



Le 20 janvier 2016

Législation fiscale canadienne : Rétrospective des faits saillants de 2015 et perspectives pour 2016

Chaque année à cette époque, nous présentons une rétrospective de certains des principaux faits saillants en matière de fiscalité des entreprises et de fiscalité internationale survenus au Canada au cours de la dernière année et faisons état de certaines perspectives concernant des changements sur le plan de la fiscalité qui pourraient survenir au Canada au cours de la prochaine année.

I. RÉTROSPECTIVE DES FAITS SAILLANTS EN MATIÈRE DE FISCALITÉ SURVENUS AU CANADA EN 2015

A. Taux d'imposition canadiens

De 2008 à 2012, les contribuables constitués en sociétés au Canada ont évolué dans un contexte de taux d'imposition en baisse, le taux d'imposition fédéral général des sociétés ayant été ramené à 15 % en 2012. Dans la foulée de ces baisses des taux d'imposition fédéraux, le ministre des Finances du Canada avait encouragé toutes les provinces canadiennes à abaisser leur taux d'imposition des sociétés à 10 % au plus tard en 2013, de manière à ce que le taux d'imposition national des sociétés au Canada soit de 25 %. L'Alberta avait déjà un taux d'imposition des sociétés de 10 %, deux provinces (la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick) ont réagi en ramenant leur taux d'imposition des sociétés à 10 % et l'Ontario a annoncé des baisses progressives de son taux d'imposition des sociétés pour le ramener à 10 % au 1^{er} juillet 2013.

Cette tendance à la baisse a pris fin en 2012 lorsque l'Ontario a fixé son taux d'imposition des sociétés à 11,5 % (taux combiné de 26,5 %). Ensuite, en 2013, la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick ont haussé leurs taux d'imposition des sociétés pour le porter respectivement à 11 % (taux combiné de 26 %) et à 12 % (taux combiné de 27 %).

L'Alberta a suivi leur exemple en augmentant son taux d'imposition des sociétés pour le porter à 11 % en 2015 (taux combiné de 26 %) et à 12 % le 1^{er} janvier 2016 (taux combiné de 27 %).

Le taux d'imposition du revenu des particuliers pour les revenus les plus élevés au Canada sont eux aussi en hausse. L'Ontario et le Québec ont augmenté leurs taux d'imposition marginaux les plus élevés en 2012 et en 2013, et l'Alberta a augmenté ses taux d'imposition des particuliers le 1^{er} octobre 2015. De plus, le gouvernement libéral nouvellement élu au Canada a augmenté le taux d'imposition marginal des particuliers le plus élevé (le taux d'imposition des revenus supérieurs à 200 000 \$) de 4 % à compter du 1^{er} janvier 2016 (et mis en place une baisse modeste des taux d'imposition pour les revenus se situant dans la fourchette

d'imposition de 45 282 \$ à 90 563 \$). Les taux combinés fédéral-provincial d'imposition marginaux du revenu des particuliers les plus élevés parmi les provinces se situent entre 48 % et 58,75 %. Le taux d'imposition marginal combiné le plus élevé est de 53,53 % en Ontario et de 53,31 % au Québec.

B. Faits nouveaux sur le plan législatif

Comparativement aux dernières années, relativement peu de nouvelles mesures en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu des sociétés et à l'impôt sur le revenu étranger ont été proposées en 2015. Les principales mesures ont été annoncées dans le cadre du budget fédéral de 2015 présenté le 21 avril 2015. Des versions révisées des règles projetées ont été incluses dans un avant-projet de loi publié le 31 juillet 2015.

Dans la présente rubrique, la loi à laquelle il est fait renvoi est la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « Loi de l'impôt canadienne »).

Déduction pour dividendes intersociétés et règle anti-évitement prévue par le paragraphe 55(2)

Les dividendes versés par une société canadienne à une autre société canadienne sont généralement reçus libres d'impôt conformément à la déduction pour dividendes intersociétés prévue au paragraphe 112(1), sous réserve d'un impôt remboursable pouvant s'appliquer à certains dividendes reçus par les sociétés privées. La possibilité de se prévaloir de cette déduction a longtemps été soumise à une règle anti-évitement prévue au paragraphe 55(2), qui vise à empêcher que des dividendes libres d'impôt soient versés dans le but de réduire ou d'éviter les gains en capital à la disposition des actions de l'entité versant les dividendes. La règle n'est pas censée s'appliquer aux dividendes tirés du « revenu protégé » (généralement des bénéfices non répartis après impôt). En vertu du droit corporatif, les sociétés canadiennes peuvent utiliser d'autres sources que les bénéfices pour le versement de dividendes, et le Canada n'a jamais eu de règles fiscales semblables à la règle des revenus et des bénéfices (*earnings and profits*) utilisée aux États-Unis pour déterminer si les distributions sont des dividendes ou non. Au Canada, c'est plutôt la règle prévue au paragraphe 55(2) qui est le principal outil régissant l'utilisation des dividendes libres d'impôt en ce qui concerne le dépouillement des gains en capital.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé d'élargir considérablement la portée de cette règle anti-évitement pour l'appliquer à d'autres circonstances que le dépouillement des gains en capital. En effet, cette règle s'appliquera désormais également dans les cas où l'un des objectifs pour verser le dividende est de diminuer sensiblement la juste valeur marchande d'une action ou d'augmenter de façon importante le coût des biens de l'entité qui verse le dividende. De plus, l'exception à l'application du paragraphe 55(2) pour les dividendes reçus dans le cadre de certaines opérations entre parties liées ne s'appliquera désormais qu'au dividende réputé découlant du rachat d'une action.

Les modifications proposées au paragraphe 55(2) font suite à des décisions défavorables des tribunaux et, selon le ministère des Finances, visent à corriger des lacunes. Les modifications ont une portée très large et font en sorte qu'il est difficile de verser des dividendes au sein de sociétés canadiennes d'un même groupe, du moins pas sans avoir d'abord calculé le revenu protégé de la société qui verse le dividende, un calcul qui n'est pas lui-même sans difficulté. Le ministère des Finances a reçu de nombreuses critiques quant aux modifications proposées, et il

reste à voir s'il assouplira ces modifications de manière à ce qu'elles ne nuisent pas aux mouvements de trésorerie quotidiens entre les sociétés d'un même groupe.

La déduction en vertu du paragraphe 112(1) et la règle anti-évitement prévue au paragraphe 55(2) sont des éléments fondamentaux du régime d'imposition des sociétés au Canada, et les modifications incluses dans le budget de 2015 représentent les premières modifications de fond proposées par le gouvernement canadien en plus de deux décennies.

Les modifications proposées au paragraphe 55(2) n'ont pas encore été adoptées, mais lorsqu'elles le seront, elles devraient s'appliquer rétroactivement au 21 avril 2015.

Instruments dérivés sur capitaux propres et déduction pour dividende intersociétés

Une société canadienne qui reçoit d'une autre société canadienne des dividendes sur des actions détenues pour couvrir une position aux termes d'un swap ou d'un autre instrument dérivé peut généralement déduire le montant de ces dividendes dans le calcul de son revenu imposable conformément à la déduction pour dividendes intersociétés prévue au paragraphe 112(1), sauf si on peut raisonnablement considérer que la raison principale du recours à l'instrument dérivé est de permettre au contribuable de recevoir le dividende et qu'aux termes de l'instrument dérivé, la totalité ou la quasi-totalité du risque de perte ou de l'occasion de gain ou de bénéfice sur l'action sont transmis à une autre personne que le contribuable constitué en société.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé des règles sur les « arrangements de capitaux propres synthétiques » qui étendraient l'inapplicabilité de la déduction prévue au paragraphe 112(1) aux situations où le recours à un instrument dérivé a pour effet d'accorder à la contrepartie la totalité ou la quasi-totalité du risque de perte ou de l'occasion de gain ou de bénéfice relativement à l'action, sans que le test actuel concernant l'objet n'ait à être respecté. Une exception à cette nouvelle règle s'appliquera lorsqu'un contribuable pourra établir qu'aucun « investisseur indifférent d'un point de vue fiscal » n'est exposé à la totalité ou à la quasi-totalité du risque de perte et de l'occasion de gain ou de bénéfice relativement à l'action en vertu de l'instrument dérivé ou d'un autre instrument financier dérivé sur capitaux propres connexe. Un « investisseur indifférent d'un point de vue fiscal » s'entend d'une personne qui est exonérée de l'impôt aux termes de la Loi de l'impôt canadienne ou d'une personne non-résidente qui ne reçoit aucune somme dans le cadre d'un arrangement de capitaux propres synthétiques par l'entremise d'un établissement stable au Canada ainsi que de certaines fiducies et sociétés de personnes dont font partie ces personnes exonérées d'impôt et ces personnes non-résidentes.

Ces règles n'ont pas encore été adoptées, mais elles devraient s'appliquer rétroactivement au 1^{er} novembre 2015, pour ce qui est des arrangements conclus, prorogés ou renouvelés après le 21 avril 2015, et au 1^{er} mai 2017, pour les arrangements conclus en date du 21 avril 2015 ou avant.

Sociétés captives d'assurance

En règle générale, un contribuable canadien doit payer de l'impôt au Canada selon la comptabilité d'exercice à l'égard du revenu étranger accumulé, tiré de biens (le « REATB ») gagné par les sociétés étrangères affiliées contrôlées du contribuable.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé de nouvelles mesures qui étendront les règles relatives au REATB aux commissions gagnées par les sociétés étrangères affiliées à la cession de risques canadiens à des tiers. Une commission de cession est une commission payée par un réassureur à sa contrepartie (le cédant) pour dédommager le cédant de ses frais d'administration à l'égard des risques cédés et/ou d'un pourcentage des bénéfices découlant de ces risques. À ces fins, le revenu d'une société étrangère affiliée (et le REATB) obtenu à la cession des risques canadiens inclut la différence entre la juste valeur marchande de toute contrepartie reçue à la cession des risques canadiens et le coût que ces risques représentent pour la société étrangère affiliée. Cette règle est censée s'appliquer aux opérations dans le cadre desquelles une société étrangère affiliée d'une part vend des risques canadiens et d'autre part reçoit des risques étrangers. Ces propositions élargissent la portée des règles incluses dans le budget fédéral de 2014 visant les « swaps d'assurance ».

Ces règles n'ont pas encore été adoptées, mais elles devraient s'appliquer aux années d'imposition commençant après le 20 avril 2015.

C. Jurisprudence

Application de la RGAE à l'utilisation des pertes

Dans l'affaire *Birchcliff v. The Queen*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si la règle générale anti-évitement (la « RGAE ») pouvait être invoquée pour refuser l'utilisation de pertes autres que des pertes en capital par le contribuable. Les pertes en question étaient celles d'une société remplacée, Veracel Inc. (« Veracel »), qui avait fusionné avec Birchcliff Energy Ltd. (« Birchcliff ») pour constituer le contribuable.

Veracel a mis fin à ses activités en 2002. Avant de mettre fin à ses activités, elle avait accumulé des pertes autres que des pertes en capital et commencé à solliciter des propositions concernant ses attributs fiscaux en 2004. Birchcliff était une société ouverte nouvellement constituée ayant conclu des contrats d'achat de biens pétroliers et gaziers pour lesquels elle avait besoin de financement. Birchcliff et Veracel ont été mises en contact, et un plan a été élaboré pour fusionner les deux sociétés en 2005 et permettre l'utilisation des pertes de Veracel après la fusion. Selon le plan, Veracel devait émettre à des tiers investisseurs des reçus de souscription prévoyant l'émission d'actions ordinaires de Veracel immédiatement avant la fusion. Après la fusion de Veracel et de Birchcliff pour constituer le contribuable, le contribuable a affecté les fonds reçus à l'émission des reçus de souscription à l'achat des biens pétroliers et gaziers que Birchcliff avait antérieurement convenu d'acheter. À la fusion, les actionnaires initiaux de Veracel ont reçu une modeste participation en actions privilégiées dans le contribuable, laquelle a été rachetée au comptant.

Étant donné que les nouveaux actionnaires de Veracel avaient acquis une participation majoritaire dans le contribuable lors de la fusion de Veracel et de Birchcliff, les règles de répartition des pertes qui peuvent par ailleurs s'appliquer à une fusion ne se sont pas appliquées à l'utilisation des pertes de Veracel par le contribuable.

La Cour canadienne de l'impôt a soutenu que les opérations étaient abusives et que la RGAE pouvait être invoquée pour refuser l'utilisation par le contribuable des pertes de Veracel pour les motifs suivants : [TRADUCTION] « Le Parlement ne voulait pas que les fusions et les prises de contrôle inversées soient utilisées comme moyens d'éviter une acquisition de contrôle dans les cas où les actionnaires initiaux de la société ayant subi les pertes ne reçoivent pas

collectivement des actions représentant une participation majoritaire avec droit de vote dans l'entité issue de la fusion. »

Le contribuable a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt devant la Cour d'appel fédérale. Bien qu'on comprenne facilement les préoccupations de fond de l'ARC devant de tels faits, on comprend beaucoup plus difficilement pourquoi la RGAE devrait s'appliquer à de telles opérations. C'est pourquoi l'appel pourrait apporter un éclairage intéressant sur l'interprétation de la RGAE.

Qu'entend-t-on par titre de créance?

Dans l'affaire *Barejo Holdings v. The Queen*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si deux effets désignés comme étant des « billets » émis par des sociétés étrangères affiliées de deux banques canadiennes constituaient des titres de créance pour l'application de la Loi de l'impôt canadienne. Les billets ne portaient pas intérêt et prévoyaient un paiement à l'échéance traduisant la performance d'un portefeuille d'actifs géré activement détenu par une société affiliée aux émetteurs. Les billets arrivaient à échéance le 30 novembre 2016, soit 15 ans après leur émission, et étaient de rang égal aux autres obligations non garanties des émetteurs.

La Cour canadienne de l'impôt a déclaré que les billets attestaient ce qu'on peut appeler un placement hybride étant donné qu'ils comportaient certaines des caractéristiques des titres de créance (par exemple, de l'avis de la Cour, un taux d'intérêt prévu, qui était nul), mais également certaines caractéristiques sensiblement différentes de celles d'un titre de créance typique. La Cour canadienne de l'impôt a conclu de son examen de tels effets qu'il était nécessaire de déterminer si ceux-ci traduisaient pour l'essentiel une relation de créance ou une autre relation, comme une relation mettant en cause des titres de capitaux propres, dont les billets en question présentent aussi certaines caractéristiques.

La Cour canadienne de l'impôt a finalement conclu que les billets ne constituaient pas des titres de créance pour l'application de la Loi de l'impôt canadienne; sa décision a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Caractérisation des crédits croisés (swaps) comme étant un revenu ou du capital

Dans l'affaire *George Weston c. La Reine*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si les gains réalisés par un contribuable lors du règlement d'accords de crédits croisés (*cross-currency swaps*) étaient imputable au revenu ou au capital. Le contribuable avait eu recours aux crédits croisés (*swaps*) afin de préserver les capitaux propres de son bilan consolidé et de se protéger contre les fluctuations du taux de change du dollar canadien et du dollar américain qui seraient une source de la volatilité dans les capitaux propres de son bilan consolidé. Les fluctuations du taux de change du dollar canadien et du dollar américain revêtaient une importance pour le contribuable étant donné qu'il exploitait diverses entreprises existantes et nouvellement acquises aux États-Unis par l'entremise de filiales détenues indirectement. Les fluctuations du dollar canadien et du dollar américain avaient donc une incidence sur les capitaux propres consolidés du contribuable, qui, quant à eux, avaient une incidence sur le ratio emprunts/capitaux propres. Une fois que le risque de fluctuations du taux de change a été réduit (et que le ratio emprunts/capitaux propres a été ramené à des niveaux acceptables), le contribuable a cessé d'avoir recours aux crédits croisés (*swaps*).

L'ARC a avancé que les gains sur les crédits croisés ne pouvaient être imputables au capital que s'il était possible de démontrer que les crédits croisés (*swaps*) étaient rattachés, au fond, à une opération d'achat ou de vente d'une immobilisation, de remboursement d'une dette exprimée en monnaie étrangère ou d'investissement de capitaux oisifs. L'ARC a fait valoir qu'étant donné que les crédits croisés en question n'étaient rattachés à aucune opération ni créance du contribuable exprimée en monnaie étrangère ayant été effectuée pour son propre compte, les gains réalisés par le contribuable étaient imputables au revenu.

La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée en faveur du contribuable, considérant que les preuves étaient suffisantes pour conclure que l'intention et le but du contribuable en concluant les crédits croisés (*swaps*) étaient de protéger son investissement dans des établissements aux États-Unis contre le risque de change afin de neutraliser l'incidence du risque de change sur la structure de son capital et la valeur de ses investissements directs dans ses filiales.

Cette décision n'a pas été portée en appel, et l'ARC a affirmé qu'elle l'acceptait. La décision va à l'encontre des énoncés de politique antérieurs de l'ARC qui traduisaient une vision très étroite des exigences de rattachement (*linkage requirements*). Il s'agit donc d'un changement bienvenu vers un environnement plus raisonnable pour le traitement des opérations de couverture.

II. PERSPECTIVES CONCERNANT DES CHANGEMENTS EN MATIÈRE DE FISCALITÉ QUI POURRAIENT SURVENIR AU CANADA EN 2016

A. Évolution législative possible

La politique générale du ministère des Finances consistant à élaborer de nouvelles dispositions législatives en matière de fiscalité sans faire connaître ses intentions au préalable signifie que les prévisions concernant les changements qui pourraient être apportés à la législation fiscale sont généralement des hypothèses. Le traitement fiscal des options d'achat d'actions pourrait toutefois constituer une exception. Le gouvernement libéral nouvellement élu a indiqué dans sa plateforme électorale qu'il entendait accroître le taux d'imposition applicable à l'avantage que tire le particulier des options d'achat d'actions qui lui ont été attribuées dans le cadre de son emploi en empêchant les employés qui sont des résidents du Canada de réclamer la déduction pour options d'achat d'actions (qui permet de bénéficier d'un taux d'imposition équivalant à celui applicable aux gains en capital) à l'égard de la tranche de l'avantage qui excède 100 000 \$ par année. À moins d'un revirement, les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions concernant les options d'achat d'actions attribuées à des employés pourraient être incluses dans le budget fédéral de 2016. Il y a eu des pressions de la part d'intervenants de divers secteurs pour que soient prévues des exceptions et des indications selon lesquelles le ministère des Finances aurait de la difficulté à arrêter son choix sur la règle appropriée à adopter; on peut donc s'attendre à ce que la situation continue d'évoluer sur ce point. Si l'on se fie aux commentaires du ministre des Finances, toute modification qui serait apportée en ce qui a trait à l'imposition des options d'achat d'actions ne prendrait effet qu'à compter de la date de l'annonce de cette modification et n'aurait pas d'incidence sur les options émises avant cette date.

Les budgets des dernières années incluaient des mesures d'augmentation des recettes et, compte tenu du maintien de l'emphase sur l'équilibre budgétaire et de la diminution du prix du pétrole, il se peut que le gouvernement canadien propose d'autres mesures pour resserrer le régime fiscal canadien.

On ne sait pas comment et dans quelle mesure le nouveau gouvernement du Canada mettra en œuvre les recommandations de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (l'« OCDE ») sur les mesures hautement médiatisées de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires (« BEPS »). Le 5 octobre 2015, l'OCDE a présenté les rapports finaux concernant le projet BEPS. En plus des recommandations quant aux « meilleures pratiques » ou aux « approches courantes », l'ensemble comprenait de nouvelles « normes minimales » appuyées par un engagement de l'ensemble des pays membres de l'OCDE et du G20. Cet engagement démontre l'appui du Canada à ces normes même si celles-ci n'ont bien entendu pas force de loi.

Parmi les propositions du projet BEPS classées comme normes minimales, la seule (mis à part certaines procédures de communication pays par pays qui seront manifestement adoptées) qui sera vraisemblablement une action prioritaire au Canada est celle qui concerne le chalandage fiscal. Même avant le lancement du projet BEPS, le Canada s'employait à lutter contre le chalandage fiscal. En 2013, le ministère des Finances a publié un document de consultation sur le sujet, et le budget de 2014 proposait aux fins de consultation un modèle de règle précise qui serait prise en vertu d'une loi visant à contrer le chalandage fiscal. L'interaction entre la règle anti-chalandage projetée et les obligations prévues dans les conventions fiscales du Canada a soulevé des questions. Le fait de devancer le projet BEPS soulevait également des préoccupations. En conséquence, à l'été 2014, le ministère des Finances a annoncé que les propositions concernant une règle anti-chalandage allaient être mises de côté en attendant la suite des travaux de l'OCDE sur le projet BEPS. Maintenant que la version finale du projet BEPS a été publiée et que le chalandage fiscal fait partie des sujets visés par les normes minimales, on prévoit que le gouvernement canadien remettra en branle son projet de lutte contre le chalandage fiscal. Toutefois, on ne sait pas au juste quelle approche le Canada choisira compte tenu de la formulation de la norme minimale par l'OCDE et des questions importantes soulevées par la proposition énoncée dans le budget fédéral de 2014.

Il se pourrait également qu'une modification de la Loi de l'impôt canadienne soit proposée en conséquence des travaux de l'OCDE concernant les autres actions faisant partie du programme BEPS. Plus particulièrement, la question des « dispositifs hybrides » et de la déductibilité de l'intérêt sont deux enjeux qui suscitent beaucoup d'intérêt. Toutefois, les propositions de l'OCDE à cet égard sont considérées comme faisant partie des « approches courantes » et donc de moindre importance que les normes minimales, et le ministère des Finances n'a donné aucune indication de son intention de légiférer dans ce domaine.

B. Instances en cours

À la suite du jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Attorney General of Canada v. Juliar* en 2000, les tribunaux des provinces de common law ont permis la rectification d'opérations n'ayant pas permis d'atteindre les objectifs fiscaux particuliers que les contribuables cherchaient à atteindre par la réalisation de ces opérations. Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Québec c. AES* et *Québec c. Riopel* en 2013 a quant à lui permis la rectification des opérations régies par le *Code civil du Québec*.

L'obtention d'ordonnances de rectification des erreurs fiscales est devenue une pratique assez courante au Canada. Toutefois, l'ARC semble d'avis que les tribunaux ont eu tort d'étendre le concept de rectification aux instances qui ont suivi le jugement rendu dans l'affaire *Juliar*. L'ARC a contesté un certain nombre d'ordonnances de rectification en 2015, ce qui a mené à la publication de nombreuses décisions sur ce sujet. Certaines décisions étaient en faveur du

contribuable, d'autres non. Deux affaires ont été portées en appel devant des tribunaux de deuxième instance : la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'affaire *Fairmont Hotels v. Attorney General of Canada* et la Cour d'appel du Québec a entendu l'affaire *Groupe Jean Coutu (PJC) Inc. c. Procureur général du Canada*. La Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'appeler du jugement rendu dans ces deux affaires. Il se peut que la Cour suprême entende ces deux causes en 2016 et énonce des principes directeurs qui pourraient servir d'indications définitives sur la portée de la rectification.

La Cour d'appel fédérale pourrait également entendre les affaires *Birchcliff* et *Barejo* en 2016. L'issue de ces deux instances pourrait avoir une incidence importante en matière de planification fiscale dans le futur.