

COVID-19 : Érosion de la base d'imposition et transfert de pertes des multinationales vers le Canada¹

Michaël Robert-Angers, professionnel de recherche
Lyne Latulippe, chercheure principale
Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

27 octobre 2020

Le directeur général de l'Organisation mondiale de la santé a déclaré la planète en état de pandémie le 11 mars 2020. En réaction, plusieurs juridictions ont restreint les activités commerciales et l'accès à leur territoire en vue de limiter la propagation du virus, entraînant des impacts dévastateurs sur l'économie. Pour chaque mois de confinement strict, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) évalue que deux points de pourcentage du taux de croissance annuel du PIB se verront retranchés². Dans ce contexte difficile, on observe des mouvements de repli nationaux des économies, l'achat local est promu, on vante les mérites de l'économie circulaire.

La majorité des groupes de sociétés multinationales (GSM) sera affectée par la crise pandémique. La Banque mondiale, qui a analysé les prévisions de 5 000 GSM, anticipe une compression de revenus moyenne de 30 % en 2020. Les secteurs de l'énergie (-208 %) et de l'aviation (-116 %) seraient particulièrement touchés. Ceci aura

¹ La Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke tient à remercier de son appui renouvelé le ministère des Finances du Québec et désire lui exprimer sa reconnaissance pour le financement dont elle bénéficie afin de poursuivre ses activités de recherche.

² OCDE, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, p. 2, 10 juin 2020, en ligne : OCDE, < https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=126_126496-evgsi2gmqj&title=Evaluating_the_initial_impact_of_COVID-19_containment_measures_on_economic_activity >.

un impact important sur les bénéficiaires de ces groupes de sociétés dont les chaînes de valeur, allant de l'approvisionnement à la distribution, devraient subir des pressions³.

Au Canada, la contribution économique des GSM est indéniable. Celles-ci ont généré la moitié du PIB des sociétés (valeur ajoutée) en 2017⁴. Toujours en 2017, dans les secteurs de la fabrication et du commerce de gros, les filiales de multinationales étrangères contribuent davantage au PIB que les multinationales canadiennes ou les non-multinationales⁵. Il est par conséquent pertinent de s'interroger sur les répercussions de la pandémie sur la rentabilité de ces filiales et des recettes fiscales que ces entreprises généreront à la suite de la crise.

Les multinationales constituent des acteurs économiques incontournables dont les pratiques fiscales sont examinées par l'OCDE. Le projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS)⁶, en cours depuis 2012 a mis en lumière de multiples pratiques d'évitement fiscal utilisées par certains GSM et a proposé des solutions, plusieurs de celles-ci ayant déjà entraîné des modifications aux législations fiscales à travers le monde.

Les structures complexes mises en place par les GSM rendent les évaluations de l'ampleur des pertes de recettes fiscales qui peuvent leur être attribuées particulièrement imprécises. Les estimations varient fortement selon les auteurs. Les économistes Toslov, Wier et Zucman ont estimé les pertes de revenus fiscaux du Canada associées aux activités des multinationales dans les paradis fiscaux à 7 % des impôts sur le revenu des sociétés en 2017⁷.

Statistique Canada a également réalisé quelques analyses qui laissent entendre que les GSM répartissent leurs bénéfices afin de réduire leur facture mondiale d'impôt. Parmi les évaluations menées, il a été décelé qu'entre 2011 et 2016 les bénéficiaires des GSM ont eu tendance à se concentrer dans les juridictions où sont situées des entités du groupe qui présentent les taux d'imposition effectifs les plus faibles⁸.

Les principales stratégies déployées par les GSM comprennent la localisation stratégique de la propriété intellectuelle⁹ et le transfert de dette¹⁰; des stratégies amplement documentées et sur lesquelles la Chaire de recherche en fiscalité et finances publiques s'est également penchée. Elles englobent également la manipulation de prix de transfert (*transfer mispricing*). L'application des règles de prix de transfert, dont celles visant la répartition des risques associés aux transactions, est fastidieuse. De ce processus découlent une incertitude et une flexibilité quant à la détermination du prix de transfert.

³ Blogue de la Banque mondiale, *Foreign direct investment and global value chains in the wake of COVID-19*, 1^{er} mai 2020, en ligne : Banque mondiale, < <https://blogs.worldbank.org/psd/foreign-direct-investment-and-global-value-chains-wake-covid-19> > .

⁴ Statistique Canada, *Activités des entreprises multinationales au Canada, 2017*, 18 novembre 2019, en ligne : Statistique Canada, < <https://www150.statcan.gc.ca/n1/daily-quotidien/191118/dq191118a-fra.htm> > .

⁵ Statistique Canada, *Tableau 36-10-0620-01 - Activités des entreprises multinationales au Canada, multinationales canadiennes et étrangères, selon la province, le secteur et l'industrie, niveau de l'établissement* (consulté le 17 septembre 2020).

⁶ OCDE, *Base Erosion and Profit Shifting*, en ligne : OCDE, < <https://www.oecd.org/tax/beps/> > .

⁷ Thomas R. TOSLOV, Ludwvig S. WIER et Gabriel ZUCMAN, *The missing profits of nations*, en ligne : < <https://missingprofits.world/> > (consulté le 17 septembre 2020). Ces chercheurs ont effectué une mise à jour de leur analyse initiale et diffusent l'intégralité des données qu'ils utilisent.

⁸ Alexandre FORTIER-LABONTÉ et Claire SCHAFFER, *Les indicateurs du transfert de bénéfices par les entreprises multinationales opérant au Canada*, Statistique Canada, 18 juin 2019.

⁹ Julie ST-CERNY-GOSSELIN et Lyne LATULIPPE, *Perspective canadienne sur le transfert international de bénéfices : Propriété intellectuelle, R et D et investissements directs étrangers*, Cahier de recherche no 2016-08, Université de Sherbrooke, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, 2016.

¹⁰ Michaël ROBERT-ANGERS et Lyne LATULIPPE, *Position canadienne à l'égard de la déductibilité de l'intérêt dans le cadre de transactions internationales*, Regard CFFP no R2019-06, Université de Sherbrooke, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, 2019.

L'impact de la manipulation des prix de transfert a été analysé. La comparaison, entre les prix utilisés en contexte de pleine concurrence et les prix utilisés entre sociétés liées, a révélé que ces derniers varient systématiquement en lien avec le taux d'imposition des juridictions où sont implantées les filiales des GSM. Pour un différentiel de taux d'imposition de 1 %, les sociétés résidentes de juridictions présentant le taux le plus élevé paient leurs importations auprès de parties liées de 0,5 % à 6 % plus cher¹¹.

Ce texte se penche sur le phénomène de manipulation des prix de transfert, et plus particulièrement sur une stratégie à laquelle les GSM pourraient avoir recours en contexte de pandémie de la COVID-19. Dans ce cas, les pertes, plutôt que les profits, pourraient faire l'objet de transferts opportunistes entre juridictions. En contexte de récession, la valeur associée à la possibilité d'utiliser une perte pour réduire des revenus imposables, passés ou futurs, est moindre ou nulle dans les juridictions imposant plus faiblement les sociétés. Ainsi, en vue de réduire leur facture fiscale mondiale certains GSM pourraient en effet chercher à déplacer les pertes dans les juridictions à imposition élevée.

D'abord, après avoir procuré quelques repères sur le transfert de profits entre juridictions par le recours aux entités à risque limité (ERL) au sein des chaînes de valeur des GSM, le texte met en perspective la présence des ERL au Canada. On s'intéresse ensuite aux stratégies impliquant des ERL qui pourraient permettre de transférer au Canada une partie des pertes des GSM résultant de la pandémie de la COVID-19. À cet égard, les orientations en matière de prix de transfert fournies par l'OCDE, ainsi que celles provenant de la jurisprudence canadienne, sont brièvement présentées.

Cet examen permettra de mettre en lumière dans quelle mesure le cadre législatif canadien procure un rempart contre le transfert de pertes par le moyen des ERL. Si tel est le cas, nous nous pencherons sur des actions qui pourraient être mises en œuvre afin de protéger l'assiette fiscale canadienne.

¹¹ Sebastian BEER, Ruud DE MOOIJ et Li LIU, *International Corporate Tax Avoidance: A Review of the Channels, Magnitudes, and Blind Spots*, IMF working papers, wp/18/168, 2018, p. 7.

1. Concept d'entité à risque limité (ERL)

Les *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales* (principes de prix de transfert) auxquels adhère généralement le Canada, proposent plusieurs méthodes pour évaluer le prix de transfert le plus approprié dans le cadre d'une transaction particulière entre sociétés liées¹².

Dans certains cas il sera possible d'identifier une transaction similaire. L'existence d'un marché transparent pour des produits et services en tous points similaires à ceux transigés entre les parties liées permet alors de fixer le prix de transfert. On peut penser à l'exemple des commodités tel le grain pour lequel une bourse existe.

Il arrive cependant souvent qu'un tel marché n'existe pas ou, à tout le moins, que l'information sur celui-ci ne soit pas disponible. De plus, la différenciation des produits de consommation et des services en vue de leur commercialisation les rend généralement uniques et force à se tourner vers d'autres méthodes de détermination de prix de transfert¹³.

Les méthodes indirectes sont alors utilisées. Il s'agit alors d'examiner la profitabilité tirée par chaque partie à une transaction pour valider les prix de transfert. C'est notamment le cas de la méthode transactionnelle de la marge nette (MTMN). Dans ce cas, le prix utilisé pour une transaction particulière n'est pas déterminant. Le critère de pleine concurrence sera respecté si les indicateurs de profits portant sur le volume de transactions réalisées avec des parties liées sont comparables au profit réalisé par des entreprises qui présentent des attributs comparables dans le cadre de transactions semblables, effectuées dans ce cas avec des parties non liées.

La détermination du niveau de profit d'une entité relativement aux transactions qu'elle effectue avec des parties liées implique par conséquent d'identifier les fonctions qu'elle prend en charge dans ces transactions, les actifs qu'elle utilise et le niveau de risque qu'elle doit supporter. Ceci peut se révéler particulièrement complexe. Il est par conséquent commode de dépouiller une des parties aux transactions liées de fonctions stratégiques, d'actifs à haute valeur ajoutée ou de propriétés intellectuelles distinctives, de façon à atteindre un résultat précis en matière de détermination de prix de transfert.

On désignera l'entité à qui n'incombe pas la prise en charge de ces fonctions, actifs ou risques, d'ERL. Ce dépouillement s'effectuera en procédant à une réorganisation corporative, par exemple en transférant des actifs entre sociétés membres du GSM, ou par l'effet d'ententes contractuelles entre sociétés liées (identifiant les fonctions effectuées et le risque supporté par chaque membre du GSM).

La profitabilité de l'ERL est alors comparable à celle des sociétés indépendantes dans des circonstances qualifiées de similaires, donc forcément faible mais généralement garantie¹⁴. L'autre partie liée, agissant comme entrepreneur et qui assume les risques et/ou détient la propriété intellectuelle ou autres actifs intangibles

¹² OCDE (2017), *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2017*, Éditions OCDE, Paris.

¹³ Pour un exemple de non-application de méthodes transactionnelles, voir : *Canada c. GlaxoSmithKline*, 2012 CSC 52.

¹⁴ Matteo CATALDI et Antonietta ALFANO, « The Impact of COVID-19 on Transfer Pricing: Issues Arising during the Economic Downturn and Possible Solutions », *International Transfer Pricing Journal*, 2020 (Volume 27), no. 4, 30 avril 2020.

associés à la transaction, se voit attribuer le profit (ou la perte) résiduaire sur la transaction ou le groupe de transactions¹⁵.

L'encadré suivant présente le cas des entités agissant comme distributeur au sein d'un GSM et des caractéristiques qui auront impact sur la détermination des prix de transfert. Pour des raisons commerciales, les sociétés membres de GSM chargées de la distribution résident généralement dans les juridictions de marché afin de rejoindre les consommateurs des pays les plus développés économiquement. Ces juridictions présentent généralement des taux d'imposition des sociétés élevés. Il est par conséquent fiscalement avantageux d'utiliser cette forme d'entité à risque limité dans les structures de GSM. Les GSM ont également recours à d'autres formes d'entité à risque limité dont on fait ici abstraction, par exemple les entités qui exercent des fonctions de base, autres que la distribution, qui peuvent également être isolées.

Encadré Caractérisation d'un distributeur du point de vue du prix de transfert

Dépendamment des fonctions réalisées, des actifs détenus et des risques supportés, l'on peut distinguer 3 types de distributeurs, appelant à différents niveaux de rémunération ce qui justifie alors des prix de transfert différents¹⁶ :

Distributeur à valeur ajoutée

Distributeur offrant des services additionnels aux fonctions de distribution de base tels l'installation et l'intégration, le marketing, le service à la clientèle, etc. Ces fonctions impliquent la détention d'actifs particuliers, incluant des intangibles de marketing et la prise de risque financier lié à leur développement.

Distributeur de routine

Distributeur accomplissant des fonctions de base (ventes, mise en marché et distribution) et ne détenant pas d'actifs particuliers.

Distributeur à risque limité

Distributeur de routine qui ne supporte pas le risque « normalement » supporté par un distributeur indépendant tel le risque d'inventaire engagé pour faire face à un niveau de demande incertain et le risque lié aux mauvaises créances¹⁷.

La MTMN est relativement simple d'application en théorie, facilitant la conformité aux règles de prix de transfert, et fonctionne généralement bien dans un environnement économique stable.

En pratique, il peut cependant s'avérer difficile d'identifier des transactions entre parties non liées pleinement documentées et qui sont effectivement comparables à celles effectuées entre parties liées. L'absence de transactions comparables peut alors contribuer au phénomène de manipulation des prix de transfert, octroyant une marge de manœuvre aux multinationales pour réduire leur facture fiscale globale.

¹⁵ PEARL COHEN, *COVID-19: Adjusting Low-Risk Based Transfer Pricing Models to Increase Cash liquidity*, 7 avril 2020, en ligne : Peral Cohen, < <https://www.pearlcohen.com/covid%e2%80%9019-adjusting-low-risk-based-transfer-pricing-models-to-increase-cash-liquidity/> > (consulté le 17 septembre 2020).

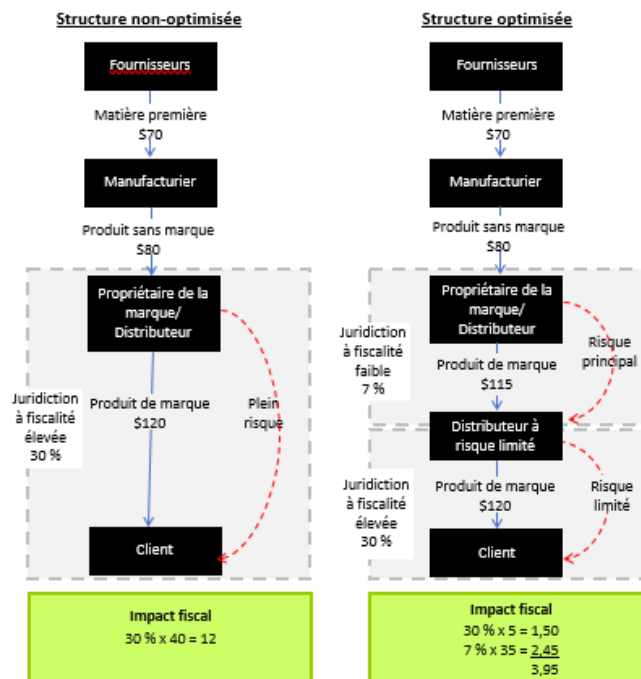
¹⁶ KPMG, *Transfer pricing analysis of arm's length returns to sales, marketing & distribution activities*, février 2020, p.3.

¹⁷ OCDE, *Comparability adjustments*, juillet 2010, en ligne : OCDE, < <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45765353.pdf> >.

Le recours aux ERL permet relativement simplement de répartir le profit parmi les membres de GSM en réorganisant les caractéristiques clés servant à déterminer les prix de transfert entre entités du groupe¹⁸. Outre les distributeurs à risque limité, des entités offrant exclusivement des services aux autres membres du GSM (informatique, gestion, financement, R et D, etc.) et des manufacturiers à contrat peuvent s'intégrer à la chaîne de valeur de la multinationale.

L'exemple présenté à la figure 1 montre que l'insertion d'une ERL (le cas d'un distributeur à risque limité est utilisé à nouveau) permet de séparer les fonctions de distributions de celle de la détention de la marque. La société détentrice de la marque se situant dans une juridiction où le taux d'imposition est plus faible.

Figure 1 Insertion d'un distributeur à risque limité dans une chaîne de valeur



Source : HOGAN LOVELLS, *Supply chain: Issues & analysis: Tax and transfer pricing* (consulté le 17 septembre 2020) en ligne : Hogan Lovelles, < <http://www.hlcomplexcontracting.com/supply-chain-tax-and-transfer-pricing> >.

Rendement de routine et rendement résiduel

La profitabilité retenue par une ERL sur une transaction peut être comparée à un rendement de routine ajusté, correspondant au profit qu'une partie non liée retirerait d'une activité impartie à contrat. Il s'agit en quelque sorte de la valeur de l'expertise dans la réalisation de ces activités, de la rémunération du capital¹⁹, et du risque interne assumé dans cette prestation de service (on parle ici de risque technique), excluant de fait le risque d'affaires du groupe utilisant leur service.

¹⁸ Ernst and Young, *Lifting the mist : Sustainable distribution models in the post-BEPS world*, 2017, en ligne : Ernst and Young, < [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-sustainable-distribution-models-in-the-post-beeps-world/\\$File/EY-sustainable-distribution-models-in-the-post-beeps-world.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-sustainable-distribution-models-in-the-post-beeps-world/$File/EY-sustainable-distribution-models-in-the-post-beeps-world.pdf) >.

¹⁹ Michael P. DEVEREUX, Alan J. AUERBACH, Paul OOSTERHUIS, Wolfgang SCHON et John VELLA, *Residual profit allocation by income*, Oxford international tax group working paper 19/01, mars 2019.

La profitabilité restante dégagée par le GSM sur cette même transaction (le rendement résiduel) est le profit excédant le profit de routine. Celui-ci prend en compte la rémunération associée au risque de marché (incluant le succès commercial d'une entreprise) et aux actifs intangibles détenus. On peut associer le rendement résiduel à la rente économique.

La confidentialité des transactions et des politiques internes de prix de transfert des GSM rend impossible le traçage d'un portrait précis de la présence des ERL au Canada. Cependant, il est possible d'établir certains constats en analysant les taux de rendement des entités au Canada en fonction de la prémisse de rendement plus faible dégagé par les ERL. Les filiales canadiennes de grandes multinationales étrangères montrent, de façon agrégée, une profitabilité plus faible que celle des autres sociétés canadiennes comparables, laissant entrevoir le recours aux ERL.

Faible taux de rendement des actifs tangibles des filiales de multinationales étrangères

Afin de départager le profit de routine et le profit résiduel, le Fonds monétaire international (FMI) a produit une évaluation du taux de profit moyen des GSM sur une base mondiale à partir des données de 7 641 sociétés publiques. Des indicateurs du revenu net (profit) avant impôts des multinationales en proportion du coût des marchandises vendues et des actifs tangibles détenus ont été calculés (tableau 1).

Tableau 1 Profitabilité moyenne des multinationales et rendement de routine, 2017, données mondiales

	Rendement sur le coût des marchandises vendues	Taux de rendement des actifs tangibles
Moyenne non pondérée pour le poids des différents secteurs économiques	12 %	15 %
Rendement de routine	7,5 %	10 %

Source : FMI, *Corporate taxation in the global economy*, IMF policy paper, mars 2019.

La différence entre le profit moyen des multinationales et le niveau de profit de routine serait considérée être du profit résiduel. Le FMI considère qu'un taux de profit sur le coût des marchandises vendues (coûts directs et achats auprès de tiers) de 7,5 %, constitue une estimation acceptable du taux de profit de routine; le taux de rendement de routine sur les actifs tangibles (immobilisations incluant immeubles et équipement) étant plutôt évalué à 10 %²⁰.

Par conséquent, les multinationales présentent, en moyenne, des taux de rendement supérieurs au rendement de routine, démontrant des taux de profit résiduel respectifs de 4,5 et de 5 %, selon l'indicateur utilisé. Il faut toutefois préciser qu'il s'agit de moyennes. Une part de multinationales ne présente pas de profits résiduels tandis qu'une centaine de GSM se partagent le tiers des profits résiduels mondiaux. Selon les estimations de Beer et al.²¹, basées sur une méthodologie similaire, 10 % des GSM se partageraient plus de la moitié des profits résiduels. Le tiers des sièges sociaux des GSM se partageant entre 75 et 85 % des profits résiduels sont situés aux États-Unis.

²⁰ Un rendement de 10 % sur les actifs tangibles est également utilisé comme approximation du rendement de base par le régime fiscal américain (*GILTI provisions- Tax cuts and jobs Act*).

²¹ Sebastian BEER, Ruud DE MOOIJ, Shafik HEBOUS, Michael KEEN et Li LIU, *Exploring Residual Profit Allocation*, IMF working paper, WP/20/49, février 2020.

L'OCDE a publié en juillet 2020 les rapports pays par pays prévus à l'action 13 du projet BEPS en format agrégé²². Ces premiers rapports portent sur l'année d'imposition 2016. Malgré le fait que les données soient incomplètes pour le moment (à titre d'exemple, les déclarations pays par pays produites par les GSM dont l'entité mère ultime est résidente du Royaume-Uni ne sont pas encore disponibles) et les nombreuses mises en garde relatives à l'utilisation des données publiées, il est néanmoins possible d'identifier certaines tendances. Rappelons que seules les multinationales présentant un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 750 M d'euros sont visées par l'obligation de produire les déclarations pays par pays.

L'OCDE diffuse l'information portant sur 160 GSM dont l'entité mère ultime est résidente du Canada, celles-ci détenant 15 790 filiales étrangères en 2016. Sur une base agrégée, le profit avant impôts de ces groupes s'élève à 149 G\$ de dollars américains (dont 62 G\$ pour les filiales étrangères). Ces GSM détiennent des actifs corporels d'une valeur de 1 248 G\$ (631 G\$ au Canada). Des informations visant 1 445 GSM étrangers ayant une présence au Canada (dont 894 sont américains) sont également diffusées (tableau 2).

Tableau 2 **Marge nette et taux de rendement des actifs tangibles, entreprises membres de grandes sociétés multinationales, 2016**

		Bénéfice avant impôt (1)	Revenus totaux (2)	Marge nette (1/2)	Actifs tangibles (3)	Taux de rendement des actifs tangibles (1/3)
Multinationales canadiennes	Sociétés canadiennes	88 G\$	545 G\$	16,1 %	631 G\$	13,9 %
	Sociétés étrangères	62 G\$	542 G\$	11,4 %	618 G\$	10,0 %
	Total des groupes	149 G\$	1 085 G\$	13,7 %	1 248 G\$	11,9 %
Multinationales américaines	Sociétés américaines	868 G\$	10 519 G\$	8,3 %	4 224 G\$	20,6 %
	Sociétés étrangères	553 G\$	5 747 G\$	9,6 %	1 992 G\$	27,7 %
	Total des groupes	1 421 G\$	16 265 G\$	8,7 %	6 216 G\$	22,9 %
Filiales canadiennes de multinationales étrangères	Filiales de multinationales américaines	18 G\$	361 G\$	5,0 %	172 G\$	10,5 %
	Filiales de multinationales d'autres pays	3 G\$	135 G\$	2,2 %	77 G\$	3,9 %
	Total des groupes	21 G\$	496 G\$	4,2 %	250 G\$	8,4 %

Source : OCDE, *OECD. Stat, Déclarations pays par pays – totaux agrégés par juridiction* (18 juillet 2020).

On constate d'abord que les GSM canadiens montrent un taux de rendement sur actif de 11,9 % tandis que ce ratio est plutôt de 22,9 % pour les GSM américains. Évidemment, la répartition par secteur industriel des GSM des deux juridictions diffère, ce qui peut expliquer une partie de cette variation. Une autre source d'explication serait l'utilisation plus intensive d'actifs intangibles par les GSM américains.

Le taux de rendement des actifs tangibles affiché par les filiales canadiennes de GSM étrangères est de 8,4 %, sous le seuil maximal du rendement de routine (10 %). Si les filiales canadiennes de GSM américains tirent cette moyenne vers le haut avec un taux de rendement sur actifs de 10,5 %, on dénote que ce ratio est malgré tout

²² En ligne : OCDE, < <https://stats.oecd.org/> >, *Taux d'imposition sur les bénéfices des sociétés, Déclaration pays par pays* (consulté le 17 septembre 2020).

de 12,4 points de pourcentage inférieur à celui présenté globalement par les GSM américains et 17,2 points de pourcentage inférieur à celui des filiales étrangères des GSM américains²³.

Les données de Statistique Canada sur les activités des multinationales au Canada portent plutôt sur l'ensemble des filiales de GSM étrangers. Celles-ci ne permettent pas une comparaison avec le taux de rendement de routine, mais montrent néanmoins une plus faible marge d'exploitation des filiales de multinationales étrangères en 2017, cette fois par rapport à l'ensemble des sociétés canadiennes, filiales étrangères exclues (tableau 3). Cependant, un examen par secteur de la marge d'exploitation n'indique pas de différence marquée entre les filiales étrangères et les autres entreprises canadiennes pour le secteur manufacturier et celui de la distribution. À eux seuls, les revenus de ces deux secteurs comptent pour 72 % de l'ensemble des revenus des filiales canadiennes de multinationales étrangères.

Tableau 3 **Marge d'exploitation, filiales de multinationales étrangères et autres entreprises canadiennes, Canada, 2017 (1 000 000 \$)**

	Tous les secteurs		Secteur manufacturier		Secteur distribution (gros et détail)	
	Filiales étrangères	Ensemble des sociétés, excluant les filiales étrangères	Filiales étrangères	Ensemble des sociétés, excluant filiales étrangères	Filiales étrangères	Ensemble des sociétés, excluant filiales étrangères
Revenus d'exploitation	1 225 358	3 031 596	439 661	366 390	450 874	871 090
Dépenses d'exploitation	1 128 285	2 633 228	410 240	339 368	431 842	831 534
Bénéfices d'exploitation	97 072	398 369	29 421	27 022	19 033	39 555
Bénéfice/revenus	7,9 %	13,1 %	6,7 %	7,4 %	4,2 %	4,5 %

Source : Statistique Canada *Tableau 36-10-0604-01*.

Note : Le bénéfice d'exploitation (excédent brut d'exploitation) ne prend pas en compte les dépenses d'intérêt et d'impôt. Celui-ci n'est donc pas tout à fait comparable avec le revenu net utilisé présenté au tableau précédent.

Si, de façon générale, les filiales canadiennes de GSM étrangers ne présentent pas une sous-profitabilité marquée (8,4 %-10 % = -1,6 %), les GSM américains dont le chiffre d'affaires annuel surpasse 750 millions d'euros, montrent un taux de rendement résiduel élevé (22,9 % - 10 % = 12,9 %). Malgré ceci, les filiales canadiennes de GSM dont l'entité mère ultime est résidente des États-Unis affichent un rendement de routine (10,5 %). Ceci semble indiquer que les filiales de grandes multinationales américaines présentes au Canada ne conservent pas d'attributs stratégiques en termes d'actifs intangibles ou encore de risques encourus leur permettant de retenir une partie de la rente économique générée par leur groupe. L'utilisation d'ERL est une façon de restreindre les attributs de certaines entités afin de les priver d'une participation au profit résiduel.

²³ Les filiales des Bahamas, des Îles Caïmans et des Bermudes des GSM dont l'entité mère ultime est résidente des États-Unis présentent respectivement des taux de rendement sur actifs tangibles de 883 %, 328 % et 210 %. Source OCDE, *OECD. Stat., Déclarations pays par pays – totaux agrégés par juridiction* (18 juillet 2020).

2. ERL et modification des prix de transfert en lien avec la crise sanitaire

En période de ralentissement économique, un des nombreux défis qui se posent aux GSM est de déterminer où les pertes d'exploitation doivent être déclarées pour fins fiscales. L'impact économique de la pandémie de la COVID-19 frappe durement une majorité de GSM. Alors que ceux-ci ont avantage à limiter la profitabilité de leurs filiales situées dans les juridictions à fiscalité élevée, ils ont aussi avantage à maximiser les pertes dans ces juridictions, se créant ainsi des attributs fiscaux.

En effet, en temps de récession, en laissant les choses inchangées, la marge bénéficiaire de la multinationale diminue sur une base consolidée. La profitabilité « garantie » de certaines entités doit alors être compensée par la compression des marges, allant jusqu'à des pertes, pour les autres entités intégrées à la chaîne de valeur et agissant comme entrepreneur et/ou celles détentrices des propriétés intellectuelles, celles-ci pouvant se trouver dans des juridictions à faible imposition. Par effet boule de neige, ceci peut aller jusqu'à compromettre certaines planifications, la valeur fiscale du report de pertes à d'autres années d'imposition étant relativement faible dans les juridictions imposant le profit des sociétés à taux nul ou faible.

Dans ce contexte, certains GSM voudront certainement faire l'argument que les ERL situées dans les juridictions à fiscalité élevée ne sont pas immunisées de tout type de risque, notamment des risques de marché, et doivent par conséquent assumer leur part de la perte du groupe.

Il pourrait être avancé que la petite portion de risque que les ERL supportent fait en sorte que celles-ci doivent assumer des pertes associées à une récession sévère comme celle liée à la COVID-19, les risques dont celles-ci sont immunisées étant plutôt liés à l'inventaire, au crédit et au recouvrement, à la responsabilité en matière de produits, ou encore au niveau des fluctuations des taux de change²⁴.

Ceci soulève des questions quant au niveau de risque « implicite » que supportent concrètement les ERL. En pratique, aucun contrat ne prévoit l'ensemble des risques pouvant survenir et les parties non liées en viendront souvent à des arrangements *ad hoc* qui, à long terme, bénéficieront aux deux parties. Cependant, un pas de recul est indiqué avant de sauter à l'étape de la modification des prix de transfert et la réduction de la profitabilité des ERL afin de refléter la baisse de profitabilité (et fort probablement les pertes) qui pourrait survenir dans des situations comparables.

Orientation offerte par l'OCDE

Les principes de l'OCDE établissent qu'une ERL peut assumer des risques affectant négativement ses résultats et, éventuellement, supporter des pertes, quoi que dans une moindre mesure que les entités du GSM supportant le risque entrepreneurial (celles qui innovent et investissent dans de nouveaux produits par exemple). Cependant, des limitations sont à prendre en compte quant aux circonstances dans lesquelles de telles pertes seraient acceptables²⁵.

Le principe de base est simple : une ERL pourra subir des pertes si des entreprises comparables placées dans des situations similaires en subissent également. Cependant, en pratique, le profil des entreprises comparables utilisé pour déterminer la profitabilité de l'entité testée doit être comparable sur papier et dans les faits (ce qui implique

²⁴ RCGT, *COVID-19 – Will transfer prices need to be adjusted?*, en ligne : RCGT, < <https://www.rcgt.com/en/insights/international-taxation-covid-19-adjusted-transfer-prices/> > (consulté le 17 septembre 2020).

²⁵ Principes de l'OCDE, *supra*, note 12, par. 1.129 et 3.64.

que de telles entreprises existent et que les informations sur celles-ci soient rendues publiques) et l'ensemble des conditions économiques dans lesquelles interviennent les transactions contrôlées doivent être prises en compte. La similarité des risques, auxquels sont soumises ces entreprises comparables et la partie testée, constitue un élément-clé de ces conditions.

Pour assumer un risque, les principes de l'OCDE précisent qu'une entreprise devrait exercer en totalité ou en partie les fonctions de contrôle et d'atténuation de ce risque et détenir la capacité financière d'assumer ce risque²⁶.

Le fait qu'un risque de réalisation d'un *événement négatif susceptible d'entraîner des dommages ou des pertes* (lire ici pandémie) soit d'origine externe ne modifie pas le principe énoncé précédemment²⁷. Si, après analyse il n'est pas possible d'identifier la société liée partie à une transaction qui exerce le contrôle sur le risque ou a la capacité financière de l'assumer, il revient à « l'administration fiscale de déterminer quels sont les ajustements nécessaires à la transaction pour aboutir à un prix de pleine concurrence »²⁸.

Ainsi, si le partage d'un risque tel que celui associé à la pandémie de COVID-19 n'avait pas été défini au préalable par contrat, l'attribution de celui-ci et de ses effets à une ERL implique que cette dernière effectuée, dans les faits, un minimum de fonctions relatives à la gestion des risques encourus dans le cadre de ses activités :

« Une partie qui ne se voit pas affectée les risques qui donnent lieu à l'écart entre les résultats prévus et les résultats réels n'aura pas droit à la différence entre les bénéfices réels et prévus, ou à supporter les pertes causées par ces différences, si un risque se matérialise, à moins que ces parties n'accomplissent des fonctions à l'égard du contrôle de ces risques²⁹. »

Une partie liée doit toujours être rémunérée telle qu'elle le serait dans des conditions de pleine concurrence : « une partie ne renoncerait pas à un risque perçu comme non significatif sur le plan économique en contrepartie d'une diminution substantielle de son potentiel de profits »³⁰. À l'inverse, une partie n'accepterait pas de supporter un risque important (un risque probable ou ayant un grand potentiel de pertes éventuelles) sans une rémunération conséquente.

Jusqu'à un certain point, la version 2017 des principes de prix de transfert ouvre la porte à un partage de risque implicite, une ERL pouvant assumer des pertes liées à un risque exceptionnel. En revanche, ceci implique que l'ERL soit rémunérée en conséquence et puisse également toucher une part des bénéfices excédentaires lorsque ceux-ci se matérialisent en lien avec des risques exceptionnels de variance positive de ses résultats.

Une analyse approfondie des circonstances économiques affectant la partie testée en période de pandémie devrait par conséquent être menée par le contribuable afin de justifier une réduction de la profitabilité « normale ou historique » d'une ERL. À ce niveau de détail, on peut se demander si l'identification de comparables adéquats sera possible en vue de produire une documentation de prix de transfert respectant en tous points les principes de l'OCDE.

²⁶ Principes de l'OCDE, *supra*, note 12, par. 1.60.

²⁷ *Ibid*, par. 1.72.

²⁸ *Ibid*, par. 1.98.

²⁹ *Ibid*, par. 6.70.

³⁰ *Ibid*, par. 9.22.

D'ailleurs, la recherche de comparable sera rendue plus complexe en 2020. Non seulement les comparables sélectionnés devront présenter un profil de risque similaire à celui de l'ERL, mais l'effet des multiples contremesures lancées par les gouvernements en vue de supporter les entreprises au travers de cette crise (subventions salariales, prêts, autres) affecte leurs résultats de diverses façons. Pour les exercices financiers chevauchant la période de crise, il sera encore plus difficile de s'appuyer avec assurance sur les résultats procurés par les fourchettes de comparables.

Jugement CAMECO et partage de risque

Les principes de l'OCDE suggèrent quelques balises afin de prendre en compte l'effet du risque dans le traitement des transactions entre parties liées, la prise en charge de risque pouvant être liée aux fonctions assumées. Toutefois, dans le contexte canadien, il faut déterminer dans quelle mesure ces règles trouvent application³¹. Le jugement *Cameco Corporation v. Canada*³², daté du 16 sept. 2018 apporte des précisions à cet égard.

Cameco est une multinationale productrice d'uranium dont le siège social est situé à Saskatoon (Cameco Canada). Au tournant des années 2000, celle-ci a procédé à une réorganisation corporative, qui a notamment mis en place une filiale indirecte en Suisse et y a transféré des actifs intangibles et des fonctions-clés (incluant le risque de marché associé à la vente auprès de clients externes). La réduction de la charge fiscale globale du groupe constituait l'un des objectifs poursuivis par la mise en place de cette société³³.

Cameco Canada a contesté devant la cour canadienne de l'impôt les avis de cotisation émis par l'Agence du revenu du Canada (ARC) qui prévoyaient un ajustement à la hausse des revenus de la société canadienne sur des ventes d'uranium entre parties liées. Ces ajustements auraient notamment eu pour effet de capter au Canada une partie de la profitabilité liée aux transactions de la filiale suisse qui procédait à l'acquisition de l'uranium auprès de Cameco en vue d'une revente à des tierces parties³⁴. L'enjeu est de taille, cumulativement, de tels ajustements pour les années 2003, 2005 et 2006, combinés au cumul des ajustements des années ultérieures jusqu'en 2017, auraient généré 2,5 G\$ en impôt, intérêt et pénalités³⁵.

La Cour canadienne de l'impôt a donné raison à Cameco Canada et a rejeté les ajustements prévus à l'avis de cotisation.

Le jugement met en évidence que l'ARC ne peut conclure que la totalité des profits sur la vente de l'uranium doit être attribuée à Cameco Canada du seul fait que celle-ci exerce toutes les fonctions requises pour la vente à une tierce partie³⁶. Plus précisément, le juge Owen rejette l'argument voulant que la prise en charge de fonctions appelle nécessairement celle-ci à supporter certains des risques globaux du groupe (ces risques appelant compensation)³⁷.

³¹ *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 CSC 52, par. 20. Les principes applicables en matière de prix de transfert de l'OCDE n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne.

³² *Cameco Corporation c. Canada*, 2018 CTC 195.

³³ *Ibid*, par. 740 et 741

³⁴ L'ARC s'appuyait d'abord sur le par. 247(2) b) et d) LIR pour procéder à cette cotisation (recharacterisation de la transaction).

³⁵ Steve, SUAREZ, "The Cameco transfer pricing decision : A victory for the rule of Law and the Canadian taxpayer", *Tax notes international*, nov. 26, 2018, p.877-902. et GRANT THORNTON, *Cameco decision a serious blow to the CRA's aggressive transfer pricing audits*, octobre 2018, en ligne : Grant Thornton, < https://www.grantthornton.ca/globalassets/1.-member-firms/canada/insights/pdfs/transfer-pricing_cameco-case.pdf >.

³⁶ *Cameco Corporation c. Canada*, 2018 CTC 195, par. 834.

³⁷ *Ibid*, par. 835.

Le juge Owen s'appuie alors sur l'opinion du Dr. Shapiro, expert sollicité par Cameco Canada. Ce dernier est d'avis que l'on ne peut transférer le risque de marché encouru par la multinationale lors d'une transaction avec un tiers vers un membre de la multinationale qui n'est pas directement impliqué dans cette transaction :

« [...] because risk depends on the volatility of an asset's future cash flows, the recipient of those cash flows (the owner of the asset), must bear the risk of the asset. This feature of an asset is reflected in the fact that the price of an asset is based on the risk of that asset, with riskier assets selling at a discount to less risky assets. In other words, potential owners of an asset will discount the price of an asset to reflect the risk they must bear if they buy the asset. The key point is that it is the owners of the asset who bear the asset's risk, not the managers of that risk.

To emphasize this point, we note that there is an entire branch of financial economics called asset pricing that attempts to relate the value of an asset to the riskiness of that asset. In other words, it is a basic precept in finance that the value of an asset is based on the risk of that asset, which again points out that risk is an inherent characteristic of an asset and not of the owner or manager of that asset, or the control exerted over that asset [notre soulignement]³⁸.»

Ce jugement a été porté en appel par l'ARC et la décision de la Cour canadienne de l'impôt a été confirmée par la Cour d'appel fédérale le 26 juin 2020³⁹. L'ARC peut demander l'autorisation d'interjeter appel de la décision de la Cour d'appel Fédérale à la Cour suprême du Canada. En raison de la crise de la Covid-19, elle dispose d'un délai prolongé jusqu'au 12 novembre 2020 pour le faire. Il n'en demeure pas moins que la décision des tribunaux laisse peu de place au partage de risque implicite du fait de la réalisation de certaines fonctions. On y confirme l'importance de la forme juridique (les contrats intercompagnies reflétant les conditions commerciales effectives et autres documents légaux, incluant ceux spécifiant l'entité propriétaire d'un actif) comme base pour la détermination des prix de transfert par une société canadienne.

Une ligne claire est tracée entre la réalité économique entourant une transaction et les arrangements contractuels mis en place par le contribuable, montrant la supériorité de ces derniers, et ce, malgré ce que mentionnent les principes de l'OCDE. Du moins, tant qu'aucun changement n'est apporté à la *Loi de l'impôt sur le revenu* permettant une interprétation se rapprochant davantage de celle de l'OCDE.

Proactivité des multinationales en réaction à la pandémie

Bien que les déclarations de revenus des sociétés canadiennes membres de GSM, reflétant l'impact de la pandémie de COVID-19, ne se trouveront sous la loupe des vérificateurs de l'ARC et de Revenu Québec que dans quelques années, les conseillers en prix de transfert des grands cabinets comptables proposent déjà des moyens de justifier⁴⁰ qu'une partie des pertes des multinationales soient assumées par les ERL canadiennes.

Unaniment, ceux-ci tablent sur la nécessité d'effectuer une revue des contrats intercompagnies en place et de s'assurer que le partage de risques de marché, incluant les effets de crises économiques tels que ceux d'une pandémie, y soit clairement énoncé et partagé entre l'ERL et l'autre partie liée⁴¹. Lorsque l'entente ne fait pas

³⁸ *Ibid*, par. 835, extrait du rapport Shapiro déposé à la cour dans le cadre du procès Cameco Corporation v. la Reine.

³⁹ Canada c. Cameco Corporation, 2020 FCA 112.

⁴⁰ PwC, *COVID-19 - Time to review group transfer pricing policies*, 7 avril 2020, en ligne : < <https://thesuite.pwc.com/insights/covid-19-time-to-review-group-transfer-pricing-policies> > (consulté le 19 septembre 2020).

⁴¹ Ernst and Young, *COVID-19 implications from a transfer pricing perspective*, 1^{er} avril 2020, en ligne : < https://www.ey.com/en_dk/tax/covid-19-implications-from-a-transfer-pricing-perspective > (consulté le 19 septembre 2020).

mention de ce risque, l'on conseille la mise en place de nouveaux contrats, dans lesquels une clause de *force majeure* serait ajoutée⁴² et de mettre à jour les politiques de prix de transfert⁴³.

Ceci est conséquent avec le jugement *Cameco*. En révisant la documentation légale, on vise à s'assurer de la validité des politiques de prix de transfert basculant une partie du risque vers les ERL.

Toutefois, il faudra se demander si une société non liée accepterait une modification unilatérale de clauses contractuelles sans demander compensation. Ceci dépendra probablement de son pouvoir de négociation mais ultimement, elle ne s'engagera pas dans une relation d'affaires défavorable à long terme.

De plus, la présence d'une clause de force majeure⁴⁴ ne devrait pas être suffisante pour ajuster sans autre considération la profitabilité des ERL, en se basant uniquement sur la profitabilité de transactions comparables. Ceci nécessitera plutôt de documenter les circonstances particulières et de les analyser, en se demandant comment des parties non liées réagiraient en de telles situations.

Enfin, si ces modifications contractuelles ayant pour objet de faire supporter davantage de risques aux ERL sont valides, ceci pourrait signifier que ces entreprises retiendront un niveau de profitabilité plus élevé lorsque l'économie tournera normalement.

⁴² KPMG, *COVID-19 — Implications and Considerations for Transfer Pricing*, 8 avril 2020, en ligne : < <https://home.kpmg/ca/en/home/insights/2020/04/implications-and-considerations-for-transfer-pricing.html> > (consulté le 19 septembre 2020).

⁴³ Deloitte, *Transfer pricing considerations in lights of COVID-19*, mars 2020, en ligne : < <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/nz/Documents/tax/Tax-alert/2020/nz-en-covid-19-transfer-pricing-considerations.pdf> > (consulté le 19 septembre 2020).

⁴⁴ Une clause de force majeure vient prévoir des circonstances hors de contrôle de l'une des parties qui pourraient l'empêcher de rencontrer ses obligations contractuelles. Lorsque de tels événements se produisent, cette partie avise l'autre de son incapacité à rencontrer ses obligations contractuelles et évite ainsi d'éventuels recours légaux de l'autre partie.

3. Des vérifications s'attardant davantage aux aspects contractuels ?

Les vérificateurs de l'ARC ont récemment eu tendance à concentrer leurs vérifications sur la cohérence entre la réalité économique des activités d'un contribuable et son assujettissement à l'impôt⁴⁵. Toutefois, il n'en demeure pas moins que le cadre juridique des règles d'application de prix de transfert au Canada sous-tend une application qui diverge de celle découlant des critères figurant à la version 2017 des principes de prix de transfert de l'OCDE, particulièrement en matière de risque.

L'analyse des contrats et autres documents légaux dans le cadre d'une vérification demeure par conséquent pertinente même si ceux-ci sont facilement modifiables par une multinationale.

Conséquemment, les pertes subies par une ERL, du fait que celle-ci n'a pas été en mesure de respecter ses obligations légales envers les autres membres d'un GSM (dues par exemple aux arrêts pour cause sanitaire et aux mesures de mitigation du virus implantées dans ses processus d'affaires), doivent être assumées par celle-ci. *A contrario* cependant, une ERL ne devrait normalement pas assumer de pertes associées au risque de marché de la multinationale à moins qu'une disposition spécifique ne le prévoit par contrat. Si une réduction de la demande fait chuter la profitabilité du groupe tandis que l'ERL a respecté ses obligations, celle-ci ne devrait normalement pas voir ses résultats affectés.

Étant donné la possibilité de modifier les contrats, relativement aisément dans le contexte d'un groupe multinational, la consultation des versions précédentes des contrats intercompagnies pour en faire l'analyse et la comparaison permettrait de s'assurer que les modifications intervenues en lien avec la présente période de pandémie respectent le principe de pleine concurrence, non pas au sens de l'impact de la transaction sur le groupe dans sa globalité, mais plutôt en considérant l'ERL sur une base autonome. En effet, des vérifications limitées à des années particulières ne permettront pas de constater d'éventuelles modifications apportées aux ententes contractuelles sur une base historique et de la cohérence entre d'éventuelles modifications et le principe de pleine concurrence.

À des fins de prévisibilité fiscale, l'ARC pourrait clarifier la façon dont elle entend mener ses activités de vérifications des multinationales pour les années d'imposition affectées par la pandémie, notamment lorsque celles-ci ont procédé à une révision de leurs contrats intercompagnies qui entraîne un avantage fiscal aux dépens du Canada⁴⁶.

⁴⁵ Guillaume LAFLEUR, "The Cameco transfer-pricing case: what is at stake?", *Canadian Tax Focus*, vol. 8, no 3, août 2018.

⁴⁶ L'ARC pourrait également clarifier sa position à l'égard de l'application du mémorandum PTM-17 (incidence de l'aide gouvernementale sur les prix de transfert) qui stipule que l'aide gouvernementale ne doit pas être pris en compte dans l'application d'une méthode de prix de transfert fondée sur les coûts, alors que l'État offre des aides sous plusieurs formes dans le contexte de la pandémie. En ligne : Canada, < <https://www.canada.ca/fr/agence-revenu/services/impot/impot-international-non-residents/renseignements-ont-deplaces/prix-transfert/17-incidence-aide-gouvernementale-prix-transfert.html> > (consulté le 4 juillet 2020).

C'est d'ailleurs ce qu'a fait l'Australian Taxation Office (ATO), celle-ci ayant publié un avis visant spécifiquement certaines modifications qui seraient apportées aux ententes intercompagnies :

« We are aware of communications suggesting tax advantages by changing related party arrangements in the COVID-19 environment. These include:

- Triggering tax deductions for foreign exchange losses by early termination or repayment of liabilities under related party financing agreements;
- Avoiding ongoing withholding obligations on amounts payable to overseas parties by changing related party agreements;
- Reducing assessable income from rights or property provided to overseas related parties by changing related party agreements;
- Increasing contractually assumed risks and allocation of global economic losses for limited risk entities by changing related party agreements [notre soulignement]⁴⁷. »

L'ATO précise qu'elle procèdera à une vérification de ces changements afin de déterminer si ceux-ci adhèrent aux règles de prix de transfert et aux règles anti-évitement australiennes.

... et du côté de Revenu Québec ?

Les quelque 2 300 filiales québécoises de multinationales étrangères font l'objet d'une attention accrue de Revenu Québec suite à la mise en place du Groupe d'intervention spécialisé en planifications fiscales internationales. Une proportion de 49 % de ces filiales déclare avoir un niveau d'autonomie allant de nul à moyen, ce qui laisse sous-entendre qu'une partie de celles-ci présentent le profil d'ERL⁴⁸. Une attention particulière pourrait donc être accordée aux ERL québécoises de façon à s'assurer que leur profitabilité ne soit pas réduite de façon inappropriée en lien avec la pandémie de la COVID-19 et que l'assiette fiscale de l'impôt sur le bénéfice des sociétés ne soit pas compromise.

⁴⁷ En ligne : Australian taxation office, < <https://www.ato.gov.au/Business/Business-bulletins-newsroom/General/Changing-related-party-agreements/> > (consulté le 22 septembre 2020).

⁴⁸ APPECO, *L'impact économique des filiales de sociétés étrangères au Québec*, novembre 2017, en ligne : < http://www.investquebec.com/documents/int/filiales/ForumDirigeants/ForumFiliales_AppEco_Final.pdf >.

Conclusion

En contexte de récession, certains GSM pourraient chercher à revoir les transactions intersociétés afin de déplacer les pertes plutôt que les profits pour réduire leur charge fiscale globale. Les stratégies impliquant généralement des ERL, dont la présence au Canada peut être déduite de l'analyse des taux de rendement de routine et de rendement résiduel des filiales canadiennes de sociétés étrangères, pourraient être utilisées par les GSM.

Les recommandations de l'OCDE en matière de prix de transfert précisent que des pertes pourraient être attribuées à l'ERL dans la mesure où celle-ci assume des risques dans les faits qui se comparent à ceux qui seraient courus par des entreprises similaires dans un contexte sans lien de dépendance. Par contre, au Canada le jugement *Cameco* a confirmé la prépondérance des arrangements juridiques sur la réalité économique en cette matière. Malgré la contribution active du Canada aux travaux du projet BEPS entrepris depuis 2012, et son endossement du principe de pleine concurrence énoncé dans les Principes de l'OCDE en matière de prix de transfert, ces principes n'ont pas la même force contraignante qu'une loi canadienne.

Le jugement *Cameco* pourrait être infirmé par le plus haut tribunal du pays si la cour Suprême accepte d'entendre la cause. Il est également possible que des modifications soient apportées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* afin de s'aligner avec les révisions apportées aux principes de prix de transfert de l'OCDE⁴⁹. Pour le moment cependant, malgré les avancées récentes de l'OCDE, les règles canadiennes, confirmées par la jurisprudence récente⁵⁰ définissent que la profitabilité des ERL est établie en considérant les transactions contrôlées et leur encadrement contractuel⁵¹ qui peut être revu et modifié par les parties.

Les arrangements contractuels et le risque lié à la détention des actifs au sein du groupe constituent toujours l'assise de la rémunération des sociétés liées. Par conséquent, l'analyse des contrats intersociétés demeure pertinente dans le cadre d'une vérification de prix de transfert. Ceci implique de porter attention à la fiction économique créée par les contribuables et de sa consistance dans le temps :

« Except in those rare instances when a specific provision of the ITA explicitly deems otherwise or transfer pricing transactions are found to be commercially irrational, Canada will tax taxpayers on the basis of what they have actually done as a matter of law — not something else the taxpayer could have done, not what a less sophisticated taxpayer might have done, not what the CRA thinks the taxpayer should have done, not what the OECD would do, and not something different that has a similar economic result [notre soulignement]⁵². »

Le jugement *Cameco*, bien qu'il ne soit pas favorable à l'ARC, lui procure néanmoins des arguments pour protéger la profitabilité restreinte des ERL en temps de récession, permettant jusqu'à un certain point de maintenir l'intégrité de l'assiette fiscale canadienne. Si la loi et la jurisprudence canadienne offrent une certaine latitude aux GSM en temps de croissance pour limiter l'attribution de profit à une ERL canadienne, en temps de récession, leur mise en application devrait toutefois permettre de limiter les pertes assumées par les ERL.

⁴⁹ Gowling WLG, *The Cameco decision – what it means for transfer pricing in Canada*, en ligne : Gowling WLG, < <https://gowlingwlg.com/en/insights-resources/articles/2018/the-cameco-decision/> > (consulté le 17 septembre 2020).

⁵⁰ Marie-France DOMPIERRE, Jennifer PAUL, Laura DEMEESTER et Aicha NAFII, *Trilogie d'appels en cours d'instance ayant le potentiel de transformer la jurisprudence actuelle en matière de prix de transfert*, *Revue Stratège*, vol. 22, no 4, 2017.

⁵¹ Arthur J. COCKFIELD, *Formulary taxation versus the Arm's length principle: the battle among doubting Thomases, purists and pragmatists*, *Canadian tax journal*, Vol. 52, no 1, 2004, en ligne : CTF, < <https://www.ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2004ctj/04ctj1-cockfield.pdf> >.

⁵² Steve, SUAREZ, *supra* note 35, p. 878.

Pour citer ce texte : Michaël ROBERT-ANGERS et Lyne LATULIPPE, COVID-19 : Érosion de la base d'imposition et transfert de pertes des multinationales vers le Canada, Regard CFFP no R2020-06 Université de Sherbrooke, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, 2020.