

■ Bulletin No. 96 La TPS et les immeubles résidentiels

La taxe sur les produits et services (TPS), imposée en vertu de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (la Loi), peut être la source de nombreux problèmes mettant en jeu la responsabilité professionnelle. L'application de la TPS à la construction et à la vente d'immeubles résidentiels en particulier est complexe et souvent mal comprise. Voici un sommaire très général des problèmes liés à la TPS dans le domaine des biens immeubles résidentiels. (Tous les renvois ci-dessous sont des renvois à la Loi.)

Nouveaux biens de location

Règle générale, le constructeur [défini au par. 123(1)] qui construit un immeuble d'habitation [défini au par. 123(1)] en vue de le louer à des particuliers comme résidence (non pas à des fins d'affaires) peut demander un crédit de taxe sur les intrants pour la TPS qu'il a déboursée en ce qui a trait aux coûts de construction.

Dès que la construction est essentiellement achevée et que les particuliers locataires prennent possession de l'immeuble, le constructeur doit verser la TPS prévue, calculée sur la juste valeur marchande de l'immeuble ce jour-là [art. 191]. Cette autocotisation est effectuée logement par logement dans le cas d'un immeuble d'habitation en copropriété [par. 191(1)] ou selon la valeur globale de l'immeuble dans le cas d'un immeuble de rapport [par. 191(3)].

Règle générale, le constructeur n'a pas la possibilité de recouvrer, sous la forme d'un crédit de taxe sur les intrants ou de remboursement, la TPS versée en application des dispositions relatives à l'autocotisation (art. 191). Mais, voir à ce sujet la décision inédite 398722 *Alberta Ltd. c. The Queen*, 28 octobre 1998, 97-1392(GST)G (CCD); dans cette affaire, un constructeur d'hôtel a pu demander et obtenir un crédit de taxe sur les intrants pour un immeuble d'habitation auquel s'appliquait l'art. 191. L'affaire est en instance d'appel.

Fonds loués : parcs nationaux et terres indiennes

La vente de nouveaux immeubles d'habitation (y compris des immeubles d'habitation en copropriété) sur des fonds loués a créé beaucoup d'incertitudes. Selon l'état actuel du droit et la politique de Revenu Canada, la vente de maisons neuves et de nouveaux immeubles d'habitation en copropriété situés dans les parcs nationaux et sur des terres indiennes ne devrait pas être considérée comme une vente « ordinaire » de nouveaux logements (soumise aux mêmes règles que les biens situés ailleurs). Il ne convient pas que le constructeur vende l'immeuble d'habitation, d'une part, et demande, perçoive et verse la TPS à Revenu Canada, d'autre part. Cela pourrait constituer la double imposition du constructeur.

Étant donné que le sous-sol des parcs nationaux et des terres indiennes est considéré comme faisant l'objet d'un bail, Revenu Canada a indiqué que la

vente de nouveaux immeubles d'habitation (y compris des immeubles d'habitation en copropriété) devrait être considérée comme suit :

1. Lors de la vente de l'immeuble à un particulier, le constructeur devrait faire l'autocotisation de la TPS fondée sur la juste valeur marchande de l'immeuble [art. 191].
2. Le constructeur devrait considérer la vente au particulier comme une fourniture exonérée, c'est-à-dire que l'acheteur ne doit verser aucune TPS. Le constructeur doit éviter d'utiliser des expressions comme : « Le prix d'achat comprend la TPS payable » ou « TPS comprise ». Cela suggère que la vente est taxable et que le prix d'achat comprend une somme d'argent à verser aux fins de la TPS.
3. Pour ce qui est de la TPS, l'acheteur peut bénéficier d'un remboursement - habitation neuve. Cependant, ce remboursement vaut seulement pour le prix d'achat de l'immeuble même et non pour le prix du fonds sous-jacent [art. 254.1].

Bien que la politique de Revenu Canada dans ce domaine soit bien établie et qu'une décision judiciaire appuie son point de vue [*Taylor c. The Queen*, 98 G.T.C. 2206 (CCI)], plusieurs affaires sont portées en appel devant Revenu Canada et les tribunaux. Jusqu'à ce que ces affaires soient tranchées, il serait prudent que les constructeurs demandent une garantie pour toute TPS payable par le constructeur ou l'acheteur sur l'immeuble vendu.

Immeuble et fonds

La revente d'un immeuble et d'un fonds pourrait constituer une source d'ennuis pour les vendeurs, les acheteurs, les agents immobiliers et les avocats. Le problème découle du fait que la fourniture d'un immeuble d'habitation et d'un fonds peut être considérée comme deux fournitures séparées [par. 136(2)].

L'immeuble d'habitation est défini au par. 123(1). En général, il comprend l'immeuble résidentiel et le fonds sous-jacent ou contigu à celui-ci, qui est attribuable à l'immeuble et « raisonnablement nécessaire à son usage résidentiel ».

Règle générale, Revenu Canada adopte la position selon laquelle un demi-hectare, au maximum, jouit de cette indemnité. Voir la *Politique P-069* de Revenu Canada intitulée *Fonds admissibles pour immeubles d'habitation*, laquelle est datée du 25 mai 1993. Il existe certaines circonstances où plus d'un demi-hectare sera « raisonnablement nécessaire »; cependant, Revenu Canada tend à appliquer rigoureusement sa politique du demi-hectare.

Bien que la vente de l'immeuble résidentiel, ensemble le fonds admissible, soit généralement une fourniture exonérée en vertu de l'art. 2, de la partie 1, de l'annexe V de la Loi, l'application de la TPS au fonds restant doit être considérée séparément.

Règle générale, la vente du fonds restant sera taxable, à moins que les conditions ci-après ne soient remplies [art. 9, de la partie 1, de l'annexe V de la Loi] :

1. Le vendeur est un particulier ou une fiducie personnelle.
2. Le fonds n'était pas détenu en inventaire par le vendeur et n'était pas utilisé principalement dans une entreprise exploitée par le vendeur sans attente raisonnable de profit.
3. Le vendeur n'a pas subdivisé le fonds en question. Il existe de rares exceptions à cette règle de la subdivision, lesquelles permettent
 - a) la subdivision du fonds, à caractère unique, en deux parties,
 - b) un transfert à une personne qui lui est liée, pour son usage personnel,
 - c) la subdivision rendue nécessaire à des fins d'expropriation.

Si le reste du fonds a été acquis et vendu dans le cadre d'un « projet à risques de caractère commercial » par un vendeur qui est un particulier ou une fiducie personnelle, la vente du fonds ne sera pas taxable, à moins que le vendeur n'ait déposé un choix, avant la vente, à l'aide de la formule des choix - TPS 22. En fin de compte, cette formule des choix rend taxable la vente d'un fonds acquis dans le cadre d'un « projet à risques de caractère commercial ».

Conclusion

Les avocats qui ne sont pas familiers avec les règles qui précèdent devraient consulter un praticien chevronné de la TPS avant de représenter leur client vendeur ou acheteur.

Craig M. McDougall, associé du cabinet Felesky Flynn, de Calgary.

■ Bulletin No. 97

Devriez-vous siéger au conseil d'administration de votre client?

Le fait de siéger au conseil d'administration de votre client vous donne plusieurs avantages dont les suivants : vous êtes mieux renseigné sur les affaires de votre client, vous êtes capable de découvrir les problèmes nouveaux et d'en arriver à de meilleures solutions, vous êtes en mesure de renforcer vos liens avec le client et de bénéficier du fait que les autres administrateurs donnent plus de poids à votre opinion du fait que vous partagez leur responsabilité à titre d'administrateur. Mais plutôt que de nourrir la confiance entre l'avocat et son client, le fait de siéger au conseil d'administration de son client entraîne souvent la renonciation au caractère confidentiel des rapports avocat-client, des conflits d'intérêts et l'exposition accrue aux risques de poursuite pour l'avocat et son cabinet et soulève des questions en matière de couverture d'assurance.

Lors des échanges et concessions qui se font dans les réunions d'un conseil d'administration, il est à peu près impossible pour un avocat-administrateur de séparer, de ses conseils juridiques, ses décisions fondées sur l'appréciation commerciale et, de plus, de s'assurer que cette distinction soit claire pour les autres administrateurs. Non seulement l'avocat est-il moins efficace comme conseiller juridique lorsqu'il n'est pas clair pour les autres administrateurs exactement à quel moment il s'agit de conseils juridiques, mais aussi cette confusion de rôles peut apporter la renonciation involontaire au caractère confidentiel des rapports avocat-client. Il se pourrait, par exemple, qu'un conseil juridique se retrouve dans le procès-verbal d'une réunion du conseil d'administration ou encore que l'avocat-administrateur renonce au privilège du secret professionnel de l'avocat.

Le rôle d'avocat-administrateur peut être source de conflits d'intérêts ou compromettre l'indépendance professionnelle. Voici quelques exemples :

- L'avocat peut participer à une décision du conseil d'administration qui touchera la quantité de travail ou l'importance des honoraires du cabinet d'avocats.
- Lors d'un litige, l'avocat peut découvrir que ses intérêts entrent en conflit avec ceux de certains autres administrateurs qui prétendent s'être fiés à ses conseils juridiques dans son rôle de conseiller juridique de la société.
- Le devoir fiduciaire de l'avocat envers les actionnaires, à titre d'administrateur, peut entrer en conflit avec son devoir fiduciaire à titre de conseiller juridique (en ce qui a trait au privilège du secret professionnel de l'avocat).
- L'apparence d'un conflit peut donner naissance à des poursuites par les actionnaires, les créanciers ou les organismes de réglementation.

Siéger au conseil d'administration augmente les risques que l'avocat soit nommé défendeur ou appelé à témoigner dans des litiges qui mettent en cause les décisions du conseil d'administration. L'avocat pourrait alors avoir à se désister et ainsi faire perdre à la société son meilleur avocat au moment même où la société a le plus besoin d'un avocat averti.

L'avocat qui siège au conseil d'administration de son client s'expose aux risques de responsabilité à la fois à titre personnel et à titre de conseiller juridique de la société. Les avocats-administrateurs doivent répondre à une norme de conduite plus élevée que l'administrateur qui n'est pas avocat ou l'avocat qui n'est pas administrateur. Ce risque élevé de responsabilité peut embrouiller le jugement de l'avocat-administrateur et diminuer la préoccupation de l'avocat pour la responsabilité du client.

S'il y avait poursuite, le malheureux avocat découvrirait peut-être qu'il est sans couverture d'assurance du fait qu'il existe une clause d'exclusion dans sa police d'assurance de responsabilité professionnelle pour les actes effectués à titre d'administrateur, et la police d'assurance des administrateurs et dirigeants, le cas échéant, peut limiter la couverture de l'assuré aux actes effectués uniquement en sa capacité d'administrateur.

L'avocat d'une société peut profiter des supposés avantages de siéger au conseil d'administration de sa cliente sans prendre les graves risques inhérents au double rôle d'avocat et d'administrateur. Il peut tout simplement offrir d'assister aux réunions du conseil d'administration et de profiter de tous les renseignements donnés aux administrateurs en sa qualité d'avocat plutôt que comme administrateur, c'est-à-dire de conseiller plutôt que de décideur.

Tout au moins, l'avocat doit aider ses clients à comprendre et à évaluer les graves risques qu'ils courent en demandant au conseiller juridique de la société de siéger au conseil d'administration. L'avocat qui manque à cette obligation pourrait s'exposer à des poursuites pour faute professionnelle.

En annexe

- Index des numéros 1 à 24
- Jurisprudence citée dans les numéros 1 à 24
- Reproduction d'un article de Anne E. Thar sur le bogue de l'an 2000

Le *Bulletin sur la prévention des pertes* est publié sur Internet à l'adresse www.lawsocietyalberta.com