mais de savoir si les circonstances réelles correspondaient aux règles.

Il est intéressant de souligner que le fait de s'appuyer sur l'avis d'un comptable professionnel au moment de la déclaration ne peut constituer une panacée pour toute nouvelle cotisation : le contribuable est toujours responsable de la vérification de l'exactitude de la déclaration de revenus (voir *Nesbitt c. R*, 96 DTC 6588 (CAF), conf. par 96 DTC 6045 (CF 1^{re} inst.)). Conformément à plusieurs décisions rendues par les tribunaux, le contribuable doit vérifier l'exactitude des renseignements au moment de la production de la déclaration : voir ARC document n° 2005-011324117 (2 février 2005).

En ce qui concerne l'application de la pénalité pour faute lourde, la norme pour imposer une pénalité en vertu du paragraphe 163(2) est plus élevée que la norme énoncée au sous-alinéa 152(4)a)(i). Si la Cour conclut que le ministre n'avait pas le droit de rouvrir les années frappées de prescription de l'appelant, elle doit également conclure que la pénalité pour faute lourde n'aurait pas dû être appliquée (voir *Venne*).

Susan Tataryn
Tataryn Law, Ottawa
susan@tataryn.ca

Balaji (Bal) Katlai
BDO Canada, Toronto

Asha Bradford
Tataryn Law, Ottawa
asha.bradford@tataryn.ca

Entrevues de l'ARC et droits des contribuables : Une mise en garde

Dans le budget fédéral 2021, on a proposé d'élargir les vastes pouvoirs de vérification de l'ARC pour lui permettre de contraindre un propriétaire exploitant ou tout autre employé de l'entreprise à des entrevues orales. La LIR et la LTA confèrent présentement à l'ARC le pouvoir légal d'exiger quelque document, relevé ou renseignement que ce soit de contribuables ou de tiers. Lorsque l'Agence exerce ces pouvoirs adéquatement, les contribuables doivent s'y plier et pourraient être coupables d'une infraction dans l'alternative. Cette situation place les contribuables dans une position délicate. Craignant que l'ARC n'applique potentiellement ses pouvoirs de façon inappropriée, les contribuables doivent connaître leurs droits et se faire représenter par un avocat pour les faire valoir.

Cet article passe en revue les règles actuelles dans ce domaine; les modifications proposées dans le budget 2021; certains des points, problèmes et pièges majeurs qu'elles

impliquent; et quelques-uns des recours à la disposition des contribuables.

Règles actuelles

En vertu des règles du paragraphe 288(1) de la LTA et du paragraphe 231.1(1) de la LIR, l'ARC a le droit d'inspecter, de vérifier ou d'examiner tous les documents, biens ou processus pertinents d'une personne; et d'exiger que le propriétaire exploitant réponde « à toutes les questions pertinentes » et fournisse « toute l'aide raisonnable ». La définition d'« aide raisonnable » et de « questions pertinentes » a toujours été quelque peu ambiguë.

Récemment, la CAF a refusé à l'ARC l'autorité de contraindre les employés d'un contribuable à des entrevues; la Cour a conclu que ni le paragraphe 231.1(1) de la LIR ni le paragraphe 288(1) de la LTA ne lui confèrent un tel pouvoir. (Voir *Cameco*, 2019 CAF 67.) Cette décision a pour le moins étonné, et elle a mené l'ARC à réviser sa politique (AD-19-02R). La nouvelle position de l'ARC est qu'elle continuera d'interviewer les propriétaires exploitants et se réserve le droit, si ces derniers refusent de fournir des réponses complètes, de « faire des déductions et des hypothèses et d'établir des cotisations sur cette base ».

Nouvelles règles proposées

Dans l'esprit de la politique mise à jour de l'ARC, le ministère des Finances semble avoir légiféré sur les pouvoirs de l'Agence en ce qui concerne les entrevues. En vertu des modifications proposées dans le budget 2021, l'ARC pourra maintenant imposer des entrevues aux propriétaires exploitants et à leurs employés et exiger d'eux des réponses « [traduction] à l'oral ou par écrit, de toute manière précisée par les personnes autorisées ».

Problèmes

Bien que les modifications proposées semblent permettre à l'ARC d'établir des cotisations et d'assurer la conformité fiscale plus facilement et plus rapidement, les experts du domaine anticipent de réels problèmes pour les contribuables, compte tenu du risque d'appréciation erronée des faits. On s'inquiète de ce que les contribuables et leurs employés sont peu versés dans la fiscalité et probablement incapables de bien comprendre les questions de l'ARC. Par conséquent, ils pourraient ne pas répondre adéquatement à ces questions, et leur entreprise en ferait généralement les frais. Mais ce qui inquiète encore davantage, c'est que l'ARC a souvent des idées préconçues avant même d'entreprendre de telles vérifications et emploie ces entrevues simplement pour s'armer en vue d'une cotisation imminente.

Dans ces situations (lorsque l'ARC se sert des entrevues pour enquêter de façon malhonnête), le moindre

malentendu de la part du contribuable pourrait donner lieu à des conclusions et des résultats fiscaux très préjudiciables. Comme nous le savons probablement tous, obtenir la cassation d'une cotisation malavisée coûte très cher.

L'affaire *Canus* (2005 NSSC 283), dans laquelle le vérificateur s'est basé sur de l'information discréditée et une méthode boiteuse pour en arriver à une cotisation qui, objectivement, était impossible à étayer, illustre bien ce problème. La Division des appels de l'ARC a finalement infirmé la décision, mais le simple fait de la cotisation a causé une divulgation de la créance fiscale dans les états financiers de Canus, une diminution du financement bancaire à sa disposition et une entrave considérable à sa capacité d'exercer ses activités. La société a tenté de poursuivre l'ARC pour les dommages causés, mais, comme la plupart des plaignants dans ces circonstances, elle a été déboutée.

Recours pour les contribuables lésés

Le droit administratif du Canada ne permet à aucune institution gouvernementale d'exercer ses pouvoirs de façon arbitraire. C'est pourquoi les pouvoirs de vérification de l'ARC sont assujettis à la Charte des droits du contribuable (clause restrictive 4417), qui exige que l'Agence mène de façon appropriée ses vérifications, appels, enquêtes et perceptions — une liste qui semblerait inclure les entrevues. Par mesure d'équité procédurale, la loi accorde quelques recours aux contribuables lésés.

Tout d'abord, du point de vue institutionnel, les contribuables qui sont victimes d'iniquité ou de parti pris peuvent déposer une plainte à l'ARC ou demander que leur dossier soit transféré. Ces plaintes disciplinaires sont prises au sérieux, à condition que le contribuable puisse démontrer l'inconduite, preuves à l'appui. Qui plus est, les mauvais conseils de fonctionnaires de l'ARC peuvent dans certains cas justifier une demande d'allègement fiscal.

En outre, lorsque la vérification tourne à l'enquête criminelle, les droits des contribuables qui sont protégés par la Charte canadienne des droits et libertés sont respectés. Dans l'affaire *Jarvis* (2002 CSC 73), la Cour suprême du Canada a maintenu que les pouvoirs conférés par une vérification de conformité ne pouvaient pas être exercés aux fins d'une enquête sur une infraction criminelle. Cela va dans le sens de l'article 13 de la Charte, qui dit que « chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer », ce qui signifie que le témoignage d'un témoin ne peut pas être utilisé contre lui dans des procédures criminelles. Les conclusions que l'ARC tire d'une entrevue de vérification ne sont donc pas admissibles dans une poursuite criminelle contre le contribuable.

Enfin, dans de rares litiges fiscaux, la conduite inappropriée de l'ARC peut jouer un rôle dans l'adjudication de dépens accrus à la Couronne. Dans le jugement *Hunter* (2002 CanLII 47033 (CCI)), par exemple, l'incapacité de l'ARC à poser des questions de fond et d'une grande pertinence (qui auraient étayé la cotisation) a été considérée comme un motif d'adjudication de dépens accrus à la Couronne. De même, dans le cas *Lau* (2003 CCI 74), la cotisation sans fondement établie par l'ARC pour un des contribuables (qui a forcé les contribuables à se défendre en cour) est un autre facteur de poids qui a joué dans la décision de la Cour d'adjuger des dépens accrus à la Couronne.

À notre avis, la négligence de l'ARC durant l'entrevue de vérification pourrait aussi suffire à justifier une poursuite au civil contre l'Agence pour abus de pouvoir d'une charge publique, négligence ou poursuite abusive. Déterminer si l'ARC a à l'endroit des contribuables un quelconque devoir de diligence demeure une question de droit peu développée. Certains précédents récents (par exemple *Leroux*, 2012 BCCA 63) portent à croire qu'un tel devoir peut exister, mais que la barre est haute — le contribuable devra fournir des preuves de malveillance ou de comportement illicite, ce qui est habituellement très difficile.

Commentaire : Vaut-il mieux prévenir que guérir?

Aux termes de la loi existante, les chances qu'un contribuable l'emporte contre l'ARC sont minces, mais la probabilité qu'il soit mal compris durant une entrevue de vérification est élevée.

Toutes les entrevues ne seront probablement pas préjudiciables; un employé bien informé et préparé peut exposer adéquatement les affaires d'une entreprise. Mais l'expérience nous a montré que les contribuables consacrent habituellement des ressources insuffisantes à la vérification, ce qui signifie que les entrevues de vérification produisent souvent des résultats aléatoires. Les mauvaises entrevues provoquent des malentendus de taille au sujet des affaires fiscales de l'entreprise, et cela donne lieu à des avis de cotisation fautifs (et souvent onéreux). Lorsqu'un avis de cotisation de la TPS a été établi, l'ARC est autorisée à percevoir la taxe dès le premier jour, et l'avis de cotisation ne peut être révoqué que par le truchement de procédures de recours longues et coûteuses.

Heureusement, les contribuables peuvent généralement éviter tout cela en retenant dès le départ les services d'un conseiller en fiscalité, qui veillera à ce que les témoins potentiels soient bien préparés. Il en va de l'intérêt des contribuables de coopérer avec l'ARC, mais cette collaboration doit être accordée dans les limites d'une entrevue contrôlée, préparée et bien exécutée, où l'on fournit de l'information pertinente et l'on répond aux questions avec clarté et concision.

Il importe également de noter que les employés ont leurs propres droits et mesures de protection en vertu des lois fédérales et provinciales, notamment le droit, dans certains cas, d'engager un avocat et de garder le silence face aux questions de l'ARC. Les employeurs devraient s'assurer de respecter les droits des employés tout en répondant aux exigences de l'ARC.

Robert G. Kreklewetz et Shahrukh Khawaja

Millar Kreklewetz LLP, Toronto

rgk@taxandtradelaw.com

sk@taxandtradelaw.com

©2022, La Fondation canadienne de fiscalité. 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 la Fondation canadienne de fiscalité, 145, Wellington Street West, bureau 1400, Toronto, Canada M5J 1H8; courriel : permissions@ctf.ca.

Publié trimestriellement.

ISSN 1920-8596 (En ligne)

En publiant *Tax for the Owner-Manager* et *Actualités fiscales pour les propriétaires exploitants*, la Fondation canadienne de fiscalité et Joan Jung 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 la Fondation canadienne de fiscalité 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.