

Le 31 mai 2023

Direction de la politique de l'impôt
Ministère des Finances
90, rue Elgin
Ottawa (Ontario) K1A 0G5

Par courriel (GAAR-RGAE@fin.gc.ca)

Objet : Consultation sur la RGAE – Commentaires de Deloitte

Monsieur, Madame,

Nous vous écrivons pour vous faire part de nos commentaires sur les propositions présentées dans le budget de 2023¹ visant à modifier la règle générale anti-évitement (« RGAE ») prévue dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi »), et plus particulièrement sur les changements décrits sous la rubrique « Règle générale anti-évitement » à l'annexe Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires et dans les propositions législatives connexes (« propositions de la RGAE »). Ces propositions s'appuient sur le document de consultation intitulé « Moderniser et renforcer la règle générale anti-évitement » (« document de consultation sur la RGAE ») publié le 9 août 2022. Nous croyons qu'une telle approche de rétroaction itérative contribue à favoriser une meilleure compréhension des questions abordées et de la façon dont les contribuables peuvent s'adapter aux propositions de la RGAE.

Deloitte et ses entités affiliées constituent l'un des plus importants cabinets de services professionnels au Canada. Nous travaillons avec de nombreux contribuables, qu'il s'agisse de particuliers, d'entreprises privées ou de multinationales canadiennes et mondiales, afin de les conseiller et de les soutenir pour leur permettre de s'acquitter de leurs obligations de conformité en vertu de la Loi. Nous avons eu le plaisir de formuler des commentaires sur le document de consultation de la RGAE dans notre lettre du 30 septembre 2022 (« mémoire de septembre 2022 ») et nous sommes également heureux de fournir des commentaires sur les propositions de la RGAE.

Nous présentons nos commentaires du point de vue des fiscalistes qui interagissent régulièrement avec les contribuables et les conseillent sur la façon de se conformer aux dispositions de la Loi. Selon notre expérience, nous constatons que de nombreux contribuables sont motivés par la certitude et la prévisibilité fiscales, en particulier en ce qui concerne les obligations en matière de présentation de l'information financière.

¹ Le « budget de 2023 » est utilisé dans l'ensemble du document et cette mention inclut l'annexe intitulée Mesures fiscales : renseignements supplémentaires.

Observations générales

La RGAE est et a été un élément important de la Loi depuis son adoption en 1988 et son développement ultérieur par la jurisprudence au cours de plusieurs décennies. Dans notre mémoire de septembre 2022 concernant le document de consultation sur la RGAE, nous avons souligné que, selon notre expérience, la RGAE a été un moyen de dissuasion efficace et que les contribuables mettent rarement en œuvre des opérations dans les situations où l'on s'attend à une application de la RGAE.

Préambule

Les contribuables sont susceptibles d'interpréter le préambule de la RGAE comme officialisant une intention parlementaire, ce qui est conforme au point de vue de façon générale des contribuables et des conseillers. Toutefois, le fait d'officialiser cette compréhension par voie législative peut entraîner une incertitude supplémentaire, d'autant plus que de nouveaux termes sont introduits dans un cadre législatif qui n'a pas fait l'objet d'une interprétation par les tribunaux.

Avantages fiscaux visés

Une partie de l'alinéa 245(0.1)a) proposé vise à établir par voie législative que les avantages fiscaux visés ne sont pas destinés à être annulés par la RGAE (« tout en permettant aux contribuables d'obtenir les avantages fiscaux visés par les dispositions applicables »). Cependant, nous croyons que la référence aux *avantages fiscaux visés* est trop étroite compte tenu de l'éventail d'avantages fiscaux dont les contribuables se prévalent et qui ne sont peut-être pas explicitement visés par les dispositions. Au lieu de cela, nous recommandons le libellé suivant (nos suggestions sont en italique) :

245(0.1) Le présent article de la présente loi contient la disposition générale anti-évitement, laquelle :

a) s'applique pour refuser les avantages fiscaux des opérations d'évitement qui entraînent directement ou indirectement un abus des dispositions de la présente loi [...] ou un abus eu égard à ces dispositions lues dans leur ensemble tout en permettant aux contribuables d'obtenir les avantages fiscaux visés par les dispositions applicables *ou qui n'entraînent pas par ailleurs un tel abus; [...]*

Nous croyons que ce libellé reflète l'objet de la RGAE, reconnaît la nature complexe et souvent normative et prescriptive de la législation fiscale, et préserve plus efficacement le cadre de l'évitement fiscal abusif fonctionnant raisonnablement bien qui a été établi par les tribunaux.

Stratégies fiscales prévues

Le préambule précise que la RGAE peut s'appliquer « qu'une stratégie fiscale ait été ou non prévue », mais ne définit pas davantage ce concept. Premièrement, le concept de « stratégie fiscale » n'est défini nulle part dans la Loi² et n'a pas été abordé en détail dans le document de consultation sur la RGAE³. Il est important d'énoncer clairement ce que l'on entend par une « stratégie fiscale » (peut-être au moyen de notes

² Le projet de loi C-47, qui, en partie, instaure des exigences en matière de divulgation pour les opérations à déclarer en vertu de l'article 237.4 proposé, utilise l'expression « stratégie fiscale », mais ne définit pas cette expression.

³ Bien que le libellé soit conforme aux commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 CSC 49 (ci-après appelée « Alta »), les concepts sous-jacents d'une « stratégie fiscale » n'ont pas été abordés dans cette affaire.

explicatives), car cela semble suggérer un concept ayant une intention claire et directe que les résultats d'une « série d'opérations » permettent d'atteindre un objectif global.

Le deuxième concept découle du document de consultation sur la RGAE qui a mis en lumière les préoccupations soulevées par les commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alta* selon lesquels la RGAE « a été adoptée dans le but d'identifier des stratégies fiscales qui n'avaient pas été prévues »⁴ et par une interprétation potentielle de cet énoncé « comme soutenant une application restreinte de la RGAE [qui] ne reconnaît pas l'interaction complexe de la RGAE avec les règles anti-évitement spécifiques »⁵. Dans l'affaire *Deans Knight*, la Cour suprême du Canada a maintenant confirmé que « la RGAE ne s'applique pas uniquement aux situations imprévues »⁶, ce qui devrait éliminer la nécessité d'inclure le paragraphe 245(0.1)c) proposé dans la Loi.

Opération d'évitement

Nous prévoyons que réduire le seuil du test de « l'objet principal » à « l'un des principaux objets » ne changera pas l'approche adoptée par les contribuables dans la préparation d'une analyse exhaustive de la RGAE. Comme nous l'avons indiqué dans notre mémoire de septembre 2022, selon notre expérience, l'analyse de l'applicabilité de la RGAE est axée en grande partie sur l'abus potentiel et la détermination de l'objet et l'esprit des dispositions applicables invoquées.

Il faudrait porter une attention particulière aux répercussions sur les définitions à d'autres fins dans la Loi. Même si l'avant-projet de loi harmonisait la terminologie avec les modifications proposées aux règles sur les opérations à déclarer énoncées à l'article 237.3 de la Loi, le terme « opération d'évitement » est utilisé de manière sélective ailleurs dans la Loi, notamment au paragraphe 5907(2.02) du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Il convient de noter que la règle énoncée au paragraphe 5907(2.02) ne comprend pas un critère de l'abus, tout comme la RGAE en soi, et que, par conséquent, réduire le seuil de l'opération d'évitement à un test de « l'un des principaux objets » dans ce contexte peut rendre la disposition beaucoup trop large.

Prenons l'exemple d'un groupe multinational ayant une société mère canadienne dont un groupe existant de filiales résidentes américaines exploite activement une entreprise. Supposons que le groupe envisage de conclure un accord de type coentreprise avec un tiers aux termes duquel le contribuable et le tiers contribueront des actifs à une entité américaine nouvellement constituée en échange de capitaux propres. Supposons également que la nouvelle entité soit contrôlée par le groupe contribuable de sorte qu'elle sera considérée comme une personne désignée ou une société de personnes à l'égard du contribuable, au sens du paragraphe 5907(1). Les actifs devant être transférés par la filiale américaine existante du contribuable sont des biens exclus au sens du paragraphe 95(1) et, par conséquent, leur disposition devrait donner lieu à un surplus exonéré. Supposons en outre que, dans un délai de deux ans, le contribuable ait besoin de liquidités supplémentaires au Canada et compte sur le surplus exonéré généré par le transfert d'actifs susmentionné pour rapatrier les fonds nécessaires en franchise d'impôt.

L'objet principal du transfert d'actifs est l'expansion des activités mondiales du contribuable grâce à une coentreprise stratégique avec un tiers. Toutefois, il peut être très difficile, d'un point de vue pratique, pour le contribuable de faire valoir que la génération d'un surplus n'était pas « l'un des principaux objets » sous-tendant le transfert, surtout compte tenu de l'opération subséquente de rapatriement des fonds, que

⁴ Ibid., par. 80.

⁵ Document de consultation sur la RGAE, à la p. 18.

⁶ *Deans Knight Income Corp. c. Canada*, 2023 CSC 16, par. 45.

cette opération subséquente ait été envisagée ou non au moment où le surplus a été généré. En termes simples, il peut être très difficile de prouver un négatif.

En résumé, il faut faire preuve de prudence en abaissant le seuil de ce qui constitue une opération d'évitement sans tenir compte des autres dispositions qui renvoient à cette définition et leur apporter les ajustements correspondants.

Il n'est pas clair non plus si d'autres lois, comme la *Loi sur la taxe sur les logements sous-utilisés*⁷ ou la *Loi sur la taxe sur certains biens de luxe*⁸, pourraient faire l'objet de modifications législatives similaires en vue d'une harmonisation avec la norme d'une opération d'évitement. Nous serions favorables à une définition harmonisée, dans la mesure du possible, dans toutes les lois fiscales afin d'assurer une norme commune dans l'application des règles générales anti-évitement qui ont un objectif et un cadre communs.

Substance économique

Les propositions de la RGAE comprennent une proposition visant à tenir compte de la substance économique, qui est examinée dans le contexte de l'atteinte de « l'objectif initial de la RGAE » tel qu'il est énoncé dans le budget de 2023. Plus précisément, les propositions introduisent un critère à trois volets au paragraphe 245(4.1) proposé pour établir si une opération manque considérablement de substance économique. S'il s'avère qu'une opération manque de substance économique, cela « a tendance à établir » une opération d'évitement fiscal.

À cet égard, les propositions de la RGAE semblent aborder les trois principaux enjeux qui ont été soulignés dans le document de consultation sur la RGAE, avec l'ajout d'une règle explicite sur la substance économique :

1. Définir la substance économique de manière à pouvoir déterminer quand il y a un manque;
2. Intégrer la règle de substance économique dans l'analyse de la RGAE; et
3. Déterminer les conséquences appropriées d'un manque de substance économique.

Bien que la définition de la substance économique et l'intégration de la règle de substance économique dans l'analyse de la RGAE semblent claires, les conséquences appropriées en cas de manque de substance économique nécessitent des explications supplémentaires.

Conséquences de la notion d'avoir « tendance à établir »

Une question cruciale est celle de savoir quelles sont les conséquences d'une opération manquant de substance économique et, plus précisément, s'il y a un changement dans le fardeau de preuve de l'établissement d'un abus de la Loi. Le document de consultation sur la RGAE a envisagé cette approche tout en cernant les défis connexes.

L'utilisation de la notion d'avoir « tendance à établir » semble concorder le mieux à la suggestion du document de consultation de la RGAE d'introduire un « critère d'abus plus strict ». Bien que le budget de 2023 indique « [qu'il] serait toujours nécessaire de déterminer l'objet et l'esprit des dispositions ou des

⁷ L'article 12 de la *Loi sur la taxe sur les logements sous-utilisés*, L.C. 2022, c. 5, contient une disposition générale anti-évitement qui utilise un libellé semblable à celui de la Loi.

⁸ L'article 68 de la *Loi sur la taxe sur certains biens de luxe*, L.C. 2022, c. 10, contient une disposition générale anti-évitement qui utilise un libellé semblable à celui de la Loi.

mécanismes invoqués, en conformité avec la jurisprudence actuelle sur la RGAÉ », le texte poursuit en énonçant que « [dans] la mesure où une opération manque de substance économique, la nouvelle règle s'appliquerait. Autrement, la jurisprudence actuelle sur l'abus continuerait d'être pertinente. » (Nos soulignements.)

Le texte du budget de 2023 n'indique pas clairement ce qu'est « la nouvelle règle », surtout lorsqu'on la compare à la « jurisprudence actuelle sur l'abus », qui impose à la Couronne le fardeau d'établir l'abus des dispositions invoquées. Dans la mesure où il existe une « nouvelle règle » et non pas simplement une indication de ce que signifient les facteurs qui ont « tendance à établir » un abus, celle-ci devrait être clairement énoncée.

En résumé, les conséquences d'une opération manquant de substance économique, bien que celle-ci puisse avoir « tendance à établir » un abus de la Loi, ne devraient pas être de renverser le fardeau de preuve de l'établissement d'un abus. Nous réitérons les commentaires que nous avons formulés dans notre mémoire de septembre 2022 concernant les difficultés de transférer le fardeau de la preuve au contribuable. Ces difficultés sont exacerbées si le préambule proposé, particulièrement en ce qui concerne les « avantages fiscaux visés par les dispositions applicables », n'est pas modifié comme nous en avons ci-haut discuté.

La nécessité d'avoir des exemples

Le budget de 2023 comprend un seul exemple, soit le transfert de fonds par un particulier d'un compte imposable à un compte d'épargne libre d'impôt (CELI), pour suggérer qu'il n'y a manifestement pas d'abus des dispositions de la Loi. De même, des opérations simples pourraient être mises en évidence lorsqu'il y a une intention politique moins claire sous-tendant certaines dispositions invoquées. Des exemples peuvent être fournis dans les notes explicatives ou dans des directives administratives supplémentaires (décrites ci-dessous). Le document de consultation sur la RGAÉ l'a reconnu en déclarant ce qui suit :

Comme on l'a noté plus haut, certaines opérations (comme les cotisations à un REER et les transferts de pertes intragroupe) pourraient être considérées comme n'ayant pas de substance économique bien qu'elles correspondent à la politique sous-jacente des dispositions sur lesquelles elles reposent. Il serait important de s'assurer que la RGAÉ ne s'applique pas à de telles opérations.

L'avant-projet de loi comprend un objectif global – la totalité, ou la presque totalité des possibilités pour le contribuable de réaliser des gains ou des bénéfices et de subir des pertes, conjointement avec celles des contribuables ayant un lien de dépendance, reste inchangée – ainsi que des exemples précis sur la façon dont cet objectif global peut être atteint au moyen de plusieurs mécanismes, tel qu'il est énoncé à l'alinéa 245(4.1)a) proposé de la Loi.

Exemple : opérations de consolidation des pertes et autres activités de planification fiscale acceptables

En raison du régime fiscal canadien, qui comprend la détermination des obligations fiscales de chaque personne, y compris les sociétés qui sont sous contrôle commun, l'inclusion des contribuables ayant un lien de dépendance peut soulever des préoccupations quant à l'acceptabilité des opérations ordinaires qui visent à utiliser des attributs fiscaux au sein de parties affiliées.

Par exemple, prenons la situation où une société a démarré une entreprise au sein d'une filiale en propriété exclusive distincte (« Pertes ltée ») qui n'est pas rentable ultimement et qui a généré des pertes autres qu'en

capital ayant été financées au moyen d'un billet à ordre. La société détient également des biens immobiliers ayant un gain inhérent. La société transfère les biens immobiliers à Pertes ltée en vertu du paragraphe 85(1) de la Loi en échange d'une contrepartie en actions et procède à la revente des biens immobiliers à la société principale en échange d'un billet compensatoire.

Des opérations de consolidation des pertes similaires peuvent être effectuées couramment pour optimiser l'utilisation des attributs fiscaux, et ce, dans le respect des paramètres établis dans les décisions publiées par l'ARC⁹.

Exemple : dons d'un particulier à un parent

Prenons l'exemple d'un particulier qui a l'intention de fournir un soutien financier à un parent. Le particulier choisit de faire un don en argent à un parent, qui n'a pas d'autres sources importantes de revenus. Le parent gagne un revenu de placement sur les fonds et paie moins d'impôt sur le produit que ce qui aurait été encouru si le particulier avait conservé le contrôle des fonds compte tenu de ses autres sources de revenus. Bien que le particulier se soit appauvri en raison du don ayant un rendement non économique, en vertu de la relation avec lien de dépendance entre le particulier et son parent, l'opération manque sans doute de substance économique au sens de la définition. De plus, ce résultat peut être comparé à l'exemple du CELI étant donné qu'il n'y a pas d'intention politique claire de permettre des dons à des personnes ayant un lien de dépendance¹⁰.

Il s'agit de deux exemples simples qui soulignent la nécessité d'avoir des directives supplémentaires, comme il est exposé ci-dessous dans le cadre du processus d'entrée en vigueur.

Pénalité financière et période de nouvelle cotisation

Les propositions de la RGAE prévoient une pénalité équivalant à 25 % du montant de l'avantage fiscal, le montant de l'avantage fiscal étant réputé être nul lorsqu'il comporte un attribut fiscal qui n'a pas encore servi à réduire l'impôt. Même si nous croyons que la RGAE a eu un effet dissuasif efficace en l'absence de pénalités, l'instauration d'une pénalité financière améliorera probablement la divulgation, ce qui, à son tour, peut aider à éclairer les points de vue du gouvernement sur les changements nécessaires¹¹.

Nous croyons que la pénalité financière et la prolongation de la période normale de nouvelle cotisation constitueront un moyen efficace d'encourager la déclaration en vertu des règles améliorées de divulgation obligatoire, dont le Parlement est actuellement saisi sous la forme du projet de loi C-47. Selon notre expérience, la majorité des contribuables accorde de l'importance à la certitude fiscale et cherchera à éviter la prolongation des périodes normales de nouvelle cotisation et les pénalités financières potentielles. Nous appuyons les pénalités dans la mesure où elles améliorent indirectement la capacité de l'ARC de s'acquitter de ses fonctions administratives et permettent aux contribuables d'obtenir rapidement une certitude quant à leurs obligations en matière de conformité fiscale.

⁹ Par faciliter la lecture, le terme « ARC » sera utilisé dans l'ensemble du document, malgré les divers changements de nom au fil des ans.

¹⁰ Il est possible de soutenir que les dispositions d'attribution fournissent un cadre et pourraient être interprétées comme une intention politique, mais lorsqu'elles sont lues avec le préambule proposé, cela n'est pas clair.

¹¹ Des changements peuvent être apportés par voie législative ou par un avis plus officiel des aspects préoccupants, par exemple au moyen du régime d'opérations à signaler contenu dans le projet de loi C-47.

Il faudrait tenir compte du fardeau administratif lié aux divulgations supplémentaires et des coûts supplémentaires potentiels pour les contribuables et les administrateurs fiscaux, en particulier compte tenu de ce que devraient être les exigences en matière de déclaration révisées en vertu de l'article 237.3 de la Loi. Une attention particulière doit être portée à l'atteinte de l'objectif des divulgations, c'est-à-dire d'aviser l'ARC afin de permettre une administration de la Loi en temps opportun en ce qui concerne des points de désaccord potentiels. Par exemple, dans le cas où une divulgation est faite volontairement en vertu de l'article 237.3 et qu'il pourrait être utile d'exiger une quantité moindre de renseignements¹².

Dispositions d'entrée en vigueur

Lorsque la RGAE a été adoptée en 1988, elle s'accompagnait de dispositions d'entrée en vigueur qui prévoyaient un délai d'application par l'entremise de sa loi habilitante (projet de loi C-139¹³) pour les opérations qui faisaient partie d'une série d'opérations. Plus précisément, la RGAE ne s'appliquait pas aux opérations qui faisaient partie d'une série d'opérations commencées avant la date de la sanction royale, pourvu qu'elles aient été terminées avant 1989. Le fait de restreindre une « série d'opérations » à ces fins a permis de fournir un délai raisonnable pour l'achèvement de certaines opérations dans le cadre d'une série d'opérations. Lors de la transition à la nouvelle RGAE, des dispositions similaires d'entrée en vigueur devraient s'appliquer, en particulier compte tenu de l'interprétation large donnée à une série d'opérations au titre du paragraphe 248(10) de la Loi.

L'ARC a publié une circulaire d'information (IC 88-2) le 21 octobre 1988, qui fournissait 28 exemples précis et les points de vue de l'ARC. La circulaire publiée a également été appuyée par des commentaires de représentants de l'ARC afin de traiter diverses questions d'interprétation sur les opérations courantes¹⁴. Nous suggérons fortement la publication de directives détaillées semblables, idéalement conjointement par l'ARC et le ministère des Finances, selon un échéancier similaire (c'est-à-dire en même temps que l'adoption d'une loi par le Parlement) concernant les opérations acceptables.

Alors que certaines provinces s'appuient sur la définition de la RGAE énoncée dans la Loi pour leurs fins provinciales, d'autres provinces et territoires ont des lois autonomes qui s'harmonisent à la Loi, mais n'y renvoient pas nécessairement. Nous encourageons fortement une harmonisation entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ou territoriaux, notamment en ce qui concerne les dates de prise d'effet et les dispositions d'entrée en vigueur, afin de permettre l'harmonisation de l'administration fiscale pour les contribuables qui ont des obligations en matière de conformité fiscale dans plusieurs provinces et territoires.

Conclusion

La modernisation proposée de la RGAE précise davantage les concepts qui ont été largement envisagés avec la mise en œuvre de la RGAE en 1988 et représente une évolution raisonnable. L'introduction de pénalités est susceptible d'encourager les contribuables à divulguer davantage de renseignements, ce qui permettra à l'ARC de s'acquitter de ses fonctions administratives et de ses responsabilités dans le cadre de la Loi. Dans la

¹² Le volume de renseignements peut être particulièrement préoccupant si l'on demande aux contribuables de décrire en détail une « série d'opérations », ce qui peut être sujet à interprétation, tout en veillant à ce qu'une divulgation complète soit faite.

¹³ L.C. 1988, c. 55.

¹⁴ La table ronde de 1988 comprenait des commentaires sur les opérations de « purification » effectuées pour s'assurer que les actions répondent à une définition de petite entreprise admissible. Il s'agit d'un exemple d'une série courante d'opérations effectuée par de nombreux contribuables dans le contexte de la vente d'actions qui aurait une application générale.

mesure où des changements sont apportés, nous recommandons fortement de s'appuyer sur des concepts et un libellé plus clairs et plus prévisibles, et que ces concepts et ce libellé soient harmonisés dans l'ensemble des autres lois fiscales canadiennes qui comportent des règles générales anti-évitement similaires, afin d'assurer la cohérence pour les contribuables qui ont des obligations en matière de conformité en vertu de diverses lois fiscales.

* * * * *

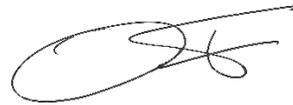
Nous espérons que nos commentaires spécifiques vous seront utiles dans votre examen des propositions de la RGAE. Nous serions heureux de vous rencontrer, vous ou d'autres représentants, afin de discuter de notre mémoire, car Deloitte s'engage à apporter une contribution importante pour aider à façonner la politique fiscale du Canada et son application à l'avenir de notre pays.

Nous consentons à la divulgation de nos commentaires en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* et une copie de notre mémoire sera disponible sur notre site web à l'adresse www.deloitte.ca.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, nos sincères salutations.



Rob Jeffery, CPA, CA
Leader national de la politique fiscale
Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.



Olivier Fournier
Leader national, Différends et litiges fiscaux
Deloitte Legal Canada S.E.N.C.R.L./s.r.l.