

BULLETIN DE FISCALITÉ

Mars 2017

CORRIGER UNE ERREUR FISCALE : LA «RECTIFICATION», RARE DÉSORMAIS SI VOUS AVEZ UNE PERTE : DEMANDEZ UNE DÉTERMINATION REER, FERR ET CELI : LES FRAIS À LA CHARGE DU RÉGIME PLAFONDS DES COTISATIONS À UN CELI BÉNÉVOLAT PAYANT AUPRÈS D'UN ORGANISME DE BIENFAISANCE ATTENTION AUX EXERCICES COURTS QU'EN DISENT LES TRIBUNAUX?

CORRIGER UNE ERREUR FISCALE : LA «RECTIFICATION», RARE DÉSORMAIS

Un jugement récent de la Cour suprême du Canada a sérieusement restreint le recours à la «rectification» pour corriger des problèmes fiscaux.

Le contexte d'abord :

Il arrive qu'une planification fiscale tourne mal.

Les opérations exécutées à des fins fiscales mettent souvent en cause des réorganisations d'entreprise, des contrats, l'émission de nouvelles catégories d'actions, des fusions, des transferts, etc. Qu'arrive-t-il si une personne oublie de signer le bon document, ou si les avocats ne rédigent pas les bons documents pour que l'opération ait l'effet recherché?

Pire encore, qu'arrive-t-il si vous ou votre société vous lancez dans une opération, telle une opération immobilière, en créant une fiducie, ou un transfert de biens à l'intérieur d'un groupe familial, et n'êtes pas bien conseillé au sujet des conséquences fiscales, et qu'il en résulte un problème fiscal majeur?

Jusqu'à récemment, on pouvait souvent régler le problème en demandant une «rectification» à la cour. Non pas à la Cour canadienne de l'impôt (CCI), le seul tribunal auprès duquel on peut faire appel en matière fiscale, mais à la **cour supérieure de la province** dont la loi régit la société ou l'opération.

La cour supérieure d'une province est en effet la seule à avoir compétence, en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour régler les questions relatives à «[l]a propriété et les droits civils dans la province». La CCI est tenue, dans un appel en matière de fiscalité, d'appliquer les lois provinciales pour déter-

miner la qualité et la signification d'éléments comme des contrats et des documents de société. Si la cour supérieure de la province a émis une ordonnance officielle selon laquelle un contrat est réputé avoir comporté une disposition particulière ou une société est réputée avoir émis une catégorie particulière d'actions, la CCI est tenue d'accepter cette décision comme étant déterminante en ces matières.

Une personne peut demander à la cour supérieure une ordonnance avec *effet rétroactif* «**rectifiant**» un contrat ou un document. La cour peut faire preuve de compréhension, dans la mesure où vous essayez simplement de corriger une erreur afin d'obtenir l'effet que vous recherchez.

Ces dernières années, on a étendu dans certains cas la notion de rectification aux situations du genre «si nous avons connu les conséquences fiscales de l'entente, nous n'y aurions pas eu recours».

Tout a changé le 9 décembre 2016, soit le jour où la Cour suprême du Canada a rendu jugement dans *Hôtels Fairmont*.

Nous sommes ainsi passés essentiellement d'une situation où la rectification était possible dans les circonstances où «nous aurions conçu l'opération différemment» à une situation où elle n'est possible désormais que dans les circonstances où «nous avons clairement convenu de faire X mais, par erreur, nous avons écrit Y dans le contrat».

Comme la Cour suprême l'a expliqué, «il n'y a rectification **que dans les cas où l'entente entre les parties n'a pas été correctement consignée**», et «[elle] ne peut [rectifier une entente] pour épargner ce qu'une partie espérait obtenir». La partie qui sollicite la

rectification devra fournir une preuve «claire, convaincante et solide» que «la véritable substance de son intention unilatérale ou de son entente avec une autre partie n'a pas été consignée correctement» dans les documents signés.

Les règles du Québec relativement à la rectification sont les mêmes que pour le reste du Canada, selon le jugement parallèle rendu au même moment par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Groupe Jean Coutu*.

SI VOUS AVEZ UNE PERTE : DEMANDEZ UNE DÉTERMINATION

Si vous avez une perte d'entreprise ou de biens qui compense la totalité de vos revenus pour l'année, vous indiquez dans votre déclaration de revenus un revenu imposable nul.

Qu'arrive-t-il si l'Agence du revenu du Canada (ARC) procède à une vérification de vos comptes quelques années plus tard et établit que les pertes que vous avez déduites étaient trop élevées?

Pour un avis de cotisation ordinaire, une période de «trois ans» s'applique, qui commence à courir à compter de la date figurant sur l'avis de première cotisation établi par l'ARC pour l'année.

Par exemple, si vous avez produit votre déclaration de 2014 le 6 avril 2015 et avez reçu un avis de cotisation daté du 22 avril 2015, l'ARC ne peut vous envoyer un avis de nouvelle cotisation pour modifier votre revenu imposable de 2014 après le 22 avril 2018. (Ce délai de prescription ne s'applique pas dans les cas de fraude, de négligence, d'inattention ou d'omission volontaire, ou si vous signez une renonciation avant l'échéance.)

Qu'arriverait-il toutefois si vous aviez une perte d'entreprise en 2014, que vous aviez déclaré un revenu imposable nul et un impôt nul, mais que vous aviez également une perte reportée en avant de 50 000 \$ à déduire dans une année ultérieure? Supposons, en outre, que l'ARC décide, nombre d'années plus tard, que la déduction de la perte de 50 000 \$ ne devrait pas vous être accordée?

La période de trois ans ne commencera pas à courir pour une perte, étant donné que votre «avis de cotisation» – c'est-à-dire aucun impôt pour 2014 – ne change pas. Si, par exemple, vous essayez d'utiliser la perte de 50 000 \$ de 2014 dans votre déclaration de 2017, l'ARC peut établir un avis de nouvelle cotisation refusant la déduction, n'importe quand jusqu'à l'échéance de nouvelle cotisation pour la déclaration de 2017 (à un moment quelconque en 2021), plutôt que seulement jusqu'à avril 2018, comme ce serait le cas pour votre déclaration de 2014.

Il y a toutefois moyen d'éviter cette situation, et de mettre le compteur en marche. Au moment où vous recevez votre «avis de cotisation nulle» pour une année dans laquelle vous ne payez aucun impôt, écrivez à l'ARC et demandez une **détermination de perte** en vertu du paragraphe 152(1.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR). L'ARC acceptera habituellement et produira l'avis de détermination assez rapidement. Une fois l'avis de détermination délivré, la date y indiquée constitue le point de départ du délai de prescription de trois ans pour toute nouvelle détermination. Si la période de trois ans vient à échéance, la déduction de votre perte est alors garantie et (sous réserve des exceptions pour fraude, etc., mentionnées ci-dessus), vous avez l'assurance de pouvoir reporter la perte en avant et la déduire dans une année

future. Les pertes d'entreprise peuvent maintenant être reportées en avant jusqu'à 20 ans.

Par conséquent, si vous avez un revenu imposable nul pour l'année et une perte reportée en avant, demandez une «détermination de perte».

REER, FERR ET CELI : LES FRAIS À LA CHARGE DU RÉGIME

Si vous avez un régime enregistré d'épargne-retraite (REER), un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) ou un compte d'épargne libre d'impôt (CELI), votre institution financière vous facture probablement des frais de gestion annuels de l'ordre de 125 \$ par année plus la TPS ou la TVH. Si vous avez un compte prévoyant le versement d'«honoraires» pour lequel votre conseiller en placement vous compte un pourcentage de la valeur du régime en échange de ses conseils en placement et au lieu de commission, vos frais annuels peuvent être beaucoup plus élevés.

Jusqu'à maintenant, ces frais de gestion et de conseil en placement relatifs à un REER, un FERR ou un CELI pouvaient être prélevés sur le régime ou sur vos comptes personnels «non enregistrés». Les frais réglés à partir d'un compte personnel ont pour effet d'augmenter légèrement les fonds du régime qui croissent en franchise d'impôt ou, en d'autres termes, d'éviter que la valeur du régime soit réduite en proportion du montant des frais. (Vous ne pouvez déduire ces frais de votre revenu aux fins de l'impôt, où qu'ils soient prélevés, sur le régime ou sur votre compte personnel.)

À compter de juin 2018, l'ARC ne permettra pas que vous payiez les frais personnellement. Ils devront être prélevés sur le régime enregistré. **Si vous les payez à partir de votre compte personnel, l'ARC considérera qu'il s'agit d'un «avantage» que vous aurez reçu**

du régime. Un «avantage» d'un REER, FERR ou CELI est un terme technique défini dans la LIR, et il est considéré comme une bien mauvaise chose. De manière générale, la LIR lève un impôt de 100 % sur un «avantage», le confisquant en fait.

L'ARC a donné un préavis d'un an au sujet de ce changement, afin de permettre aux institutions financières de s'adapter. Vous pouvez vous attendre à recevoir une lettre de votre institution financière dans l'année qui vient, vous informant que les frais seront dorénavant prélevés sur le régime, et que vous n'aurez donc plus la possibilité de les régler à partir de votre compte personnel.

PLAFONDS DES COTISATIONS À UN CELI

Les comptes d'épargne libres d'impôt ou CELI existent depuis plus de huit ans. Il est facile de perdre trace du plafond des cotisations possibles, car ce plafond a changé au fil des ans.

Le plafond des cotisations est un montant cumulatif. Dès lors que vous avez 18 ans dans une année, vous pouvez verser le montant maximal pour cette année et, si vous ne le faites pas, vous pouvez reporter le montant de cotisation non versé à une année ultérieure.

Tous les revenus de placement gagnés dans un CELI, tels des intérêts et des dividendes, ainsi que des gains en capital, sont libres d'impôt. Les CELI sont donc de plus en plus intéressants à mesure que les années passent.

Vous pouvez naturellement retirer n'importe quel montant du CELI en tout temps en franchise d'impôt, ce qui entraîne la reconstitution du montant du plafond, mais seulement

le 1^{er} janvier de l'année suivante, pas tout de suite.

Le plafond pour chaque année est le suivant :

| | |
|------|----------|
| 2009 | 5 000 \$ |
| 2010 | 5 000 |
| 2011 | 5 000 |
| 2012 | 5 000 |
| 2013 | 5 500 |
| 2014 | 5 500 |
| 2015 | 10 000 |
| 2016 | 5 500 |
| 2017 | 5 500 |

Le total de ces montants se chiffre à 52 000 \$.

Comme l'admissibilité au CELI commence à l'âge de 18 ans et que le CELI a été mis sur pied en 2009, le plafond cumulé des cotisations au CELI en 2017 est, selon votre date de naissance, le suivant :

| | |
|------------------------------------|-----------|
| Né avant 1992 (2009-2017) | 52 000 \$ |
| 1992 (2010-2017) | 47 000 |
| 1993 (2011-2017) | 42 000 |
| 1994 (2012-2017) | 37 000 |
| 1995 (2013-2017) | 32 000 |
| 1996 (2014-2017) | 26 500 |
| 1997 (2015-2017) | 21 000 |
| 1998 (2016, 2017) | 11 000 |
| 1999 (2017 seulement) | 5 500 |
| 2000 ou après (17 ans et moins) | Nul |

BÉNÉVOLAT PAYANT AUPRÈS D'UN ORGANISME DE BIENFAISANCE

Si vous travaillez bénévolement pour un organisme de bienfaisance, vous pourriez être en mesure de faire un peu d'argent sans coût pour l'organisme.

L'organisme ne peut vous donner un reçu pour don à l'égard des services que vous lui fournissez gratuitement. Un reçu pour don valide aux fins de l'impôt ne peut être remis que pour un don d'argent ou de biens.

Supposons, toutefois, que l'organisme de bienfaisance **vous paie pour les services fournis et que vous lui redonnez l'argent par la suite.**

Si vous ne vous situez pas dans une fourchette d'imposition élevée (revenu imposable de plus de 142 353 \$ en 2017), cela vaudra la peine. Les dons de plus de 200 \$ par année donnent droit à un crédit fédéral de 29 %, auquel s'ajoute un crédit provincial, pour une économie totale de 35 à 50 %, selon la province. Si vous êtes dans une fourchette inférieure, le revenu que vous déclarez de l'organisme de bienfaisance sera imposé à un taux moindre que le crédit que vous recevez. Plus votre fourchette d'imposition est basse, plus le différentiel est grand et plus ce sera rentable que l'organisme vous rémunère pour les services que vous lui fournissez.

Si vous habitez en **Alberta** ou en **Nouvelle-Écosse**, l'avantage est encore plus important. Ces deux provinces accordent un crédit d'impôt provincial de 21 % pour l'excédent des dons de bienfaisance sur 200 \$. Le crédit fédéral-provincial total vaut alors 50 %, même pour une personne qui paie un taux d'impôt marginal bien inférieur.

Certes, le montant que l'organisme de bienfaisance vous paie pour services fournis doit être raisonnable, ou l'organisme peut se retrouver en difficulté s'il est audité par l'ARC. De plus, si vous êtes administrateur de l'organisme (ou lié à un administrateur), il se peut que vous ne puissiez être rémunéré par l'organisme pour vos services. Nombreuses sont les règles, tant

au niveau fédéral que provincial, qui régissent les organismes de bienfaisance et leurs activités.

ATTENTION AUX EXERCICES COURTS

Une société peut être **réputée avoir une fin d'exercice aux fins de l'impôt sur le revenu** au beau milieu de son année d'imposition, pour diverses raisons.

C'est souvent le cas notamment lors d'un **changement de contrôle** (ou d'une participation de 75 %) de la société (on parle maintenant d'un «fait lié à la restriction de pertes» dans la LIR). Si la société est vendue à de nouveaux propriétaires, elle sera réputée avoir une fin d'exercice et commencer une nouvelle année d'imposition. (Il ne sera alors généralement pas possible de déduire les pertes d'entreprise des années précédentes à moins que la société continue d'exploiter la même entreprise ou une entreprise semblable. Les pertes en capital des années précédentes ne pourront pas être déduites du tout après le changement de contrôle.)

Un autre élément déclencheur d'une fin d'exercice est le fait pour la société de devenir, ou de cesser d'être, une société privée sous contrôle canadien. Par exemple, si l'actionnaire majoritaire devient un non-résident, la société sera réputée commencer une nouvelle année d'imposition.

Il existe plusieurs autres éléments déclencheurs de cette nature, dont le fait de devenir, ou de cesser d'être, exonéré d'impôt, et de devenir, ou de cesser d'être, une «institution financière».

Qu'arrive-t-il lorsque la société a une nouvelle année d'imposition et qu'il en résulte un court

exercice (ou deux)? Nombre de choses changeant, et il peut y avoir de nombreux effets secondaires négatifs. Par exemple :

- la société doit produire une **déclaration de revenus** pour le court exercice, dans les 6 mois suivant la fin d'exercice réputée;
- la date d'échéance du solde d'impôt de l'exercice considéré est devancée (deux ou trois mois après la fin d'exercice réputée);
- une **année de report de pertes en avant sera habituellement perdue** en raison de l'année d'imposition supplémentaire, tout comme d'autres années de report en avant, par exemple pour les crédits pour impôt étranger, les crédits d'impôt à l'investissement et certaines provisions et réserves. Cela signifie que les reports en avant expireront plus tôt que ce ne serait le cas autrement. (La plupart des pertes d'entreprise peuvent maintenant être reportées en avant sur 20 ans, mais de nombreux autres reports en avant portent sur des périodes beaucoup plus courtes.);
- un **prêt à un actionnaire** pourrait devoir être remboursé plus tôt pour ne pas être inclus dans le revenu de l'actionnaire;
- certaines **provisions** ou **réserves**, et certains montants courus qui ont été déduits mais n'ont pas encore été payés, peuvent devoir être réinclus dans le revenu plus tôt que ce ne serait autrement le cas.

En outre, certains calculs qui reposent sur la présomption qu'une année d'imposition comporte 365 jours seront différents. Les **versements mensuels exigés** d'une société sont fondés, par exemple, sur l'impôt à payer de l'année précédente, mais répartis proportionnellement sur la durée de cette année d'imposition. Supposons qu'une société a 100 000 \$

d'impôt à payer pour l'année, entièrement attribuables aux trois premiers mois de l'année, et que la société a été vendue après trois mois. La «base des acomptes provisionnels» sera de 100 000 \$ pour la prochaine année, mais répartie sur une année de 12 mois, de telle sorte que la société peut devoir verser des acomptes de 400 000 \$ l'année suivante (bien qu'elle puisse verser des acomptes moindres si elle sait que l'impôt sera moindre).

De même, la plupart des **déductions pour amortissement** seront réparties en fonction du court exercice, tout comme diverses autres déductions, dont la déduction accordée aux petites entreprises, et les limitations des crédits d'impôt à l'investissement accordés aux petites sociétés.

Il y a lieu d'analyser minutieusement tout changement de fin d'exercice pour relever les répercussions imprévues.

QU'EN DISENT LES TRIBUNAUX?

Un ancien administrateur qui participait toujours à l'exploitation de la société n'était pas un administrateur «de fait»

La récente décision de la CCI dans *Koskocan* a peut-être changé le droit au sujet des administrateurs de fait.

La question de savoir «qui est administrateur d'une société?» est très importante dans les litiges fiscaux, lorsqu'une société cesse d'exister alors qu'elle doit un montant net de TPS/TVH, ou des déductions salariales (retenues à la source d'impôt sur le revenu), ou les deux. Dans la plupart des cas, les **administrateurs de la société sont pleinement responsables des déductions salariales et de la TPS/TVH non remises.**

Au cours des 18 dernières années, l'ARC et Revenu Québec (RQ) ont souvent imposé une personne au motif qu'elle était un administrateur de fait, même si elle n'était pas légalement un administrateur. Une décision de la Cour d'appel fédérale remontant à 1999 (*Wheeliker et Corsano*) a confirmé qu'une personne qui pensait être administrateur, mais qui n'avait pas été correctement nommée, était responsable comme administrateur de fait.

La notion d'administrateur de fait s'est progressivement étendue au fil des ans, pour englober effectivement quiconque gère une société.

Dans ce cas, M. Koskocan avait fondé en 1997 une société qui exploitait une pizzeria à Montréal. En 2003, il a transféré l'entreprise à son fils et a démissionné comme administrateur, mais il a continué d'aider l'entreprise de diverses façons, notamment comme signataire des chèques. RQ a déterminé que la société avait sous-évalué ses revenus déclarés et lui a transmis un avis de TPS et de taxe de vente du Québec d'un montant élevé. Comme la société ne pouvait payer la dette, RQ a imposé M. Koskocan pour un montant équivalent à titre d'administrateur de fait.

M. Koskocan a interjeté appel devant la CCI, qui a accueilli l'appel et annulé l'avis de cotisation. La Cour a rejeté avec véhémence la tendance récente consistant à traiter quiconque participe à l'exploitation d'une société comme un administrateur de fait.

Le juge a longuement passé en revue la signification d'«administrateur», et expliqué que les *administrateurs* sont censés orienter une société par l'entremise des décisions du conseil, adopter des résolutions et mener certaines actions importantes. Ce sont les *diri-*

geants d'une société qui la gèrent au quotidien.

Lorsqu'une personne effectue certaines tâches comme la signature des chèques ou des contrats de routine au nom de la société, elle n'agit pas comme administrateur, mais comme dirigeant ou gestionnaire de la société. Les actions de M. Koskocan étaient, tout au plus, celles d'un gestionnaire. Il n'était pas un administrateur de fait et il n'était donc pas responsable de la dette de TPS de la société.

Pour faire bonne mesure, la CCI a également déterminé que la méthode employée par RQ pour calculer les revenus du restaurant, c'est-à-dire en se fondant sur son utilisation des services publics et sur les moyennes du secteur, n'était pas fiable, et qu'il n'y avait donc pas de dette de TPS dont M. Koskocan aurait été responsable, même s'il avait été un administrateur.

Cette décision est rafraîchissante. Si les autres juges de la CCI l'appliquent, cela limitera grandement le nombre de causes où une personne peut être imposée comme administrateur de fait.

RQ n'a pas porté la décision en appel devant la Cour d'appel fédérale. Pour le moment, donc, elle demeure la plus récente décision applicable en ce qui a trait aux administrateurs de fait.

Avocat tenu responsable de ne pas avoir donné de conseil fiscal

La Cour supérieure de justice de l'Ontario a publié, en janvier 2017, une intéressante décision dans *Ozerdinc Family Trust v Gowling Lafleur Henderson LLP*. Un avocat qui avait constitué une fiducie familiale a été trouvé

coupable de ne pas avoir conseillé son client au sujet des conséquences fiscales.

Les parents visés procédaient à une planification fiduciaire et successorale et, pour ce faire, ont retenu les services de S comme avocat en 1990. S a constitué une fiducie pour leurs enfants, avec, comme date de distribution finale de tous les actifs de la fiducie, la date à laquelle le plus jeune enfant aurait 22 ans. En 2007, les parents ont jugé que cela signifiait que les enfants recevraient leur argent trop tôt (peut-être parce qu'ils ne seraient pas assez mûrs), et ils ont eu de nouveau recours aux conseils de S. Celui-ci a constitué une nouvelle fiducie pour les enfants, à laquelle l'ancienne fiducie a transféré ses actifs en franchise d'impôt. Les actifs de la fiducie comprenaient des biens assortis de gains en capital cumulés importants qui n'avaient pas encore été imposés.

Malheureusement, en 1990, S a omis d'informer les parents d'une règle clé qui s'applique aux fiducies : tous les 21 ans, il y a «disposition réputée», et la fiducie doit constater et payer l'impôt sur tous les gains en capital cumulés.

Comme une fiducie paie normalement l'impôt au taux marginal le plus élevé, le coût est ainsi souvent beaucoup plus important que si les gains étaient imposés entre les mains des bénéficiaires.

Le défaut de S d'informer les parents de la «règle de la disposition réputée à tous les 21 ans» s'est poursuivi en 2007 lorsqu'il a désigné la nouvelle fiducie. Alors qu'il était possible de transférer les actifs de l'ancienne fiducie en franchise d'impôt à la nouvelle fiducie, S n'a pas réalisé que la LIR prévoit que les 21 ans expireraient quand même en 2011, au 21^e anniversaire de l'ancienne fiducie. La nouvelle fiducie a dû payer un impôt

considérable sur les gains réputés pour son année d'imposition 2011.

Si S avait prévenu les parents du problème, il y aurait eu une solution fiscale assez simple : les actifs auraient pu être transférés aux enfants en franchise d'impôt en 2011, avant que les 21 ans ne soient écoulés, et l'impôt sur les gains en capital aurait pu être différé encore et probablement réduit.

La Cour a conclu que le cabinet d'avocats de S était responsable de faute professionnelle envers la fiducie. La détermination du montant des dommages-intérêts à accorder a cependant été reportée à un autre jour.

Comme on peut le voir, il existe de nombreux pièges en matière d'impôt sur le revenu, dans lesquels peut tomber un contribuable non averti qui planifie ses affaires financières.

* * *

Le présent bulletin résume les faits nouveaux survenus en fiscalité ainsi que les occasions de planification qui en découlent. Nous vous recommandons, toutefois, de consulter un expert avant de décider de moyens d'appliquer les suggestions formulées dans la présente, pour concevoir avec lui des moyens adaptés à votre cas particulier.