

LA RELÈVE

Maximiser l'utilisation des pertes lorsqu'on jette l'éponge



Véronique Proulx
Avocate
Hardy, Normand & Associés, s.e.n.c.r.l.
vproulx@hardynormand.com



À l'occasion du congrès de l'Association de planification fiscale et financière tenu le 5 octobre 2012, l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), à la question 11 de la Table ronde sur la fiscalité fédérale, a été amenée à discuter de sa position relative aux réorganisations menant à une consolidation des pertes entre sociétés liées, mais non affiliées.

L'ARC avait donné son consentement à une réorganisation menant à une consolidation des pertes entre sociétés liées, mais non affiliées dans le cadre de la décision anticipée 2009-0332571R3.

Les praticiens y ont vu un changement important dans la position de l'ARC et ont souhaité que, en règle générale, l'ARC accepte certaines planifications permettant aux actionnaires d'une société de demander une perte au titre d'un placement d'entreprise (« PTPE »), prévue à l'alinéa 39(1)c) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« L.I.R. »), tout en permettant à une société liée d'utiliser le solde des pertes autres qu'en capital (« PAC ») de ladite société. Dans le cadre de la question 11 de la Table ronde sur la fiscalité, l'ARC a formulé des commentaires sur le paragraphe 50(1) L.I.R., l'un des éléments primordiaux des planifications proposées, sans toutefois mentionner qu'elle n'acceptait pas la consolidation des pertes.

Une telle planification pourrait donc s'avérer avantageuse dans un contexte semblable à celui décrit ci-dessous.

Faits et hypothèses

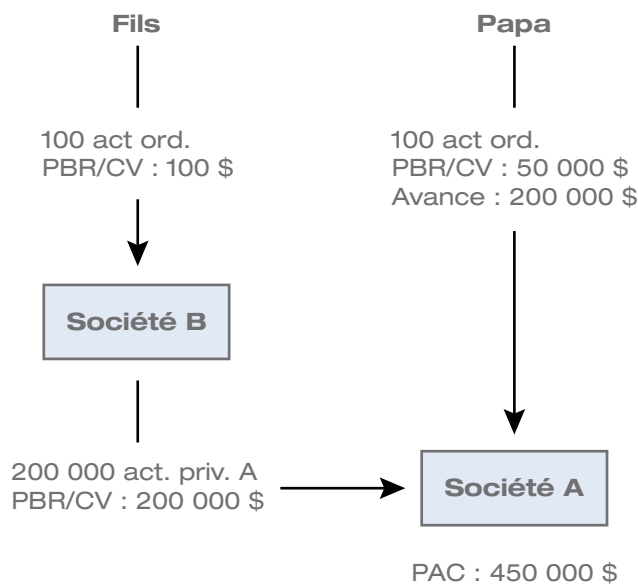
Papa est un retraité âgé de 67 ans, il est le père de Fils âgé de 35 ans, ils sont tous deux résidents du Québec.

Le 1^{er} avril 2003, Papa constitue Société A. Il y investit 50 000 \$ en actions ordinaires et 200 000 \$ sous forme d'avance. Papa détient donc 100 % des actions de Société A, une société privée sous contrôle canadien (« SPCC »), selon le paragraphe 125(7) L.I.R., dont la fin d'exercice financier est le 31 mars. Il a le contrôle effectif et le contrôle de fait (au sens prévu au paragraphe 256(5.1) L.I.R.) de Société A.

Le 1^{er} août 2009, Société A a besoin de liquidités et demande à Fils de lui prêter 200 000 \$. Fils investit 200 000 \$ sous forme d'actions privilégiées A de Société A, par le biais de Société B, dont la fin d'exercice est le 31 juillet et dont la totalité des actions appartient à Fils qui en a le contrôle effectif et le contrôle de fait (au sens prévu au paragraphe 256(5.1) L.I.R.).

Le ralentissement économique se fait ressentir chez Société A. Papa n'a jamais pu récupérer son avance de 200 000 \$ malgré l'absence de versement de dividende. Le 31 octobre 2012, lorsque Société A cesse l'exploitation de son entreprise, la société est insolvable et la juste valeur marchande (« JVM ») des actions de Société A est alors nulle. Société A doit à cette date une somme de 25 000 \$ à un fournisseur. Ce fournisseur ne sera jamais remboursé. Il en découle un gain sur règlement de dettes. Société A a un solde de PAC de 450 000 \$ compte tenu de l'application de l'article 80 L.I.R. à l'égard du compte fournisseur de 25 000 \$. Les actions de Société A ont toujours été détenues par Papa et Société B à titre d'immobilisations et Société A se qualifiait de société exploitant une petite entreprise (« SEPE »), au sens de la définition prévue au paragraphe 248(1) L.I.R., au 31 octobre 2012.

Lorsqu'on jette l'éponge, on peut alors être tenté de demander une PTPE et de consolider les PAC disponibles entre sociétés liées afin de limiter les dégâts.



Détermination de la perte au titre d'un placement d'entreprise

Conditions d'application du paragraphe 50(1) L.I.R. à l'égard des actions du capital-actions et de la créance de Société A

Pour demander une PTPE, il faut qu'il y ait réalisation d'une perte en capital sur un bien détenu à titre d'immobilisation. Dans la présente situation, pour que Papa puisse réaliser la perte en capital latente de 50 000 \$ sur les actions ordinaires de Société A et celle de 200 000 \$ sur l'avance effectuée auprès de Société A, il devra effectuer le choix du paragraphe 50(1) L.I.R., au 31 décembre 2012.

Société B devra également effectuer le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. au 31 juillet 2013 afin de réaliser la perte en capital latente de 200 000 \$ sur les 200 000 actions privilégiées A de Société A.

Aux fins du paragraphe 50(1) L.I.R., la conséquence du choix est la même que le contribuable détienne des actions d'une société ou une créance : le contribuable qui produit ledit choix est réputé avoir disposé des actions et de la créance à la fin de son année d'imposition pour un produit nul et avoir acquis de nouveau les actions et la créance immédiatement après la fin de l'année à un coût nul. Ce choix permet la réalisation de la perte en capital latente sur les actions et la créance.

Les conditions d'ouverture du choix diffèrent selon que le contribuable détient une créance ou des actions d'une société. L'alinéa 50(1)a) L.I.R. prévoit que le contribuable qui détient une créance doit établir que la somme à recevoir qui lui est due à la fin d'une année d'imposition est irrécouvrable. À cet effet, le contribuable devra démontrer qu'il a tenté de la recouvrer.

Le sous-alinéa 50(1)b(iii) L.I.R. prévoit des conditions spécifiques à respecter au moment du choix lorsque le contribuable détient des actions : la société doit être insolvable, ne plus exploiter d'entreprise, la JVM de ses actions doit être nulle et il doit être raisonnable de s'attendre à ce que la société soit dissoute ou liquidée et qu'elle ne recommence pas à exploiter une entreprise.

Lors de la Table ronde du 5 octobre 2012, l'ARC a formulé de nouveau les commentaires sur l'état d'insolvabilité d'une personne, lesquels avaient été faits notamment dans l'interprétation technique 9802347 et sur la JVM des actions faisant l'objet du choix en vertu du paragraphe 50(1) L.I.R., à savoir que « l'ARC est d'avis que pour les fins de la division 50(1)b(iii)(A) L.I.R., il faut attribuer au mot "insolvable" son sens ordinaire puisque ce terme n'est pas défini dans la L.I.R. Un dictionnaire définit le terme "insolvable" comme suit : "Qui est hors d'état de payer ses dettes" ».

Par conséquent, une société ne possédant aucun passif ne peut généralement pas être considérée comme une société insolvable aux fins du sous-alinéa 50(1)b(iii) L.I.R.

À propos de la JVM des actions qui doit être nulle au moment de faire le choix, l'ARC est d'avis que l'évaluation de la JVM des actions de Société A devrait tenir compte des pertes fiscales accumulées qui peuvent éventuellement être déductibles dans le calcul du revenu imposable d'une société. L'ARC pourrait être tenté de dire que la JVM des actions de Société A est plus élevée à cause de l'avantage fiscal qu'en retirera Société B. Cette mise en garde de l'ARC confirme la nécessité de bien documenter l'évaluation de la valeur des actions au moment du choix. Or, il n'est pas évident que les PAC de Société A disqualifieront les actions de Société A, notamment à cause de la valeur attribuée à ces pertes. En effet, puisque la JVM des actions de Société A demeure le prix qu'un tiers paierait pour faire l'acquisition desdites actions. Or, le tiers qui ne respecterait pas les conditions prévues au paragraphe 111(5) L.I.R., lequel énonce les règles

applicables à l'égard des PAC subies par une société lorsque le contrôle de cette dernière est acquis par une personne ou un groupe de personnes, n'aurait pas cet avantage fiscal lié à l'utilisation des PAC, d'où la JVM nulle.

Il convient de noter que le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. doit être effectué à la fin de l'année applicable au contribuable. En conséquence, le contribuable devra être en possession des actions de la société et de la totalité de la créance à la fin de l'année qui lui est applicable, et c'est à ce moment que les conditions mentionnées plus haut devront être remplies. Il est donc primordial de bien planifier l'ordre ainsi que les dates auxquelles chacune des étapes d'une telle planification est effectuée.

Règles relatives à la limitation des pertes

Dans la présente situation, le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. a permis la réalisation par Papa et Société B des pertes en capital latentes sur les actions et sur la créance de Société A, ces pertes pourraient toutefois être limitées par la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit différentes règles visant la minimisation des pertes. Le paragraphe 112(3) L.I.R. vient limiter la perte en capital réalisée par un contribuable lors de la disposition d'actions d'une société. La perte en capital sera réduite lorsque l'actionnaire a reçu des dividendes de cette société, ou des dividendes de son compte de dividendes en capital, notamment si l'actionnaire est un particulier. Puisque, dans la situation présentée, Société A n'a jamais versé de dividende ni à Papa ni à Société B, les pertes en capital à la suite des choix du paragraphe 50(1) L.I.R. à l'égard des actions de Société A ne seront pas réduites.

Le sous-alinéa 40(2)g(ii) L.I.R. vient quant à lui réputer que la perte en capital d'un contribuable résultant de la disposition d'une créance est nulle, sauf si le contribuable a acquis la créance dans le but de tirer un revenu d'une entreprise, d'un bien ou si le contribuable a acquis la créance en contrepartie de la disposition d'un bien en immobilisation en faveur d'une personne avec laquelle il n'avait pas de lien de dépendance. Selon les principes découlant de l'arrêt *La Reine c. Edwin J. Byram*, 99 D.T.C. 5117, la perte en capital résultant de la disposition d'une créance ne portant pas intérêt peut ne pas être réputée nulle, s'il est possible de démontrer que le prêt à la société a été fait dans le but de gagner un revenu de dividende directement ou indirectement. Dans la présente situation, la perte en capital de 200 000 \$ subie par Papa à la suite de la disposition réputée de la créance ne sera pas nulle puisque Société A a utilisé l'avance dans le cadre de l'exploitation de son entreprise, donc a ainsi augmenté les chances pour Papa de recevoir des dividendes.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit également des règles sur le remisage de dette à l'article 80.01 L.I.R. Puisque Papa a fait le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. à l'égard de la créance de 200 000 \$ à recevoir de Société A, cette créance constitue une dette déterminée au sens du paragraphe 80.01(6) L.I.R.

Comme il existe un lien de dépendance entre Papa et Société A, la dette de 200 000 \$ est réputée être une dette remise au sens du paragraphe 80.01(7) L.I.R., ce qui a pour conséquence de venir réduire le solde de PAC de Société A du même montant. Le solde de PAC de Société A sera réduit à 250 000 \$.

Qualification des PC en tant que PTPE en vertu de l'alinéa 39(1)c) L.I.R.

Les pertes en capital résultant du choix du paragraphe 50(1) L.I.R. pourraient se qualifier de PTPE et ainsi être utilisées afin de réduire le revenu de l'actionnaire provenant de toute source si les conditions de l'alinéa 39(1)c) L.I.R. sont remplies.

Les conditions de qualification à titre de PTPE diffèrent selon que la perte en capital résulte de la disposition d'une créance ou de la disposition d'actions. Dans les deux cas, la première condition prévue au sous-alinéa 39(1)c)(i) L.I.R. est respectée puisque le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. a été fait.

Afin que la perte en capital de 200 000 \$ de Papa résultant de la disposition réputée de la créance se qualifie de PTPE, Société A doit être une SPCC et doit satisfaire à l'une des conditions suivantes selon le sous-alinéa 39(1)c)(iii) L.I.R. :

- a) se qualifier à titre de SEPE;
- b) être un failli au sens du paragraphe 128(3) L.I.R. qui était une SEPE au moment où il est devenu un failli pour la dernière fois;
- c) est une personne morale visée à l'article 6 de la *Loi sur les liquidations*.

Une société se qualifie de SEPE, si elle est une SPCC et si la totalité ou presque de la JVM de ses éléments d'actif est : soit attribuable à des actifs utilisés principalement dans une entreprise que la société, ou une société qui lui est liée, exploite activement et principalement au Canada; soit constituée d'actions du capital-actions ou de dettes d'une ou de plusieurs SEPE rattachées à la société; soit une combinaison des deux conditions énumérées.

Pour l'application de l'alinéa 39(1)c) L.I.R., le paragraphe 248(1) L.I.R. prévoit que la société qui était une SEPE à un moment de la période de 12 mois est une SEPE.

Le sous-alinéa 39(1)c)(iv) L.I.R. prévoit que la perte en capital résultant de la disposition d'une créance ne peut pas se qualifier de PTPE lorsque le créancier et le débiteur sont des sociétés qui ont entre elles un lien de dépendance. Il est donc préférable, dans cette situation, que l'investissement soit effectué sous forme de capital-actions.

Afin que les pertes en capital résultant de la disposition réputée des actions de Société A soient considérées comme des PTPE, la seule condition prévue au sous-alinéa 39(1)c)(iii) L.I.R. est que Société A se qualifie de SEPE.

À la suite de la qualification des pertes en capital à titre de PTPE, Papa aura une PTPE de 250 000 \$ et Société B aura une PTPE de 200 000 \$. Papa et Société B pourront déduire lesdites pertes à raison de 50 % de la PTPE, et ce, à l'encontre d'un revenu provenant de toute source.

Utilisation de la PAC par la société liée

À ce point, plusieurs règles doivent être remplies, de nombreuses précautions doivent être prises pour obtenir une PTPE et une vérification par les autorités fiscales est pratiquement assurée. Toutefois, ce n'est qu'à partir du moment où l'on essaie d'obtenir la consolidation des PAC de sociétés liées et non affiliées que les autorités fiscales pourraient considérer la planification comme offensante. L'ARC semble toutefois faire preuve d'une certaine ouverture à cet égard depuis la décision anticipée 2009-0332571R3 émise le 13 août 2010.

Est-ce qu'il serait possible également pour Société B d'utiliser le solde de PAC de Société A de 250 000 \$ en plus des PTPE déjà demandées, déductible à 50 %, par les actionnaires de Société A et ainsi avoir une seconde déduction, celle-ci déductible à 100 %, à l'égard des sommes investies en capital-actions dans Société A?

Pour utiliser les PAC de Société A, cette dernière pourra être liquidée dans Société B. Le 1^{er} août 2013, Société B fera l'acquisition des 100 actions ordinaires de Papa pour un produit de disposition correspondant à la JVM, soit 1 \$. Société A deviendra ainsi une filiale en propriété exclusive de Société B.

Lors de l'acquisition des actions ordinaires par Société B, Fils acquiert le contrôle de droit de Société A, mais le contrôle est réputé non acquis, selon l'alinéa 256(7)a) L.I.R. puisque Fils et Papa sont des personnes liées. Papa et Fils sont des personnes liées en vertu de l'alinéa 251(2)a) L.I.R. puisqu'elles sont liées par les liens du sang selon l'alinéa 251(6)a) L.I.R. Société A et Société B sont également des personnes liées selon l'alinéa 251(2)c) L.I.R. puisqu'elles sont contrôlées respectivement par Papa et Fils qui sont des personnes liées.

Il est important qu'il n'y ait pas d'acquisition de contrôle puisque des règles spécifiques prévues au paragraphe 111(5) L.I.R. trouveraient application, ajoutant diverses conditions à respecter afin de permettre l'utilisation des PAC par Société B.

Le 1^{er} aout 2013, à la suite de l'acquisition des actions ordinaires, Société A sera liquidée en vertu du paragraphe 88(1) L.I.R dans Société B. La liquidation n'entraînera aucune conséquence fiscale pour Société A et les actifs et passifs seront transférés à Société B à leur prix de base rajusté (« PBR »).

Les soldes fiscaux de Société A seront alors transférés à Société B, notamment le solde de PAC de 250 000 \$. Société B utilisera les PAC qui lui ont été transférées dans l'exercice qui suit celui où a débuté la liquidation, c'est-à-dire dans l'exercice qui se terminera le 31 juillet 2015.

Conclusion

Le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. combiné à la liquidation de Société A aura permis de prendre une double déduction, soit une PTPE pouvant être déduite à 50 % et une PAC pouvant être déduite à 100 %, relativement à l'argent investi sous forme de capital-actions dans Société A. Les actionnaires initiaux pourront demander des PTPE sur un total de 450 000 \$ et Société B pourra également déduire 250 000 \$ de PAC. Bien que, fiscalement, la planification soit avantageuse dans une situation de sociétés déficitaires, il sera important de faire une revue diligente de la société déficitaire avant de procéder à sa liquidation afin de déterminer les risques qui pourraient se retrouver dans la société profitable.

Cette planification est avantageuse dans le contexte factuel présenté, malgré le fait que la PTPE soit uniquement déductible à 50 % par les actionnaires et que les PAC soient réduites du montant de la dette remise. Elle demande toutefois une bonne documentation du dossier puisque la tendance de l'ARC et de l'Agence du revenu du Québec tend à pencher vers une vérification systématique de chaque demande de PTPE. Des précautions devront être prises à l'égard du moment où le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. doit être effectué, mais également à l'égard de l'état d'insolvabilité de la société, de la JVM de ses actions. Toutefois, lorsque le choix du paragraphe 50(1) L.I.R. est valablement effectué, on semble noter un changement de position favorable concernant le transfert de pertes entre sociétés liées, mais non affiliées. De telles opérations, qui étaient conçues dans le but de transférer des pertes fiscales inutilisées d'une société canadienne à une autre société canadienne liée, respecteraient donc l'esprit de la loi lue dans son ensemble. La prudence reste toutefois de mise. ●

SONDAGE APFF



NOUS REMERCIONS LES MEMBRES DE L'APFF D'AVOIR RÉPONDU EN GRAND NOMBRE AU SONDAGE SUR NOTRE ASSOCIATION.

Les opinions et commentaires reçus nous aideront à mieux répondre aux attentes des professionnels de la planification fiscale et financière.

Les résultats de ce sondage seront publiés dans le prochain *Stratège*...

Ne le manquez pas!

