

stratège

Dossiers

Les cotisations REÉR en trois grandes questions : qui, quand et combien?

Relève d'entreprise et déduction pour gains en capital – Le mariage est enfin possible!

Introduction de la médiation en fiscalité canadienne et québécoise

PLANIFICATION FINANCIÈRE

Day trading et fiscalité : sommes-nous bien informés?

TAXES À LA CONSOMMATION

Commerce électronique : élargissement des règles d'inscription en taxes de vente provinciales et en TPS/TVH

FISCALITÉ INTERNATIONALE

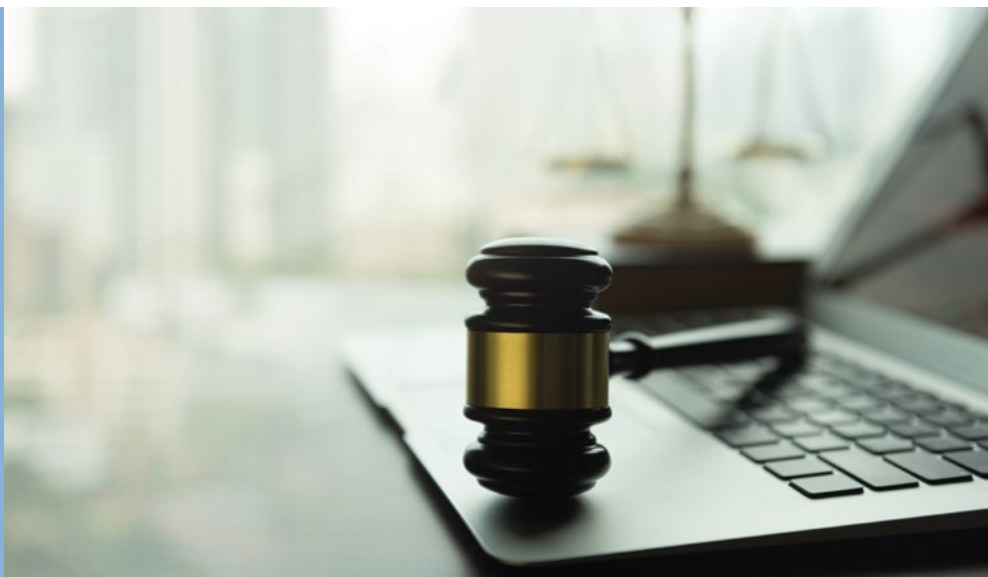
Budget 2021 : prélude pour une réforme majeure du régime fiscal canadien?

LA RELÈVE

Stratégie d'utilisation de pertes par transfert d'actif : analyse de la décision anticipée
2018-0772921R3

FISCALITÉ INTERNATIONALE

Budget 2021 : prélude pour une réforme majeure du régime fiscal canadien?



Marc André Gaudreau Duval
Avocat

Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.
maduval@dwpv.com

Le 19 avril 2021, le premier budget fédéral depuis le début de la pandémie de la COVID-19 (« Budget 2021 ») a été déposé. Celui-ci met l'accent sur l'importance de « protéger l'équité et l'intégrité de notre régime fiscal » afin de « [renforcer la] classe moyenne et la mise sur pied d'une économie qui fonctionne pour tout le monde ». Dans la foulée de la jurisprudence récente en lien avec l'application de la règle de requalification des alinéas 247(2)b) et 247(2)d) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« L.I.R. ») (« Règle de requalification »), le Budget 2021 annonce l'intention du gouvernement de mener des consultations sur les règles en matière de prix de transfert (« RPT »).

Cet article offre un survol des ajustements à la valeur ou à la nature des montants négociés que prévoient les alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R. (« Ajustements »), de la Règle de requalification et de l'affaire *Cameco Corporation c. La Reine*, 2018 CCI 195 (affirmée par 2020 CAF 112, demande d'appel refusée à la Cour suprême du Canada) (« *Cameco* »). S'ensuit une courte analyse de la décision dans l'affaire *Cameco*, de la politique fiscale qui sous-tend les RPT et des objectifs que visent à atteindre les consultations publiques annoncées par le gouvernement fédéral.

Les Ajustements

En vertu des RPT, lorsque les modalités d'une opération ou d'une série d'opérations transfrontalières entre personnes avec lien de dépendance ne reflètent pas les modalités qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance, la valeur ou la nature des montants négociés doit être ajustée pour refléter les modalités qui auraient été conclues entre personnes sans lien de dépendance. Ce sera notamment le cas lorsqu'une société canadienne a acheté des produits

d'une société liée avec laquelle elle a un lien de dépendance à un prix excédant le prix qu'elle aurait payé si elle les avait achetés d'une tierce partie. Dans un tel cas, les RPT ont pour effet de redresser le prix à la baisse et, incidemment, d'augmenter les revenus imposables au Canada.

Ces ajustements à la nature des modalités d'une opération selon les alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R. ne doivent pas être confondus avec la Règle de requalification qui, dans d'autres circonstances, permet à l'ARC d'ajuster la nature de l'opération en la remplaçant par une opération alternative hypothétique (et non simplement d'ajuster ses modalités).

Par exemple, lorsqu'un contrat contient à la fois un accord de licence de propriété intellectuelle et un accord visant à développer davantage cette propriété intellectuelle, le tout en contrepartie d'une redevance, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») peut décider de scinder le contrat en deux contrats distincts – soit une licence de propriété intellectuelle et un contrat de service – et, selon les alinéas 247(2)a) et 247(2)c) L.I.R., elle peut décider de fixer le prix de chacun de ces accords séparément. Ce faisant, l'ARC devra invariablement ajuster non seulement le montant du revenu d'entreprise du bénéficiaire des frais, mais également la nature particulière des montants qui composent ce revenu pour une redevance et des frais de service. Ainsi, les RPT auront pour effet d'imposer le contribuable sur la base des droits et obligations réellement créés entre les parties à la transaction.

Règle de requalification

Dans certaines circonstances exceptionnelles, une opération (ou série d'opérations) conclue(s) entre personnes avec lien de dépendance constitue(nt) un mauvais point de départ pour mesurer le revenu d'un contribuable et, par conséquent, la simple modification du prix ou de la nature de cette opération (ou série d'opérations) ne rapproche pas le contribuable d'un résultat de pleine concurrence. Dans ces cas, pour obtenir un tel résultat, il importe de recréer un point de départ ou une opération alternative hypothétique qui aurait commercialement été conclue entre personnes n'ayant pas de lien de dépendance.

Ainsi, afin d'outiller l'ARC dans son application du principe de pleine concurrence à ces circonstances exceptionnelles, les RPT comprennent également une règle dite « de requalification » qui s'applique lorsqu'un contribuable et une personne non résidente avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance prennent part à une opération (ou série d'opérations) si :

- l'opération (ou série d'opérations) n'aurait pas été conclue entre des personnes sans lien de dépendance (ce qui a été décrit par l'OCDE et interprété par les tribunaux comme étant la « raisonnable commerciale »); et
- il est raisonnable de considérer que l'opération (ou série d'opérations) n'aurait pas été principalement conclue pour des objets véritables, autres que d'obtenir un avantage fiscal.

Une fois ces deux conditions remplies, l'ARC peut remplacer ladite opération (ou série d'opérations) par l'opération (ou série d'opérations) qui aurait été conclue entre des personnes sans lien de dépendance afin de déterminer la valeur et la nature des montants négociés aux fins des RPT. Par exemple, si une société canadienne conclut un contrat avec une société non résidente liée donnant droit à la société non résidente d'utiliser toute propriété intellectuelle à être développée dans l'avenir (par opposition à la propriété intellectuelle existante) en échange d'un paiement forfaitaire et que les deux conditions discutées ci-dessus sont remplies, l'ARC pourrait selon nous remplacer le contrat de vente par un accord de licence selon lequel la société canadienne recevrait des revenus de redevances aux fins de déterminer la valeur de la transaction effectuée.

Cette approche hors du commun en droit fiscal canadien se justifie selon nous seulement lorsqu'il y a impossibilité de trouver des comparables pour une opération qui n'a pas d'objet véritable, autre que fiscal. À cet effet, il importe de noter que, conformément aux recommandations de l'OCDE en matière de RPT, la Règle de requalification demeure une règle exceptionnelle. Les *Principes applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* publiés par l'OCDE en juillet 1995 (« Principes de 1995 ») sur lesquels les RPT canadiennes se fondent prévoient d'ailleurs ce qui suit :

« 1.36 L'examen par l'administration fiscale d'une transaction contrôlée doit se fonder sur la transaction effectivement intervenue entre les parties telle que structurée par elles, selon les méthodes utilisées par le contribuable dans la mesure où elles sont conformes à celles qui sont exposées aux chapitres II et III. Sauf dans des cas exceptionnels, l'administration fiscale ne devra pas faire abstraction des transactions effectives ni leur substituer d'autres transactions. La restructuration de transactions commerciales légitimes relèverait d'une démarche totalement arbitraire rendue plus injuste encore par une double imposition au cas où l'autre administration fiscale concernée aurait une opinion différente sur la façon dont la transaction devrait être structurée. » (Notre soulignement)

L'affaire *Cameco*

La décision de la Cour canadienne de l'impôt (« CCI ») dans l'affaire *Cameco* a été la première à examiner la Règle de requalification. Très sommairement, dans cette affaire, *Cameco Canada*

avait négocié des contrats de longue durée pour l'achat d'uranium avec deux tierces parties, pour le compte de ses filiales européennes (collectivement, « Cameco Europe »). Les contrats ainsi conclus prévoyaient que Cameco Canada se portait garante des obligations de Cameco Europe, s'agissant, selon notre compréhension des faits, d'une condition imposée par les vendeurs. Les faits tels qu'ils sont rapportés dans le jugement de la CCI ne permettent pas de conclure si une compensation a été prévue entre Cameco Europe et Cameco Canada en échange de la garantie consentie par cette dernière. Au moment de la signature des contrats, le prix de l'uranium était relativement bas en raison du démantèlement de l'arsenal nucléaire lié à la chute de l'URSS. Or, le prix de l'uranium a augmenté de façon substantielle au cours des années suivantes et Cameco Europe a réalisé des profits considérables.

En s'appuyant sur la Règle de requalification et la doctrine du simulacre, l'ARC a augmenté le revenu imposable de Cameco Canada en lui attribuant les profits réalisés par Cameco Europe à la suite de l'augmentation du prix de l'uranium. Pour ce faire, l'ARC a pris position selon laquelle Cameco Europe n'avait participé à la transaction qu'en raison de son lien de dépendance avec Cameco Canada. La CCI ayant fait droit à l'appel de Cameco Canada, un appel de cette décision a été déposé par la ministre du Revenu national (« Ministre ») auprès de la Cour d'appel fédérale (« CAF »). Devant celle-ci, la principale question en litige a reposé sur l'interprétation du critère de la raisonnable commerciale qui, selon la Ministre, devait être abordée en fonction de la substance économique des transactions qui à son avis différait de leur forme juridique. La Ministre semblait se fonder à cet égard sur les Principes de 1995, dans lesquels l'OCDE suggère qu'il pourrait être possible de requalifier certaines transactions lorsque la documentation légale ne reflète pas adéquatement les réalités économiques (perçues) des transactions.

La CAF a toutefois rapidement écarté cette proposition et réaffirmé que les droits et obligations créés par les opérations doivent prévaloir en l'absence de simulacre, la Ministre ayant d'ailleurs choisi d'abandonner ce dernier argument en appel. Cette conclusion de la CAF est selon nous conforme avec l'intention du législateur, puisque : i) les réalités économiques (perçues) n'ont pas préséance sur

les relations juridiques dans le régime fiscal canadien, tel que l'a reconnu la Cour suprême du Canada notamment dans l'arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; et ii) rien ne permet de conclure que le législateur a désiré déroger à ce principe lorsqu'il a édicté les RPT.

Poursuivant donc son analyse en tenant compte de la forme juridique des transactions attaquées, la CAF a donné gain de cause à Cameco Canada et confirmé que la raisonnable commerciale doit être examinée de façon objective et non de façon subjective tel qu'il est suggéré par la Ministre. Ce faisant, la CAF a reconnu que le fait qu'une société canadienne n'aurait pas conclu d'opération avec un non-résident si elle n'avait pas eu un lien de dépendance avec celui-ci n'est pas pertinent. Plutôt, la question pertinente est de savoir si des parties sans lien de dépendance auraient conclu ladite opération à un certain prix ou, en d'autres termes, si la transaction est commercialement raisonnable. Dans l'affirmative, elle ne peut être assujettie à la Règle de requalification.

Budget 2021

À la lumière de la décision de la CAF dans l'affaire *Cameco*, le gouvernement a exprimé l'opinion que « les lacunes des règles actuelles sur les prix de transfert peuvent encourager le déplacement inapproprié du revenu des sociétés à l'extérieur du Canada, ce qui réduit artificiellement l'impôt des sociétés dû au Canada ». Afin de répondre à cette préoccupation, le gouvernement a annoncé son intention de tenir des consultations sur les RPT.

Au moment de la rédaction de cet article, très peu de détails ont été fournis relativement à ce qui pourrait être envisagé comme modifications aux RPT. Toutefois, la référence précise à l'affaire *Cameco* et aux lacunes des règles actuelles laisse présager que l'élargissement de l'application de la Règle de requalification sera au cœur des consultations publiques.

Politique fiscale et observations générales

Selon les renseignements supplémentaires fournis par le Budget de 1997 instaurant les RPT, ainsi que les Principes de 1995 (qui ont réaffirmé l'adhésion de l'OCDE au principe de pleine concurrence en tant que porte-étendard en matière de prix de transfert international) dont le législateur s'est fortement inspiré, la politique fiscale derrière les RPT peut, à notre avis, se résumer ainsi :

- la fonction précise des RPT est d'ajuster le prix et, lorsque nécessaire, la nature des opérations conclues par des parties avec lien de dépendance, afin d'éviter qu'en l'absence des forces du marché les taux d'imposition applicables influencent indûment le prix auquel les parties négocient;
- plus généralement, les RPT visent à assurer un juste partage (en accord avec le principe de pleine concurrence) de l'assiette fiscale mondiale. Les RPT ne visent pas à gonfler l'assiette fiscale du pays qui applique la règle, mais bien à s'assurer que la valeur et, lorsque nécessaire, la nature des opérations conclues entre parties liées soient commercialement raisonnables.

Cela étant dit, l'augmentation des revenus attribués à un pays peut être une conséquence de leur application, en particulier si une entreprise multinationale a cherché à recourir à des opérations avec parties liées afin de réduire indûment le revenu imposable dans un pays. Or, il est important de rappeler que les RPT peuvent aussi avoir pour effet de réduire les revenus attribués à un pays. En effet, si le pays de résidence d'une partie augmente les revenus gagnés par celle-ci, le pays de résidence de l'autre partie au contrat va nécessairement devoir diminuer les revenus gagnés par cette deuxième partie – ou augmenter les dépenses engagées et incidemment réduire les revenus imposables dans ce pays.

En somme, nous pensons que les RPT sont censées servir de bouclier afin de défendre l'intégrité de notre régime fiscal et non d'une épée pouvant être utilisée comme règle anti-évitement. À cet égard, il existe plusieurs autres épées ou règles auxquelles l'ARC peut avoir recours afin d'éviter l'érosion de la base fiscale canadienne et le dépouillement des surplus des sociétés canadiennes, comme les règles de capitalisation restreinte, les règles relatives aux prêts adossés, la règle générale anti-évitement ou encore la doctrine du simulacre.

À notre avis, le déplacement des revenus à l'extérieur du Canada dans l'affaire *Cameco* n'est pas le résultat d'une lacune des RPT, mais bien des circonstances économiques qui étaient inattendues au moment où le contrat a été conclu, juxtaposées aux décisions stratégiques prises par la Ministre à l'occasion du litige. Sur ce dernier point, il aurait été intéressant de voir le résultat de cette affaire si la Ministre avait choisi d'attaquer la détermination de la juste compensation devant être versée à Cameco Canada en échange de la garantie qu'elle a octroyée pour permettre à Cameco Europe de conclure les contrats d'achat d'uranium. En effet, il est vraisemblable de penser que Cameco Canada aurait exigé une contrepartie substantielle de la part d'une société sous capitalisée comme Cameco Europe afin de consentir à la garantie en l'absence d'un lien de dépendance entre elles. La garantie accordée par une société mère en faveur de sa filiale en des circonstances similaires a d'ailleurs fait l'objet d'une analyse intéressante dans l'affaire *Capital Générale Électrique du Canada Inc. c. La Reine*, 2009 CCI 563, affirmée par 2010 CAF 344, dont aurait pu s'inspirer la Ministre.

Dans ce contexte, nous sommes d'avis que l'affaire *Cameco* n'est pas un exemple approprié pour démontrer l'existence de lacunes dans les RPT, s'il en est. En toute déférence, la Ministre aurait pu et aurait dû utiliser les Ajustements afin d'obtenir le résultat approprié, et l'approche qu'elle a autrement choisi d'utiliser ne devrait pas orienter l'élaboration de la politique fiscale canadienne.

Conclusion

Il sera intéressant de connaître les conclusions auxquelles en arrivera le gouvernement aux termes du processus de consultation publique, en particulier s'il en résulte des changements législatifs.

Nous souhaitons que ceux-ci, le cas échéant, n'aient pas pour effet de créer un écart non justifié par rapport au principe de pleine concurrence sous-jacent aux RPT actuelles puisque cela pourrait avoir pour effet d'entraîner de la double

imposition, de l'incertitude et une augmentation des coûts et de la complexité de toute opération transfrontalière conclue par une multinationale canadienne. Nous nous questionnons aussi sur les effets que ces changements législatifs pourraient avoir sur l'application des conventions fiscales conclues par le Canada et sur les relations avec les autres pays membres de l'OCDE.

Qu'il suffise, à cet effet, de se référer aux avertissements qu'offrait l'OCDE dans la mise à jour de 2017 des Principes de 1995 :

« 1.15 L'abandon du principe de pleine concurrence reviendrait à renoncer aux solides fondements théoriques décrits ci-dessus et compromettrait le consensus international, augmentant sérieusement par là même les risques de double imposition. L'expérience acquise dans l'application du principe de pleine concurrence est aujourd'hui suffisamment étoffée et circonstanciée pour que les entreprises et les administrations fiscales puissent s'accorder sur un ensemble conséquent d'enseignements communs.

[...]

En résumé, les pays membres de l'OCDE restent fermement attachés au principe de pleine concurrence. En fait, on ne lui a pas trouvé de solution de remplacement légitime ou réaliste. La répartition selon une formule globale, parfois évoquée comme un substitut possible, ne serait acceptable ni en théorie, ni dans sa mise en œuvre, ni dans la pratique. »

À la lumière de ce qui précède, si le gouvernement canadien désire étendre la portée de la règle de requalification, nous sommes d'avis que ces changements ne devraient pas se faire à l'emporte-pièce, mais plutôt faire partie d'une réforme majeure du régime fiscal canadien qui tienne compte des conventions fiscales conclues par le Canada et des relations avec les autres pays membres de l'OCDE dont le Canada est un membre actif.

L'auteur tient à remercier M^{rs} Brian Bloom, Élisabeth Robichaud et James Trougakos de leur assistance lors de la rédaction de cet article.