

Personnes-ressources

Leader national –
Fiscalité internationale
Etienne Bruson
604-640-3175

Atlantique
Brian Brophy
709-758-5234

Québec
François Chagnon
514-393-7073

Ontario
Mark Noonan
613-751-6688

Tony Maddalena
905-315-5734

Toronto
Dennis Domazet
416-601-6449

Sandra Slaats
416-643-8227

Alberta
Andrew McBride
403-503-1497

Charles Evans
780-421-3884

Colombie-Britannique
Brad Gordica
604-640-3344

Hong Kong
Chris Roberge
(852) 2852 5627

New York
Alex Smith
212-436-7949

Liens connexes

**Services de fiscalité
internationale**

**Services de fiscalité de
Deloitte**

**Mise à jour de
l'abonnement**

Alerte en fiscalité internationale

La Cour de l'impôt se prononce sur le champ d'application de la règle anti-évitement canadienne pour les sociétés étrangères affiliées dans l'affaire *Lehigh*

Le 31 mai 2013

Depuis bon nombre d'années, l'Agence du revenu du Canada (ARC) adopte une interprétation large de l'alinéa 95(6)b) de la loi de l'impôt et utilise celle-ci pour contester de nombreuses opérations de financement visant l'établissement d'une société étrangère affiliée à un contribuable canadien. Le 29 mai 2013, la Cour canadienne de l'impôt a rendu sa décision dans l'affaire *Lehigh Cement Limited c. la Reine* et l'affaire *CBR Alberta Limited c. la Reine*. Les contribuables ont finalement obtenu gain de cause, car l'opération de rechange la plus raisonnable aurait produit le même résultat fiscal canadien, mais la Cour a déclaré que la règle s'appliquait largement à toute acquisition ou disposition d'actions qui est principalement motivée par des raisons fiscales.

Alinéa 95(6)b)

L'alinéa 95(6)b) est une règle anti-évitement qui peut s'appliquer pour que les actions d'une société affiliée étrangère soient réputées ne pas avoir été émises à certaines fins. Si la règle s'applique à l'égard des actions d'une société étrangère pour lesquelles des dividendes ont été versés, l'actionnaire doit inclure les dividendes dans son revenu, mais n'est pas autorisé à demander une déduction au titre des dividendes reçus, puisque la déduction exige que les dividendes soient versés sur les actions d'une société étrangère affiliée appartenant au contribuable.

En général, cette disposition s'applique dans le cas où une personne ou une société de personnes acquiert des actions d'une société ou en dispose et « où il est raisonnable de considérer que la principale raison de l'acquisition ou de la disposition est de permettre à une personne d'éviter, de réduire ou de reporter le paiement d'un impôt [...] qui serait payable par ailleurs ». Contrairement à la règle générale anti-évitement (RGAE), celle-ci ne prévoit pas d'exception dans le cas des opérations qui ne sont pas abusives, ne fait aucunement référence à une série d'opérations, notamment d'acquisition ou de disposition, et ne comporte aucune règle permettant de justifier une nouvelle qualification de l'opération ou de la série d'opérations qui a eu lieu. Si la règle s'applique, les actions sont simplement réputées ne pas avoir été acquises ou avoir fait l'objet d'une disposition.

L'exemple de la règle d'application cité dans les notes techniques du ministère des Finances porte sur une situation où 11 % des actions d'une société non résidente sont acquises par une société étrangère affiliée d'une société mère canadienne non liée de façon à obtenir le statut de société étrangère affiliée pour ce qui est de la société non résidente et d'éviter l'imposition sur le revenu d'intérêt provenant du prêt à cette société. Les actions seront revendues au vendeur une fois le prêt remboursé. Conformément à cet exemple, la plupart des commentateurs considèrent qu'il s'agit d'une « règle relative au statut » qui a pour but de s'appliquer dans des situations où l'on émet des actions, ou on en dispose, soit pour atteindre le seuil de 10 % en vue d'obtenir le statut de société étrangère affiliée pour ce qui est de l'émetteur, soit pour éviter d'obtenir le statut de société étrangère affiliée contrôlée (en vertu duquel l'actionnaire doit inclure dans son revenu tout revenu accumulé, tiré de biens étrangers provenant de l'émetteur).

Politique de cotisation de l'ARC

L'ARC a adopté une interprétation plus large de la disposition. Dans les années 1990, l'ARC a appliqué cette disposition pour procéder à une nouvelle cotisation d'un bon nombre de structures de « sociétés de financement de second rang », notamment *Lehigh*, au sein de laquelle une filiale canadienne d'une société mère étrangère assure la capitalisation d'une société étrangère affiliée afin de financer une société étrangère liée dans laquelle elle ne détient aucune participation. Suite à l'ajout de la « règle relative aux prêts indirects » au paragraphe 17(2) en 1998, les contribuables ont dû dénouer ces structures, mais des litiges sont toujours en cours pour de nombreux contribuables. L'ARC a rejeté le fait que la décision rendue par la Cour de l'impôt en 2005 dans l'affaire *Univar Canada Ltd. c. la Reine*, selon laquelle la disposition ne s'appliquait pas à une telle structure, pouvait être appliquée de façon générale, choisissant plutôt de poursuivre ces procès.

L'ARC a aussi récemment appliqué l'alinéa 95(6)b) pour procéder à une nouvelle cotisation d'au moins une filiale canadienne d'une société mère étrangère après qu'elle a emprunté pour acquérir des actions privilégiées d'une société non résidente liée. Cette affaire est en cours.

Le numéro 36 de *Impôt sur le revenu – nouvelles techniques* a été publié en 2007 afin de décrire l'actuelle politique de l'ARC en matière de cotisations par rapport à l'alinéa 95(6)b). De façon générale, l'ARC adopte une approche mathématique, en comparant le rendement de l'investissement avant et après l'impôt. Lorsqu'il s'agit d'un emprunt en vue d'acquérir des actions privilégiées d'une société étrangère affiliée, par exemple, l'ARC considère que la principale raison de l'acquisition est de permettre d'éviter le paiement de l'impôt, puisque le rendement de la déduction des frais d'intérêt après impôt et l'exonération des dividendes dépassent largement le rendement économique de l'investissement. Toutefois, l'ARC indique qu'elle n'appliquera pas mécaniquement la disposition à un investissement dans une entité de financement destinée à financer une autre société étrangère affiliée au contribuable, puisque le rendement de l'investissement dans l'autre société étrangère affiliée n'est pas quantifiable et qu'il pourrait être supérieur à l'avantage fiscal tiré de la structure de financement.

Décision rendue dans l'affaire Lehigh

Dans l'affaire *Lehigh*, une filiale canadienne (CBR Canada) d'une société mère belge a emprunté de l'argent en 1995 et, conjointement avec sa filiale canadienne, CBR Alberta, elle a constitué une société à responsabilité limitée américaine (NAM LLC). NAM LLC a consenti deux prêts totalisant 100 millions de dollars à une filiale américaine indirecte de la même société belge (CBR US). CBR Canada détenait des actions privilégiées de la société mère américaine de CBR US, mais ces actions privilégiées ont été rachetées dans le cadre du refinancement. CBR US et sa société mère américaine ont utilisé les fonds pour rembourser le financement existant entre les sociétés, y compris le rachat des actions privilégiées. CBR US a versé à NAM LLC des intérêts sur les emprunts, qui étaient réputés correspondre au surplus exonéré en vertu des règles fiscales alors en vigueur. NAM LLC a versé des dividendes à CBR Canada et à CBR Alberta en 1996 et en 1997, qui ont été ajoutés au revenu en vertu de l'article 90 et déduits dans le calcul du revenu à titre de dividendes versés sur le surplus exonéré et reçus de la part d'une société étrangère affiliée. CBR Canada a également réclamé plus de 12 millions de dollars en dépenses d'intérêts liées à l'investissement sur la période visée.

La structure a été dénouée à la fin de 1997; CBR Canada a investi les 100 millions de dollars dans des actions de CBR Alberta, qui a investi à son tour dans des actions privilégiées de CBR US (CBR Alberta a servi d'intermédiaire compte tenu d'une clause bancaire restrictive).

L'ARC a appliqué l'alinéa 95(6)b) pour refuser la déduction en vertu de l'article 113 pour les dividendes reçus en 1996 et en 1997. Des cotisations fondées sur la RGAE ont initialement été émises, puis abandonnées.

La Cour de l'impôt a rejeté le point de vue des contribuables selon lequel l'alinéa 95(6)b), d'après sa formulation, son contexte et son objet, est uniquement destiné à s'appliquer à l'acquisition ou à la disposition d'actions en vue de manipuler le statut de société étrangère affiliée, et que l'absence de critères relatifs aux « séries d'opérations » dans la règle signifie qu'on ne peut pas tenir compte des opérations liées, telles que les emprunts, pour déterminer la raison d'être de l'acquisition ou de la disposition des actions. La portée générale de la disposition et l'absence d'exception pour les opérations qui ne sont pas abusives ont amené la Cour à conclure que le Parlement voulait que la disposition s'applique à l'ensemble des acquisitions ou dispositions d'actions d'une société étrangère qui sont principalement motivées par des raisons fiscales.

Cependant, la Cour a conclu que la disposition ne s'appliquait pas aux contribuables. En effet, la Cour a jugé que, pour que la disposition s'applique, les critères suivants devraient être respectés :

1. Il faut déterminer l'impôt qui serait « autrement payable » et que les contribuables auraient évité.
2. L'acquisition ou la disposition des actions doit avoir permis d'ainsi réduire, éviter ou reporter le paiement d'impôt.
3. La raison de l'acquisition ou de la disposition doit être de permettre de réduire, d'éviter ou de reporter le paiement d'impôt.

On a statué sur le fait que la disposition ne s'appliquait pas, car le premier critère n'était pas respecté. En déterminant « l'impôt autrement payable » par les contribuables si l'acquisition des actions de NAM LLC n'avait pas eu lieu, la Cour n'a pas accepté l'argument de la Couronne selon lequel les déductions demandées par

les contribuables au titre des dividendes reçus étaient suffisantes pour établir qu'il y aurait eu de l'impôt autrement payable si les actions n'avaient pas été acquises, à l'instar de la notion d'« avantage fiscal » qui s'applique aux fins de la RGAE.

La Cour a accepté l'argument des contribuables selon lequel on ne peut établir la présence d'impôt autrement payable qu'en comparant l'opération qui a eu lieu avec une autre opération qui aurait pu raisonnablement être entreprise par le contribuable. La Cour a statué que l'opération de rechange la plus raisonnable aurait consisté à emprunter pour acquérir directement des actions de CBR US, comme c'est arrivé quand la structure a été dénouée en 1997. On a tiré cette conclusion malgré l'argument de la Couronne selon lequel une clause bancaire empêchait CBR Canada d'acquérir directement des actions et, de toute façon, les pertes subies par CBR US auraient empêché le paiement de dividendes à même le surplus exonéré pour ces actions.

Même s'il n'était pas nécessaire de trancher la question étant donné qu'aucun impôt canadien n'était « autrement payable », la Cour a jugé que, puisqu'aucun impôt n'aurait été payable au Canada si cette opération de rechange avait été entreprise, la principale raison de l'acquisition des actions de NAM LLC (troisième critère) était d'éviter l'impôt américain (en permettant à CBR US de déduire les dépenses d'intérêts sur les prêts consentis par NAM LLC).

À l'exception d'une question d'interprétation, la Cour n'a pas tenu compte de la décision rendue précédemment par la Cour dans l'affaire *Univar*. À partir de faits très semblables, dans l'affaire *Univar*, la Cour a également statué que l'alinéa 95(6)b) de même que la RGAE ne s'appliquaient pas, parce qu'il n'y avait aucun impôt autrement payable (ce qui a été exprimé dans l'affaire *Univar* comme étant l'équivalent de l'exigence de la RGAE selon laquelle l'opération doit donner lieu à un « avantage fiscal »)¹. Dans cette affaire, la Cour a également soutenu qu'une opération de rechange devait être établie. Puisque, durant ce procès, on a témoigné que le contribuable n'aurait pas envisagé d'acquérir directement les dettes de la société sœur néerlandaise qui ont été acquises par sa société affiliée de la Barbade, il ne pouvait pas s'agir d'une opération de rechange raisonnable. Par conséquent, la Cour a estimé qu'il n'y avait pas d'avantage fiscal ni d'impôt autrement payable, et que la disposition ne s'appliquait pas.

Répercussions

On ne sait pas encore si la Couronne décidera d'interjeter appel en s'appuyant sur le motif que la simple déduction des dividendes devrait suffire pour satisfaire l'exigence d'impôt « autrement payable ». Le cas échéant, le contribuable pourrait se pourvoir en appel incident en évoquant le champ d'application de la disposition.

Si la décision reste valable, on pourrait craindre que bon nombre de structures de planification fiscale généralement reconnues entrent dans le champ de l'alinéa 95(6)b) selon le principe que la création d'une entité particulière a été principalement motivée par des raisons fiscales, même si la structure générale existe à des fins commerciales et qu'elle est fondée sur des règles fiscales précises destinées à favoriser une telle planification.

1. Dans l'affaire *Lehigh*, la Cour a rejeté l'argument d'équivalence de ces exigences.

Dans bien des cas, il régnera aussi une certaine incertitude quant à l'opération de rechange à prendre en considération au moment d'établir l'impôt « autrement payable » et à la preuve qui doit être faite afin de déterminer que l'opération de rechange la plus raisonnable ne donne pas lieu à une importante somme d'impôt canadien à payer. Il convient toutefois de souligner que, dans l'affaire *Lehigh*, la Cour a considéré que l'opération de rechange était une solution de remplacement acceptable qui n'entraînait vraisemblablement pas l'application de l'alinéa 95(6)b), et qu'elle consistait à emprunter pour acquérir des actions privilégiées d'une société sœur étrangère liée, soit une opération qui, selon l'ARC, entraîne également l'application de la disposition.

Sandra Slaats, Toronto

Accueil | Sécurité | Avis juridique | Confidentialité

1, Place Ville-Marie, bureau 3000
Montréal, Québec H3B 4T9 Canada

© Deloitte s.e.n.c.r.l. et ses sociétés affiliées.

Ce document est publié par Deloitte s.r.l. à l'intention des clients et amis du Cabinet et ne doit pas remplacer les conseils judiciaires d'un professionnel. Aucune mesure ne devrait être prise sans avoir consulté préalablement un spécialiste. Vous utilisez le présent document à vos propres risques.

Deloitte, l'un des cabinets de services professionnels les plus importants au Canada, offre des services dans les domaines de la certification, de la fiscalité, de la consultation et des conseils financiers. Deloitte LLP, société à responsabilité limitée constituée en vertu des lois de l'Ontario, est le cabinet membre canadien de Deloitte Touche Tohmatsu Limited. Au Québec, Deloitte exerce ses activités sous l'appellation Deloitte s.e.n.c.r.l., une société à responsabilité limitée constituée en vertu des lois du Québec.

Deloitte désigne une ou plusieurs entités parmi Deloitte Touche Tohmatsu Limited, société fermée à responsabilité limitée par garanties du Royaume-Uni, ainsi que son réseau de cabinets membres dont chacun constitue une entité juridique distincte et indépendante. Pour obtenir une description détaillée de la structure juridique de Deloitte Touche Tohmatsu Limited et de ses sociétés membres, voir <http://www.deloitte.com/apropos>.

www.deloitte.ca

 **Fil RSS Deloitte**
Se désabonner

Veillez ajouter « @deloitte.ca » à votre liste d'expéditeurs autorisés afin d'assurer la livraison à votre boîte de réception et de visualiser les images.