



THE CANADIAN
BAR ASSOCIATION
L'ASSOCIATION DU
BARREAU CANADIEN



CPA
CHARTERED
PROFESSIONAL
ACCOUNTANTS
CANADA
COMPTABLES
PROFESSIONNELS
AGRÉÉS
CANADA

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

et

Comptables professionnels agréés du Canada

Comptables professionnels agréés du Canada, 277, rue Wellington Ouest, Toronto (Ontario), Canada M5V 3H2
L'Association du Barreau canadien, 66, rue Slater, bureau 1200, Ottawa (Ontario), Canada K1P 5H1

Le 10 août 2020

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

Objet : Incidence de l'arrêt *Pangaea*

Monsieur,

Le présent mémoire a pour but de demander que des mesures soient envisagées, à la suite du récent jugement de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Pangaea One Acquisition Holdings XII S.À.R.L.*¹ (« *Pangaea* »). Nous craignons en effet que ce jugement puisse amener les émetteurs d'instruments d'emprunt à effectuer des retenues d'impôt sous le régime de la partie XIII de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « *Loi* »)², dans des circonstances inappropriées du point de vue de la politique fiscale, comme nous l'expliquons dans les paragraphes qui suivent. Nous suggérons que le ministère des Finances du Canada songe à publier une lettre d'intention clarifiant la situation pour les émetteurs canadiens de titres d'emprunt.

¹ 2020 CAF 21.

² Sauf indication contraire, toutes les références à la législation contenues dans le présent mémoire renvoient à la *Loi*.

Les motifs de la décision Pangaea

Dans l'affaire *Pangaea*, la Cour d'appel fédérale devait se prononcer sur une situation particulière concernant la vente d'actions d'une société « cible », Public Mobile, par plusieurs actionnaires, dont Pangaea. En vertu d'une convention entre actionnaires, Pangaea détenait un droit de veto sur la vente. Dans une lettre d'entente conclue entre Thomvest (un autre actionnaire) et Pangaea, Thomvest avait convenu de verser à Pangaea 3 000 000 \$ en contrepartie du consentement de Pangaea à renoncer à son droit de veto et à signer un accord d'achat d'actions. La question en litige était de savoir si ce paiement de 3 000 000 \$ était imposable en vertu de la partie XIII à titre de paiement se rapportant à une « clause restrictive », au sens du paragraphe 56.4(1)³.

Le 22 janvier 2020, la Cour d'appel fédérale en est venue à la conclusion que le paiement était assujéti à la retenue d'impôt à titre de paiement se rapportant à une « clause restrictive ». Le contribuable avait soutenu une interprétation étroite de la notion de « clause restrictive », fondée sur une perception de l'intention du législateur au moment de l'adoption des dispositions (c'est-à-dire l'imposition des paiements relatifs aux ententes de non-concurrence, auparavant considérés comme exonérés d'impôt) et tenant compte du contexte législatif. La Cour a rejeté cet argument, soutenant qu'il est clair que la « formulation inclusive » employée à l'article 56.4 ne se limite pas aux ententes de non-concurrence et ajoutant ce qui suit :

« Même si une interprétation textuelle de l'article 56.4 donne lieu à certaines applications de la disposition qui n'étaient pas voulues par le législateur, cette raison n'est pas suffisante pour conclure que la disposition ne s'applique qu'aux ententes de non-concurrence. »

En d'autres termes, le texte législatif est extrêmement large, et les contribuables ne doivent pas présumer qu'une quelconque théorie quant à une intention (possiblement plus stricte) du législateur puisse en restreindre la portée. La portée de cette disposition, selon l'interprétation qui en a été faite, pourrait également être en contradiction avec d'autres dispositions de la partie XIII.

Les motifs de la Cour, conjugués à la formulation extrêmement large des dispositions de l'article 56.4, pourraient amener les émetteurs canadiens de titres d'emprunt à retenir l'impôt de la partie XIII sur certains paiements de nature courante destinés à des créanciers non-résidents avec qui ils n'ont aucun lien de dépendance. À notre avis, dans certains cas, de telles retenues tendraient à aller à l'encontre des objectifs de la partie XIII en matière de politique fiscale, notamment les objectifs politiques particuliers sous-jacents aux modifications proposées dans le budget de 2007 visant l'élimination de la retenue d'impôt sur les intérêts payés à des personnes sans lien de dépendance. En outre, la décision rendue engendre une incertitude accrue — et inappropriée, croyons-nous —

³ L'alinéa 212(1)i) prévoit une retenue d'impôt lorsque le bénéficiaire du paiement se rapportant à une clause restrictive est un non-résident.

en ce qui a trait à la portée de l'alinéa 212(1)i). La situation nous semble nécessiter une clarification.

L'absence générale de retenues d'impôt réduit le coût du capital des entreprises canadiennes

Les entreprises canadiennes comptent sur les marchés publics et privés de capitaux d'emprunt pour financer leurs activités. Elles sont habituellement en mesure d'accéder à des capitaux d'emprunt de sources étrangères à des taux concurrentiels, en partie parce qu'aucun impôt n'est généralement retenu sur les paiements d'intérêt transfrontaliers entre entités sans lien de dépendance. Même si cette pratique était en vigueur depuis de nombreuses années sur le marché de l'emprunt à long terme (plus de 5 ans), les intérêts transfrontaliers sur les emprunts à court terme étaient quant à eux généralement assujettis aux retenues d'impôt avant les modifications apportées en 2007. Ces modifications, proposées dans le cadre des changements apportés à l'époque à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, reflétaient une décision politique de réduire le coût du capital des entreprises canadiennes grâce à l'élimination de la retenue d'impôt sur les emprunts à court terme ou les emprunts renouvelables⁴.

En règle générale, les participants sans lien de dépendance aux marchés étrangers de capitaux d'emprunt s'attendent maintenant à ce que le rendement des prêts consentis à des emprunteurs canadiens ne soit soumis à aucune retenue d'impôt; de la même façon, les émetteurs canadiens de titres d'emprunt s'attendent généralement à ce que leur coût du capital ne subisse aucune augmentation en raison de paiements majorés qu'ils auraient à verser aux détenteurs de titres d'emprunt en compensation de toute retenue d'impôt. Cette situation tient au fait que les intérêts payés à des personnes sans lien de dépendance ne sont habituellement pas assujettis à l'impôt de la partie XIII. Il est généralement entendu que divers autres paiements à un créancier non-résident, comme les frais afférents à l'emprunt, ne sont soumis à aucune autre disposition d'assujettissement de la partie XIII.

C'est dans ce contexte que les conséquences anormales possibles de l'arrêt *Pangaea* nous préoccupent. Dans la suite du présent mémoire, nous décrirons des cas précis⁵ qui ont été portés à notre attention et exposerons nos suggestions quant aux mesures gouvernementales que nous estimons appropriées.

Avant de passer à ces exemples, il est utile de noter que les conseillers prudents recommandent normalement aux émetteurs de retenir l'impôt de la partie XIII dès qu'il existe un risque justifié que cet impôt soit exigible, même s'il est raisonnable de croire qu'il ne le sera pas. Il en est ainsi puisque les émetteurs de titres d'emprunt ont la

⁴ Le fardeau économique de la retenue d'impôt est normalement assumé par l'emprunteur, par l'intermédiaire de clauses de « majoration » classiques ou de coûts d'emprunt plus élevés associés à l'accès à un bassin plus restreint (national) de capitaux d'emprunt disponibles.

⁵ Pour plus de clarté, ces exemples sont ceux dont nous avons été informés jusqu'à maintenant et n'ont pour but que d'illustrer notre propos, et non pas de l'étayer de manière exhaustive. D'autres exemples pourraient se présenter au fil du temps.

responsabilité de payer cet impôt (et les pénalités et intérêts qui s’y rattachent) s’il s’avère en définitive qu’il est exigible sur les montants payés ou crédités par eux aux contribuables non-résidents porteurs de leurs titres. Bien que la *Loi* confère aux débiteurs un droit de recouvrement contre les contribuables non-résidents, l’exercice de ce droit risque d’être difficile, voire impossible, dans ce genre de situation, et le droit en question sera normalement invalidé de toute manière par une clause de majoration imputant généralement à l’émetteur la responsabilité de cet impôt. De plus, la responsabilité de l’omission de retenir l’impôt de la partie XIII incombe personnellement aux administrateurs de la société, un élément d’une pertinence particulière lorsque l’émetteur se trouve en difficulté financière.

Force est de conclure que les émetteurs prudents pourraient se sentir obligés de retenir l’impôt de la partie XIII sur des paiements comme ceux que nous décrivons ci-après. Comme nous le verrons, le coût du capital étranger s’en trouve augmenté — ce qui contredit de manière flagrante la justification politique des modifications apportées en 2007.

Les commissions d’engagement payées à des prêteurs sans lien de dépendance

Dans maintes situations, un emprunteur doit payer des commissions et des frais en contrepartie du consentement du bailleur de fonds à lui prêter de l’argent ou à mettre des fonds à sa disposition. Dans le cas d’une facilité de prêt, ces frais sont souvent appelés « frais d’utilisation ». Ces types de frais sont généralisés et touchent un vaste éventail de facilités de prêt dans le cadre desquelles les bailleurs de fonds reçoivent des sommes en contrepartie de leur consentement à avancer des fonds au moment, actuel ou futur, où ils devront s’acquitter de l’engagement de prêt.

Ces commissions d’engagement et ces frais d’utilisation ne sont généralement pas assimilés à un intérêt⁶. Avant l’arrêt *Pangaea*, la plupart des conseillers étaient le plus souvent d’avis que ces commissions et ces frais n’étaient pas assujettis à l’impôt de la partie XIII lorsqu’ils étaient versés à un non-résident du Canada⁷. Ce point de vue ne reposait pas sur une exception précise de la *Loi*, mais plutôt sur le simple fait qu’aucune disposition de la partie XIII, y compris l’alinéa 214(15)b), ne prévoyait l’assujettissement de ces sommes à l’impôt de cette partie. Les commissions d’engagement, les frais d’utilisation et les autres commissions et frais semblables sont des attributs standard du financement par emprunt.

⁶ Selon l’alinéa 214(15)b), ces frais sont considérés comme étant un intérêt seulement lorsque le non-résident serait tenu de payer l’impôt de la partie XIII sur les intérêts réellement payés à l’égard de l’emprunt. Si le prêteur et l’emprunteur n’ont aucun lien de dépendance, ce ne sera normalement pas le cas.

⁷ Il est généralement convenu que ces sommes sont imposables comme un revenu ordinaire en vertu de la partie I pour un résident du Canada, soit parce qu’elles représentent un revenu de bien ou d’entreprise, soit parce que l’alinéa 12(1)x) s’applique.

Compte tenu de l'approche adoptée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Pangaea*, cette analyse doit être reconsidérée. Comme l'a fait remarquer la Cour, la définition se rapporte à un « accord [...] qui influe, ou vise à influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par [le contribuable] [...] ». L'accord en vertu duquel ces frais sont payés vise-t-il à « influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par [le contribuable] [c'est-à-dire le prêteur] »? Il semble que ce soit bien le cas — puisqu'il influe sur la fourniture de fonds. L'accord vise également à influencer sur l'acquisition d'un bien par le prêteur — soit le titre d'emprunt⁸. Le rejet par la Cour d'un argument invoquant l'objet de la *Loi* de sorte à « réduire » la portée extrêmement large du texte amène les conseillers à craindre, à juste titre, qu'un autre tribunal puisse adopter cette approche et traiter les commissions d'engagement, les frais d'utilisation et les autres frais liés au consentement d'un prêteur à mettre des fonds à la disposition d'un emprunteur comme une contrepartie se rapportant à une « clause restrictive », ce qui soulève une contradiction directe entre l'alinéa 212(1)i) et l'alinéa 214(15)b) en de telles circonstances.

Il semble clair que l'assujettissement de ces commissions d'engagement et de ces frais d'utilisation à l'impôt de la partie XIII n'était pas l'intention du législateur, quelle que soit la théorie qui est envisagée quant à la portée prévue de l'article 56.4. De plus, il apparaît que cet assujettissement va à l'encontre de l'orientation politique adoptée au cours des récentes années quant à l'impôt de la partie XIII, ainsi qu'à la pratique, en vigueur depuis des années, consistant à considérer que ces frais ne doivent pas être assujettis à l'impôt de la partie XIII lorsque l'intérêt sous-jacent ne l'aurait pas été, comme l'indique l'alinéa 214(15)b). Nous soutenons respectueusement que des mesures correctives, comme celles que nous décrivons plus en détail ci-après, s'imposent.

Les commissions de consentement versées aux porteurs de titres d'emprunt sans lien de dépendance

Il arrive parfois que les émetteurs de titres d'emprunt cherchent à modifier les conditions d'un emprunt. Ce peut être le cas lorsque l'émetteur craint qu'une décision qu'il souhaite prendre pour des raisons d'affaires n'entraîne par ailleurs le non-respect d'une clause restrictive positive ou négative. L'émetteur pourrait, par exemple, projeter de conclure un accord de fusion, d'acquisition ou de regroupement que ne permet pas le contrat initial. Il pourrait aussi s'agir d'un émetteur qui éprouve des difficultés financières et qui souhaite modifier ou restructurer sa dette, notamment en demandant un assouplissement d'une clause restrictive financière ou la suppression d'autres clauses restrictives contraignantes.

Dans la plupart des cas, l'émetteur devra obtenir le consentement d'une majorité donnée des porteurs de titres, les deux tiers par exemple. Il n'est pas rare que les émetteurs

⁸ L'exception que prévoit la définition de « clause restrictive » dans le cas d'accords en ce qui a trait à la disposition de biens du contribuable (les fonds du prêteur) ne sera d'aucune utilité, car ces frais sont payés peu importe qu'en définitive, les fonds soient avancés ou non. Les frais représentent la contrepartie accordée au prêteur pour qu'il se tienne prêt à avancer les fonds.

cherchent à obtenir ce consentement au moyen d'un processus de « sollicitation de consentement ». En pareil cas, l'émetteur offrira généralement de verser une somme, en espèces ou sous une autre forme, à chaque porteur qui accepte les modifications proposées avant une date donnée. La somme ainsi versée peut être relativement modeste ou importante, selon les circonstances; nous croyons qu'il ne serait pas prudent de supposer que les sommes de cette nature seront invariablement négligeables — et, quoi qu'il en soit, rien dans la *Loi* ne permet d'ignorer une obligation, si minime soit-elle. Nos inquiétudes portent précisément sur le traitement de ces commissions de consentement lorsque leur versement est transfrontalier.

Avant l'arrêt *Pangaea*, les conseillers fiscaux étaient généralement d'avis que ces commissions de consentement n'étaient pas assujetties à l'impôt de la partie XIII⁹. Ce point de vue ne reposait pas sur une exception précise de la *Loi*, mais plutôt sur le simple fait qu'aucune disposition de la partie XIII ne prévoyait l'assujettissement de ces sommes à l'impôt de cette partie. Même si les conseillers pouvaient être amenés à envisager la possibilité que ces commissions de consentement soient considérées comme la contrepartie d'une « clause restrictive », au sens du paragraphe 56.4(1), et, par conséquent, qu'elles soient assujetties à l'impôt de la partie XIII en vertu de l'alinéa 212(1)i), il était généralement estimé que le libellé du texte législatif, reconnu pour être général, ne visait pas ces sommes, et qu'un tribunal éclairé conclurait donc que cette disposition ne devait pas s'appliquer, compte tenu du contexte et de l'objectif de ladite disposition¹⁰.

Étant donné l'approche adoptée par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Pangaea*, l'analyse prépondérante doit être reconsidérée. Lorsque l'émetteur de titres d'emprunt propose de verser une somme en contrepartie du consentement d'un porteur, et que le porteur accepte l'offre en donnant ce consentement, il s'ensuit la création d'un accord. Cet accord vise-t-il à « influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par [le contribuable] [c'est-à-dire le prêteur] »? Ce pourrait être le cas. Le porteur du titre consent à ce que des modifications soient apportées aux conditions afférentes au bien sous-jacent (le titre d'emprunt). On pourrait considérer que l'accord influe sur la fourniture (continue) du bien par le contribuable, soit les fonds prêtés, en particulier si le consentement se rapporte à la modification d'une clause restrictive qui aurait pu être autrement transgressée et permettait au contribuable d'exiger un remboursement aux termes d'une clause d'exigibilité anticipée (ou, plus généralement, dans la mesure où les modifications influent sur les conditions en vigueur en vertu desquelles le prêt continuera d'être fourni). Enfin, si les modifications sont suffisamment importantes pour entraîner une novation, on peut considérer que le porteur du titre d'emprunt « acquiert un bien », soit la créance issue de la novation. Bien

⁹ Il est généralement convenu que ces sommes sont imposables comme un revenu ordinaire en vertu de la partie I pour un résident du Canada, soit parce qu'elles représentent un revenu de bien ou d'entreprise, soit parce que l'alinéa 12(1)x) s'applique.

¹⁰ À cet égard, le raisonnement sur lequel reposait le jugement rendu par la Cour de l'impôt en 2018 dans l'affaire *Pangaea* a été relativisé par plusieurs qui l'estimaient erroné et susceptible d'être renversé ou sensiblement limité dans le cadre de l'appel.

entendu, selon certains arguments raisonnables, les commissions de consentement ne devraient pas être traitées comme la contrepartie d'une clause restrictive, mais l'arrêt *Pangaea* fait bifurquer l'analyse en préconisant une interprétation très textuelle. Bien que, de toute évidence, les commissions de consentement d'un emprunteur diffèrent des faits propres à l'affaire *Pangaea*, le rejet par la Cour d'une approche axée sur l'objet de la *Loi* et visant à « réduire » la portée extrêmement large du texte amène les conseillers à craindre qu'un autre tribunal puisse fort bien adopter cette approche et traiter les commissions de consentement comme la contrepartie d'une « clause restrictive ».

Une fois de plus, il semble clair que l'assujettissement des commissions de consentement à l'impôt de la partie XIII dans ce contexte n'était pas l'intention du législateur, que cet assujettissement déroge à l'orientation politique adoptée au cours des récentes années et auparavant quant à l'impôt de la partie XIII, et que des mesures correctives comme celles qui sont décrites avec plus de précision ci-après devraient donc être prises.

Les paiements à des porteurs de titres d'emprunt sans lien de dépendance en contexte de restructuration

Un autre sujet de préoccupation est celui des opérations de restructuration en cas de difficultés financières.

Supposons qu'un émetteur éprouve de graves difficultés financières, si bien que la valeur de marché de ses titres d'emprunt est inférieure à leur valeur nominale. Dans ce genre de situation, les émetteurs proposent souvent l'échange des titres d'emprunt contre des actions. Un émetteur peut, par exemple, proposer aux porteurs d'échanger chaque obligation non garantie d'une valeur nominale de 100 \$ contre des actions ayant une juste valeur marchande de 40 \$. Évidemment, les porteurs des titres d'emprunt subiront une perte, et l'émetteur aura un « montant remis ».

Dans bien des cas, l'émetteur inclura dans sa proposition une clause prévoyant que les porteurs d'obligations non garanties qui acceptent que l'échange ait lieu avant une date donnée recevront des actions supplémentaires; par exemple, un porteur d'obligations non garanties donnant son consentement « avant l'échéance » pourrait recevoir des actions ayant une juste valeur marchande de 50 \$. La plus-value de 10 \$ pourrait fort bien être considérée comme une contrepartie pour le porteur qui a consenti au plan de restructuration avant la date fixée, plutôt que comme une contrepartie à l'échange lui-même, pour ce qui a trait à l'alinéa 68c).

Toutefois, une analyse semblable à celle que nous avons décrite plus tôt pourrait s'appliquer dans cette situation et risquerait d'amener les conseillers de l'émetteur à le mettre en garde contre le risque important que le « paiement » de 10 \$, s'il est transfrontalier, soit assujéti à l'impôt de la partie XIII dont la responsabilité incombe à l'émetteur — et aux administrateurs à titre personnel si l'émetteur ne dispose pas des ressources nécessaires pour acquitter l'impôt, les pénalités et les intérêts. La situation est lourdement aggravée du fait que la retenue d'impôt n'est pas une solution applicable,

étant donné que le « paiement » n'est pas effectué en espèces et que l'émetteur consacrera les fonds à l'exploitation.

Les entreprises canadiennes engagées dans une restructuration pourraient simplement écarter cette solution traditionnelle du fait qu'elle est impraticable en raison de l'incertitude relative à la retenue d'impôt. Nous ne croyons pas que le législateur ait eu l'intention de faire obstacle à une restructuration de cette nature.

Recommandation

Nous recommandons que la *Loi* soit modifiée afin que les paiements comme ceux que nous avons décrits ici soient traités à titre de paiements d'intérêt réputés afférents à la dette (autres que des intérêts sur créances participatives), aux fins de la partie XIII.

Cet aménagement pourrait être réalisé grâce à la modification du paragraphe 214(15).

L'alinéa 214(15)b), qui porte sur les frais d'utilisation et les autres frais similaires, pourrait être modifié grâce à la simple suppression de la condition selon laquelle l'intérêt réel sur le titre d'emprunt est imposable en vertu de la partie XIII. Ainsi, les frais associés au consentement à prêter de l'argent à une personne ou à mettre de l'argent à sa disposition seraient traités comme des intérêts aux fins de la partie XIII.

Afin que soit résolue la question des commissions de consentement du type que nous avons décrit ci-dessus, il serait possible d'ajouter au paragraphe 214(15) un nouvel alinéa en vertu duquel ces commissions seraient réputées être des intérêts aux fins de la partie XIII. Nous serons heureux de suggérer le libellé de cet alinéa si cela peut être utile.

Enfin, l'alinéa 212(1)i) — la disposition d'assujettissement de la partie XIII en ce qui a trait aux paiements relatifs à une clause restrictive — devrait être modifié de manière à ce qu'en soient exclues toutes les sommes qui sont un intérêt aux fins de la partie XIII ou qui sont réputées l'être.

Afin de rassurer le marché canadien des capitaux d'emprunt, nous recommandons que le ministère des Finances publie une lettre d'intention indiquant (sous réserve des mises en garde usuelles) qu'il entend recommander de telles modifications au ministre.

Des membres du Comité mixte et d'autres experts en fiscalité ont pris part aux discussions ayant abouti au mémoire et ont contribué à sa rédaction, notamment :

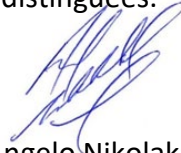
- Bruce Ball – CPA Canada
- Ken Griffin – PwC Canada
- Ian Crosbie – Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l.
- Angelo Nikolakakis – EY Cabinet d'avocats s.r.l./S.E.N.C.R.L.
- Carrie Smit – Goodmans LLP
- Jeffrey Trossman – Blake, Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Nous espérons que vous trouverez notre mémoire utile. Nous serons heureux d'en discuter plus avant avec vous au moment qui vous conviendra.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur, nos salutations distinguées.



David Bunn
Président, Comité sur la fiscalité
Comptables professionnels agréés du Canada



Angelo Nikolakakis
Président, Section du droit fiscal
Association du Barreau canadien