

Montréal, le 31 mars 2009

Madame Monique Jérôme-Forget
Ministre des Finances du Québec
12, rue Saint-Louis, 1^{er} étage
Québec (Québec) G1R 5L3

PAR COURRIEL ET MESSAGER

Objet : ACEF - Livre Vert

Madame la Ministre,

Au nom de l'Association canadienne d'études fiscales (l'« ACEF »), nous vous remercions d'avoir donné l'occasion aux membres de la communauté fiscale de formuler des commentaires et suggestions en réponse aux diverses recommandations contenues dans le document de consultation sur les « Planifications fiscales agressives » (le « Livre Vert ») déposé à la fin janvier 2009. À cet égard, l'ACEF a réuni de nombreux fiscalistes (voir la liste ci-jointe), membres de notre association œuvrant tant dans les milieux juridiques, comptables qu'universitaires (le « Comité ») afin de discuter des mesures proposées dans le Livre Vert. Nous ne comptons pas vous faire part de tous les commentaires qui ont été exprimés lors de nos discussions, mais nous nous contenterons de vous transmettre ceux qui, de par leur importance, méritent votre attention personnelle et une réflexion approfondie. Nous soulignons qu'il y a eu sur ces points consensus des membres du Comité. Ainsi, les commentaires du Comité porteront sur deux thèmes principaux, à savoir :

- (a) le mécanisme de divulgation hâtive obligatoire; et
- (b) le régime de pénalités lorsque la règle générale anti-évitement (la « RGAÉ ») s'applique.

D'entrée de jeu, nous voulons souligner l'accord des professionnels consultés avec les préoccupations exprimées dans le Livre Vert quant à la protection de l'assiette fiscale québécoise et la participation de chaque contribuable à sa juste part de l'effort fiscal. Cependant il ne faut pas perdre de vue qu'il existe également un principe de longue date qui veut que les contribuables puissent organiser leurs affaires afin de minimiser leur fardeau fiscal et par ailleurs œuvrer dans un environnement où il existe un niveau important de clarté et de certitude dans la *formulation* et l'interprétation de la loi. Ce principe vaut toujours même s'il n'est pas absolu.

La RGAÉ a été adoptée pour limiter les opérations d'évitement non spécifiquement interdites, en espérant compromettre le moins possible le besoin de certitude des contribuables. Toutefois, vingt ans après son adoption, force est de constater que l'application de la RGAÉ est source de grandes controverses, voire de confusion, tel qu'en font foi les opinions fort divergentes récemment exprimées par les sept juges de la Cour suprême du Canada (la « C.S.C. ») dans l'arrêt *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1 (« *Lipson* »). De l'avis du Comité, la mise en place d'un mécanisme de divulgation, ancré sur une règle aussi âprement débattue et assorti de pénalités quasi automatiques, semble peu compatible avec un régime fiscal concurrentiel et propice aux affaires qui nécessite un maximum de fiabilité et un minimum d'incertitude dans l'application de ses lois et qui n'impose qu'un fardeau administratif raisonnable auquel les contribuables sont en mesure de se plier.

Voici maintenant les commentaires plus spécifiques que l'ACEF désire porter à votre attention :

I. LA DIVULGATION HÂTIVE OBLIGATOIRE

Le ministère des Finances (« **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. (nous soulignons)

A. LES OPÉRATIONS À DIVULGUER

L'adoption de ce mécanisme de divulgation hâtive et obligatoire cherche à permettre au fisc de déceler rapidement les planifications fiscales abusives et d'entreprendre les mesures qui s'imposent afin d'assurer l'intégrité du régime fiscal québécois. Quoique cet objectif puisse sans doute être souhaitable, encore faut-il que la divulgation imposée soit limitée à l'objectif

poursuivi, soit la détection des planifications fiscales agressives. Or, l'obligation de divulguer est libellée en termes extrêmement larges qui semblent dépasser le cadre des opérations ayant fait l'objet d'une *planification* dans le but d'obtenir un avantage fiscal, abusif ou non.

Dans sa forme actuelle, la proposition de divulguer toute opération à l'égard de laquelle la rémunération du conseiller est conditionnelle à l'avantage fiscal et toute opération effectuée de façon confidentielle semble dépasser cet objectif. Ainsi, les membres du Comité ont exprimé quelques appréhensions quant à la portée de cette mesure et quant à l'incertitude actuelle relativement aux informations qui devront être fournies dans le cadre des divulgations.

Les opérations déjà complétées et à l'égard desquelles un conseiller est déjà engagé, moyennant des honoraires conditionnels, dans un travail d'analyse relativement à l'application de dispositions fiscales, par exemple en matière de taxes indirectes ou de recherche scientifique et développement expérimental, ne devraient pas tomber sous l'emprise du processus de divulgation. De tels services professionnels sont souvent ainsi rémunérés du fait que certains contribuables n'ont tout simplement pas les ressources nécessaires pour être en mesure de connaître, d'interpréter et d'appliquer tous les détails des lois fiscales complexes auxquelles ils doivent se soumettre, sans pour autant que les opérations effectuées aient fait l'objet de quelque planification fiscale que ce soit, encore moins agressive.

B. L'INFORMATION REQUISE

Le Livre Vert contient peu de précisions sur l'information qui devra être divulguée, autre que :

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.

Pour les membres du Comité, il apparaît important que les informations à produire par les contribuables, sous peine de pénalités importantes et de suspension du délai de prescription, soient non seulement limitées à l'objectif poursuivi par la législation proposée, mais qu'elles soient aussi clairement et facilement identifiables par les contribuables. Étant donné les divers enjeux relatifs au processus de divulgation et son impact éventuellement significatif sur le secret professionnel, l'utilisation potentielle de cette information dans un contexte de vérification et éventuellement dans un processus judiciaire, la portée de la divulgation de même que la nature des informations exigées, devraient être définies au préalable.

Enfin, quelle que soit la forme de divulgation, le Comité est d'avis qu'il est primordial que les renseignements requis soient limités aux éléments factuels d'une opération et ne cherchent pas à identifier les conseils, analyses ou autres avis reçus de professionnels sous le sceau de la confidentialité.

II. LE RÉGIME DE PÉNALITÉS

Le ministère des Finances envisage la mise en place d'un régime de pénalités, selon les paramètres suivants :

- lorsque la RGAÉ 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 RGAÉ;
 - 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. (nous soulignons)

A. PÉNALITÉ AUX CONTRIBUABLES

Le Livre Vert envisage d'imposer des pénalités automatiques dans tous les cas où le fisc applique la RGAÉ et ce, tant aux contribuables qu'aux promoteurs. Les membres du Comité sont d'avis que l'instauration d'une telle pénalité est difficilement justifiable.

Premièrement, quoique la RGAÉ ait été mise en place il y a plus de vingt ans, son application demeure encore très controversée. La difficulté tient au fait, entre autres, que la RGAÉ ne s'applique que dans des situations où, malgré le respect de la lettre de la loi, les opérations sont considérées comme en ayant contrecarré l'objet ou l'esprit. Or, la détermination de l'objet ou l'esprit de la loi dans un domaine aussi compliqué que la fiscalité est un exercice fort complexe, probablement en bonne partie subjectif et, ainsi, très incertain. Depuis la mise en vigueur de la RGAÉ, le fisc n'a d'ailleurs eu gain de cause que dans moins de 50% des dossiers qui ont été entendus par les tribunaux. Dans *Lipson*, où le fisc a eu gain de cause, les juges de la C.S.C. ont été on ne peut plus divisés sur cette question. Pour les membres du Comité, il semble donc fondamentalement inéquitable et injuste d'imposer une pénalité automatique quand l'interprétation de cette disposition demeure elle-même si incertaine et difficile à cerner.

Deuxièmement, au niveau de la politique fiscale et de l'administration de la justice, il semble difficile de justifier l'imposition d'une pénalité à un contribuable qui serait coupable non pas d'avoir fait défaut de respecter la lettre de la loi, mais d'avoir contrevenu à son objet ou à son esprit tout en ayant respecté la lettre, possiblement sans même s'en être rendu compte. Il serait d'autant plus difficile de justifier une telle pénalité alors que celui qui aurait contrevenu à une disposition anti-évitement spécifique n'est assujéti à aucune pénalité semblable. Dans son rapport concernant la réforme fiscale, remis le 16 novembre 1987, le Comité permanent des finances et des affaires économiques de la Chambre des communes avait recommandé qu'aucune pénalité ne soit imposée aux contribuables ayant participé à une opération d'évitement telle que définie à la RGAÉ fédérale, qui est codifiée à l'article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch.1 (5^e Suppl.), telle que modifiée (la « *LIR* »), au motif que des pénalités ne devraient être rattachées qu'aux cas de négligence grossière ou de fraude. Le Comité permanent

a ajouté que les pénalités déjà prévues à la *LIR*, en plus des intérêts au taux prescrit, suffisaient pour contrer l'évitement fiscal. En bonne partie, ces constatations sont encore aujourd'hui bien fondées, même s'il est possible que, depuis leur prononcé, l'amplitude des PFA ait augmenté et que la zone grise entre évasion et organisation légitime des affaires se soit élargie.

Troisièmement, il a été fait mention dans le Livre Vert que le rapport risque/rendement actuel est favorable aux contribuables en ce que l'application de la RGAÉ ne fait que remettre les contribuables dans la situation où ils (elles) auraient été s'ils (elles) n'avaient « tenté leur chance ». Selon ce point de vue, la RGAÉ serait en soi insuffisante pour les dissuader d'effectuer des opérations d'évitement et une pénalité serait nécessaire pour les en dissuader. Il convient de se demander si Finances ne sous-estime pas les coûts, les impacts et les risques pour un contribuable de toute nouvelle cotisation fiscale de type RGAÉ ou qui lui est apparentée.

Quatrièmement, le Livre Vert précise que l'imposition de pénalités aux contribuables serait un processus simple ne nécessitant aucune analyse autre que celle requise pour l'application de la RGAÉ. Avec égards, cet argument paraît quelque peu circulaire et ne peut sembler tenir la route que grâce au caractère automatique de la pénalité. Dans toute société démocratique, certains actes sont considérés comme particulièrement graves et suscitent une profonde réprobation alors que d'autres sont tolérables et plus ou moins excusés. Les autorités gouvernementales chargées d'appliquer des pénalités à l'égard de ces actes doivent veiller à le faire avec discernement et en tenant compte de tous les facteurs pertinents, cette obligation étant d'autant plus grande lorsque le montant de la pénalité est considérable. L'imposition d'une pénalité aussi importante que celle considérée ici doit obligatoirement tenir compte du comportement du (de la) contrevenant(e) et de son état d'esprit au moment de poser l'acte reproché afin de déterminer si cet acte est « fiscalement » justifiable ou non, la démarcation étant souvent imprécise et certainement variable. À cette fin, Revenu Québec devra donc dans chaque cas effectuer une analyse supplémentaire à celle requise aux fins de l'application de la RGAÉ et, s'il impose une pénalité, en supporter le fardeau de preuve.

Cinquièmement, le risque d'une pénalité imposée automatiquement à l'application de la RGAÉ accroîtra le fardeau administratif des contribuables qui, pour se protéger, n'auront d'autres choix que de faire une divulgation préventive ou une demande de décision anticipée même lorsqu'ils n'ont aucun doute raisonnable quant à la légitimité fiscale de leur transaction. De l'avis du Comité, le mécanisme de divulgation hâtive obligatoire, jumelé aux sanctions dont il serait assorti, soit les pénalités et la suspension de la prescription, répond déjà à l'objectif poursuivi de décourager les "produits fiscaux prêts à l'emploi" et il ne s'avère pas nécessaire d'imposer en plus une pénalité RGAÉ automatique.

Enfin, le Livre Vert suggère que l'incertitude des contribuables puisse être éliminée par le biais de la divulgation préventive et des demandes de décisions anticipées. Or, l'interprétation de la RGAÉ demeurera toujours incertaine. De l'avis de la majorité des personnes consultées, le processus de divulgation ne pourra éliminer cette incertitude puisqu'il sera lui-même tributaire

de l'interprétation par les contribuables de la RGAÉ et de son application. Quant au processus de demandes de décisions anticipées, de l'avis du Comité, ce processus, bien que généralement valable, aurait peu de chance d'être efficace en l'espèce, car il en résulterait une augmentation importante des délais avant d'obtenir la décision, qui pourrait à la limite ne jamais être émise ou ne pas l'être en temps utile ou réel, sans compter les coûts résultant de la nécessité d'avoir recours à des services professionnels.

En dernière analyse, en ajoutant un niveau supplémentaire d'incertitude et de complexité engendrant dans son sillage de nouveaux frais importants, le régime fiscal québécois se placerait aux antipodes de l'orientation actuelle du gouvernement du Québec et de nombreux autres gouvernements qui favorisent le développement des affaires par l'allègement de leurs législations et réglementations et du fardeau administratif afférent.

B. PÉNALITÉ AUX PROMOTEURS

La proposition d'imposer une pénalité aux « promoteurs » qui serait rattachée à celle appliquée aux contribuables et imposée de concert avec cette dernière est aussi source de grandes préoccupations. L'imposition de pénalités qui dépendent des actions ou inactions de tiers est fondamentalement injuste en ce que le promoteur serait coupable par anticipation pour les faits de tiers sur lesquels il n'a que peu ou pas de contrôle. De plus, les mesures proposées ne prévoient aucune possibilité pour un promoteur d'invoquer une défense à l'encontre de l'application de la pénalité. Enfin, il existe déjà des dispositions (notamment les pénalités relatives aux abris fiscaux et les pénalités aux tiers) qui pourraient être adaptées afin de s'appliquer à l'égard de promoteurs qui conseilleraient activement la mise en place des planifications fiscales abusives assujetties à la nouvelle obligation de divulgation et permettraient ainsi au fisc d'atteindre ses objectifs d'administration équitable des lois fiscales et de dissuasion.


III. CONCLUSIONS

De façon générale et selon les informations qui nous sont disponibles, il appert que les mesures proposées ne seront pas harmonisées avec les dispositions fiscales des autres régimes canadiens, plaçant ainsi les contribuables québécois dans une situation qui risquerait de lui être défavorable par rapport à celle des contribuables des autres provinces. Un tel régime établi sans concertation avec les autres juridictions créerait des disparités qui ne sont guère utiles dans un contexte de concurrence interprovinciale, nord-américaine et mondiale accrue à laquelle le Québec doit faire face afin d'attirer et maintenir ses investissements. Il serait donc souhaitable que les mesures proposées soient d'abord harmonisées avec l'ensemble du système fiscal canadien, tant au niveau fédéral qu'au niveau des autres provinces.

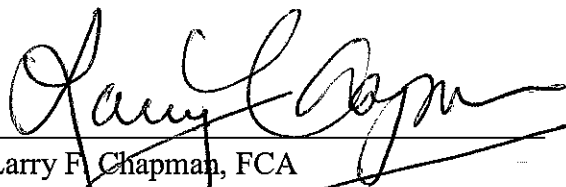
En terminant, l'ACEF souhaite vivement que la publication du Livre Vert et la période de consultation qui l'a suivie servent de prélude à la création d'un comité conjoint permanent composé de membres de Finances et de Revenu Québec ainsi que de fiscalistes des secteurs

privé et universitaire afin de créer un forum spécialisé où, lors de rencontres ponctuelles, se discuteront ouvertement et librement les modifications envisagées au régime fiscal québécois, telles que celles contenues dans le Livre Vert. L'ACEF croit que la création d'un tel comité offrira l'opportunité au gouvernement et au secteur privé de travailler ensemble afin d'améliorer le régime fiscal québécois et contribuera à l'amélioration des relations entre le gouvernement du Québec et la communauté fiscale. L'ACEF offre sa collaboration pleine et entière à la création d'un tel comité.

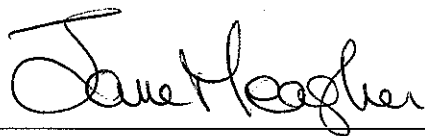
Veillez agréer, Madame la Ministre, l'expression de nos sentiments les meilleurs.



Wilfrid Lefebvre, c.r.
Président, Conseil des Gouverneurs



Larry F. Chapman, FCA
Directeur exécutif et chef de la direction



Jane Meagher
Directrice régionale, Bureau du Québec

cc : M. Réal Tremblay
Sous-ministre adjoint au droit fiscal et à la fiscalité, ministère des Finances du Québec

Liste des membres du Comité

François Barette - Davies Ward Phillips & Vineberg
Pierre Barsalou - Barsalou Lawson
Etienne Bruson- Samson Belair Deloitte & Touche
Pierre Bourgeois - PWC
Guy Du Pont - Davies Ward Phillips & Vineberg
Gilles Larin – Université de Sherbrooke
Wilfrid Lefebvre - Ogilvy Renault
Pierre Lessard - PWC
Elaine Marchand – Osler Hoskin & Harcourt
Pierre Martel – Stikeman Elliott
Brian Mustard - KPMG
Alain Ranger – Fasken Martineau DuMoulin
Paul Ryan – Ravinsky Ryan
Sean Sprackett - Ernst & Young