

Perspectives en fiscalité et en politique fiscale vise à offrir une variété de perspectives sur des questions importantes liées aux politiques du régime fiscal, dans le but de favoriser des commentaires éclairés et accessibles qui font le pont entre les fiscalistes, les décideurs et le grand public. Les opinions exprimées dans les articles de ce bulletin par un auteur donné sont uniquement les opinions personnelles de cet auteur. Elles ne doivent en aucun cas être interprétées comme reflétant de quelque manière que ce soit les opinions de l'organisation à laquelle l'auteur est affilié ou de toute autre personne ou entité.

Certitude fiscale : Tendances récentes et suggestions de réforme

Jeffrey Trossman, Blake Cassels & Graydon S.E.N.C.R.L./S.R.L.

L'édition inaugurale du nouveau bulletin que nous vous proposons porte principalement sur la certitude fiscale.

Que faut-il entendre par « certitude fiscale »? Le sens de la notion varie selon les contextes, ce qui n'a rien d'étonnant. Dans celui de la résolution de différends, la certitude fiscale désigne la « certitude quant au processus » — soit la prévisibilité globale des échéanciers, des procédures et, si le désaccord met en cause d'autres pays, des mécanismes permettant de résoudre une double problématique fiscale grâce aux dispositifs établis d'un commun accord dans des conventions fiscales. Dans une perspective plus générale, et dans la présente rubrique, la certitude fiscale désigne la « certitude dans la planification » — soit la prévisibilité globale des modalités d'application de la loi fiscale aux situations courantes. Bien que le caractère approprié de l'incertitude dans le cas de l'évitement fiscal prête à discussion, il paraît indubitable que la loi doit être claire en ce qui a trait aux situations courantes ne suscitant aucune controverse.

Depuis quelques années, la certitude et la prévisibilité tendent à se raréfier, ce qui a de quoi inquiéter. De plus en plus, la réponse exacte à des questions fiscales banales soulève la controverse. Cette tendance n'est pas exclusive au Canada. Le projet des « aides d'État » de la Commission européenne, qui menace de chambouler rétrospectivement les décisions prises par les États membres de l'Union européenne en matière de fiscalité, en est un exemple criant. Il pourrait se solder par de lourdes factures fiscales précisément dans les pays ayant pris des décisions fiscales favorables.

De manière plus générale, le manque de clarté contrarie les contribuables, les conseillers et maints fonctionnaires. L'ambiguïté engendre l'incertitude, et l'incertitude tend à dissuader les entreprises d'investir. Parallèlement, l'absence de certitude peut avoir pour effet pervers d'encourager la planification agressive chez les contribuables téméraires, disposés à tolérer l'incertitude dans l'espoir que l'opération réalisée se retrouve du bon côté d'une ligne de démarcation floue. Rien de moins salubre pour le régime fiscal ou l'économie dans son ensemble.

L'incertitude dans la planification tend à occasionner des litiges fiscaux. Lorsque les règles sont claires, les parties sont davantage susceptibles d'éviter la controverse et de résoudre leurs différends. Des règles claires préviennent les conflits. Dans un récent rapport qu'ils publient de concert, le FMI et l'OCDE valorisent résolument la certitude fiscale, indiquant qu'il s'agit d'une « [traduction] question prioritaire pour les contribuables aussi bien que les administrations fiscales », et recommandent aux gouvernements de se concentrer sur « la prévention des différends plutôt que leur résolution ». Si les administrations fiscales peuvent fournir rapidement des lignes directrices claires et utiles — donnant aux contribuables des indications auxquelles ces derniers peuvent se fier — le nombre de cas litigieux déclinera. Le FMI et l'OCDE en conviennent dans leur rapport, estimant que « l'accès à une structure décisionnelle en matière d'impôt propre à fournir des règles claires et simples » est une importante caractéristique d'une « bonne gouvernance en administration fiscale ».

Dans les réformes à venir du régime fiscal aussi bien que dans l'administration des lois fiscales en vigueur, les gouvernements, au Canada, devraient inscrire explicitement

Dans ce numéro

Certitude fiscale : Tendances récentes et suggestions de réforme	1
Certitude fiscale : Une perspective de l'industrie	5
La certitude fiscale et l'investissement des entreprises canadiennes : La recherche universitaire récente	9
Certitude fiscale, complexité législative et règles refuge	12
Incertitude fiscale : Évitement fiscal abusif et planification fiscale agressive	14
Point de vue d'une avocate plaideuse sur la certitude fiscale	17
Certitude fiscale : Le point de vue d'un fonctionnaire du fisc	19

la certitude fiscale au nombre des critères à prendre en compte dans leurs décisions relatives aux mesures fiscales. Les mesures accentuant l'incertitude ne devraient être acceptées que si aucune solution de rechange raisonnable n'existe. La certitude fiscale devrait être, à tout le moins, l'un des critères d'évaluation de toute proposition de mesure fiscale (outre, bien sûr, ceux de générer des recettes et de préserver l'intégrité du régime et veiller à ce qu'il soit gérable et équitable).

Nous décrirons, dans les paragraphes qui suivent, en quoi le ministère des Finances et l'ARC, de part et d'autre, contribuent à l'incertitude fiscale ou la réduisent. Enfin, nous terminerons par des recommandations de réformes futures.

Le rôle du ministère des Finances quant à la certitude fiscale

Le problème de l'excès de zèle législatif

Le rôle du ministère des Finances, au sens large, consiste à donner corps aux politiques fiscales gouvernementales grâce à des mesures législatives que le Parlement étudie et sanctionne. C'est aux fonctionnaires de la Division de la législation de l'impôt qu'incombe la tâche difficile de rédiger cette législation. Ceux qui ne sont pas des professionnels du milieu fiscal comprennent souvent très mal la législation fiscale et la façon dont elle est rédigée. Peu de gens saisissent pourquoi la législation fiscale est aussi complexe ou conçoivent que les correctifs simples sont rares. Nombreux sont ceux qui semblent croire que la loi est truffée d'« échappatoires » auxquelles il faut « remédier » et, pire encore, confondent couramment *évasion* fiscale, une infraction pénale, et *évitement* fiscal, l'activité légitime et appropriée qui consiste à structurer ses affaires de manière à réduire l'impôt au minimum. Cette confusion tend à exercer sur les gouvernements des pressions qui les incitent à adopter de nouvelles règles anti-évitement ayant pour conséquence de supprimer de possibles économies d'impôt perçues et de préserver l'intégrité de la base d'imposition. Les mesures résultant de ces pressions ont pour effet de compliquer une législation déjà complexe.

En général, les mesures de ce genre déplaisent aux conseillers fiscaux, bien que la plupart d'entre eux comprennent la nécessité de faire en sorte que les lois fiscales ne puissent pas être aisément contournées par des planificateurs créatifs ou manipulateurs dont les clients sont disposés à prendre des risques élevés en se livrant à des opérations motivées par des considérations fiscales. La plupart des professionnels du milieu fiscal reconnaissent qu'il est parfois indispensable d'apporter des modifications à la loi pour préserver l'intégrité de la base d'imposition.

Le problème survient lorsque le ministère des Finances réagit aux lacunes perçues en proposant des correctifs

qui vont trop loin et créent de nouvelles incertitudes à l'égard d'opérations banales. Cet excès de zèle législatif, généralement méconnu sinon volontairement ignoré du public, discrédite le régime fiscal. Ce problème croissant érode sensiblement les certitudes des planificateurs, ce qui contribue à diminuer globalement la confiance des contribuables dans les lois fiscales — élément crucial d'un régime d'autocotisation.

Comment ce problème d'excès de zèle législatif se manifeste-t-il, et quelles en sont les conséquences? L'exemple du paragraphe 55(2) de la LIR, bien qu'il ne concerne que les sociétés, est généralement instructif à cet égard.

Prenons un groupe de sociétés en propriété exclusive qui souhaite distribuer des fonds à différents échelons du groupe pour des motifs commerciaux véritables — en versant des dividendes aux actionnaires, par exemple. Ce mouvement de fonds n'a aucun motif fiscal. Supposons que le groupe de sociétés existe depuis des décennies et ne prévoit la cession d'aucune de ses activités. Cette distribution devrait être une opération simple dans laquelle les dividendes versés par la filiale disposant de liquidités franchiront les échelons de la chaîne de sociétés jusqu'à l'entité ayant besoin de ces liquidités.

Avant 2015, l'analyse d'une telle opération était simple et prévisible. Chaque société de la chaîne demandait la déduction intégrale du dividende reçu, de sorte que le dividende circulait en franchise d'impôt au sein du groupe de sociétés, conformément au principe établi. (Les bénéfices ou les gains sous-jacents ayant déjà été assujettis à l'impôt sur le revenu, tout autre impôt sur les distributions intersociétés aurait entraîné une double imposition.) Si une très large distribution était envisagée, un responsable de la fiscalité prudent aurait pu éprouver le besoin de consulter la règle anti-évitement du paragraphe 55(2). Cette règle, instaurée en 1980, avait pour but d'empêcher la conversion de gains en capital (par ailleurs imposables), résultant d'une cession à un tiers, en dividendes intersociétés exonérés d'impôt. Avant 2015, il était tout à fait clair que la règle ne s'appliquait pas à la distribution hypothétique décrite ci-dessus, car 1) aucun des objets de l'opération n'était de réduire sensiblement un gain en capital résultant de la cession d'une action et 2) l'opération était strictement interne au groupe de sociétés et n'avait rien d'une cession à un tiers.

Cette clarté est disparue le 21 avril 2015, lorsque le ministère des Finances a déposé les propositions législatives destinées à modifier le paragraphe 55(2). Le changement était une réaction à la victoire du contribuable dans l'affaire *D & D Livestock* (2013 CCI 318), une étrange décision de 2013 relative à une situation complexe. Dans un exceptionnel sommaire de l'affaire *D & D*, CCH déclare que « [traduction] même si les mesures prises

par le contribuable allaient à l'encontre du but visé par le paragraphe 55(2), la Cour ne pouvait pas réécrire cette disposition législative pour faire en sorte que les objectifs en soient atteints » (*Intelliconnect.ca*). Il semble que le ministère de la Justice ait été défait pour ne pas avoir invoqué la RGAE (règle générale anti-évitement). La RGAE est censée s'appliquer lorsqu'il est évident qu'une opération d'évitement va à l'encontre de l'objet sous-jacent d'une disposition précise.

Bien que ce cas ponctuel ne mette pas réellement en péril la base d'imposition et que la situation aurait pu être renversée grâce à une modification chirurgicale, le ministère des Finances a décidé qu'il devait agir énergiquement et interdire tout accès à la structure utilisée par le contribuable. Ce faisant, il ne s'est pas contenté de simplement rafraîchir l'ancien paragraphe 55(2); il a plutôt fait table rase de cette disposition pour la rebâtir en entier. Dans ce processus, le ministère des Finances a jeté par-dessus bord 35 ans de commentaires éclairés sur la disposition — c'est-à-dire des nombreuses politiques administratives et pratiques d'imposition utiles adoptées et préconisées comme étant propres à aider les contribuables et leurs conseillers à mieux comprendre le paragraphe 55(2).

Pour que l'ancien paragraphe 55(2) s'applique, il fallait fondamentalement que l'un des objets d'un dividende soit de réduire un gain en capital résultant d'une cession. La nouvelle règle est beaucoup plus large. Pour l'essentiel, le nouveau paragraphe 55(2) s'applique dès que l'un des objets d'un dividende est de réduire la juste valeur marchande (JVM) d'une action ou d'augmenter le coût indiqué d'un bien (y compris de liquidités) pour le bénéficiaire. Le problème évident est ici que presque tous les dividendes ont, entre autres *conséquences*, de diminuer la JVM des actions de celui qui le verse et d'augmenter le coût indiqué du bien du bénéficiaire. La version remaniée du paragraphe soulève une question épineuse : quand l'*objet* d'un dividende n'est-il *pas* d'obtenir l'inévitable *conséquence* d'un dividende? Ce problème n'a pas échappé aux fiscalistes qui ont critiqué les répercussions qu'auraient ces modifications sur la certitude fiscale dans les situations courantes. Lesdites modifications ont néanmoins été adoptées, à peu de choses près dans leur formulation initiale, après quelques aménagements mineurs.

Cet exemple illustre comment l'excès de zèle législatif se manifeste et en quoi il peut altérer la certitude fiscale. Par suite des modifications abusives apportées au paragraphe 55(2), la circulation de fonds dans une chaîne des sociétés n'est plus une opération simple. Maintenant, dans certains contextes, le risque que le paragraphe 55(2) puisse s'appliquer et donner lieu, à chaque échelon, à un gain en capital fictif (et, de ce fait, à une double imposition) existe bel et bien. Compte tenu de cette incertitude, il est compréhensible que l'ARC ait fait preuve de réserve dans

ses interventions pour rassurer les contribuables quant au traitement administratif de cette question (bien que l'Agence y soit allée de certaines déclarations utiles au sujet de cas isolés). L'on ne saurait trop recommander la prudence aux responsables de la fiscalité.

Les exemples d'excès de zèle législatif foisonnent. En voici quelques-uns :

- *Les règles relatives aux clauses restrictives.* Ces règles ont été annoncées au départ en 2003, en réaction à des situations dans lesquelles des paiements au titre d'engagements de non-concurrence étaient traités comme des gains fortuits non imposables. Plutôt que la simple modification de l'article 42 afin qu'il s'applique aux paiements en question, un régime complexe et nébuleux à bien des égards a été proposé, révisé à maintes reprises et adopté enfin de nombreuses années plus tard, avec effet rétroactif. Dans le récent jugement *Pangaea* (2020 FCA 21, conf. 2018 CCI 158), la CAF a maintenu une cotisation de l'ARC dans laquelle un paiement qui n'avait aucun lien avec une contrepartie relative à une clause restrictive de non-concurrence — la cible initiale des modifications — avait été traité comme un revenu ordinaire. Du fait de cette décision, l'incertitude des contribuables augmente quant à l'application de cette disposition abusivement large, ce qui risque de nuire aux opérations de financement courantes.
- *L'élargissement des règles relatives aux retenues d'impôt applicables aux prêts adossés.* Ces règles étaient à l'origine arrimées aux règles relatives à la capitalisation restreinte mais ont été par la suite étendues pour revêtir la forme d'une disposition législative aux visées mal définies, relative au chalandage fiscal ou au recours aux intermédiaires et ayant son propre assemblage de définitions souvent inapplicables qui s'entremêlent.
- *Les règles relatives à l'impôt sur le revenu fractionné (IRF).* Ces règles, qui ont une incidence sur de petites entreprises familiales de toutes sortes, sont si complexes et contiennent un tel nombre de définitions internes que leur application peut donner du fil à retordre même aux fiscalistes chevronnés. Bien que la complexité, en soi, n'engendre pas nécessairement l'incertitude, les règles de l'IRF renferment maints critères vagues exigeant des jugements subjectifs dans le cadre d'un régime compliqué.

Ces exemples ont tous le même profil. Une réaction législative exagérée donne lieu à une législation mal ajustée qui dépasse l'objectif visé et provoque une incertitude fiscale injustifiée au sujet de situations courantes. Ce genre d'effet pervers s'apparente aux résultats de la proverbiale utilisation d'un canon pour tuer une mouche. Il est compréhensible

que le ministère des Finances, lorsqu'il décide de fermer une avenue de planification, souhaite éviter d'en ouvrir de nouvelles en concevant une mesure trop étroite. Cela dit, il conviendrait d'exercer désormais une vigilance accrue pour éviter autant que possible un excès de zèle législatif qui risquerait d'être préjudiciable à la certitude fiscale.

Réduction de l'incertitude grâce aux modifications législatives

Le ministère des Finances peut jouer un rôle important dans la promotion de la certitude fiscale, ce qu'il fait parfois. Citons à cet égard l'exemple du traitement des distributions de sociétés étrangères affiliées. Dans le passé, il s'est dépensé beaucoup d'énergie pour déterminer si une distribution ayant un caractère juridique particulier en vertu de lois étrangères serait traitée comme le versement d'un dividende ou un autre type de distribution aux fins fiscales canadiennes. Pour clarifier la question, le ministère des Finances a adopté le paragraphe 90(2). Entré en vigueur en 2002, le paragraphe 90(2) classe essentiellement toutes les distributions au prorata provenant de sociétés étrangères affiliées dans la catégorie des dividendes; cette mesure a éliminé en grande partie l'incertitude antérieure.

Le ministère des Finances a également émis plusieurs lettres dites de confort exprimant son intention de régler un problème technique au moyen d'une disposition législative. Bien que cette pratique utile ait eu tendance à diminuer il y a quelques années, elle est en résurgence depuis peu. Le fait que le ministère des Finances ait donné suite aux recommandations contenues dans ces lettres dans la très grande majorité des cas rassure sensiblement les contribuables quant à la confiance qu'ils peuvent avoir dans ses engagements.

Le rôle de l'ARC quant à la certitude fiscale

L'ARC doit assumer la tâche ingrate d'administrer un régime de plus en plus complexe. En raison de l'excès de zèle législatif, les contribuables sollicitent plus que jamais des orientations auprès de l'ARC, espérant que la portée trop large des règles instaurées sera administrativement limitée au véritable problème qu'elles sont destinées à résoudre. Or, dans de nombreux cas, l'ARC semble réfractaire à cette idée, par crainte qu'on lui reproche d'être trop conciliante à l'égard des contribuables à revenu élevé qui, de l'avis de maints citoyens, sont insuffisamment imposés.

L'on voit se multiplier les observateurs mal informés qui critiquent ouvertement l'ARC pour ses décisions en matière d'impôt, de règlement de cas ou d'observation de son programme de divulgations volontaires de longue date. Les médias sociaux, connus pour leurs formules choc lapidaires, aggravent la situation. Les pressions politiques qui en résultent ont parfois pour conséquence d'acculer l'ARC au

pied du mur. L'Agence, craint, à juste titre, d'être taxée de ne pas avoir veillé à ce que les contribuables paient ce que l'on appelle leur juste part en adoptant des lignes directrices claires pour limiter l'application d'une disposition anti-évitement. Cette appréhension légitime limite la capacité de l'ARC de tracer des frontières administratives alors que ces frontières sont indispensables pour remédier à la trop grande portée ou à l'ambiguïté de dispositions législatives.

L'ARC doit toutefois rendre des comptes pour s'être ravisée, sans raison valable, quant à des positions pragmatiques de longue date, tendance qui paraît s'accroître. Bien entendu, l'ARC conserve en tout temps le droit de changer de position relativement à une politique administrative. Mais lorsque cela se produit trop fréquemment, les contribuables et leurs conseillers perdent confiance dans la fiabilité de ces politiques, ce qui engendre une plus grande incertitude, moins de prévisibilité et davantage de différends.

Voyons un exemple. Lors de la table ronde de l'ARC tenue dans le cadre de la Conférence annuelle 2018 de la FCF (une tribune donnant aux hauts fonctionnaires de l'ARC l'occasion de communiquer ses orientations au sujet des questions qui lui sont soumises par les professionnels du milieu fiscal), l'Agence a annoncé un changement de position relativement à la pratique universelle de réduction du capital déclaré d'une filiale en liquidation immédiatement avant qu'elle ne soit liquidée. Cette pratique courante, autorisée depuis des décennies, permet d'éviter la possibilité qu'un gain fictif imposable ne résulte d'une série d'opérations routinières de simplification structurelle, souvent nécessaires pour des raisons ne relevant pas de la fiscalité. Depuis l'annonce de l'ARC, les contribuables se demandent si leur cas particulier pourrait être jugé abusif par un vérificateur fiscal zélé. Une opération auparavant routinière soulève maintenant une incertitude injustifiée, situation entièrement attribuable au fait que l'ARC n'a pas clairement articulé sa logique quant aux fondements sur lesquels repose la disposition législative.

La volte-face de l'ARC en 2018 n'est pas un événement unique. Le 30 décembre 2019, l'Agence a révoqué sa circulaire d'information sur les prix de transfert, initialement publiée en 1987 et dont la dernière mise à jour avait été effectuée en 1999 (*Circulaires d'information IC87-2, 1987, et IC87-2R, 1999*). Dans une note publiée en février 2020, l'ARC a expliqué, sans s'en excuser, que la circulaire n'était pas conforme à ses interprétations actuelles, laissant sans réponse les interrogations des contribuables quant à la nature de ces nouvelles interprétations et à ce en quoi elles diffèrent au juste des interprétations antérieures. S'écartant de l'approche adoptée en 2018, l'ARC n'a proposé aucun allègement transitoire aux contribuables qui ont produit leurs déclarations en s'appuyant sur les politiques affichées de l'ARC. Ce comportement véhicule un regrettable

message : impossible de s'appuyer sur les politiques de l'ARC, même celles qui sont publiées et en vigueur depuis des décennies.

Cette tendance est exacerbée par le fait que l'ARC ne publie plus désormais les bulletins d'interprétation dans lesquels étaient auparavant exposées ses politiques relativement à un éventail de sujets et dont le caractère contraignant était généralement reconnu. Les bulletins ont été retirés il y a de nombreuses années, le gouvernement ayant cessé d'en financer la production. Ils ont peu à peu été remplacés par les folios de l'impôt sur le revenu, alors que l'on ignore encore souvent quoi faire des bulletins d'interprétation archivés.

Le problème est aggravé par les lacunes du processus de décisions au Canada. Les contribuables de certains autres pays ont facilement accès à un processus de décisions efficace, fiable et prévisible qui leur permet d'obtenir des autorités fiscales une décision exécutoire relativement à une opération. Comme nous l'avons vu précédemment, le rapport FMI-OCDE sur la certitude fiscale classe parmi les principaux objectifs « [traduction] l'accès à une structure décisionnelle en matière d'impôt propre à fournir des règles claires et simples ». Bien entendu, le processus de décisions de l'ARC est opérant, et les contribuables sont parfois en mesure d'obtenir une décision utile dans un délai raisonnable. Toutefois, la plupart des professionnels en exercice estiment aujourd'hui que la demande d'une décision anticipée n'est pas une option valable dans la majorité des cas, les opérations étant planifiées et exécutées à vive allure. Les statistiques révèlent une tendance au déclin du nombre de demandes de décisions anticipées, même s'il est possible que cette tendance ait atteint un creux de vague l'an dernier. Les problèmes que soulève le processus de décisions ne sont pas nécessairement tous attribuables à l'ARC, mais ces problèmes sont bel et bien réels, et l'investissement de ressources pour y remédier aurait sans doute pour conséquence d'améliorer la certitude fiscale.

Propositions de réformes futures

Il est impératif de remédier à l'effritement progressif de la certitude fiscale.

Au Canada, le gouvernement fédéral devrait appliquer la recommandation FMI-OCDE et adopter la certitude fiscale comme objectif clé, distinct de l'objectif de perception des recettes fiscales. La législation fiscale est actuellement évaluée en fonction de plusieurs critères, dont celui des recettes anticipées et de l'incidence sexospécifique. Le gouvernement devrait définir la certitude fiscale comme autre critère dans l'évaluation des réformes à venir.

Les autorités gouvernementales devraient envisager — peut-être dans le cadre d'une plus ample réforme du régime fiscal — de procéder à des modifications législatives

visant expressément la réduction de l'incertitude. La démarche exigera un vaste processus de consultation des professionnels du milieu fiscal. Et, bien entendu, il faudra veiller avec grand soin à ce que ce processus ne crée pas davantage d'incertitude.

Une initiative devrait aussi être lancée au sein de l'ARC pour déterminer quelles mesures peuvent être prises pour favoriser la certitude fiscale. Au nombre de ces mesures pourraient figurer une reconsidération du processus de décisions, une rationalisation du corpus d'interprétations techniques constitué au fil des 20 dernières années, et l'adoption en bonne et due forme d'un protocole de modification des positions administratives de longue date, en particulier celles qui sont codifiées dans des publications officielles, protocole dans lequel devra s'inscrire une large consultation des professionnels du milieu fiscal. ■

Certitude fiscale : Une perspective de l'industrie

Michael Munoz, Suncor Énergie

La « certitude » dans la législation fiscale est un sujet de discussion qui ne date pas d'hier parmi les fiscalistes. Ces dernières années, ces discussions semblent avoir pris de l'ampleur tant par la fréquence que par la charge émotionnelle. Du point de vue d'une grande société publique canadienne, le désir d'une plus grande certitude dans la législation fiscale (et d'autres réglementations) n'a jamais été aussi fort. Selon moi, la certitude fiscale devrait être une des grandes priorités des législateurs.

Le manque de certitude peut avoir des conséquences importantes pour les sociétés contribuables et l'environnement d'affaires. Il affecte l'investissement, directement et de manière significative; il érode la capacité des entrepreneurs à vérifier et à confirmer le respect des règles; et il mine fondamentalement la confiance entre les sociétés contribuables et les institutions gouvernementales.

Comment offrir de la certitude en matière de politique fiscale

Je crois qu'il existe trois types de certitude fiscale : la certitude sur le fond, la certitude procédurale et la certitude situationnelle.

Certitude sur le fond

La certitude sur le fond est ce à quoi la plupart des membres de la communauté fiscale pensent lorsqu'ils entendent le terme « certitude fiscale ». Une législation qui présente un degré élevé de certitude sur le fond vise à favoriser la *compréhension*. En bref, on peut lire une législation de ce type et comprendre intuitivement quelle action ou inaction est concernée et quelles sont

les conséquences ou les possibilités connexes. Les styles de rédaction qui privilégient, par exemple, les mesures quantitatives, les critères de démarcation nette et les règles refuge cherchent à fournir une telle compréhension.

Pour les législateurs, l'objectif de la certitude sur le fond entre en concurrence avec un autre objectif : les recettes. Les décisions de politique fiscale sont fortement pondérées en fonction des besoins fiscaux du gouvernement et toute législation fiscale comporte un élément de projection des recettes. Les gouvernements doivent s'efforcer de faire en sorte que les règles produisent les résultats escomptés. Cet objectif est servi par les principes d'exhaustivité et d'intentionnalité, selon lesquels les gouvernements cherchent à s'assurer qu'aucune « fuite » ne mine les objectifs de leur politique et que les règles servent leur but, sans exceptions ni surprises. Les styles de rédaction qui utilisent des critères de l'objet et des limitations « basées sur le caractère raisonnable » tentent de donner aux vérificateurs de l'ARC la discrétion et la liberté de mettre en œuvre les intentions législatives.

Au fil des ans, j'ai observé une préférence accrue, dans le style de rédaction canadien, pour l'exhaustivité et l'intentionnalité plutôt que pour la certitude et la clarté. La législation fiscale actuelle tend à être moins objective et les critères de l'objet ont tendance à être utilisés beaucoup plus fréquemment que les critères quantifiables et les règles refuge. Ce qui pose problème est que cette tendance se fonde sur l'hypothèse que ces critères ont une signification commune et partagée. La plupart des personnes qui connaissent bien ces interactions remettraient en question cette hypothèse. Les contribuables croient toujours qu'ils ont le droit de structurer leurs affaires pour réduire l'impôt dans les limites des règles, alors que l'ARC estime qu'elle a le devoir de récupérer des recettes supplémentaires importantes par le biais de nouvelles cotisations. Une formulation vague et basée sur les valeurs transforme certains différends qui devraient être des arguments sur la loi en contestations sur les valeurs et les perspectives. Cela augmente la charge émotionnelle du différend et érode la confiance que chaque institution a dans l'autre.

Certitude procédurale

Un régime fiscal qui n'offre pas de certitude sur le fond peut tout de même offrir un niveau de certitude suffisant aux contribuables s'il peut fournir une *orientation* : même si vous ne comprenez pas clairement comment appliquer les règles, vous savez comment procéder. Cette orientation peut être donnée à l'avance, grâce à un système de décisions efficace et efficient; ou après, grâce à un processus de règlement des différends efficace et efficient.

De nombreux éléments ont été mis en lumière ces dernières années concernant les difficultés du régime canadien à offrir une certitude procédurale (voir, par

exemple, le rapport de l'automne 2018 du vérificateur général du Canada). J'ai constaté que l'ARC était très réticente à fournir une orientation claire et simple aux contribuables dans toutes les circonstances, sauf les plus évidentes. Je pense que cette réticence est due à la crainte institutionnalisée que les contribuables puissent confondre les commentaires favorables de l'ARC, en abuser ou les élargir. En conséquence, les conseils de l'ARC, lorsqu'ils sont fournis, sont souvent prudents, étroitement limités par des mises en garde et enclins à mener à une conclusion qui maximise les résultats fiscaux en faveur de l'ARC. Je pense que des services tels que le processus de décision anticipée sont aujourd'hui tellement grevés par ces préoccupations qu'ils ont perdu une grande partie de leur utilité pratique pour les entreprises.

En outre, le vérificateur général, ainsi que de nombreux auteurs (dont moi-même), ont critiqué le processus de règlement des différends fiscaux du Canada pour son manque d'efficacité et d'efficience. Un système de règlement des différends inefficace détourne l'attention des autres préoccupations des entreprises et draine les ressources humaines et financières des sociétés et du gouvernement.

Le processus canadien de règlement des différends fiscaux pose problème aux grandes sociétés contribuables. Les règles doivent être mieux équilibrées. Selon l'ARC, le déséquilibre est intentionnel et nécessaire, mais j'ai du mal à accepter ce point de vue. La législation ne prévoit aucune exigence essentielle selon laquelle l'ARC doit motiver ses nouvelles cotisations, et les règles permettent à l'ARC de soulever de nouveaux arguments tard dans le processus de règlement des différends ou devant les tribunaux. En revanche, la législation limite la capacité des sociétés contribuables de soulever des positions qui n'étaient pas déjà exposées dans l'opposition initiale à une nouvelle cotisation. Je n'ai pas encore entendu d'arguments convaincants en faveur de cette asymétrie entre l'ARC et les grandes sociétés contribuables en ce qui concerne les droits et obligations de divulgation. En outre, l'ARC a le droit de percevoir la moitié du montant de l'impôt réclamé lors de l'assertion initiale d'une cotisation, et elle ne dispose d'aucun délai pour formuler un appel. Il est vrai que si la position du contribuable est finalement maintenue, l'excédent d'impôt perçu est restitué; toutefois, les intérêts payables au contribuable sont à un taux nettement inférieur aux niveaux disponibles sur les marchés de capitaux. En bref, il arrive souvent que des montants importants de capitaux soient prélevés à tort auprès des contribuables, qu'ils soient conservés pendant de longues périodes et qu'ils soient remboursés avec un faible taux d'intérêt. Les sociétés canadiennes sont donc obligées de déployer leurs capitaux de manière inefficace.

Un régime législatif plus équilibré est nécessaire. La réglementation pourrait répondre aux besoins des

vérificateurs de collecter des informations sans donner à ces derniers la possibilité de lever un montant d'impôt supplémentaire sans entraves. Les contribuables méritent une cotisation fondée et complète avant d'être tenus de payer un impôt supplémentaire. Une possibilité plus simple — si la réglementation sur les nouvelles cotisations est une proposition trop complexe ou indéfendable — serait de reporter le recouvrement des montants supplémentaires visés par une cotisation jusqu'à la clôture de la procédure d'appel, lorsque l'ARC aura mieux établi sa position. Ainsi, les sociétés canadiennes ne seraient pas obligées de déployer leur capital de manière inefficace pendant la longue période que dure le différend.

Certitude situationnelle

Un régime fiscal qui manque de certitude sur le fond et sur la procédure peut encore apporter une certitude situationnelle par le biais d'une *autorisation* ou d'une *exception*. Toutefois, de telles politiques tendent à se limiter à des secteurs, des contribuables ou des situations particuliers, et sont donc intrinsèquement politiques. Les exemples courants sont les « vacances », les « exemptions », les « incitatifs » et les « engagements ». Le régime fédéral canadien a historiquement été peu enclin à fournir directement une certitude situationnelle, en l'absence de certitude sur le fond ou sur la procédure, préférant privilégier les deux premières formes de certitude, avec un plus grand respect de la règle de droit et de l'égalité entre les contribuables.

Les conséquences de l'incertitude

La certitude fiscale a des effets importants sur notre environnement d'affaires. Ces effets sont très difficiles à prouver, mais les signes d'un lien de causalité sont forts. Les conséquences exposées ci-dessous reflètent mes propres observations à cet égard.

Investissement au Canada et compétitivité mondiale

Dans la plupart des organisations, les décisions d'investissement nécessitent une argumentation convaincante pour obtenir un soutien et surmonter l'aversion au risque, l'inertie générale des sociétés et la bureaucratie. Pour formuler une argumentation d'investissement, les organisations préparent des modèles financiers intégrant une analyse transparente des hypothèses sur les coûts et les opportunités à venir.

L'incertitude entrave la formulation des argumentations d'investissement parce qu'une part de plus en plus importante du raisonnement repose sur des hypothèses. Et l'incertitude fiscale et réglementaire n'est pas la seule forme d'incertitude à laquelle sont confrontées les décisions

d'investissement. L'incertitude provient de nombreuses forces externes importantes : économiques, sociales, politiques et technologiques, entre autres. L'incertitude fiscale prescrite est extrêmement frustrante, surtout si elle est intentionnelle ou applicable à certaines entreprises seulement dans certains secteurs ou certaines régions. La compétitivité mondiale préoccupe clairement le gouvernement canadien. À mon avis, le gouvernement peut soutenir la compétitivité beaucoup plus facilement par des mesures concrètes, telles que les taux d'imposition; les législateurs fiscaux ne tiennent pas suffisamment compte du lien entre incertitude et investissement.

Prenons un exemple d'il y a dix ans, lorsque la demande mondiale de gaz naturel liquéfié (GNL) a fortement augmenté. En 2011, la demande de gaz en rapide augmentation dans les pays d'Asie orientale (comme le Japon, la Chine, la Corée du Sud et l'Inde) a atteint un point culminant lorsque la centrale nucléaire de Fukushima au Japon a été frappée par un tsunami et que l'on a cherché à utiliser le GNL pour alimenter la production d'électricité à partir du gaz et ainsi remplacer la source d'énergie nucléaire. Une opportunité importante s'est présentée pour des pays tels que le Canada, riche en gaz naturel et ayant accès aux voies navigables pour desservir ces marchés asiatiques. Près de 20 projets distincts ont été entrepris sur la côte ouest du Canada. D'autres pays, dont le Qatar, les États-Unis et l'Australie, ont eu la même opportunité, et des sociétés y ont également exploré des options.

Les événements ultérieurs démontrent clairement les conséquences que l'importante incertitude fiscale du Canada peut avoir sur les décisions d'investissement. Les projets potentiels de GNL se sont heurtés à de nombreux obstacles réglementaires non fiscaux au Canada liés, par exemple, aux relations fédérales-provinciales, aux relations avec les autochtones et à la réglementation environnementale. Parmi les obstacles fiscaux, le plus important était de savoir si la taxe de vente provinciale de 7 pour cent de la Colombie-Britannique s'appliquerait aux coûts de construction. Cette taxe, contrairement à une taxe de vente récupérable telle que la taxe fédérale sur les produits et services, augmenterait le coût de ces projets de 7 pour cent en valeur absolue. L'incertitude quant à l'application de la taxe de la Colombie-Britannique a eu une incidence considérable sur les modèles financiers élaborés pour faciliter les décisions d'investissement. Ces modèles financiers étaient utilisés sans possibilité de justifier l'intégration ou l'exclusion de la taxe de vente dans le modèle. Les décisions ne pouvaient tout simplement pas être prises. Finalement, la province, après avoir subi d'importantes pressions pour plus de clarté, a publiquement annoncé que la taxe de 7 pour cent s'appliquerait effectivement aux coûts de construction. Les résultats fiscaux ont contribué à la conclusion que le

Canada ne pouvait pas concurrencer le Qatar, les États-Unis et l'Australie, et les investissements se sont fortement déplacés. Dans la décennie qui a suivi, huit projets de GNL ont été réalisés en Australie et quatre aux États-Unis; aucun n'a été réalisé au Canada. Il est à noter que les indicateurs mondiaux externes, tels que le prix des matières premières et la demande mondiale, étaient les mêmes pour chaque pays. Si la législation de la Colombie-Britannique avait offert de la certitude, le gouvernement de la province aurait reconnu le désavantage concurrentiel à un stade précoce et aurait eu le temps d'envisager une réponse législative ou administrative. L'absence de certitude a affecté la capacité du gouvernement à prendre une décision politique adaptée.

Une mise à jour intéressante de cette histoire concerne le projet de LNG Canada récemment approuvé. Dans un exemple peu commun de gouvernement canadien fournissant une « certitude situationnelle », le gouvernement de la Colombie-Britannique (probablement avec le recul) a décidé d'aborder le concept de paralysie de l'investissement d'une taxe de vente provinciale non recouvrable et a accordé une exonération spécifique de la taxe de vente au projet de LNG Canada.

Bonne gouvernance et conformité

L'impôt est une responsabilité réglementaire et une obligation administrative. Structurer correctement les affaires d'une organisation pour administrer et rendre compte avec précision des implications fiscales est une tâche importante, même pour les petites organisations, sans parler des grandes multinationales. En outre, nous vivons dans une société où une bonne gouvernance d'entreprise est d'un grand intérêt pour les actionnaires, les gouvernements et les contribuables. C'est une raison importante pour laquelle les organisations réclament une plus grande certitude dans la législation fiscale. Trop souvent, les contribuables se perçoivent comme étant parfaitement conformes et prudents, mais se trouvent dans l'impossibilité d'éviter un examen et une nouvelle cotisation uniquement en raison de l'ambiguïté des lois en vigueur et des lacunes procédurales de l'administration.

Les dirigeants fiscaux veulent non seulement être en conformité et atténuer les risques, mais aussi être *perçus* comme étant en conformité et avoir agi de manière appropriée pour atténuer les risques. L'incertitude importante tant dans le processus législatif qu'administratif rend difficile la distinction entre une bonne et une mauvaise gouvernance d'entreprise. Lorsque le règlement des différends est plus étroitement réglementé (de sorte que moins de différends surgissent) et plus efficacement traité (de sorte que les différends soient réglés plus rapidement), il est possible d'évaluer la prise de décision et d'ajuster la stratégie ou la gouvernance. Au Canada, les nouvelles cotisations sont un événement annuel pour presque toutes

les sociétés contribuables soumises à une vérification, et ces différends peuvent durer plus d'une décennie. L'évaluation de décisions prises il y a 10 ou 15 ans ne contribue guère à améliorer la gouvernance des entreprises aujourd'hui.

Confiance et règle de droit

Un problème moins souvent évoqué concernant l'incertitude de la législation est son impact négatif sur la relation entre les contribuables et le gouvernement. Une législation qui utilise des critères de démarcation nette et des mesures quantifiables donnera lieu à des questions de vérification ciblées sur des questions impersonnelles, telles que de savoir si les participations étaient ou non supérieures à 10 pour cent. Comparons cela avec une législation qui est formulée avec des facteurs beaucoup plus personnels, comme le fait de savoir si la réduction de l'impôt était « l'un des principaux objectifs » d'une certaine opération. Cette dernière question est non seulement beaucoup plus personnalisée et potentiellement accusatoire, mais aussi moins ouverte à des preuves objectives.

Même avec des critères de démarcation nette, le gouvernement et les contribuables peuvent ne pas être d'accord sur la pertinence de ces critères, et les contribuables peuvent ne pas toujours apprécier les résultats. Mais, quels que soient les gagnants et les perdants, nous n'avons pas, à mon avis, assez de ces critères. Le Canada doit réduire le volume des différends fiscaux, et l'utilisation d'un plus grand nombre de ces critères permettrait d'atteindre cet objectif. En outre, ces critères permettent aux responsables de la fiscalité de déterminer de manière concluante les résultats fiscaux des activités proposées et d'expliquer en toute confiance pourquoi un impôt est ce qu'il est. C'est un luxe peu commun de nos jours.

Les législateurs et les administrateurs fiscaux font de plus en plus preuve d'une méfiance explicite à l'égard des contribuables. Leurs communications sont parsemées de phrases éthiquement chargées mais vaguement définies telles que « la juste part d'impôt », et la fonction de vérification de l'ARC est décrite en termes de source de recettes, avec des références, par exemple, à l'« incidence fiscale » des vérifications et à la tâche de l'ARC de « protéger » la solidité financière du gouvernement. L'ARC utilise également des conventions de dénomination chargées d'émotivité pour ses employés, comme les agents « d'évitement fiscal abusif ». Les responsables de la fiscalité et les représentants financiers des sociétés, qui consacrent beaucoup de temps et d'efforts à la conformité fiscale, trouvent ces caractérisations offensantes.

Je ne veux pas faire croire que la méfiance du gouvernement est malveillante ou totalement infondée. Je peux comprendre que les fonctionnaires puissent être frustrés lorsque les contribuables planifient dans le but

de contourner un résultat escompté. Je peux également comprendre comment cette frustration peut influencer la rédaction législative future, et comment nous en sommes arrivés là. Ce que je veux dire, cependant, c'est que la réaction a été excessive et que le pendule a oscillé trop loin dans une direction. Je pense que la RGAE a mûri et qu'elle est désormais un outil important qui devrait être associé à une législation plus claire pour répondre aux comportements abusifs. Sinon, j'ai bien peur que nous continuions à sous-investir dans la certitude sur le fond. Cette tendance a déjà mis à rude épreuve le système des décisions et le système de règlement des différends au Canada, qui ne se sont pas avérés suffisamment efficaces pour offrir une certitude procédurale. Cela a encore érodé la confiance et entravé le développement de relations productives entre le gouvernement et les contribuables.

Enfin, avec les actions récentes et prévues de l'Organisation de coopération et de développement économiques, l'imposition des bénéfices réalisés au niveau international devient un facteur d'incertitude. Si la communauté mondiale mène à terme le réexamen des liens et de la manière dont les organisations multinationales calculent et paient les impôts dans le monde entier, les contribuables vont faire l'expérience d'une incertitude procédurale d'une tout autre ampleur. Avec le risque de voir se multiplier les différends entre les contribuables et plusieurs juridictions qui exercent chacune des droits sur le même dollar d'impôt, je crains que les frustrations ne s'accroissent et que des conséquences économiques indésirables ne s'ensuivent.

Conclusion

J'ai constaté que les législateurs sous-estiment systématiquement la certitude comme principe dans les décisions de politique fiscale. Le processus d'administration fiscale s'en trouve affecté, avec des retards et des coûts accrus.

La causalité et le lien précis étant difficiles à prouver, on ne peut qu'imaginer le capital supplémentaire qui aurait été injecté dans l'économie canadienne si la certitude avait été davantage au centre de notre paysage réglementaire et fiscal. Je pense que l'occasion manquée est importante. En outre, le respect des lois fiscales est devenu une préoccupation mondiale pour les gouvernements, mais le manque de certitude a rendu presque impossible de prouver (ou de réfuter) le respect des lois sans entrer dans un processus de règlement des différends, ce qui exerce une pression insoutenable sur ce processus. Cet état de fait a érodé la confiance institutionnelle entre le gouvernement et le contribuable.

Alors que la vitesse des affaires et des communications s'accroît, la capacité de déterminer clairement

l'applicabilité des lois simplement à partir de leur formulation est plus que jamais nécessaire. Les entrepreneurs doivent savoir quelles sont les règles et comment obtenir des réponses à leurs questions et, en cas de différend, ils doivent s'attendre à être traités de manière équitable et juste dans un délai raisonnable. Les gouvernements et les contribuables doivent à nouveau pouvoir faire confiance à leurs systèmes et institutions, et cela ne peut commencer que par le relèvement du niveau de certitude en tant que priorité de la politique fiscale et réglementaire. ■

La certitude fiscale et l'investissement des entreprises canadiennes : La recherche universitaire récente

Kenneth J. Klassen, KPMG, professeur de fiscalité, Université de Waterloo

Il est communément admis que les entreprises et les marchés n'aiment pas l'incertitude. Mais l'incertitude dans le système fiscal a-t-elle un effet observable sur la valeur des entreprises canadiennes dans l'économie mondiale? C'est une question importante : si le système fiscal canadien diminue la valeur des entreprises canadiennes, le pays devient un endroit moins désirable où investir, et les sociétés se retrouveront devant un coût du capital plus élevé.

Une étude récente sur l'incertitude relative aux prix de transfert

Pour commencer à comprendre l'effet de l'incertitude relative aux prix de transfert sur l'évaluation, Devan Mescall et moi-même avons étudié des fusions et acquisitions (F&A) et publié nos conclusions dans un article paru en 2018 intitulé « How Does Transfer Pricing Risk Affect Premiums in Cross-Border Mergers and Acquisitions? » (*Contemporary Accounting Research / Recherche comptable contemporaine*). Notre analyse a porté sur 3 100 opérations transfrontalières de F&A dans 39 pays, de 2000 à 2012. Pour évaluer la valeur d'une entreprise, il y a plusieurs avantages à étudier les opérations de F&A plutôt que, par exemple, les cours de la Bourse. Premièrement, une opération de F&A est généralement importante et fait l'objet d'une analyse détaillée par l'acquéreur dans le cadre du processus de diligence raisonnable, ce qui fait de la valeur de l'opération une estimation fiable de la valeur de l'entreprise. Deuxièmement, et c'est important dans ce contexte, l'opération de F&A peut permettre de repérer les caractéristiques propres à la cible et à l'acquéreur, caractéristiques qui constituent une base de comparaison entre les entreprises et les différents pays. Enfin, des

méthodes bien établies permettent de contrôler les différences entre les opérations, ce qui rend les conclusions de la recherche plus fiables.

Un désavantage notable de cette étude est que les opérations de F&A échantillonnées impliquaient des sociétés ouvertes acquérant des sociétés ouvertes. Il n'est pas possible de calculer la prime d'acquisition d'une cible privée car la valeur de la société privée avant l'annonce de la F&A n'est pas connue de manière fiable. Bien que les effets de l'incertitude relative aux prix de transfert sur l'évaluation des sociétés privées puissent être conceptuellement très différents, les mêmes forces économiques s'appliquent. L'ampleur des effets sur les sociétés privées peut être plus ou moins importante que celle touchant les sociétés ouvertes, selon l'effet qu'aurait l'incertitude sur la cible privée avant la fusion.

Pour explorer l'incertitude fiscale qui découle de la réglementation des prix de transfert et de son application, la recherche pour notre étude s'est appuyée sur une enquête approfondie menée auprès de 76 experts en prix de transfert de 33 pays et de 2 cabinets comptables mondiaux, dont 8 experts du Canada. Les 45 associés et 31 directeurs interrogés ont fourni 448 évaluations détaillées de l'incertitude relative aux prix de transfert (ou « risque lié aux prix de transfert »), qui reposaient sur leur expérience directe avec les administrations fiscales de ces 33 pays. Ces évaluations ont servi à établir une mesure de l'incertitude relative aux prix de transfert dans le temps et dans les différents pays.

Sur la base de ces données, le Canada s'est classé invariablement à un rang élevé quant à l'incertitude relative aux prix de transfert. Dans l'enquête, le Canada s'est classé au cinquième rang, derrière l'Inde, le Brésil, les États-Unis et l'Allemagne. Lorsque l'approche d'estimation pluriannuelle a été utilisée, le Canada s'est classé parmi les cinq premiers pays pour toute la période d'échantillonnage. Bien que la méthode utilisée pour extrapoler le classement dans le temps présente certaines limites, il est clair que le Canada figure systématiquement parmi les pays les plus incertains en ce qui concerne le traitement fiscal des prix de transfert internationaux. L'annulation récente de la *Circulaire d'information IC87-2R*, « Prix de transfert international », qui était en vigueur depuis longtemps, continue d'accroître l'incertitude relative aux prix de transfert au Canada.

Quel effet a donc l'incertitude sur les entreprises de ces pays? À l'aide de diverses spécifications, les analyses montrent qu'une augmentation de l'incertitude relative aux prix de transfert réduit la prime de F&A que les acquéreurs dans l'échantillon multinational sont prêts à payer en moyenne. Les résultats du modèle statistique sont toujours uniformément fiables à un niveau élevé. L'effet est assez important. Par exemple, si un pays réduit de 0,3 pour cent le

rang centile de ses pratiques en matière de prix de transfert, l'augmentation de la prime de F&A est de 2,3 pour cent. La diminution du rang centile de 0,3 ferait, par exemple, passer le Canada du cinquième rang le plus élevé au rang moyen des 39 pays. (Les pays qui se situent approximativement au rang moyen comprennent l'Argentine, le Danemark, les Pays-Bas et l'Espagne). Dans l'ensemble, étant donné que la prime de F&A de notre échantillon a une valeur médiane de 22,2 pour cent, un tel changement ferait augmenter la prime à 24,5 pour cent, ce qui laisse entendre que la valeur marchande globale des entreprises est inférieure de 2,3 pour cent à celle des pays où l'incertitude relative aux prix de transfert est moindre.

Notre étude explore également les acquisitions pour lesquelles les prix de transfert devraient être plus importants. Par exemple, si l'acquéreur et la cible ont le même code à deux chiffres de la classification type des industries (CTI), les deux sont susceptibles d'effectuer dans l'avenir un plus grand nombre de transferts intersociétés. Pour ce sous-ensemble d'opérations de F&A, l'effet de l'incertitude relative aux prix de transfert est presque multiplié par deux. C'est-à-dire que l'effet d'une diminution de 0,3 pour cent du rang centile a pour effet d'augmenter la valeur à 3,9 pour cent. Si les entreprises de l'acquéreur et de la cible sont toutes deux dans des industries de haute technologie, les résultats suggèrent que l'augmentation moyenne de la valeur serait de 4,3 pour cent.

L'étude fournit globalement des preuves solides que l'incertitude relative aux prix de transfert internationaux réduit la valeur des sociétés canadiennes sur le marché international. Une valeur inférieure a des conséquences négatives pour l'entreprise, même en l'absence d'une acquisition potentielle. Par exemple, une valeur plus faible augmente le coût du capital, ce qui réduit la capacité d'investissement et de croissance des entreprises.

Deux études sur l'incertitude fiscale et les décisions d'investissement des entreprises

D'autres chercheurs ont étudié les effets de l'incertitude fiscale sur les décisions d'investissement interne des entreprises. Une étude réalisée en 2017 par Michelle Hanlon, Edward Maydew et Daniel Saavedra (« The Taxman Cometh: Does Tax Uncertainty Affect Corporate Cash Holdings? », *The Review of Accounting Studies*) explore les effets de l'incertitude fiscale sur la propension des entreprises à détenir des liquidités. Les auteurs émettent l'hypothèse que les entreprises soumises à une plus grande incertitude fiscale détiennent plus de liquidités pour se prémunir contre des résultats fiscaux négatifs.

Pour mesurer l'incertitude fiscale, les auteurs utilisent l'information financière sur les économies d'impôt non constatées que les entreprises doivent fournir en application

des principes comptables généralement reconnus (PCGR) aux États-Unis et des normes internationales d'information financière (IFRS). D'autres chercheurs ont démontré que les montants des économies d'impôt non constatées d'une entreprise sont fortement liés à sa participation à des opérations commerciales présentant une plus grande incertitude fiscale, telles que la R&D et les prix de transfert, et à son recours à une planification fiscale plus agressive.

Se servant d'un échantillon de sociétés ouvertes américaines, les auteurs examinent la relation entre les liquidités et la taille des économies d'impôt non constatées, tout en contrôlant divers facteurs de liquidités, y compris une mesure d'ensemble de la planification fiscale agressive. Les résultats de l'étude montrent qu'il y a une forte relation positive entre les deux, ce qui est cohérent avec la proposition voulant qu'une plus grande incertitude fiscale entraîne de plus grandes liquidités. Cette relation se retrouve tant dans les sociétés américaines nationales que multinationales, avec une relation plus forte pour les sociétés nationales. Des tests supplémentaires montrent que la relation est plus forte dans les entreprises qui ont des moyens financiers limités et qui auraient plus difficilement accès à des capitaux supplémentaires si le besoin s'en faisait sentir.

Un article de 2019 de Martin Jacob, Kelly Wentland et Scott Wentland (« Real Effects of Tax Uncertainty: Evidence from Firm Capital Investments ») explore les investissements en capital des entreprises. Cet article utilise la mise en œuvre échelonnée par l'IRS du Schedule UTP — un formulaire pour la déclaration des positions fiscales incertaines (*uncertain tax positions* [UTP]) — entre 2010 et 2014. Le Schedule UTP exigeait des entreprises qu'elles fournissent à l'IRS des informations supplémentaires sur les montants de leurs positions fiscales incertaines. Cette nouvelle exigence a accru l'incertitude en matière d'application, car les entreprises croyaient que l'IRS utiliserait ces nouvelles informations dans ses efforts de vérification.

Parce que la mise en place de nouvelles obligations d'information a accru l'incertitude quant à l'application future des dispositions fiscales sans modification des activités de planification fiscale, la présente analyse se concentre sur la mise en place par les administrations fiscales de modifications à l'incertitude relative au paiement de l'impôt. Utilisant un échantillon type d'entreprises, les auteurs montrent qu'une plus grande incertitude fiscale est liée à différents types de planification fiscale, ou à une planification plus agressive. Dans cet échantillon, il est difficile de dissocier les effets des plans fiscaux des effets de l'incertitude concernant l'application. Selon l'approche de cet article, il est possible de tirer des conclusions en maintenant constantes les actions des sociétés tout en modifiant l'incertitude fiscale par la seule mise en œuvre

des exigences de l'IRS. À l'aide de cette approche, les auteurs démontrent que l'incertitude fiscale créée par ce nouveau régime de déclaration a amené les entreprises à retarder d'importants investissements en capital et à réduire le niveau global d'investissement dans les actifs productifs. Les auteurs utilisent également les montants des économies d'impôt non constatées, comme dans l'étude de Hanlon et autres.

Ces deux études démontrent globalement qu'une plus grande incertitude quant aux obligations fiscales incite les sociétés à réduire et à retarder leurs investissements en capital afin de disposer de plus de liquidités si jamais elles avaient éventuellement des impôts à payer. Dans le cas de l'étude de Jacob et autres, le changement de stratégie d'investissement est lié non pas à des choix abusifs de l'entreprise mais à une déclaration fiscale supplémentaire, qui a été perçue comme créant une plus grande incertitude quant à l'application future des dispositions fiscales par l'IRS.

Implications pour le système fiscal canadien

Les recherches universitaires examinées ci-dessus mettent en évidence plusieurs implications d'une plus grande incertitude fiscale. Le premier article, qui s'appuie sur l'approche étroite de la réglementation des prix de transfert et de son application, montre que des niveaux élevés d'application des dispositions fiscales a un effet négatif sur la valeur des sociétés canadiennes. L'effet de la réduction de la valeur de l'entreprise devrait se faire sentir plus largement, puisque diverses formes d'incertitude fiscale imposent des coûts similaires à la société. Une baisse de la valeur d'une entreprise signifie qu'il est plus difficile pour elle de mobiliser des capitaux et d'effectuer des investissements. Les deuxième et troisième articles évoqués ci-dessus montrent que les entreprises qui font face à des niveaux d'incertitude fiscale plus élevés déplaceront leurs investissements de l'acquisition d'actifs plus productifs vers la détention de liquidités pour se prémunir contre d'éventuelles cotisations fiscales. En résumé, ces résultats laissent entendre qu'une plus grande certitude dans le système fiscal augmenterait les investissements canadiens. ■

Certitude fiscale, complexité législative et règles refuge

Ken Griffin, PWC S.E.N.C.R.L./S.R.L.

La certitude fiscale et la complexité législative sont des notions apparentées, mais l'une ne gouverne pas toujours l'autre (ou, du moins, pas dans le même sens). C'est-à-dire que l'incertitude dans un domaine particulier de l'impôt sur le revenu canadien peut (et c'est sans doute le cas) découler soit d'une législation très simple, soit d'une législation très compliquée. Inversement, des mesures simples peuvent contribuer à réduire l'incertitude, tout comme une complexité accrue lorsqu'elle est utilisée pour mieux cibler une préoccupation fiscale particulière. La législation fiscale récente a toutefois eu tendance à créer à la fois plus d'incertitude et plus de complexité. Notre système fiscal et les contribuables canadiens méritent une plus grande dose de certitude.

Dispositions de biens : Gain en capital ou revenu ordinaire?

Par exemple, l'une des questions les plus fondamentales de l'impôt canadien sur le revenu est de savoir si un gain provenant d'une disposition particulière de biens est un gain en capital ou un revenu ordinaire. La législation correspondante est, dans un sens, simple car il n'existe pas de règles législatives d'application générale qui répondent à cette question. Les tribunaux ont donc été amenés à élaborer des règles de common law, sous la forme de considérations et de facteurs généraux, qui peuvent être appliquées à la situation particulière d'un contribuable. Bien que ces règles soient aujourd'hui raisonnablement bien comprises par les fiscalistes, une grande incertitude subsiste quant à leur application à des situations de fait réelles (en particulier dans un contexte de planification, car l'incertitude concernant des événements futurs ou des actions et décisions d'un contribuable peut influencer la détermination). Des mesures législatives ont été prises pour réduire cette incertitude, notamment le choix visant les « titres canadiens » prévu au paragraphe 39(4), qui permet à un contribuable qui n'est pas un « commerçant ou courtier en valeurs mobilières » de choisir que toute disposition de titres canadiens qu'il effectue soit réputée être une disposition d'immobilisations. Bien entendu, une certaine incertitude demeure, car il n'est pas toujours évident de savoir qui est un « commerçant ou un courtier ».

Plus récemment, d'autres mesures législatives moins simples ont été prises dans le cadre de la promulgation des règles relatives aux « contrats dérivés à terme » (CDT), qui visent à garantir que les montants qui devraient être traités comme un revenu régulier ne soient pas artificiellement

convertis en gains en capital. Le choix visant les titres canadiens est une approche « refuge » qui réduit à la fois la complexité et l'incertitude, et améliore la prévisibilité globale des résultats. En revanche, les règles relatives aux CDT ajoutent à la fois de l'incertitude et de la complexité. Des règles refuge appropriées (ou, plus généralement, des critères de ligne de démarcation très nette quant au moment où une disposition s'applique ou non) peuvent jouer un grand rôle dans la réduction de l'incertitude et de la complexité, tant pour les contribuables que pour le gouvernement, et devraient donc être encouragées.

Dans le contexte des gains provenant d'investissements immobiliers, l'incertitude peut être encore plus grande compte tenu du concept jurisprudentiel de l'« intention secondaire ». Il peut être particulièrement difficile de conseiller correctement les investisseurs potentiels dans un bien productif quant à savoir si la composante fiscale de leur modèle de souscription doit refléter le traitement en tant que gain en capital ou revenu à la sortie, à la fin de la période de modélisation. Même s'il n'est pas prévu concrètement de revendre le bien à la fin de la période (de sorte que la « sortie » n'est que théorique), les hypothèses du modèle concernant les valeurs de fin de période seront-elles utilisées comme preuve de la motivation de l'investisseur à effectuer l'investissement?

Si l'investisseur est habile à améliorer l'efficacité de l'exploitation et la composition des locataires et peut, par conséquent, prévoir des améliorations du revenu locatif net futur qui entraînent un gain présumé en fin de période, cela entachera-t-il la nature du gain qui sera ultimement réalisé? Les fonds d'investissement immobilier privés — en particulier les fonds étrangers qui doivent souvent employer dans leur structure une entité imposable faisant obstruction pour éviter d'imposer aux investisseurs ultimes des obligations de déclaration fiscale canadienne — trouvent très difficile de tolérer cette incertitude fiscale, à la fois parce qu'elle influence la décision d'investissement initiale et, plus important encore, parce qu'au moment de faire une distribution aux investisseurs après la disposition d'un bien, ils doivent déterminer les retenues à faire pour les impôts à payer. Les litiges longs et coûteux (tant pour les contribuables que pour le gouvernement) sont de plus en plus fréquents, et il est probable que cette situation n'ira qu'en s'aggravant.

Un choix relatif à une « période de détention minimale » pour les participations dans des biens immobiliers qui garantirait le traitement des biens en tant que biens en immobilisation pour un contribuable qui n'est pas un commerçant ou un courtier pourrait éliminer bon nombre de ces litiges et permettre de rediriger les ressources de l'ARC. Par exemple, le propriétaire d'une telle participation pourrait être autorisé à faire un choix pour qu'un bien donné soit considéré comme un « bien en immobilisation »

l'année au cours de laquelle le bien devient prêt à être mis en service (tel qu'il est défini, au paragraphe 13(28), pour un bien amortissable qui est une participation dans un bâtiment). En vertu de ce choix, la participation serait réputée être une immobilisation aux fins de la qualification d'un gain ou d'une perte lors d'une disposition ultérieure du bien qui a lieu au moins une année civile après la fin de l'année pour laquelle le choix est fait. Les règles relatives aux transferts avec lien de dépendance pourraient reconnaître la période de détention (et les choix précédents) du cédant. En l'absence de choix, les concepts existants continueraient à s'appliquer.

Bien que ce type de règle refuge puisse plutôt s'appliquer automatiquement sur la base d'une période de détention minimale, le fait de devoir faire un choix initial pourrait empêcher un contribuable de tenter de tirer parti du traitement garanti du bien en tant que bien en immobilisation si un gain est réalisé, tout en gardant la possibilité de soutenir qu'il devrait être traité comme un revenu (en partant du fait que le contribuable est un commerçant ou un courtier) si une perte survient lors d'une disposition après la période de détention minimale. Enfin, la règle pourrait également s'étendre pour qualifier d'immobilisations (pour plus de certitude) les participations dans les capitaux propres et les titres de créance d'une entité qui a fait le choix et qui respecte la période de détention minimale.

Incertitudes dans l'application des règles relatives à l'IRF

Les règles refuge peuvent cependant parfois constituer une solution de fortune à un problème plus grave d'incertitude législative. L'élargissement récent des règles relatives à l'impôt sur le revenu fractionné (IRF) à l'article 120.4 en est un bon exemple. Ces règles partent désormais du principe que tout est compris dans la définition de « revenu fractionné », sauf si une exception particulière peut être trouvée dans la définition de « montant exclu ». La plupart des contribuables sont obligés de déterminer si un montant donné peut être considéré comme provenant directement ou indirectement d'une société, d'une société de personnes ou d'une fiducie donnée ou d'une activité d'investissement (un exercice difficile et subjectif, truffé d'incertitudes), ou si le montant répond à un critère de « caractère raisonnable » très imprécis. Un certain nombre de règles refuge de démarcation très nette existent, mais l'accès à une exclusion utile, qui repose sur l'atteinte ou non d'un seuil minimum de participation, peut être considérablement réduit en fonction de l'activité et de la structure de la société sous-jacente; ainsi, de nombreuses situations qui sembleraient autrement mériter un allègement peuvent être exclues de la règle refuge.

Le problème sous-jacent aux règles relatives à l'IRF est sans doute l'approche législative qui exige que le contribuable trouve, et soit en mesure de soutenir, une exception aux règles, plutôt que d'exiger du Parlement qu'il définisse mieux les situations ciblées par la mesure. L'incertitude qui en résulte s'avère souvent difficile à résoudre pour les contribuables et leurs conseillers, car il est difficile de distinguer un schéma ou un principe cohérent concernant le méfait fiscal précis que les règles tentent de contrôler.

Parce que les règles relatives à l'IRF sont complexes et incertaines dans leur application, et parce qu'elles sont, en général, plus pertinentes pour le contribuable moyen qui n'a pas les ressources nécessaires pour effectuer l'analyse en profondeur qu'exigerait une plus grande certitude, l'approche pratique pour un contribuable consiste généralement à soutenir que les règles « ne devraient tout simplement pas s'appliquer » et à espérer que l'ARC n'effectuera pas de vérifications de grande envergure dans ce domaine. De toute évidence, cette approche n'est pas idéale dans le contexte d'un système d'autocotisation et, plus généralement, elle ne contribue pas à renforcer la confiance dans le régime fiscal canadien.

Cette approche devient toutefois de plus en plus courante, car les contribuables réagissent à la tendance de la législation fiscale récente à favoriser une complexité accrue afin de permettre au gouvernement d'avoir plus de certitude que l'évitement perçu sera freiné. Cette complexité est due au fait que les règles tentent de combattre non seulement le problème d'évitement fiscal expressément désigné, mais aussi toutes les variantes ou extensions possibles de ce problème. Il semble qu'une analyse solide n'ait pas toujours été appliquée pour déterminer si l'avantage pour le gouvernement (par exemple l'augmentation des recettes ou la réduction des fuites fiscales, la déduction faite des coûts de recouvrement supplémentaires) et le système fiscal (par exemple la perception publique de l'« équité ») justifie le coût pour les contribuables (en termes de coûts de conformité et d'impôt supplémentaire potentiel). Parmi les exemples notables de cette lacune législative, outre les modifications de l'IRF et les règles relatives aux CDT susmentionnées, on peut citer 1) les règles élargies sur les prêts d'entreprise adossés aux actionnaires, 2) les règles relatives au « revenu de société déterminé » qui peuvent limiter la déduction accordée aux petites entreprises, et 3) les règles modifiées au paragraphe 55(2).

L'étendue incertaine du paragraphe 55(2)

Compte tenu de l'effet négatif majeur de l'application de certaines de ces dispositions, les contribuables n'ont pas toujours les moyens de vouloir simplement résoudre les problèmes. Ils peuvent devoir consacrer plus de temps

et d'argent pour structurer une opération commerciale de manière qu'une règle anti-évitement étendue ne s'y applique pas, même si le contribuable n'a pas réellement l'intention d'éviter l'impôt. La situation récente d'un contribuable illustre un tel problème, dans le contexte du paragraphe 55(2).

Sexp était détenue par une société (Soc. A) et un particulier (M. X). Chacun possédait 50 pour cent de la catégorie unique d'actions ordinaires qui étaient en circulation. Sexp exploitait une entreprise en activité et disposait d'un revenu protégé en main attribuable aux deux actionnaires. M. X a vendu sa participation de 50 pour cent dans les actions ordinaires à une société non liée (Soc. B). Après la vente, Soc. B et Soc. A ont pu refinancer les activités de Sexp et libérer des liquidités pour distribution. La part de Soc. A était bien en deçà du revenu protégé attribuable à ses actions. Les actions de Soc. B ne comportaient pas un revenu protégé, car elles venaient d'être acquises à leur juste valeur marchande (JVM), de sorte qu'elles n'avaient pas de gain accumulé (tout le revenu protégé auparavant attribuable à ces actions était maintenant incorporé dans le prix de base rajusté des actions pour Soc. B).

Sexp aurait pu simplement distribuer l'argent au moyen d'un dividende imposable sur ses actions ordinaires, mais Soc. B craignait que l'un des objets du paiement ou de la réception du dividende puisse être considéré comme étant de réduire grandement la JVM de l'action (ou d'augmenter grandement le coût du bien), de sorte que le paragraphe 55(2) pourrait s'appliquer à l'égard de la part de Soc. B dans le dividende en vertu du sous-alinéa 55(2.1)b(ii). On peut soutenir qu'il n'y avait pas d'objet « défavorable » de ce genre, mais il serait très difficile d'éliminer toute incertitude à cet égard, et les conséquences d'une erreur (impôt payable par Soc. B lorsqu'aucun gain économique n'a été réalisé) seraient graves.

En théorie, les critères de l'objet élargis du paragraphe 55(2.1) laissent entendre que Sexp devrait plutôt effectuer une distribution à Soc. B qui réduirait le coût fiscal de ses actions, de sorte que Soc. B ne pourrait pas tirer avantage d'avoir des actions dont le coût fiscal est supérieur à la JVM. Malheureusement, le paragraphe 55(2), contrairement aux règles applicables aux sociétés étrangères affiliées, n'a pas été conçu avec une caractéristique permettant simplement à l'actionnaire de traiter un dividende comme un remboursement de capital entraînant une réduction de la base d'imposition. Soc. B doit donc plutôt choisir de risquer d'être jugée comme ayant une intention inappropriée à l'égard du dividende, une intention qu'elle pourrait avoir beaucoup de difficulté à réfuter.

Compte tenu de l'organisation du capital social de Sexp, il n'y avait pas de moyen facile de faire une distribution à Soc. B en tant que réduction du prix de base tout en

permettant à Soc. A de recevoir sa part de la distribution sous forme de dividende de revenu protégé. Au lieu de cela, une restructuration compliquée des actions et une série d'autres mesures ont été nécessaires pour que les actionnaires puissent recevoir leurs parts respectives de la distribution d'une manière satisfaisante pour chacun dans le contexte du paragraphe 55(2) et qui ne modifierait pas leur participation continue prévue de 50 pour cent dans Sexp.

L'incertitude introduite dans le paragraphe 55(2) par les critères de l'objet élargis, sans aucune indication sur la question de savoir si un contexte d'évitement donné doit être lié à ces objets pour que le paragraphe s'applique, n'est qu'une des nombreuses façons dont les modifications de 2016 ont accru l'incertitude concernant l'application du paragraphe 55(2). Bien que le gouvernement ait le souci légitime de limiter l'utilisation inappropriée des dividendes intersociétés exonérés d'impôt, il devrait revoir ce paragraphe pour trouver un équilibre plus raisonnable.

On ne pourra jamais éliminer l'incertitude fiscale; notre monde est trop compliqué, et aucun système fiscal fonctionnant correctement ne pourra jamais traiter de manière complète et exhaustive toutes les situations possibles et tous les faits. Néanmoins, lors de l'évaluation de la législation canadienne en matière d'impôt sur le revenu, plus d'attention devrait être accordée à l'accroissement de la certitude fiscale et à la réduction de l'incertitude fiscale, et à se demander si les mesures fiscales proposées peuvent être raisonnablement appliquées tant par les contribuables que par l'ARC. ■

Incertitude fiscale : Évitement fiscal abusif et planification fiscale agressive

Kevin Kelly, ministère des Finances de l'Ontario, Direction des services juridiques, avocat principal, Unité de l'analyse en matière d'évitement fiscal (Toutes les opinions exprimées sont uniquement celles de l'auteur.)

Que nous soyons planificateurs fiscaux, rédacteurs de lois, administrateurs fiscaux, conseillers en politique fiscale ou avocats fiscalistes, nous acceptons tous un certain niveau d'incertitude pour déterminer comment la législation fiscale, les conventions fiscales et les doctrines judiciaires s'appliquent aux différentes opérations. C'est en analysant des règles fiscales complexes et des dispositifs juridiques sophistiqués au milieu de cette incertitude que nous développons nos compétences créatives d'analyse et de défense des intérêts. En tant que fiscalistes, nous discernons différentes nuances de gris là où d'autres ne voient que du noir et du blanc. Bien que nous puissions nous épanouir dans cette incertitude, ce n'est pas le cas de nos clients (les contribuables et le gouvernement).

Bien que le terme « évitement fiscal » soit souvent utilisé de manière péjorative, je considère que la « planification fiscale » et l'« évitement fiscal » ont la même signification : organiser ses affaires de manière à réduire l'impôt (« réduction de l'impôt »). Dans le présent article, j'utilise les deux termes de manière interchangeable pour discuter de l'incertitude quant à savoir si une planification fiscale spécifiquement conçue pour obtenir un avantage fiscal est acceptable ou s'il s'agit d'évitement fiscal inacceptable.

Je reconnais que la législation fiscale n'indique pas clairement où tracer la ligne. La certitude, la prévisibilité, la clarté et la simplicité législatives (bien qu'ayant des objectifs évidemment louables) peuvent être difficiles à atteindre avec une législation fiscale qui est censée s'appliquer à des dispositifs juridiques multijuridictionnels complexes et évolutifs, en particulier lorsque des opérations d'évitement fiscal potentiellement inacceptables sont également prises en compte. Si nous acceptons une certaine incertitude législative (c'est-à-dire si nous acceptons qu'il y ait des interprétations différentes et contraires de la législation fiscale), comment pouvons-nous alors répondre aux préoccupations du gouvernement et des contribuables lorsque chacun prend en considération la planification fiscale potentiellement inacceptable dans le contexte de cette incertitude? Le gouvernement a une connaissance ou une compréhension limitée des types et de la portée d'opérations spécifiques d'évitement fiscal qu'il peut vouloir traiter, et les contribuables ont une capacité limitée à prévoir si, quand ou comment le gouvernement réagira face à de telles opérations. De plus, le calcul utilisé pour décider de la mise en œuvre des opérations peut avoir changé au moment de l'examen de ces opérations.

Évitement fiscal abusif et planification fiscale agressive

L'évitement fiscal abusif est une planification fiscale qui « ne fonctionne pas ». Un tribunal détermine que la planification effectuée par le contribuable est illégale et que toute contestation de l'ARC sera accueillie. Cette détermination peut être fondée sur une règle anti-évitement spécifique, une doctrine judiciaire ou la RGAE. Les tribunaux sont les arbitres ultimes pour déterminer si la planification fiscale est un évitement fiscal abusif. L'ARC est le gardien de cette détermination.

La planification fiscale agressive est une planification qui « fonctionne », dans le sens où un tribunal détermine que la planification à laquelle s'est livré le contribuable était légale et non un évitement fiscal abusif. Toutefois, si le ministère des Finances détermine que le résultat de la planification est contraire à ses considérations de politique fiscale, il traitera la planification en apportant des modifications législatives visant à protéger l'intégrité de l'assiette fiscale. Le ministère

des Finances est l'arbitre ultime pour déterminer si la planification fiscale est agressive.

Il existe un chevauchement évident entre l'évitement fiscal abusif et la planification fiscale agressive. La distinction entre les deux n'est qu'une tentative de différencier les types d'évitement fiscal qui préoccupent généralement l'ARC (volet administratif) et le ministère des Finances (volet législatif).

Examen de la planification fiscale potentiellement abusive ou agressive

Du point de vue du contribuable, l'incertitude quant aux conséquences fiscales d'une opération d'évitement fiscal potentiellement abusive ou agressive est un élément à prendre en considération au moment où les coûts et les avantages (et l'évaluation) de l'opération sont déterminés, avant la décision de la mettre en œuvre. Dans ce processus, les contribuables prennent généralement en compte 1) les conseils et l'avis fiscaux de leur conseiller; 2) si et quand l'ARC ou le ministère des Finances peuvent prendre connaissance de l'opération et, s'ils en prennent connaissance, si l'ARC peut contester l'opération comme étant abusive ou le Ministère peut la traiter comme étant agressive; et 3) tout risque à la réputation qui peut survenir si le contribuable est présumé s'être engagé dans une opération d'évitement fiscal abusive ou agressive. Les contribuables prennent également en considération le coût de la planification et de la mise en œuvre, les intérêts sur toute nouvelle cotisation potentielle, le coût de la résolution ou de la procédure judiciaire de tout différend avec l'ARC, et si une provision pour les positions fiscales incertaines sera nécessaire dans tout état financier vérifié. Si un contribuable détermine que les avantages fiscaux attendus l'emportent sur les coûts prévus de l'opération d'évitement fiscal potentiellement abusive ou agressive, il ira de l'avant avec l'opération, et les conséquences négatives ne se produiront par la suite que si ses attentes et son calcul (tels que reflétés dans l'évaluation) se révèlent faux.

Du point de vue du gouvernement, les finances publiques sont estimées sur la base de modèles économiques qui supposent l'intégrité des recettes escomptées résultant de la législation fiscale après prise en compte des réactions des contribuables. La capacité du gouvernement à prévoir les réactions en matière de planification fiscale est toutefois limitée. Si les attentes ne sont pas satisfaites (en raison d'un évitement fiscal que le gouvernement n'a pas anticipé et dont il n'a pas connaissance), l'assiette fiscale est érodée. L'érosion de l'assiette peut entraîner une augmentation de la dette publique, une hausse des taux d'imposition, un élargissement de l'assiette fiscale ou une diminution des services publics. Ces conséquences touchent tous les

contribuables et pas seulement ceux qui se sont livrés à un évitement fiscal potentiellement abusif ou agressif.

Avis fiscaux : Limitations

La fiscalité est compliquée. C'est pourquoi les fiscalistes ne manquent pas de travail. Nous conseillons nos clients (les contribuables ou le gouvernement) sur les conséquences susceptibles de découler de l'application de la législation fiscale, des conventions fiscales et des décisions judiciaires relatives aux rapports et aux opérations juridiques. Nos conseils se fondent sur notre opinion réfléchie, et l'opinion réfléchie d'un conseiller peut être différente de celle d'un autre. Les clients prudents peuvent demander l'avis de plus d'un conseiller.

Un avis fiscal n'est pas la confirmation qu'une opération d'évitement fiscal « fonctionne » ou « ne fonctionne pas ». Un avis fiscal est simplement l'opinion d'une personne ou d'un cabinet. Les conseillers fiscaux doivent s'assurer que leurs clients (les contribuables ou le gouvernement) comprennent les limites de leurs avis et conseils fiscaux dans toute évaluation des risques pertinente. Un avis fiscal est généralement limité par 1) le fait qu'il s'agisse ou non d'un avis juridique; 2) l'expérience pertinente du conseiller; 3) le fait que le conseiller ait ou non un parti pris ou un conflit d'intérêts; 4) les faits exposés et les hypothèses formulées; 5) le niveau de l'avis (utilisation de termes comme « meilleure approche » ou « plus probable qu'improbable », « devrait » ou « sera »); et 6) la nature inévitablement statique d'un avis (c'est-à-dire qu'un avis ne tient pas compte des changements ou tendances potentiels des décisions judiciaires, des positions administratives, de la législation, des développements internationaux ou de l'opinion publique).

Les avis fiscaux ne sont pas une assurance contre l'incertitude fiscale. Il existe une assurance contre le risque fiscal des opérations (ou encore une assurance responsabilité fiscale ou une assurance sur les avis fiscaux) pour les contribuables précisément à cette fin. Toutefois, une opération d'évitement fiscal pour laquelle le niveau d'avis fiscal est inférieur à un « devrait » peut constituer un risque non assurable.

Les contribuables doivent tenir compte de la valeur (le cas échéant) d'une « meilleure approche » ou d'une opinion « plus probable qu'improbable » dans leur analyse coûts-avantages pour toute opération d'évitement fiscal. Tout contribuable qui va de l'avant avec une « meilleure approche » ou un « plus probable qu'improbable » a évidemment décidé d'accepter l'incertitude fiscale. Il existe un processus de décision anticipée volontaire en matière d'impôt pour offrir de la certitude aux contribuables.

Transparence

Il y a peu de transparence entre le gouvernement et les contribuables. La relation est généralement antagoniste plutôt que coopérative. Ce manque de transparence et de coopération entraîne une grande incertitude quant à savoir si le gouvernement est au courant des opérations d'évitement fiscal et s'il considère un cas particulier de planification fiscale comme abusif ou agressif. C'est pourquoi les contribuables ne peuvent pas prévoir si, quand ou comment le gouvernement réagira face à une opération particulière.

Existe-t-il, en plus du processus de décision anticipée en matière d'impôt, des arrangements volontaires susceptibles d'encourager la transparence, la coopération et la certitude fiscale? Dans le contexte de l'évitement fiscal au Royaume-Uni, le *Code of Practice on Taxation for Banks*, qui existe depuis 2009, est un exemple d'arrangement volontaire apparemment réussi entre un groupe sectoriel et les autorités fiscales britanniques (HM Revenue & Customs). Les quelque 320 participants volontaires comprennent les six plus grandes banques canadiennes.

Si la divulgation volontaire et la coopération ne contribuent pas à accroître la transparence, les contribuables devraient-ils être tenus de divulguer de manière proactive et en temps utile les opérations d'évitement fiscal potentiellement abusives ou agressives? Le Canada a des exigences de divulgation obligatoire assez limitées par rapport aux exigences strictes des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Union européenne en matière d'opérations d'évitement fiscal.

Changer le calcul

L'incertitude fiscale n'est qu'une variable parmi d'autres dans le calcul du contribuable pour décider de mettre en œuvre une opération d'évitement fiscal potentiellement abusive ou aggressive. Le coût de cette incertitude fiscale pour le contribuable ne dépasse pas nécessairement les avantages de l'opération. L'augmentation des coûts prévus pourrait-elle avoir un effet important sur la manière dont les contribuables gèrent le calcul de cette incertitude fiscale?

Que se passerait-il si l'ARC et le ministère des Finances étaient informés des opérations d'évitement fiscal potentiellement abusives ou agressives, et s'ils étaient en mesure de les examiner et de les traiter de manière plus efficace et plus rapide, grâce à des régimes améliorés de divulgation volontaire ou obligatoire pour les contribuables? Que se passerait-il si une sanction pécuniaire était infligée aux contribuables dont il est établi qu'ils se sont livrés à un évitement fiscal abusif? Que se passerait-il dans le

cas d'une surveillance accrue exercée par le public, les autorités réglementaires ou les investisseurs sur l'évitement fiscal abusif ou agressif considéré en tant que facteur environnemental, social ou de gouvernance?

De tels changements — si nous acceptons qu'une certaine incertitude soit inévitablement liée à la détermination du caractère acceptable ou inacceptable de la planification fiscale — pourraient-ils rendre les contribuables moins enclins à effectuer ou à faciliter un évitement fiscal potentiellement abusif ou une planification fiscale agressive? La mise en œuvre de moins d'opérations d'évitement fiscal potentiellement abusives ou agressives est un moyen évident de mieux gérer les conséquences négatives de l'incertitude, tant pour les contribuables que pour le gouvernement. ■

Point de vue d'une avocate plaideuse sur la certitude fiscale

Martha MacDonald, Torys LLP

Imaginez-vous dans une salle de conférences ensoleillée en train de conclure une grosse affaire. Vous avez une confiance raisonnable en votre analyse fiscale. Vous avez un avis juridique de votre avocat fiscaliste.

Maintenant, imaginez-vous en train d'ouvrir les portes d'une salle d'audience de la Cour canadienne de l'impôt, environ 10 ans plus tard. Au moment de vous approcher de la barre des témoins pour témoigner, combien confiant êtes-vous?

Dans cet article, je parlerai de certains des problèmes qui touchent la certitude fiscale à l'étape du procès. Les tribunaux s'efforcent de respecter l'intention du législateur et de régler les différends en se basant sur des principes juridiques objectifs plutôt que sur des impressions subjectives. Ces efforts favorisent la constance, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal. Mais cela n'empêche pas l'incertitude de s'immiscer parfois dans le processus.

Le droit fiscal n'est pas interprété en vase clos

Certaines opinions fiscales portent un regard froid et abstrait sur le droit fiscal, ce que les tribunaux font rarement. Durant un procès, les arguments de droit fiscal sont présentés en dernier. À cette étape, le juge de première instance a entendu les témoins factuels et experts, s'il y a lieu, et admis la totalité des preuves. Par conséquent, les preuves mettent l'argumentation juridique en contexte. Il en va de même en appel, où les juges ont accès au dossier de la preuve, aux arguments écrits et aux autorités avant le début de l'audition.

Certitude des questions

Les questions examinées par le tribunal seront-elles les mêmes que celles couvertes dans l'avis juridique? La liste sera probablement plus courte, et possiblement différente.

L'administration fiscale pourrait être en désaccord avec seulement certaines des positions particulières prises dans l'avis juridique. Cependant, les points en litige peuvent changer avant le procès. La Couronne ne peut pas soutenir que le fondement d'une cotisation est incorrect, mais elle peut abandonner le fondement original et avancer de nouveaux arguments. Par exemple, dans l'arrêt *Burlington Resources Finance Company v. The Queen* (2020 TCC 32), la Cour canadienne de l'impôt a permis à la Couronne d'abandonner les allégations relatives aux prix de transfert qu'elle avait soutenues pendant sept ans et à travers nombre d'interrogatoires préalables et de motions préliminaires.

Une fois qu'un procès est commencé, l'acceptation, par la Cour, des questions telles qu'elles sont présentées par les parties est incertaine. On ne s'entend pas sur le rôle du juge dans un appel en matière d'impôt. D'un côté, certains pensent que le juge de première instance doit vérifier que la cotisation qui fait l'objet d'un appel est adéquate, sans plus. Comme l'a expliqué le juge Rothstein dans l'arrêt *Canada c. McLarty* (2008 CSC 26), « En matière de nouvelle cotisation, le rôle du tribunal se borne à trancher les différends entre le ministre et le contribuable. Il n'est pas le protecteur des revenus de l'État. Le tribunal doit uniquement décider si le ministre, selon le fondement qu'il a choisi pour établir la cotisation, a raison ou a tort. »

D'autres pensent qu'il revient au juge de déterminer l'analyse fiscale correcte. C'est cette opinion qui a étayé la décision de la Cour canadienne de l'impôt dans le cas *Descarries c. La Reine* (2014 CCI 75). L'appel portait sur la règle générale anti-évitement (RGAE). La Cour canadienne de l'impôt a rendu des arguments sur la détermination d'un mésusage ou d'un usage abusif d'une disposition particulière, déviant du fondement de la cotisation et des positions des parties et introduisant de l'incertitude dans les questions.

Certitude quant à l'issue des cas fiscaux de nature technique

La cour tranchera-t-elle les questions fiscales de nature technique de la même façon que les opinions en matière d'impôt? Peut-être pas, et ce, pour plusieurs raisons, notamment 1) les questions relatives aux preuves, 2) l'approche de la cour quant à l'interprétation législative et 3) les changements *a posteriori* dans la loi et les documents extrinsèques.

Preuves

Les opinions en matière d'impôt supposent souvent des faits. Dans un contentieux fiscal, on doit démontrer les faits au moyen de preuves admissibles selon la prépondérance des probabilités. Il revient aussi aux contribuables de réfuter les hypothèses factuelles présentées par l'administration fiscale. Un contribuable pourrait avoir une théorie juridique valable, mais perdre parce qu'il a échoué à apporter des preuves suffisantes.

Interprétation législative

L'approche que prend la cour pour interpréter une loi fiscale pourrait influencer sur l'issue d'une affaire. La Cour suprême a adopté l'approche moderne, celle de l'analyse textuelle, contextuelle et téléologique. Une autre veine de la jurisprudence adhère à une approche qui cherche un résultat rationnel, pratique et raisonnable qui va dans le sens du régime législatif.

Récemment, dans l'arrêt *Canada c. Cheema* (2018 CAF 45), la Cour d'appel fédérale a confronté ces deux approches. Elle s'est demandé si une fourniture en vertu d'un nouveau régime de remboursement pour habitations neuves était faite à une personne qui avait signé une promesse bilatérale de vente (comme l'affirmait la majorité) ou à une personne qui en obtenait la propriété effective (comme l'affirmait la position dissidente).

Dans l'arrêt *Cheema*, la majorité a expliqué que l'analyse « rationnelle, pratique et raisonnable » n'était pas appuyée par l'administration et que sa subjectivité était inacceptable comparativement à l'approche moderne : « [L]a dernière approche repose sur la nature de la loi, tandis que la première dépend de la nature du juge. En effet, un juge pourrait estimer qu'un résultat est rationnel, pratique et raisonnable, tandis qu'un autre pourrait avoir une opinion différente. »

Selon la majorité, l'approche adoptée à l'égard de l'interprétation législative a fait toute la différence : le contribuable a perdu, tandis qu'il serait sorti victorieux en vertu de l'autre approche.

Modifications législatives a posteriori

Les changements *a posteriori* aux lois fiscales sont particulièrement frustrants. La cour doit appliquer les lois fiscales en vigueur pour l'année d'imposition pertinente au moment de sa décision. La constitution n'empêche pas l'apport de modifications rétroactives aux lois fiscales. En faisant une modification rétroactive en cours de procès, il arrive parfois que des gouvernements en sortent « vainqueurs » (par exemple *Procter & Gamble Inc. v. Ontario (Finance)*, 2010 ONCA 149) ou étaient une position dans une affaire en instance (par exemple *CIBC c. La Reine*, 2006 CCI 336).

Plusieurs modifications législatives ne sont pas rétroactives à la période visée par l'appel. Règle générale, une modification ne signifie pas que la loi révisée diffère d'avant le changement ni n'implique une déclaration quant à l'ancien état du droit (voir en exemple l'article 45 de la Loi d'interprétation).

Il s'agit de savoir si la considération des modifications ultérieures est trop subjective. Les décisions rendues au procès et en appel dans l'affaire *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* (2002 CAF 260; rév. 2001 CanLII 689 (CCI)) illustrent ce point. La Cour canadienne de l'impôt a refusé de considérer des modifications ultérieures parce que différentes personnes pourraient en venir à des conclusions opposées quant à leur effet : « Une personne pourrait tirer la conclusion selon laquelle le législateur ne faisait que rendre explicite ce qui a toujours été implicite. Une autre pourrait conclure qu'il cherchait à corriger des faiblesses présentes dans la loi antérieure. Une troisième pourrait en venir à la conclusion que le législateur avait l'intention de modifier la loi. » Ces incertitudes ont fait en sorte que la loi ultérieure constitue « un guide d'interprétation très peu fiable ».

En appel, cependant, la Cour d'appel fédérale a jugé que des principes de droit objectifs plutôt qu'une approche subjective étaient en cause : « [L]a Loi d'interprétation n'empêche pas la Cour de tirer une inférence selon laquelle les modifications sont destinées à changer la loi lorsque la preuve interne et externe justifie une telle conclusion. »

Il en résulte qu'un tribunal peut examiner une transaction par comparaison avec des modifications législatives qui n'avaient pas encore été apportées, voire proposées, au moment où la transaction a été conclue. L'avis fiscal n'aurait tout simplement pas traité de telles questions.

Modifications a posteriori des documents extrinsèques

Les tribunaux pourraient consulter des documents extrinsèques dans leur interprétation de la loi. Il y a incertitude lorsque les tribunaux admettent des documents extrinsèques qui ont été publiés après que les transactions en question se sont produites. Des documents publiés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) illustrent cette situation. L'opinion quant au caractère acceptable de plans fiscaux internationaux particuliers varie, tout comme la méthode qu'on devrait utiliser pour effectuer certaines analyses. La certitude est compromise lorsque les attitudes changent entre la conclusion d'une affaire et l'appel en matière d'impôt.

Le débat étroit porte sur la version des diverses publications à consulter. Par exemple, les tribunaux ont reconnu les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales*

et des administrations fiscales de l'OCDE (les « principes de l'OCDE ») comme des documents extrinsèques permis dans les cas relatifs aux prix de transfert. Plusieurs versions ont été publiées depuis 1979. Les tribunaux ont considéré des versions publiées après la période visée par l'appel. Dans un cas relatif aux prix de transfert qui appliquait l'ancien paragraphe 69(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu aux années d'imposition 1990 à 1993 de GlaxoSmithKline Inc., la Cour suprême a considéré les versions de 1979 et de 1995 (*Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 CSC 52).

De même, les tribunaux ont admis le *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune* et ses commentaires de l'OCDE comme document extrinsèque dans l'interprétation des conventions fiscales bilatérales du Canada. Plusieurs versions ont été publiées depuis 1977. Le jugement faisant autorité quant à la version à consulter est *Prévost Car Inc. c. Canada* (2009 CAF 57). L'affaire mettait en cause une convention fiscale conclue d'abord en 1986 et des dividendes payés entre 1996 et 2001. La Cour d'appel fédérale a maintenu que les commentaires de 2003 étaient la version à consulter.

Un tribunal pourrait interpréter les dispositions des lois et conventions fiscales canadiennes en utilisant des documents extrinsèques qui n'existaient pas lorsque la transaction a été conclue et cela pourrait s'écarter des normes qui existaient à cette époque. Dans certains cas, l'avis fiscal n'aurait pas raisonnablement pu prévoir de tels développements.

Certitude de l'issue dans les cas anti-évitement

La RGAE est parfois considérée comme un affront à la recherche habituelle de certitude, de prévisibilité et d'équité dans les questions fiscales. Un tribunal analysera-t-il la RGAE de la même façon que l'avis fiscal l'a fait, en supposant que l'avis en ait seulement traité? Peut-être pas.

Souvent, la plus grande incertitude dans les cas relatifs à la RGAE dépend de ce que le tribunal décidera quant à l'octroi d'un avantage fiscal : va-t-il dans le sens de l'objet et de l'esprit de la disposition qui donne lieu à l'avantage fiscal ou les contourne-t-il? Il s'agit de savoir si la RGAE est un critère judiciaire approximatif ou une norme juridique rigoureuse.

La Cour suprême a clarifié qu'il revient à la Couronne de démontrer l'objet et l'esprit d'une disposition et quelque mésusage ou usage abusif que ce soit, et le bénéfice du doute échoit toujours au contribuable. La Cour suprême a prévenu dans *Cophorne Holdings Ltd. c. Canada* (2011 CSC 63) qu'il « ne faut cependant pas confondre la détermination de la raison d'être des dispositions applicables de la Loi avec le jugement de valeur quant à ce qui est bien ou mal non plus qu'avec les conjectures sur ce que devrait être une loi fiscale ou sur l'effet qu'elle devrait avoir ». La jurisprudence

appuie plutôt l'utilisation de l'approche d'interprétation législative moderne pour déterminer l'objet et l'esprit d'une disposition, soit une analyse textuelle, contextuelle et téléologique. Néanmoins, on se questionne sur la subjectivité chaque fois qu'une décision relative à la RGAE est infirmée en raison d'un point de vue différent sur l'objet et l'esprit d'une disposition.

Les modifications législatives ultérieures sont particulièrement problématiques dans les cas impliquant la RGAE. Cette règle est parfois appliquée à des périodes qui ont précédé une modification législative, comme si le texte modifié concerne un objet ou un esprit continu. Cette stratégie réussit ou échoue suivant l'interprétation que le tribunal fait de la modification. La Cour d'appel fédérale a expliqué dans *Canada c. Oxford Properties Group Inc.* (2018 CAF 30) que « les dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal doivent d'abord être interprétées individuellement. Ce n'est qu'à la suite de cette analyse qu'il sera possible de décider si une modification subséquente portant sur le même sujet confirme ou modifie l'état antérieur du droit » dans le contexte de la RGAE.

Conclusion

La meilleure arme contre l'incertitude en contentieux en matière d'impôt sur le revenu est une preuve admissible d'éléments factuels importants. Dans cet article, j'ai laissé entendre que des événements qui se produisent *a posteriori* et, généralement, qui sont indépendants de la volonté du contribuable, pourraient influencer l'issue d'un procès dans les cas de nature technique et anti-évitement. Il pourrait en résulter de l'incertitude; en revanche, des développements ultérieurs pourraient appuyer des positions prises dans l'avis. Un avocat plaideur habile développera une théorie de l'affaire qui tient compte de ces variables, et de bien d'autres encore, pour préparer le meilleur appel possible. ■

Certitude fiscale : Le point de vue d'un fonctionnaire du fisc

Ted Gallivan, sous-commissaire, Direction générale du secteur international, des grandes entreprises et des enquêtes, Agence du revenu du Canada

L'administration fiscale passe le plus clair de son temps et de son énergie à essayer d'établir de la certitude pour les contribuables, les gouvernements et les citoyens. Les lecteurs pourraient ne pas être d'accord avec cette affirmation, en raison de leur propre expérience et, dans certains cas, d'une longue carrière passée à vivre avec le contraire de la certitude fiscale. Saisir cette différence de points de vue entre l'administration fiscale et le reste du monde permet de comprendre comment les

administrateurs fiscaux peuvent contribuer à la fois à réduire et à renforcer la certitude fiscale.

Un continuum de comportements

Les administrateurs fiscaux et les lecteurs de cet article conviendraient tous, idéalement, qu'il existe un continuum de situations et de comportements qui s'étend de la certitude associée à la conformité volontaire à une zone d'incertitude, en passant par une gamme de comportements non conformes (avec, à l'extrême, la fraude fiscale criminelle) que même les contribuables touchés considéreraient comme illégaux. Tout contribuable, comptable, avocat, vérificateur, agent des appels, pays ou juge pourrait placer n'importe quel cas donné à différents points d'un tel continuum. Les débats et les litiges provoqués par chacun de ces cas peuvent cacher le fait qu'une administration fiscale et une communauté de contribuables ont en commun un désir ardent de certitude fiscale.

Pour ce qui est du continuum de situations et de comportements proposés ci-dessus, l'administration fiscale travaille à gérer deux « lignes ». La première court entre 1) ce qui est « nettement » conforme (soit un type de certitude) et 2) une gamme de niveaux d'incertitude. La seconde relie l'incertitude et ce que l'ARC perçoit comme un comportement non conforme.

La fonction des vérifications de l'ARC : Se concentrer d'abord sur les problèmes les plus graves

Le but à long terme de la fonction de conformité, principalement le rôle des vérifications de l'ARC, consiste à gérer l'incidence de la non-conformité. Par conséquent, la seconde ligne mentionnée ci-dessus (entre l'incertitude et la zone de non-conformité) est particulièrement importante pour la fonction de vérification. Toutes les administrations fiscales cherchent à éliminer la zone de non-conformité. Nous mesurons le manque à gagner fiscal associé à cet espace et considérons le rendement brut des vérifications comme indication du progrès réalisé pour combler l'écart.

Gérer l'incertitude extrême

L'ARC travaille continuellement à faire connaître à la population des situations qu'elle croit être nettement non conformes. Elle publie de l'information sur les condamnations criminelles. Les abris fiscaux que l'ARC considère comme abusifs sont communiqués en ligne. En 2019, l'Agence a commencé à publier à l'intention des fiscalistes des avis relatifs aux types de planification contestés lors des vérifications. Les plans de l'ARC à l'intention des entreprises, les annonces ministérielles et les remarques prononcées par des fonctionnaires lors de

conférences et autres événements fournissent souvent des exemples précis de cas de non-conformité perçue auxquels l'Agence accorde la priorité.

À la frontière entre l'incertitude et la non-conformité, dans les domaines où l'ARC perçoit une non-conformité notable, celle-ci aspire à une divulgation accrue au moment de la déclaration. La mise à jour de l'approche de l'ARC au regard du formulaire T-1135, *Bilan de vérification du revenu étranger*, au milieu des années 2010 en est un bon exemple. Les communications de l'ARC relativement au formulaire T-1134, *Déclaration de renseignements sur les sociétés étrangères affiliées contrôlées et non contrôlées*, fin 2019 visaient à déterminer de manière transparente un domaine qui ferait l'objet d'un examen plus minutieux. En outre, l'Agence publie souvent des résultats propres à ce contexte, par exemple la valeur en dollars de pénalités imposées à des tiers pour une année donnée. Du point de vue de l'administration, nous tentons de clarifier les questions auxquelles nous nous attaquerons (ou prévoyons de nous attaquer) et nous sommes de plus en plus transparents dans l'annonce préalable de ces questions.

Considérons maintenant certains exemples cités par d'autres contributeurs au numéro inaugural de ce bulletin. On pourrait dire que les remarques faites par l'ARC en table ronde lors de conférences introduisent de l'incertitude parce que l'Agence y dévie de ses positions de longue date; mais on pourrait aussi affirmer qu'elles réduisent l'incertitude parce qu'elles clarifient pour la communauté fiscale les opinions et les intentions actuelles de l'ARC.

L'ARC écoute aussi, comme le ministère des Finances, les opinions divergentes quant au point où la démarcation entre incertitude et non-conformité se situe ou devrait se situer. Par conséquent, lorsque l'ARC discute de changements, communique des changements prévus ou annonce des plans futurs, elle ne fait pas que s'adresser aux contribuables; elle les écoute aussi (sans nécessairement être d'accord avec ce qu'ils disent).

Plaider sur les limites de la planification fiscale est coûteux et long, et l'issue est incertaine pour toutes les parties. Puisque des sommes d'argent considérables et des questions complexes sont en jeu, les litiges fiscaux sont inévitables. Cependant, si le dialogue sur ces questions peut mener à une compréhension mutuelle, à une raréfaction des procès ou à une réduction des occasions de litige, les fonctionnaires de l'ARC continueront alors d'investir beaucoup de temps à amorcer un tel dialogue.

Encore une fois, il est possible que les lecteurs doutent de cette affirmation, et ce, en raison de leur expérience personnelle. Mais rappelez-vous que, lorsque l'ARC remanie un formulaire, engage de nouvelles équipes de vérificateurs ou multiplie les annonces sur une question, elle croit ainsi générer de la certitude. Ce que nous disons, en fait, c'est que nous entendons contester une certaine

approche du contribuable. Je peux comprendre que certains contribuables accepteront de relever le défi et choisiront de défendre une position fiscale. D'autres pourraient plutôt vouloir s'assurer que l'ARC prend des mesures de suivi avant de changer leur approche. Les paroles s'envolent, même celles de l'ARC. Mais du point de vue d'une administration fiscale, ce sont des choix du contribuable que d'accepter un certain degré d'incertitude.

Gérer les limites de l'incertitude

Il existe une attraction naturelle vers une extrémité du continuum, où les déclarations « nettement conformes » prennent fin et l'incertitude débute. Il y a un jeu à somme nulle pour ce qui est de l'impôt payé.

L'administration fiscale prend également en compte le coût de la conformité (pour le contribuable et pour le gouvernement); l'égalité entre les secteurs et entre les contribuables; et l'harmonisation (et les points de friction potentiels) avec les autres administrations fiscales.

Puisque les contribuables n'attirent généralement pas l'attention de l'ARC sur leurs positions fiscales innovantes, il est difficile pour l'Agence de deviner où les contribuables croient que la ligne entre « nettement conforme » et « incertaine » se trouve. La Couronne, par l'intermédiaire de vérifications, de décisions, d'appels, du ministère de la Justice et du ministère des Finances, cherche à clarifier l'emplacement de cette démarcation. Ces mesures incluent des efforts, des initiatives et des pratiques que l'ARC et d'autres administrations fiscales emploient pour mieux gérer cette délimitation; elles comprennent le glissement de la démarcation le long du continuum ou l'élargissement de la plage de déclarations et de transactions qui sont conformes.

Ces dernières années, l'ARC s'est servi de décisions, d'avis aux fiscalistes et de débats d'experts lors de conférences pour clarifier le point de départ de la zone d'incertitude. Dans certains cas, comme l'apport de changements au programme de conformité volontaire en 2019, on a introduit volontairement une certaine incertitude, l'Agence cherchant à appliquer plus complètement le pouvoir discrétionnaire du ministre en vertu de la Loi. Pour combler davantage de lacunes, l'ARC a publié des directives quant aux systèmes de contrôles internes, aux réunions de rétroaction avec les contribuables et aux avis du ministère des Finances.

En plus des initiatives de l'ARC, l'OCDE fournit un élément d'uniformité mondiale, par l'entremise de groupes de travail et d'orientation des politiques générales du Comité des affaires fiscales. Le Canada, par l'intermédiaire des dirigeants de son vaste réseau d'affaires, travaille à réduire l'incertitude liée à la double imposition. La double imposition est une source d'incertitude particulièrement dérangeante pour les administrations fiscales, compte tenu

du nombre élevé de contribuables qui font des déclarations agressives et des coûts d'opportunité pour l'administration fiscale et pour les entreprises.

Bien que les activités commerciales des contribuables puissent parfois les pousser en zone d'incertitude, il arrive aussi que ceux-ci cherchent à se procurer un avantage fiscal en structurant leurs activités d'une façon nouvelle et unique. À cet égard, les contribuables donnent le ton et l'ARC réagit. L'ARC a d'abord l'obligation de définir et d'analyser la question, puis elle choisit une réponse au glissement du contribuable vers la zone d'incertitude.

Et puis après?

De l'avis d'au moins un fonctionnaire du fisc, il existe sur le continuum une démarcation passée laquelle l'ARC devrait systématiquement tout contester. Par conséquent, l'ARC et les contribuables ont un intérêt commun à maximiser le dialogue dans le but de clarifier cette démarcation et de minimiser le recours aux tribunaux pour déterminer cette dernière.

On soupçonne que la fonction de conformité de l'ARC voit la nécessité d'un procès et a une idée de ce qu'on pourrait et devrait éviter si on coordonnait mieux les activités de vérification et d'application. On soupçonne aussi qu'un contribuable choisit parfois sciemment de se placer dans la zone d'incertitude.

Observations

Dans cet article, j'ai voulu fournir de l'information susceptible d'aider les lecteurs à mettre en contexte une question donnée et à comprendre certains des intérêts stratégiques en jeu. Bien connaître les objectifs et les intérêts des différentes parties est essentiel pour composer avec ces questions et influencer sur les plans. Savoir si on se trouve à l'extrémité ou au centre du continuum de certitude peut nous donner une idée de la façon dont on est perçus et nous permettre d'adapter notre travail pour trouver la solution à une controverse fiscale donnée ou agir sur une approche ou une procédure particulière.

Les administrations fiscales raisonnent en termes d'incertitude nécessaire et d'incertitude évitable. Le comportement de nos propres vérificateurs, le manque de coordination à l'échelle de l'organisation ou le défaut de comprendre pleinement la rétroaction ou les déclarations des contribuables peuvent amener l'administration fiscale à créer de l'incertitude évitable. Nous travaillons fort pour minimiser ce phénomène.

À l'inverse, nous jugeons qu'une certaine incertitude peut être nécessaire lorsque des plans ou des comportements sont considérés avec soin; qu'on se livre à des consultations et à des débats adéquats; et que l'ARC traite de nouveaux domaines de non-conformité ou donne

priorité à certaines questions. Nous nous efforçons de plus en plus d'établir de la certitude lorsque nous prenons de tels virages. Ce faisant, dans un certain sens, nous examinons la question moins de l'angle de l'incertitude fiscale et plus de celui de l'« incertitude du résultat » pour les contribuables qui ne sont pas influencés par les signaux explicites de l'ARC quant à son changement de direction. Une gestion prudente du travail de la fonction de vérification; la gestion des litiges et les réactions aux décisions des tribunaux; de même que la rapidité et la constance sont toutes importantes à cet égard.

Les questions qui s'approchent davantage de l'extrémité « conforme » du continuum ont une priorité moindre aux yeux de l'administration fiscale. Ici, les fiscalistes sont les premiers à aborder les nouvelles transactions et les nouveaux plans, et ils ont une certaine influence quant à l'emplacement de leur position initiale sur le continuum.

Dans tous les cas, les administrations fiscales ont la responsabilité de clarifier constamment ces démarcations sur le continuum. Les fiscalistes devraient être en mesure de comprendre le degré de risque auquel ils exposent leurs clients pour pouvoir leur fournir des avis exhaustifs. ■

©2020, La Fondation canadienne de fiscalité. Tous droits réservés. Toute demande de reproduction ou copie, sous quelque forme ou par quelque moyen, de toute partie de la présente publication pour distribution doit être adressée par écrit à la Fondation canadienne de fiscalité, 145, Wellington Street West, bureau 1400, Toronto, Canada M5J 1H8; courriel : permissions@ctf.ca.

Publié trimestriellement.

En publiant *Perspectives on Tax Law & Policy* et *Perspectives en fiscalité et en politique fiscale*, la Fondation canadienne de fiscalité et Jeffrey Trossman, ne fournissent aucun conseil ou avis professionnel. Les commentaires contenus dans la présente publication représentent l'opinion des auteurs et non pas nécessairement celle de la Fondation canadienne de fiscalité ou de ses membres. Les lecteurs sont priés de consulter leurs conseillers professionnels avant de prendre quelque action en se fondant sur l'information contenue dans la présente publication.