

Allègement des règles concernant les biens canadiens imposables – Pas pour tous, du moins pour l’instant

Elaine Marchand

Associée, Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

La réduction significative d’obligations en matière de conformité fiscale pour les non-résidents canadiens disposant d’investissements canadiens annoncée dans le Budget Fédéral de 2010¹ a été applaudie². En effet, de vives critiques à l’endroit des avis exigés en vertu de l’article 116 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la « **Loi** ») quant à certaines dispositions de «biens canadiens imposables» (« **BCI** ») et des obligations afférentes de conformité et de déclaration s’étaient fait entendre, notamment par rapport au fait que ces exigences créaient d’importants obstacles à l’investissement étranger au Canada. D’ailleurs, le fardeau administratif de ces mesures se faisait davantage ressentir dans le cas des fonds de capital d’investissement possédant plusieurs partenaires et dont les structures de participation déjà fort complexes devaient être adaptées afin de permettre le respect de l’article 116 de la Loi lors de la réalisation de leur stratégie de retrait. Tel que mentionné dans les documents budgétaires, « *[u]ne réduction de la portée de la définition de “bien canadien imposable” aura comme conséquence d’éliminer la nécessité pour les contribuables d’avoir à déclarer plusieurs investissements en vertu de l’article 116 de la Loi de l’impôt sur le revenu. Cela contribuera à accroître les possibilités pour les entreprises canadiennes d’attirer des opérations de capital de risque étranger, notamment pour les sociétés de haute technologie innovatrices contribuant à la création d’emploi et à la croissance économique.*» Alors que la nouvelle définition plus étroite de BCI pourrait faciliter la mise en place d’un investissement transfrontalier de capital de risque au Canada, les effets de l’ancien régime de BCI peuvent persister pendant encore plusieurs années en ce qui concerne les investissements existants effectués par des investisseurs étrangers qui n’ont pas droit aux avantages d’une convention fiscale canadienne.

Conformément à la Loi, et sous réserve des dispositions d’une convention fiscale applicable entre le Canada et la juridiction de résidence de l’investisseur, le Canada impose les investisseurs non-résidents sur les gains provenant de la disposition d’un BCI. En vertu des obligations statutaires pour un investisseur non-résident de fournir un avis de la disposition à l’Agence de revenu du Canada (« **ARC** »)³ et de produire une déclaration de revenus au Canada pour l’année où la disposition d’un BCI a lieu⁴, l’investisseur non-résident est tenu de divulguer l’opération potentiellement imposable à l’ARC. Puisque l’acheteur peut possiblement être tenu responsable lors de l’achat d’un BCI auprès d’un vendeur non-résident lorsque les exigences de notification ne sont pas remplies simultanément à la disposition, le régime de BCI est en outre soutenu par une retenue à la source potentielle par l’acheteur sur le prix d’achat du BCI.

Le nouveau champ d’application plus ciblé de la définition de BCI (i) élimine l’obligation de notification à l’égard des dispositions d’actions de sociétés canadiennes, autres que les actions dont la valeur provient principalement de biens immeubles ou réels situés au Canada et (ii) limite par conséquent les dispositions d’actions de sociétés canadiennes pour lesquelles un non-résident du Canada est potentiellement assujéti à l’impôt en vertu du droit interne canadien.

En vertu de l’ancienne définition de BCI, toute action du capital-actions d’une société canadienne qui n’était pas inscrite à la cote d’une bourse de valeurs désignée était considérée comme étant un BCI. Sous la nouvelle définition de BCI, les actions d’une société résidant au

Canada qui ne sont inscrites à la cote d'une bourse de valeurs désignée seront désormais considérées comme étant des BCI *uniquement* si, au cours de la période de 60 mois se terminant au moment donné, plus de 50 % de la juste valeur marchande de ces actions est dérivée directement ou indirectement (i) de biens immeubles ou réels situés au Canada, (ii) d'avoirs miniers canadiens, (iii) d'avoirs forestiers, (iv) d'options ou d'intérêts concernant les biens décrits aux sous-alinéas (i) à (iii), ou de toute combinaison des biens sus mentionnés (appelés ici collectivement, les « **biens immobiliers** »).

Le nouveau régime de BCI modifie également le statut des actions reçues dans le cadre de certains transferts avec report d'impôt. Conformément aux anciennes règles, les actions d'une société résidente du Canada qui étaient reçues lors d'une transaction avec report d'impôt⁵ en contrepartie de l'aliénation d'un bien qui était un BCI étaient indéfiniment réputées être des BCI. En vertu des nouvelles règles, le statut de « BCI réputé » des actions acquises dans de telles circonstances s'éteindra (en supposant que les actions ne soient pas autrement des BCI) à l'expiration d'une période de 60 mois suivant la transaction avec report d'impôt. Ces nouvelles présomptions statutaires constituent un allègement. La disposition d'un « BCI réputé » ne donne pas naissance à des exigences de notification simultanée en vertu de l'article 116 de la Loi puisqu'un « BCI réputé » est un « bien exclu » aux fins de l'article 116 de la Loi⁶. Toutefois, sous réserve de certaines exceptions, l'investisseur étranger disposant d'un « BCI réputé » sera tenu de produire une déclaration de revenus canadienne pour l'année et de payer l'impôt canadien sur tout gain en capital imposable résultant de cette disposition⁷.

Dans le contexte du capital de risque, par exemple, les investisseurs peuvent acquérir des actions privilégiées convertibles d'une société émettrice, qui sont ensuite converties en actions ordinaires avant le premier appel public à l'épargne de la société émettrice. Les actions ordinaires acquises dans le cadre de la conversion étaient indéfiniment réputées être des BCI sous l'ancien régime de BCI. Toutefois, dans le cadre du nouveau régime, les actions ordinaires ne sont réputées être des BCI que pour les 60 mois suivant la date de la conversion.

L'ensemble de ces nouvelles règles s'appliquent lorsqu'il s'agit de déterminer, après le 4 mars 2010, si un bien est un bien canadien imposable d'un contribuable.

Or, voici comment l'ancien champ d'application plus large de la définition de BCI persiste malgré les modifications y ayant été apportées. Les actions qui ont été acquises lors d'une transaction avec report d'impôt ayant eu lieu avant le 5 mars 2010 et qui ont de ce fait été réputées être des BCI ne sont *pas* immédiatement testées sous la nouvelle définition de BCI afin de confirmer ou d'infirmer leur statut de BCI après le 4 mars 2010. Au contraire, le statut de « BCI réputé » accordé à ces actions sous l'ancien régime de BCI persiste pour les 60 mois suivant la date de la transaction avec report d'impôt. En d'autres mots, même si les actions acquises dans une telle transaction ne tirent pas (et n'ont peut-être jamais tiré) plus de 50% de leur valeur de biens immobiliers, ces actions seront considérées comme étant des BCI pour une période de 60 mois. En outre, si cette même action réputée être un BCI est échangée pour une nouvelle action dans le cadre d'une nouvelle transaction avec report d'impôt (par exemple, en vertu d'une fusion ou d'un échange d'actions) ayant lieu après le 4 mars 2010 (mais à l'intérieur des 60 mois suivant le premier transfert avec report d'impôt), cette nouvelle action conservera le statut de BCI réputé pour une période de 60 mois supplémentaires. En conséquence, les investisseurs non-résidents qui ont acquis des actions d'une société canadienne dans le cadre d'une transaction avec report d'impôt après le 4 mars 2010 devront déterminer si celles-ci continuent de posséder le statut de BCI réputé malgré la nouvelle définition plus étroite de BCI.

Les documents budgétaires indiquent que l'élimination de l'exigence de produire des déclarations en vertu de l'article 116 de la Loi et la réduction de la charge administrative pesant sur les contribuables étaient les motivations principales justifiant la modification de la définition de BCI. Un bien réputé être un BCI était (et continue d'être) un « bien exclu » aux fins de l'article 116 de la Loi. Ainsi, les répercussions transitionnelles de la modification aux présomptions statutaires ne constituaient peut-être pas une préoccupation majeure.

Toutefois, afin de répondre à ces irritants, le Ministre des Finances a choisi de restreindre la définition de BCI plutôt que d'élargir la liste de « biens exclus » pour lesquels la production d'avis en vertu de l'article 116 de la Loi n'est pas nécessaire. Cette approche dénote une volonté de restreindre le champ d'application de l'imposition canadienne quant aux gains provenant de la disposition de biens par des non-résidents et, tel que mentionné dans les documents budgétaires, de rendre « *les règles fiscales du Canada plus conformes à nos conventions fiscales de même qu'au droit fiscal en vigueur chez nos principaux partenaires commerciaux.* » À cet égard, il est regrettable que le statut de BCI réputé sous l'ancien régime prime sur une détermination actuelle du statut de BCI en vertu de la nouvelle définition, et cela même si ce n'est que pour les 60 mois suivant un roulement ayant eu lieu avant le dépôt du Budget. Une telle approche retarde le moment auquel un important segment de l'actuel capital de risque étranger pourra profiter des bénéfices de la définition plus étroite de BCI et pourrait même l'en empêcher complètement⁸.

24 août 2010

¹ Budget Fédéral, 4 mars 2010. Les propositions amendant la définition de BCI sont incluses dans la *Loi sur l'emploi et la croissance économique*, L.C. 2010, c.12, qui a reçu la sanction royale le 12 juillet 2010.

² Par exemple, Communiqué de presse de l'Association canadienne du capital de risque et d'investissement «CVCA Applauds Budget Decision to Remove Foreign Investment Barrier», 4 mars 2010.

³ Lorsque les actions cédées sont des « biens protégés par traité », l'acheteur peut envoyer un avis à l'ARC. Dans de telles circonstances, aucun certificat de conformité n'est émis par l'ARC et la retenue à la source par l'acheteur n'est pas requise.

⁴ Les non-résidents peuvent être exemptés de l'obligation de produire une déclaration de revenus dans certaines circonstances spécifiques. Toutefois, si un impôt en relation avec la disposition est dû dans l'année, une déclaration de revenus devra être produite.

⁵ Des présomptions spécifiques maintiennent le statut de BCI dans le cas de biens reçus en contrepartie dans le cadre d'un roulement d'actions de petite entreprise (paragraphe 44.1(2) de la Loi), d'une conversion d'actions (article 51 de la Loi), d'un transfert de bien à une société canadienne sur la base d'un roulement (paragraphe 85(1)), d'un échange d'actions (article 85.1 de la Loi) et d'une fusion (paragraphe 87(4) de la Loi). Des règles similaires s'appliquent également dans le contexte d'un transfert de bien à une société de personnes canadienne (paragraphe 97(2) de la Loi) et de certains transferts de biens en provenance et en direction d'une fiducie (paragraphe 197(2), 107(3.1), 248(25.1) et article 107.4 de la Loi). Aucune présomption analogue ne s'applique dans le cadre d'un échange d'actions au cours d'un remaniement du capital d'une société en vertu de l'article 86 de la Loi.

⁶ Alinéa 116(6)(a) de la Loi.

⁷ Voir note 4. Une exemption d'impôt au Canada peut être disponible en vertu d'une convention fiscale applicable.

⁸ Voir note 5. Il peut être possible de se défaire du statut de BCI réputé à travers un échange des actions réputées être des BCI pour de nouvelles actions de la société dans le cadre d'un remaniement du capital conformément à l'article 86 de la Loi. Les actions reçues lors de l'échange ne seront pas des BCI (en supposant qu'elles ne sont pas autrement des BCI selon la nouvelle définition de BCI). Cette disposition d'actions antérieurement réputées être des BCI ne donnera pas lieu à l'obligation de notification en vertu de l'article 116 de la Loi et ne devrait pas, en soi, engendrer l'obligation pour l'investisseur non-résident de produire une déclaration de revenus. Cependant, cette approche pourrait ne pas être disponible pour des raisons commerciales ou autres.

L'information dans cet article n'est fournie qu'à titre général et ne constitue nullement un avis juridique ou autre avis professionnel.