

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

Comptables professionnels agréés du Canada

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

Résumé des commentaires et recommandations faits au ministère des Finances concernant les propositions sur la Règle générale anti-évitement publiées le 28 mars 2023

Le 7 juin 2023

Le présent résumé renferme les commentaires et recommandations du Comité au sujet des modifications proposées à la Règle générale anti-évitement (RGAE) publiées dans l'Avis de motion de voies et moyens (Avis de motion) en vue du dépôt d'une loi dont l'effet serait l'application de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 28 mars 2023. Sauf indication contraire, toutes les mentions renvoient à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada (la « Loi »).

Le contenu de ce résumé a fait l'objet d'une discussion plus détaillée avec le ministère des Finances (ministère) en mai 2023.

Introduction

Dans le budget fédéral 2023, les modifications proposées peuvent être réparties entre les thèmes suivants :

- Ajout d'un préambule à l'article 245;
- Révision de la définition d'une *opération d'évitement*;
- Ajout d'un critère de substance économique précis;
- Prolongation de la période normale de nouvelle cotisation liée à la RGAE;
- Proposition d'une règle sur les pénalités auxquelles s'appliquerait la RGAE.

L'Avis de motion est resté muet sur une question fondamentale pour la suite des choses : l'entrée en vigueur des règles donnant effet aux modifications proposées.

Lors des discussions avec le ministère, le Comité s'est concentré sur les questions entourant la prise d'effet, l'ajout du critère de substance économique et la pénalité proposée pour les cotisations liées à la RGAE si la loi est promulguée.

Prise d'effet

Le Comité a parlé de l'importance que les révisions apportées à la RGAE s'appliquent de manière prospective. Les modifications proposées sont importantes, surtout la pénalité qui s'appliquerait désormais aux cotisations liées à la RGAE (sous réserve des exceptions relatives à la divulgation) si le changement proposé est opéré. Les propositions influenceront aussi sur l'application plus générale de la RGAE.

La RGAE pouvant s'appliquer à une seule opération ou à une série d'opérations, cette question était au cœur des discussions sur les règles de prise d'effet, et le principal problème relevé avait trait aux cas où une série d'opérations s'échelonne sur les périodes avant et après la prise d'effet. Ici aussi, le Comité était d'avis que les modifications proposées à la RGAE devaient s'appliquer prospectivement dans le cas d'une série d'opérations. Ainsi, si les opérations d'une série commencent avant la date de prise d'effet des modifications, la version modifiée de la RGAE n'est alors pas censée s'appliquer.

Recommandation

La version proposée de la RGAE comprenant des modifications importantes, surtout une pénalité, le Comité a recommandé que les propositions s'appliquent prospectivement. Pour une série d'opérations, les règles proposées devraient s'appliquer à la série commençant après la date de prise d'effet.

Substance économique

Plusieurs questions ont été abordées au sujet de la règle de substance économique énoncée dans la version proposée du paragraphe 245(4.1), la plus importante étant l'intégration de ce paragraphe à l'application de la RGAE. De ce qu'en comprend le Comité, cette version vise à garantir que les facteurs de substance économique sont pris en compte dans le processus consistant à déterminer si la RGAE s'applique. Or, d'après les observations des membres de la communauté fiscale, la façon d'évaluer la substance économique d'un point de vue pratique n'est pas bien comprise. Plus particulièrement, l'incertitude demeure quant à la pondération de ces facteurs, et les membres de la communauté fiscale ont des avis très divergents sur le sujet.

Comme les modifications proposées comprennent une pénalité, il est important que le gouvernement communique ses intentions aussi clairement que possible en ce qui concerne l'application du critère de substance économique. L'emploi de la citation sur « les facteurs qui ont tendance — selon les circonstances données — à établir qu'une opération ou une série d'opérations manque considérablement de substance économique » est censé favoriser la flexibilité, mais est aussi source de grande incertitude.

De plus, le Comité estime que l'incertitude découle en partie du fait qu'aucun exemple concret d'application d'une analyse de substance économique n'a encore été publié. Les documents budgétaires présentaient des cotisations à un compte d'épargne libre d'impôt à titre d'exemple d'une opération manquant de substance économique, mais il faudrait fournir des exemples plus complets, car une opération unique ou une série d'opérations touchera probablement différents domaines d'application de la *Loi*. Les exemples dont il a été question à la réunion portaient sur les opérations de consolidation des pertes et la planification rétrospective, ces deux questions ayant fait l'objet de nombreuses décisions favorables de l'ARC. De façon générale, ces exemples portent sur le traitement de questions fiscales particulières et n'auront aucune substance économique importante.

Recommandation

Le Comité a recommandé d'inclure des exemples plus précis et concrets sur la façon dont le gouvernement croit que les facteurs de substance économique doivent être intégrés à la décision d'appliquer la RGAE. Cela aidera à dissiper la grande incertitude entourant les modifications proposées.

Plus précisément, le Comité a soulevé trois problèmes en lien avec le paragraphe 245(4.1) :

- *Mention de la « valeur de l'avantage fiscal escomptée » et du « rendement économique non fiscal escompté »* – Le Comité a fait observer que le libellé employé avait l'air d'indiquer implicitement que les facteurs fiscaux et économiques doivent être évalués en termes de montants précis, ce qui créerait des problèmes pratiques. Par exemple, la protection limitée contre la responsabilité est un facteur économique important, mais ne saurait être quantifiée en dollars et comparée à la valeur de l'avantage fiscal.

- *Application à une série* – Les renvois à la version proposée du paragraphe 245(4.1) concernent une opération, mais pas toujours une série. Il faudrait des renvois uniformes comme pour l'ensemble de l'article 245.
- *Niveau de détail de la version proposée des alinéas 245(4.1)a) et b)* – Comme les facteurs qui y sont énumérés tendent à établir le manque de substance économique, cette liste ne devrait-elle pas refléter la nature subjective des facteurs, par opposition aux renvois très précis aux alinéas a) et b)? Outre ce problème, l'alinéa a) pose « la totalité, ou la presque totalité » comme critère, ce qui est quantifié à 90 % selon l'ARC. Cela étant, ne serait-il pas plus pratique d'énumérer une série de facteurs plus généraux pour l'établissement de l'absence de substance économique?

Application des pénalités

Préoccupations d'ordre général touchant l'application obligatoire

Les documents budgétaires et l'Avis de motion font clairement état de l'intention d'appliquer une pénalité de 25 % à l'avantage fiscal en jeu dans une cotisation liée à la RGAE en l'absence de déclaration. Il est entendu que le fait de conférer à l'ARC le pouvoir discrétionnaire d'appliquer une pénalité (ou non) à chaque cotisation liée à la RGAE créerait une incertitude non négligeable. Toutefois, il y aura aussi, selon nous, des cas où l'application d'une pénalité serait inappropriée.

L'une des grandes préoccupations réside dans le fait que les points pertinents à considérer pour l'application de la RGAE évolueront avec le temps, et même si l'auto-divulgation est là pour éviter une pénalité en vertu du paragraphe 237.3(12.1) proposé, la divulgation est assortie d'un délai serré. Le Comité a donné comme exemples des cas où le contribuable peut d'abord croire que faire une divulgation n'est pas nécessaire, mais ensuite les facteurs décisionnels peuvent changer. Voici quelques-uns de ces exemples :

- *Procédures judiciaires subséquentes* – Des cas où les faits se rapportant à un contribuable s'apparentent à une procédure au terme de laquelle il a été jugé que la RGAE ne s'appliquait pas, mais cette décision a été annulée ultérieurement. Il pourrait s'agir du même dossier porté en appel ou d'un jugement sur un dossier différent, mais présentant des faits analogues.
- *Décisions de l'ARC* – Quoiqu'une instance peut conclure que la RGAE ne s'applique pas à un contribuable donné dans la plupart des cas si l'ARC arrive à la même conclusion, ces décisions ne sont toutefois pas exécutoires pour les autres contribuables. Pour ceux qui se servent de ces décisions comme baromètre pour appliquer la RGAE, les événements ultérieurs pourraient avoir d'importantes conséquences.
- *Nouvelles positions de l'ARC* – Même si souvent les nouvelles pratiques d'évaluation de l'ARC ne font pas appel à la RGAE, l'ARC est connue pour ses annonces de nouvelles pratiques s'appliquant à des pratiques de production fiscale que les contribuables emploient couramment depuis maintes années. De façon semblable aux autres exemples, les annonces de l'ARC concernant une nouvelle position sur la RGAE ayant trait aux pratiques fiscales courantes peuvent avoir des conséquences pour les contribuables qui ne croyaient pas qu'une divulgation relative à la RGAE était nécessaire. Ces annonces peuvent prendre différentes formes, comme un communiqué aux praticiens, des tables rondes fiscales et d'autres canaux de communication.

Un autre point préoccupant est l'impact de la pénalité fondée sur la RGAE dans les cas où les parties souhaitent parvenir à une entente. Dépendamment du scénario, l'ARC peut chercher à obtenir le même montant fiscal relatif au titre d'une cotisation liée à la RGAE et d'une cotisation liée à d'autres règles techniques spécifiques. Il est concevable qu'il puisse y avoir des situations où un règlement serait plus facile à obtenir si les deux nouvelles cotisations potentielles n'impliquent pas de pénalité. En pareil cas,

l'ARC devrait pouvoir renoncer à la pénalité en vue d'un règlement juste et équitable servant l'intérêt public. Bien que le paragraphe 220(3.1) puisse techniquement donner à l'ARC la capacité de renoncer à la pénalité au titre de la RGAE proposée, ajouter une règle spécifique à l'article 245 améliorerait la clarté. Une autre possibilité serait que la règle spécifique permette à un contribuable de déposer une déclaration après la date limite en passant par un processus similaire à l'actuel processus de déclaration volontaire. Le Comité est aussi d'avis que l'ARC et le ministère devraient travailler à des politiques donnant des directives sur les cas où une exemption à la pénalité serait envisageable.

Recommandation

Le Comité estime qu'il devrait exister un recours pour les contribuables évalués au titre de la RGAE lorsqu'il y a eu des développements sur l'application de la RGAE après l'échéance du délai prescrit pour la déclaration d'une opération ou série d'opérations aux termes de la version proposée du paragraphe 237.3(12.1). Ce recours pourrait prendre la forme du dépôt d'une déclaration tardive ou d'une exemption à la pénalité pour le contribuable dans les conditions applicables, comme il a été expliqué plus haut.

Le Comité a aussi recommandé que l'ARC puisse accorder des exemptions à la pénalité ou accepter une déclaration tardive si cette action est juste et équitable.

Évaluation de l'avantage fiscal

Selon la version proposée du paragraphe 245(5.1), la pénalité est « égale à 25 % de l'avantage fiscal qui, sans ce paragraphe, découle directement ou indirectement de l'opération ou de la série d'opérations qui inclut l'opération ». Le Comité a dégagé des préoccupations techniques spécifiques à ce sujet, y compris ce qui suit :

- *Champ d'application du calcul* – Particulièrement dans le cas d'une série, il peut y avoir beaucoup d'opérations et celles-ci peuvent concerner plusieurs contribuables. Dans ce cas, l'incidence sur l'application de la RGAE pourrait varier d'un contribuable à l'autre, même en présence d'un avantage fiscal global.
- *Échelonnement dans le temps des avantages* – Écarter les différences d'échelonnement dans le temps des caractéristiques fiscales : il se peut que l'échelonnement dans le temps des modalités fiscales appliquées à une série d'opérations puisse varier aux fins de la RGAE. Plus particulièrement, une série d'opérations peut donner lieu à un report d'impôt comme avantage plutôt qu'à une véritable réduction d'impôt, et une cotisation liée à la RGAE pourrait se traduire par l'exigence prématurée d'un impôt qui aurait normalement dû survenir à une année ultérieure. On ne sait pas trop comment (ni si) un tel résultat devrait (ou peut) entrer dans le calcul de la pénalité. On ne sait pas vraiment non plus si la pénalité devrait être évaluée relativement à un impôt supplémentaire payable pour chaque année de nouvelle cotisation, auquel cas il serait difficile de dire comment seraient traitées les années avec réduction fiscale à la suite du « recalibrage » en application de la RGAE (c'est-à-dire, pour éviter une pénalité « excessive » au bout du compte). Ou encore, la pénalité pourrait être évaluée d'après l'avantage fiscal net se trouvant refusé, ou peut-être allouée entièrement à l'année de nouvelle cotisation la plus récente.

Recommandation

Il serait avisé de donner des directives sur les modalités de calcul des pénalités pour les cas où le calcul du montant exact de l'avantage fiscal est incertain.

Paragraphe 245(12.1)

Le Comité croit que la divulgation en application du paragraphe 245(12.1) pourrait devenir courante à des fins de protection, même si le contribuable estime faible le risque d'application de la RGAE. Le volume de divulgations déposées dépendra de la quantité d'information à communiquer et du coût de divulgation.

Bien que le régime de pénalités et de divulgations proposé soit censé être là pour dissuader d'une planification fiscale trop agressive dans les cas où l'application de la RGAE a de fortes chances de se traduire par la réclamation d'une cotisation par l'ARC, il y aura d'autres cas où le contribuable jugera faible la probabilité d'application de la RGAE ou effectuera une opération ou série d'opérations pour des raisons autres que fiscales. En pareil cas, il serait avisé de donner des garanties au contribuable en lui assurant que la présence d'une divulgation ne pourra pas être prise en compte pour déterminer s'il est assujéti à la RGAE.

Recommandation

Le Comité a recommandé l'ajout à l'article 245 d'une règle disposant qu'une divulgation déposée en application du paragraphe 237.3(12.1) dans sa version proposée ne saurait en aucun cas être invoquée comme facteur pour déterminer si la RGAE s'applique.