

DOCUMENT DE CONSULTATION

JANVIER 2009



LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES

Québec 

DOCUMENT DE CONSULTATION

JANVIER 2009

LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES



Ce document est imprimé sur du papier entièrement recyclé, fabriqué au Québec, contenant 100 % de fibres postconsommation et produit sans chlore élémentaire.

LES PLANIFICATIONS FISCALES AGRESSIVES

Document de consultation

Dépôt légal - Bibliothèque et Archives nationales du Québec
Janvier 2009

ISBN 978-2-550-55079-2 (Imprimé)

ISBN 978-2-550-55080-8 (PDF)

© Gouvernement du Québec, 2009

MOT DE LA MINISTRE

À l'occasion du discours sur le budget 2008-2009, j'ai souligné que le phénomène des planifications fiscales agressives (PFA) était une préoccupation sérieuse pour les autorités fiscales québécoises. En outre, j'y expliquais que les PFA attaquaient l'intégrité et l'équité du régime fiscal et menaçaient l'assiette fiscale. En effet, les revenus qui échappent au fisc en raison des PFA doivent tôt ou tard être perçus auprès des autres contribuables québécois, ce qui contrevient au principe bien établi selon lequel chacun doit payer sa juste part des impôts.

Or, en tant que ministre des Finances, il est de mon devoir de prendre les mesures nécessaires pour protéger l'assiette fiscale. C'est donc pour ces considérations que dans le budget 2008-2009, j'ai annoncé le financement et la mise en place, au sein de Revenu Québec, d'une unité spécialisée dans la lutte contre les PFA.

J'ai aussi annoncé qu'une révision du cadre législatif applicable aux PFA était nécessaire, et que cette révision serait précédée d'une consultation publique.

Le présent document examine donc la problématique des PFA et les outils législatifs actuellement en vigueur pour lutter contre celles-ci. Il présente également les actions envisagées dans le but d'améliorer ces outils.

Les actions envisagées sont mesurées et raisonnables. Elles s'inspirent dans une large mesure de ce qui se fait dans certains pays de l'OCDE. Elles témoignent d'une approche responsable qui prend en considération l'environnement concurrentiel dans lequel nous vivons, le contexte fiscal canadien et les caractéristiques du régime fiscal québécois.

J'invite donc les membres de la communauté fiscale, les associations et les regroupements professionnels concernés ainsi que toutes les personnes qui ont un intérêt pour le sujet à prendre connaissance de ce document, et à faire connaître leurs commentaires, opinions et suggestions par le dépôt d'un mémoire auprès du ministère des Finances, selon les directives prévues à cet effet en annexe.

Au terme de la période de consultation, les mémoires reçus feront l'objet d'une analyse et, le cas échéant, des ajustements pourront être apportés aux actions envisagées. Je vous remercie à l'avance pour votre participation à cette consultation.

La ministre des Finances
et ministre responsable des Infrastructures,



Monique Jérôme-Forget

TABLE DES MATIÈRES

MOT DE LA MINISTRE	III
INTRODUCTION	1
1. LE CONTEXTE	3
1.1 Le concept de PFA.....	3
1.1.1 Les PFA, les PFA interprovinciales et les PFA internationales.....	4
1.1.2 Les PFA au Québec.....	5
1.2 La progression des PFA.....	9
1.2.1 Les facteurs économiques et commerciaux.....	9
1.2.2 Des caractéristiques du régime fiscal qui ont un impact sur le développement des PFA	12
1.3 Les enjeux liés aux PFA.....	22
1.3.1 Les finances publiques	22
1.3.2 L'équité et l'intégrité du régime fiscal.....	23
1.4 Les constats.....	24
2. LA LUTTE CONTRE LES PFA AU QUÉBEC.....	27
2.1 L'administration fiscale.....	27
2.1.1 Une unité centrale spécialisée dans la lutte contre les PFA	27
2.1.2 Une collaboration interjuridictionnelle	28
2.2 Les outils législatifs actuellement disponibles.....	30
2.2.1 Les règles anti-évitement particulières.....	30
2.2.2 La règle générale anti-évitement.....	33
2.2.3 L'enregistrement des abris fiscaux	47
2.2.4 Le régime de pénalités.....	50
2.2.5 Les modifications législatives rétroactives	54
2.3 Les besoins des autorités fiscales québécoises et les éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale dans la lutte contre les PFA.....	60
2.3.1 Les besoins des autorités fiscales québécoises.....	60
2.3.2 Les éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale québécoise dans la lutte contre les PFA	60

3.	L'EXAMEN D'OUTILS LÉGISLATIFS ÉTRANGERS DANS LA LUTTE CONTRE LES PFA	65
3.1	Une stratégie de détection : les régimes de divulgence hâtive des PFA.....	66
3.1.1	Le régime américain.....	66
3.1.2	Le régime britannique	70
3.2	Une stratégie de répression : la RGAE, les pénalités et la période de prescription	74
3.2.1	Le régime australien.....	75
3.2.2	Le régime néo-zélandais	79
3.2.3	Le régime irlandais	81
3.3	Les constats.....	83
4.	LES ACTIONS ENVISAGÉES.....	85
4.1	Un mécanisme de divulgation hâtive obligatoire	85
4.1.1	Des règles de divulgation hâtive obligatoire adaptées au régime d'imposition québécois.....	86
4.1.2	La pénalité pour défaut de faire une divulgence hâtive obligatoire.....	91
4.1.3	La suspension du délai de prescription à l'égard d'une opération non divulguée.....	91
4.1.4	Les actions envisagées	92
4.2	Une précision à la RGAE.....	93
4.2.1	La RGAE et le concept de la réalité économique	93
4.2.2	La RGAE et la notion d'objets véritables	99
4.2.3	Les actions envisagées	100
4.3	L'augmentation de la période de prescription lorsque la RGAE s'applique	100
4.3.1	Les règles actuelles concernant la période de prescription	100
4.3.2	Un délai additionnel de trois ans s'ajouterait à la période de prescription lorsque la RGAE s'applique.....	102
4.3.3	Le besoin de certitude des contribuables.....	103
4.3.4	Les actions envisagées	105

4.4	Un régime de pénalités lorsque la RGAE s'applique.....	106
4.4.1	Introduction.....	106
4.4.2	Une pénalité au contribuable subordonnée à l'application de la RGAE.....	106
4.4.3	Une pénalité au promoteur rattachée à la pénalité au contribuable.....	108
4.4.4	La détermination du montant des pénalités.....	110
4.4.5	Une pénalité qui pourrait être évitée.....	111
4.4.6	Les actions envisagées.....	112
	CONCLUSION	115
	ANNEXE 1 – SYNTHÈSE DES ACTIONS ENVISAGÉES	117
	ANNEXE 2 – PROCESSUS DE CONSULTATION	121

INTRODUCTION

En mai 2006, en collaboration avec les autorités fiscales fédérales et celles des autres provinces, Revenu Québec mettait au jour un stratagème de planification fiscale agressive (PFA) qui, s'il n'avait pas été découvert, aurait permis à un groupe de moins de 200 contribuables d'éviter le paiement de plus d'un demi-milliard de dollars au titre de l'impôt provincial sur le revenu.

Déjà, en 2004, au terme de l'évaluation concernant ses activités relatives à l'observation en matière fiscale, l'Agence du revenu du Canada (ARC) concluait que la PFA représentait l'un des quatre principaux risques d'inobservation fiscale au Canada.

Réunis en Corée en septembre 2006, les membres du Forum sur l'administration fiscale de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) ont identifié le respect des législations fiscales comme étant l'un des deux principaux défis qu'auront à relever les administrations fiscales au cours des prochaines années. Dans ce qu'il est convenu d'appeler la « Déclaration de Séoul », ils soulignaient :

« L'application de nos droits fiscaux respectifs est aujourd'hui plus difficile car la libéralisation du commerce et des capitaux et les progrès technologiques ouvrent à un nombre croissant de contribuables les portes du marché mondial. Cet environnement économique plus ouvert est certes propice aux affaires et à la croissance mondiale, il peut toutefois mener à la mise en place de structures en marge de la réglementation fiscale et de schémas et pratiques, de la part des contribuables tant nationaux qu'étrangers, qui favorisent le non-respect de nos droits fiscaux respectifs. »¹

De ce qui précède, il peut être retenu que le phénomène de la PFA n'est pas un phénomène exclusivement québécois, mais un phénomène mondial qui représente un risque à l'intégrité des régimes fiscaux.

C'est notamment sur la base de ce constat que la ministre des Finances a annoncé, à l'occasion du discours sur le budget 2008-2009, une intervention sur deux plans dans la lutte contre les PFA : une première sur le plan de l'administration fiscale et une seconde sur le plan de la politique fiscale.

Sur le plan de l'administration fiscale, des fonds de 5,3 millions de dollars ont été alloués à Revenu Québec afin de mettre en place une unité spécialisée dans la lutte contre les PFA.

¹ OCDE, *Déclaration de Séoul*, troisième réunion du Forum sur l'administration fiscale de l'OCDE, Séoul, Corée, 14-15 septembre 2006, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/38/31/37414694.pdf>> (consulté le 19 janvier 2009).

Sur le plan de la politique fiscale, le présent document de consultation représente une première étape. Il expose la problématique de la PFA, fait état des outils législatifs québécois ainsi que des outils législatifs employés par certaines juridictions fiscales étrangères dans la lutte contre les PFA et, enfin, présente les actions envisagées.

Plus précisément, la première section « Le contexte » présente le concept de PFA et fournit des exemples québécois de dispositifs de PFA. Elle explique également la croissance actuelle du phénomène et identifie les enjeux.

La section 2 « La lutte contre les PFA au Québec » présente un état de la situation sur l'administration fiscale québécoise et les outils législatifs dont elle dispose pour lutter contre les PFA. Elle présente également les besoins des autorités fiscales québécoises et les éléments contextuels qui influencent la politique fiscale dans la lutte contre les PFA.

La section 3 « L'examen d'outils législatifs étrangers dans la lutte contre les PFA » présente quelques outils législatifs employés dans certaines juridictions étrangères afin de détecter hâtivement les PFA ainsi que les moyens employés par d'autres pour les réprimer.

Enfin, avant la conclusion, la section 4 « Les actions envisagées » fait état des modifications envisagées afin, d'une part, d'altérer le rapport risque/rendement actuel du contribuable qui a recours à des dispositifs de PFA et, d'autre part, de décourager le développement d'un nouveau modèle d'affaires basé sur la conception et la distribution de produits fiscaux prêts à l'emploi.

1. LE CONTEXTE

Essentiellement, la pratique de la fiscalité comporte trois volets : la conformité fiscale, le litige fiscal et la planification fiscale. Alors que la conformité fiscale a pour but d'assurer le respect par les contribuables de leurs obligations fiscales et que le litige fiscal porte sur le règlement des différends entre les contribuables et les autorités fiscales, la planification fiscale vise à permettre aux contribuables, dans le respect des règles applicables, d'organiser leurs affaires de façon à minimiser leur fardeau fiscal.

Bien que la vaste majorité des planifications fiscales effectuées au Québec soient réalisées dans le cadre de transactions d'affaires véritables et consistent en des opérations légitimes de minimisation du fardeau fiscal conformes tant à la lettre qu'à l'esprit de la loi, on assiste depuis un certain nombre d'années, non seulement au Québec mais dans l'ensemble des économies occidentales, à une évolution de la pratique de la fiscalité dans ce domaine. De façon plus particulière, l'élaboration de « planifications fiscales agressives »² est aujourd'hui en forte progression³.

Par ailleurs, la progression des PFA a pour effet de réduire les recettes de l'État et de porter atteinte à l'intégrité du régime fiscal.

1.1 Le concept de PFA

Dans le domaine de la fiscalité canadienne comme dans celui de la fiscalité québécoise, on distingue la situation d'évitement fiscal de celle d'évasion fiscale par le fait qu'habituellement la première ne contrevient directement à aucune règle particulière de la loi alors que la seconde viole une, sinon plusieurs dispositions législatives et, par conséquent, est illégale. C'est pourquoi une PFA est parfois décrite comme étant une opération d'évitement fiscal qui respecte la lettre de la loi mais qui en abuse l'esprit.

Bien que, sur le plan technique, la planification fiscale agressive couvre tant la situation d'évitement fiscal que celle d'évasion fiscale, l'objet du présent document sera limité aux seules situations d'évitement fiscal. Par conséquent, l'expression « planification fiscale agressive » ou « PFA » s'entendra d'une référence générique à l'évitement fiscal et ne comprendra pas l'évasion fiscale. Pour sa part, l'expression « dispositif de PFA » fera référence à une planification particulière d'évitement fiscal.

² Ce type de planifications peut également être désigné par les expressions « planifications fiscales audacieuses » ou « planifications fiscales abusives ». Dans le présent document, l'expression « planification fiscale agressive » a été retenue afin de maintenir une identité d'expression avec celle utilisée par l'OCDE dont les travaux dans ce domaine font autorité.

³ *Supra*, note 1.

L'expression « planification fiscale agressive » ne réfère pas à un genre particulier d'opérations ou de transactions, mais réfère plutôt à un résultat obtenu dans des circonstances non prévues par la politique fiscale et non voulu par cette dernière.

C'est pourquoi l'expression PFA est habituellement définie par les attributs qui caractérisent ce type de planifications plutôt que par les opérations sur lesquelles la planification s'appuie.

Ainsi, de façon générale, on dira d'une PFA, en matière d'impôt sur le revenu, qu'elle est une opération d'évitement fiscal qui consiste à réduire le taux effectif d'imposition d'un revenu particulier à un niveau inférieur à celui voulu par la politique fiscale à l'égard d'un tel revenu.

En outre, un dispositif de PFA est habituellement une opération sophistiquée qui comprend plusieurs étapes et qui fait appel à des mécanismes complexes. Sauf pour les avantages fiscaux qui en résultent, la justification économique d'un dispositif de PFA est généralement limitée et parfois même totalement inexistante.

Souvent, un dispositif de PFA exploite des imperfections ou des lacunes dans une, sinon dans plusieurs législations à la fois. Il implique fréquemment des mouvements de fonds circulaires, des sociétés-relais ou l'utilisation d'entités ou d'instruments financiers traités de façon différente selon les juridictions fiscales.

Enfin, un dispositif de PFA présente habituellement un écart important entre le risque financier assumé par le contribuable et l'avantage fiscal attendu de la planification.

1.1.1 Les PFA, les PFA interprovinciales et les PFA internationales

Dans le contexte du régime fiscal québécois de l'impôt sur le revenu, selon l'impôt que cherche à éviter une PFA particulière, il y a lieu de distinguer la PFA, la PFA interprovinciale et la PFA internationale.

Ainsi, on parle de PFA lorsque l'objet d'une planification consiste à éviter l'impôt sur le revenu tant au palier provincial qu'au palier fédéral, alors qu'on parle de PFA interprovinciale lorsqu'un dispositif de PFA vise à éviter exclusivement l'impôt provincial sur le revenu.

En outre, de façon générale, les PFA interprovinciales ont pour objectif soit l'élimination de la totalité ou de la quasi-totalité de l'impôt provincial sur le revenu ou sur certains types de revenus (par exemple le gain en capital imposable), soit la déduction en double de certaines dépenses. Par conséquent, des règles s'adressant précisément aux PFA interprovinciales peuvent parfois être nécessaires afin de lutter efficacement contre ces pratiques.

À l'instar de la PFA, la PFA internationale vise à éviter l'impôt sur le revenu tant au palier provincial qu'au palier fédéral. Toutefois, pour réaliser son objectif, la PFA internationale s'appuie également en partie sur le régime fiscal d'une ou de plusieurs juridictions étrangères.

La lutte contre les PFA internationales relève principalement des autorités fiscales fédérales, qui disposent des ententes et des traités fiscaux internationaux nécessaires à cette activité. Par conséquent, le rôle de l'administration fiscale québécoise à cet égard consiste surtout à partager son expertise avec l'administration fiscale fédérale et à collaborer avec celle-ci, notamment par la fourniture de données relevant de ses compétences.

Bien que la méthode de conception et la finalité soient semblables pour les PFA, les PFA interprovinciales et les PFA internationales, la distinction entre ces catégories de PFA peut être importante dans le contexte de l'examen d'outils législatifs pouvant permettre de combattre chacune de ces catégories de planifications.

1.1.2 Les PFA au Québec

Les PFA ne sont pas récentes dans le paysage fiscal québécois. Au cours des douze dernières années, les autorités fiscales québécoises sont intervenues par voie législative à plusieurs reprises afin de mettre un terme à des dispositifs de PFA. Ces dispositifs visaient soit à éviter l'impôt québécois ou un autre impôt provincial sur le revenu, soit à éviter à la fois l'impôt québécois et l'impôt fédéral sur le revenu.

Les autorités fiscales sont intervenues aussi pour mettre un terme à des contestations d'interprétations visant à obtenir indûment, en matière de taxe de vente, des remboursements de taxe. Dans ce cas, bien qu'il ne s'agissait pas de dispositifs de PFA proprement dits, l'approche préconisée par les intermédiaires fiscaux auprès de leurs clients mérite qu'il en soit fait mention⁴.

Voici quelques exemples de ces dispositifs de PFA et de ces contestations d'interprétations.

⁴ Dans la plupart des situations, les procédures avaient été amorcées à la suite de démarches de consultants rémunérés à pourcentage (jusqu'à 50 % dans certains cas) qui incitaient leurs clients à remettre en cause des règles fiscales bien établies et appliquées de façon constante depuis leur instauration.

❑ Les Québec Shuffles (1996)

Le dispositif de PFA interprovinciale communément appelé « Québec Shuffle » visait à éviter l'impôt résultant de l'aliénation d'un bien en exploitant le caractère autonome de certaines législations provinciales. Voici un exemple d'utilisation de ce dispositif de PFA par une société résidant au Québec (le vendeur) qui détenait des actions du capital-actions d'une autre société (les actions de la société cible) faisant l'objet d'une offre d'achat par un tiers à un prix largement supérieur à leur coût fiscal pour le vendeur :

Le vendeur transférait les actions de la société cible à une société nouvellement constituée ayant son établissement, par exemple, en Ontario (la société ontarienne) en contrepartie d'actions de cette dernière. Ce transfert était effectué sans incidence fiscale immédiate (roulement fiscal) au Québec en faisant le choix permis par la loi québécoise, tout en ne faisant pas un tel choix en vertu de la loi fédérale. Ainsi, il n'y avait pas de gain en capital réalisé en vertu de la loi québécoise lors du transfert des actions mais il y en avait un en vertu de la loi fédérale. Pour la société ontarienne, le coût fiscal des actions de la société cible était égal au coût des actions au fédéral, soit un coût égal à leur juste valeur marchande. Par la suite, la société ontarienne aliénait les actions de la société cible en faveur du tiers sans qu'elle ne réalise de gain en capital. Ainsi, le vendeur ne payait que l'impôt fédéral sur le gain en capital réalisé lors du transfert des actions de la société cible à la société ontarienne. Aucun impôt provincial n'était payé lors de ce transfert ou lors de l'aliénation en faveur du tiers. Une fusion ultérieure du vendeur avec la société ontarienne permettait l'annulation des actions de la société ontarienne émises en contrepartie des actions de la société cible.

Les règles du roulement fiscal dans la loi québécoise qui permettent un report d'impôt étaient donc utilisées pour éviter complètement tout impôt provincial, contrecarrant ainsi l'objet de ces règles. La loi québécoise a été modifiée pour contrer ce dispositif de PFA.

❑ Les Truffles (1998 et 2006)

En plaçant la résidence d'une fiducie dans une province différente de celle où résidaient les bénéficiaires, le dispositif de PFA communément appelé « Truffle » permettait l'évitement de l'impôt provincial en exploitant la flexibilité du régime applicable aux fiducies, lequel, sommairement, permet de choisir qui de la fiducie ou du bénéficiaire assume l'impôt relatif aux revenus de la fiducie. À l'instar du dispositif précédent, en effectuant des choix différents dans les juridictions impliquées, cette PFA interprovinciale exploitait le caractère autonome de la législation québécoise afin d'éviter l'impôt provincial sur le revenu.

Malgré une politique fiscale claire et non équivoque quant au caractère abusif des Truffles, des contribuables ont continué d'y avoir recours. Une modification rétroactive couvrant les années non prescrites a été introduite dans la législation pour mettre un terme à ce dispositif de PFA.

❑ L'amendement au régime de la taxe de vente du Québec (TVQ) – Services de transport scolaire (2001)

Malgré une politique fiscale claire, notoire et appliquée de façon constante par l'ensemble de la communauté fiscale depuis l'entrée en vigueur du régime de la TVQ, des commissions scolaires contestaient, sur la base d'arguments techniques, le caractère exonéré des services de transport scolaire qu'elles fournissaient. Cette démarche visait à accroître de 47 % à 100 % le taux de remboursement de la taxe que pouvaient demander les commissions scolaires. Un amendement déclaratoire a été nécessaire afin de protéger les recettes fiscales et d'assurer le maintien de la politique fiscale.

❑ Les amendements au régime de la TVQ – Services de sous-traitants et remboursement de la taxe sur les intrants (RTI) sur l'énergie (2002)

Des amendements déclaratoires ont également été requis pour assurer la protection des recettes fiscales et le respect de la politique fiscale, dans le cas de réclamations indues présentées par des organismes de services publics et des grandes entreprises qui remettaient en cause des règles fiscales bien établies et appliquées de façon constante par tous les intervenants depuis l'entrée en vigueur du régime de la TVQ.

C'est ainsi que des organismes de services publics (municipalités, commissions scolaires et commissions de transport) ont cherché à obtenir un remboursement total plutôt que partiel de la TVQ payée sur les services taxables de sous-traitants qu'ils avaient acquis afin de réaliser leurs fournitures exonérées de services, et ce, en contestant la portée restrictive donnée au concept de « fourniture non taxable d'un service ».

Par ailleurs, certaines municipalités ont cherché à faire de même en remettant en cause le caractère exonéré de la fourniture de services municipaux usuels qu'elles effectuaient lorsqu'elles en confiaient l'exécution à des sous-traitants.

Finalement, des grandes entreprises ont tenté d'étendre la portée de la mesure d'exception à la restriction à l'obtention d'un RTI à l'égard de l'énergie acquise dans le cadre de leurs activités commerciales, de façon à obtenir un RTI relativement à de telles acquisitions.

❑ **Les dons de bienfaisance (2003)**

Des dispositifs de PFA avaient été développés pour faire en sorte que des organismes de bienfaisance enregistrés délivrent, à la suite de l'acceptation d'un don de biens matériels, un reçu à des fins fiscales indiquant une juste valeur marchande des biens largement supérieure au prix payé par les donateurs lors d'une transaction impliquant le transfert immédiat des biens aux organismes. Une modification rétroactive a été annoncée, couvrant les années non prescrites, afin de mettre un terme à ces dispositifs de PFA.

❑ **L'abolition des choix distincts (2006)**

Certaines dispositions de la législation fiscale prévoient la possibilité pour un contribuable de choisir un traitement fiscal donné dans certaines circonstances. La plupart de ces circonstances impliquent toutefois l'exercice de choix distincts qui doivent être exercés, le cas échéant, auprès de chacun des deux paliers de gouvernement.

Après la découverte de dispositifs de PFA destinés à éviter l'impôt québécois sur le revenu par la mise en relation, d'une part, de différents choix québécois distincts des choix correspondants au palier fédéral et, d'autre part, de différentes caractéristiques du régime québécois liées au régime fédéral, la possibilité de faire un choix québécois distinct du choix fédéral correspondant a été retirée à l'égard d'environ 80 choix québécois distincts.

En outre, il a été précisé, d'une part, que le fait qu'un choix ne soit pas indiqué dans la liste des choix retirés ne signifiait pas que ce choix pouvait être utilisé afin d'éviter le paiement des impôts provinciaux et, d'autre part, qu'au besoin, d'autres choix distincts pourraient être retirés.

❑ **La désynchronisation des exercices financiers (2008)**

De façon sommaire, malgré une définition similaire de l'expression « année d'imposition » pour toutes les juridictions fiscales canadiennes, un dispositif de PFA interprovinciale exploitait le caractère autonome de la législation fiscale québécoise afin de retenir une date de fin d'exercice financier différente au Québec de celle retenue pour l'application de l'impôt sur le revenu fédéral et de celui des autres provinces canadiennes.

Après avoir effectué une telle désynchronisation des dates de fin d'exercice financier, une combinaison appropriée de la nature, de la provenance et du quantum des revenus gagnés par le contribuable ainsi que des salaires versés par celui-ci permettait de manipuler la formule de répartition interprovinciale des affaires – laquelle détermine le partage de l'assiette fiscale du contribuable entre les différentes juridictions fiscales canadiennes – de façon à éviter la totalité ou la quasi-totalité de l'impôt provincial sur le revenu et sur les gains en capital imposables.

Une modification rétroactive a été apportée à la législation pour mettre un terme à ce dispositif de PFA.

1.2 La progression des PFA

Comme en font foi ces quelques exemples, le phénomène de la PFA n'est pas nouveau dans l'univers de la fiscalité québécoise. Toutefois, la propagation des PFA à un bassin croissant de contribuables, notamment corporatifs, est d'inspiration plus récente.

La progression des PFA peut s'expliquer par des facteurs économiques et commerciaux, tels que l'augmentation de l'offre et de la demande en matière de PFA, un rapport risque/rendement avantageux pour les contribuables qui y ont recours et l'émergence d'un nouveau modèle d'affaires pour les intermédiaires fiscaux. En outre, certaines caractéristiques du régime fiscal québécois ont un impact sur le développement des PFA et sur la façon dont l'administration fiscale peut s'y prendre pour lutter contre les PFA.

1.2.1 Les facteurs économiques et commerciaux

Les facteurs économiques et commerciaux comprennent des facteurs exogènes à l'univers de la PFA, donc des facteurs étrangers à cet univers, et des facteurs endogènes, c'est-à-dire des facteurs propres à celui-ci.

□ L'augmentation de l'offre et de la demande de PFA

Le développement des technologies de communication et de la finance électronique, la mise au point de produits financiers novateurs et l'intégration au plan mondial des économies nationales, sont des facteurs exogènes qui ont engendré une plus grande concurrence entre les entreprises ainsi qu'un plus grand besoin pour ces dernières de contrôler leurs coûts, y compris leurs coûts fiscaux, lesquels représentent habituellement un important poste de dépenses.

Ce besoin des entreprises a, à son tour, favorisé l'expansion des firmes d'intermédiaires fiscaux – avocats, comptables, banques d'affaires, notamment – et le développement chez ces derniers d'une connaissance poussée des différents régimes fiscaux ainsi que d'une expertise sophistiquée permettant une gestion intégrée de la fiscalité de leurs clients sur une base mondiale. Lui-même par ailleurs très compétitif, le marché des services-conseils en fiscalité a alimenté l'appétit des contribuables pour réduire davantage leurs coûts fiscaux et a encouragé leurs conseillers dans l'élaboration de PFA.

□ Un rapport risque/rendement favorable au contribuable

La quasi-absence de conséquences financières négatives à l'égard des PFA est l'un des plus importants facteurs endogènes dans la progression de ces planifications, car il assure un rapport risque/rendement très favorable au contribuable.

Ainsi, lorsqu'il évalue l'opportunité de participer ou non à un dispositif de PFA, un contribuable doit d'abord estimer le risque que sa planification soit détectée par les autorités fiscales. Or, le simple rapport entre le nombre de contribuables et le nombre de vérifications pouvant annuellement être conduites par l'administration fiscale permet de comprendre que, en l'absence d'indicateurs permettant d'attirer l'attention de l'administration fiscale sur un dispositif de PFA particulier, le risque d'un contrôle fiscal du contribuable est plutôt faible. Dans le domaine de la fiscalité, on qualifie ce rapport favorable au contribuable de « loto-vérification », mieux connu sous son appellation anglaise *audit lottery*⁵.

En second lieu, dans l'évaluation de son risque, le contribuable doit également prendre en considération l'existence d'une prescription extinctive en matière fiscale. Ainsi, le contribuable peut prendre acte du fait que l'administration fiscale a un délai, généralement de trois ans ou de quatre ans suivant l'envoi de l'avis de première cotisation, pour contester le dispositif de PFA. Dans une matière reconnue pour sa complexité, un délai de prescription de trois ou quatre années est un délai de prescription relativement court. Conséquemment, dans l'univers de la PFA, le passage du temps joue en faveur du contribuable et est de nature à influencer sa décision de participer à un dispositif de PFA.

⁵ Daniel N. SHAVIRO, « Disclosure and Civil Penalty Rules in the U.S. Legal Response to Corporate Tax Shelters », (January 9, 2007), *New York University School of Law, New York University Law and Economics Working Papers*, Paper 83; Kyle D. LOGUE, « Optimal Tax Compliance and Penalties When the Law is Uncertain », *27 Va. Tax Rev.*, 241 (2007).

En troisième lieu, après avoir évalué le risque de détection en temps utile de son dispositif de PFA par l'administration fiscale, le contribuable doit estimer le risque que celle-ci applique avec succès la disposition générale anti-évitement. Or, comme on le verra à la sous-section 2.2.2, les tribunaux n'appliquent la disposition générale anti-évitement qu'en présence d'une opération manifestement abusive, le fardeau de la preuve relativement à l'abus reposant sur l'administration fiscale. Par conséquent, à ce stade de l'évaluation de son risque, le contribuable peut estimer que, malgré une contestation possible du dispositif de PFA par l'administration fiscale, les probabilités de conserver l'avantage fiscal recherché sont relativement bonnes.

Enfin, après avoir évalué les probabilités que l'administration fiscale détecte en temps utile le dispositif de PFA, et le conteste avec succès devant les tribunaux, le contribuable doit conclure l'analyse de son risque en évaluant le coût potentiel d'un échec face à l'administration fiscale. Or, dans l'état actuel du droit, comme l'application de la disposition générale anti-évitement n'entraîne l'imposition d'aucune pénalité au contribuable, les conséquences négatives d'une participation à un dispositif de PFA sont limitées au retrait de l'avantage fiscal recherché.

Bien sûr, et cela est normal, les frais usuels d'intérêt, calculés en fonction de l'écart entre le montant d'impôt à payer par le contribuable, abstraction faite du dispositif de PFA, et le montant d'impôt initialement payé par celui-ci, en prenant en considération le dispositif de PFA, sont ajoutés au retrait de l'avantage fiscal du contribuable. Or, ces frais d'intérêt sont souvent compensés par le rendement obtenu par le contribuable sur l'écart d'impôt non payé pendant la période concernée.

Évidemment, le contribuable doit supporter les frais de mise en place du dispositif de PFA. Toutefois, en cas d'échec, ces frais peuvent être considérablement réduits dans la mesure où la rémunération de ses conseillers est conditionnelle à l'obtention de l'avantage fiscal recherché.

En somme, le rapport risque/rendement actuel est nettement favorable au contribuable qui désire participer à une PFA.

□ Un nouveau modèle d'affaires pour les intermédiaires fiscaux

Le besoin d'efficacité fiscale des entreprises, jumelé à une impunité relative en matière de PFA, a favorisé le développement de la PFA en tant que nouvelle spécialité dans le domaine fiscal. Voilà un deuxième facteur endogène favorisant la progression des PFA.

Cette pratique spécialisée a elle-même donné naissance à un nouveau modèle d'affaires pour les conseillers fiscaux⁶. En effet, selon ce nouveau modèle d'affaires, l'intermédiaire fiscal conçoit d'abord un dispositif de PFA, soit une combinaison appropriée de facteurs et d'opérations pouvant générer des bénéfices fiscaux appréciables pour certains contribuables. Par la suite, une clientèle cible est identifiée et l'« idée fiscale » est raffinée davantage afin de pouvoir être proposée au plus grand nombre de clients possible sous la forme d'un « produit fiscal prêt à l'emploi ».

Les caractéristiques de commercialisation des produits fiscaux prêts à l'emploi comprennent souvent des exigences quant à la confidentialité de la planification, par exemple, en interdisant au contribuable de révéler à quiconque, pendant une certaine période, le dispositif de PFA utilisé. De plus, la rémunération de l'intermédiaire fiscal est habituellement conditionnelle, en tout ou en partie, à l'obtention des bénéfices fiscaux recherchés par le contribuable et proportionnelle à ceux-ci. Enfin, l'intermédiaire fiscal peut également tenter de limiter sa responsabilité professionnelle en faisant signer aux contribuables concernés une clause de dégageant de responsabilité⁷.

Ainsi, suivant ce nouveau modèle d'affaires des intermédiaires fiscaux, une relation marchande fondée sur la vente d'un produit fiscal prêt à l'emploi, moyennant une rémunération conditionnelle et proportionnelle aux impôts évités, remplace le rapport traditionnel du service conseil rémunéré en fonction d'un tarif horaire.

Enfin, compte tenu des bénéfices financiers importants pouvant découler de la vente de ces produits fiscaux prêts à l'emploi, les intermédiaires fiscaux peuvent avoir une forte motivation à créer de nouveaux dispositifs de PFA.

1.2.2 Des caractéristiques du régime fiscal qui ont un impact sur le développement des PFA

Certaines caractéristiques du régime fiscal ont un impact sur le développement des PFA. Ces caractéristiques ont également un effet direct sur la façon dont l'administration fiscale peut s'y prendre pour lutter contre les PFA.

⁶ Voici comment Thomas E. McDonnell présentait le nouveau modèle d'affaires :

[Traduction] « Dans l'affaire *Des Chênes*, il a été établi que le conseil scolaire avait retenu les services d'un chasseur de primes pour les taxes à la consommation. C'est un exemple de nouveau modèle de planification fiscale. Ainsi, la complexification des lois fiscales et l'intensification de la concurrence dans la recherche de clientèles ont entraîné l'éclosion d'une spécialisation qui consiste carrément à chercher à exploiter les failles de la fiscalité. » (Thomas E. McDONNELL, « Retroactivity : Policy and Practice », dans *2006 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 2007, p. 2:1-33, à la page 2:22).

⁷ À cet égard, l'article 1474 du *Code civil du Québec* prévoit qu'une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde. Une faute lourde est celle qui dénote une insouciance, une imprudence ou une négligence grossières.

La présente sous-section fait état de certains passages de décisions judiciaires qui ont permis de préciser des éléments importants qui doivent être pris en considération dans le cadre de la lutte contre les PFA. Ces éléments concernent la légitimité de la planification fiscale, l'interprétation des lois fiscales et le rôle des tribunaux en matière fiscale.

Outre ces éléments, d'autres éléments ou caractéristiques propres au régime fiscal québécois ou encore à la PFA elle-même limitent également l'action des autorités fiscales dans la lutte contre les PFA : entre autres, le fait que le régime fiscal repose sur l'autocotisation des contribuables, le fait qu'un dispositif de PFA fasse fréquemment intervenir une multiplicité de juridictions fiscales et, enfin, le fait que la description de dispositifs de PFA bénéficie parfois du sceau du secret professionnel de l'avocat ou du notaire, bien que celui-ci ne soit pas propre au régime fiscal. Ces différents éléments seront donc brièvement passés en revue.

□ L'autocotisation

L'une des premières caractéristiques rendant la lutte contre les PFA difficile est le fait que le régime fiscal québécois est un régime d'autocotisation, c'est-à-dire un système déclaratif dans le cadre duquel le contribuable établit lui-même son impôt à payer.

Puisque le contribuable établit lui-même son impôt à payer, il appartient à l'administration fiscale de contrôler la déclaration de revenus du contribuable, de vérifier les faits sur lesquels s'appuie sa déclaration et, au besoin, de rétablir le montant d'impôt dont elle estime qu'il est redevable.

L'autocotisation a le mérite de permettre des économies appréciables au chapitre des coûts de gestion et d'administration du régime fiscal. Néanmoins, dans le contexte de la PFA, cet attribut du régime fiscal québécois peut, dans une certaine mesure, être facilitant pour les contribuables qui désirent s'aventurer sur le chemin de la PFA.

□ La légitimité de la planification fiscale

Une seconde caractéristique du régime fiscal qui influence la lutte contre les PFA a trait à la légitimité de la planification fiscale. Les tribunaux ont en effet reconnu qu'il est légitime pour un contribuable d'organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôt.

Ce principe jurisprudentiel, connu sous le nom du principe du duc de Westminster, est reconnu depuis longtemps en droit fiscal canadien et est fréquemment cité en tant que principe fondateur en matière de planification fiscale au Canada.

Le juge Estey de la Cour suprême du Canada (Cour suprême) le reconnaissait comme suit dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd.* :

« Qu'en est-il alors, en droit canadien, du droit du contribuable d'organiser ses affaires de manière à réduire ses impôts sans violer de disposition expresse de la Loi? [...]

[...]

Dans le domaine de la fiscalité elle-même, le principe traditionnel a été répété dans l'arrêt *Inland Revenue Commissioners v. Duke of Westminster*, [1936] A.C. 1, aux pp. 19 et 20 où l'on dit :

[TRADUCTION] "Tout homme a le droit, s'il le peut, de diriger ses affaires de façon que son assujettissement aux impôts prescrits par les lois soit moindre qu'il ne le serait autrement. S'il réussit à obtenir ce résultat, alors, même si le percepteur ou les autres contribuables n'apprécient guère son ingéniosité, on ne peut pas l'obliger à payer plus d'impôt." »⁸

Bien qu'il y ait eu par le passé une certaine ambiguïté quant à la portée et à la signification véritable de ce principe dans le droit fiscal canadien, la Cour suprême a clarifié la situation, notamment dans l'arrêt *Shell Canada Ltée* :

« Cependant, il ressort des arrêts plus récents de notre Cour qu'en l'absence d'une disposition expresse contraire, il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher les contribuables de recourir, dans le cadre de leurs opérations, à des stratégies complexes qui respectent les dispositions pertinentes de la Loi, pour le motif que ce serait inéquitable à l'égard des contribuables qui n'ont pas opté pour cette solution. [...] Il incombe aux tribunaux d'interpréter et d'appliquer la Loi telle qu'elle a été adoptée par le Parlement. Les remarques incidentes formulées dans des arrêts antérieurs dont on peut dire qu'elles appuient un principe d'interprétation plus large et moins certain ont donc été supplantées par les arrêts que notre Cour a rendus depuis en matière fiscale. Sauf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait. »⁹ [Les soulignés sont ajoutés]

⁸ *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, 552.

⁹ *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45.

Toutefois, ce principe n'a jamais été absolu¹⁰ et la règle générale anti-évitement (RGAE)¹¹ le tempère en établissant une ligne de démarcation entre la planification fiscale légitime et l'évitement fiscal abusif. L'adoption de la RGAE ne signifie donc pas la mise au rancart du principe du duc de Westminster car, comme le soulignent la juge en chef McLachlin et le juge Major, au nom de la Cour suprême, dans l'un de ses deux premiers arrêts portant sur la RGAE :

« D'après les notes explicatives, le législateur a reconnu le principe du duc de Westminster selon lequel « la planification fiscale — c'est-à-dire le fait d'organiser ses affaires de manière à payer le moins possible d'impôts — est une dimension légitime et admise du droit fiscal canadien » (p. 495). Bien qu'il ait eu l'intention de prévenir l'évitement fiscal abusif en édictant la RGAE, le législateur a néanmoins voulu maintenir la prévisibilité, la certitude et l'équité en droit fiscal canadien. Il veut que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui confèrent des avantages fiscaux. En fait, il s'agit là de la condition de réussite des différentes politiques que la *Loi de l'impôt sur le revenu* cherche à promouvoir. »¹²

Parce que la planification fiscale est une dimension admise du droit fiscal canadien, la législation fiscale commande un haut degré de précision. C'est notamment pour ce motif qu'on y trouve de nombreux détails ainsi que plusieurs dispositions particulières anti-évitement. Or, de tels détails et de telles dispositions particulières contribuent à complexifier la législation fiscale, ce qui entraîne un recours plus fréquent à l'interprétation.

□ Les règles d'interprétation en matière fiscale

Les règles d'interprétation, en matière fiscale, ont une influence majeure sur le choix des outils auxquels les autorités fiscales peuvent recourir dans le cadre de la lutte contre les PFA. Une revue de ces règles d'interprétation est donc très pertinente.

¹⁰ *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, par. 21 (j. LeBel).

¹¹ Cette règle, introduite dans la législation fiscale en 1988, vise à prévenir l'évitement fiscal abusif. Elle fait l'objet d'une analyse détaillée à la sous-section 2.2.2.

¹² *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 31.

Historiquement, les tribunaux ont adopté une approche interprétative littérale en matière fiscale. Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd.*¹³, la Cour suprême lui a substitué la « méthode du contexte global », qui avait déjà été adoptée dans les autres domaines du droit. Par la suite, dans l'arrêt *Corporation Notre-Dame de Bon-Secours*¹⁴, la Cour suprême a adopté la « méthode téléologique » pour l'interprétation des lois fiscales. Dans certains arrêts, la même Cour a plutôt préconisé la « méthode du sens ordinaire » en présence de dispositions législatives précises et détaillées¹⁵. Plus récemment, la Cour suprême a nettement clarifié les règles d'interprétation applicables suivant la nature des dispositions fiscales sous examen. Ainsi, dans le passage suivant de l'arrêt *Placer Dome Canada Ltd.*, le juge LeBel, s'exprimant au nom de la Cour suprême, résume bien l'état du droit canadien en matière d'interprétation de la législation fiscale :

« Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, notre Cour a rejeté l'approche restrictive en matière d'interprétation des lois fiscales et a statué que la méthode d'interprétation moderne s'applique autant à ces lois qu'aux autres lois. En d'autres termes, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (p. 578) : voir l'arrêt 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. Toutefois, le caractère détaillé et précis de nombreuses dispositions fiscales a souvent incité à mettre davantage l'accent sur l'interprétation textuelle : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, 2005 CSC 54, par. 11. Les contribuables ont le droit de s'en remettre au sens clair des dispositions fiscales pour organiser leurs affaires. Lorsqu'il est précis et non équivoque, le texte d'une loi joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation.

Par contre, lorsque le texte d'une loi peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, le sens ordinaire des mots joue un rôle moins important et il peut devenir nécessaire de se référer davantage au contexte et à l'objet de la Loi : *Trustco Canada*, par. 10. De plus, comme la juge en chef McLachlin l'a fait remarquer au par. 47, « [m]ême lorsque le sens de certaines dispositions peut paraître non ambigu à première vue, le contexte et l'objet de la loi peuvent révéler ou dissiper des ambiguïtés latentes. » La juge en chef a ensuite expliqué que, pour dissiper les ambiguïtés explicites ou latentes d'une mesure législative fiscale, « les tribunaux doivent adopter une méthode d'interprétation législative textuelle, contextuelle et téléologique unifiée ».

¹³ Préc., note 8.

¹⁴ *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3.

¹⁵ Voir notamment *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103.

Le degré de précision et de clarté du libellé d'une disposition fiscale influe donc sur la méthode d'interprétation. Lorsque le sens d'une telle disposition ou son application aux faits ne présente aucune ambiguïté, il suffit de l'appliquer. La mention de l'objet de la disposition [TRADUCTION] « ne peut pas servir à créer une exception tacite à ce qui est clairement prescrit » : voir P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (5e éd. 2005), p. 569; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622. Lorsque, comme en l'espèce, la disposition peut recevoir plus d'une interprétation raisonnable, il faut accorder plus d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet de la loi en question. Par conséquent, l'objet d'une loi peut servir non pas à mettre de côté le texte clair d'une disposition, mais à donner l'interprétation la plus plausible à une disposition ambiguë. »¹⁶

Donc, la législation fiscale doit être interprétée selon une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée, ce qui permet de prendre en considération l'objet d'une disposition donnée. Toutefois, lorsqu'un texte législatif comporte un haut degré de précision, une approche davantage littérale est indiquée, à moins que le texte législatif ne présente une ambiguïté particulière, auquel cas il faut alors accorder plus d'importance au contexte, à l'économie et à l'objet du texte législatif afin d'y donner l'interprétation la plus plausible.

Dit simplement, en présence d'un texte détaillé comme celui de la plupart des dispositions de la législation fiscale, une méthode d'interprétation littérale doit être privilégiée, à moins que le texte ne présente une ambiguïté réelle. Or, puisqu'un dispositif de PFA respecte habituellement la lettre de la loi, cette méthode d'interprétation rend plus difficile le rôle de l'administration fiscale.

□ Le rôle des tribunaux

Le rôle des tribunaux en matière fiscale est un autre élément qui doit être pris en considération dans un contexte de lutte contre les PFA.

En effet, d'aucuns pourraient croire qu'en présence d'une interprétation d'un texte législatif qui entraîne des conséquences négatives importantes pour le trésor public, ainsi qu'une situation inéquitable pour les autres contribuables, et qui, vraisemblablement, n'est pas conforme à la politique fiscale souhaitée par les autorités fiscales, les tribunaux seraient justifiés de pallier une législation déficiente afin d'éviter un résultat inapproprié pour les finances publiques. Or, la revue des décisions des tribunaux à cet égard révèle qu'il n'en est rien.

¹⁶ *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 21-23. Au même effet : *Hypothèques Trustco Canada*, préc., note 12, par. 10-13; *Mathew c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 643, par. 42; *A.Y.S.A. Amateur Youth Soccer Association c. Canada (Agence du revenu)*, [2007] 3 R.C.S. 217, par. 16 (j. Rothstein); *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 26 (j. LeBel).

Déjà, dans l'affaire *Stubart*, le juge Estey, au nom de la majorité de la Cour suprême, rappelait le rôle traditionnel des tribunaux qui doivent éviter d'étendre la portée des dispositions d'une loi fiscale pour contrer des planifications qui peuvent paraître inappropriées aux yeux de certains :

« La question revient à déterminer le juste rôle du tribunal dans l'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans des circonstances comme celles de l'espèce, où Sa Majesté se fonde sur les dispositions générales de la Loi et non sur une disposition fiscale précise. Il faut bien sûr interpréter la Loi comme un tout, y compris l'art. 137, mais pour les motifs que j'ai déjà énoncés, sans appliquer cet article expressément aux présentes cotisations. L'appelante économise de l'impôt si son plan réussit. Sa Majesté perd des revenus qu'elle aurait autrement reçus. En théorie au moins, il incombe aux autres contribuables de combler la perte de revenu. Lord Simon of Glaisdale a dit ce qui suit dans des circonstances semblables (*Ransom v. Higgs* (1974), 50 Tax Cas. 1, à la p. 94) :

[TRADUCTION] «Il peut sembler difficile qu'un contribuable adroitement conseillé puisse éviter ce qui paraît sa juste part du fardeau fiscal général et la faire porter par ses concitoyens. Mais pour les tribunaux, chercher à étendre la loi pour faire face à ces cas difficiles (que les difficultés paraissent reposer sur les épaules de chaque contribuable ou sur l'ensemble des contribuables représentés par le fisc), c'est non seulement faire du mauvais droit mais c'est aussi courir le risque de miner la règle de droit elle-même. Quelque déplaisant qu'il puisse paraître que certains contribuables échappent à ce qui semblerait être leur part du fardeau des dépenses nationales, il serait beaucoup plus désagréable de substituer la règle de l'arbitraire à la règle de droit.»

Tout cela peut refléter la traditionnelle modification annuelle de la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque le budget du gouvernement pour l'année qui vient est soumis à l'approbation du Parlement. Il se peut que la facilité avec laquelle on peut modifier la *Loi de l'impôt sur le revenu* soit une des sources du problème puisque cette pratique n'incite pas les tribunaux à intervenir vu que le législateur peut le faire facilement. »¹⁷

¹⁷ Préc., note 8, p. 578-579.

Comme mentionné précédemment, cette position a été reprise dans l'arrêt *Shell Canada Ltée*¹⁸. La juge en chef McLachlin et le juge Major, au nom de la Cour suprême, l'ont également réitéré dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* :

« [...] Demander aux tribunaux de chercher une politique globale quelconque pour ensuite se servir de cette politique pour passer outre au libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* reviendrait à confier indûment à l'appareil judiciaire l'établissement de politiques fiscales, et à demander aux juges d'accomplir une tâche à laquelle ils ne sont pas habitués et qu'ils ne sont pas en mesure d'accomplir. Le législateur a-t-il voulu que les juges établissent des politiques fiscales non fondées sur les dispositions de la Loi et qu'ils s'en servent pour passer outre aux dispositions précises de la Loi? Malgré les problèmes d'interprétation que pose la RGAÉ, nous ne voyons aucune raison de conclure que le législateur a voulu s'écarter à ce point des normes de justice et d'interprétation. »¹⁹

Enfin, dans l'arrêt *McLarty*, le juge Rothstein, s'exprimant au nom de la majorité de la Cour suprême, soulignait que les tribunaux n'ont pas pour mission de protéger les revenus de l'État :

« [...] 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. [...] »²⁰

Par conséquent, il incombe aux autorités fiscales et non pas aux tribunaux de protéger les revenus de l'État.

❑ La multiplicité des juridictions

Il a déjà été indiqué que l'une des caractéristiques des PFA consistait à exploiter des imperfections ou des lacunes dans une, sinon dans plusieurs législations à la fois, et que les PFA impliquaient fréquemment l'utilisation d'entités ou d'instruments financiers traités de façon différente selon les juridictions fiscales.

¹⁸ Préc., note 9.

¹⁹ Préc., note 12, par. 41.

²⁰ *R. c. McLarty*, 2008 CSC 26, par. 75. Quelques années auparavant, à l'occasion d'une conférence annuelle de l'Association canadienne d'études fiscales, le juge Rothstein, alors à la Cour d'appel fédérale, avait également eu l'occasion de se prononcer à cet égard : [Traduction] « Si un défaut de rédaction donne lieu à une échappatoire, la question est de savoir si le tribunal doit en interdire l'exploitation. Je dirais que non. Je devrais peut-être plutôt dire que l'idée qu'il ne doive pas le faire est défendable. Le tribunal est un arbitre entre l'État et le contribuable. Il n'a un rôle de protecteur ni pour l'un ni pour l'autre ». Voir Brian ARNOLD, Judith FREEDMAN, Al MEGHJI, Mark MEREDITH, Hon. Marshall ROTHSTEIN, « The Future of GAAR », *2005 Conference Report*, Association canadienne d'études fiscales, p. 4:7.

Bien que les dispositifs de PFA n'impliquent pas toujours une multiplicité de juridictions, plusieurs PFA sont conçues expressément pour être utilisées dans un tel contexte. Ainsi, souvent dans le cadre d'une série d'opérations, on exploitera un arrimage déficient entre les législations nationales de différents pays, ou encore entre les juridictions fiscales d'un même pays comme c'est le cas avec les différentes juridictions fiscales canadiennes.

En outre, le fait d'avoir recours à plus d'une juridiction fiscale dans une PFA permet de maintenir une partie des détails de la planification hors de la connaissance de l'administration fiscale, laquelle a parfois du mal à obtenir une représentation complète de la planification afin de comprendre et d'évaluer les conséquences fiscales en résultant.

Pour pallier les difficultés découlant de la multiplicité des juridictions, l'administration fiscale québécoise doit notamment participer à des ententes d'échange de renseignements avec les administrations fiscales impliquées. Toutefois, malgré l'efficacité de ces ententes, l'implication de plus d'une juridiction fiscale dans une planification augmente habituellement la durée de traitement d'un dossier. Or, comme mentionné précédemment, l'existence d'une prescription extinctive, généralement de trois ans ou de quatre ans suivant l'envoi de l'avis de première cotisation, est un facteur favorable au contribuable qui participe à un dispositif de PFA.

Par ailleurs, bien que l'administration fiscale québécoise ait des pouvoirs d'enquête et de vérification importants pour assurer l'intégrité du régime fiscal, ces pouvoirs ne s'appliquent habituellement pas à l'extérieur du territoire québécois. De même, le jugement obtenu par l'administration fiscale québécoise à l'encontre d'un contribuable n'est pas immédiatement exécutoire à l'extérieur du territoire québécois.

Comme on peut le constater, la multiplicité des juridictions peut occasionner des difficultés de détection et de traitement des PFA et impose également des limitations importantes à l'action de l'administration fiscale.

□ Le secret professionnel de l’avocat et du notaire

Au Québec, le secret professionnel est régi par plusieurs dispositions législatives. La disposition la plus importante se trouve à l’article 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*²¹ qui reconnaît que chacun a droit au secret professionnel et qu’une personne tenue par la loi au secret professionnel ne peut, même en justice, divulguer les renseignements confidentiels qui lui ont été révélés en raison de son état ou de sa profession, à moins qu’elle n’y soit autorisée par celui qui lui a fait les confidences ou par une disposition expresse de la loi. Le *Code des professions*²² impose le respect du secret professionnel à tous les membres des ordres professionnels qu’il régit et non aux seuls avocats²³ et notaires²⁴. L’article 2858 du *Code civil du Québec* renforce l’obligation de respect du secret professionnel en prévoyant que le juge doit soulever d’office toute violation du secret professionnel et rejeter tout élément de preuve qui en provient.

En matière fiscale, le secret professionnel est limité par les articles 46 et 53.1 de la *Loi sur le ministère du Revenu*²⁵ qui prévoient que seul un avocat ou un notaire peut s’opposer à ce qu’un document en sa possession soit examiné ou saisi en vertu de cette loi s’il estime que cet examen ou cette saisie constituerait une violation du secret professionnel. Les autres professionnels, dont les comptables, ne peuvent s’opposer à ce qu’un document en leur possession soit examiné ou saisi en vertu de cette loi pour le motif que cet examen ou cette saisie constituerait une violation de leur secret professionnel.

La délimitation de l’aire d’application de l’obligation de confidentialité de l’avocat ou du notaire pose parfois problème. Qu’il suffise de dire ici que cette aire d’application ne se limite pas à l’opinion, à l’avis ou au conseil donné par l’avocat ou par le notaire²⁶.

Dans le cadre d’une enquête portant sur un dispositif de PFA, le secret professionnel de l’avocat ou du notaire peut limiter l’action de l’administration fiscale dans la recherche d’éléments facilitant la bonne compréhension du dispositif de PFA.

Le secret professionnel de l’avocat et du notaire impose donc des limites à l’action de l’administration fiscale et doit être pris en considération dans le choix d’outils législatifs pouvant être mis en place dans le cadre de la lutte contre les PFA.

²¹ L.R.Q., c. C-12.

²² L.R.Q., c. C-26, art. 60.4.

²³ Les avocats y sont aussi tenus en vertu de l’article 131 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., c. B-1.

²⁴ Les notaires y sont aussi tenus en vertu de l’article 14.1 de la *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3.

²⁵ L.R.Q., c. M-31.

²⁶ Voir notamment les arrêts *Société d’énergie Foster Wheeler Ltée c. Société intermunicipale de gestion et d’élimination des déchets (SIGED) inc.*, [2004] 1 R.C.S. 456 et *Maranda c. Richer*, [2003] 3 R.C.S. 193.

1.3 Les enjeux liés aux PFA

1.3.1 Les finances publiques

L'objectif premier d'un impôt est généralement de prélever les fonds nécessaires au financement des services publics. Conséquemment, l'effet premier des PFA est de perturber les finances publiques en réduisant les revenus de l'État de façon indue.

Par ailleurs, puisque l'objet même d'un dispositif de PFA est de réduire, voire d'éviter l'impôt, il n'est pas possible d'évaluer le coût global de ces planifications avec exactitude. Toutefois, l'observation de l'ampleur des montants impliqués dans le cas des dispositifs de PFA mis au jour par les autorités fiscales au cours de la dernière décennie permet tout de même de déceler des tendances et d'estimer l'importance relative du phénomène des PFA.

Afin d'illustrer l'ampleur des montants en jeu, il y a lieu de souligner que n'eût été des interventions des autorités fiscales au cours des dernières années pour mettre un terme à certains dispositifs de PFA et à certaines contestations dont il est fait mention dans la sous-section 1.1.2, les pertes pour les finances publiques du Québec auraient été d'environ un demi-milliard de dollars, se répartissant comme suit :

Amendement de 2001 au régime de la TVQ :	100 millions de dollars
Amendements de 2002 au régime de la TVQ :	87 millions de dollars
Dons de bienfaisance 2003 :	15 millions de dollars
Truffles 2006 :	230 millions de dollars ²⁷
Désynchronisation 2008 :	70 millions de dollars ²⁸

En ce qui a trait aux opérations de Québec Shuffle et à celles qui pouvaient être faites avant le retrait de plusieurs choix québécois distincts le 20 décembre 2006, l'impact financier des modifications apportées à la législation pour contrer ces PFA ne peut être évalué avec exactitude puisque ces modifications avaient une portée prospective et non pas une portée rétroactive comme dans les situations mentionnées ci-avant. Toutefois, à l'instar de ces derniers cas, il est permis de penser que l'impact financier de ces modifications sur les finances publiques québécoises s'apprécie également en dizaines de millions de dollars.

²⁷ Il s'agit de la part du Québec. Les pertes pour l'ensemble des provinces impliquées s'élèveraient à plus de 500 millions de dollars.

²⁸ Il s'agit d'une estimation minimum concernant la part du Québec.

Du côté des autorités fiscales fédérales, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a lancé en 2004 une importante initiative afin de combattre les PFA. Dans son rapport annuel 2006-2007 présenté au Parlement du Canada en janvier 2008, alors qu'elle commentait ses activités de lutte contre les PFA, l'ARC soulignait :

« Au cours de 2006-2007, l'ARC a émis environ 14 600 nouvelles cotisations liées à 1,4 milliard de dollars en impôt supplémentaire déterminé, en partie attribuable à l'accent mis sur l'analyse et le repérage précoces des stratagèmes de planification d'abris fiscaux. »²⁹

On peut donc conclure que les PFA ont un impact financier négatif sur les finances publiques et que cet impact est important.

1.3.2 L'équité et l'intégrité du régime fiscal

Étant donné que les PFA sont habituellement associées aux contribuables à haut revenu, qui ont les moyens de recourir à des services professionnels sophistiqués, la prolifération des dispositifs de PFA soulève de sérieuses questions d'équité entre les contribuables.

En effet, si l'État veut maintenir l'équilibre budgétaire, les revenus qui échappent au fisc en raison de PFA devront tout de même être perçus par l'État auprès des autres contribuables, ce qui contrevient directement à l'un des principes à la base de notre organisation sociale, à savoir que chacun participe au financement de l'État en fonction de sa capacité contributive.

Un tel transfert de fardeau fiscal entre les contribuables est en lui-même un facteur inquiétant puisqu'il est à même de nourrir un sentiment d'iniquité et d'injustice chez les contribuables. Comme mentionné précédemment, le régime fiscal québécois est un régime d'autocotisation, c'est-à-dire un système déclaratif dans le cadre duquel le contribuable établit lui-même sa contribution d'impôt à payer. Or, tel un cercle vicieux, l'iniquité et l'injustice perçues dans un tel régime sont de nature à décourager les contribuables à se conformer à la loi et, par voie de conséquence, augmentent à leur tour le risque d'atteinte à l'intégrité du régime.

Ainsi, l'impact de la prolifération des dispositifs de PFA sur des éléments aussi fondamentaux que les sentiments d'équité et de justice des contribuables représente une menace réelle pour l'assiette fiscale québécoise.

Enfin, les PFA ont une longue histoire et il serait illusoire de croire qu'elles disparaîtront totalement un jour. Toutefois, vu les conséquences qu'elles entraînent et les sentiments qu'elles suscitent chez les contribuables, la question qui se pose aux autorités fiscales n'est pas tant de savoir si elles doivent agir que de savoir si elles ont les moyens de ne pas agir.

²⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Rapport annuel de l'Agence du revenu du Canada 2006-2007*, p. 69.

1.4 Les constats

De ce qui précède, il faut retenir que la PFA a des conséquences financières et sociales importantes pour la société québécoise.

D'une part, les impôts qui échappent au trésor public en raison de dispositifs de PFA se comptent en centaines de millions de dollars et résultent en un transfert de fardeau fiscal équivalent entre les contribuables. D'autre part, ce transfert de fardeau fiscal est de nature à miner la confiance des contribuables dans le système fiscal et entretient chez ceux-ci des sentiments d'injustice et d'iniquité qui à leur tour accroissent le risque d'atteinte à l'intégrité du régime fiscal.

Il faut retenir aussi que la PFA n'est pas un phénomène nouveau dans le paysage de la fiscalité québécoise et, qu'au cours des douze dernières années, les autorités fiscales sont intervenues de façon législative à plusieurs reprises afin de mettre un terme à différents dispositifs de PFA. En outre, en 2006, les autorités fiscales québécoises ont effectué un changement législatif de plus grande portée en éliminant près de 80 choix québécois distincts des choix correspondants au palier fédéral.

Par ailleurs, la progression des PFA n'est pas un phénomène strictement québécois, mais est plutôt un phénomène mondial qui affecte l'ensemble des économies occidentales. Bien que de nombreux facteurs puissent expliquer la progression des PFA, des facteurs économiques et commerciaux stimulent tant l'offre que la demande de PFA, alors que certaines caractéristiques appartenant tantôt au régime fiscal, tantôt au régime juridique, imposent des limites aux actions défensives que peuvent entreprendre les autorités fiscales.

L'observation de ces facteurs et de ces caractéristiques permet cependant de comprendre que les autorités fiscales québécoises ont peu ou pas d'emprise sur les différentes contraintes qui limitent leurs actions défensives, non plus que sur les différents facteurs économiques et commerciaux exogènes qui favorisent la progression des PFA, comme la globalisation du commerce.

Par conséquent, si elles veulent restreindre le recours aux PFA, les autorités fiscales québécoises doivent concentrer leurs efforts sur les facteurs économiques et commerciaux endogènes que sont le rapport risque/rendement des PFA et le nouveau modèle d'affaires de certains intermédiaires fiscaux.

Comme l'enseigne la jurisprudence, la responsabilité de protéger l'assiette fiscale québécoise et d'assurer le maintien des recettes publiques incombe aux autorités fiscales qui, à l'intérieur des limites qui leur sont imposées, doivent veiller à se doter des outils législatifs et des moyens de contrôle nécessaires à la défense de l'intégrité du régime fiscal.

Or, en annonçant à l'occasion du discours sur le budget 2008-2009 la mise en place d'une unité spécialisée dans la lutte contre les PFA au sein de Revenu Québec, les autorités fiscales québécoises ont clairement indiqué qu'elles désiraient se doter des ressources nécessaires pour contrecarrer les PFA.

Avec le dépôt du présent document de consultation sur la révision des outils législatifs disponibles pour lutter contre les PFA, les autorités fiscales québécoises ambitionnent de se doter d'outils législatifs qui leur permettront non seulement la conduite d'actions défensives contre les PFA, mais également la conduite d'actions offensives contre ces planifications fiscales qui minent l'intégrité du régime.

2. LA LUTTE CONTRE LES PFA AU QUÉBEC

À l'occasion du discours sur le budget 2008-2009, une stratégie québécoise de lutte contre les PFA a été annoncée. Cette stratégie prévoit une intervention des autorités fiscales québécoises sur deux plans, soit sur le plan de l'administration fiscale et sur le plan de la politique fiscale.

De façon plus particulière, sur le plan de l'administration fiscale, il a été annoncé que des ressources financières additionnelles de près de 16 millions de dollars sur trois ans seraient accordées à Revenu Québec afin d'accroître son expertise dans le domaine des PFA, de parfaire ses outils informatiques de détection des PFA et de prendre les moyens appropriés pour combattre vigoureusement les PFA identifiées, notamment par la mise en place d'une équipe spécialisée dans la gestion, la détection et la répression des PFA.

Sur le plan de la politique fiscale, il a été annoncé que les outils législatifs actuellement disponibles pour lutter contre les PFA feraient l'objet d'une évaluation et, le cas échéant, d'une révision, et que certains outils législatifs employés par d'autres juridictions seraient examinés afin d'évaluer leur pertinence dans le contexte du régime fiscal québécois.

La présente section décrit brièvement l'organisation de Revenu Québec dans la lutte contre les PFA et fait une brève présentation de l'état de la situation dans les administrations fiscales partenaires. Vient ensuite une description et une évaluation des différents outils législatifs dont l'administration fiscale québécoise dispose actuellement pour lutter contre les PFA. Enfin, les besoins des autorités fiscales québécoises en matière de lutte contre les PFA sont présentés et une description est faite des éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale en cette matière.

2.1 L'administration fiscale

2.1.1 Une unité centrale spécialisée dans la lutte contre les PFA

À la suite de l'annonce de l'octroi de crédits additionnels pour financer les activités d'une équipe formée pour lutter contre les PFA, Revenu Québec a mis en place, au cours des derniers mois, une unité centrale spécialisée dans la lutte contre ce type de planifications.

Relevant directement de la sous-ministre du Revenu, cette unité centrale, dédiée exclusivement à la lutte contre les PFA, coordonne l'ensemble des activités de l'organisation en cette matière. Cette unité spécialisée est également supportée par tous les intervenants de l'administration fiscale en fonction de leur expertise et de leur mission respective.

À terme, cette unité centrale sera composée de ressources spécialisées qui auront les mandats suivants :

- coordonner les activités entourant la lutte contre les PFA pour l'ensemble de l'organisation;
- effectuer des analyses de risque;
- élaborer de nouvelles méthodes de détection des PFA et déterminer les populations à risque;
- établir des stratégies d'intervention pour contrer les PFA identifiées;
- proposer les modifications qui pourraient être apportées à la législation afin de lutter efficacement contre les PFA.

2.1.2 Une collaboration interjuridictionnelle

Comme expliqué à la section précédente, parce qu'elle permet notamment de maintenir une partie des détails d'un dispositif de PFA hors de la connaissance de l'administration fiscale, la multiplicité des juridictions peut occasionner des difficultés de détection et de traitement des PFA et impose des limites importantes à l'action de l'administration fiscale.

Afin de pallier cette difficulté, il est essentiel pour les administrations fiscales de maintenir entre elles des canaux fluides de communication et d'échange, d'harmoniser certaines pratiques facilitant la détection de dispositifs de PFA et de leurs utilisateurs et, au besoin, de participer à des actions communes.

À cette fin, la nouvelle unité spécialisée de Revenu Québec a la responsabilité d'établir et de maintenir des liens avec les autres juridictions fiscales canadiennes afin, notamment, d'assurer l'échange de renseignements et de concevoir des stratégies d'intervention multijuridictionnelles lorsque celles-ci s'avéreront nécessaires.

À cet égard, il est important de souligner que la quasi-totalité des provinces canadiennes ne perçoivent pas directement leurs impôts sur le revenu. Elles confient plutôt cette responsabilité à l'ARC en vertu d'un accord de perception fiscale. Sauf pour le Québec, qui assure lui-même la perception de tous ses impôts, l'ARC assure la perception des recettes fiscales pour toutes les autres juridictions canadiennes en matière d'impôt sur le revenu des particuliers, et pour toutes les autres juridictions canadiennes, sauf l'Alberta, en matière d'impôt sur le revenu des sociétés.

À l'instar de l'administration fiscale québécoise, l'ARC et l'administration fiscale de l'Alberta ont chacune mis sur pied une unité spécialisée dans la gestion, la détection et la répression des PFA. La mise en place de telles unités spécialisées permet donc d'assurer une collaboration très étroite entre les différentes administrations fiscales en matière d'évitement de l'impôt.

L'extrait suivant du budget de l'Alberta présenté en 2007 illustre bien l'importance de la collaboration interjuridictionnelle dans la lutte contre les PFA interprovinciales :

[Traduction] « Certaines sociétés se sont mises à utiliser des dispositifs d'évitement fiscal qui, sans violer la lettre des lois provinciales, contreviennent à leur but et à leur esprit. En collaboration avec les autres provinces et le gouvernement fédéral, l'Alberta a réussi à distinguer quatre de ces dispositifs auxquels ont participé plusieurs sociétés en Alberta. On estime à 200 millions de dollars les recettes fiscales en jeu à ce jour dans cette affaire.

L'utilisation accrue de ces dispositifs compromet les faibles taux d'imposition de l'Alberta et crée une injustice pour la grande majorité des contribuables et des entreprises de l'Alberta qui respectent la lettre et l'esprit des lois fiscales. Au cours de l'année qui vient, Alberta Finance s'emploiera à protéger l'assiette fiscale en consacrant plus de ressources à la lutte contre ces procédés. »³⁰ [Les soulignés sont ajoutés]

Déjà participante à un accord de perception à l'égard, notamment, de l'impôt sur le revenu des particuliers, l'Ontario a confié à l'ARC, depuis janvier 2009, la perception de la plupart de ses impôts applicables aux sociétés. Or, à l'égard de l'évitement fiscal interprovincial, l'entente intervenue entre les gouvernements du Canada et de l'Ontario à cette occasion prévoit, notamment, à son article 5 :

« 5. Évitement fiscal interprovincial

5.1 Pendant la période allant de 2006-2007 à 2009-2010, l'ARC élaborera et mettra en œuvre une initiative nationale comportant, comme le prévoit l'article 3.1 de l'annexe A du protocole d'accord :

- a) des vérifications approfondies de l'attribution provinciale du revenu imposable des sociétés;
- b) le ciblage amélioré de l'évitement fiscal interprovincial par les sociétés;
- c) la charge de travail supplémentaire liée aux points visés aux alinéas a) et b) en ce qui a trait aux décisions et aux interprétations techniques. [...] »³¹

³⁰ ALBERTA, *Budget 2007, Managing our growth, Alberta Tax Advantage*, 19 avril 2007, p. 141-142.

³¹ *Protocole d'accord sur l'administration unique de l'impôt ontarien des sociétés*, Annexe C : *Protocole d'entente sur l'administration des impôts ontariens des sociétés*, art. 5.1, en ligne : <<http://www.fin.gc.ca/toc/2006/TxMOA-fra.asp>> (consulté le 19 janvier 2009).

C'est dans ce contexte que, en 2007, l'ARC a mis sur pied une équipe nationale pour diriger ses activités en matière d'évitement fiscal interprovincial. À l'instar de sa stratégie en matière de lutte contre les PFA internationales³², l'ARC a augmenté le nombre de ses vérificateurs affectés à l'identification de nouveaux stratagèmes d'évitement fiscal interprovincial et de leurs utilisateurs. De plus, dans le cadre de la collaboration multijuridictionnelle en matière de lutte contre les PFA interprovinciales, l'ARC partage les résultats de ses analyses avec les administrations fiscales provinciales afin de favoriser le développement de stratégies communes dans cette lutte.

De ce qui précède, il peut être retenu que la collaboration interjuridictionnelle est un élément clé dans la lutte contre les PFA interprovinciales et que les administrations fiscales ont mis en place les structures nécessaires pour optimiser cette collaboration.

2.2 Les outils législatifs actuellement disponibles

2.2.1 Les règles anti-évitement particulières

Le droit fiscal consiste à gérer les conséquences fiscales découlant d'événements, de transactions ou de situations dont la nature est déterminée en vertu du droit civil. Dans ce sens, on dit que le droit fiscal est essentiellement un droit à caractère accessoire, l'essence de celui-ci étant de régir et de prévoir les effets, sur le plan fiscal, de réalités qui existent par ailleurs.

Parfois, le régime fiscal poursuit des objectifs autres que la perception des recettes nécessaires au fonctionnement de l'État, sur le plan socio-économique par exemple. Ainsi, il ne gère plus uniquement des conséquences de transactions effectuées par ailleurs, il est à la source des actions posées. Dans ces cas, le caractère accessoire évoqué devient alors principal et la nature des éléments pertinents à l'atteinte de ces objectifs est déterminée par le régime fiscal lui-même.

Le régime fiscal se compose de diverses règles génériques. Une fois la réalité visée par ces règles circonscrite, celles-ci prévoient les diverses conséquences qui en découlent.

Or, ces règles génériques sont parfois détournées de leur objectif par les contribuables.

³² En 2004, l'ARC a reconnu la PFA comme étant l'un des quatre principaux risques à l'intégrité du régime fiscal. En 2005, le budget de l'ARC a été augmenté de 30 millions de dollars afin, notamment, de mettre en place onze centres d'expertise qui travaillent en équipe pour mettre au jour et évaluer des PFA et des PFA internationales, ainsi que pour identifier les participants et les promoteurs de ces stratagèmes.

Aussi, afin d'éviter de tels détournements et pour assurer l'équité et l'intégrité du régime fiscal, des règles précises sont parfois nécessaires, lesquelles peuvent être qualifiées de « règles anti-évitement particulières »³³. Ces règles, qui sont prévues dans la législation, établissent à l'avance les conséquences d'une situation appréhendée ou non souhaitée, de façon à mieux assurer le respect de la politique fiscale.

❑ **Les avantages et les inconvénients des règles anti-évitement particulières**

Le principal avantage d'une règle anti-évitement particulière réside dans le fait que son champ d'application est délimité avec une relative précision. De façon générale, une telle règle apporte un élément de certitude et favorise une meilleure compréhension de l'objet et de l'esprit de la législation.

Par contre, n'étant applicables qu'aux situations prévues ou appréhendées, les règles anti-évitement particulières ne peuvent empêcher les opérations d'évitement non préalablement décelées. En effet, il est difficile de prévoir toutes les techniques d'évitement possibles.

De plus, lorsqu'une nouvelle technique est décelée et qu'une règle anti-évitement particulière est instaurée pour y remédier, celle-ci comporte généralement l'inconvénient de n'être applicable que de façon prospective et de ne pas toucher les opérations d'évitement menées avant l'entrée en vigueur de celle-ci.

❑ **La coexistence des règles anti-évitement particulières et de la RGAE**

Lorsqu'une règle anti-évitement particulière est introduite pour empêcher un résultat indésirable dans une situation précise d'abus, les contribuables qui ont bénéficié de ce résultat indésirable ont tendance à invoquer l'introduction de cette nouvelle règle pour tenter de soutenir que le résultat en question ne contrevenait à l'objet ou à l'esprit d'aucune règle préexistante. Cet argument a été présenté dans l'affaire *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd.*³⁴ où le juge Noël de la Cour d'appel fédérale l'a rejeté comme suit :

³³ À titre d'exemple, la législation actuelle prévoit des règles particulières destinées à empêcher l'utilisation de dividendes intersociétés libres d'impôt de manière à diminuer le gain en capital découlant de la vente d'actions. Des règles particulières existent aussi afin d'empêcher la conversion de dividendes en remboursements de capital non imposables ou en gains en capital admissibles à l'exemption de gains en capital prévue par le régime fiscal ou, en d'autres termes, d'empêcher le dépouillement en franchise d'impôt de surplus corporatifs.

³⁴ *Water's Edge Village Estates (Phase II) Ltd. c. Canada*, [2003] 2 C.F. 25, par. 47.

« L'avocat de l'appelant affirme que l'insertion après-coup du paragraphe 96(8) démontre de façon non équivoque que les opérations en litige n'allaient pas à l'encontre de l'objet et de l'esprit de la Loi au moment où elles ont été effectuées. Je crois plutôt que ces modifications démontrent que le législateur fédéral est intervenu aussi rapidement que possible pour supprimer l'échappatoire que les appelants avaient exploitée précisément en raison du fait que le résultat obtenu constituait une anomalie, compte tenu de l'objet et de l'esprit des dispositions applicables de la Loi. »

En conséquence, lorsque toutes les conditions sont satisfaites pour l'application de la RGAE, l'introduction prospective d'un resserrement législatif au moyen d'une règle anti-évitement particulière ne peut servir à mettre en échec l'application de la RGAE pour le motif que la modification vient couvrir une situation qui n'était pas expressément interdite.

Il est également reconnu que la RGAE peut s'appliquer aux opérations abusives qui contournent l'application d'une règle anti-évitement particulière :

« [...] Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. Un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d'une manière contraire à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. [...] »³⁵

Par ailleurs, lorsqu'il est démontré que les conditions d'application d'une règle anti-évitement particulière sont remplies, il faut donner effet au remède qu'elle prévoit. Les autorités fiscales ne peuvent alors invoquer la RGAE pour y substituer un remède qu'elles considèrent plus adéquat³⁶.

□ Les règles anti-évitement particulières sont utiles et efficaces

Lorsqu'elles s'appliquent à des situations prévues ou appréhendées³⁷, les règles anti-évitement particulières constituent un des meilleurs outils de lutte contre l'évitement fiscal en raison notamment de leur facilité d'application.

³⁵ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 45. Une position similaire a été adoptée par le Conseil privé à l'égard de la règle générale anti-évitement de la Nouvelle-Zélande. Voir *Challenge Corporation v. IRC*, [1986] 2 NZLR 513 (P.C.).

³⁶ Il s'agit du motif de dissidence du juge Rothstein dans l'affaire *Lipson c. Canada*, préc., note 10, où il écrivait au par. 108 : « Lorsqu'une règle anti-évitement particulière interdit au contribuable de se prévaloir de la disposition habilitante pour se soustraire entièrement ou partiellement à l'impôt, la RGAE ne s'applique pas. » Les autres juges ne se sont pas prononcés sur l'application de la règle anti-évitement particulière, en l'occurrence le paragraphe 74.5(11) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, car les deux parties au litige soutenaient depuis le début qu'elle ne s'appliquait pas eu égard aux faits (j. LeBel, pour la majorité, aux par. 43-46 et j. Binnie, dissident, au par. 61). Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 21, la juge en chef McLachlin et le juge Major, au nom de la Cour suprême, indiquaient que la RGAE est une mesure de dernier recours.

³⁷ Comme dans les cas mentionnés à la note 33.

Lorsqu'elles sont introduites dans la législation à la suite d'opérations d'évitement repérées, comme dans les cas des Québec Shuffles, des Truffles et de l'abolition des choix distincts, leur efficacité est alors conditionnée par la rapidité avec laquelle le législateur intervient pour supprimer l'échappatoire exploitée.

Les règles anti-évitement particulières ont donc leur utilité et ont fait leur preuve.

2.2.2 La règle générale anti-évitement

Comme expliqué précédemment, une règle anti-évitement particulière n'est pas un outil législatif conçu pour contrer une opération d'évitement qui ne relève pas d'un type déterminé de transaction et qui, de l'avis de l'administration fiscale, résulte en une position fiscale abusive eu égard aux objectifs de la législation.

Afin de pouvoir contrer de telles opérations, les administrations fiscales ont plutôt recours soit à l'approche reposant sur la présence d'une règle générale anti-évitement dans la législation, soit à celle reposant sur la reconnaissance de doctrines judiciaires anti-abus par les tribunaux. Depuis 1988, les législations fiscales fédérale et québécoise en matière d'impôt sur le revenu contiennent une RGAE³⁸.

□ Un bref historique de la RGAE

Lors de la réforme fiscale de 1987, le ministère des Finances du Canada (Finances Canada) se disait préoccupé par l'évitement fiscal et faisait le constat que l'état du droit canadien en matière de doctrines judiciaires relatives à la lutte contre l'évitement fiscal ne permettait pas à l'administration fiscale d'attaquer des opérations sur la base de l'absence d'objet commercial.

De plus, en ce qui concerne la législation alors applicable, Finances Canada estimait qu'elle ne permettait pas à l'administration fiscale de lutter efficacement contre certains mécanismes d'évitement de l'impôt.

Conséquemment, Finances Canada considérait qu'un changement était nécessaire³⁹.

³⁸ Les législations canadienne et québécoise en matière de taxe de vente comportent également une RGAE similaire à ce qui existe en matière d'impôt sur le revenu. Voir les articles 478 à 485 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, L.R.Q., c. T-0.1 et l'article 274 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, c. E-15.

³⁹ MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, *Réforme fiscale 1987, Réforme de l'impôt direct*, Chapitre 6 « Évitement de l'impôt et observation de la loi », 18 juin 1987, p. 139-140.

Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, la juge en chef McLachlin et le juge Major, s'exprimant au nom de la Cour suprême, résumaient ainsi les circonstances ayant conduit à l'introduction de la RGAE :

« La RGAÉ a été édictée en 1988, principalement pour donner suite à l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, où la Cour a rejeté une méthode d'interprétation littérale de la Loi et, en même temps, le critère de l'objet commercial, qui aurait limité la réduction d'impôt aux opérations ayant un objet commercial véritable. La Cour a proposé de remplacer le critère de l'objet commercial par des lignes directrices destinées à limiter les mécanismes d'évitement fiscal inacceptables. Jugeant que l'arrêt *Stuart* ne réglait pas adéquatement le problème, le législateur a édicté la RGAÉ. »⁴⁰

À la suite de l'adoption de la RGAE par le législateur fédéral, le ministre des Finances du Québec a annoncé que la législation fiscale québécoise serait harmonisée aux nouvelles dispositions fédérales concernant la RGAE⁴¹.

Depuis son adoption, la RGAE fédérale n'a été modifiée qu'à une seule occasion afin, notamment, de préciser que les situations d'abus visées par cette règle comprenaient également les cas d'abus dans l'application des dispositions du *Règlement de l'impôt sur le revenu, des Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu* et d'un traité fiscal⁴².

À l'occasion de la présentation du discours sur le budget 2004-2005, le ministre des Finances du Québec a annoncé l'harmonisation de la législation fiscale québécoise aux modifications annoncées à la RGAE fédérale⁴³.

❑ Les objectifs poursuivis par la RGAE

L'introduction d'une disposition générale anti-évitement visait à prévenir la dégradation de l'assiette fiscale et à décourager les comportements agressifs en matière de planification, en distinguant la planification fiscale légitime de l'opération d'évitement abusif, tout en répondant au besoin de certitude des contribuables pour la planification de leurs activités⁴⁴.

⁴⁰ Préc., note 12, par. 14.

⁴¹ MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Bulletin d'information* 88-8, « Déclaration ministérielle concernant l'introduction d'une déduction supplémentaire de 33 1/3 % à l'égard des frais d'exploitation minière de surface engagés au Québec et autres mesures fiscales », 22 décembre 1988, Annexe, p. 6, mesure 13. Voir la *Loi modifiant de nouveau la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1990, c. 59, art. 351.

⁴² *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2004*, L.C. 2005, c. 19, art. 52.

⁴³ MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Budget 2004-2005, Renseignements additionnels sur les mesures du budget*, 30 mars 2004, Section 1, p. 195. Voir la *Loi modifiant la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2006, c. 13, art. 203 à 205.

⁴⁴ MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, *Notes explicatives sur le projet de loi concernant l'impôt sur le revenu*, juin 1988, art. 186, p. 492.

Dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, la juge en chef McLachlin et le juge Major, au nom de la Cour suprême, présentaient ainsi les objets de la RGAE :

« La RGAE trace une ligne de démarcation entre la réduction maximale légitime de l'impôt et l'évitement fiscal abusif. Cette ligne est loin d'être nette. La RGAE a pour objet de supprimer les avantages fiscaux de certains mécanismes qui sont conformes à une interprétation littérale des dispositions de la Loi, mais qui constituent un abus dans l'application de ces dispositions. Cependant, la question de savoir en quoi consiste exactement un évitement fiscal abusif fait toujours l'objet d'un débat, d'où les présents pourvois. »⁴⁵

Les mêmes juges avaient également ces commentaires concernant l'importance de la recherche d'équilibre dans l'application de la RGAE :

« Une interprétation correcte du libellé des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ainsi que le contexte factuel pertinent d'une affaire donnée permettent d'établir un équilibre entre la nécessité de prévenir l'évitement fiscal abusif et celle de maintenir la certitude, la prévisibilité et l'équité en droit fiscal afin que les contribuables puissent organiser leurs affaires en conséquence. Le législateur souhaite que les contribuables profitent pleinement des dispositions de la Loi qui confèrent des avantages fiscaux. Il n'a pas voulu que la RGAE mine ce précepte fondamental du droit fiscal. »⁴⁶

Ainsi, essentiellement, la RGAE vise à établir un équilibre entre la protection de l'assiette fiscale et le besoin de certitude des contribuables en établissant une démarcation entre la planification fiscale légitime et l'opération d'évitement abusif.

❑ Les normes d'application de la RGAE

■ Des considérations préliminaires

Étant donné que la jurisprudence dont il est fait état dans la présente sous-section traite davantage de la législation fédérale que de la législation québécoise, la présentation d'une table de concordance entre les paragraphes de l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁴⁷ (L.I.R.) et les dispositions concordantes de la *Loi sur les impôts* du Québec⁴⁸ (L.I.Q.) est pertinente :

L.I.R.	L.I.Q.	L.I.R.	L.I.Q.	L.I.R.	L.I.Q.	L.I.R.	L.I.Q.
245(1)	1079.9	245(3)	1079.11	245(5)	1079.13	245(7)	1079.15
245(2)	1079.10	245(4)	1079.12	245(6)	1079.14	245(8)	1079.16

⁴⁵ Préc., note 12, par. 16.

⁴⁶ *Id.*, par. 61.

⁴⁷ L.R.C. (1985), c. I (5^e suppl.).

⁴⁸ L.R.Q., c. I-3.

Aussi, dans la présente sous-section, la référence à une disposition de la législation fédérale vaut référence à la disposition correspondante de la législation québécoise.

Par ailleurs, avant d'entreprendre l'examen des normes d'application de la RGAE, la présentation de son principe est également pertinente :

Paragraphe 245(2) L.I.R.

En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

Article 1079.10 L.I.Q.

Lorsqu'une opération constitue une opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances afin que soit supprimé un avantage fiscal qui, en l'absence du présent titre, résulterait directement ou indirectement de cette opération ou d'une série d'opérations qui comprend cette opération.

À ce jour, la Cour suprême s'est prononcée à trois reprises sur l'application de la RGAE. En octobre 2005, dans les arrêts connexes *Hypothèques Trustco Canada*⁴⁹, où elle a décidé que la RGAE ne s'appliquait pas, et *Mathew*⁵⁰, où elle a statué qu'elle s'appliquait, la Cour suprême a établi, à l'unanimité, le cadre d'analyse qui permet de déterminer s'il y a ou non évitement fiscal abusif. Plus récemment, la Cour suprême a été appelée à préciser ce cadre d'analyse dans le cas d'une série d'opérations donnant lieu à plus d'un avantage fiscal. Le 8 janvier 2009, elle a ainsi jugé, à la majorité, dans l'affaire *Lipson*⁵¹, que la RGAE s'appliquait. Les normes d'application de la RGAE seront donc examinées à la lumière de cette jurisprudence.

■ **Une démarche en trois étapes**

Comme mentionné précédemment, la RGAE vise à établir une démarcation entre la planification fiscale légitime et l'opération d'évitement abusif. Or, l'établissement d'une telle démarcation n'est pas simple. Pour y arriver, la Cour suprême a formulé une démarche en trois étapes dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada* :

⁴⁹ Préc., note 12.

⁵⁰ Préc., note 16. Cet arrêt est généralement connu comme étant l'arrêt « Kaulius ».

⁵¹ Préc., note 10. Le juge LeBel a rédigé les motifs du jugement majoritaire, avec l'accord des juges Fish, Abella et Charron. Le juge Binnie a écrit des motifs minoritaires, avec l'accord de la juge Deschamps. Le juge Rothstein a également rédigé une opinion dissidente.

« L'application de la RGAÉ comporte trois étapes. La première étape consiste à déterminer s'il existe un « avantage fiscal » découlant d'une « opération » au sens des par. 245(1) et (2). La deuxième étape consiste à déterminer si l'opération constitue une opération d'évitement visée par le par. 245(3), en ce sens qu'elle n'a pas été « principalement effectuée pour des objets véritables – l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable ». La troisième étape consiste à déterminer si l'opération d'évitement est abusive au sens du par. 245(4). Les trois conditions doivent être remplies pour que la RGAÉ permette de supprimer un avantage fiscal. »⁵²

Ainsi, selon la Cour suprême, trois éléments, définis selon le sens que leur donnent les dispositions pertinentes de la législation, doivent être présents pour que la RGAE puisse s'appliquer, soit un avantage fiscal, une opération d'évitement et un abus.

▪ L'avantage fiscal

La première étape dans l'application de la RGAE consiste à déterminer s'il existe un avantage fiscal découlant d'une opération ou d'une série d'opérations dont l'opération fait partie⁵³. Selon la législation québécoise, l'expression « avantage fiscal » est définie comme suit :

« **« avantage fiscal »** signifie une réduction, un évitement ou un report de l'impôt ou d'un autre montant à payer en vertu de la présente loi ou une augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu de la présente loi, y compris la réduction, l'évitement ou le report de l'impôt ou d'un autre montant qui serait à payer en vertu de la présente loi si ce n'était d'un accord fiscal, de même que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu de la présente loi qui découle d'un accord fiscal; »⁵⁴

Pour sa part, l'expression « opération » comprend un arrangement ou un événement⁵⁵. Quant à l'expression « série d'opérations », la Cour suprême a précisé, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, qu'une telle série comprend un certain nombre d'opérations déterminées d'avance de manière à produire un résultat donné alors qu'il n'existe aucune probabilité pratique que les événements planifiés d'avance ne se produisent pas dans l'ordre envisagé⁵⁶.

⁵² Préc., note 12, par. 17.

⁵³ *Id.*, par. 18; *Mathew c. Canada*, préc., note 16, par. 33.

⁵⁴ Art. 1079.9 L.I.Q. Voir au même effet le paragraphe 245(1) L.I.R.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ Préc., note 12, par. 25.

Par ailleurs, la législation fiscale prévoit que la référence à une série d'opérations ou d'événements est réputée comprendre les opérations et événements liés qui sont complétés en vue de réaliser la série⁵⁷. À cet égard, la Cour suprême a précisé que les mots « en vue de réaliser » sont employés non pas dans le sens d'une connaissance véritable, mais dans le sens plus général de « en raison de » ou « relativement à » la série. Selon la Cour suprême, ces mots peuvent s'appliquer à des événements survenus soit avant, soit après l'opération d'évitement⁵⁸.

Enfin, si une opération ou une série d'opérations confère plusieurs avantages fiscaux, chacun de ces avantages fiscaux doit faire l'objet d'une analyse au regard de la RGAE⁵⁹.

▪ L'opération d'évitement

La deuxième étape consiste à déterminer si l'opération constitue une opération d'évitement visée par la RGAE⁶⁰, en ce sens qu'elle n'a pas été principalement effectuée pour des objets véritables, autres que l'obtention d'un avantage fiscal⁶¹.

Selon la Cour suprême, l'évaluation requise à cette étape est une évaluation objective de l'importance relative des motivations auxquelles obéissait l'opération. Ainsi, dans le cas où une opération a, à la fois, un objet fiscal et un objet non fiscal, il faut évaluer, selon l'importance relative des motivations, s'il était raisonnable de conclure que l'objet non fiscal était le principal objet de l'opération⁶².

Enfin, selon la Cour suprême, si au moins une opération qui fait partie d'une série d'opérations constitue une opération d'évitement, la RGAE peut s'appliquer pour supprimer l'avantage fiscal qui découle de la série⁶³.

▪ L'abus

Après avoir établi l'existence d'un avantage fiscal découlant d'une opération d'évitement, la troisième étape consiste à démontrer que l'opération est abusive au sens de la RGAE⁶⁴. Selon la Cour suprême, il s'agit là de la principale difficulté d'interprétation et d'application de la RGAE :

⁵⁷ Art. 1.5 L.I.Q. et par. 248(10) L.I.R.

⁵⁸ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 26.

⁵⁹ *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 22 (j. LeBel).

⁶⁰ Art. 1079.11 L.I.Q. et par. 245(3) L.I.R.

⁶¹ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 21.

⁶² *Id.*, par. 27-28.

⁶³ *Id.*, par. 34.

⁶⁴ Art. 1079.12 L.I.Q. et par. 245(4) L.I.R.

« C'est cette condition qui soulève le plus de difficultés en matière d'interprétation et d'application de la RGAÉ. Un certain nombre de caractéristiques ont suscité un débat judiciaire. Cette disposition rédigée sous forme de double négation prévoit que « l'opération dont il est raisonnable de considérer qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, d'abus [...] n'est pas visée » par la RGAÉ. Elle est atténuée par l'emploi du mot « raisonnable » qui indique que le ministre ou le tribunal dispose d'une certaine latitude pour décider s'il y a abus. Elle ne donne pas une définition précise de l'abus. [...] »⁶⁵

Selon la Cour suprême, la troisième étape commande un examen en deux parties :

« En résumé, le par. 245(4) prescrit un examen en deux étapes. La première étape consiste à déterminer l'objet ou l'esprit des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées pour obtenir l'avantage fiscal, eu égard à l'économie de la Loi, aux dispositions pertinentes et aux moyens extrinsèques admissibles. La deuxième étape consiste à examiner le contexte factuel de l'affaire pour déterminer si l'opération d'évitement contrecarrait l'objet ou l'esprit des dispositions en cause. »⁶⁶

La première partie de l'examen, soit la détermination de l'objet et de l'esprit des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal, est une question de droit qui doit être examinée selon une méthode d'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée en vue de dégager un sens qui s'harmonise avec le libellé, l'objet et l'esprit des dispositions de la législation⁶⁷.

En ce qui concerne la deuxième partie de l'examen, soit l'examen des faits en vue de déterminer si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions en cause, il s'agit d'une question de fait dont la réponse ne peut être affirmative que lorsqu'il n'est pas raisonnable de conclure le contraire, c'est-à-dire que l'opération d'évitement est conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable⁶⁸, le bénéfice du doute à cet égard devant être laissé au contribuable⁶⁹.

⁶⁵ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 37.

⁶⁶ *Id.*, par. 55. Voir au même effet : *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 25 (j. LeBel).

⁶⁷ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 47 et *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 26 (j. LeBel).

⁶⁸ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 62.

⁶⁹ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 66 et *Mathew c. Canada*, préc., note 16, par. 31.

Dans le cas d'une série d'opérations, l'examen de l'abus doit se faire en tenant compte des propos du juge LeBel, au nom de la majorité, dans l'affaire *Lipson* :

« Les appelants font valoir à juste titre que dans le cas d'une série d'opérations, l'abus doit être lié aux opérations mêmes qui la constituent. Cependant, l'ensemble des opérations doit être pris en compte pour déterminer si, individuellement, elles entraînent un abus dans l'application d'une ou de plusieurs dispositions de la LIR. Chacune des opérations doit être considérée dans le contexte de la série. Le tribunal de révision appelé à déterminer s'il y a eu évitement fiscal abusif peut ainsi apprécier et saisir la nature des éléments individuels de la série. Il faut toutefois se garder de mettre l'accent sur l'« objet global » des opérations, car cela pourrait impliquer à tort que la motivation du contribuable ou la fin de l'opération est décisive. Il est alors préférable de parler d'« effet global », ce qui correspond plus précisément au libellé du par. 245(4) et à l'arrêt *Trustco Canada*. J'examinerai donc les thèses des parties dans cette optique. »⁷⁰

Selon la Cour suprême, le besoin d'uniformité, de prévisibilité et d'équité en matière de droit fiscal fait en sorte qu'il n'est possible de supprimer un avantage fiscal au moyen de la RGAE que dans les cas où l'opération en cause est manifestement abusive⁷¹.

Afin de préciser les circonstances où il serait raisonnable de conclure à l'existence d'une situation d'évitement fiscal abusif, la Cour suprême fait les commentaires suivants :

« Cette analyse aboutit à une conclusion d'évitement fiscal abusif dans le cas où le contribuable se fonde sur des dispositions particulières de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour obtenir un résultat que ces dispositions visent à empêcher. Ainsi, il y a évitement fiscal abusif lorsqu'une opération va à l'encontre de la raison d'être des dispositions invoquées. Un mécanisme qui contourne l'application de certaines dispositions, comme des règles anti-évitement particulières, d'une manière contraire à l'objet ou à l'esprit de ces dispositions peut également donner lieu à un abus. [...] »⁷²

« [...] Toutefois, on peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions. »⁷³

⁷⁰ *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 34. Voir également les paragraphes 68 et 86 (j. Binnie, dissident).

⁷¹ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 50 et *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 98 (j. Binnie, dissident).

⁷² *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 45. Voir au même effet : *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 40 (j. LeBel).

⁷³ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 60. Voir au même effet : *Mathew c. Canada*, préc., note 16, par. 57.

Enfin, selon la Cour suprême, à moins que le ministre ne puisse établir qu'elle contrecarre l'objet pour lequel l'avantage fiscal est censé avoir été conféré, une opération d'évitement n'est pas abusive⁷⁴.

■ Le fardeau de la preuve

En ce qui a trait au fardeau de la preuve, la Cour suprême est d'avis que, au départ, il incombe au contribuable de réfuter les présomptions de fait du ministre, en contestant l'existence d'un avantage fiscal ou en démontrant que l'opération visait principalement un objet non fiscal véritable⁷⁵.

Lorsque le contribuable n'a pas réussi à réfuter les présomptions du ministre, il incombe alors à ce dernier de prouver l'abus :

« En pratique, c'est le dernier énoncé qui est important. Une fois qu'il a démontré qu'il respecte le libellé d'une disposition, le contribuable ne devrait pas avoir à prouver qu'il n'a pas, de ce fait, contrevenu à l'objet ou à l'esprit de la disposition. Il appartient au ministre qui tente d'invoquer la RGAÉ de décrire l'objet ou l'esprit des dispositions qui auraient été contournées, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions de la Loi. Le ministre est mieux placé que le contribuable pour présenter des observations sur l'intention du législateur dans le but d'interpréter les dispositions de façon harmonieuse avec le régime législatif général qui s'applique à l'opération en cause. »⁷⁶

La Cour suprême a résumé les règles applicables au fardeau de la preuve de la manière suivante :

« 2. Il incombe au contribuable de démontrer l'inexistence des deux premières conditions, et au ministre d'établir l'existence de la troisième condition.

3. S'il n'est pas certain qu'il y a eu un évitement fiscal abusif, il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. »⁷⁷

Dans l'affaire *Lipson*, le juge LeBel, au nom de la majorité, a précisé que le ministre du Revenu devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'opération d'évitement entraîne un abus au sens de la disposition générale anti-évitement⁷⁸.

⁷⁴ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 52 et *Mathew c. Canada*, préc., note 16, par. 56 et 62.

⁷⁵ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 63.

⁷⁶ *Id.*, par. 65.

⁷⁷ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 66 et *Mathew c. Canada*, préc., note 16, par. 31.

⁷⁸ Préc., note 10, par. 21.

■ Les conséquences de l'application de la RGAE

Lorsque la RGAE s'applique, la législation prévoit que les attributs fiscaux du contribuable doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances afin que soit supprimé un avantage fiscal qui, en l'absence de la RGAE, résulterait directement ou indirectement de l'opération d'évitement ou d'une série d'opérations qui comprend cette opération d'évitement⁷⁹. Elle prévoit également que tout autre contribuable a le droit de demander au ministre du Revenu d'établir une cotisation ou de procéder à la détermination d'un montant à son égard en ce qui concerne la même opération⁸⁰. La législation ne prévoit toutefois pas de pénalité par suite de l'application de la RGAE.

S'interrogeant sur l'application possible de pénalités en conséquence de l'application de la RGAE, la juge Campbell de la Cour canadienne de l'impôt avait ces commentaires dans l'arrêt *Copthorne Holdings Ltd.* :

« [...] Je ne crois pas qu'une cotisation fondée sur la DGAÉ puisse donner lieu à des pénalités pour inobservation des dispositions techniques de la Loi. En premier lieu, la DGAÉ n'est pas une disposition prévoyant une pénalité. Si une opération, ou une série d'opérations, va à l'encontre de la DGAÉ, la mesure corrective mentionnée au paragraphe 245(2) prévoit que les attributs fiscaux doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances, de façon à supprimer un avantage fiscal qui découlerait par ailleurs de l'opération. Le paragraphe 245(2) n'indique pas qu'une cotisation fondée sur la DGAÉ qui est bien fondée remédiera à une lacune de la Loi, mais simplement que l'avantage fiscal résultant de l'application technique de la disposition sera supprimé. »⁸¹

Dans l'affaire *Lipson*, le juge LeBel, au nom de la majorité, a écrit que la RGAE n'était « ni une disposition pénale ni un instrument de soumission du contribuable »⁸².

Être replacé dans la situation dans laquelle il aurait été placé s'il n'avait pas réalisé une opération d'évitement manifestement abusive est donc la seule conséquence qui s'applique au contribuable à l'égard duquel l'administration fiscale a appliqué avec succès la RGAE. Aucune pénalité ne peut donc s'appliquer, dans l'état actuel du droit, en raison de l'application de la RGAE.

⁷⁹ Art. 1079.10 et 1079.13 L.I.Q.; par. 245(2) et (5) L.I.R. Voir les commentaires à ce sujet du juge LeBel, pour la majorité, dans *Lipson c. Canada*, préc., note 10, par. 51.

⁸⁰ Art. 1079.14 L.I.Q. et par. 245(6) L.I.R.

⁸¹ *Copthorne Holdings Ltd. c. La Reine*, 2007 CCI 481, par. 77 (décision portée en appel, C.A.F., n° A-416-07).

⁸² Préc., note 10, par. 52.

■ Une décision attendue : Ogt Holdings Ltd.

L'affaire *Ogt Holdings Ltd.*⁸³ est actuellement en délibéré devant la Cour d'appel du Québec. Dans cette affaire, il s'agit essentiellement de déterminer si la Cour du Québec a eu raison d'appliquer la RGAE à un cas classique de Québec Shuffle⁸⁴.

La décision de la Cour d'appel du Québec devrait sans doute contribuer à clarifier davantage les normes d'application de la RGAE en regard des planifications interprovinciales, et ce, tant pour le bénéfice de l'administration fiscale que de celui des contribuables.

□ Le comité RGAE

Il y a lieu de souligner que la RGAE est une mesure que les autorités fiscales appliquent avec beaucoup de circonspection puisque l'application de cette règle est soumise à l'examen d'un comité dont le mandat consiste à s'assurer que l'application de la RGAE est cohérente et homogène au sein de l'administration fiscale. Ainsi, toute direction cotisante qui souhaite appliquer la RGAE doit soumettre son dossier à ce comité qui décide de l'application ou non de celle-ci.

Un tel comité existe tant au Québec qu'au fédéral.

□ La RGAE et la notion d'objets véritables

Comme mentionné précédemment, l'objectif de la RGAE québécoise est de supprimer l'avantage fiscal qui découle d'une opération d'évitement jugée abusive. Selon la législation actuelle, la notion d'opération d'évitement est définie comme suit :

« Article 1079.11 Une opération d'évitement signifie une opération qui, en l'absence du présent titre, résulterait directement ou indirectement en un avantage fiscal, ou qui fait partie d'une série d'opérations qui, en l'absence du présent titre, résulterait directement ou indirectement en un avantage fiscal, sauf si, dans l'un ou l'autre de ces cas, l'on peut raisonnablement considérer que l'opération a été entreprise ou organisée principalement pour des objets véritables autres que l'obtention de l'avantage fiscal. » [Les soulignés sont ajoutés]

De plus, comme mentionné précédemment, un avantage fiscal est, sommairement, « [...] *une réduction, un évitement ou un report de l'impôt* [...] à payer en vertu de la présente loi⁸⁵ [...] ».

⁸³ *Ogt Holdings Ltd. c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, 2006 QCCQ 6328; C.A. Montréal, n° 500-09-016944-068.

⁸⁴ Consulter la sous-section 1.1.2 pour une description d'une opération de Québec Shuffle.

⁸⁵ Voir la rubrique « L'avantage fiscal » dans la présente sous-section pour lire la définition complète.

En raison du libellé des définitions d'opération d'évitement et d'avantage fiscal, un argument pourrait être avancé selon lequel une opération entreprise principalement pour l'obtention d'une réduction de l'impôt à payer en vertu d'une loi autre que la *Loi sur les impôts* est une opération entreprise principalement pour un objet véritable autre que l'obtention d'un avantage fiscal, et ce, même si cette opération avait également pour objet la réduction de l'impôt à payer en vertu de la *Loi sur les impôts*. Cet argument pourrait, par exemple, être invoqué par un contribuable qui effectuerait une opération en vue de réduire son revenu imposable, tant au palier fédéral que québécois, d'un montant identique, alors que son taux d'impôt fédéral serait nettement supérieur à son taux d'impôt québécois. Si cet argument était retenu, l'opération ne serait pas considérée comme une opération d'évitement et échapperait à l'application de la RGAE québécoise, même si l'opération était, par hypothèse, abusive.

Pour contrer ce genre d'argument, les législations fiscales de plusieurs provinces excluent de la notion d'objets véritables non seulement l'obtention d'un avantage fiscal en vertu de la loi dans laquelle s'insère leur RGAE, mais également l'obtention d'un avantage fiscal résultant d'une autre loi d'une province ou d'une loi fédérale. Ainsi, en 2007, la législation manitobaine a défini comme suit une opération d'évitement :

« **opération d'évitement** » Opération :

- a) dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal;
- b) qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal.

La présente définition exclut l'opération qui, selon toute vraisemblance :

- c) soit est principalement effectuée pour des objets véritables autres :
 - (i) que l'obtention d'un avantage fiscal,
 - (ii) que la réduction, l'évitement ou le report d'impôt ou d'un montant exigible au titre ou à l'égard de l'impôt en application d'une autre loi de l'Assemblée législative ou d'une loi du Parlement ou d'une autre assemblée législative du Canada,
 - (iii) que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un remboursement d'un montant exigible à l'égard de l'impôt en application d'une loi visée au sous-alinéa (ii),
 - (iv) qu'une combinaison des objets mentionnés aux sous-alinéas (i) à (iii);

- d) soit n'entraînerait pas, directement ou indirectement, selon le cas :
- (i) un abus dans l'application des dispositions de la présente loi ou des règlements,
 - (ii) un abus dans l'application de ces dispositions, compte non tenu du présent article, lues dans leur ensemble. »⁸⁶ [Les soulignés sont ajoutés]

La nouvelle RGAE ontarienne, qui est applicable depuis le 1^{er} janvier 2009⁸⁷, prévoit deux définitions se rapportant aux avantages fiscaux : une définition d'« avantage fiscal » applicable, notamment, à la notion d'opération d'évitement et qui inclut l'avantage fiscal découlant de la législation fiscale d'une autre province canadienne prévoyant un impôt similaire à celui prélevé par la législation ontarienne ou de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada), et une définition d'« avantage fiscal ontarien » limitée aux seuls avantages découlant de la législation fiscale ontarienne et applicable, notamment, aux fins de la suppression de l'avantage fiscal prévue par la RGAE ontarienne.

Ce faisant, la législation ontarienne ferme également la porte au genre d'argument évoqué plus tôt.

□ Les constats

Instaurée il y a 20 ans, la RGAE québécoise vise à établir un équilibre entre la protection de l'assiette fiscale de l'État et le besoin de certitude des contribuables en faisant une démarcation entre la planification fiscale légitime et l'opération d'évitement abusif.

L'application de cette règle comporte trois étapes. Alors que les deux premières consistent à déterminer l'existence d'un avantage fiscal et d'une opération d'évitement, la troisième consiste à déterminer si l'opération d'évitement identifiée est manifestement abusive.

Le fardeau de la preuve concernant les deux premières étapes appartient au contribuable à qui il incombe de réfuter les présomptions de fait du ministre, par la contestation de l'existence d'un avantage fiscal ou par la démonstration que l'opération visait principalement un objet non fiscal véritable.

⁸⁶ *Loi de l'impôt sur le revenu*, C.P.L.M., c. I-10, art. 53.1 modifié par L.M. 2007, c. 6, art. 45. Voir, sensiblement au même effet : *Income Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 215, s. 68.1; *Alberta Corporate Tax Act*, R.S.A. 2000, c. A-15, s. 72.1; *Income Tax Act*, 2000 S.N.L. 2000, c. I-1.1, s. 88.1; *Income Tax Act*, R.S.N.S. 1989, c. 217, s. 80A.

⁸⁷ *Loi de 2007 sur les impôts*, L.O. 2007, c. 11, Annexe A, art. 110.

En ce qui concerne la troisième étape, où le fardeau de la preuve, selon la prépondérance des probabilités, appartient à l'administration fiscale, elle impose de répondre aux deux questions suivantes :

- Quel est l'objet et l'esprit des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal?
- L'opération d'évitement contrecarre-t-elle l'objet et l'esprit des dispositions invoquées pour obtenir l'avantage fiscal?

Selon la Cour suprême, le besoin d'uniformité, de prévisibilité et d'équité en matière de droit fiscal fait en sorte qu'une conclusion d'abus ne sera justifiée que lorsqu'il ne sera pas raisonnable de conclure le contraire, c'est-à-dire que l'opération d'évitement est conforme à l'objet ou à l'esprit des dispositions invoquées par le contribuable. Autrement dit, souligne la Cour suprême, afin de répondre affirmativement à la deuxième question, l'opération d'évitement doit être manifestement abusive⁸⁸.

De plus, malgré le fardeau de la preuve imposé à l'administration fiscale et bien que l'application de la RGAE soit soumise à l'examen d'un comité et soit limitée aux seules situations manifestement abusives, la législation ne prévoit aucune pénalité par suite de l'application de la RGAE.

Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour suprême relativement à l'application de la RGAE est jeune et les tribunaux seront encore appelés à clarifier davantage les normes d'application de celle-ci.

Enfin, il y a lieu de souligner que plusieurs provinces canadiennes ont précisé que l'obtention d'un avantage fiscal en vertu d'une loi provinciale ou fédérale ne constitue pas un objet véritable en vue de déterminer si une opération est une opération d'évitement.

⁸⁸ *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, préc., note 12, par. 62.

2.2.3 L'enregistrement des abris fiscaux

En 1987, les règles d'enregistrement et de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux ont été présentées comme une composante d'un ensemble de mesures, incluant la RGAE, dont le double objectif était d'améliorer l'observation de la loi et de combattre l'évitement fiscal⁸⁹. Les règles québécoises en la matière⁹⁰ sont, de façon générale, harmonisées aux règles fédérales⁹¹, et elles s'appliquent à l'égard d'un intérêt dans un abri fiscal acquis après le 31 mai 1990⁹².

Sommairement, les règles de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux obligent tout promoteur d'un abri fiscal à obtenir des autorités fiscales un numéro d'identification pour cet abri et à produire une déclaration de renseignements, laquelle inclut notamment le nom, l'adresse et le numéro d'assurance sociale ou le numéro d'entreprise de chaque investisseur, ainsi que le montant payé pour l'abri fiscal.

À cet égard, un promoteur d'un abri fiscal vise toute personne qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise, émet ou vend l'abri fiscal, en fait la promotion ou agit à titre de mandataire ou de conseiller à l'égard de l'émission, de la vente ou de la promotion de l'abri fiscal. En ce qui a trait à un abri fiscal, il est défini comme étant un bien (incluant tout droit à un revenu) pour lequel il est prévu, à la lumière des déclarations ou des annonces faites ou envisagées en rapport avec ce bien, que l'acquéreur pourra bénéficier de déductions ou de pertes dans les quatre ans suivant l'acquisition du bien pour un montant égal ou supérieur au coût du bien réellement assumé par l'acquéreur.

Par ailleurs, afin de renforcer l'obligation de déclaration de renseignements, ces règles prévoient que le promoteur ne peut vendre un abri fiscal avant d'avoir obtenu le numéro d'identification, sous peine d'encourir une pénalité importante. Pour leur part, les investisseurs doivent fournir le numéro d'identification de l'abri fiscal pour pouvoir réclamer ou déduire un montant concernant cet abri. En outre, si le promoteur n'a pas obtenu de numéro d'identification, en plus de la pénalité qui lui est applicable, les investisseurs n'ont droit à aucune déduction tant que cette pénalité n'a pas été payée par le promoteur.

⁸⁹ MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, *Réforme fiscale 1987, Réforme de l'impôt direct*, préc., note 39, p. 142.

⁹⁰ Art. 1079.1 à 1079.8 L.I.Q.

⁹¹ MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Bulletin d'information 87-8*, « Déclaration ministérielle concernant la réforme », 18 décembre 1987, p. 14, par. 67.

⁹² *Loi modifiant de nouveau la Loi sur les impôts et d'autres dispositions législatives d'ordre fiscal*, L.Q. 1990, c. 59, art. 350.

□ **Les avantages et les inconvénients de l'enregistrement des abris fiscaux**

■ **Les avantages**

Les règles de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux présentent plusieurs avantages, dont le plus évident est d'accroître le contrôle de l'observation de la loi. Ce contrôle permet notamment de déceler des situations d'abus de la loi plus rapidement que ne le permettraient des vérifications aléatoires, et d'accélérer les interventions législatives qui ciblent mieux ces situations et qui y remédient. De plus, ce contrôle permet de prévenir le recours aux tribunaux et de réduire le nombre de litiges.

Ces règles ont ainsi contribué à l'instauration dans la législation fiscale de restrictions rattachées aux déductions qui peuvent être réclamées à l'égard de certains abris fiscaux. En voici quelques exemples.

■ **Les règles sur les abris fiscaux déterminés**

Les règles sur les abris fiscaux déterminés ont été introduites en 1994 dans la législation fiscale québécoise et elles ont pour but de réduire le coût ou le montant de la dépense reliée à l'acquisition d'un abri fiscal de tout montant à recours limité et de tout montant de rajustement à risque. Essentiellement, un montant à recours limité désigne le principal impayé d'une dette pour laquelle le recours est limité, dans l'immédiat ou pour l'avenir, conditionnellement ou non, tandis que le montant de rajustement à risque vise les avantages que l'investisseur (ou un contribuable ayant un lien de dépendance avec lui) a le droit de recevoir et qui ont pour but de supprimer ou de réduire l'effet d'une perte rattachée à l'abri fiscal déterminé⁹³.

⁹³ Art. 851.38 L.I.Q.

- **Les règles sur la dépense rattachée**

Les règles sur la dépense rattachée, introduites en 1996, s'appliquent à des opérations financières qui se sont avérées un nouveau type d'abri fiscal pouvant échapper à la définition d'abri fiscal employée aux fins de la déclaration de renseignements, ainsi qu'aux règles sur les abris fiscaux déterminés. Les règles sur la dépense rattachée visent donc à contrer un nouveau type d'abri fiscal, axé sur l'absence de concordance entre des dépenses et des produits. De façon sommaire, ces règles restreignent la déductibilité d'une dépense en la répartissant sur toute la durée de vie économique du droit à un produit auquel elle se rapporte, cette durée ne pouvant toutefois en aucun cas être inférieure à cinq ans. Ainsi, les règles sur la dépense rattachée constituent une extension des règles limitant les déductions relatives aux abris fiscaux déterminés, et rendent d'ailleurs applicables à ces nouveaux abris les règles sur les abris fiscaux déterminés dans la mesure où ils comporteraient également des mécanismes similaires à ces derniers⁹⁴.

- **Les règles sur les logiciels déterminés**

Les règles sur les logiciels déterminés ont été instaurées en 1997. Ces règles constituent un prolongement des règles sur les abris fiscaux déterminés. En effet, un logiciel déterminé est défini comme étant un logiciel qui est un bien amortissable et qui se qualifie à titre d'abri fiscal déterminé ou qui est détenu par une société de personnes dont une participation se qualifie à titre d'abri fiscal déterminé. En bref, selon ces règles, un contribuable ne peut déduire un montant, à titre d'amortissement à l'égard d'un logiciel déterminé, qui soit supérieur au revenu net provenant de l'entreprise dans laquelle ce logiciel est utilisé. Il s'agit donc d'une restriction additionnelle par rapport aux règles sur les abris fiscaux déterminés qui, comme exposé précédemment, ont pour effet de réduire le coût d'un abri fiscal (et par conséquent l'amortissement) des montants qui ne sont pas véritablement à risque ou pour lesquels les recours sont limités⁹⁵.

⁹⁴ Art. 158.1 L.I.Q.

⁹⁵ *Règlement sur les impôts*, R.R.Q., 1981, c. I-3, r.1, art. 130R55.6.6 et 130R55.6.7.

■ Les inconvénients

Les règles de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux comportent certains inconvénients. Premièrement, elles créent un fardeau administratif pour les promoteurs d'abris fiscaux ainsi que, dans une moindre mesure, pour les investisseurs. En outre, elles contribuent à complexifier le régime fiscal, car elles engendrent l'ajout de dispositions fiscales visant à contrer des situations jugées inappropriées par l'administration fiscale. Par ailleurs, certains investisseurs peuvent être sous la fausse impression que l'enregistrement d'un abri fiscal constitue une confirmation de l'administration fiscale du droit aux avantages fiscaux annoncés.

Aussi, à l'instar de toute règle particulière, les règles d'enregistrement et de divulgation de renseignements concernant les abris fiscaux ont un champ d'application limité, car elles ne visent que les arrangements qui se qualifient d'abris fiscaux et, de ce fait, elles peuvent être contournées. En effet, la définition des éléments qui sont à la base de ces règles, soit la définition d'un promoteur et d'un abri fiscal, peut amener certains planificateurs fiscaux et promoteurs à développer de nouveaux arrangements afin d'éviter l'application de ces règles.

Ainsi, la précision des règles d'enregistrement et de divulgation de renseignements concernant les abris fiscaux, bien qu'elle constitue une force, parce qu'elle permet une intervention mieux ciblée, constitue aussi une faiblesse, car elle prête le flanc à des arrangements qui peuvent sortir du champ d'application de ces règles.

□ Une mesure efficace

L'expérience démontre donc que les règles d'enregistrement et de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux améliorent l'information qui est disponible pour l'administration fiscale et permet à cette dernière d'intervenir plus rapidement et de façon mieux ciblée afin d'apporter les correctifs législatifs requis pour améliorer l'observation de la loi et combattre l'évitement fiscal, et ce, en complémentarité avec la RGAE.

2.2.4 Le régime de pénalités

La législation fiscale québécoise prévoit diverses pénalités administratives applicables aux contribuables qui contreviennent à leurs obligations et aux tiers qui font de faux énoncés ou y participent.

□ Les pénalités aux contribuables

Les principales pénalités applicables aux contribuables sont les suivantes :

- la pénalité pour défaut de produire une déclaration de revenus dans les délais requis;

- la pénalité pour omission de déduire, de retenir ou de percevoir un montant;
- la pénalité pour omission de payer ou de remettre un montant;
- la pénalité pour omission répétée de déclarer un revenu;
- la pénalité pour faux énoncé ou omission⁹⁶;
- la pénalité pour défaut de produire une déclaration ou un rapport dans les délais requis ou pour omission de se conformer à une demande péremptoire.

□ Les pénalités aux tiers

De façon générale, la pénalité administrative relative à l'information trompeuse en matière fiscale fournie par un tiers vise les situations où des tiers font, sciemment, de faux énoncés ou y participent.

L'objectif poursuivi par cette pénalité est fondamentalement de dissuader ou de réprimer certains comportements frauduleux. De façon plus particulière, il doit effectivement être établi qu'il y a eu « conduite coupable »⁹⁷ pour donner ouverture à l'imposition de la pénalité aux tiers. Ainsi, à l'égard de cette pénalité, Revenu Québec mentionne ce qui suit :

« Cette pénalité ne vise pas les arrangements de planification fiscale qui sont conformes à la L.I., les erreurs faites de bonne foi, les oublis véritables, les activités acceptables d'un point de vue administratif par le ministère du Revenu ou les écarts d'interprétation (par exemple, lorsque la question n'a pas donné lieu à une jurisprudence bien établie). »⁹⁸

Cependant, une différence importante existe entre la législation québécoise et la législation fédérale. Alors que cette dernière prévoit deux pénalités distinctes, soit la pénalité relative aux spécialistes en déclarations et la pénalité relative aux planificateurs, la législation québécoise ne prévoit que la première⁹⁹.

⁹⁶ Toute personne qui, sciemment ou dans des circonstances équivalant à de la négligence flagrante, fait un faux énoncé ou une omission dans une déclaration s'expose à une pénalité qui correspond essentiellement au plus élevé de 100 \$ et de 50 % de l'impôt additionnel résultant du faux énoncé ou de l'omission.

⁹⁷ La conduite coupable est définie à l'article 1049.0.3 L.I.Q.

⁹⁸ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation* IMP. 1049.0.5-1, « Pénalité pour information trompeuse fournie par un tiers », 31 mai 2004, par. 2.

⁹⁹ La pénalité aux planificateurs n'a pas été retenue, car le régime fiscal québécois a été jugé satisfaisant en raison de l'existence de la pénalité pour faux énoncé relativement à un abri fiscal. De plus, la pénalité fédérale aux planificateurs correspondant généralement à l'ensemble des montants qu'une personne a le droit de recevoir ou d'obtenir relativement à l'activité qui lui est reprochée, il ne paraissait pas opportun de prévoir une nouvelle pénalité québécoise qui s'ajouterait à la pénalité fédérale. Voir MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Budget 1999-2000, Renseignements supplémentaires*, 9 mars 1999, p. 106-107, qui fait état de l'harmonisation partielle aux mesures fédérales. Voir aussi « Table ronde sur la fiscalité provinciale » dans *Congrès 2001*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2002, p. 44:21-91, question 4.7, p. 44:71-73, qui énonce les motifs de cette harmonisation partielle.

■ La pénalité aux spécialistes en déclarations

Malgré son appellation, la pénalité aux spécialistes en déclarations peut s'appliquer à toute personne, qu'elle soit ou non un spécialiste en déclarations.

Cette pénalité vise les personnes qui conseillent à d'autres personnes de produire leur déclaration en fonction de données fausses ou trompeuses. Elle vise également les personnes qui tolèrent des données fausses ou trompeuses fournies par leurs clients ou encore qui omettent des renseignements touchant la *Loi sur les impôts*¹⁰⁰.

La pénalité¹⁰¹ correspond au plus élevé de 1 000 \$ et du moindre de la pénalité dont le contribuable serait passible pour faux énoncé¹⁰² s'il avait fait lui-même le faux énoncé et du total de 100 000 \$ et de la rétribution brute¹⁰³ de la personne qui fait le faux énoncé au moment de l'envoi à celle-ci d'un avis de cotisation concernant la pénalité.

■ La pénalité aux planificateurs

Bien que la législation fiscale québécoise ne prévoit pas de pénalité aux planificateurs, il est pertinent d'en donner les caractéristiques de base pour l'application de la législation fiscale fédérale.

La pénalité aux planificateurs vise essentiellement les personnes qui conçoivent, ou participent à la conception, des abris fiscaux ou des arrangements semblables, ou qui les vendent, en font la promotion ou y participent¹⁰⁴.

La pénalité fédérale aux planificateurs s'applique à un faux énoncé fait notamment dans le cadre d'une activité de planification qui s'entend entre autres du fait d'organiser ou de créer un arrangement, une entité, un mécanisme, un plan, un régime ou d'aider à son organisation ou à sa création ou le fait de participer, directement ou indirectement, à la vente d'un droit dans un arrangement, un bien, une entité, un mécanisme, un plan ou un régime ou à la promotion d'un arrangement, d'une entité, d'un mécanisme, d'un plan ou d'un régime¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Préc., note 98, par. 1.

¹⁰¹ Art. 1049.0.5 L.I.Q.

¹⁰² *Supra*, note 96.

¹⁰³ De façon générale, la rétribution brute d'une personne correspond aux montants qu'elle a le droit de recevoir relativement à un énoncé, avant ou après un moment donné, conditionnellement ou non.

¹⁰⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Circulaire d'information IC 01-1*, « Pénalités administratives imposées à des tiers », 18 septembre 2001, par. 6.

¹⁰⁵ Définition de l'expression « *activité de planification* » au paragraphe 1 de l'article 163.2 L.I.R. La pénalité s'applique également à l'égard d'une activité d'évaluation qui constitue tout acte accompli par une personne dans le cadre de la détermination de la valeur d'un bien ou d'un service.

Si l'énoncé est fait lors d'une activité de planification, le montant de la pénalité correspond au plus élevé de 1 000 \$ et du total des droits à paiement¹⁰⁶ de la personne qui fait un faux énoncé au moment de l'envoi à celle-ci d'un avis de cotisation concernant la pénalité et, dans les autres cas, à 1 000 \$.

❑ La pénalité relative à un abri fiscal

Tout promoteur d'un abri fiscal doit demander au ministre du Revenu d'attribuer un numéro d'identification à cet abri fiscal, car il ne peut émettre ou vendre l'abri fiscal ou accepter une contrepartie à son égard avant qu'un tel numéro ait été attribué. Le promoteur doit, de plus, informer de son numéro d'identification les personnes qui acquièrent l'abri fiscal.

Pour l'application des dispositions portant sur l'obtention d'un numéro d'identification d'un abri fiscal, un promoteur, à l'égard de l'abri fiscal, est défini comme une personne qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise :

- soit émet ou vend l'abri fiscal ou fait la promotion de son émission, de sa vente ou de son acquisition;
- soit agit à titre de mandataire ou de conseiller à l'égard de l'émission ou de la vente de l'abri fiscal ou de la promotion de son émission, de sa vente ou de son acquisition;
- soit accepte une contrepartie à l'égard de l'abri fiscal.

De façon générale, toute personne qui fournit des renseignements faux ou trompeurs au ministre du Revenu dans la demande d'un numéro d'identification d'un abri fiscal ou qui émet ou vend un abri fiscal ou accepte une contrepartie à l'égard d'un abri fiscal avant d'avoir obtenu un tel numéro encourt une pénalité égale au plus élevé de 500 \$ et de 25 % de la contrepartie reçue ou à recevoir à l'égard de l'abri fiscal avant que les renseignements corrigés aient été fournis au ministre ou avant qu'un numéro d'identification ait été attribué à l'abri fiscal¹⁰⁷.

¹⁰⁶ De façon générale, les droits à paiement d'une personne correspondent aux montants qu'elle a le droit de recevoir relativement à une activité de planification, avant ou après un moment donné, conditionnellement ou non.

¹⁰⁷ Art. 1079.7.4 L.I.Q.

2.2.5 Les modifications législatives rétroactives

En marge des outils législatifs dont il est question dans les sous-sections précédentes, il convient de rappeler que le gouvernement peut toujours intervenir en faisant adopter des modifications législatives rétroactives¹⁰⁸, notamment dans toute situation où il y a tentative de faire dévier la politique fiscale de son objectif.

Dans les cas où ces modifications sont en défaveur de certains contribuables, elles sont souvent très mal reçues et sévèrement critiquées, particulièrement par des représentants de la communauté juridique.

De telles modifications demeurent néanmoins nécessaires dans certaines circonstances.

❑ Les arguments à l'encontre des modifications législatives rétroactives

Ceux qui s'opposent aux modifications législatives rétroactives soulèvent divers arguments au soutien de leur position¹⁰⁹.

Par exemple, certains soutiennent que de telles modifications sont contraires au principe de la primauté du droit, voire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, les tribunaux ne leur ont jamais donné raison.

Outre les arguments d'ordre juridique, des protestations davantage d'ordre politique ou d'équité sont formulées. Ainsi, il est avancé qu'en faisant adopter des modifications législatives rétroactives, le gouvernement refuse le verdict des tribunaux et se fait à la fois juge et partie.

Le climat d'incertitude, l'instabilité et la potentielle perte de confiance dans l'utilité du système judiciaire qui s'installeraient à la suite de telles modifications sont également invoqués.

Surtout, les amendements législatifs rétroactifs soulèvent l'indignation de personnes qui estiment qu'en agissant de la sorte, le gouvernement « modifie les règles du jeu au milieu de la partie ».

¹⁰⁸ L'expression « modification législative rétroactive » est ici utilisée au sens qui lui est généralement donné dans le contexte fiscal canadien et désigne donc une modification législative applicable à une date antérieure à son annonce. En effet, dans les domaines autres que le domaine fiscal, une loi est généralement applicable à compter de la date de son entrée en vigueur ou à une date ultérieure, de sorte qu'est considérée rétroactive toute modification législative applicable à une date antérieure à son entrée en vigueur. Dans le domaine fiscal, la tradition parlementaire veut toutefois que les modifications législatives rétroagissent à la date de leur annonce (à l'occasion d'un discours sur le budget par exemple), qui est nécessairement antérieure à la date d'entrée en vigueur de la législation y donnant suite.

¹⁰⁹ Voir, entre autres, Thomas E. McDONNELL, préc., note 6; Ève-Marie GIGANTÈS, « La rétroactivité des lois au Canada », (2006), vol. 27, n° 3 *Revue de planification fiscale et successorale*, p. 485-536.

❑ Les arguments militant en faveur des modifications législatives rétroactives

Malgré que certains arguments à l'encontre des modifications législatives rétroactives puissent avoir quelque mérite, néanmoins, en certaines circonstances, de telles modifications constituent la meilleure solution.

Ce peut être le cas, par exemple, lorsque des contribuables tentent d'exploiter une faille ou une ambiguïté de la législation pour élaborer des stratagèmes considérés comme abusifs parce que clairement contraires aux objectifs de la politique fiscale.

Dans le cas où les personnes utilisant ces stratagèmes tentent de donner aux dispositions législatives une interprétation qu'elles n'ont jamais reçue, il peut être soutenu qu'une modification législative rétroactive crée de la certitude plutôt que de l'incertitude, puisqu'elle confirme le bien-fondé de l'interprétation généralement admise.

Évidemment, une telle modification a souvent le mérite d'éviter que des montants importants devant être consacrés aux finances publiques – et donc à l'ensemble de la population – ne soient détournés au profit de certains contribuables particulièrement audacieux et – souvent pour de larges parts – de conseillers fiscaux qui se spécialisent dans l'élaboration de tels stratagèmes. Ainsi, lorsqu'elle est analysée sous cet angle, une modification législative rétroactive peut être vue comme créant davantage d'équité que d'iniquité.

❑ Les circonstances ayant mené à l'établissement de critères pour l'adoption de modifications législatives rétroactives

Dans son rapport de 1993, le vérificateur général du Canada a reproché au gouvernement fédéral de ne pas avoir agi assez rapidement pour préciser des règlements adoptés en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ce qui aurait, selon lui, évité ou du moins limité la perte de montants de l'ordre de 1,2 milliard de dollars à la suite d'un litige avec un contribuable.

Brièvement, il s'agissait de dispositions réglementaires applicables à compter de l'année d'imposition 1974 et visant l'octroi d'une déduction relative aux ressources.

La question en litige était de savoir si le contribuable, en l'occurrence Gulf Canada, devait déduire ses dépenses de recherche scientifique et certaines déductions pour amortissement dans le calcul de ses bénéfices relatifs aux ressources. En effet, parce que la déduction relative aux ressources était fondée sur les bénéfices relatifs aux ressources, plus ceux-ci étaient élevés et plus la réduction d'impôt sur le revenu était élevée.

Gulf Canada a fait l'objet de nouvelles cotisations en août 1979 pour son année d'imposition 1974 et en septembre 1980 pour son année d'imposition 1975, et a contesté ces nouvelles cotisations devant les tribunaux.

La division de première instance de la Cour fédérale, en octobre 1990¹¹⁰, de même que la Cour d'appel fédérale, en janvier 1992¹¹¹, ont rendu des décisions favorables à Gulf Canada. Le 2 juillet 1992, la Cour suprême refusait l'autorisation d'en appeler.

Dès le 23 juillet 1992, le ministère des Finances du Canada proposait une modification destinée à préciser l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à ce sujet à compter de cette date.

Sur la base de ces décisions des tribunaux, quelque 40 autres sociétés du secteur des ressources ont réclamé des remboursements d'impôt pour la période de 1974 à 1992, d'où l'importance des sommes perdues.

Le Comité permanent des comptes publics¹¹² a étudié la partie du rapport du vérificateur général du Canada portant sur « l'affaire Gulf » et a lui-même présenté un rapport sur celle-ci¹¹³.

Ce rapport du Comité permanent des comptes publics énumère une série de recommandations visant l'atteinte d'une meilleure évaluation et d'une gestion plus judicieuse des risques pour l'assiette fiscale qui découlent de conflits d'interprétation de la législation pertinente.

C'est dans cette optique que le rapport traite de la question des amendements rétroactifs. Malgré qu'il soit plutôt long, il apparaît pertinent de citer tout le passage suivant, ne serait-ce que parce qu'il reflète le contexte de l'époque, où il était vivement reproché au gouvernement de ne pas avoir fait adopter de tels amendements :

« Le Comité a de sérieuses réserves, toutefois, sur le fait que cette méthode [c. à d. le recours aux tribunaux] soit perçue comme le seul moyen pour régler les litiges entre le gouvernement et les contribuables. Un procès en soi peut être risqué, long, dispendieux et susceptible d'accroître plutôt que de réduire les risques pour le gouvernement – risques que l'affaire Gulf a clairement démontrés.

¹¹⁰ *Gulf Canada c. La Reine*, 90 D.T.C. 6622.

¹¹¹ *La Reine c. Gulf Canada*, 92 D.T.C. 6123.

¹¹² Comme les 23 autres comités permanents établis par le *Règlement de la Chambre des communes*, le Comité permanent des comptes publics est formé de députés. Ce comité a notamment pour mandat de faire des études et de présenter des rapports à la Chambre des communes sur tous les rapports du Bureau du vérificateur général du Canada. En fait, lorsque le vérificateur général présente un rapport à la Chambre des communes, celui-ci est renvoyé d'office au Comité des comptes publics, qui constitue le comité de vérification permanent du Parlement. Le Comité permanent des comptes publics présente donc des similarités avec la Commission de l'administration publique de l'Assemblée nationale.

¹¹³ CANADA, Chambre des communes, *Septième rapport du Comité permanent des comptes publics*, document parlementaire n° 8510-351-79, Ottawa, 10 février 1995.

Quand l'évaluation fait ressortir des risques élevés et la probabilité qu'un procès n'aboutisse pas à un règlement satisfaisant, il faut envisager d'autres solutions. Bien qu'il y ait eu opposition et appel avant que l'affaire Gulf soit portée devant les tribunaux, nous tenons à ce que cette méthode de règlement soit exploitée d'autres façons. En conséquence, le Comité recommande

Que tous les moyens pour régler un litige sur l'interprétation de la législation fiscale soient examinés avant de porter l'affaire devant les tribunaux.

Si tous les efforts pour régler les litiges restent vains, un autre mécanisme peut remplacer les tribunaux. Il consiste à modifier rétroactivement les dispositions législatives litigieuses. Dans l'affaire Gulf, le gouvernement savait dès 1979 que les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoyant la déduction relative aux ressources étaient problématiques. À ce stade, il aurait fallu prendre des mesures pour les modifier rétroactivement.

Le ministère des Finances soutient qu'il est inopportun de renforcer la loi rétroactivement. Pourtant, le Comité a appris qu'il y avait des précédents. Le 30 avril 1993, une loi avec effet rétroactif (au 1^{er} janvier 1991) a été présentée en vue de préciser les dispositions relatives aux crédits de taxe sur les intrants dans le régime de la TPS. Quand il a annoncé ces modifications, le gouvernement a fait savoir que cela « reflétait l'intention de la politique fiscale établie depuis longtemps dans ce domaine, laquelle est bien comprise des entreprises et de leurs conseillers ». Les circonstances de l'affaire Gulf sont comparables. Comme le ministère du Revenu national l'a déclaré dans sa réponse aux conclusions du vérificateur général, « la plupart des entreprises du secteur des ressources ont établi leurs déclarations de revenus en fonction de l'interprétation donnée à la loi par le Ministère ». Donc, une modification rétroactive aurait reflété l'intention du gouvernement et aurait été conforme à la manière dont le secteur des ressources interprétait déjà la loi.

Le ministère des Finances a également soutenu qu'il aurait été peu judicieux de proposer des modifications législatives précisant le libellé de la *Loi de l'impôt sur le revenu* avant le règlement définitif de l'affaire Gulf parce qu'un tel geste aurait pu compromettre les chances du gouvernement en appel. Bien que cette affirmation semble raisonnable, le Comité fait les remarques suivantes : premièrement, cet argument n'exclut pas la possibilité de modifier la loi avant d'en arriver au stade de l'appel. Deuxièmement, nous avons appris que le gouvernement avait déjà modifié des dispositions législatives visées par un litige. C'est donc un mode de gestion des risques qui devrait faire l'objet d'un examen approfondi.

Le Comité fait ces observations dans le but de faire valoir que le gouvernement a le choix des mesures quand il gère les risques visant l'assiette fiscale. Le problème, selon le Comité, c'est qu'il n'y a apparemment aucun critère pour déterminer à quel moment elles peuvent et doivent être prises. Il faut absolument établir de tels critères. En conséquence, le Comité recommande

Que le ministère des Finances établisse les critères qu'il utilisera pour déterminer les circonstances dans lesquelles il est opportun de modifier rétroactivement la loi afin de la rendre plus claire; et

Que le ministère des Finances établisse les critères qui serviront à déterminer les circonstances dans lesquelles il est opportun de préciser la loi avant la conclusion d'un procès. » [Les soulignés sont ajoutés]

❑ Les critères établis par le gouvernement du Canada

À la suite de la première de ces recommandations, c'est dans sa réponse détaillée au septième rapport du Comité permanent des comptes publics (la Réponse) que le gouvernement du Canada énumère les principaux critères que le ministère des Finances utiliserait pour déterminer s'il faut modifier rétroactivement la législation fiscale afin de la rendre plus claire¹¹⁴.

D'entrée de jeu, la Réponse indique que ces critères constituent une série de facteurs à évaluer en fonction des circonstances et des faits propres à chaque cas, tout en rappelant que la décision d'apporter des modifications rétroactives est, au bout du compte, une décision politique qu'il appartient au gouvernement et au Parlement de prendre après avoir considéré les circonstances particulières de chaque cas.

La Réponse souligne également qu'elle ne porte que sur les modifications rétroactives destinées à clarifier la loi, soit les modifications aux lois fiscales qui visent à corriger les résultats d'une interprétation non prévue et qui entrent en vigueur à une date précédant le moment où elles sont rendues publiques.

Les critères énumérés par le gouvernement fédéral et portant sur l'évaluation de l'opportunité de procéder à de telles modifications rétroactives sont les suivants :

- les modifications rétroactives visant à clarifier la loi ne devraient être faites que dans des situations exceptionnelles;
- des modifications rétroactives visant à clarifier la loi peuvent être justifiées lorsque les facteurs suivants s'appliquent :
 - les modifications correspondent à une interprétation de la loi donnée par le ministère du Revenu national (devenu l'Agence du revenu du Canada) qui est bien connue et établie depuis longtemps;

¹¹⁴ CANADA, *Réponse détaillée du gouvernement du Canada au septième rapport du Comité permanent des comptes publics*, document parlementaire n° 8512-351-79, Ottawa, 18 septembre 1995.

- les modifications traduisent une politique qui découle clairement des dispositions pertinentes ou que les contribuables connaissent bien et comprennent;
- les modifications visent à empêcher que certains contribuables ne reçoivent un avantage inattendu;
- les modifications sont nécessaires pour maintenir la stabilité de l’assiette des recettes publiques;
- les modifications consistent à corriger des dispositions ambiguës ou erronées, non conformes à l’objet de la loi.

Il importe de mentionner que la Réponse indique que ces facteurs ne doivent pas, à part le tout dernier, être pris isolément, mais plutôt être appliqués de façon complémentaire. Ils peuvent aussi être modifiés au besoin pour faire face à des situations imprévues.

❑ L’application des mêmes critères par le gouvernement du Québec

En juin 2002, le ministère des Finances du Québec annonçait que trois amendements déclaratoires seraient apportés au régime de la taxe de vente du Québec¹¹⁵.

Dans le cadre de discussions ayant fait suite à cette annonce, le ministère des Finances a indiqué les critères pris en considération pour évaluer l’opportunité de recourir à une modification rétroactive¹¹⁶. En fait, les critères appliqués par le gouvernement du Québec sont exactement les mêmes que ceux énoncés par le gouvernement du Canada dans sa réponse détaillée au septième rapport du Comité permanent des comptes publics.

Aussi, à l’instar du gouvernement fédéral, le gouvernement québécois estime que la décision d’apporter une modification législative rétroactive est d’abord et avant tout une décision politique qu’il appartient au gouvernement et à l’Assemblée nationale de prendre après avoir considéré les circonstances particulières de chaque cas.

¹¹⁵ MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Bulletin d’information 2002-7*, « Amendements déclaratoires au régime de la TVQ », 26 juin 2002.

¹¹⁶ « Table ronde provinciale (questions et réponses) » dans *Congrès 2002*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2003, p. 54:1-60, question 5.5, p. 54:43-46.

2.3 Les besoins des autorités fiscales québécoises et les éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale dans la lutte contre les PFA

2.3.1 Les besoins des autorités fiscales québécoises

À la sous-section 1.2, il a été mentionné que parmi les différents facteurs qui contribuent à la progression des PFA, on trouve des facteurs économiques et commerciaux exogènes et endogènes. Un rapport risque/rendement favorable au contribuable et un nouveau modèle d'affaires pour les intermédiaires fiscaux ont par la suite été identifiés en tant que facteurs endogènes.

À la sous-section 1.4, il a été établi que ces deux facteurs endogènes étaient les facteurs qui contribuaient à la progression des PFA sur lesquels les autorités fiscales québécoises devaient concentrer leurs efforts.

Étant donné, d'une part, que les autorités fiscales cherchent à réduire le recours aux PFA par les contribuables et, d'autre part, que les facteurs économiques et commerciaux endogènes sont les facteurs contribuant à la progression des PFA sur lesquels les autorités fiscales doivent concentrer leurs efforts, les besoins des autorités fiscales québécoises en matière de lutte contre les PFA consistent essentiellement à mettre en place des mesures pouvant permettre d'altérer le rapport risque/rendement du contribuable et de décourager le recours par les intermédiaires fiscaux à un nouveau modèle d'affaires basé sur la conception et la distribution de produits fiscaux prêts à l'emploi.

2.3.2 Les éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale québécoise dans la lutte contre les PFA

Le régime fiscal québécois s'inscrit dans un système politique et économique qui présente différents éléments devant être pris en considération dans le cadre de l'élaboration de politiques fiscales.

Le fédéralisme fiscal canadien, la collaboration des diverses administrations fiscales canadiennes et les exigences relatives à la politique québécoise d'allégement réglementaire et administratif sont des éléments contextuels qui ont une influence sur la politique fiscale québécoise en matière de lutte contre les PFA.

Par conséquent, toute proposition visant à combler les besoins des autorités fiscales québécoises en matière de lutte contre les PFA doit nécessairement s'inscrire dans ce contexte particulier du régime fiscal québécois.

❑ Le fédéralisme fiscal canadien

Le fédéralisme fiscal canadien se caractérise, notamment, par le fait que plusieurs juridictions ont la capacité d'imposer une même assiette fiscale entre les mains d'un même contribuable.

Cela signifie donc que, par exemple, puisque le revenu d'un contribuable est imposable à la fois au palier fédéral et au palier provincial, les deux administrations fiscales pourraient définir leurs propres concepts fiscaux et élaborer des règles qui ignorent celles élaborées par l'autre palier d'imposition et, ainsi, astreindre les contribuables à maîtriser les concepts et les règles de deux régimes fiscaux différents afin d'assurer la conformité à leurs obligations fiscales.

Malgré cette capacité législative, les juridictions fiscales canadiennes, inspirées par une volonté d'éviter une jungle fiscale aux contribuables, ont plutôt fait le choix d'adhérer au principe de l'harmonisation des législations fiscales. Aussi, en raison de ce principe, les différentes législations fiscales provinciales canadiennes en matière d'impôt sur le revenu sont généralement harmonisées à la législation fiscale fédérale. Ainsi, l'ensemble de ces législations partagent habituellement les mêmes concepts et les mêmes règles et procèdent également de la même logique.

Il découle également du principe d'harmonisation que, lorsqu'une juridiction souhaite introduire une mesure qui n'existe pas dans les autres juridictions, ou encore qui n'existe pas sous la forme souhaitée, elle veillera normalement à s'assurer que les nouvelles règles s'intègrent harmonieusement dans la législation en place, tant du point de vue des concepts applicables que de celui de la cohérence générale du régime.

L'harmonisation des législations fiscales canadiennes évite leur complexification inutile et favorise chez les contribuables une meilleure compréhension des régimes fiscaux. Ainsi, l'harmonisation des législations fiscales canadiennes facilite la conformité et le respect des obligations fiscales.

Le fédéralisme fiscal canadien est donc un élément important qui doit être pris en considération dans l'élaboration de politiques fiscales et la mise en place de règles visant à lutter contre les PFA.

❑ La collaboration des administrations fiscales canadiennes

En plus d'éviter une plus grande complexification des législations fiscales, l'harmonisation de celles-ci permet d'élaborer, particulièrement dans le domaine de l'administration fiscale, des pratiques et des façons de faire qui s'appuient sur cette réalité et qui prennent en considération la situation fiscale des contribuables dans les autres juridictions canadiennes.

À titre d'exemple, il existe une procédure d'échange systématique de renseignements entre l'ARC et Revenu Québec, connue des praticiens comme étant l'échange des documents T7W-C au fédéral et TP7W au Québec. Or, l'utilité pour les administrations fiscales de procéder ainsi repose en grande partie sur l'harmonisation des législations fiscales.

Ce type de collaboration entre les administrations fiscales contribue à définir leurs priorités et, conséquemment, a une influence notable sur l'organisation de leur travail. Cette collaboration leur permet de conjuguer leurs forces et de bénéficier d'une certaine synergie. Ultimement, la collaboration des administrations fiscales facilite, à moindre coût, l'administration du régime fiscal et en accroît l'efficacité.

En matière de lutte contre les PFA, la collaboration interjuridictionnelle est perçue comme un élément clé dans la détection des dispositifs de PFA et de leurs utilisateurs.

Conséquemment, la collaboration des administrations fiscales est également un élément essentiel qui doit être pris en considération dans l'élaboration de politiques fiscales et la mise en place de règles visant à lutter contre les PFA.

□ Les exigences relatives à la politique québécoise d'allégement réglementaire et administratif

La politique d'allégement réglementaire et administratif du gouvernement du Québec est fondée sur la recherche d'un juste équilibre entre l'implantation de normes réglementaires les plus efficaces possible et la préservation d'un climat d'affaires propice à la compétitivité des entreprises.

Pour l'essentiel, cette politique permet au gouvernement de s'assurer que les effets de la réglementation sur les entreprises et l'économie québécoises seront correctement évalués par les ministères et les organismes.

Bien que la politique d'allégement réglementaire ne s'applique pas aux règles fiscales, elle s'applique néanmoins aux exigences administratives qui peuvent accompagner ces règles¹¹⁷.

Ainsi, les exigences administratives qui découleront des mesures qui pourront être adoptées afin de répondre aux risques que présentent les PFA devront, en plus de prendre en considération la minimisation des coûts d'implantation, être axées sur l'atteinte de résultats, limitées à ce qui est nécessaire et adaptées à la capacité qu'ont les entreprises de s'y conformer. Elles devront aussi être compétitives dans un contexte nord-américain¹¹⁸.

¹¹⁷ Décret 111-2005 concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif, (2005) 137 G.O. II, 861. Voir l'Annexe C intitulée « Règles sur l'allégement des normes de nature législative ou réglementaire », art. 1, *in fine*, p. 866.

¹¹⁸ *Id.*, art. 4, p. 867.

Conséquemment, la politique québécoise d'allégement réglementaire et administratif est également un élément qui doit être pris en considération dans l'élaboration de politiques fiscales et la mise en place de règles visant à lutter contre les PFA.

3. L'EXAMEN D'OUTILS LÉGISLATIFS ÉTRANGERS DANS LA LUTTE CONTRE LES PFA

La progression des PFA étant un phénomène mondial, il importe d'examiner certaines mesures prises par différentes autorités fiscales étrangères afin de contrer ces pratiques¹¹⁹. Ces mesures portent sur deux axes : la détection des PFA et les stratégies de répression de celles-ci.

Comme mentionné précédemment, dans leur lutte contre les PFA, les autorités fiscales québécoises doivent concentrer leurs efforts sur les facteurs économiques et commerciaux endogènes que sont le rapport risque/rendement des PFA et le nouveau modèle d'affaires de certains intermédiaires fiscaux, tout en tenant compte des caractéristiques du régime fiscal.

Dans ce contexte, l'examen des expériences étrangères a été orienté vers des outils législatifs particuliers utilisés dans la détection hâtive des PFA et dans la répression de celles-ci. De ce fait, les initiatives étrangères n'ayant pas de support législatif ou, bien qu'ayant un tel support, ne répondant pas aux besoins actuels des autorités fiscales québécoises, n'ont pas été considérées¹²⁰.

De façon plus particulière, la présente section traite sommairement des stratégies de détection des PFA qui nécessitent la divulgation de certaines transactions et qui ont été mises en place par les États-Unis et le Royaume-Uni¹²¹. Elle traite également de façon sommaire des stratégies de répression des PFA utilisées par certains pays dont la législation fiscale prévoit l'application d'une RGAE, soit l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Irlande. Il est par ailleurs important de noter que les descriptions des stratégies de détection et de répression contenues dans la présente section ne visent qu'à donner une idée générale de leur fonctionnement.

¹¹⁹ L'examen des expériences étrangères tient compte, à l'égard de chaque pays visé, de la législation en vigueur au 17 novembre 2008.

¹²⁰ Tel est le cas des mesures visant l'encadrement des intermédiaires fiscaux et, plus particulièrement, la Circulaire n° 230 qui prévoit l'accréditation des conseillers auprès des autorités fiscales américaines et expose les normes auxquelles sont assujettis les conseillers accrédités lorsqu'ils produisent certains types d'opinions (31 *Code of Federal Regulations* (ci-après « C.F.R. »), Subtitle A, Part 10 (2007)).

¹²¹ Bien qu'elles ne fassent pas l'objet d'une analyse dans la présente section, des stratégies de détection hâtive ont récemment été mises en place par l'Afrique du Sud et le Portugal. Très sommairement, les législations fiscales sud-africaine et portugaise exigent, respectivement depuis le 1^{er} mars 2005 et le 15 mai 2008, la divulgation de certains types d'arrangements donnant droit à un avantage fiscal. La divulgation de l'arrangement incombe au promoteur et, tout comme le prévoit le régime britannique, cette responsabilité incombe à l'utilisateur de l'arrangement lorsqu'il n'y a pas de promoteur ou que ce dernier ne réside pas, selon le cas, en Afrique du Sud ou au Portugal. Enfin, des pénalités sont prévues lorsque le promoteur d'un dispositif de PFA ou son utilisateur omet de produire la déclaration requise.

3.1 Une stratégie de détection : les régimes de divulgation hâtive des PFA

La planification fiscale agressive est l'un des risques que doivent gérer les administrations fiscales et, dans la gestion de ce risque, l'obtention de renseignements joue un rôle essentiel.

Les administrations fiscales s'appuient, entre autres, sur des dispositions législatives afin d'obtenir rapidement des renseignements des contribuables ou de leurs conseillers sur des transactions comportant un risque d'évitement.

Alors que, à l'instar du Canada, le régime fiscal américain exige depuis plusieurs années la divulgation d'informations relatives à certains abris fiscaux, le régime britannique n'a intégré que tout récemment dans sa législation l'obligation pour les promoteurs ou les contribuables de divulguer certains dispositifs de PFA.

3.1.1 Le régime américain

Depuis 1984, le régime fiscal américain prévoit l'enregistrement des abris fiscaux ainsi que l'obligation pour les promoteurs d'abris fiscaux potentiellement abusifs de maintenir une liste des personnes investissant dans de tels abris¹²².

Au cours des dernières années, les dispositions législatives et réglementaires pertinentes ont été substantiellement modifiées, d'une part, en augmentant le nombre et la nature des opérations soumises à une obligation de déclaration et, d'autre part, en obligeant non seulement les sociétés mais également les autres contribuables à divulguer leur participation à ces opérations. Aussi, des pénalités ont été instaurées à l'égard des contribuables en défaut de produire une déclaration de renseignements alors que les pénalités applicables aux promoteurs en défaut de maintenir un registre ont été augmentées.

¹²² Pour les dispositions législatives et réglementaires traitant des règles de divulgation américaines, voir l'*Internal Revenue Code of 1986* et mod. §§ 6011, 6111, 6112, 6501(a)(10), 6662A, 6664, 6707, 6707A et 6708 ainsi que 26 C.F.R. §§ 1.6011-4, 301.6111-3 et 301.6112-1.

□ Les opérations soumises à une obligation de déclaration

Un contribuable qui participe à une opération soumise à une obligation de déclaration¹²³ doit divulguer cette opération sur un formulaire joint à sa déclaration de revenus. Les opérations soumises à une obligation de déclaration sont regroupées dans cinq catégories¹²⁴ :

- les opérations répertoriées : cette catégorie comprend une opération identique ou substantiellement similaire à l'une des opérations que l'Internal Revenue Service (IRS) considère comme une opération d'évitement fiscal et identifiée à cet égard dans un règlement, une notification ou tout autre document public¹²⁵. Lorsqu'un contribuable ne produit pas la déclaration de renseignements à l'égard d'une telle opération, la période de prescription, laquelle est normalement de trois ans, se termine un an après la plus hâtive des dates suivantes : la date à laquelle l'information est transmise à l'IRS ou la date à laquelle un conseiller important fournit l'information requise par suite d'une demande de l'administration fiscale;
- les opérations confidentielles : cette catégorie comprend une opération proposée par un conseiller à un contribuable sous le sceau de la confidentialité et pour laquelle des honoraires minimums sont exigés¹²⁶;
- les opérations comportant une protection contractuelle : cette catégorie comprend une opération pour laquelle un contribuable ou une personne avec laquelle il est lié a droit à un remboursement partiel ou total des honoraires versés si les conséquences fiscales attendues ne se concrétisent pas ou une opération pour laquelle le versement des honoraires est tributaire de l'obtention des avantages fiscaux;

¹²³ L'Internal Revenue Service peut déterminer dans un document public qu'une opération n'est pas soumise à une obligation de déclaration.

¹²⁴ Deux catégories d'opérations ont été retirées par des règlements finaux entrés en vigueur le 3 août 2007, soit les opérations créant une disparité significative entre le traitement comptable et fiscal, et les opérations impliquant une détention d'actifs durant une courte période.

¹²⁵ Trente-quatre opérations sont répertoriées sur le site Internet de l'IRS, <<http://www.irs.gov/businesses/corporations/article/0,,id=120633,00.html>> (consulté le 19 janvier 2009).

¹²⁶ Ces honoraires sont de 250 000 USD dans le cas d'une société et de 50 000 USD dans les autres cas. Toutefois, lorsque le contribuable est une société de personnes ou une fiducie et que tous les associés ou bénéficiaires sont des sociétés, les honoraires minimums sont alors de 250 000 USD.

- les opérations portant sur des pertes : cette catégorie comprend une opération permettant à une société de déduire des pertes égales ou supérieures à 10 ou 20 millions de dollars (selon qu'elles soient imputées à un ou plusieurs exercices). Dans le cas d'un particulier, d'une fiducie, d'une société de personnes (sauf si tous les associés sont des sociétés) ou d'une société S¹²⁷, les seuils sont fixés respectivement à 2 et à 4 millions de dollars;
- les opérations dignes d'attention : cette catégorie comprend une opération identique ou substantiellement similaire à une opération publiquement identifiée comme une opération digne d'attention par l'IRS. Une opération digne d'attention réfère à une opération pour laquelle l'IRS ou le Département du Trésor américain pense qu'elle peut entraîner une fraude ou de l'évitement fiscal sans toutefois disposer d'informations suffisantes pour prendre une décision définitive.

□ La déclaration de renseignements du conseiller important

Un conseiller important¹²⁸ doit transmettre une déclaration de renseignements complète à l'égard d'une opération soumise à une obligation de déclaration, laquelle doit être produite au plus tard le dernier jour du mois suivant la fin du trimestre durant lequel le conseiller est devenu un conseiller important à l'égard de cette opération. Cette déclaration doit décrire, notamment, l'opération ainsi que les avantages fiscaux attendus de celle-ci¹²⁹.

L'administration fiscale émet alors un numéro d'enregistrement relativement à l'opération ainsi divulguée. Le conseiller important doit transmettre ce numéro aux contribuables visés par l'opération au moment où elle est conclue ou, si elle a été conclue avant la réception du numéro d'enregistrement, dans les 60 jours de la date de la mise à la poste d'un tel numéro.

¹²⁷ De façon sommaire, une société S est une société américaine ayant au plus 100 actionnaires qui sont des particuliers résidant aux États-Unis ou, sous certaines conditions, des fiducies ou organismes exemptés d'impôt, dont le capital-actions ne comprend qu'une seule catégorie d'actions et qui fait le choix d'être considérée comme une société S. Lorsqu'une société fait le choix d'être considérée comme une société S, ses revenus sont imposés entre les mains des actionnaires au fur et à mesure qu'ils sont gagnés.

¹²⁸ De façon sommaire, un conseiller important est une personne qui fournit de façon importante de l'aide, de l'assistance ou des conseils relativement à l'organisation, la gestion, la promotion, la vente ou la mise en œuvre d'une opération soumise à une obligation de déclaration et qui en tire, directement ou indirectement, un revenu brut excédant 50 000 USD lorsqu'il s'agit d'une opération dont les avantages fiscaux sont attribués à un particulier ou 250 000 USD dans le cas où ils sont attribués à une société, à une fiducie ou à une société de personnes. À l'égard d'une opération répertoriée ou d'une opération digne d'attention, les seuils du revenu brut sont respectivement de 10 000 USD et de 25 000 USD.

¹²⁹ Afin d'être considérée complète, la déclaration de renseignements doit : a) décrire le traitement fiscal attendu et les avantages fiscaux potentiels attendus de l'opération, b) décrire toute garantie quant au résultat fiscal relatif à l'opération, c) identifier et décrire l'opération de façon suffisamment détaillée pour permettre à l'IRS d'en comprendre la structure et d) identifier tout autre conseiller important ayant agi à ce titre à l'égard de l'opération.

❑ Les sanctions prévues en cas de défaut

Le contribuable qui ne divulgue pas une opération soumise à une obligation de déclaration, autre qu'une opération répertoriée, est assujetti à une pénalité de 10 000 USD s'il est un particulier, et de 50 000 USD dans les autres cas; ces pénalités sont respectivement de 100 000 USD et de 200 000 USD à l'égard d'une opération répertoriée¹³⁰.

De plus, un contribuable peut être assujetti à une pénalité de 20 % du montant d'impôt sous-estimé lorsque cette sous-estimation est attribuable à une opération répertoriée ou à une autre opération soumise à une obligation de déclaration si, dans ce dernier cas, l'évitement fiscal constituait un des objets significatifs d'une telle opération¹³¹. La pénalité sera haussée à 30 % du montant de l'impôt sous-estimé lorsque le contribuable ne divulgue pas les faits exacts relatifs au traitement fiscal de l'élément ayant fait l'objet d'une sous-estimation.

Un conseiller important qui ne produit pas la déclaration de renseignements est assujetti à une pénalité de 50 000 USD à l'égard de toute opération autre qu'une opération répertoriée. L'omission de produire la déclaration de renseignements à l'égard d'une opération répertoriée peut entraîner l'application d'une pénalité égale au plus élevé de 200 000 USD ou de 50 % du revenu brut, tiré par le conseiller important, de la mise en œuvre de l'opération répertoriée¹³².

De plus, un conseiller important doit maintenir un registre pour chaque transaction soumise à une obligation de déclaration¹³³. Afin d'éviter toute pénalité, le conseiller important doit rendre ce registre disponible sur demande écrite, et ce, dans un délai de 20 jours ouvrables suivant la date de la demande¹³⁴.

¹³⁰ Une société ouverte devra indiquer ces pénalités dans la déclaration qu'elle soumet à la Security and Exchange Commission. Une pénalité peut être annulée par le Commissaire de l'IRS, sauf lorsqu'elle est calculée à l'égard d'une opération répertoriée.

¹³¹ Un contribuable peut toutefois se soustraire à cette pénalité s'il démontre qu'il est de bonne foi, qu'il a divulgué les faits exacts quant à l'opération visée par les règles de divulgation, qu'il s'est appuyé sur des sources juridiques ou administratives reconnues afin de réclamer des avantages fiscaux et qu'il pouvait raisonnablement être d'avis que le traitement fiscal réclamé était conforme à la loi ou à la jurisprudence selon la prépondérance des probabilités. À cet égard, de façon générale, le contribuable ne peut se fonder sur l'avis de son conseiller important s'il a participé à l'organisation, la gestion, la promotion ou la vente de l'opération ou sur l'avis d'un conseiller fiscal dont la rémunération dépend, en tout ou en partie, de l'avantage fiscal attendu de l'opération. Il y a lieu de souligner que cette pénalité relative aux opérations soumises à une obligation de déclaration s'applique en lieu et place de la pénalité générale pour sous-estimation substantielle de l'impôt.

¹³² Le taux est porté à 75 % dans le cas d'une omission volontaire. La pénalité peut être annulée par le Commissaire de l'IRS, sauf lorsqu'elle est établie à l'égard d'une opération répertoriée.

¹³³ Ce registre doit notamment identifier toutes les personnes pour lesquelles le conseiller a agi à titre de conseiller important, le montant investi dans chaque transaction, la date à laquelle le contribuable a effectué l'opération et une description détaillée du traitement fiscal attendu.

¹³⁴ La pénalité applicable est alors de 10 000 USD pour chaque journée d'infraction suivant le délai de 20 jours. Un conseiller important peut toutefois se soustraire à cette pénalité si le défaut est justifié par des motifs raisonnables.

3.1.2 Le régime britannique

Afin de faciliter l'identification des opérations présentant un risque d'évitement, la législation fiscale britannique a instauré, en 2004, un mécanisme de détection hâtive à l'égard de deux types d'arrangements, soit les arrangements relatifs à un emploi et les arrangements relatifs à des produits financiers, pour l'application de l'impôt sur le revenu, de l'impôt des sociétés et de l'impôt sur les gains en capital. Un mécanisme distinct a également alors été instauré à l'égard de la taxe sur la valeur ajoutée.

En 2005, le régime de divulgation a été élargi à la taxe sur les droits de timbre à l'égard d'arrangements relatifs à des propriétés commerciales dont la valeur marchande est égale ou supérieure à 5 millions GBP.

En 2006, les règles de divulgation ont été substantiellement modifiées afin de ne plus limiter leur application aux seuls arrangements portant sur des produits financiers ou relatifs à un emploi.

Enfin, en 2007, le régime de divulgation a été étendu aux contributions au régime de sécurité sociale¹³⁵.

Les règles de divulgation britanniques¹³⁶ s'appliquent avant tout au promoteur d'un arrangement prescrit et, dans certaines circonstances, à l'utilisateur d'un tel arrangement.

□ Les arrangements visés

Un arrangement comprend un mécanisme, une opération ou une série d'opérations. Un arrangement doit être divulgué lorsqu'il permet, ou pourrait permettre, à une personne d'obtenir un avantage fiscal, que cet avantage fiscal constitue le principal avantage ou l'un des principaux avantages découlant de l'arrangement, et que l'arrangement est un arrangement prescrit.

¹³⁵ Seuls les éléments ou les caractéristiques applicables aux arrangements visés par l'impôt sur le revenu, l'impôt des sociétés et l'impôt sur les gains en capital seront traités dans cette section.

¹³⁶ Pour les dispositions législatives et réglementaires traitant des règles de divulgation britanniques, voir *Finance Act 2004* (R-U), 2004, c. 12 (art. 306 à 319), *Finance Act 2007* (R-U), 2007, c. 11 (art. 108), *Finance Act 2008* (R-U), 2008, c. 9 (art. 116 et annexe 38), *Taxes Management Act 1970* (R-U), 1970, c. 9 (art. 98C, 100 et 100C), *The Tax Avoidance Schemes (Information)*, Regulations 2004 (SI 2004/1864), Regulations 2005 (SI 2005/1869), Regulations 2006 (SI 2006/1544), Regulations 2007 (SI 2007/2153 et SI 2007/3103), Regulations 2008 (SI 2008/1947), *The Tax Avoidance Schemes (Prescribed Descriptions of Arrangements)*, Regulations 2006 (SI 2006/1543), *The Tax Avoidance Schemes (Promoters and Prescribed Circumstances)*, Regulations 2004 (SI 2004/1865 et SI 2004/2613) et *The Tax Avoidance Schemes (Penalty)* Regulations 2007 (SI 2007/3104).

Les arrangements prescrits sont regroupés dans sept catégories :

- un arrangement pour lequel il est raisonnable de croire que le promoteur désire préserver la confidentialité des modalités de l'arrangement procurant un avantage fiscal face à d'autres promoteurs, ou face à l'administration fiscale si, dans ce dernier cas, la confidentialité est motivée par le désir d'en faciliter l'utilisation répétée ou continue dans le futur;
- un arrangement dont les avantages fiscaux sont tributaires, à un degré plus qu'accessoire, d'un instrument financier dont le promoteur ou une personne à laquelle il est lié est partie prenante et dont la valeur diffère de façon significative de la valeur, sur le marché libre, d'instruments financiers similaires;
- un arrangement qui constitue un produit fiscal standardisé, soit un arrangement mis en place par un promoteur pour plusieurs contribuables en utilisant des documents uniformes ou presque et pour lequel un observateur averti ayant étudié l'arrangement pourrait conclure que l'objet principal de l'arrangement consiste à conférer un avantage fiscal aux contribuables;
- un arrangement mis en place par un promoteur pour plus d'un individu et pour lequel un observateur averti ayant étudié l'arrangement pourrait conclure que son avantage principal est de permettre la déduction de pertes;
- un arrangement pour lequel il est raisonnable de croire qu'un promoteur, ou une personne à laquelle il est lié, pourrait recevoir d'une personne, habituée à recevoir des services de la nature de ceux offerts par le promoteur, une commission calculée en fonction de la valeur des avantages fiscaux attendus ou tributaire de l'obtention de tels avantages;
- un arrangement relatif à une opération de location de bâtiment ou d'équipement d'une valeur supérieure à certains seuils¹³⁷, pour une durée supérieure à deux ans et qui remplit l'une des conditions suivantes :
 - une entité non assujettie à l'impôt sur le revenu des sociétés est une partie contractante à la location;
 - le locateur n'assume, en pratique, aucun risque financier en cas de défaut de paiement de la part du locataire;
 - l'arrangement consiste en un arrangement de cession-bail ou de financement par bail et rétrocession;

¹³⁷ Afin d'être visé par les règles de divulgation, l'actif loué doit avoir un coût de location ou une valeur marchande (le moindre des deux montants) d'au moins 10 millions GBP ou le total du coût des actifs loués ou de leur valeur marchande (le moindre des deux montants) doit être égal ou supérieur à 25 millions GBP.

- un arrangement conçu pour des fins internes et pour lequel il n’y a pas de promoteur, dont l'utilisateur est une entreprise, autre qu'une petite ou moyenne entreprise¹³⁸, qui désire préserver, face à l'administration fiscale, la confidentialité des modalités de l'arrangement procurant un avantage fiscal, si la confidentialité est motivée par le désir d'en faciliter l'utilisation répétée ou continue dans le futur.

De plus, lorsqu'ils sont également conçus pour des fins internes et que, par conséquent, aucun promoteur n'est impliqué, les arrangements relatifs à la location de biens et ceux prévoyant une commission tributaire de l'obtention d'un avantage fiscal ne constituent des arrangements prescrits que si leur utilisateur n'est pas un individu ou une petite ou moyenne entreprise.

Bien que les règles britanniques comportent certaines similitudes avec les règles américaines, notamment, à l'égard des arrangements comportant un caractère confidentiel ou pour lesquels un promoteur pourrait recevoir une commission dépendant de la valeur des avantages fiscaux attendus, elles s'en distinguent, d'une part, en exigeant la présence d'un avantage fiscal qui constitue un avantage principal de l'arrangement et, d'autre part, en excluant les petites et moyennes entreprises à l'égard des arrangements conçus pour des fins internes.

□ Le promoteur de l'arrangement

Le promoteur d'un arrangement prescrit est visé par les règles de divulgation lorsqu'il est responsable, à quelque degré que ce soit, de la conception ou de la réalisation d'un tel arrangement prêt à être mis en œuvre par une ou plusieurs personnes. Toutefois, afin d'être ainsi assujéti à ces règles, le promoteur doit être une personne impliquée dans la prestation de services fiscaux (avocat, comptable), de services bancaires ou de services de courtage¹³⁹.

De façon sommaire, la divulgation doit indiquer la disposition réglementaire en vertu de laquelle l'arrangement constitue un arrangement prescrit, expliquer chaque élément de l'arrangement (incluant la façon dont il est structuré) et mentionner les dispositions fiscales sur lesquelles l'avantage fiscal qu'il comporte est basé.

¹³⁸ De façon sommaire, une petite ou moyenne entreprise est une entreprise qui a moins de 250 employés et soit réalise un chiffre d'affaires qui n'excède pas 50 millions EUR, soit a un bilan annuel total n'excédant pas 43 millions EUR.

¹³⁹ Une personne n'est pas considérée comme un promoteur lorsqu'elle respecte l'un ou l'autre des trois tests suivants : elle n'est impliquée dans la conception d'aucun élément de l'arrangement ou, si elle est impliquée, elle ne donne aucun avis fiscal à cet égard ou n'a pas suffisamment d'informations pour lui permettre d'établir que l'arrangement doit être divulgué.

Le promoteur doit transmettre la déclaration prescrite dans les cinq jours suivant celui où l'arrangement devient disponible pour implantation par une autre personne ou celui où le promoteur prend connaissance pour la première fois de la réalisation d'une des transactions faisant partie de l'arrangement, selon la plus hâtive de ces dates.

Dans les 30 jours suivant la réception de la déclaration, l'administration fiscale octroie un numéro d'enregistrement au promoteur. Ce dernier doit alors communiquer ce numéro d'enregistrement à tout contribuable qui utilise l'arrangement, et ce, au plus tard dans les 30 jours suivant celui où un tel numéro lui a été transmis.

□ L'utilisateur de l'arrangement

Dans certaines circonstances, il appartient à l'utilisateur de l'arrangement de divulguer les informations requises à l'administration fiscale. Ainsi, lorsque l'arrangement a été mis en œuvre par un contribuable pour son propre usage, l'administration fiscale doit être notifiée dans les 30 jours suivant celui de la réalisation de la première transaction relative à l'arrangement.

Il incombe également à l'utilisateur d'un arrangement d'en divulguer les modalités à l'administration fiscale lorsque le secret professionnel¹⁴⁰ s'applique et qu'aucun promoteur non assujéti au secret professionnel ne produit la déclaration ou lorsque le promoteur ne réside pas au Royaume-Uni et qu'il ne divulgue pas l'arrangement. La divulgation doit alors être effectuée dans les cinq jours suivant celui de la réalisation de la première transaction relative à l'arrangement.

□ Les sanctions prévues en cas de défaut

Le promoteur ou le contribuable qui ne produit pas la déclaration requise dans le délai prévu et dans la forme prescrite encourt une pénalité initiale de 5 000 GBP. Une pénalité de 600 GBP peut être imposée pour chaque jour de retard suivant celui où la pénalité initiale est appliquée¹⁴¹.

Le contribuable qui ne présente pas son numéro d'enregistrement sur la déclaration fiscale visée par l'arrangement encourt une pénalité de 100 GBP. Cette pénalité peut atteindre 500 GBP ou 1 000 GBP lorsque le contribuable a déjà fait défaut de produire un tel numéro à l'égard d'un autre arrangement, et ce, dans les 36 mois précédant cette récidive. Le promoteur et le contribuable peuvent faire appel de la pénalité.

¹⁴⁰ Il s'agit ici du privilège du secret professionnel réservé aux avocats.

¹⁴¹ Cette pénalité s'applique également lorsque le promoteur omet de fournir le numéro d'enregistrement aux utilisateurs de l'arrangement ou de fournir des renseignements à l'administration fiscale. La pénalité doit être imposée par un tribunal administratif.

L'administration fiscale peut demander à un promoteur de fournir certains renseignements lorsqu'elle a des motifs raisonnables de croire que le promoteur aurait dû produire une déclaration. Elle a aussi le pouvoir d'exiger du promoteur de justifier les motifs pour lesquels il considère que les avantages fiscaux de l'arrangement visé par la demande ne représentent pas le principal avantage de cet arrangement, la méthode utilisée afin de mesurer le poids relatif des différents avantages attendus de l'arrangement, les motifs pour lesquels l'arrangement désigné ne s'assimile pas à un arrangement prescrit et les motifs pour lesquels le promoteur est d'avis qu'il n'est pas assujéti aux règles de divulgation. Dans le cas où elle n'est pas satisfaite des réponses obtenues, l'administration fiscale peut demander à un tribunal d'ordonner la production d'une déclaration. Le promoteur qui ne respecte pas une telle ordonnance encourt une pénalité de 5 000 GBP pour chaque jour de défaut.

3.2 Une stratégie de répression : la RGAE, les pénalités et la période de prescription

La RGAE est un outil législatif qui peut être utilisé par une administration fiscale afin d'annuler les effets fiscaux d'un stratagème d'évitement. Ainsi, à l'instar du Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Irlande ont intégré une RGAE dans leur législation fiscale.

Cette sous-section aborde la RGAE applicable dans chacun de ces trois pays ainsi que deux éléments liés à son application, soit l'imposition de pénalités et la période de prescription. À cet égard, un nouvel élément dissuasif utilisé par l'administration australienne sera également examiné, soit le régime de pénalités à l'égard des promoteurs de dispositifs d'exploitation fiscale.

3.2.1 Le régime australien

□ La RGAE australienne

De façon sommaire, la RGAE australienne¹⁴² s'applique à un dispositif¹⁴³ qui répond à deux critères :

- le contribuable en a tiré un avantage fiscal¹⁴⁴ qui n'aurait pas été disponible si le dispositif n'avait pas été mis en œuvre;
- à la lumière de critères objectifs, il serait raisonnable de conclure que l'objet dominant poursuivi par le contribuable ou une autre personne, dans la participation ou la réalisation du dispositif, était l'obtention d'un avantage fiscal pour le contribuable.

La détermination doit s'effectuer à partir de huit critères qui peuvent en fait être regroupés sous trois catégories : la façon dont le dispositif a été mis en œuvre, les impacts en découlant et la nature des relations entre le contribuable et les autres personnes impliquées dans le dispositif. Ces critères sont les suivants :

- la façon dont le dispositif a été réalisé;
- sa forme et sa substance;
- le moment où il a été mis en œuvre ainsi que sa durée;
- le résultat fiscal qui serait obtenu d'un tel dispositif en faisant abstraction de l'application de la RGAE;
- toute modification de la situation financière du contribuable qui a résulté, résultera ou pourrait raisonnablement résulter du dispositif;
- toute modification à la situation financière de toute personne ayant ou ayant eu un lien avec le contribuable (lien familial, d'affaires ou autre) lorsque la modification a résulté, résultera ou pourrait raisonnablement résulter du dispositif;

¹⁴² Le régime fiscal australien comporte trois RGAE. Toutefois, pour les fins de cette analyse, les RGAE prévues au *Fringe Benefits Tax Assessment Act 1986* et dans *A New Tax System (Goods and Services Tax) Act 1999* ne seront pas considérées. Pour les dispositions législatives australiennes relatives à la RGAE (impôt sur le revenu), voir l'*Income Tax Assessment Act 1936* (Cth.) (art. 170 et 177A à 177G) et le *Taxation Administration Act 1953* (Cth.) (Annexe 1, divisions 284 et 298).

¹⁴³ Un dispositif signifie tout contrat, arrangement, entente, promesse ou garantie, exprès ou tacite, pouvant ou non être exécutoire ainsi que tout plan, proposition, action ou plan d'action.

¹⁴⁴ Un avantage fiscal désigne un montant qui n'est pas inclus dans le calcul du revenu, une déduction accordée dans le calcul du revenu, une perte en capital ou une réduction pour impôt étranger, avantage dont il est raisonnable de croire que le contribuable n'aurait pu bénéficier en l'absence du dispositif. Les avantages fiscaux découlant de l'exercice d'un choix expressément prévu par la législation ne sont pas visés par la RGAE.

- toute autre conséquence pour le contribuable ou une personne ayant ou ayant eu un lien avec ce dernier et résultant de la mise en œuvre ou de la réalisation du dispositif;
- la nature du lien (familial, d'affaires ou autre) entre le contribuable et l'autre personne concernée.

Lorsque la RGAE australienne s'applique, l'administration fiscale peut refuser à un contribuable l'avantage fiscal découlant du dispositif.

❑ La pénalité associée à l'application de la RGAE et la période de prescription

Lorsque la RGAE s'applique pour annuler un avantage fiscal, le contribuable est assujéti à une pénalité de 50 % du montant d'impôt attribuable à un tel avantage. Cette pénalité est réduite à 25 % du montant d'impôt attribuable à l'avantage fiscal s'il peut être raisonnablement soutenu que la RGAE aurait pu ne pas s'appliquer. Ce test est respecté lorsque, en tenant compte des sources reconnues¹⁴⁵, il pourrait être raisonnablement conclu que la position du contribuable avait presque autant de chance ou plus de chance d'être considérée comme conforme à la législation que celle de l'administration fiscale.

Cette pénalité peut être augmentée ou diminuée dans certaines circonstances. Ainsi, elle peut être augmentée par l'administration fiscale lorsque le contribuable a posé des gestes en vue d'empêcher que l'administration ne découvre le montant de l'avantage fiscal. Elle peut être diminuée lorsque le contribuable a fait une divulgation volontaire concernant le dispositif. De plus, l'administration fiscale peut, à sa discrétion, réduire ou annuler cette pénalité comme toute autre pénalité¹⁴⁶.

Enfin, en matière d'évitement fiscal, la période de prescription est de quatre ans¹⁴⁷. La période normale de prescription est de deux ans pour les particuliers n'exploitant pas d'entreprise et pour les contribuables qui exploitent une petite entreprise¹⁴⁸. Elle est généralement de quatre ans pour les autres contribuables.

¹⁴⁵ Les sources reconnues comprennent une loi fiscale, tout document permettant de clarifier la portée de la loi et d'éviter un résultat déraisonnable, la jurisprudence (australienne ou étrangère) et les décisions émises par l'Australian Taxation Office (ATO).

¹⁴⁶ Rachel Anne Tooma, *Legislating Against Tax Avoidance*, Amsterdam, IBFD, 2008, p. 158.

¹⁴⁷ Il n'y a aucune période de prescription dans les cas d'évasion ou lorsque certaines dispositions fiscales sont invoquées.

¹⁴⁸ De façon sommaire, une petite entreprise est celle dont le chiffre d'affaires total est inférieur à 2 millions AUD en considérant le chiffre d'affaires des entités liées ou affiliées.

❑ La pénalité applicable aux promoteurs d'un dispositif d'exploitation fiscale

Contrairement aux régimes américain et britannique, le régime fiscal australien ne prévoit pas de règles de divulgation à l'égard d'arrangements conçus par les promoteurs. Toutefois, afin de décourager la promotion de dispositifs d'exploitation fiscale, l'administration fiscale australienne a instauré un régime de pénalités qui s'applique aux promoteurs de tels dispositifs.

Ce nouveau régime, entré en vigueur le 6 avril 2006, vise deux situations particulières :

- celle où une entité adopte un comportement l'amenant ou amenant une autre entité à être un promoteur d'un dispositif d'exploitation fiscale;
- celle où une entité adopte un comportement qui a pour effet qu'un dispositif fait l'objet de promotion en invoquant sa conformité à une décision sur un produit rendue par l'autorité fiscale, alors qu'il est appliqué de façon sensiblement différente de celle présentée dans ladite décision¹⁴⁹.

Une entité, y compris une personne physique, est un promoteur d'un dispositif d'exploitation fiscale si, à la fois :

- l'entité commercialise le dispositif ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'il suscite;
- l'entité (ou une entité avec laquelle elle est associée) reçoit, directement ou indirectement, une contrepartie pour sa commercialisation ou son soutien;
- il est raisonnable de conclure que l'entité a exercé un rôle important dans cette commercialisation ou ce soutien¹⁵⁰.

De façon sommaire, un dispositif est un dispositif d'exploitation fiscale s'il est raisonnable de conclure que l'entité qui met en œuvre ce dispositif le fait avec pour seul ou pour principal objectif que soit obtenu un avantage fiscal et qu'il ne peut être raisonnablement soutenu qu'un tel avantage peut être obtenu en vertu de la législation fiscale. Un dispositif d'exploitation fiscale peut constituer de l'évitement fiscal ou de l'évasion fiscale, suivant les circonstances.

¹⁴⁹ L'ATO a instauré un système de décisions sur un produit en 1998. En vertu de ce système, un intermédiaire fiscal peut demander à l'ATO d'émettre une décision sur un montage destiné à être commercialisé auprès de plusieurs utilisateurs.

¹⁵⁰ Une entité n'est toutefois pas considérée comme un promoteur du simple fait qu'elle fournit des conseils sur le dispositif. De même, un employé ne sera pas considéré avoir exercé un rôle important dans la commercialisation du dispositif du simple fait qu'il distribue du matériel préparé par une autre entité.

Trois types de mesures peuvent être prises envers un promoteur d'un dispositif d'exploitation fiscale et, dans le choix de la mesure à prendre, la conduite passée du promoteur en matière d'observation, son degré de coopération avec les autorités fiscales ainsi que les pertes et les dommages subis par les participants sont quelques-uns des critères considérés.

D'abord, l'administration fiscale peut accepter un engagement du promoteur lorsque celui-ci est disposé, entre autres, à fournir une déclaration complète à l'égard de ses activités et à corriger sa conduite en remboursant les participants au dispositif.

Lorsque l'administration fiscale considère que l'engagement aurait peu de chance d'être respecté compte tenu de la conduite passée du promoteur en matière d'observation ou dans la promotion d'autres dispositifs d'exploitation fiscale, elle peut alors demander à la Cour fédérale d'Australie d'émettre une injonction dans le but d'interrompre la mise en œuvre ou la promotion du dispositif ou de remédier à une violation apparente de la loi.

Enfin, l'administration fiscale peut demander à la Cour fédérale d'Australie de considérer l'application d'une pénalité. Le montant maximal de la pénalité qui peut être ainsi appliquée est le plus élevé de deux montants, soit :

- 5 000 ou 25 000 unités (soit actuellement 550 000 AUD ou 2 750 000 AUD) selon que le promoteur est une personne physique ou une personne morale; ou
- deux fois le montant reçu ou à recevoir par le promoteur en relation avec le dispositif d'exploitation fiscale.

La Cour fédérale d'Australie n'imposera pas de pénalité au promoteur s'il établit, à la satisfaction de la Cour :

- que la conduite justifiant la demande de l'administration fiscale résulte d'une erreur raisonnable de fait; ou
- que cette conduite résulte d'un acte ou du défaut d'une autre entité (à l'exclusion de l'employé ou du mandataire de l'employeur), d'un cas fortuit ou d'une autre cause hors du contrôle du promoteur et qu'il a fait preuve de diligence raisonnable pour éviter cette conduite.

L'administration fiscale ne peut demander l'imposition d'une pénalité au promoteur plus de quatre ans après qu'il ait agi pour la dernière fois à titre de promoteur du dispositif d'exploitation fiscale concerné, sauf si ce dispositif constitue de l'évasion fiscale. Dans ce dernier cas, aucune limite de temps ne s'applique.

3.2.2 Le régime néo-zélandais

□ La RGAE néo-zélandaise

Selon la législation fiscale néo-zélandaise¹⁵¹, un arrangement d'évitement fiscal est considéré nul pour l'application de l'impôt sur le revenu et, par conséquent, l'administration fiscale peut neutraliser l'avantage fiscal obtenu d'un tel arrangement.

Un arrangement d'évitement fiscal désigne un arrangement¹⁵², contracté ou non par la personne visée par l'arrangement, qui, directement ou indirectement :

- a pour objet ou pour effet l'évitement fiscal; ou
- dont l'un des objets ou effets est l'évitement fiscal, et ce, que l'un des objets ou effets soit attribuable ou non à des affaires commerciales ou familiales ordinaires, sauf si l'objet ou l'effet d'évitement fiscal n'est seulement qu'accessoire.

La notion d'évitement fiscal n'est pas définie de façon exhaustive. Elle comprend :

- la modification, directement ou indirectement, de l'incidence de tout impôt sur le revenu;
- le fait de soustraire, directement ou indirectement, une personne de la responsabilité de payer l'impôt sur le revenu ou de la responsabilité potentielle ou à venir de payer l'impôt sur le revenu futur;
- l'évitement, le report ou la réduction, directement ou indirectement, de la responsabilité de payer l'impôt sur le revenu ou de la responsabilité potentielle ou à venir de payer l'impôt sur le revenu futur.

¹⁵¹ Pour les dispositions législatives relatives à la RGAE néo-zélandaise, voir l'*Income Tax Act 2007* (sections BG 1 et GA 1).

¹⁵² Un arrangement signifie un accord, un contrat, un plan ou une entente, pouvant ou non être exécutoire, incluant toute étape ou transaction par laquelle il est mis en œuvre.

❑ La pénalité associée à l'application de la RGAE et la période de prescription

Un contribuable qui utilise un arrangement d'évitement fiscal est assujéti à une pénalité pouvant atteindre 100 % du montant d'impôt attribuable à l'avantage fiscal obtenu¹⁵³.

La pénalité sera de 100 % lorsque la position défendue par le contribuable est une position fiscale abusive, soit celle basée sur une position fiscale inacceptable et dont le principal objet est l'évitement fiscal. Un contribuable prend une position fiscale inacceptable¹⁵⁴ lorsque, de façon objective, sa position, au moment où il la prend, n'a pas presque autant de chance d'être considérée conforme à la législation que celle de l'administration fiscale.

La législation néo-zélandaise prévoit diverses situations où les pénalités peuvent être réduites. Ainsi, une pénalité pourra être réduite de 50 % lorsque le contribuable visé n'a pas été assujéti à une pénalité dans les quatre dernières années.

De même, la pénalité de 100 % pourra être réduite de 75 % si le contribuable fait une divulgation volontaire avant qu'il ne soit avisé qu'une vérification sera entreprise, ou de 40 % si la divulgation survient après cet avis mais avant le début de la vérification.

Enfin, la pénalité de 100 % sera réduite à 20 % lorsque le contribuable participe à un arrangement pour lequel un promoteur est assujéti à une pénalité¹⁵⁵.

Par ailleurs, il n'y a pas de disposition particulière quant à la période de prescription applicable en matière d'évitement fiscal. Ainsi, l'administration fiscale ne peut exercer son pouvoir de cotisation qu'à l'intérieur du délai de prescription de quatre ans.

¹⁵³ Le régime néo-zélandais prévoit cinq catégories de pénalités, soit la pénalité attribuable à l'absence de diligence raisonnable (taux de 20 %), à une position fiscale inacceptable (taux de 20 %), à la négligence flagrante (taux de 40 %), à une position fiscale abusive (taux de 100 %) et à l'évasion (taux de 150 %). Les dispositions relatives aux pénalités sont regroupées dans le *Tax Administration Act 1994*, Partie 9 (voir notamment les articles 141, 141A, 141B, 141C, 141D, 141EB, 141FB et 141G).

¹⁵⁴ Une position fiscale inacceptable peut entraîner une pénalité de 20 % si l'impôt sous-estimé est supérieur à la fois à 50 000 NZD et à 1 % de l'impôt total du contribuable pour la période de déclaration concernée.

¹⁵⁵ Afin que cette réduction s'applique, le montant d'impôt attribuable à l'avantage fiscal obtenu par le contribuable et les personnes qui lui sont affiliées doit être inférieur à 50 000 NZD, et le contribuable doit présenter une opinion indépendante selon laquelle sa position fiscale n'est pas abusive.

□ Le promoteur

Un promoteur sera assujéti à une pénalité lorsqu'il offre, vend ou fait la promotion d'un arrangement à dix personnes ou plus à l'égard d'une année d'imposition et qu'un tel arrangement constitue une position fiscale abusive. Cette pénalité est actuellement calculée selon un taux de 39 % applicable sur le total des avantages fiscaux qu'auraient pu obtenir les investisseurs.

3.2.3 Le régime irlandais

□ La RGAE irlandaise

La RGAE irlandaise a été instaurée en 1989. Ainsi, selon la législation actuelle, une opération est une opération d'évitement lorsque, compte tenu des résultats de l'opération, de son utilisation comme moyen en vue d'atteindre ces résultats et de tout autre moyen qui aurait permis d'atteindre ces résultats ou une partie de ceux-ci, les commissaires du Revenu sont d'avis qu'elle donne droit à un avantage fiscal et qu'elle n'a pas été entreprise principalement pour des objets autres que celui de procurer un avantage fiscal¹⁵⁶.

À cette fin, les commissaires du Revenu doivent tenir compte :

- de la forme de l'opération;
- de la substance de l'opération;
- de la substance de toute autre opération à laquelle l'opération peut raisonnablement être considérée comme étant directement ou indirectement reliée ou rattachée;
- du résultat final de l'opération et de toute combinaison des autres opérations reliées ou rattachées à celle-ci.

Toutefois, et ce, bien que l'objet de l'opération aurait pu être atteint par une autre opération qui aurait entraîné un fardeau fiscal plus élevé, les commissaires doivent conclure qu'une opération n'est pas une opération d'évitement lorsqu'ils considèrent qu'elle a été effectuée pour un objet commercial dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise du contribuable et qu'elle n'a pas été réalisée principalement pour l'obtention d'un avantage fiscal. De même, une opération ne sera pas considérée être une opération d'évitement lorsqu'elle a été effectuée dans le but de profiter d'un allégement, d'une allocation ou d'un abattement prévu par une disposition législative et qu'elle n'entraîne pas, directement ou indirectement, un abus de cette disposition en tenant compte des objets pour lesquels elle a été prévue.

¹⁵⁶ Pour les dispositions législatives relatives à la RGAE irlandaise, voir le *Taxes Consolidation Act 1997* (art. 811 et 811A).

Lorsqu'elle considère qu'une opération est une opération d'évitement, l'administration fiscale émet un avis écrit au contribuable concerné. Le contribuable peut alors s'opposer à cet avis auprès des commissaires d'Appel et des tribunaux¹⁵⁷.

☐ La surcharge associée à l'application de la RGAE et la période de prescription

Jusqu'à tout récemment, la législation irlandaise ne prévoyait aucune sanction monétaire lors de l'application de la RGAE. Toutefois, en 2006, deux modifications ont été apportées à la législation fiscale afin d'inciter les contribuables à divulguer les informations relatives aux opérations pouvant potentiellement être considérées, par l'administration fiscale, comme des opérations d'évitement.

Tout d'abord, il a été annoncé qu'une surcharge de 10 % serait appliquée sur l'impôt attribuable à une opération d'évitement. En même temps, un mécanisme de déclaration préventive a été instauré afin de permettre à un contribuable qui produit une telle déclaration, dans les 90 jours suivant le début de la réalisation d'une opération susceptible d'être considérée comme une opération d'évitement, d'éviter l'application d'une telle surcharge ainsi que l'application des intérêts dans l'hypothèse où il serait éventuellement déterminé que l'opération était effectivement une opération d'évitement.

Or, l'administration fiscale ayant reçu peu de déclarations préventives, des modifications ont été apportées en 2008 aux règles relatives à la déclaration préventive, au taux de la surcharge et au critère applicable en cas d'appel du contribuable.

Ainsi, le fait de produire une déclaration préventive limite la période pendant laquelle l'administration fiscale peut donner son avis sur l'opération d'évitement. En effet, dans un tel cas, l'administration fiscale dispose d'un délai de deux ans suivant le jour où une déclaration préventive complète est produite pour donner un tel avis. En l'absence d'une déclaration préventive, l'administration fiscale peut donner son avis sur l'opération à n'importe quel moment¹⁵⁸.

De plus, la surcharge qui peut être appliquée à l'égard d'une opération d'évitement qui n'a pas fait l'objet d'une déclaration préventive est passée de 10 % à 20 %.

¹⁵⁷ Ces instances pourront confirmer partiellement ou entièrement l'avis des commissaires du Revenu selon lequel l'opération est une opération d'évitement ou rejeter cet avis.

¹⁵⁸ À noter que la période normale de prescription est de quatre ans (par. 955(2) du *Taxes Consolidation Act 1997*).

Par ailleurs, si la déclaration préventive n'est pas produite, le rôle des commissaires d'Appel et des tribunaux, à l'égard de l'opération faisant l'objet d'un avis de l'administration fiscale, sera de déterminer s'il y a des motifs pour lesquels cette opération peut raisonnablement être considérée comme une opération d'évitement alors que, dans le cas où la déclaration préventive aurait été produite, ce rôle sera d'établir si l'opération est effectivement une opération d'évitement.

3.3 Les constats

Au cours des dernières années, le Royaume-Uni, l'Afrique du Sud et le Portugal¹⁵⁹ ont mis en place un régime de divulgation hâtive, alors que les États-Unis ont substantiellement modifié les conditions d'application de leur régime instauré en 1984. Comme ils permettent d'obtenir rapidement des informations sur les transactions comportant un risque d'évitement, ces mécanismes de divulgation réduisent sensiblement le temps nécessaire aux administrations fiscales pour répondre aux dispositifs de PFA et, par conséquent, peuvent diminuer l'attractivité de la PFA.

À l'instar du Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'Irlande ont intégré une RGAE dans leur régime fiscal. Les législations fiscales australienne et néo-zélandaise se distinguent toutefois du régime fiscal canadien, car elles prévoient également un régime de pénalités à l'égard des contribuables et des promoteurs impliqués dans des opérations d'évitement fiscal, alors que l'administration fiscale irlandaise a choisi une approche visant à influencer plus particulièrement le comportement des contribuables.

L'examen des outils législatifs étrangers permet donc de constater que les interventions portant sur les PFA visent à en dissuader l'utilisation par les contribuables et les promoteurs, en affectant notamment le rapport risque/rendement des PFA et le nouveau modèle d'affaires des intermédiaires fiscaux.

¹⁵⁹ *Supra*, note 121.

4. LES ACTIONS ENVISAGÉES

Dans les sections précédentes, il a été établi qu'un rapport risque/rendement favorable au contribuable et le développement d'un nouveau modèle d'affaires, basé sur la conception et la distribution de produits fiscaux prêts à l'emploi, comptaient parmi les éléments qui influencent le plus la progression des PFA et sur lesquels les autorités fiscales ont la capacité d'agir. Il a également été établi que certaines caractéristiques inhérentes au régime fiscal québécois avaient un impact sur le développement des PFA.

Par ailleurs, il a été mentionné que certains éléments contextuels avaient une influence importante sur la politique fiscale en matière de lutte contre les PFA, notamment le fédéralisme fiscal canadien et le haut degré d'harmonisation des régimes fiscaux provinciaux.

L'examen de la RGAE a permis de constater que plusieurs provinces canadiennes avaient précisé que l'obtention d'un avantage fiscal en vertu d'une loi provinciale ou fédérale ne constituait pas un objet véritable en vue de déterminer si une opération est une opération d'évitement.

L'examen des outils législatifs américains et britanniques en matière de régime de divulgation hâtive révèle que, en plus de la divulgation d'opérations ou d'arrangements précis, ces deux régimes exigent également la divulgation d'opérations réalisées dans un contexte où le contrat entre le contribuable et l'intermédiaire fiscal comporte certains éléments fréquemment associés à des PFA.

L'examen des outils législatifs australiens, néo-zélandais et irlandais permet de constater que l'application de la RGAE peut être renforcée par la mise sur pied d'un régime de pénalités et par l'extension de la période de prescription.

C'est donc dans ce contexte, et sur la base de ces constats, que sont présentées, dans la présente section, les actions envisagées par le ministère des Finances en vue d'améliorer les outils législatifs de détection et de dissuasion à la disposition de l'administration fiscale québécoise dans la lutte contre les PFA.

4.1 Un mécanisme de divulgation hâtive obligatoire

Certains contribuables élaborent des planifications fiscales qui ne correspondent pas à l'objet et à l'esprit de la législation fiscale, mais qui en respectent néanmoins le libellé. Il importe alors à l'administration fiscale de déceler rapidement ce genre de planification afin d'assurer le respect de l'objet et de l'esprit de la législation fiscale. Cependant, une telle célérité est difficilement atteignable dans un régime d'autocotisation.

Dans ce contexte, afin de diminuer l'attractivité des PFA, la législation fiscale pourrait être modifiée de façon à réduire le temps séparant le moment de la mise en œuvre d'une PFA par un contribuable, de celui de l'identification de la PFA par l'administration fiscale.

La législation fiscale québécoise comporte déjà des règles de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux¹⁶⁰. Ces règles s'inscrivent dans un objectif de contrôle et d'observation de la loi et permettent à l'administration fiscale de prendre connaissance plus rapidement des opérations¹⁶¹ prenant la forme d'abris fiscaux.

Ces règles remplissent bien le rôle pour lequel elles ont été instaurées. Aussi, il n'est pas envisagé d'étendre leur portée, car cela impliquerait une modification au concept actuel d'abri fiscal, ce qui occasionnerait inévitablement des disparités avec la législation fiscale fédérale, les deux législations étant généralement harmonisées à ce sujet.

Le mécanisme qu'il conviendrait d'instaurer afin de permettre à l'administration fiscale de détecter rapidement d'autres opérations d'évitement fiscal ne devrait pas porter non plus sur les attributs de telles opérations, comme le font les règles sur les abris fiscaux. Il devrait plutôt porter sur des éléments contextuels de leur mise en œuvre.

4.1.1 Des règles de divulgation hâtive obligatoire adaptées au régime d'imposition québécois

D'autres juridictions fiscales ont élaboré des règles de divulgation hâtive ayant pour but de détecter précocement les opérations d'évitement fiscal¹⁶². Par exemple, dans le cas du Royaume-Uni, ces règles cherchent notamment à déterminer la présence d'un avantage fiscal dans un arrangement prescrit et à déterminer si cet avantage fiscal est le principal ou l'un des principaux avantages de l'arrangement. Dans le cas des États-Unis, une approche ciblant des risques d'évitement fiscal à partir de facteurs circonstanciels et d'opérations répertoriées est favorisée.

¹⁶⁰ La sous-section 2.2.3 en fait une description sommaire.

¹⁶¹ Dans la sous-section 4.1, l'expression « opération » comprend une série d'opérations.

¹⁶² Voir à ce sujet la section 3.

❑ Les approches britannique et américaine

L'approche de divulgation hâtive britannique s'apparente à l'application a priori d'une RGAE. En effet, elle repose sur l'appréciation de la présence d'un avantage fiscal « prédominant » dans un arrangement prescrit et, ce faisant, elle laisse davantage de place à l'interprétation, pouvant ainsi faire l'objet de différends sur l'existence d'un tel avantage fiscal et créer de l'incertitude relativement à l'obligation ou non de faire une divulgation hâtive. Cette approche ne sera donc pas privilégiée pour l'instauration d'une règle de divulgation hâtive.

En ce qui a trait à l'approche américaine, plusieurs catégories d'opérations sont soumises à une obligation de divulgation. Parmi celles-ci, il y a les opérations confidentielles et celles dont la rémunération des services est conditionnelle à la réalisation d'un événement ou à l'obtention d'un résultat. Comme ces deux catégories d'opérations portent sur des comportements souvent associés à des opérations d'évitement fiscal, elles seraient donc ciblées¹⁶³.

En effet, parmi les comportements souvent associés à un dispositif de PFA, on dénote la confidentialité de son existence et l'aspect conditionnel de la rémunération qui est versée à son instigateur ou à son promoteur¹⁶⁴.

■ Les engagements de confidentialité sont souvent présents dans les PFA

La confidentialité d'une opération d'évitement fiscal est exigée dans un contexte où l'instigateur ou le promoteur de l'opération désire maximiser les gains qu'il peut en tirer avant que toute autre personne ne la copie, ou avant que l'administration fiscale ne la découvre et y mette fin au moyen de modifications législatives.

La confidentialité est donc essentiellement motivée par le désir de l'instigateur ou du promoteur de faciliter l'utilisation répétée ou continue de l'opération dans le futur.

■ La rémunération conditionnelle est interdite dans certains cas

L'offre et la demande de PFA peuvent être influencées par le versement d'une rémunération qui est conditionnelle ou proportionnelle à l'avantage fiscal obtenu. Ainsi, un contribuable pourrait être plus enclin à mettre en œuvre une PFA qui lui est proposée par un conseiller s'il n'a à assumer aucun honoraire ou encore s'il doit assumer des honoraires réduits au cas où l'opération qui lui est proposée ne procurerait pas l'avantage fiscal désiré.

¹⁶³ Ces opérations peuvent également constituer des arrangements prescrits pour l'application des règles de divulgation hâtive britanniques.

¹⁶⁴ ÉTATS-UNIS, Department of the Treasury, *The Problem of Corporate Tax Shelters, Discussion, Analysis and Legislative Proposals*, July 1999, p. 11.

Depuis le 26 mars 2008, ce type de rémunération subordonnée à la réalisation d'un événement ou à l'obtention d'un résultat est sévèrement réglementé aux États-Unis à l'égard des professionnels de la fiscalité autorisés à agir auprès de l'IRS¹⁶⁵. En effet, sauf à l'égard de quelques situations, ces derniers ne peuvent convenir d'ententes d'honoraires conditionnels. La prohibition vise particulièrement les services de planification et de consultation, la préparation de la déclaration de revenus, les demandes de remboursement ou de crédits d'impôt, et couvre la plupart des aspects en lien avec l'administration fiscale.

Dans le même ordre d'idées, les législations québécoise et fédérale fournissent un exemple d'une telle prohibition relativement aux activités de lobbying. En effet, la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbying*¹⁶⁶ interdit aux lobbyistes-conseils et aux lobbyistes d'entreprise d'exercer leurs activités moyennant une contrepartie conditionnelle à l'obtention d'un résultat ou subordonnée au degré de succès de leurs activités. La législation fédérale est maintenant au même effet¹⁶⁷. Avant le 2 juillet 2008, la législation fédérale¹⁶⁸ n'interdisait pas les honoraires conditionnels mais exigeait, comme l'exigent encore aujourd'hui les lois de l'Ontario¹⁶⁹, de la Nouvelle-Écosse¹⁷⁰ et de Terre-Neuve-et-Labrador¹⁷¹, qu'un lobbyiste-conseil indique dans sa déclaration si sa rémunération est subordonnée, en tout ou en partie, au degré de succès de ses activités.

Bien que la prohibition de la rémunération subordonnée à la réalisation d'un événement ou à l'obtention d'un résultat ait été instaurée par le gouvernement américain dans certains cas en matière fiscale, et qu'elle ait été aussi instaurée dans les législations québécoise et fédérale relativement aux activités de lobbying, il n'apparaît pas souhaitable, pour le moment, d'introduire une prohibition semblable dans la législation fiscale québécoise puisque cela occasionnerait l'implantation de structures administratives qui encadreraient la pratique de la fiscalité. Comme cette situation irait à l'encontre de l'orientation gouvernementale favorisant l'allégement réglementaire et administratif, l'obligation de divulgation apparaît préférable.

¹⁶⁵ ÉTATS-UNIS, Treasury Department, *Circular* N° 230 (Revised 4-2008), s. 10.27. Pour pouvoir représenter un contribuable devant les autorités fiscales fédérales, un professionnel de la fiscalité doit être accrédité par l'IRS. Il devient ainsi assujéti à un ensemble de normes exposées dans cette circulaire.

¹⁶⁶ L.R.Q., c. T-11.011, art. 26.

¹⁶⁷ *Loi sur le lobbying*, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), c. 44, art. 10.1. Cet article est entré en vigueur le 2 juillet 2008.

¹⁶⁸ *Loi sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), c. 44, al. 5(2)g).

¹⁶⁹ *Loi de 1998 sur l'enregistrement des lobbyistes*, L.O. 1998, c. 27, par. 4(4) (élément 10).

¹⁷⁰ *Lobbyists' Registration Act*, S.N.S. 2001, c. 34, par. 5(4)(j).

¹⁷¹ *Lobbyist Registration Act*, S.N.L., c. L-24.1, par. 5(4)(j).

□ Des règles québécoises de divulgation hâtive

Il ressort du régime américain de divulgation hâtive que les opérations confidentielles et celles comportant une rémunération conditionnelle à la réalisation d'un événement ou à l'obtention d'un résultat font partie des opérations qui sont soumises à une obligation de divulgation. Ces opérations peuvent également constituer des arrangements prescrits pour l'application des règles de divulgation hâtive britanniques.

Cet aspect des régimes américain et britannique de divulgation hâtive pourrait donc être adapté dans le cadre de règles québécoises de divulgation hâtive, qui seraient ainsi fondées sur une approche ciblant les comportements souvent associés à des arrangements d'évitement fiscal. L'instauration de telles règles respecterait davantage la politique gouvernementale qui vise à limiter la complexité du régime d'imposition québécois et à alléger les règles administratives de ce régime.

■ La personne qui serait tenue de faire une divulgation hâtive

Le mécanisme de divulgation hâtive qui pourrait être introduit dans la législation fiscale québécoise viserait les contribuables qui auraient un comportement jugé à risque d'être associé à une PFA, et seulement ceux-ci auraient l'obligation de faire une divulgation hâtive, et non les conseillers ou autres intermédiaires fiscaux.

En limitant cette obligation aux contribuables ayant un comportement jugé à risque d'être associé à une PFA, cela permettrait de ne pas alourdir la tâche de l'administration fiscale outre mesure, car elle n'aurait pas à gérer plusieurs divulgations hâtives produites à la fois par le contribuable et par d'autres personnes.

Par ailleurs, cette obligation imposée au contribuable de divulguer à l'administration fiscale une opération comporterait implicitement une obligation pour le conseiller à l'origine de l'opération d'aviser le contribuable de son obligation de faire une divulgation hâtive, et aussi de le renseigner sur les objectifs poursuivis par cette divulgation.

À ce sujet, les objectifs poursuivis par la divulgation hâtive seraient de permettre à l'administration fiscale de cibler plus facilement les contribuables ayant un comportement jugé à risque d'être associé à une PFA, d'entreprendre avec célérité une vérification des affaires de ces contribuables, et de corriger la législation fiscale québécoise plus rapidement de façon à contrer les PFA, le cas échéant.

■ Les opérations à divulguer

Comme mentionné précédemment, les facteurs circonstanciels se rapportant à la relation contractuelle d'un contribuable avec son conseiller permettent d'identifier deux comportements qui sont susceptibles d'être associés à des opérations d'évitement fiscal qu'un contribuable pourrait être tenu de divulguer de façon hâtive.

■ L'opération confidentielle

Le premier comportement concerne la confidentialité qu'un contribuable s'engage à respecter relativement à une opération procurant un avantage fiscal. Plus précisément, la législation fiscale pourrait être modifiée de façon que lorsqu'un contribuable retiendrait les services d'un conseiller concernant une opération procurant un avantage fiscal, et que le contrat entre le contribuable et le conseiller comporterait de la part du contribuable un engagement de confidentialité envers d'autres personnes ou envers l'administration fiscale relativement à l'opération, le contribuable serait dorénavant tenu de divulguer cette opération de façon hâtive à l'administration fiscale.

À cette fin, l'expression « conseiller », à l'égard d'une opération, désignerait une personne, y compris une société de personnes, qui fournit de l'aide, de l'assistance ou des conseils relativement à la conception ou à la mise en œuvre de l'opération ou qui la commercialise ou en fait la promotion.

■ L'opération avec rémunération conditionnelle

Le second comportement à risque concerne les modalités conditionnelles de la rémunération d'un contrat qu'un contribuable conclurait avec un conseiller relativement à une opération. L'aspect conditionnel de la rémunération pourrait prendre l'une ou l'autre des formes suivantes :

- la rémunération versée au conseiller est conditionnelle, en totalité ou en partie, à l'obtention d'un avantage fiscal découlant de l'opération ou est établie, en totalité ou en partie, en fonction de cet avantage fiscal;
- la rémunération versée au conseiller peut être remboursée, en totalité ou en partie, au contribuable si l'avantage fiscal espéré de l'opération ne se concrétise pas;
- la rémunération n'est acquise, en totalité ou en partie, au conseiller qu'après l'expiration du délai de prescription applicable à l'année d'imposition ou aux années d'imposition durant lesquelles l'opération se déroule.

Un contribuable qui s'engagerait à verser à un conseiller une telle forme de rémunération conditionnelle concernant la mise sur pied d'une opération serait dorénavant tenu de divulguer cette opération de façon hâtive à l'administration fiscale.

À cette fin, l'expression « conseiller » aurait le même sens que celui retenu pour l'opération confidentielle.

■ **La teneur et le délai de production de la divulgation hâtive**

De façon à rendre le mécanisme de divulgation hâtive plus efficace, la législation fiscale serait modifiée afin que la teneur de la divulgation soit suffisamment détaillée pour fournir à l'administration fiscale tous les renseignements lui permettant d'identifier et d'analyser l'opération. Le contribuable serait donc tenu de communiquer à l'administration fiscale tous ces renseignements au moyen d'un formulaire prescrit qui serait mis à sa disposition.

En outre, la divulgation hâtive devrait être faite à l'intérieur d'un délai très court. Ainsi, un contribuable serait tenu de produire cette divulgation au plus tard 30 jours après le début de l'exécution de l'opération.

4.1.2 La pénalité pour défaut de faire une divulgation hâtive obligatoire

Un contribuable qui ferait défaut de divulguer, à l'intérieur du délai prévu de 30 jours, une opération associée à l'un des comportements à risque identifiés serait sujet à une pénalité. Cette pénalité, qui comporterait un montant minimal, s'accroîtrait jusqu'à un montant maximal, lequel serait établi en fonction d'un nombre de jours de retard de la production du formulaire prescrit relatif à la divulgation.

Ainsi, la pénalité minimale pourrait être de 10 000 \$. Cette pénalité s'accroîtrait à raison de 1 000 \$ par jour de retard, à compter du deuxième jour de retard, pour atteindre un maximum de 100 000 \$.

4.1.3 La suspension du délai de prescription à l'égard d'une opération non divulguée

Le défaut d'un contribuable de faire une divulgation hâtive à l'égard d'une opération associée à l'un des comportements à risque identifiés pourrait aussi avoir un impact sur le délai de prescription qui serait autrement applicable à l'égard des conséquences fiscales découlant de l'opération non divulguée.

Ainsi, un contribuable qui omettrait de produire le formulaire prescrit relatif à la divulgation d'une telle opération verrait le délai de prescription, applicable aux conséquences fiscales découlant de l'opération non divulguée, suspendu jusqu'au moment de la production du formulaire prescrit relatif à la divulgation de l'opération. Il en irait de même pour toute personne associée ou liée au contribuable.

Plus précisément, la législation fiscale pourrait être modifiée de façon que la prescription relative à une année d'imposition au cours de laquelle surviennent des conséquences fiscales découlant d'une opération devant être divulguée par un contribuable corresponde, relativement à ces conséquences fiscales, pour le contribuable et pour toute personne associée ou liée au contribuable, à la période normale de prescription applicable pour cette année d'imposition (notamment les périodes de trois, quatre, six ou sept ans prévues par la législation fiscale), qui débiterait cependant au plus tardif des deux jours suivants : le jour du dépôt à la poste du premier avis de cotisation pour l'année ou le jour de la production du formulaire prescrit relatif à la divulgation de l'opération.

Par conséquent, aucun délai de prescription ne serait dorénavant applicable à l'égard des conséquences fiscales découlant d'une telle opération non divulguée.

4.1.4 Les actions envisagées

Le ministère des Finances envisage l'instauration de règles de divulgation hâtive obligatoire selon les paramètres suivants :

- serait soumise à une obligation de divulgation, l'opération confidentielle, soit l'opération procurant un avantage fiscal à l'égard de laquelle un contribuable a retenu les services d'un conseiller, lorsque le contrat entre le contribuable et le conseiller comporte de la part du contribuable un engagement de confidentialité envers d'autres personnes ou envers l'administration fiscale relativement à l'opération;
- serait également soumise à une obligation de divulgation, l'opération à l'égard de laquelle la rémunération du conseiller prendrait l'une ou l'autre des formes suivantes :
 - elle est conditionnelle, en totalité ou en partie, à l'obtention d'un avantage fiscal découlant de l'opération ou est établie, en totalité ou en partie, en fonction de cet avantage fiscal;
 - elle peut être remboursée, en totalité ou en partie, au contribuable si l'avantage fiscal espéré de l'opération ne se concrétise pas;
 - elle n'est acquise, en totalité ou en partie, au conseiller qu'après l'expiration du délai de prescription applicable à l'année d'imposition ou aux années d'imposition durant lesquelles l'opération se déroule;

- l'expression « conseiller », à l'égard d'une opération, désignerait une personne, y compris une société de personnes, qui fournit de l'aide, de l'assistance ou des conseils relativement à la conception ou à la mise en œuvre de l'opération ou qui la commercialise ou en fait la promotion;
- le contribuable serait la personne tenue de faire une divulgation hâtive;
- le contribuable devrait transmettre des renseignements, sur un formulaire prescrit, suffisamment détaillés pour que l'administration fiscale puisse identifier et analyser l'opération se rapportant au comportement à risque;
- la divulgation hâtive devrait être faite à l'intérieur d'un délai de 30 jours après le début de l'exécution de l'opération;
- une pénalité, qui s'accroîtrait jusqu'à un montant maximal établi en fonction du nombre de jours de retard de la production du formulaire prescrit relatif à la divulgation, serait imposée. La pénalité minimale serait de 10 000 \$. Elle s'accroîtrait à raison de 1 000 \$ par jour de retard, à compter du deuxième jour de retard, pour atteindre un maximum de 100 000 \$;
- le contribuable qui omettrait de produire le formulaire prescrit relatif à une divulgation hâtive obligatoire ainsi que toute personne associée ou liée au contribuable verraient le délai de prescription, applicable aux conséquences fiscales découlant de l'opération non divulguée, suspendu jusqu'au moment de la production du formulaire prescrit.

4.2 Une précision à la RGAE

4.2.1 La RGAE et le concept de la réalité économique

Lors de l'introduction de la RGAE par le ministre des Finances du Canada, les notes explicatives détaillées qui accompagnaient la nouvelle législation apportaient les précisions suivantes relativement au concept d'abus prévu au paragraphe 245(4) L.I.R.¹⁷² :

¹⁷² Art. 1079.12 L.I.Q.

« Le paragraphe 245(4) tient compte du fait que les dispositions de la Loi visent les opérations ayant une raison d'être économique et non les opérations qui visent à exploiter, à détourner ou à frustrer les dispositions de la Loi, afin d'échapper à l'impôt. Il tient aussi compte, cependant, du fait que nombre de dispositions de la Loi envisagent ou favorisent des opérations qui peuvent sembler obéir principalement à des motivations fiscales. Une réorganisation dite « en X » est un bon exemple d'opérations de ce genre. On ne compte pas appliquer l'article 245 de manière à refuser les avantages fiscaux découlant de ces opérations dans la mesure où elles sont effectuées conformément à l'objet et à l'esprit des dispositions de la Loi lue dans son ensemble. Cet article n'a pas pour but non plus de neutraliser les avantages fiscaux expressément prévus par la Loi. »¹⁷³ [Les soulignés sont ajoutés]

□ La doctrine et la jurisprudence

Pour certains auteurs, dont la professeure Jinyan Li, en édictant la RGAE, le législateur voulait que le concept de la réalité économique¹⁷⁴ soit pris en considération en vue de déterminer si une opération d'évitement est abusive :

[Traduction] « Il importe également, au vu du contexte législatif de l'article 245, de tenir compte de la réalité économique dans l'analyse de l'abus prévue au par. 245(4). La RGAE devait être une disposition de dernier recours qui ne devait être appliquée qu'aux opérations qui, par ailleurs, étaient conformes à toutes les autres dispositions de la Loi. Comme la réalité économique d'une opération ne joue généralement aucun rôle dans l'application des articles autres que l'article 245 de la Loi, les opérations qui donnent lieu à l'avantage fiscal doivent être qualifiées en fonction de leur forme et de leur fondement juridiques. De plus, la requalification des opérations en fonction d'une réalité économique est généralement interdite en application du par. 245(3) lorsque l'on cherche à établir si une opération constitue une opération d'évitement. [...] »¹⁷⁵ [Les soulignés sont ajoutés]

Or, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*, la juge en chef McLachlin et le juge Major, au nom de la Cour suprême, formulaient les commentaires suivants à l'égard du concept de la réalité économique :

¹⁷³ Préc., note 44, p. 496.

¹⁷⁴ L'expression « réalité économique » est employée ici dans le sens de « economic substance », soit une doctrine judiciaire reconnue principalement par les tribunaux de certaines juridictions de *Common Law*, notamment aux États-Unis.

¹⁷⁵ Jinyan Li, « "Economic Substance": Drawing the Line between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance », (2006), vol. 54, n° 1 *Canadian Tax Journal*, p. 36.

« Les tribunaux doivent se garder de conclure trop hâtivement que l'opération d'évitement résulte d'un évitement fiscal abusif du seul fait que l'objet non fiscal n'est pas manifeste. Même si les notes explicatives emploient l'expression « raison d'être économique », le par. 245(4) ne considère pas qu'une opération donne lieu à un évitement fiscal abusif du seul fait que l'objet économique ou commercial n'est pas manifeste. Comme nous l'avons vu, la RGAÉ n'était pas censée bannir tous les avantages fiscaux; le législateur voulait que beaucoup d'entre eux subsistent. La question centrale est de savoir si l'opération était conforme à l'objet des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui sont invoquées par le contribuable, lorsque ces dispositions sont interprétées correctement à la lumière de leur contexte. Il y a évitement fiscal abusif si les opérations contrecarrent ces objets.

La question de savoir si les opérations obéissaient à des motivations économiques, commerciales, familiales ou à d'autres motivations non fiscales peut faire partie du contexte factuel dont les tribunaux peuvent tenir compte en analysant des allégations d'évitement fiscal abusif fondées sur le par. 245(4). Cependant, toute conclusion à cet égard ne constituerait qu'un élément des faits qui sous-tendent l'affaire et serait insuffisante en soi pour établir l'existence d'un évitement fiscal abusif. La question centrale est celle de l'interprétation que les dispositions pertinentes doivent recevoir à la lumière de leur contexte et de leur objet. Il se peut que, lorsqu'elles sont interprétées correctement, les dispositions législatives en cause dans une affaire donnée exigent qu'un avantage fiscal particulier ne puisse s'appliquer qu'aux opérations ayant un certain objet économique, commercial, familial ou un autre objet non fiscal. L'absence de telles considérations peut alors devenir un facteur pertinent pour inférer que les opérations constituaient un abus dans l'application des dispositions en cause, mais il n'existe aucune règle d'or à ce sujet. »¹⁷⁶ [Les soulignés sont ajoutés]

Dans l'affaire *Lipson*, le juge LeBel, au nom de la majorité, écrivait que :

« Il ressort en effet de l'arrêt *Trustco Canada* que la démarche appropriée pour l'application du par. 245(4) consiste à déterminer si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions qui confèrent l'avantage fiscal. Un objectif d'évitement est nécessaire pour qu'il y ait violation de la RGAÉ suivant le par. 245(3), mais son existence n'est pas décisive pour l'application du par. 245(4). Ce n'est que dans la mesure où ils [*sic*] établissent que l'opération contrecarre ou non l'objet des dispositions pertinentes que la motivation, la fin et la raison d'être économique sont prises en compte pour les besoins du par. 245(4) (*Trustco Canada*, par. 57-60). »¹⁷⁷

¹⁷⁶ Préc., note 12, par. 57-58.

¹⁷⁷ Préc., note 10, par. 38.

L'approche retenue par la Cour suprême à l'égard de la doctrine de la réalité économique, dans le cadre de l'application de la RGAE, a été sévèrement critiquée par le professeur Brian J. Arnold, pour qui une RGAE qui ne repose pas en partie sur le concept de la réalité économique ne peut réellement être efficace :

[Traduction] « Toute RGAE ou doctrine anti-évitement doit tenir compte de la réalité économique de l'opération pour être efficace. Cela dit, de vagues références à la réalité économique ne remplaceront jamais une analyse rigoureuse des opérations en fonction de critères objectifs comme la comparaison des bénéfices avant impôts et des avantages fiscaux. Aux mains d'un tribunal canadien, le critère de la réalité économique a toutes les chances de dégénérer en un critère parfaitement subjectif.

Alors que les notes explicatives indiquent clairement que la RGAE a pour but de veiller à ce que les dispositions de la Loi s'appliquent aux opérations correspondant à une véritable réalité économique, la Cour suprême a arrêté que la question de la réalité économique n'était pertinente dans l'application de la RGAE que si les dispositions en cause y font référence. Même si elles y font effectivement référence, l'absence de réalité économique n'est qu'un des facteurs à considérer et ne suffit pas en soi à prouver l'évitement fiscal abusif. Les dispositions législatives qui font explicitement référence à la réalité économique sont très rares; par conséquent, il est peu probable que la réalité économique devienne un facteur important dans l'application de la RGAE si les tribunaux inférieurs appliquent rigoureusement l'approche de la Cour suprême. »¹⁷⁸ [Les soulignés sont ajoutés]

C'est pourquoi le professeur Arnold estime qu'une modification à la RGAE est nécessaire afin d'imposer aux tribunaux le recours au test de la réalité économique lors de l'application de la RGAE et de préciser cette notion de réalité économique :

[Traduction] « Il faut modifier la RGAE pour pallier les principales lacunes de la jurisprudence. En particulier, la RGAE devrait être modifiée afin d'obliger les tribunaux à tenir compte de la réalité économique de l'opération en cause et devrait fournir des lignes directrices à l'égard de cette notion. »¹⁷⁹

Comme mentionné précédemment, la professeure Jinyan Li, pour sa part, est d'avis que le concept d'abus prévu au paragraphe 245(4) L.I.R. commande un examen de la réalité économique. En outre, selon cette dernière, dans l'arrêt *Mathew*¹⁸⁰, la Cour suprême a reconnu une certaine pertinence au concept de la réalité économique pour l'application des dispositions de la RGAE :

¹⁷⁸ Brian J. ARNOLD, *The Canadian Experience with General Anti-Avoidance Rule*, Beyond Boundaries « *Developing Approaches to Tax Avoidance and Tax Risk Management* », Judith Freedman (ed.), Oxford University, Centre for Business Taxation, 2008, p. 31.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 32.

¹⁸⁰ Préc., note 16.

[Traduction] « Ainsi, contrairement à ce que le juge en chef Dickson avait prévu dans l'affaire *Bronfman Trust*, la jurisprudence fiscale n'a pas eu "tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable". C'est ainsi que la nouvelle position affichée par la Cour suprême sur la question de la réalité économique dans l'arrêt *Canada Trustco* pourrait être considérée comme un virage dans la pensée judiciaire. En effet, la Cour suprême n'a pas nié la pertinence de la notion de réalité économique, et dans l'énoncé suivant tiré de l'arrêt *Mathew*, elle semble même envisager la possibilité qu'une opération légalement valide n'en puisse pas moins être déclarée abusive en vertu du par. 245(4) :

“On peut conclure à l'existence d'un évitement fiscal abusif si les rapports et les opérations décrits dans la documentation pertinente sont dénués de fondement légitime relativement à l'objet ou à l'esprit des dispositions censées conférer l'avantage fiscal, ou si ces rapports et opérations diffèrent complètement de ceux prévus par les dispositions.” [Paragraphe 31]

Toutefois, on aurait tort de croire qu'il s'agit d'un virage fondamental, car la Cour semble avoir limité l'analyse relative à la réalité économique au contexte de la RGAE. En ce sens, il n'y a pas de changement marqué par rapport à l'arrêt *Shell*. Néanmoins, il est indéniable que la réalité économique d'une opération peut s'avérer pertinente dans des cas de RGAE. »¹⁸¹

Aussi, malgré l'application limitée du concept de la réalité économique dans le contexte de la RGAE, la professeure Li est d'avis que la démarche suivante serait appropriée dans le cadre de l'application de la RGAE et permettrait d'établir si, à la suite d'une opération ou d'une série d'opérations, la situation économique du contribuable se trouve ou non modifiée de façon significative :

[Traduction] « En ce qui concerne la détermination de la réalité économique, l'examen du dossier doit porter au premier chef sur le résultat économique, ainsi que sur les "relations économiques". Si l'opération n'a pas modifié la situation économique du contribuable de façon significative, ou si elle n'est justifiée par aucun motif économique (autre que la réduction d'impôts), il est difficile de prétendre à sa réalité économique. Ainsi, une opération est dénuée de réalité économique si "la situation financière du contribuable est inchangée (abstraction faite du coût de la conception et de l'application du mécanisme)". Autrement dit, une opération est dénuée de réalité économique si elle n'a pas exposé le contribuable à un risque économique ou ne lui a offert aucune possibilité de bénéfice d'une manière significative par rapport à l'avantage fiscal qu'il en tire. [...] »¹⁸²

Par ailleurs, en matière de réalité économique, la RGAE irlandaise offre un exemple particulièrement intéressant en raison, notamment, des similitudes de cette RGAE avec la RGAE québécoise.

¹⁸¹ Préc., note 175, p. 33.

¹⁸² *Id.*, p. 45.

Comme expliqué à la sous-section 3.2.3, selon la RGAE irlandaise, une opération est une opération d'évitement lorsque, compte tenu des résultats de l'opération, de son utilisation comme moyen en vue d'atteindre ces résultats et de tout autre moyen qui aurait permis d'atteindre ces résultats ou une partie de ceux-ci, les commissaires du Revenu sont d'avis qu'elle donne droit à un avantage fiscal et qu'elle n'a pas été entreprise principalement pour des objets autres que celui de procurer un avantage fiscal.

Or, dans l'évaluation qu'ils doivent effectuer à l'égard d'une opération donnée, les commissaires du Revenu irlandais doivent tenir compte de certains facteurs dont la forme, la substance et le résultat de l'opération donnée et des opérations reliées ou rattachées à celle-ci. Bref, lors de l'évaluation d'une opération donnée afin de déterminer si elle constitue ou non une opération d'évitement, la législation irlandaise impose l'examen de la réalité économique de l'opération donnée.

❑ L'ajout unilatéral du concept de la réalité économique n'est pas souhaitable

Comme mentionné à la sous-section 2.3.2, plusieurs éléments contextuels ont une influence sur la politique fiscale québécoise dans la lutte contre les PFA. Parmi ceux-ci, on trouve le fédéralisme fiscal canadien et la collaboration des administrations fiscales canadiennes.

Dans le contexte d'une modification à une disposition du régime fiscal québécois de la nature de la RGAE, laquelle tire son origine de l'harmonisation de la législation fiscale québécoise à la législation fiscale fédérale, ces éléments contextuels représentent des caractéristiques qui ne peuvent être ignorées sans qu'il n'en découle des changements notables dans l'administration du régime.

À titre d'exemple, si la RGAE québécoise était modifiée afin d'y ajouter un test de réalité économique sans qu'une modification correspondante ne soit apportée à la RGAE fédérale et, dans une moindre mesure, à la RGAE des autres provinces canadiennes, certaines pratiques administratives actuelles des autorités fiscales québécoises et fédérales, en matière d'échange de renseignements et d'émission de cotisations faisant suite à des cotisations d'une autre juridiction, notamment, pourraient être perturbées.

Or, ces pratiques administratives ont essentiellement pour objectif de faciliter l'administration du régime fiscal, d'en améliorer l'efficacité et d'en réduire les coûts. Par conséquent, le gain d'efficacité potentiel, en matière de lutte contre les PFA, pouvant découler d'une modification à la RGAE québécoise de la nature de celle évoquée précédemment, doit être évalué en prenant en considération les perturbations sur le plan de l'administration fiscale.

En outre, une modification de cette nature effectuée de manière unilatérale par le Québec pourrait également limiter les possibilités d'actions concertées avec les autres juridictions canadiennes en matière de lutte contre les PFA et, dans ce sens, être potentiellement contre-productive.

Enfin, un tel changement pourrait rendre inapplicable, dans une certaine mesure, une partie de la jurisprudence en la matière. Il a fallu plus de 17 ans avant que la Cour suprême se prononce sur l'application de la RGAE. Il est permis de croire que l'ajout d'un test de réalité économique aux dispositions de la RGAE pourrait remettre en question la pertinence, à l'égard d'une RGAE modifiée, d'une partie de la jurisprudence, privant tant l'administration fiscale que les contribuables et les tribunaux de précisions importantes sur la portée et l'application de la RGAE et entraînant ainsi une incertitude juridique qui pourrait s'étendre sur une période assez longue.

Aussi, l'ajout, de manière unilatérale par le Québec, d'un test de réalité économique aux dispositions de la RGAE québécoise n'est pas souhaitable.

4.2.2 La RGAE et la notion d'objets véritables

Comme mentionné à la sous-section 2.2.2, les législations fiscales de plusieurs provinces excluent de la notion d'objets véritables non seulement l'obtention d'un avantage fiscal en vertu de la loi dans laquelle s'insère leur RGAE, mais également l'obtention d'un avantage fiscal résultant d'une autre loi d'une province ou d'une loi fédérale. La RGAE québécoise devrait être modifiée pour préciser la notion d'objets véritables de manière que ne puissent être considérés comme des objets véritables pour l'application de la définition d'opération d'évitement :

- a) l'obtention d'un avantage fiscal;
- b) la réduction, l'évitement ou le report de l'impôt ou d'un autre montant à payer en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- c) l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- d) une combinaison des objets mentionnés ci-dessus.

Cette modification vise à mettre la RGAE québécoise au diapason des RGAE de nombreuses autres provinces.

4.2.3 Les actions envisagées

Le ministère des Finances n'entend pas proposer de modification à la RGAE, sauf quant à la définition d'opération d'évitement où il serait précisé que ne sont pas des objets véritables :

- l'obtention d'un avantage fiscal;
- la réduction, l'évitement ou le report de l'impôt ou d'un autre montant à payer en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- une combinaison des objets mentionnés ci-dessus.

4.3 L'augmentation de la période de prescription lorsque la RGAE s'applique

4.3.1 Les règles actuelles concernant la période de prescription

La première cotisation

Selon la législation fiscale actuelle, le ministre du Revenu peut déterminer en tout temps l'impôt, les intérêts et les pénalités pour une année d'imposition à l'égard d'un contribuable¹⁸³.

Cependant, lorsque le contribuable produit une déclaration fiscale pour une année d'imposition, le ministre doit agir avec diligence et examiner la déclaration fiscale qui lui est transmise par le contribuable pour l'année d'imposition. Lors de cet examen, le ministre prend connaissance de l'impôt que le contribuable avait l'obligation d'estimer, détermine l'impôt, puis avise le contribuable de la cotisation établie.

¹⁸³ Par. 1010(1) L.I.Q.

□ Un délai de trois ans ou de quatre ans pour déterminer de nouveau l'impôt

Le ministre peut déterminer de nouveau l'impôt qui a déjà fait l'objet d'une cotisation antérieure. Dans ce cas, le ministre ne peut exercer son pouvoir de cotisation qu'à l'intérieur d'un délai de prescription de trois ans débutant le jour de l'envoi d'un avis de première cotisation¹⁸⁴, ou de quatre ans débutant ce jour lorsque le contribuable est une fiducie de fonds commun de placements ou une société autre qu'une société privée sous contrôle canadien¹⁸⁵.

Le ministre peut considérer tous les éléments pertinents se rapportant à la détermination de l'impôt à payer par le contribuable, et ce, tant lors de la première cotisation que lors d'une nouvelle cotisation émise subséquemment à l'intérieur du délai de prescription de trois ans ou de quatre ans, selon le cas.

□ Aucun délai pour déterminer de nouveau l'impôt en cas de renonciation ou de fraude

Malgré l'expiration d'un délai de prescription, le ministre peut émettre une nouvelle cotisation en tout temps lorsque le contribuable renonce au délai de prescription¹⁸⁶, ou lorsqu'il fait une fausse représentation des faits par incurie ou par omission volontaire, ou commet une fraude en produisant sa déclaration fiscale ou en fournissant un renseignement prévu par la législation fiscale¹⁸⁷.

Dans ces circonstances, la nouvelle cotisation ne peut cependant porter que sur les éléments se rapportant à la renonciation à la prescription ou aux faux énoncés, selon le cas¹⁸⁸.

□ Un délai additionnel de trois ans s'applique dans certains cas

Dans certains cas, un délai de prescription additionnel est accordé au ministre pour émettre une nouvelle cotisation.

¹⁸⁴ Sous-par. 1010(2)a) L.I.Q.

¹⁸⁵ Sous-par. 1010(2)a.0.1) L.I.Q.

¹⁸⁶ Sous-par. 1010(2)b)(ii) L.I.Q.

¹⁸⁷ Sous-par. 1010(2)b)(i) L.I.Q.

¹⁸⁸ Art. 1011 L.I.Q.

Par exemple, un délai additionnel de trois ans est accordé au ministre pour émettre une nouvelle cotisation lorsque celle-ci résulte d'une opération impliquant un contribuable et une personne qui ne réside pas au Canada avec laquelle ce contribuable a un lien de dépendance¹⁸⁹, ou encore lorsqu'une nouvelle cotisation doit être faite en certaines circonstances dans le cas d'un contribuable qui ne réside pas au Canada mais qui y exploite une entreprise¹⁹⁰. Dans les deux cas, la nouvelle cotisation ne peut se rapporter qu'aux éléments concernés par les situations visées¹⁹¹.

Dans ces situations, le délai de prescription de trois ans ou de quatre ans, selon le cas, n'a pas été considéré suffisant pour permettre au ministre d'agir.

4.3.2 Un délai additionnel de trois ans s'ajouterait à la période de prescription lorsque la RGAE s'applique

Comme dans le cas de nouvelles cotisations se rapportant à certaines situations impliquant des personnes qui ne résident pas au Canada, la législation fiscale pourrait être modifiée pour prévoir un délai additionnel à la période de prescription lorsqu'un contribuable entreprend dans une année d'imposition une opération ou une série d'opérations conduisant à l'application par le ministre du Revenu de la RGAE.

En effet, ce qui caractérise souvent ces opérations, c'est la complexité des structures juridiques sur lesquelles elles reposent. En outre, la tâche du ministre du Revenu est d'autant plus ardue qu'il doit détecter ces opérations dans le cadre du régime d'autocotisation. Ainsi, la connaissance de ces opérations par le ministre ne peut résulter que d'un examen approfondi de la déclaration fiscale produite par le contribuable.

Or, le délai actuel de prescription de trois ans ou de quatre ans, selon le cas, s'avère souvent insuffisant, particulièrement en raison de la sophistication de ces opérations. Dans ce contexte, il serait opportun d'accorder au ministre un délai additionnel de trois ans afin de lui permettre d'émettre une nouvelle cotisation lorsque celle-ci comporte l'application de la RGAE. Cette approche a d'ailleurs été retenue récemment par l'Alberta¹⁹².

Ainsi, à l'instar des exemples mentionnés précédemment, le délai de prescription serait dorénavant de six ans ou de sept ans, selon le cas, pour l'application de la RGAE par le ministre du Revenu, et la nouvelle cotisation ne pourrait se rapporter qu'aux éléments visés par l'application de la RGAE.

¹⁸⁹ Sous-par. 1010(2)a.1(vi) L.I.Q.

¹⁹⁰ Sous-par. 1010(2)a.1(vii) L.I.Q.

¹⁹¹ Par. 1010(3) L.I.Q.

¹⁹² *Alberta Corporate Tax Amendment Act, 2008*, S.A. 2008, c. 29, par. 13(1)(a) et (b).

4.3.3 Le besoin de certitude des contribuables

L'un des principes fondamentaux de notre régime d'imposition est de permettre à chaque contribuable de connaître le plus rapidement possible son fardeau fiscal avec un degré de certitude raisonnable relativement à une situation donnée.

À cet égard, la prolongation de trois ans du délai de prescription, afin de permettre au ministre d'émettre une nouvelle cotisation lorsque la RGAE s'applique, pourrait créer un niveau d'incertitude plus grand chez les contribuables.

Or, il existe déjà une façon de se prémunir contre ce genre d'incertitude en obtenant, à la suite d'une demande, une décision anticipée de Revenu Québec. Bien qu'une décision anticipée ne constitue qu'une pratique administrative mise en place par Revenu Québec, il s'agit néanmoins d'un mécanisme qui le lie.

En ce qui a trait aux contribuables qui, en l'absence de décision anticipée, désireraient se prémunir contre l'incertitude que pourrait engendrer cette prolongation du délai de prescription, la législation fiscale pourrait être modifiée de façon à leur permettre, s'ils divulguent à Revenu Québec une opération ou une série d'opérations à l'égard de laquelle la RGAE serait susceptible de s'appliquer, d'éviter la prolongation du délai de prescription.

□ Le mécanisme de décision anticipée

Une décision anticipée consiste en une déclaration que Revenu Québec fait à une personne l'informant à l'avance du traitement fiscal qui sera réservé à une ou plusieurs opérations précises qu'un contribuable projette de réaliser. Cette déclaration lie Revenu Québec relativement aux opérations projetées qui sont portées à sa connaissance et qui seront réalisées à l'intérieur des délais mentionnés dans la demande de décision anticipée¹⁹³.

Ainsi, un contribuable qui projette d'entreprendre, dans une année d'imposition, une opération ou une série d'opérations à l'égard desquelles il désire obtenir l'assurance que la RGAE ne sera pas appliquée peut adresser une demande de décision anticipée à Revenu Québec.

¹⁹³ REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation ADM. 2/R7*, « Décisions anticipées », 30 juin 2000.

Outre l'identification du contribuable, la demande de décision anticipée doit comporter un exposé complet et détaillé des faits accompagné de tous les documents pertinents, une divulgation du but des opérations projetées et un énoncé précis des questions sur lesquelles le contribuable demande de statuer. La demande de décision anticipée doit également indiquer les dispositions de la *Loi sur les impôts* à l'égard desquelles la décision est demandée ainsi que l'interprétation que le contribuable en fait. De plus, lorsque la demande de décision anticipée porte sur la RGAE, elle doit indiquer les raisons qui permettent d'établir que l'opération n'entraînerait pas un avantage fiscal qui résulterait directement ou indirectement en un abus des dispositions de la *Loi sur les impôts*.¹⁹⁴.

❑ L'instauration d'un mécanisme de divulgation préventive

En plus du mécanisme de décision anticipée dont les contribuables peuvent déjà se prévaloir, la législation fiscale pourrait être modifiée afin de prévoir un mécanisme de divulgation préventive qui permettrait au contribuable qui s'en prévaudrait d'éviter l'application du délai additionnel de trois ans lorsque la RGAE s'applique.

En effet, puisque ce délai de prescription additionnel est rendu nécessaire afin de permettre à Revenu Québec de détecter une opération ou une série d'opérations à l'égard de laquelle la RGAE serait susceptible de s'appliquer pour une année d'imposition, ce délai ne serait plus requis dans les situations où un contribuable divulguerait à Revenu Québec cette opération ou cette série d'opérations.

À l'instar du mécanisme de décision anticipée, cette divulgation devrait identifier clairement le contribuable qui fait l'objet de la divulgation, et comporter un exposé complet et détaillé des faits (y compris de l'opération ou de la série d'opérations divulguée, de ses objets et de ses effets) accompagné de tous les documents pertinents permettant à Revenu Québec d'en faire une analyse approfondie.

Cette divulgation préventive pourrait être faite au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération ou la série d'opérations a eu lieu. Dans ces circonstances, le délai additionnel de trois ans ne s'appliquerait pas.

¹⁹⁴ *Id.*, par. 10.

□ Le mécanisme de divulgation hâtive obligatoire

Dans la sous-section 4.1, le ministère des Finances envisage la mise en place d'un mécanisme de divulgation hâtive obligatoire, applicable à une opération procurant un avantage fiscal à l'égard de laquelle :

- soit un contribuable a retenu les services d'un conseiller, lorsque le contrat entre le contribuable et le conseiller, relativement à l'opération, comporte de la part du contribuable un engagement de confidentialité envers d'autres personnes ou envers l'administration fiscale relativement à l'opération;
- soit la rémunération du conseiller est conditionnelle, en totalité ou en partie, à l'obtention d'un avantage fiscal découlant de l'opération, est établie, en totalité ou en partie, en fonction de cet avantage fiscal, peut être remboursée, en totalité ou en partie, au contribuable si l'avantage fiscal espéré ne se concrétise pas ou n'est acquise au conseiller, en totalité ou en partie, qu'après l'expiration du délai de prescription applicable à l'année d'imposition ou aux années d'imposition durant lesquelles l'opération se déroule.

Comme dans le cas du mécanisme de divulgation préventive, un contribuable qui produirait le formulaire prescrit relatif à une divulgation hâtive obligatoire dans le délai imparti pour faire une divulgation préventive ne se verrait pas appliquer le délai additionnel de trois ans.

4.3.4 Les actions envisagées

Le ministère des Finances envisage les actions suivantes, concernant la période de prescription, lorsque la RGAE s'applique :

- un délai de trois ans s'ajouterait aux délais normaux de prescription pour l'application de la RGAE par le ministre du Revenu et la nouvelle cotisation ne pourrait se rapporter qu'aux éléments visés par l'application de la RGAE;
- ce délai additionnel de trois ans ne s'appliquerait pas à une opération ou à une série d'opérations, lorsque le contribuable divulguerait cette opération ou cette série d'opérations à Revenu Québec, conformément aux règles de divulgation préventive, au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération ou la série d'opérations a eu lieu;
- ce délai additionnel de trois ans ne s'appliquerait pas non plus à une opération, lorsque le contribuable divulguerait cette opération à Revenu Québec dans le cadre d'une divulgation hâtive obligatoire et que le formulaire prescrit à cette fin serait produit au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération a eu lieu.

4.4 Un régime de pénalités lorsque la RGAE s'applique

4.4.1 Introduction

L'objectif poursuivi par un régime de pénalités en matière fiscale est de réprimer ou, mieux, de dissuader certains comportements en augmentant le risque pécuniaire auquel s'expose un contribuable et, dans certaines circonstances, un tiers.

Plus précisément, un régime de pénalités, dans un contexte de PFA, devrait viser à atteindre ce résultat tant à l'égard d'un contribuable, lorsqu'il participe à une PFA, qu'à l'égard d'une personne qui en fait la promotion.

À l'heure actuelle, l'application de la RGAE à une opération d'évitement n'est assortie d'aucune pénalité, que ce soit à l'égard du contribuable ayant participé à l'opération d'évitement ou à l'égard du promoteur de celle-ci.

L'instauration d'une pénalité subordonnée à l'application de la RGAE est envisagée. Une telle pénalité ferait en sorte que le contribuable ne serait alors plus seulement redevable de l'impôt qu'il aurait dû payer de toute façon s'il n'avait pas abusé de l'esprit de la loi; il devrait aussi payer un montant en raison de l'approche fiscale abusive qu'il a privilégiée.

Par ailleurs, un contribuable peut avoir utilisé un dispositif de PFA qui lui a été proposé par un promoteur. En contribuant au phénomène des PFA, le promoteur pourrait donc, à l'instar du contribuable, se voir imposer une pénalité.

Il convient, dans cette section, d'analyser la pertinence d'introduire dans la législation fiscale des pénalités subordonnées à l'application de la RGAE, qui s'appliqueraient tant aux contribuables qu'aux promoteurs.

4.4.2 Une pénalité au contribuable subordonnée à l'application de la RGAE

La RGAE actuellement appliquée

Au Québec, comme au Canada, une opération doit, pour être sujette à l'application de la RGAE, avoir procuré un avantage fiscal au contribuable et constituer une opération d'évitement en ce sens qu'elle n'a pas été principalement effectuée pour des objets véritables, autres que l'obtention d'un avantage fiscal. De plus, l'administration fiscale doit démontrer que cette opération est manifestement abusive.

En effet, comme il en a été fait état dans la sous-section 2.2.2, la Cour suprême, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada*¹⁹⁵, a clairement indiqué que, pour que la RGAE puisse être invoquée avec succès, il doit y avoir présence d'un abus manifeste dans l'application de la législation fiscale, abus que le ministre doit démontrer :

« Comme nous l'avons vu, il appartient, en pratique, au ministre de démontrer l'existence d'un évitement fiscal abusif. L'abus dans l'application de la Loi doit être manifeste, de sorte qu'il faut laisser le bénéfice du doute au contribuable. L'analyse doit porter sur l'objet des dispositions particulières qui, à première vue, génèrent l'avantage fiscal, et sur la question de savoir si l'opération contrecarre l'objet ou l'esprit de ces dispositions. »¹⁹⁶

Par ailleurs, si la RGAE s'applique, l'unique conséquence pour le contribuable consiste en ce que ses attributs fiscaux soient déterminés par l'administration fiscale de façon à supprimer l'avantage fiscal qui découle de l'opération d'évitement.

□ La pertinence d'une pénalité au contribuable

Il convient de rappeler que les impôts qui échappent au trésor public en raison de dispositifs de PFA se comptent en centaines de millions de dollars et résultent en un transfert de fardeau fiscal équivalent vers les contribuables qui ne participent pas à des dispositifs de PFA.

De plus, la quasi-absence de conséquences financières négatives pour les contribuables est l'un des facteurs endogènes les plus importants dans la progression des PFA, car elle assure un rapport risque/rendement très favorable aux contribuables.

Par ailleurs, les contribuables étant les premiers responsables de leur déclaration fiscale, un régime de pénalités ne peut être instauré sans d'abord les viser.

¹⁹⁵ Préc., note 12.

¹⁹⁶ *Id.*, par. 69.

❑ Une pénalité conditionnelle à l'application de la RGAE

L'application de la RGAE ne peut se faire que si le ministre du Revenu établit que l'opération d'évitement contrecarre l'objet pour lequel l'avantage fiscal est censé avoir été conféré. L'administration fiscale doit ainsi être en mesure de décrire l'objet ou l'esprit des dispositions qui ont été contrecarrées, selon une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique unifiée des dispositions de la loi. Le bénéfice du doute quant à savoir si l'opération d'évitement contrecarre l'objet ou l'esprit des dispositions en cause est laissé au contribuable. Compte tenu du fardeau qui échoit ainsi à l'administration fiscale, celle-ci n'applique qu'avec beaucoup de circonspection la RGAE.

L'application d'une pénalité au contribuable dès lors que la RGAE est mise en œuvre par l'administration fiscale serait un processus simple en soi qui ne nécessiterait généralement aucune analyse supplémentaire que celle requise pour l'application de la RGAE.

4.4.3 Une pénalité au promoteur rattachée à la pénalité au contribuable

❑ La pertinence d'une pénalité au promoteur

Comme mentionné à la sous-section 1.2, la propagation des PFA à un bassin croissant de contribuables peut s'expliquer en partie par l'émergence d'un nouveau modèle d'affaires pour les intermédiaires fiscaux. Ce nouveau modèle d'affaires amène des intermédiaires fiscaux à devenir de véritables promoteurs de dispositifs de PFA et à les offrir à plusieurs clients sous la forme d'un produit fiscal prêt à l'emploi.

À l'instar de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, afin de décourager la promotion d'opérations d'évitement fiscal manifestement abusives, il pourrait être introduit dans la législation fiscale québécoise une pénalité applicable aux promoteurs de telles opérations d'évitement.

❑ La définition de promoteur

Au Québec, les règles de déclaration de renseignements concernant les abris fiscaux définissent le promoteur d'un abri fiscal comme étant une personne qui, dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise :

- soit émet ou vend l'abri fiscal ou fait la promotion de son émission, de sa vente ou de son acquisition;

- soit agit à titre de mandataire ou de conseiller à l'égard de l'émission ou de la vente de l'abri fiscal ou de la promotion de son émission, de sa vente ou de son acquisition;
- soit accepte une contrepartie à l'égard de l'abri fiscal.

La définition retenue en Australie pour les fins de l'application de la pénalité relative à la promotion d'un dispositif d'exploitation fiscale est plus restreinte. Selon cette définition, l'expression « promoteur » désigne une entité si, à la fois :

- l'entité commercialise le dispositif ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'il suscite;
- l'entité (ou une entité avec laquelle elle est associée) reçoit, directement ou indirectement, une contrepartie pour sa commercialisation ou son soutien;
- il est raisonnable de conclure que l'entité a exercé un rôle important dans cette commercialisation ou ce soutien.

Cette dernière définition a le mérite de bien circonscrire le champ d'application de la pénalité en le limitant au comportement que la pénalité cherche à dissuader, à savoir la véritable promotion de dispositifs de PFA. Ainsi, le conseiller fiscal qui élabore une planification à la demande d'un client ou celui qui donne son avis sur une planification n'est pas couvert par cette définition. À cet égard, dans un document explicatif portant sur cette mesure, les autorités australiennes précisaient que :

[Traduction] « 3.49 Une entité ne constitue pas un promoteur du simple fait d'avoir formulé des conseils concernant un dispositif. Ainsi, un planificateur financier, un agent fiscal, un comptable, un avocat ou une autre personne ne constitue pas un promoteur simplement pour avoir formulé des conseils au sujet d'un dispositif d'exploitation fiscale, même si ce conseil propose des solutions de rechange pour la structuration d'une opération ou énonce les conséquences fiscales potentielles de chaque possibilité.

3.50 Le régime de sanction civile n'a pas pour but d'empêcher la formulation de conseils fiscaux indépendants et objectifs, y compris des conseils de planification fiscale. Un conseiller qui fournit des conseils sur un arrangement de planification fiscale, même si l'arrangement est qualifié ultérieurement de dispositif d'exploitation fiscale, ne s'expose pas à une pénalité dans la mesure où il s'est contenté de formuler des conseils indépendants et objectifs à son client. »¹⁹⁷

¹⁹⁷ AUSTRALIA, Parliament of the Commonwealth of Australia, House of representatives, *Explanatory Memorandum – Tax Laws Amendment (2006 Measures N° 1) Bill 2006*, aux paragraphes 3.49 et 3.50. Ce document traite également de ce que constitue un rôle important aux paragraphes 3.46 à 3.48.

De même, ce ne sont pas toutes les personnes qui peuvent participer à la commercialisation d'un dispositif d'exploitation fiscale qui sont susceptibles de se voir imposer une pénalité. Seules celles qui y jouent un rôle important sont visées.

Aussi, à l'instar de l'approche australienne, la pénalité québécoise s'appliquerait à une personne ou à une société de personnes (le promoteur), qui répond aux conditions suivantes :

- elle commercialise ou fait la promotion d'une opération d'évitement abusive ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite;
- elle reçoit, ou une personne à laquelle elle est liée reçoit, directement ou indirectement, une contrepartie pour cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;
- il est raisonnable de conclure qu'elle a exercé un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien.

À cette fin, serait considérée comme une opération d'évitement abusive toute opération à l'égard de laquelle une pénalité serait imposée à un contribuable par suite de l'application de la RGAE à cette opération.

De même, à cette fin, un employé d'un promoteur (autre qu'un employé déterminé¹⁹⁸ du promoteur) ne serait pas considéré exercer un rôle important dans la commercialisation, par ce promoteur, d'une opération d'évitement abusive. Toutefois, la conduite d'un employé (y compris un employé déterminé) d'un promoteur serait réputée être celle de son employeur pour l'application des dispositions concernant la pénalité au promoteur.

4.4.4 La détermination du montant des pénalités

Afin de dissuader le recours à des dispositifs de PFA, il a été établi qu'il fallait altérer de manière importante le rapport risque/rendement actuel qui est nettement favorable au contribuable.

Cependant, il faut garder à l'esprit que les opérations visées se situent dans le domaine de l'évitement fiscal et non dans celui de l'évasion fiscale ou de la fraude. La pénalité pour évitement devrait donc se situer en deçà de celle applicable en matière d'évasion fiscale.

¹⁹⁸ L'expression « employé déterminé » d'une personne signifie un employé de la personne qui est un actionnaire désigné de celle-ci ou qui a un lien de dépendance avec celle-ci (art. 1 L.I.Q.).

❑ La pénalité au contribuable

La pénalité applicable à un contribuable, relativement à une opération d'évitement, serait de 25 % de l'impôt additionnel résultant de l'application de la RGAE.

Le taux de 25 % correspond à la moitié du taux applicable aux cas d'évasion fiscale ou de fraude. À titre de comparaison, ce taux correspond aussi au taux le plus bas généralement appliqué en matière d'évitement fiscal dans le régime australien.

❑ La pénalité au promoteur

La pénalité imposée au promoteur serait égale à 12,5 % des montants reçus ou à recevoir par celui-ci relativement aux opérations d'évitement à l'égard desquelles une pénalité aurait été imposée à des contribuables.

Le taux de 12,5 % correspond à la moitié du taux applicable aux cas de faux énoncé fait par un promoteur dans une demande de numéro d'identification à l'égard d'un abri fiscal.

4.4.5 Une pénalité qui pourrait être évitée

❑ La pénalité au contribuable

Un contribuable pourrait éviter de se voir imposer la pénalité à l'égard d'une opération d'évitement dans les cas suivants :

- lorsque le contribuable aurait divulgué cette opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) à Revenu Québec, conformément aux règles de divulgation préventive mentionnées à la sous-section 4.3.2, au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) a eu lieu;
- lorsque le contribuable aurait divulgué cette opération à Revenu Québec dans le cadre d'une divulgation hâtive obligatoire mentionnée à la sous-section 4.1.1, et que le formulaire prescrit à cette fin aurait été produit au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération a eu lieu.

Cette approche s'inspire de celle retenue en Irlande, qui vise à inciter fortement à la déclaration hâtive des opérations susceptibles de donner lieu à l'application de la RGAE, et ce, afin de permettre à l'administration fiscale de réagir plus rapidement, le cas échéant. Un contribuable aurait ainsi la possibilité d'éviter la pénalité en procédant à la divulgation de l'opération ou de la série d'opérations.

Par ailleurs, contrairement à la situation en Irlande où il s'agit d'une surcharge, la pénalité au contribuable serait de responsabilité stricte. Ainsi, le contribuable pourrait s'opposer à la pénalité en faisant valoir une défense de diligence raisonnable.

❑ La pénalité au promoteur

La pénalité au promoteur étant rattachée à la pénalité au contribuable, le promoteur pourrait l'éviter à l'égard de chaque contribuable qui aurait procédé à une divulgation, préventive ou hâtive, de l'opération d'évitement (ou de la série d'opérations qui comprend cette opération) ou aurait fait valoir avec succès une défense de diligence raisonnable.

Par exemple, dans l'hypothèse où tous les contribuables ayant fait affaires avec le promoteur auraient procédé à une divulgation, préventive ou hâtive, de l'opération d'évitement (ou de la série d'opérations qui comprend cette opération), aucune pénalité ne serait imposée au promoteur.

4.4.6 Les actions envisagées

Le ministère des Finances envisage la mise en place d'un régime de pénalités, selon les paramètres suivants, lorsque la RGAE s'applique à une opération d'évitement, relativement à un contribuable :

- le contribuable encourrait une pénalité égale à 25 % de l'impôt additionnel résultant de l'application, à l'opération d'évitement, de la RGAE;
- le promoteur encourrait une pénalité égale à 12,5 % des montants reçus ou à recevoir par celui-ci relativement à l'opération d'évitement à l'égard de laquelle une pénalité serait imposée au contribuable;
- le promoteur serait une personne, y compris une société de personnes, qui répond aux conditions suivantes :
 - elle commercialise ou fait la promotion d'une opération d'évitement abusive ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite;
 - elle reçoit, ou une personne à laquelle elle est liée reçoit, directement ou indirectement, une contrepartie pour cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;
 - il est raisonnable de conclure qu'elle a exercé un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;

- le contribuable aurait la possibilité d'éviter de se voir imposer la pénalité dans les cas suivants :
 - lorsqu'il aurait divulgué cette opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) à Revenu Québec, conformément aux règles de divulgation préventive mentionnées à la sous-section 4.3.2, au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) a eu lieu;
 - lorsqu'il aurait divulgué cette opération à Revenu Québec dans le cadre d'une divulgation hâtive obligatoire mentionnée à la sous-section 4.1.1, et que le formulaire prescrit à cette fin aurait été produit au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération a eu lieu;
 - lorsqu'il aurait fait valoir avec succès une défense de diligence raisonnable;
- puisque la pénalité au promoteur est rattachée à la pénalité au contribuable, le promoteur pourrait l'éviter lorsque le contribuable aurait procédé à une divulgation, préventive ou hâtive, ou aurait fait valoir avec succès une défense de diligence raisonnable.

CONCLUSION

L'essor récent de la PFA est un phénomène mondial qui porte atteinte à l'intégrité des régimes fiscaux nationaux et qui affecte négativement les finances publiques des États. Le Québec et les autres juridictions canadiennes n'échappent pas à ce phénomène et une gestion de ce risque par les autorités fiscales s'impose.

À l'instar d'autres administrations fiscales canadiennes et de plusieurs administrations fiscales étrangères, l'administration fiscale québécoise a récemment mis en place une équipe spécialisée dans la lutte contre les PFA.

Du côté de la politique fiscale, il a été établi que l'objectif principal devait consister à dissuader les contribuables de recourir aux PFA, en altérant le rapport risque/rendement pour les utilisateurs et en décourageant la conception et la mise en marché de produits fiscaux prêts à l'emploi par les intermédiaires fiscaux.

Par ailleurs, certaines caractéristiques inhérentes au régime fiscal québécois ont un impact sur le développement des PFA, alors que certains éléments contextuels en matière de politique fiscale québécoise limitent la gamme des outils législatifs pouvant être développés pour lutter contre les PFA.

Les actions envisagées dans le présent document prennent donc l'ensemble de ces facteurs en considération afin de présenter des propositions de modifications législatives adaptées au contexte fiscal québécois.

Placées sous l'angle de la dissuasion, ces propositions visent à forcer la divulgation de deux types d'opérations qui comportent des caractéristiques fréquemment associées à des dispositifs de PFA. En outre, elles introduisent un régime de pénalités et augmentent la période de prescription applicable à l'égard d'une opération visée par la RGAE. Toutefois, elles prévoient également un mécanisme de divulgation préventive pour les contribuables qui souhaitent éviter la pénalité et l'augmentation de la période de prescription. Par ailleurs, aucune modification à la RGAE n'est envisagée, si ce n'est une précision quant à la notion d'objets véritables.

Du point de vue des autorités fiscales, ces propositions de modifications législatives sont mesurées. Elles permettent de maximiser l'effet dissuasif recherché tout en minimisant les perturbations à l'égard des façons de faire actuelles, et ce, tant pour les contribuables que pour l'administration fiscale.

Annexe 1 – Synthèse des actions envisagées

1. Un mécanisme de divulgation hâtive obligatoire

Le ministère des Finances envisage l'instauration de règles de divulgation hâtive obligatoire selon les paramètres suivants :

- serait soumise à une obligation de divulgation, l'opération confidentielle, soit l'opération procurant un avantage fiscal à l'égard de laquelle un contribuable a retenu les services d'un conseiller, lorsque le contrat entre le contribuable et le conseiller comporte de la part du contribuable un engagement de confidentialité envers d'autres personnes ou envers l'administration fiscale relativement à l'opération;
- serait également soumise à une obligation de divulgation, l'opération à l'égard de laquelle la rémunération du conseiller prendrait l'une ou l'autre des formes suivantes :
 - elle est conditionnelle, en totalité ou en partie, à l'obtention d'un avantage fiscal découlant de l'opération ou est établie, en totalité ou en partie, en fonction de cet avantage fiscal;
 - elle peut être remboursée, en totalité ou en partie, au contribuable si l'avantage fiscal espéré de l'opération ne se concrétise pas;
 - elle n'est acquise, en totalité ou en partie, au conseiller qu'après l'expiration du délai de prescription applicable à l'année d'imposition ou aux années d'imposition durant lesquelles l'opération se déroule;
- l'expression « conseiller », à l'égard d'une opération, désignerait une personne, y compris une société de personnes, qui fournit de l'aide, de l'assistance ou des conseils relativement à la conception ou à la mise en œuvre de l'opération ou qui la commercialise ou en fait la promotion;
- le contribuable serait la personne tenue de faire une divulgation hâtive;
- le contribuable devrait transmettre des renseignements, sur un formulaire prescrit, suffisamment détaillés pour que l'administration fiscale puisse identifier et analyser l'opération se rapportant au comportement à risque;
- la divulgation hâtive devrait être faite à l'intérieur d'un délai de 30 jours après le début de l'exécution de l'opération;

- une pénalité, qui s'accroîtrait jusqu'à un montant maximal établi en fonction du nombre de jours de retard de la production du formulaire prescrit relatif à la divulgation, serait imposée. La pénalité minimale serait de 10 000 \$. Elle s'accroîtrait à raison de 1 000 \$ par jour de retard, à compter du deuxième jour de retard, pour atteindre un maximum de 100 000 \$;
- le contribuable qui omettrait de produire le formulaire prescrit relatif à une divulgation hâtive obligatoire ainsi que toute personne associée ou liée au contribuable verraient le délai de prescription, applicable aux conséquences fiscales découlant de l'opération non divulguée, suspendu jusqu'au moment de la production du formulaire prescrit.

2. Des modifications à la RGAE pour préciser la notion d'objets véritables

Le ministère des Finances n'entend pas proposer de modification à la RGAE, sauf quant à la définition d'opération d'évitement où il serait précisé que ne sont pas des objets véritables :

- l'obtention d'un avantage fiscal;
- la réduction, l'évitement ou le report de l'impôt ou d'un autre montant à payer en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant en vertu d'une loi du Québec autre que la *Loi sur les impôts*, d'une loi d'une autre province du Canada ou d'une loi fédérale;
- une combinaison des objets mentionnés ci-dessus.

3. L'augmentation de la période de prescription lorsque la RGAE s'applique

Le ministère des Finances envisage les actions suivantes, concernant la période de prescription, lorsque la RGAE s'applique :

- un délai de trois ans s'ajouterait aux délais normaux de prescription pour l'application de la RGAE par le ministre du Revenu et la nouvelle cotisation ne pourrait se rapporter qu'aux éléments visés par l'application de la RGAE;
- ce délai additionnel de trois ans ne s'appliquerait pas à une opération ou à une série d'opérations, lorsque le contribuable divulguerait cette opération ou cette série d'opérations à Revenu Québec, conformément aux règles de divulgation préventive, au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération ou la série d'opérations a eu lieu;

- ce délai additionnel de trois ans ne s'appliquerait pas non plus à une opération, lorsque le contribuable divulguerait cette opération à Revenu Québec dans le cadre d'une divulgation hâtive obligatoire et que le formulaire prescrit à cette fin serait produit au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération a eu lieu.

4. Un régime de pénalités lorsque la RGAE s'applique

Le ministère des Finances envisage la mise en place d'un régime de pénalités, selon les paramètres suivants, lorsque la RGAE s'applique à une opération d'évitement, relativement à un contribuable :

- le contribuable encourrait une pénalité égale à 25 % de l'impôt additionnel résultant de l'application, à l'opération d'évitement, de la RGAE;
- le promoteur encourrait une pénalité égale à 12,5 % des montants reçus ou à recevoir par celui-ci relativement à l'opération d'évitement à l'égard de laquelle une pénalité serait imposée au contribuable;
- le promoteur serait une personne, y compris une société de personnes, qui répond aux conditions suivantes :
 - elle commercialise ou fait la promotion d'une opération d'évitement abusive ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite;
 - elle reçoit, ou une personne à laquelle elle est liée reçoit, directement ou indirectement, une contrepartie pour cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;
 - il est raisonnable de conclure qu'elle a exercé un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien;
- le contribuable aurait la possibilité d'éviter de se voir imposer la pénalité dans les cas suivants :
 - lorsqu'il aurait divulgué cette opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) à Revenu Québec, conformément aux règles de divulgation préventive mentionnées à la sous-section 4.3.2, au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération (ou la série d'opérations qui comprend cette opération) a eu lieu;

- lorsqu'il aurait divulgué cette opération à Revenu Québec dans le cadre d'une divulgation hâtive obligatoire mentionnée à la sous-section 4.1.1, et que le formulaire prescrit à cette fin aurait été produit au plus tard à la date statutaire de production de la déclaration fiscale de l'année d'imposition dans laquelle l'opération a eu lieu;
- lorsqu'il aurait fait valoir avec succès une défense de diligence raisonnable;
- puisque la pénalité au promoteur est rattachée à la pénalité au contribuable, le promoteur pourrait l'éviter lorsque le contribuable aurait procédé à une divulgation, préventive ou hâtive, ou aurait fait valoir avec succès une défense de diligence raisonnable.

Annexe 2 – Processus de consultation

Avec la publication du document de consultation sur les PFA, le ministère des Finances invite les membres de la communauté fiscale, les associations et les regroupements professionnels concernés ainsi que toutes les personnes qui ont un intérêt pour le sujet à faire connaître leurs commentaires, opinions et suggestions par le dépôt d'un mémoire avant le 1^{er} mars 2009.

Il est possible que le ministère rende publics les mémoires reçus en les déposant sur son site Internet. À cette fin, il enjoint les expéditeurs de mémoires à utiliser le gabarit disponible sur la page Web de la consultation. Le ministère se réserve le droit de choisir les documents qu'il mettra en ligne.

Les mémoires peuvent être transmis par courriel, courrier ou télécopie à :

Secteur du droit fiscal et de la fiscalité
Ministère des Finances
12, rue Saint-Louis, étage B
Québec (Québec) G1R 5L3
Téléphone : 418 691-2236
Télécopieur : 418 644-5262
Courriel : pfa@finances.gouv.qc.ca

