Le Comité mixte du droit fiscal de
L'Association du Barreau canadien et
L'Institut canadien des comptables agréés

Association du Barreau canadien
865, avenue Carling, bureau 500
Ottawa (Ontario) K1S 5S8

Institut Canadien des
Comptables Agréés
277, rue Wellington Ouest
Toronto (Ontario) M5V 3H2

Le 20 janvier 2006

Monsieur Brian E. Ernewein
Directeur, Division de la législation de l'impôt
Direction de la politique de l'impôt
Ministère des Finances
L'Esplanade Laurier, 17e étage, Tour Est
140, rue O'Connor
Ottawa (Ontario)
K1A 0G5

Objet : Complément de mémoire sur le projet de loi du 27 février 2004 sur les modifications proposées aux règles relatives aux sociétés étrangères affiliées

Monsieur,

Nous souhaitons avant tout vous adresser nos remerciements, à vous et à vos collègues, pour le temps que vous avez bien voulu consacrer à une nouvelle rencontre avec les membres de notre Sous-comité sur les sociétés étrangères affiliées (le «Sous-comité») le 3 octobre 2005. Lors de cette rencontre, le Sous-comité vous a fait part d'autres observations sur certains aspects du projet de loi, et des modifications envisagées à ce projet de loi, liées au traitement de certaines distributions de sociétés étrangères affiliées («SEA») prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la «Loi») et le *Règlement de l'impôt sur le revenu* (le «Règlement») de régime fédéral. Le présent mémoire, qui contient ces observations ainsi que des observations sur les mécanismes de couverture du risque de change, fait suite à nos mémoires précédents du 3 novembre 2004 et du 8 octobre 2004 sur le projet de loi et à notre mémoire du 18 septembre 2003 sur les modifications antérieurement proposées, le 20 décembre 2002, aux règles relatives aux sociétés étrangères affiliées.

Le présent mémoire contient nos observations relatives aux trois sujets suivants :

- ***Capital versé étranger.*** Le premier de ces sujets touche une question fondamentale, à savoir si la nature de la distribution effectuée par une SEA doit être ou non déterminée en fonction du «capital versé étranger» (CVE) de la SEA. À ce chapitre, pour les motifs exposés plus loin, le Comité mixte recommande vivement que la nature de la distribution effectuée par une SEA ne soit pas déterminée en fonction du CVE de cette dernière. La nature de la distribution effectuée par une SEA devrait plutôt être déterminée en fonction des comptes de surplus sous-jacents de cette dernière, conformément à l'esprit du Règlement. À notre avis, cet esprit reflète clairement le principe selon

lequel, dans le contexte des SEA contrairement au contexte national, le traitement «par défaut» des distributions de sociétés est celui du recouvrement des coûts, sauf dans la mesure où une appréciation économique reflétant les gains réalisés par la société après qu'elle ait accédé au statut de SEA est inscrite dans les comptes de surplus. Dans ce contexte, le CVE et son équivalent national, le «capital versé» («CV») sont, à notre avis, essentiellement négligeables et constituent souvent des mesures inadéquates des sommes considérées.

- ***Devise du CVE.*** Le deuxième sujet a trait à la devise dans laquelle le CVE doit être comptabilisé, en supposant que cette notion doive être adoptée. À cet égard et dans l'hypothèse où il serait décidé d'avoir recours au CVE pour atteindre les objectifs de mesure des résultats, nous recommandons vivement que le CVE soit comptabilisé dans la devise de calcul de l'actionnaire — le dollar canadien s'il s'agit d'un contribuable résidant au Canada (et, dans certains cas, s'il s'agit d'une SEA).

- ***Devise des mécanismes de couverture***. Le troisième sujet a trait aux modifications proposées aux mécanismes de couverture du risque de change (notamment celles qui touchent l'alinéa c.1) de la définition de «bien exclu» au paragraphe 95(1), le sous-alinéa 95(2)a)(vi) et l'alinéa 95(2)i)). À l'égard de cette question, nous nous interrogeons sur l'opportunité d'imposer une limite technique à la devise dans laquelle un risque de change particulier (qui se présente dans une autre devise) peut faire l'objet d'une couverture, et nous recommandons vivement qu'aucune limite technique de cette nature ne soit instaurée.

Nous développons nos observations sur ces sujets dans les paragraphes qui suivent, et nous joignons une annexe illustrant le fonctionnement de la méthode que nous recommandons.

Capital versé étranger (CVE)

À la lumière de l'entretien qu'a eu avec vous notre Sous-comité relativement à la notion de CVE, nous croyons qu'il serait utile d'en retracer l'évolution, essentiellement à titre de mesure de la somme (c'est-à-dire du coût, comme nous l'expliquons plus loin) de l'investissement d'un actionnaire dans une SEA. Bien que le CV recouvre certains éléments aux fins de la Loi, surtout en ce qui a trait à l'imposition des sociétés résidant au Canada et à leurs actionnaires de façon plus ou moins intégrée, nous sommes d'avis que ces mêmes éléments ne sont pas systématiquement ou généralement présents ou appropriés lorsqu'il s'agit de l'imposition des SEA et de leurs actionnaires, ce que nous expliquons ci-après.

Selon nous, la notion de CVE a évolué comme simple méthode de mesure de la somme investie par un actionnaire dans une SEA — en fait, à titre de substitut ou de mesure du coût libéré d'impôt, pour un actionnaire, des actions d'une SEA et, dans le cas d'un investissement initial visant l'acquisition d'actions non émises — elle sera très semblable sinon identique au prix de base rajusté (ou «PBR») de ces actions pour l'actionnaire, déterminé dans la devise de calcul de l'actionnaire. De plus, puisque la proposition de modification relative au paragraphe 88(3), telle qu'elle s'oriente, le reconnaît d'évidence et le reflète ou devrait le refléter, cela est vrai peu importe que la somme investie soit comptabilisée par la SEA à titre de capital légal, de surplus d'apport, de prime d'émission ou autre expression de cette somme. Le problème, à notre avis, tient au fait que l'actionnaire a, en réalité, engagé ou déboursé de bonne foi, au titre des actions de la SEA, un coût libéré d'impôt qui pourrait ne pas se refléter dans son CVE, ou dans le capital légal reflétant une contribution réelle — par exemple, lorsque l'actionnaire a acquis les actions de la SEA d'un autre actionnaire plutôt que d'acquérir des actions non émises, ou lorsque la SEA en question a subi certains types de restructuration du capital ou de restructuration organisationnelle ou commerciale ou a participé à ce genre de restructuration.

Nous reconnaissons que, dans l'optique du ministère, cette question fait intervenir, dans une certaine mesure, l'idée qu'il ne doit pas être permis au contribuable de «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital, même au moment du rapatriement final (c'est-à-dire des «redistributions» au Canada). Toutefois, bien que ce principe soit intégré depuis un certain temps au paragraphe 93(1.1), la disposition ne s'est jamais appliquée à l'égard de situations de rapatriement final. Par conséquent, jusqu'à maintenant, le principe selon lequel il ne doit pas être permis au contribuable de «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital au moment du rapatriement final n'a pas trouvé son expression dans la Loi — ce que le ministère se propose précisément de changer, croyons-nous comprendre. Néanmoins, nous avons également l'impression que cette modification n'entraînerait l'abandon du principe selon lequel il devrait être permis au contribuable de recouvrer son investissement libéré d'impôt avant de constater tout autre revenu. En conséquence, il nous semble que ces deux principes doivent être rapprochés de manière appropriée dans la conception de la mesure visée.

Méthode suggérée du prix de base rajusté (PBR)

Dans le présent mémoire, nous proposons une méthode qui permet d'atteindre l'objectif visé grâce à l'utilisation du PBR (une notion liée à l'actionnaire) plutôt que du CV (une notion liée au capital de l'entreprise) comme mesure la plus fidèle de la somme libérée d'impôt investie par un actionnaire pouvant lui être remboursée sans autre impôt. Nous sommes d'avis qu'en principe, le coût libéré d'impôt dans ce contexte inclut non seulement la somme versée par un actionnaire pour acquérir des actions de l'émetteur, mais aussi toute somme versée à une partie non liée pour acquérir ces actions. Les intérêts qui, dans l'imposition réelle finale de la valeur inhérente de la société et des actionnaires, dans le contexte de l'imposition intégrée du revenu de société, sont servis par le CV dans le contexte national n'existent tout simplement pas dans le cas des SEA. De fait, l'esprit de la Loi et du Règlement dans ce contexte reflète clairement le principe selon lequel un actionnaire qui fait auprès d'un autre actionnaire l'acquisition des actions d'une SEA n'hérite pas de l'historique des surplus de la SEA, sauf dans le cas de certaines cessions entre parties ayant un lien de dépendance ou de restructurations prévues par l'article 5905 du Règlement. Le surplus antérieur à l'acquisition peut donc refléter, et reflète souvent, ce qui, aux yeux de la loi ou autrement, constituerait des «bénéfices non répartis» de la société. Ces bénéfices non répartis antérieurs à l'acquisition ne sont jamais utilisés dans le contexte des SEA pour déterminer la nature et le traitement des distributions des SEA, étant donné que les distributions de surplus antérieur à l'acquisition donnent toujours lieu à un traitement de recouvrement des coûts aux fins de la Loi et du Règlement.

Il s'ensuit, nous semble-t-il, que la mesure appropriée de la somme investie libérée d'impôt, dans le contexte des SEA, correspond au coût ou au PBR du point de vue de l'actionnaire plutôt qu'aux bénéfices non répartis ou au capital légal du point de vue de la société. Selon nous, adopter une méthode différente favoriserait dans bien des cas la double imposition, ou un autre traitement fiscal inadéquat, du capital libéré d'impôt dépensé par un actionnaire pour l'acquisition des actions. Donc, bien que les observations précises qui suivent reposent sur le fait que, selon l'optique du ministère, il ne devrait pas être permis au contribuable de «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital, nous croyons qu'il est tout aussi important de ne pas renoncer au principe selon lequel il doit être permis au contribuable de recouvrer son investissement libéré d'impôt avant de devoir constater tout autre revenu.

En conséquence, en supposant qu'il soit opportun que le contribuable continue de pouvoir recouvrer son investissement libéré d'impôt avant de devoir constater tout autre revenu (et en supposant que l'investissement du contribuable doive être mesuré au moyen du PBR et que le surplus non distribué visé de la SEA doive continuer d'être mesuré au moyen du «surplus net réparti», comme l'indique le paragraphe 93(1.1)), et en supposant qu'il ne doive pas être permis au contribuable de «convertir» le

«surplus imposable» non distribué en gain en capital, même au moment du rapatriement final, il nous semble que toute mesure instaurée à cet égard ne devrait s'appliquer que si un gain en capital survient par ailleurs et dans la mesure de ce gain. Corollairement, si aucun gain en capital ne survient par ailleurs, il est alors évident que le contribuable ne «convertira» pas de «surplus imposable» non distribué en gain en capital, de sorte qu'il n'y aura aucun dividende réputé.

Ce raisonnement nous porte à croire que le ministère devrait envisager d'étendre simplement la portée du paragraphe 93(1.1) plutôt que de créer un régime supplémentaire différent, fondé sur le CVE. Il nous semble que cette extension suffirait à résoudre les préoccupations du ministère à l'égard de la «conversion» du «surplus imposable» non distribué en gain en capital et serait conforme aux éléments fondamentaux de l'esprit des règles auxquelles sont assujetties les SEA. Par exemple, le paragraphe 93(1.1) pourrait être étendu aux cas où les actions d'une SEA détenues par un contribuable résidant au Canada sont soit rachetées, soit acquises, soit annulées par la SEA (y compris lors de sa liquidation et de sa dissolution) ou par une personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable, ou sont réputées avoir fait l'objet d'une disposition par le contribuable en application du paragraphe 40(3). Si la portée du paragraphe 93(1.1) était ainsi étendue, il nous semble qu'il serait impossible pour le contribuable de «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital, et qu'il lui serait permis par ailleurs de recouvrer son investissement (c'est-à-dire son PBR) avant de devoir constater tout revenu.

Le rôle restreint du CV dans le contexte des SEA

Pour ce qui est du rôle du CV dans le contexte des SEA, nous sommes d'avis, ainsi que nous l'avons fait observer de façon plus générale dans les paragraphes précédents, que la solution que nous proposons est conforme au rôle que joue le CV dans la Loi en tant que tel, et que ce rôle et la politique fiscale sous-jacente au sens du CV dans le contexte national peuvent être fondamentalement distingués relativement aux investissements dans les SEA.

- Il nous apparaît qu'à l'échelle nationale, et dans le contexte des opérations transfrontalières canadiennes (c'est-à-dire lorsqu'une distribution est effectuée par une société résidant au Canada), la notion de CV est employée dans la Loi pour *mesurer indirectement* le surplus non distribué des sociétés visées. En fait, selon ce modèle, le surplus des sociétés est mis en équivalence avec l'écart, s'il en est, entre le CV d'une société et la juste valeur marchande (JVM) de ses actifs (déduction faite de ses passifs). Cette somme peut ou non être reflétée dans les bénéfices non répartis de la société, en ce sens que les bénéfices non répartis n'incluent normalement aucun «écart de réévaluation» latent. La distribution par la société de toute somme excédant son CV présente néanmoins normalement les caractéristiques d'un dividende, conformément au paragraphe 84(2) (en supposant que ses dispositions s'appliquent dans les circonstances), assujetti au traitement de constatation du revenu plutôt qu'au traitement de recouvrement de coûts. Corollairement, la distribution par la société (au moyen d'un remboursement de capital en bonne et due forme) d'une somme n'excédant pas son CV est normalement soumise au traitement de recouvrement des coûts. Le paragraphe 84(3) prévoit l'application de paramètres similaires. De plus, cette notion est appelée à jouer un rôle important dans diverses règles relatives au «dépouillement par dividendes» auxquelles est soumise une société résidant au Canada, comme celles des articles 84.1 et 212.1, indiquant le point de repère à partir duquel lesdites règles ne s'appliquent pas. En d'autres termes, il n'y a aucun dividende réputé, dans la mesure où le «complément d'échange» (c'est-à-dire la contrepartie ne consistant pas en actions) reçu par le cédant n'excède pas le CV des actions dont il dispose. La principale fonction de cette notion semble donc de servir avant tout d'*instrument de mesure du revenu* — permettant d'évaluer les sommes assujetties au traitement de constatation du

revenu (c'est-à-dire considérées comme un dividende réputé), plutôt qu'au traitement de recouvrement des coûts, dans le contexte d'une distribution effectuée par une *société résidant au Canada*.

- Dans le cas d'une distribution effectuée par une SEA, la notion de CV joue un rôle beaucoup plus limité sur le plan pratique, et cela pour deux raisons.

  - Premièrement, dans le cas des SEA, la Loi s'appuie sur un ensemble de règles très précises — les règles de calcul du «surplus» de la Partie LIX du Règlement — comme mécanisme de mesure directe du surplus non distribué visé de sociétés — surplus qui ne nous semble pas, dans ce contexte, inclure l'écart de réévaluation. En d'autres termes, en pareil cas, sur un plan très théorique, nous sommes d'avis que le surplus non distribué visé de la société englobe uniquement les gains réalisés — de fait, uniquement les gains réalisés par l'intermédiaire d'opérations autres que des «dispositions internes». Il n'est pas donc pas nécessaire de recourir au CV, ou au CVE, à ce chapitre.

  - Deuxièmement, à notre avis, recourir au CV ou au CVE en pareil cas serait inadéquat, du fait que cette décision ne serait pas conforme au principe selon lequel le surplus non distribué visé d'une société, dans ce contexte, n'englobe que les gains réalisés (c'est-à-dire uniquement le «surplus» de la SEA). En d'autres mots, dans cette situation, les règles semblent être conçues (et doivent l'être, selon nous) de façon à soumettre au traitement de constatation du revenu, autant qu'il soit possible, les seules sommes qui sont reflétées dans ce «surplus», sous réserve du principe en vertu duquel il doit être permis au contribuable (ou à la SEA, selon le cas) de recouvrer son investissement avant de devoir constater quelque revenu que ce soit, ce sur quoi nous reviendrons plus loin. Pour illustrer l'argument de façon plus générale, notons que la version actuelle aussi bien que la version proposée du paragraphe 5902(6) du Règlement, déterminant le montant du dividende réputé versé par une SEA en application du paragraphe 93(1.1), prévoit l'assujettissement au traitement de constatation du revenu uniquement d'une somme égale au moindre des montants suivants :

    - le *gain en capital*, s'il en est, déterminé par ailleurs au titre de la disposition de l'action;

    et

    - le montant qui pourrait raisonnablement être considéré comme ayant été reçu à l'égard de l'action si la société affiliée donnée avait, à cette date, payé des dividendes dont le total sur toutes les actions de son capital-actions était égal à son *surplus net* à l'égard de la société déterminé conformément à l'alinéa 5902(1)a) du Règlement pour les fins du choix (ou, en vertu des modifications proposées, le *surplus net attribué* relativement à l'action, déterminé selon l'alinéa 5902(1)f) du Règlement), déterminé sur une base consolidée.

  En d'autres termes, même les règles de «dépouillement par dividendes» qui s'appliquent aux SEA n'ont pas recours au CV pour déterminer les sommes qui doivent être assujetties au traitement de constatation du revenu. Dans le cas des SEA, ces sommes sont plutôt établies en fonction du «surplus» et de la «base» (c'est-à-dire du PBR), à titre de déterminant principal du gain en capital. De fait, le CV n'a rien à voir avec l'application de la règle de

dépouillement par dividendes au paragraphe 93(1.1). De façon analogue, l'application des règles pertinentes de mesure du revenu et de dépouillement par dividendes contenues dans la Loi qui font appel au CV (soit celles des articles 84, 84.1 et 212.1) est délibérément exclue dans le cas des SEA. Si, par exemple, SEA1 dispose de SEA2 pour la somme de 100 $ à la date où le PBR de SEA1 au titre des actions de SEA2 est nul et où SEA2 présente 50 $ de «surplus» et aucun CV, le dividende réputé sera de 50 $ seulement — et non de 100 $ comme ce serait le cas si le CV servait de repère. De la même façon, si SEA1 dispose de SEA2 en contrepartie de 100 $ à une date où les paramètres de l'opération sont les mêmes que ceux que nous venons de décrire, si ce n'est que SEA2 a un CV de 100 $, le dividende réputé sera encore une fois de 50 $ — et non de *zéro*, comme ce serait le cas si le CV servait de repère. Donc, le CV (comme le CVE, nous semble-t-il) n'est tout simplement pas pertinent à cet égard (et ne doit pas l'être, à notre avis). La mesure pertinente (et directe) du surplus non distribué de la société dans ce contexte étant le «surplus» de la SEA, la mesure pertinente de l'investissement du contribuable dans la SEA est plutôt le PBR — et non le CV ou le CVE, encore une fois. De cette manière, le contribuable accède au traitement de constatation du revenu (celui du dividende réputé) ou y est plus précisément assujetti seulement si la société affiliée visée présente un «surplus net attribué» dont le montant excède l'investissement du contribuable (c'est-à-dire son PBR) à l'égard des actions considérées, et dans la mesure de ce surplus. Nous sommes d'avis qu'il ne serait pas conforme à cette infrastructure solidement établie d'instaurer maintenant une mesure produisant, dans ce genre de situation, un dividende réputé fonction du CVE d'une société affiliée. En fait, il nous semble qu'une telle mesure entrerait directement en conflit avec le régime sous-jacent au paragraphe 5902(6) du Règlement et entraînerait des conséquences qui ne seraient pas conformes à celles que vise ce régime.

- Donc, bien que le CV ait un rôle à jouer, selon les règles actuelles, dans le contexte des distributions de SEA, ce rôle est en grande partie redondant, du fait que la distribution d'une SEA effectuée sous la forme d'un «remboursement de CV» est essentiellement assujettie au même traitement que la distribution d'une SEA effectuée sous la forme d'un dividende provenant d'un «surplus antérieur à l'acquisition», sous réserve de deux exceptions importantes.

  - Une distribution d'une SEA effectuée sous la forme d'un «remboursement de CV» est assujettie au traitement de recouvrement des coûts conformément aux principes du droit anglo-saxon (selon lesquels la distribution ne donne pas lieu à la constatation de revenu par l'actionnaire) et au sous-alinéa 53(2)b)(ii). Une distribution effectuée sous la forme d'un dividende provenant du «surplus antérieur à l'acquisition» est également assujettie au traitement de recouvrement des coûts — conformément à l'alinéa 113(1)d), au paragraphe 92(2) et au sous-alinéa 53(2)b)(i).

  - Toutefois, bien qu'un «remboursement de CV» puisse être utilisé pour «contourner» le «surplus imposable» non distribué (sous réserve de certaines «exceptions»), il n'y a dividende provenant d'un «surplus antérieur à l'acquisition» qu'une fois le «surplus imposable» épuisé. Nous mentionnons ces «exceptions» pour souligner le fait que le «remboursement de CV» ne peut être employé pour «contourner» le «surplus imposable» non distribué si l'opération donne lieu à la disposition réputée des actions visées en vertu du paragraphe 40(3), du fait que le «remboursement de CV» excède le PBR considéré, et que le paragraphe 93(1.1) s'applique. En pareil cas, il y aura un dividende réputé qui absorbera le «surplus imposable». Néanmoins, le «remboursement de CV» peut être employé pour «contourner» le «surplus imposable» non distribué dans tous les cas où le

PBR est suffisant, ce qui nous paraît approprié. En outre, le «remboursement de CV» peut être employé pour «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital lorsque la distribution est assujettie au paragraphe 88(3), ou lorsque les actions visées ne sont pas un bien exclu, même si la distribution excède le PBR, étant donné que le paragraphe 93(1.1) ne s'applique à l'heure actuelle ni à l'un ni à l'autre cas. Nous reviendrons sur cette question plus loin.

– Une autre différence importante est la suivante : dans le contexte d'un «remboursement de CV», aucun allégement quel qu'il soit n'est prévu par la Loi à l'égard de toute retenue d'impôt étranger à la source. Au contraire, lorsqu'il est question de dividendes provenant d'un «surplus antérieur à l'acquisition», la réduction du PBR prévue au paragraphe 92(2) est elle-même diminuée de toute retenue d'impôt étranger à la source applicable, de sorte que le contribuable bénéficie d'un allégement, en vertu de la Loi, sous forme de perte latente (ou de gain latent moins élevé) sur les actions visées, compte tenu du fait que ces dividendes ne constituent pas des «dividendes exonérés» tels qu'ils sont définis au paragraphe 93(3) aux fins de la règle de limitation des pertes du paragraphe 93(2). Donc, en supposant qu'il n'existe pas de «surplus imposable» non distribué important, la Loi inciterait le contribuable à faire en sorte que la distribution soit effectuée sous forme de dividendes provenant du «surplus antérieur à l'acquisition», si cela devait lui permettre de bénéficier d'un allégement relatif à toute retenue d'impôt étranger à la source applicable, dans l'un ou l'autre cas. Bien entendu, si un «remboursement de CV» échappait, au départ, à l'application de toute retenue d'impôt étranger à la source, cette forme de distribution serait néanmoins privilégiée dans l'optique canadienne, étant donné que le fait d'éviter la retenue d'impôt étranger à la source demeure préférable à l'allégement restreint prévu dans ce cas au paragraphe 92(2).

- Il nous semble qu'un régime reposant sur le CVE transgresserait presque invariablement au moins l'un des deux principes sous-jacents au système des SEA, même s'il était aménagé grâce aux modifications proposées aux règles s'appliquant aux SEA, et qu'il entraînerait des résultats inéquitables dans de nombreux cas. Si, par exemple, un contribuable acquiert une SEA d'un tiers et que cette SEA présente un CVE supérieur à sa JVM à cette date, un régime reposant sur le CVE pourrait faire en sorte que le contribuable bénéficie ultérieurement d'un avantage fiscal inattendu, par suite de la possibilité pour lui de «convertir» ainsi un «surplus imposable» non distribué en gain en capital en procédant à une distribution de CVE excédant le PBR. De façon analogue, à moins que des mesures correctives ne soient prises à cet égard, si un contribuable acquiert une SEA d'un tiers et que cette SEA présente un CVE inférieur à sa JVM à cette date, un régime reposant sur le CVE pourrait faire en sorte que le contribuable se trouve ultérieurement dans une situation de désavantage fiscal, par suite de l'impossibilité pour lui de recouvrer son investissement réel (c'est-à-dire son PBR) avant de devoir constater un revenu.

Recommandations

Compte tenu de ces paramètres, et pour mettre en place la mécanique de ces principes, nous recommandons ce qui suit. Plusieurs exemples de l'application du régime décrit ci-dessous sont présentés en annexe.

1. Lorsque les actions d'une SEA appartenant à un contribuable résidant au Canada sont rachetées, acquises ou annulées par la SEA (y compris lors de sa liquidation et de sa dissolution ou lors d'une fusion) ou par une personne ayant un lien de dépendance avec le contribuable, la position adoptée

(c'est-à-dire l'extension de la portée du paragraphe 93(1.1)) s'appliquerait en imposant le traitement de constatation du revenu (soit celui du dividende réputé) dans les limites du moindre de deux montants, soit celui de tout gain en capital déterminé par ailleurs au titre de la disposition et celui du «surplus net attribué» visé, le traitement de récupération des coûts (c'est-à-dire le produit de disposition ou la déduction du PBR) s'appliquant au solde.

2. Lorsque le versement d'un dividende ou une autre distribution de biens (à l'exclusion, pour plus de certitude, de toute opération décrite dans l'alinéa précédent) est effectué par une SEA, la position adoptée serait le résultat d'un choix, le traitement de constatation du revenu (c'est-à-dire celui du dividende réel ou réputé) étant le traitement par défaut. En d'autres termes, le traitement de la distribution à titre de dividende pourrait s'appliquer — ou s'appliquerait automatiquement si le contribuable ne s'est pas prévalu du choix dont ce traitement fait l'objet — sauf si le contribuable a choisi de soumettre en totalité ou en partie le montant de la distribution au traitement de récupération des coûts (soit la déduction du PBR). Si le montant de la distribution à l'égard duquel le contribuable choisit le traitement de récupération des coûts excède le PBR de ce dernier au titre des actions visées, il en résultera un gain en capital, en vertu du paragraphe 40(3), qui sera traité selon les règles décrites ci-dessous. Bien que cette notion nous ait donné du fil à retordre, dans une certaine mesure, nous en sommes finalement venus à la conclusion qu'un mécanisme de choix serait extrêmement neutre, très efficient et tout à fait équitable dans les circonstances. Nous faisons valoir notamment que, puisqu'il y aurait à faire une différence entre la nature de la distribution selon qu'il s'agit de CVE ou de distribution légale si le régime envisagé, reposant sur le CVE, était instauré, il faudrait mettre en place une certaine mécanique permettant de déterminer dans quels cas une distribution légalement considérée comme un dividende doit être traitée comme une distribution de CVE. Nous croyons savoir que vous envisagez l'utilisation d'un mécanisme de choix à cet égard. Dans la foulée, nous suggérons l'utilisation d'un mécanisme de choix pour tous les dividendes ou autres distributions. Ce mécanisme serait extrêmement efficient, puisque les contribuables et l'Administration fiscale épargneraient le temps et les dépenses que risquent d'exiger les efforts visant à déterminer la nature de la distribution dans le cadre des lois étrangères auxquelles sont assujetties les sociétés. Cette solution aurait aussi le mérite d'être totalement neutre et équitable, étant donné qu'elle éliminerait le risque d'anomalies dans le traitement fiscal canadien résultant de la divergence des lois étrangères sur les sociétés dans divers pays. De plus, elle éliminerait le risque d'anomalies dans le traitement fiscal canadien résultant de la divergence des lois fiscales étrangères dans divers pays (les contribuables préférant souvent, en effet, pourvoir les SEA en capital sans créer de capital légal en bonne et due forme, afin de réduire au minimum les droits étrangers sur le capital).

3. Si un contribuable est réputé avoir réalisé un gain en capital en vertu du paragraphe 40(3), par suite de la qualification de la distribution au traitement de recouvrement des coûts (par opposition à un gain en capital résultant de l'épuisement d'un «surplus net attribué» de la SEA), l'extension de la portée du paragraphe 93(1.1) s'appliquerait, de telle sorte qu'il ne serait pas permis au contribuable de «convertir» le «surplus imposable» non distribué en gain en capital. En revanche, si le contribuable est réputé avoir réalisé un gain en capital aux termes du paragraphe 40(3) mais que le «surplus net attribué» de la SEA est épuisé, il y aurait gain en capital à juste titre.

4. Le «montant» de la distribution (peu importe qu'elle soit en fin de compte assujettie au traitement de constatation du revenu ou au traitement de recouvrement des coûts) serait déterminé en grande partie selon les modalités décrites dans le projet de loi (c'est-à-dire : selon que le bien exclu est ou non distribué dans certaines circonstances; selon le pourcentage de participation du contribuable dans la SEA en question dans d'autres circonstances — comme dans le cas de l'application de l'alinéa proposé 95(2)e.1); et selon la nature de l'opération dans d'autres circonstances encore — comme dans le cas d'une «fusion étrangère» régie par la version élargie de l'alinéa 92(2)d.1) actuellement à l'étude; et ainsi de suite).

5. Une méthode analogue serait utilisée dans le cas des distributions et autres opérations de même nature entre sociétés affiliées. Le paragraphe 93(1.1) s'appliquerait tout naturellement aux dispositions d'actions, et les distributions d'autre nature donneraient lieu à un dividende réputé assujetti à la qualification du contribuable au traitement de recouvrement des coûts.

6. Les restructurations de capital et les échanges d'actions au pair avec des SEA émettrices (les opérations auxquelles s'applique l'article 51 ou l'article 86, par exemple) seraient exclues du champ d'application des règles relatives à la «distribution» en tant que telle, mais elles seraient assujetties à l'application du paragraphe 93(1.1), dans la mesure où il y aurait gain en capital par ailleurs et où il existe un «surplus net attribué».

Enfin, nous souhaitons faire remarquer à cet égard que l'instauration d'un aussi large régime quant à l'établissement de la nature des distributions — dividende réputé ou recouvrement des coûts — nous semble parfaitement conforme, relativement à certains éléments fondamentaux, au principe de redéfinition de la nature du produit de disposition à titre de dividende réputé en vertu du paragraphe 93(1.1) ou d'autres mécanismes. Ainsi, aux termes des règles en vigueur aussi bien que des règles proposées, le traitement du rachat d'une action n'est pas soumis aux contraintes des lois étrangères sur les sociétés et le commerce, en ce sens que la Loi permet généralement, par l'intermédiaire du paragraphe 93(1), et exige dans certains cas, par l'intermédiaire du paragraphe 93(1.1), que ce qui serait par ailleurs défini comme étant un produit soit défini comme un dividende. Un large régime quant à la détermination de la nature de la distribution — dividende réputé ou recouvrement des coûts — nous semblerait apparenté et faciliterait l'administration efficace et l'observation de la Loi. À ce chapitre, nous sommes enclins à croire qu'un régime pouvant «tirer profit» de l'infrastructure existante de la Loi et du Règlement serait préférable à un régime qui nécessiterait l'élaboration de nouvelles notions et le suivi d'informations qui ne sont pas utiles par ailleurs. La solution que nous recommandons a donc été conçue de manière à s'appuyer sur des informations dont la compilation est déjà requise et qui servent à plusieurs fins importantes — notamment le PBR et le «surplus». L'adoption d'un nouveau régime reposant sur le CVE exigerait, au contraire, non seulement la création de cette nouvelle notion (ce qui, en soi, n'est probablement pas particulièrement important), mais exigerait également la collecte et la conservation d'informations remontant jusqu'à la création des SEA visées, ce qui pourrait imposer à toutes les parties en cause un lourd fardeau, si ce n'est un obstacle insurmontable, sur le plan de l'administration et de l'observation, en particulier s'il se trouve que le contribuable a acquis une SEA ayant connu une restructuration du capital actions ou une autre forme de réorganisation et de restructuration commerciale, ou ayant pris part à une restructuration ou une réorganisation de cette nature, ce qui pourrait entraîner des modifications aux comptes de capital légal sans distributions ou apports correspondants.

Devises du CVE

En supposant que le régime du CVE doive être instauré, une question connexe se pose, à savoir dans quelle devise le CVE doit être comptabilisé. À cet égard, nous sommes d'avis que le CVE devrait être comptabilisé dans la devise qui est celle du calcul du revenu visé de l'actionnaire ou du gain en capital provenant de la disposition des actions de la SEA en question. Notre point de vue sur cette question se fonde sur la proposition selon laquelle ce CVE serait destiné à servir de mesure indirecte (si cette dernière n'est pas exacte) des sommes qui devraient pouvoir être assujetties au traitement de constatation du revenu dans le contexte d'une distribution de surplus d'entreprise non distribués, ainsi que sur le principe en vertu duquel il devrait être permis au contribuable de recouvrer son investissement avant de devoir constater un revenu quelconque. En supposant que ce principe a sa raison d'être dans le cas présent, il nous semblerait approprié qu'un élément de la détermination du revenu du contribuable aussi important que le CVE soit donc comptabilisé dans la même devise.

Il semble également que cette solution permettrait de réduire sensiblement les inefficacités et autres résultats pouvant être qualifiés d'indésirables susceptibles de survenir par suite des fluctuations de la valeur de la devise dans laquelle le CVE est comptabilisé par rapport à la valeur de la devise considérée de l'actionnaire. Par exemple, si le CVE était comptabilisé dans une devise autre que la devise considérée de l'actionnaire, une hausse de la valeur de cette devise, par rapport à celle de la devise de l'actionnaire, augmenterait la somme à laquelle aurait droit l'actionnaire à titre de «remboursement du CVE» — sans constatation de revenu (c'est-à-dire sans dividende réputé), ce qui permettrait au contribuable de «convertir» d'autant une distribution de «surplus imposable» en gain en capital. Donc, si un actionnaire résident canadien investissait 100 $ de capital dans une SEA, la comptabilisation du CVE qui en résulterait en dollars canadiens garantirait à l'actionnaire de pouvoir recouvrer ni plus ni moins que la somme initiale de 100 $, selon le principe de recouvrement des coûts. En revanche, la comptabilisation du CVE dans une autre devise donnerait presque invariablement lieu à un «glissement». Si la valeur de cette autre devise augmentait par rapport au dollar canadien, de telle sorte que la valeur des unités monétaires en cause passe de 100 $ à 150 $, par exemple, la SEA pourrait remettre à l'actionnaire une «somme» équivalente à 150 $ à titre de «remboursement de CVE», ce qui permettrait la «conversion» de 50 $ de «surplus imposable» en gain en capital. Inversement, une fluctuation de la devise dans le sens opposé serait préjudiciable aux intérêts de l'actionnaire, puisque ce dernier serait dans l'impossibilité de recouvrer son investissement initial de 100 $ à titre de «remboursement de CVE» (selon la détermination de la nature de la distribution à cette fin), étant donné que la valeur du CVE en dollars canadiens à cette date serait inférieure à 100 $.

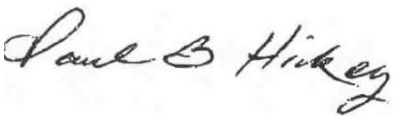
Devise du mécanisme de couverture

Dans notre mémoire du 18 septembre 2003, relativement à la version du 20 décembre 2002 des modifications proposées, nous recommandions que certains éclaircissements et autres révisions soient apportés aux modifications proposées à l'égard des mécanismes de couverture du risque de change (par exemple, aux versions proposées de l'alinéa c.1) de la définition de «bien exclu» au paragraphe 95(1), du sous-alinéa 95(2)a)(vi) et de l'alinéa 95(2)i)). Nous recommandions en particulier que la formulation de ces dispositions soit clarifiée et qu'un mécanisme de couverture admissible aux termes de ces règles soit prévu (sous réserve du respect d'autres conditions pertinentes), si ce mécanisme était utilisé par la SEA en question [TRADUCTION] «en vue de réduire le risque que [présentaient] pour elle, à l'égard d'une somme […], les fluctuations de la valeur de la devise dans laquelle la somme [était] libellée, *par rapport à toute autre devise*». Compte tenu du fait que, dans la partie en question, la formulation de ces propositions dans le projet de loi est bel et bien la même que la formulation antérieure, nous réitérons notre recommandation à cet égard.

De plus, nous faisons remarquer qu'il nous paraîtrait indiscutablement anormal que les règles de financement et de couverture s'appliquant aux SEA aient en association pour résultat de permettre une situation où, par exemple, une SEA accorderait un prêt à une autre SEA dans une devise donnée autre que la devise de calcul du prêteur (par exemple, la devise dans laquelle le prêteur a émis des obligations financières (la «devise de financement»)), mais de ne pas permettre la situation analogue et équivalente, sur le plan fonctionnel, où le prêt serait accordé dans une devise autre que la devise de calcul du prêteur et autre que la devise de financement (par exemple, la devise de l'emprunteur, en supposant qu'elle ne soit pas la même) et le prêteur couvrirait ensuite le risque auquel il est exposé relativement à la fluctuation de la valeur de la devise de l'emprunteur par rapport à la valeur de la devise de financement en échangeant au moyen d'un «swap» sa «position longue» sur la devise de l'emprunteur pour une «position longue» sur la devise de financement, ou vice versa. Dans le premier cas, le prêteur créerait une «couverture naturelle», mais la couverture créée par l'échange de la «position longue» sur la devise de l'emprunteur pour une «position longue» sur la devise de financement au moyen d'un «swap» serait tout aussi efficace. En d'autres termes, s'il n'existe pas de restriction quant à la devise dans laquelle un actif admissible aux dispositions du sous-alinéa 95(2)a)(ii) peut être initialement libellé ou subséquemment libellé dans une autre devise, il nous semblerait anormal d'imposer une restriction quelconque quant à la devise dans laquelle un mécanisme de couverture admissible peut être libellé.

Nous serons heureux d'approfondir nos réflexions avec vous, notamment en ce qui a trait aux questions relatives à la transition, si vous jugez opportun de nous consulter plus avant sur ces questions.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments distingués.



Paul B. Hickey
Président, Comité sur la fiscalité
L'Institut Canadien des Comptables Agréés

William R. Holmes
Président, Section de droit fiscal
Association du Barreau canadien

c.c. M. Wally Conway, Ministère des Finances