

DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS

Septembre 2009

Divulgations volontaires

La bataille juridique opposant UBS et le fisc américain, et l'accord conclu récemment en vertu duquel UBS consent à divulguer les noms de certains titulaires de comptes ayant commis des « fraudes fiscales », ont attiré beaucoup d'attention au cours des derniers mois, tout comme le programme d'amnistie partielle mis en œuvre par l'IRS.

Le programme de divulgation volontaire du Canada est en vigueur depuis longtemps, mais des modifications récentes apportées à la politique ont eu un effet radical sur le coût des divulgations relatives aux comptes détenus à l'étranger. Bien que, par le passé, les dossiers de rapatriement de capital se réglent généralement sur la base d'un pourcentage (coût total d'approximativement 38 % du portefeuille en impôts et intérêts, pour les paliers fédéral et provincial combinés), à présent, l'ARC cherche à imposer le capital initial et jusqu'à concurrence des 10 dernières années de revenus réels. Cette approche se veut une tentative de normalisation du traitement qui est fait à ce type de dossiers à l'échelle nationale. L'ARC considérait que la pratique de Revenu Québec (imitée par l'ARC), selon laquelle chaque palier de gouvernement prélevait jusqu'à un maximum de 19 % de la valeur actuelle du portefeuille détenu à l'étranger (compte tenu des retraits effectués au cours des six dernières années et de toute partie du capital libérée d'impôt) à titre d'impôts et intérêts, était beaucoup plus avantageuse pour le contribuable que le traitement accordé dans d'autres provinces pour des cas semblables.

Avant cette modification, dans les cas de rapatriement, c'étaient les revenus réels pour chacune des six années précédentes qui étaient imposés; en outre, une partie du capital initial était ajoutée à titre d'autre revenu pour la septième année la plus ancienne pour arriver à

prélever la somme convenue de 19 % de la valeur actuelle rajustée du portefeuille pour chaque palier de gouvernement sous forme d'impôts et intérêts.

Dorénavant, il n'y a plus de rétrocalcul pour arriver aux 19 % visés par les deux paliers de gouvernement; il s'agit plutôt d'impôt simple et direct sur les revenus générés au cours d'au moins les six dernières années d'imposition, jusqu'à concurrence de 10 ans, et sur la valeur du portefeuille au début de la période visée. Il est possible de limiter la période des divulgations à six ans dans les cas où l'information n'est disponible que pour six ans (puisque certaines institutions financières étrangères ne tiennent des dossiers que pour les six années précédentes). Mais attention : en règle générale, l'ARC connaît les institutions qui maintiennent des dossiers plus de six ans et pourrait très bien exiger pleine divulgation pour les 10 années précédentes. Par ailleurs, toute partie libérée d'impôt du capital détenu dans un portefeuille étranger ne sera pas imposée une deuxième fois si une preuve suffisante établit que la somme a déjà été imposée. Et enfin, si, par le passé, le portefeuille a généré des gains en capital, il est possible d'obtenir que 50 % seulement du capital soit imposé compte tenu du fait que la valeur du portefeuille dérive des gains en capital et que le Canada n'impose que 50 % de ceux-ci.

L'exemple suivant illustre le changement d'approche :

1. M. X détient un portefeuille à l'étranger qui vaut aujourd'hui 770,000 \$.
2. Au 31 décembre 2008, le portefeuille valait 750,000 \$.
3. Le portefeuille a régulièrement généré une moyenne de 25,000 \$ par année de revenus au cours des 10 dernières années.

4. Au 31 décembre 2002, la valeur du portefeuille s'élevait à 600,000 \$.
5. Au 31 décembre 1998, le portefeuille valait 500,000 \$.
6. Au cours des six dernières années, une somme totale de 25,000 \$ a été retirée du portefeuille.
7. Aucune partie du capital de placement initial n'est libérée d'impôt.

Sous l'ancien régime, l'ARC et Revenu Québec exigeaient chacun 19 % de la valeur du portefeuille au 31 décembre 2008, en y ajoutant tous les retraits effectués au cours des six années précédentes et en soustrayant toute portion de capital libérée d'impôt. Puisqu'il n'y avait pas de capital libéré d'impôt, une fois ajoutés les retraits de 25,000 \$, la somme totale due en impôts et intérêts se serait chiffrée à 147,250 \$ pour chacune des autorités fiscales (soit 19 % de (750,000 \$ + 25,000 \$)), ou 294,500 \$ en tout. Une fois cette somme établie, ce sont les revenus réels qui auraient été utilisés pour déterminer quelle portion du capital en date du 31 décembre 2002 devait être ajoutée à titre d'« autres revenus » afin d'arriver à l'obligation totale de 19 % pour chacun des deux paliers de gouvernement. En d'autres mots, l'obligation maximale était, en règle générale, la plus grande des deux sommes suivantes : 38 % de la valeur rajustée au 31 décembre 2008, ou les impôts et intérêts sur les revenus réels générés.

En vertu du nouveau système, dans l'hypothèse que la divulgation couvre la période de 10 ans au complet, chaque dollar de revenu généré est imposable, de même que la valeur totale du portefeuille au 31 décembre 1998 à titre, soit de revenu de placement ordinaire, soit de gain en capital, selon le profil historique des revenus du portefeuille, à moins qu'une partie du portefeuille ne soit déjà libérée d'impôt. Dans l'hypothèse où aucune partie du capital n'a été libérée d'impôt, la valeur totale en date du 31 décembre 1998 est ajoutée à titre d'autres revenus et imposée au taux marginal applicable. Quant aux revenus générés pendant la période de 1999 à 2008, ils sont inclus dans les revenus tels que générés et

imposés au taux marginal du contribuable pour chacune des années d'imposition. La seule concession offerte se situe au niveau du taux d'intérêt, à savoir que, pour les années prescrites, le taux d'intérêt prescrit sera réduit de 4 %. Dans l'hypothèse que l'institution ou les institutions financières détenant le portefeuille maintiennent des dossiers pour les 10 dernières années et que le taux d'imposition marginal combiné moyen était de 50 % au cours de ces 10 dernières années, l'obligation fiscale minimale dans l'exemple ci-dessus s'élèverait, en vertu du nouveau système, à 375,000 \$ (c'est-à-dire 50 % du total suivant : la valeur du portefeuille en date du 31 décembre 1998, soit 500,000 \$, + 10 ans x 25,000 \$ de revenus annuels) plus les intérêts au taux prescrit pour les trois années d'imposition précédentes, et au taux prescrit moins 4 % pour les années antérieures.

Dans des discussions que nous avons eues avec l'ARC, l'Agence a appuyé sur le fait que la réduction de 4 % du taux d'intérêt était une réduction réelle, tandis qu'auparavant, la réduction consentie avait été théorique seulement. En pratique, l'ARC majorait la somme à inclure dans la catégorie « autre revenu » afin d'arriver à la cible convoitée de 19 % de la valeur rajustée du portefeuille en impôts et intérêts. Ceci n'est qu'une mince consolation pour ceux qui font face à la perspective de devoir payer beaucoup plus que les 38 % combinés prévus par l'ancienne politique. Il est à souhaiter que la politique de l'ARC, qui impose immédiatement un fardeau fiscal considérable, ne durera pas, et que l'Agence de revenu du Canada et Revenu Québec se concentreront plutôt sur les avantages du rapatriement du capital au Canada, de sorte que le versement d'impôts futurs devienne l'objectif principal du programme de divulgation volontaire.

Mise à jour sur la RGAÉ

La dernière année a donné lieu à de multiples causes portant sur la règle générale anti-évitement, ou RGAÉ.

En janvier, la Cour suprême du Canada a enfin publié son arrêt dans l'affaire *Lipson*. Même si la Cour avait accepté le plan de type

« Singleton » visant à rendre admissible à la déduction des intérêts non déductibles, la Cour, dans un arrêt partagé, a rendu une décision majoritaire maintenant l'application de la RGAÉ et rejetant la déductibilité des intérêts dans cette affaire en raison d'un abus des règles d'attribution entre conjoints.

Étant données les conclusions contradictoires des différents juges de la Cour, l'arrêt a peut-être ajouté à la confusion, alors qu'il devait offrir des balises quant au type d'opération pour lesquelles la RGAÉ serait applicable. En effet, à la suite de la décision *Lipson*, les différents tribunaux ont tranché dans les deux sens. Sans en faire une analyse technique approfondie, voici un résumé des jugements postérieurs à l'arrêt *Lipson* :

Affaires où l'on a maintenu l'application de la RGAÉ :

OGT Holdings : la Cour d'appel du Québec a maintenu que la RGAÉ s'appliquait à une opération de type *shuffle* en vertu de laquelle un gain en capital déclenché pour des fins de fiscalité fédérale avait été évité au Québec et réalisé en franchise d'impôt en Ontario.

Copthorne : la Cour d'appel fédérale a maintenu que la RGAÉ s'appliquait à une série d'opérations qui conservaient et, d'après la Cour, augmentaient de façon abusive le capital versé.

Lehigh Cement : la Cour canadienne de l'impôt a maintenu que la RGAÉ s'appliquait à une opération structurée de façon à éviter la retenue d'impôt des non-résidents.

Affaires où l'on n'a pas maintenu l'application de la RGAÉ :

Landrus : la Cour d'appel fédérale a jugé que la RGAÉ ne s'appliquait pas aux opérations permettant aux sociétés de personnes de réaliser des pertes finales attribuées par la suite à des associés en vertu des règles fiscales.

Collins & Aikman : la Cour canadienne de l'impôt a rejeté l'application de la RGAÉ à des opérations comprenant des distributions à un actionnaire non-résident, rejetant l'argument de la Couronne voulant que l'augmentation du capital versé était artificielle et abusive.

Notre cabinet avait demandé l'autorisation de pourvoir en appel devant la Cour suprême du Canada l'affaire *OGT Holdings*. Même si la loi québécoise a par la suite été modifiée de façon à interdire les opérations de type *shuffle*, nous avons espoir que le plus haut tribunal du pays se pencherait sur la question de l'applicabilité de la RGAÉ dans le contexte interprovincial. Malheureusement, le 10 septembre 2009, la Cour suprême rejetait la demande sans motifs. Le jugement de la Cour d'appel du Québec fait donc autorité, pour l'instant, sur l'applicabilité de la RGAÉ québécoise.

Établissement d'un précédent – Sanctions pour abus de procédure

Me Denis A. Lapierre, membre de notre étude, a récemment obtenu gain de cause relativement au nouvel article 54 du Code de procédure civile du Québec. Me Lapierre a obtenu que la partie adverse soit condamnée à payer tous les frais extrajudiciaires et dépens. L'article 54, entré en vigueur en juin 2009, vise à prévenir l'utilisation abusive des tribunaux et à décourager les instances judiciaires à caractère abusif. Conformément à la nouvelle disposition, dès que l'une des parties établit qu'une demande en justice ou un acte de procédure constitue un abus, le tribunal peut rejeter l'action ou toute autre instance et peut ordonner que les dépens soient remboursés. La cour peut également condamner une partie à payer, outre les dépens, des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par une autre partie, y compris les débours extrajudiciaires encourus par cette partie, et peut aussi accorder des dommages-intérêts punitifs. Avant l'adoption de l'article 54, il était rare et extrêmement difficile d'obtenir l'ordonnance de rembourser les frais extrajudiciaires.

Actualités Sweibel Novek

Nous sommes heureux d'annoncer l'arrivée de deux nouveaux membres au sein de l'équipe Sweibel Novek :

Me Erica Stermer s'est jointe à notre cabinet plus tôt cette année, après avoir fait son stage chez nous et obtenu son admission au Barreau du Québec en 2008. Me Stermer œuvre principalement dans les domaines de la fiscalité et du litige commercial.

Me Ryan Rotchin, qui avait déjà fait un passage chez nous à titre d'étudiant, nous est revenu en septembre après avoir complété son stage à la Cour canadienne de l'impôt et obtenu son admission au Barreau du Québec. Me Rotchin se consacrera surtout à la planification fiscale.

Chez Sweibel Novek, nous nous efforçons toujours d'offrir des services et des conseils de la plus grande qualité. Nous ne travaillons pas dans le but d'obtenir des prix, mais nous sommes fiers du fait que les membres de notre étude continuent d'être reconnus pour l'excellence de leur travail dans leurs spécialités respectives. Félicitations à Sydney Sweibel et à Barbara Novek, qui ont été choisis par la publication *LawDay* parmi les 60 avocats canadiens de premier plan dans le domaine des fiducies et successions pour l'année 2009. Félicitations également à Barbara Novek qui figurera de nouveau, en 2010, dans la publication *The Best Lawyers in Canada* dans deux domaines, soit la fiscalité et les fiducies et successions.

Notre site web est en cours de réaménagement. Venez nous visiter bientôt au www.sweibelnovek.com.

*NOUS PROFITONS DE L'OCCASION POUR SOUHAITER À NOS CLIENTS ET AMIS
JUIFS UN BON NOUVEL AN FAIT DE SANTÉ, DE BONHEUR ET DE PROSPÉRITÉ.*

Le présent document offre des renseignements de nature générale et ne peut être considéré comme un avis juridique. Les membres de notre cabinet se feront un plaisir de vous fournir des informations plus complètes. Vous pouvez nous joindre au (514) 849-1188 ou aux adresses courriel suivantes :

Sydney Sweibel	ssweibel@sweibelnovek.com	Barbara L. Novek	bnovek@sweibelnovek.com
Douglas Yip	dyip@sweibelnovek.com	Jack Boidman	jboidman@sweibelnovek.com
Denis A. Lapiere	dlapiere@sweibelnovek.com	Konstantinos Voggas	kvoggas@sweibelnovek.com
Carol Rabbat	crabbat@sweibelnovek.com	Marcie Akerman	makerman@sweibelnovek.com
Erica Stermer	estermer@sweibelnovek.com	Ryan Rotchin	rrotchin@sweibelnovek.com

Visitez notre site web au www.sweibelnovek.com