



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN



CPA

CHARTERED
PROFESSIONAL
ACCOUNTANTS
CANADA

COMPTABLES
PROFESSIONNELS
AGRÉÉS
CANADA

Le Comité mixte sur la fiscalité
de l'Association du Barreau canadien
et

de Comptables professionnels agréés du Canada

Comptables professionnels agréés du Canada, 277, rue Wellington Ouest, Toronto (Ontario) M5V 3H2
L'Association du Barreau canadien, 865, avenue Carling, bureau 500, Ottawa (Ontario) K1S 5S8

Le 19 janvier 2018

Monsieur Brian Ernewein
Directeur général, Direction de la politique de l'impôt
Ministère des Finances du Canada
90, rue Elgin
Ottawa (Ontario) K1A 0G5

Objet : Mémoire du Comité mixte – Réponse à l'affaire *Green*

Monsieur,

Dans *Canada c. Green*, 2017 CAF 107, les contribuables étaient des associés commanditaires d'une société de personnes (la « société de premier niveau »), elle-même commanditaire de filiales qui étaient aussi des sociétés de personnes (les « sociétés de deuxième niveau »). Les sociétés de deuxième niveau ont subi des pertes à chaque exercice de 1996 à 2008. Pour ces exercices, la fraction à risques de chacun des contribuables commanditaires de la société de premier niveau était nulle, et ces derniers n'ont déclaré aucune perte liée aux sociétés de deuxième niveau. En 2009, la société de premier niveau a généré des revenus, de sorte que la fraction à risques des contribuables commanditaires est devenue positive. Les contribuables ont alors tenté de réclamer leur part des pertes accumulées par les sociétés de deuxième niveau, dans une mesure correspondant à leur fraction à risques à l'égard de la société de premier niveau.

L'ARC leur a refusé ces pertes au motif que les sommes en question étaient des pertes des sociétés de deuxième niveau, et qu'aucun mécanisme de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi ») ne permettait à un contribuable dans une structure de « société de personnes à niveaux » de les réclamer. Dans les faits, selon la position de l'ARC, ces pertes étaient une « non-valeur ».

Pour éviter ce résultat qu'elle jugeait déraisonnable sur le plan du fond, la Cour a établi qu'au moins certaines parties de l'article 96 de la *Loi* ne s'appliquaient pas aux sociétés de personnes. Or, même si ce jugement a permis d'éviter la situation déraisonnable qui aurait eu lieu dans l'affaire *Green* si la position de l'ARC avait prévalu, nous croyons que son application généralisée pourrait donner des résultats déraisonnables dans d'autres contextes. Nous avons discuté de l'affaire à notre réunion de novembre, et avons offert de nous prononcer sur les facteurs dont le ministère devrait tenir compte dans une éventuelle réponse législative à la décision. Le présent mémoire expose donc nos premières réflexions sur le sujet. Si vous le jugez utile, nous serions heureux de collaborer davantage avec vous.

Nous recommandons que toute réponse législative visant à corriger les anomalies susceptibles de découler de l'arrêt *Green* soit exempte de dispositions entraînant le refus déraisonnable de leurs pertes aux commanditaires – refus qui, selon la Cour, était manifestement inacceptable à la lumière des dispositions actuelles – ou entraînant d'autres résultats déraisonnables. À notre avis, le litige dans l'affaire *Green* est la conséquence de la position de l'ARC, à savoir qu'un contribuable ne peut déduire en aucun cas les pertes qu'il

subit comme commanditaire indirect dans une structure à niveaux. Nous estimons qu'une approche mesurée se traduirait par des dispositions législatives qui donnent effet à la politique sous-tendant les règles sur la fraction à risques sans toutefois limiter artificiellement la déduction des pertes comme commanditaire en l'absence d'une violation de ladite politique. Dans bien des situations, il y a motif valable de créer une structure de société de personnes à niveaux; selon nous, les règles peuvent et doivent s'appliquer en pratique de la même manière, qu'il y ait plusieurs niveaux ou non.

Le ministère des Finances pourrait envisager de modifier la *Loi* pour que toutes les dispositions de l'article 96 s'appliquent aux sociétés de personnes de niveau inférieur. Si cette solution est intéressante sous certains angles, nous craignons toutefois qu'elle ait des conséquences inattendues; il faudrait donc l'étudier attentivement. Nous serions heureux de travailler ce point avec vous si le ministère choisit cette voie.

Le ministère pourrait aussi adopter une approche ciblée qui viserait uniquement à préciser que les règles sur la fraction à risques s'appliquent aux structures de société de personnes à niveaux. Quelle que soit l'option qu'il choisira, nous lui conseillons de maintenir la possibilité de reporter les pertes comme commanditaire inutilisées à une année où la société de niveau supérieur a une fraction à risques à l'égard de la société de niveau inférieur. Par exemple, une nouvelle disposition semblable à l'alinéa 111(1)e) de la *Loi* pourrait habiliter les sociétés de personnes à réclamer une déduction pour le calcul de leurs revenus ou de leurs pertes dans des situations comparables à celles où un contribuable a droit à une déduction pour le calcul de son revenu imposable au titre de cet alinéa.

Par ailleurs, nous avons constaté d'autres anomalies dans l'application des règles sur la fraction à risques, anomalies qui, selon nous, mériteraient d'être abordées dans une réponse à l'arrêt *Green*. Elles sont décrites ci-dessous.

1. Revenu insuffisant

Dans les cas où un commanditaire cesse d'être commanditaire alors qu'il a une fraction à risques positive, mais n'a pas un revenu suffisant pour utiliser la totalité de ses pertes comme commanditaire, il n'existe aucun mécanisme lui permettant d'en reporter l'excédent à une année future et de le réclamer à ce moment. À notre avis, un tel mécanisme respecterait l'intention des règles sur la fraction à risques et de la *Loi* en général.

2. Passage à une participation dans une société en nom collectif

Lorsqu'un commanditaire cesse de profiter d'une responsabilité limitée en transformant sa participation en une participation dans une société en nom collectif ou en prenant une telle participation alors qu'il a des pertes comme commanditaire inutilisées, il ne peut réclamer ces pertes par la suite, pas même dans la mesure où il devient exposé à des risques en raison de la répartition du revenu de la société de personnes ou des capitaux investis dans celle-ci. Nous recommandons que la *Loi* soit modifiée pour reconnaître qu'un commanditaire ou « un ancien commanditaire » a une fraction à risques, c'est-à-dire que celui-ci aurait clairement le droit de déduire ses pertes comme commanditaire pour le calcul du revenu imposable jusqu'à concurrence de ladite fraction, conformément à l'alinéa 111(1)e).

3. Transfert d'une participation

Les pertes comme associé commanditaire sont propres à chaque associé particulier; elles peuvent donc être éliminées lors du transfert d'une participation dans une société de personnes, qu'il s'agisse d'un transfert avec ou sans lien de dépendance, volontaire ou involontaire (p. ex. au décès). À notre avis, il serait raisonnable qu'aux moins certains associés remplaçants aient droit à ces pertes comme commanditaire lorsqu'ils assument une fraction à risques. Cette mesure pourrait par exemple s'appliquer aux transferts avec lien de dépendance, ou du moins, à ceux qui découlent d'un décès. Il serait peut-être bon de l'appliquer aussi aux transferts sans lien de dépendance, mais nous croyons qu'il faudrait alors examiner attentivement la possibilité d'imposer des restrictions sur le report prospectif d'une perte comme celles figurant à l'article 111 de la *Loi*.

Décalage entre l'application du paragraphe 40(3.1) et le rajustement du PBR

Nous estimons également qu'il s'agirait d'une bonne occasion de revoir l'un des aspects de la règle énoncée au paragraphe 40(3.1) de la *Loi*, à savoir que certains associés réalisent un gain s'ils déclarent que leur participation dans une société de personnes a un « prix de base rajusté (PBR) négatif » à la fin d'un exercice. En effet, comme l'application du paragraphe 40(3.1) n'a pas lieu au même moment que le rajustement du PBR en fonction des revenus ou pertes, un gain réputé peut découler de la simple distribution normale du revenu au cours de l'exercice. Nous comprenons que le ministère cherche à éviter que les commanditaires déclarent systématiquement que leur participation dans une société de personnes a un PBR négatif. Toutefois, il n'est pas du tout inhabituel que la part d'un ou de plusieurs associés dans le revenu ou le gain engrangé par une société de personnes au cours d'une année soit supérieure à leur PBR au même moment. Si l'on tient compte des montants à ajouter au PBR des associés relativement à ce revenu ou gain au début de l'exercice suivant, il ne devrait pas y avoir de PBR négatif. Selon nous, l'inclusion de ces montants ne serait pas difficile et ne se prêterait pas à la manipulation. La règle actuelle n'est pas sans conséquence : reports inutiles et improductifs de la distribution, dépenses inutiles engagées pour des solutions de rechange, et risque de prélèvement d'impôts sur des gains fantômes pour les contribuables non avertis.

Bien que le paragraphe 40(3.12) remédie quelque peu à la situation, ce n'est pas une solution idéale, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, cette solution engendre des coûts administratifs inutiles pour les contribuables et l'ARC parce que les associés doivent déclarer des gains et des pertes compensatoires (possiblement à des exercices différents), le cas échéant. Deuxièmement, elle complexifie inutilement la *Loi*, notamment en modifiant la définition de « compte de dividendes en capital » du paragraphe 89(1) pour empêcher qu'il y ait apparence d'abus. Troisièmement, elle ne fonctionne pas avec les structures de société de personnes à niveaux.

Il nous semble donc que, dans la mesure où le gain réalisé aux termes du paragraphe 40(3.1) ne dépasse pas le revenu ou le gain pour l'exercice en cours, aucune question d'intégrité ou de revenu n'est en jeu ici.

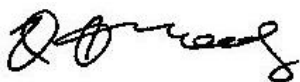
Comme vous le savez, une version de cette mesure de redressement pour les sociétés de personnes de professionnels, définies au paragraphe 40(3.111) de la *Loi*, est entrée en vigueur en novembre 2001. Nous croyons qu'il y aurait lieu d'étendre la portée de cette disposition pour qu'elle s'applique plus généralement aux situations visées par le paragraphe 40(3.1). Nous serions heureux d'en discuter avec vous si vous le jugez utile.

Le Comité mixte tient à souligner la précieuse contribution des personnes suivantes à la préparation de ce document :

R. Ian Crosbie (Davies Ward Phillips & Vineberg, S.E.N.C.R.L., s.r.l.)
Ken Griffin (PricewaterhouseCoopers)
Siobhan Monaghan (KPMG)

Anthony Strawson (Felesky Flynn LLP)
Jeffrey Trossman (Blake, Cassels &
Graydon S.E.N.C.R.L., s.r.l.)

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de nos sentiments les meilleurs.



Kim G. C. Moody
Président, Comité sur la fiscalité
Comptables professionnels agréés du Canada



Jeffrey Trossman
Président, Section du droit fiscal
Association du Barreau canadien

c. c. Ted Cook, directeur, Législation de l'impôt, Direction de la politique de l'impôt, Finances Canada