

Nouvelle règle COP dans l'Instrument multilatéral de l'OCDE pour déloger la RGAE canadienne?

27 NOVEMBRE 2017 12 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Droit fiscal international](#)
- [Infrastructures](#)
- [Litiges fiscaux](#)
- [Mines et ressources naturelles](#)
- [Services consultatifs en matière d'impôt](#)

Dans ce bulletin d'actualités :

- Le 7 juin 2017, le Canada a signé la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices de l'OCDE (l'IM)
- L'IM modifiera jusqu'à 75 conventions fiscales bilatérales du Canada, notamment en y incorporant une règle anti-évitement étendue (le critère de l'objet principal ou COP)
- Mise à jour des progrès accomplis dans le cadre de l'IM et du projet d'administration du COP par l'ARC
- Analyse de l'interaction entre le COP et la règle générale anti-évitement (RGAE) nationale du Canada
- Exposé sur une disposition facultative de l'IM susceptible d'accroître l'équité et d'offrir la souplesse voulue dans l'application de la règle COP

Le Canada a signé la [Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices](#) (l'IM) de l'OCDE le 7 juin 2017. Une fois en vigueur, l'IM modifiera jusqu'à 75 conventions fiscales bilatérales du Canada (appelées « conventions fiscales couvertes »; la liste complète de ces conventions est accessible [ici](#)). La modification la plus notable consistera à incorporer à ces conventions fiscales une règle anti-évitement étendue, appelée critère de l'objet principal ou COP. L'ambiguïté et l'incertitude entourant l'application de la règle COP sont particulièrement préoccupantes pour les contribuables étant donné qu'elle pourrait signifier le refus de divers avantages accordés aux termes de nombreuses conventions fiscales canadiennes. Vous trouverez dans la présente note (a) une mise à jour des progrès accomplis dans le cadre de l'IM et du projet d'administration de la règle COP par l'ARC fondée sur les commentaires formulés par des représentants de gouvernement à la dernière conférence de la Fondation canadienne de fiscalité (Conférence de la FCF), (b) notre analyse de l'interaction entre la règle COP et la règle générale anti-évitement (RGAE) nationale du Canada, et (c) un exposé sur une disposition facultative de l'IM susceptible d'accroître l'équité et d'offrir la souplesse voulue dans l'application de la règle COP.

Pour un complément d'information sur l'IM – y compris un exposé sur le rapport final du Projet BEPS de l'OCDE (comprenant des recommandations sur l'IM et 14 autres actions à mettre en œuvre) et sur les dispositions facultatives de l'IM – veuillez consulter les bulletins d'actualités d'Osler « [Rapports finaux 2015 du Projet BEPS – Réforme de la fiscalité internationale](#) », « [Importantes modifications aux conventions fiscales proposées dans la convention multilatérale](#) » et « [Le Canada signe une convention fiscale multilatérale](#) ».

Progrès accomplis dans le cadre de l'IM

À la Conférence de la FCF, un représentant du ministère des Finances a souligné que, dans le cas des conventions fiscales couvertes canadiennes se rapportant aux retenues à la source, l'IM n'entrerait probablement pas en vigueur avant 2019, voire 2020 dans le cas d'autres impôts. La date d'entrée en vigueur réelle dépendra des délais nécessaires à l'observation des procédures nationales tant au Canada que dans le territoire de compétence de chacune des parties à la convention. Voici les procédures de mise en œuvre applicables au Canada :

(i) l'IM doit être soumis à la discussion (encore non commencée) pendant 21 jours de séance du Parlement;

(ii) un projet de loi doit ensuite être présenté en vue de faire de l'IM une loi nationale canadienne (le projet de loi d'exécution), lequel devra faire l'objet de débats tant à la Chambre des communes qu'au Sénat, avant que ces deux chambres ne soumettent éventuellement le projet de loi d'exécution à l'examen d'un comité;

(iii) le projet de loi d'exécution doit être approuvé par le Parlement et recevoir la sanction royale;

(iv) un décret en conseil doit ensuite être prononcé pour informer l'OCDE de la conclusion des procédures de ratification au Canada.

Dans le cas des conventions fiscales couvertes, l'IM entrera en *vigueur* le premier jour du mois commençant trois mois après que le Canada et le partenaire de la convention pertinente auront transmis leurs avis à l'OCDE et, il prendra *effet* à l'égard (a) des retenues à la source, le premier jour de l'année civile suivante; et, (b) des autres impôts, aux années d'imposition commençant six mois après l'entrée en vigueur de l'IM. À ce jour, seuls l'Autriche et l'Île de Man ont indiqué à l'OCDE avoir terminé leurs procédures de ratification.

Règle COP

La règle COP est visée à l'article 7 de l'IM, « Prévenir l'utilisation abusive des conventions », qui stipule qu'un avantage au titre d'une convention pourrait être refusé s'il est raisonnable de conclure que l'octroi de cet avantage était l'un des objets principaux du montage ou de la transaction, à moins qu'il soit établi que l'octroi de cet avantage serait conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de cette convention.

Le libellé général de la règle COP, conjugué aux conseils parcimonieux en matière d'interprétation prodigués à ce jour, ne font que créer de l'incertitude quant à savoir si les avantages découlant des conventions continueront ou non de s'appliquer dans diverses situations. Pour répondre en partie à ces préoccupations, l'ARC a indiqué à la Conférence de la FCF qu'elle envisageait la possibilité de mettre sur pied un comité central (analogue au comité sur la RGAE) qui aurait pour mandat d'appliquer la règle COP aux transactions réalisées par les contribuables. Comme pour l'application de la RGAE, l'ARC a intérêt à administrer la règle COP avec rigueur, tout en faisant preuve d'une certaine retenue, en particulier par suite de l'augmentation récente des dépenses au chapitre des audits internationaux, et de l'interprétation large dont le libellé ambigu de la règle COP pourrait faire l'objet.

Règle COP et RGAE – les dispositions de lutte contre les abus sont-elles complémentaires ou s'excluent-elles mutuellement?

L'ARC a également indiqué à la Conférence de la FCF qu'elle pourrait chercher à appliquer la règle COP et la RGAE (article 245 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (LIR)), comme positions de rechange concernant les avis de cotisation. Il s'agit là d'une position inefficace, car les avis de cotisation fondés sur des règles anti-évitement étendues distinctes risqueraient d'accroître sensiblement et inutilement l'incertitude et les frais de litige. Elle est de plus particulièrement préoccupante compte tenu de la mise à jour judiciaire présentée par le juge en chef Rossiter à la Conférence de la FCF sur l'insuffisance importante des ressources mises à la disposition de la Cour canadienne de l'impôt.

Malgré les commentaires de l'ARC, il semblerait inutile pour l'ARC d'établir à l'égard d'un contribuable une cotisation en vertu à la fois de la règle COP et de la RGAE (si la contestation de la RGAE est fondée sur un mauvais usage ou un usage abusif d'une disposition de la convention). Pour toute transaction entreprise par un contribuable, il importe tout d'abord de déterminer les conséquences fiscales canadiennes en vertu de la LIR. Par exemple, si une société canadienne verse un dividende à un non-résident, la LIR impose généralement un taux de retenue à la source de 25 %. Le contribuable doit ensuite déterminer si des avantages s'appliquent en vertu de la convention fiscale applicable (p. ex., si le taux de retenue à la source applicable au dividende est réduit). Si la règle COP devait s'appliquer, le contribuable n'aurait alors droit à aucun avantage au titre de la convention (p. ex., le taux de retenue à la source demeurerait à 25 %).

La RGAE peut s'appliquer à tout avantage fiscal accordé au titre d'une convention fiscale, conformément à l'article 4.1 de la *Loi sur l'interprétation des conventions en matière d'impôts sur le revenu*. Cependant, si la règle COP s'appliquait à une transaction, aucun avantage ne serait accordé au titre de la convention fiscale pertinente et la RGAE ne s'appliquerait pas. En revanche, la RGAE pourrait s'appliquer si la règle COP ne s'appliquait pas. Cependant, la RGAE ne devrait pas s'appliquer dans cette situation. Si la règle COP ne s'applique pas du fait que l'obtention d'un avantage fiscal ne fait pas partie des objectifs principaux de la transaction, la RGAE ne devrait pas s'appliquer du fait qu'aucune « transaction d'évitement » n'est réalisée (c.-à-d., la transaction était principalement réalisée de bonne foi, sans chercher à obtenir l'avantage). De même, si la règle COP ne s'applique pas du fait que l'obtention de l'avantage fiscal faisait partie de l'objet de la convention fiscale pertinente, la RGAE ne devrait pas s'appliquer du fait qu'il n'y a eu ni mauvais usage ni usage abusif. En conséquence, si l'ARC devait établir une nouvelle cotisation à l'égard d'un contribuable en s'appuyant sur l'application éventuelle de la règle COP, aucune raison apparente ne semblerait l'empêcher d'établir également une nouvelle cotisation à l'égard du contribuable au titre de la RGAE.

Atténuation de l'incidence de l'approche du « tout ou rien » de la règle COP

Si la règle COP s'applique à un avantage au titre d'une convention, elle s'opposera à l'avantage tout entier; il n'existe aucun mécanisme permettant de refuser un avantage uniquement dans la mesure raisonnable compte tenu des circonstances, ou en fonction de tout autre facteur atténuant. L'IM prévoit cependant un mécanisme que le Canada pourrait adopter pour contourner cette approche du « tout ou rien ».

Tous les signataires de l'IM ont convenu de mettre en œuvre la règle COP dans le cadre de leurs activités de conformité aux normes minimales du BEPS. L'IM renferme également diverses dispositions facultatives qui ne sont pas des normes minimales. Le Canada a émis

des réserves provisoires à l'égard de toutes les dispositions facultatives – autres que celles qui se rapportent à l'arbitrage (une liste complète des positions provisoires du Canada à l'égard de l'IM est accessible [ici](#)) – et il évalue actuellement les réserves auxquelles il pourrait renoncer avant la ratification. Nous recommandons fortement au Canada de renoncer aux réserves qu'il a formulées à l'égard du paragraphe 7(4) de l'IM. En vertu du paragraphe 7(4), un contribuable pourrait avoir droit à un avantage au titre d'une convention (ou d'une autre convention) qui lui serait autrement refusé en vertu de la règle COP si les autorités compétentes pertinentes déterminaient que cet avantage particulier au titre d'une convention aurait été obtenu en l'absence de la transaction pertinente (après consultation auprès des autorités compétentes de l'autre territoire de compétence).

Le paragraphe 7(4) est important parce qu'il permet au contribuable d'obtenir des avantages partiels ou complets au titre d'une convention lorsque les autorités compétentes conviennent qu'il serait inapproprié de refuser complètement de les accorder en vertu de la règle COP. Ce paragraphe est particulièrement important dans le cas des avantages sollicités dans le cadre de placements effectués par des instruments de placement collectifs, ou par leur entremise (par exemple, des fonds d'actions privés) – situation que la règle COP ne traite pas adéquatement selon l'OCDE. Par exemple, supposons que des résidents de divers pays visés par une convention investissent au Canada par l'entremise d'une société de portefeuille établie dans l'un de ces pays par un fonds d'actions privé. Aux termes de la convention applicable conclue entre ce pays et le Canada, un taux de retenue à la source canadien de 5 % s'appliquerait aux dividendes versés par une société par actions canadienne à la société de portefeuille. Si l'application de la règle COP devait autrement donner lieu à un refus d'accorder tous les avantages prévus par la convention à la société de portefeuille, ces dividendes seraient normalement assujettis à un taux de retenue à la source de 25 %. Cependant, le paragraphe 7(4) permettrait de faire passer le taux de retenue à la source applicable à 5 % ou 15 % dans le cas où l'ARC déterminerait que ce taux réduit aurait prévalu si les investisseurs en question avaient investi directement dans la société par actions canadienne.

Le résultat de l'application du paragraphe 7(4) semble plus compatible avec celui de la RGAE. Plus précisément, si la RGAE s'était appliquée, plutôt que la règle COP, les conséquences fiscales déterminées auraient été raisonnables dans les circonstances – y compris en tenant compte des conséquences fiscales découlant de l'absence de la transaction d'évitement pertinente. Dans l'exemple ci-dessus, si les investisseurs avaient plutôt investi directement dans la société par actions canadienne, un taux de retenue à la source réduit aurait néanmoins été appliqué. Bien que la règle COP puisse très bien ne pas s'appliquer dans ces circonstances, la plus grande souplesse offerte par le paragraphe 7(4) permettrait d'obtenir un résultat fiscal équitable en autorisant un avantage partiel ou complet au titre d'une convention, en particulier dans les situations où l'application de la RGAE permettrait d'obtenir ce même résultat. La renonciation par le Canada à ses réserves concernant le paragraphe 7(4) ouvrirait la voie à un résultat plus équitable et proportionnel et pourrait contribuer à régler certains conflits de nature fiscale avant que ceux-ci n'entraînent l'exploitation des ressources limitées du système judiciaire.

Pour plus de renseignements sur l'instrument multilatéral, la règle COP ou sur d'autres questions fiscales, veuillez communiquer avec un membre du [groupe de droit fiscal d'Osler](#).