

Réflexions sur la passivité du législateur en matière de fiscalité internationale

André Lareau

Volume 41, Number 3, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043616ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043616ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this note

Lareau, A. (2000). Réflexions sur la passivité du législateur en matière de fiscalité internationale. *Les Cahiers de droit*, 41(3), 591–617.
<https://doi.org/10.7202/043616ar>

Article abstract

The resorting to off-shore low tax jurisdictions is a stratagem often used to reduce Canadian corporate taxes, one that is very costly for the Canadian Treasury. This is no secret for anyone, let alone the Canadian tax authorities whose Pavlovian reaction seems only to activate when their backs are to the wall.

This paper attempts to pursue the thinking initiated by various authors as regards international taxation principles that should guide government in its efforts to restore public finances. To this end, this study analyzes a portion of the OECD's Unfair Tax Competition Report. Also, with support from American and Australian authorities, it examines various concepts such as capital import neutrality and capital export neutrality so as to suggest solutions designed to limit the financial losses caused by corporate squirreling in tax haven jurisdictions.

Réflexions sur la passivité du législateur en matière de fiscalité internationale

André LAREAU*

L'utilisation des juridictions étrangères à faible taux d'imposition dans le but de limiter le fardeau fiscal des entreprises canadiennes est devenue monnaie courante. Toutefois, cette stratégie fait perdre des sommes colossales au Trésor canadien. Cela ne constitue un secret pour personne, et encore pour moins pour les autorités fiscales canadiennes qui ont la fâcheuse habitude de réagir seulement lorsqu'elles sont acculées au pied du mur.

Le présent article consiste en une poursuite de la réflexion amorcée par certains auteurs quant aux principes de fiscalité internationale qui doivent guider le législateur dans un contexte de redressement des finances publiques. À cette fin, l'auteur analyse certains aspects du rapport sur la concurrence fiscale dommageable déposé en mai 1998 par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). De plus, appuyé par la littérature américaine et australienne, il examine certains concepts, tels que la capital import neutrality et la capital export neutrality avant de suggérer des solutions en vue de limiter les pertes occasionnées par l'usage des paradis fiscaux.

* Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

The resorting to off-shore low tax jurisdictions is a stratagem often used to reduce Canadian corporate taxes, one that is very costly for the Canadian Treasury. This is no secret for anyone, let alone the Canadian tax authorities whose Pavlovian reaction seems only to activate when their backs are to the wall.

This paper attempts to pursue the thinking initiated by various authors as regards international taxation principles that should guide government in its efforts to restore public finances. To this end, this study analyzes a portion of the OECD's Unfair Tax Competition Report. Also, with support from American and Australian authorities, it examines various concepts such as capital import neutrality and capital export neutrality so as to suggest solutions designed to limit the financial losses caused by corporate squirreling in tax haven jurisdictions.

	<i>Pages</i>
1 La commission Carter et les dividendes reçus de sociétés étrangères	595
2 L'imposition au Canada des revenus étrangers	597
2.1 L'énoncé de la problématique	597
2.2 Un aperçu de la fiscalité canadienne	602
2.3 Le rapport Mintz	604
3 L'analyse de la situation	606
Conclusion	616

Depuis quelques années, le ministre des Finances du Canada, à l'instar de ceux des autres pays industrialisés, a présenté plusieurs modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹ dans le but de contrer l'évasion fiscale par l'entremise des paradis fiscaux ; il a aussi joint sa voix à celle de l'Organisation de coopération et de développement économiques (O.C.D.E.) afin de dénoncer l'attitude des pays qui offrent de tels privilèges.

1. *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5^e supp.), tel qu'il a été modifié (ci-après cité « L.I.R. »).

En conséquence, diverses mesures ont été intégrées à la *Loi de l'impôt sur le revenu* en vue de permettre notamment au fisc canadien de retracer les actifs situés à l'étranger et qui sont la propriété de contribuables canadiens². Aussi, des mécanismes de contrôle ont été instaurés pour doter l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) des outils nécessaires lui permettant de vérifier la « légitimité fiscale » des transactions exécutées entre les contribuables canadiens et d'autres entités étrangères³. Par ailleurs, dans son budget de 1999, le ministre des Finances du Canada a annoncé son intention d'effectuer des consultations ayant pour objet de resserrer l'étau autour des contribuables qui font appel aux fiducies non résidentes et aux fonds de placements étrangers⁴.

En introduisant certaines mesures fiscales⁵ dans le but de freiner l'érosion de l'assiette fiscale canadienne, le ministre a-t-il choisi de livrer un signal clair à la communauté d'affaires à savoir que l'équité fiscale était l'apanage de tous les contribuables, même ceux qui travaillent au niveau international ? Est-il davantage préoccupé par la grogne collective qui se fait de plus en plus présente devant l'inaction gouvernementale à l'égard des usagers des paradis fiscaux et des autres mécanismes de réduction artificielle et occulte du revenu, tous aussi sophistiqués les uns que les autres, généralement réservés à un segment relativement restreint de la population ? Considérant l'historique de la fiscalité canadienne, la dernière option nous apparaît malheureusement la plus plausible, et c'est ce que nous tenterons de démontrer, par quelques exemples, dans le présent article.

Les contribuables canadiens sont de plus en plus éveillés quant à ce domaine complexe et aride qu'est la fiscalité et ils en ont plus qu'assez de constater que l'effort fiscal qui leur est imposé n'est pas forcément en harmonie avec les grands principes d'équité qui constituent le fondement de la fiscalité du pays.

Il est étonnant de constater que les interventions du ministre des Finances du Canada en vue de mettre un frein aux largesses du système ne se font bien souvent qu'en réaction à certains écrits qui dénoncent les failles du système ou comme suite de jugements où sont révélés les tenants et aboutissants des stratégies fiscales complexes mises sur pied pour déjouer les tentacules du fisc. En somme, le gouvernement réagit surtout lorsque

2. Voir notamment les articles 233.1 à 233.7 L.I.R.

3. Art. 247 L.I.R. : règles liées au prix de transfert.

4. *Budget fédéral*, le 16 février 1999, résolution 8 ; avant-projet de loi (IT00-4) déposé le 22 juin 2000.

5. L'énumération des diverses mesures au fil du présent article n'est nullement exhaustive.

son inaction est dénoncée ou lorsqu'une faille du système est découverte. Bien entendu, une réaction, même tardive, vaut mieux que l'inertie totale⁶. Par ailleurs, le délai de réaction du ministre entre le moment où l'écueil est découvert et celui où la brèche est colmatée est souvent excessivement long. Pourquoi en est-il ainsi ? Les autorités fiscales possèdent pourtant toutes les données nécessaires leur permettant de tracer le portrait fiscal des contribuables canadiens. Comment alors justifier que les interventions du ministre, notamment dans le domaine de la fiscalité internationale, aient été si peu énergiques ?

Le présent article traite de fiscalité, mais de façon non traditionnelle puisque l'accent y est mis davantage sur les questions soulevées par la politique gouvernementale que sur la substance fiscale. Plutôt que de faire une revue exhaustive des règles fiscales internationales applicables au Canada, nous avons plutôt choisi, à l'aide de certaines illustrations, d'examiner quelques dispositions fiscales et de tenter d'en comprendre les objectifs et les motifs qui ont suscité leur adoption tout en suggérant des avenues de solution. Pour ce faire, nous montrerons le laxisme gouvernemental dans un contexte de fiscalité internationale et nous tenterons de saisir les motifs profonds qui justifient la position adoptée par les autorités fiscales à l'égard de certains secteurs d'activité, plus particulièrement dans le cadre de la fiscalité canadienne applicable aux revenus actifs gagnés par des sociétés étrangères contrôlées par des intérêts canadiens.

À cet égard, la problématique est simple. Le législateur canadien accepte que les entreprises canadiennes qui travaillent à l'étranger par l'entremise d'une société constituée dans un paradis fiscal soient exemptées de l'impôt canadien tant et aussi longtemps que les bénéfices ne sont pas rapatriés au Canada, ce qui risque de ne jamais se produire. Toutefois, il y a pire : lorsque la société est constituée dans un paradis fiscal qui a conclu une convention fiscale avec le Canada, telles les Barbades, le rapatriement des bénéfices se fera en franchise d'impôt au Canada.

Comment justifier ce laxisme gouvernemental alors que la dette du Canada frôle les 600 milliards de dollars, que les programmes sociaux font l'objet de compressions budgétaires importantes et que le gouvernement

6. BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL, *Rapport du vérificateur général du Canada*, Ottawa, Le Bureau, 1996, chap. 1. Ce chapitre porte sur l'émigration de la fiducie Bronfman et s'interroge sur les conséquences fiscales découlant de la décision favorable aux contribuables rendues par les autorités fiscales. Peu de temps après la sortie de ce rapport, le ministre du Revenu a déposé, le 2 octobre 1996, un avis de motion sur l'émigration fiscale et plusieurs autres projets. Après maintes tergiversations, un nouvel avant-projet de loi a été déposé le 17 décembre 1999, lequel a été suivi d'un autre avis de motion en date du 5 juin 2000.

exhorte le contribuable moyen à accepter de payer des taxes et impôts sur la quasi-totalité de son revenu disponible ?

1 La commission Carter et les dividendes reçus de sociétés étrangères

L'attitude passive des gouvernants canadiens en matière fiscale n'est pas nouvelle. Ainsi, dans son rapport déposé en 1966, la commission Carter avait émis l'opinion que la *Loi de l'impôt sur le revenu*⁷ contenait des dispositions permettant à certaines sociétés de gagner des revenus étrangers en franchise d'impôt, ce qui faisait du Canada un « refuge fiscal⁸ ». C'est ainsi que l'alinéa 28 (1) d) de l'époque permettait à une société canadienne de recevoir, en franchise d'impôt canadien, des dividendes de sociétés étrangères à condition qu'au moins 25 p. 100 des actions de cette dernière société soient de propriété canadienne ; cette disposition faisait aussi qu'une société résidente du Canada n'était pas soumise à l'impôt canadien lorsque ses activités de même que ses actifs étaient situés principalement à l'étranger.

L'objectif initial de cette mesure était probablement fort louable puisque, en vertu des principes de fiscalité internationale, c'est le pays d'où provient le revenu qui impose en priorité celui-ci. Le pays de résidence du contribuable peut aussi soumettre cette somme à son propre régime d'imposition, tout en prévoyant un mécanisme permettant de compenser l'impôt étranger soit sous la forme d'une exemption d'impôt sur ce revenu, soit par un dégrèvement annulant exactement le montant d'impôt payé à l'étranger⁹.

Or, au moment de l'introduction de l'alinéa 28 (1) d) en 1949, « l'ensemble des revenus canadiens de provenance étrangère provenait de pays dont l'impôt sur les sociétés était aussi élevé qu'au Canada, en particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni¹⁰ » ; comme un mécanisme de dégrèvement aurait abouti à la réception du revenu étranger en franchise d'impôt canadien, il avait été jugé plus simple de prévoir une exemption d'impôt à l'égard de ce revenu.

7. *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, c. 148.

8. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité (rapport Carter)*, t. 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967, p. 590 ; voir aussi D.J.S. BREAN, « The International Dimension of Canadian Tax Policy : Contributions of Carter and Subsequent Developments », dans W.N. BROOKS, *The Quest for Tax Reform : The Royal Commission on Taxation Twenty Years Later*, Toronto, Carswell, 1988, p. 268.

9. Selon le rapport Carter, précité, note 8, p. 589, il « existe dans d'autres pays quelques exemples d'exemption de dividendes étrangers, mais le Canada est de fait le seul pays qui a adopté une disposition aussi générale que celle de l'article 28 (1) d) ».

10. *Ibid.*

Toutefois, dans les faits, les investissements étrangers effectués par les contribuables canadiens n'étaient pas limités aux États-Unis et au Royaume-Uni ; en effet, les capitaux canadiens avaient aussi pris la direction d'autres pays où l'impôt était bas ou simplement nul, tant et si bien que de 1957 à 1961 « du montant de 1 500 millions de dollars reçus par toutes les sociétés canadiennes (y compris celles possédées par les non-résidents) [...] seulement 10 p. 100 provenaient des États-Unis et du Royaume-Uni¹¹ ». De plus, « une très forte proportion de ces dividendes était touchée au Canada par des « holdings » ayant peu d'intérêt économique pour le Canada mais détenus, dans la majorité des cas, par des actionnaires étrangers¹² ».

L'utilisation du Canada à titre de paradis fiscal était un fait accepté par les autorités fiscales qui n'ont nullement été surprises par cette partie du rapport puisque les données utilisées avaient été compilées par la Division de l'impôt à la demande de la commission Carter¹³. Si cette dernière n'avait pas fait la lumière sur cette « passoire fiscale », le ministre des Finances du Canada aurait-il agi de son propre chef ?

Pourtant, ce n'est qu'en 1972 que cette disposition a été abolie, alors que le rapport avait été déposé dès 1966. Elle a été remplacée par un ensemble de nouvelles règles complexes, dont nous traiterons plus loin, qui portent, d'une part, sur la réception de dividendes en provenance de sociétés étrangères affiliées¹⁴ et, d'autre part, sur l'imposition au Canada des revenus passifs tirés de l'étranger¹⁵. En 1976 ces nouvelles règles sont enfin entrées en vigueur, de telle sorte que dix années s'étaient écoulées entre la divulgation publique de l'information sur les effets de l'alinéa 28 (1) d) et l'application véritable des nouvelles mesures¹⁶. Comment justifier un tel délai et, au surplus, pour quel motif le ministre des Finances du

11. *Id.*, p. 590.

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. En vertu du nouveau système, les dividendes ne sont sujets au système d'exemption que dans la mesure où ils proviennent de surplus exonérés, c'est-à-dire lorsque le payeur est résident d'un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale. Toutefois, de 1972 à 1975, tout revenu d'entreprise d'une société étrangère qui paie un dividende à une société est présumé avoir été gagné dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale, de telle sorte que tout dividende reçu par une société canadienne de 1972 à 1976 a été exonéré d'impôt ; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., c. 945, règlement 5907 (11).

15. Ces règles, connues sous l'acronyme « FAPI » (Foreign Accrual Property Income), ont été empruntées à la fiscalité américaine.

16. En vertu du paragraphe 35(3) des règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu, ce n'est qu'en 1976 que cette nouvelle règle est devenue applicable.

Canada a-t-il accepté le congé d'impôt à l'égard de tels revenus alors que ses préposés étaient au courant des sommes perdues par l'État ?

2 L'imposition au Canada des revenus étrangers

2.1 L'énoncé de la problématique

En vertu des principes de fiscalité canadienne, le revenu d'un contribuable qui réside au Canada est calculé sur une base mondiale, de telle sorte que même les revenus gagnés dans un pays étranger subissent le poids de l'impôt canadien. Toutefois, ce principe souffre de nombreuses exceptions, notamment en matière de fiscalité internationale. Pour tracer un portrait global de la charge fiscale applicable à un revenu gagné à l'étranger par un résident canadien, les règles fiscales internes applicables à la juridiction d'où provient le revenu doivent être examinées de même que les conventions fiscales conclues entre le Canada et ce pays.

D'ores et déjà, nous constatons que le contribuable qui gagne un revenu à l'étranger pourrait être assujéti simultanément à la fiscalité de diverses juridictions, risquant ainsi d'augmenter de façon importante son fardeau fiscal. À cet égard, deux théories s'affrontent : la priorité d'imposition doit-elle être accordée au pays d'où vient le revenu, soit le pays source (*capital import neutrality*)¹⁷, ou convient-il de privilégier le pays de résidence du contribuable (*capital export neutrality*)¹⁸ ?

Au cours des dernières années, plusieurs auteurs¹⁹ ont choisi d'appuyer la théorie de la *capital import neutrality*, soit l'imposition par le pays source, c'est-à-dire le pays d'où provient le revenu, pour tout revenu d'entreprise exploitée activement. Ce choix effectué au nom de la compétitivité internationale est motivé par le fait que, dans un secteur donné de l'économie et dans un même pays, ces entreprises devraient toutes subir la

17. Lorsque seul le pays source impose le revenu, alors que le pays de résidence exonère d'impôt la somme gagnée à l'extérieur, il est question de *capital import neutrality* ou « neutralité à l'égard des capitaux importés ». Pour un article définissant bien cette expression, voir : S.E. SHAY, « Revisiting U.S. Anti-Deferral Rules », *Taxes*, 1996, p. 1044.

18. Lorsque le pays de résidence accorde un crédit pour compenser l'impôt payé dans le pays où le revenu a été gagné, il est alors question de *capital export neutrality* ou « neutralité à l'égard des capitaux exportés ». Pour un article définissant bien cette expression, voir : S.E. SHAY, *op. cit.*, note 17.

19. G.C. HUFBAUER, *U.S. Taxation of International Income: Blueprint for Reform*, Washington, Institute for International Economics, 1992, p. 57-60 ; R.S. AVI-YONAH, « The Structure of International Taxation : A Proposal for Simplification », (1996) 74 *Tex. Law Rev.* 1301.

même charge fiscale. Ainsi, l'imposition à l'égard des revenus gagnés à l'étranger serait réservée au pays source, alors que le pays de résidence de l'entité ayant gagné le revenu offrirait à ce dernier un système d'exemption complète à l'égard de ce revenu étranger dans le calcul de la charge fiscale domestique²⁰.

Il nous semble qu'une telle théorie va complètement à l'encontre d'un des principes fondamentaux de la fiscalité canadienne, soit notamment que le fardeau fiscal doit être évalué en fonction de la capacité de payer du contribuable. Ainsi, les notions d'équité verticale et horizontale ne seraient pas respectées dans le cadre de l'application d'une telle théorie puisque les principes qui guident la fiscalité canadienne nous enseignent que le fardeau fiscal du contribuable doit être évalué en fonction de sa capacité de payer et non d'après sa perspicacité à installer ses pénates dans un pays où le taux d'impôt est nul ou presque nul.

Il est fondamental que le fardeau fiscal du contribuable soit évalué en fonction de l'endroit où il « respire et vit », c'est-à-dire de l'endroit où il bénéficie de la protection et des bénéfices conférés par le statut de « résident ». Dans un contexte d'imposition par le pays source (*capital import neutrality*), ce principe n'est pas respecté puisque le taux d'impôt payable dans ce pays étranger, qui pourrait ne pas être un paradis fiscal, sera un taux fixe ou un taux déterminé en fonction de l'importance de ce revenu étranger. Or, puisque la somme du revenu gagné dans le pays de résidence et dans les autres pays n'est pas prise en compte par ce pays étranger dans la détermination du taux d'imposition, le principe en vue d'assurer l'équité verticale n'est certes pas respecté, car les sommes disponibles après impôt pour ce contribuable seront alors différentes selon la fiscalité du pays où le revenu aura été gagné.

Par ailleurs, dans un contexte d'imposition par le pays de résidence du contribuable, soit la *capital export neutrality*, le pays source peut continuer à percevoir les impôts sur les revenus qui y sont produits, alors que le pays de résidence conserve son pouvoir d'imposition. Toutefois, l'adoption de la *capital export neutrality* ne signifie pas que le contribuable sera nécessairement assujéti à une double imposition. En effet, le pays de résidence peut adopter certains mécanismes d'allègement du fardeau fiscal au bénéfice de son résident qui peuvent prendre plusieurs formes, tel un crédit d'impôt qui peut soit englober entièrement l'impôt étranger²¹, soit être

20. Pour un excellent article critiquant la théorie de la *capital export neutrality*, voir R.J. PERONI, « Back to the Future : A Path to Progressive Reform of the U.S. International Income Tax Rules », (1997) 51 *University of Miami Law Review* 980.

21. *Ibid.*

limité au fardeau fiscal applicable sur ce revenu dans le pays de résidence, ou encore consiste en une simple déduction dans le calcul du revenu domestique²².

Un des arguments en faveur de la *capital import neutrality* est que chacun peut arranger ses affaires de façon à minimiser sa charge fiscale de telle sorte que la décision d'exploiter son entreprise à l'étranger devrait permettre à un contribuable canadien de se soustraire à la fiscalité canadienne. À cet égard, est-il nécessaire d'ajouter que chaque contribuable aimerait alléger son fardeau fiscal, du petit salarié qui ne paie qu'un maigre montant de 100 \$ d'impôt annuel à la multinationale qui en paie des millions ? La différence entre ces deux contribuables réside dans le fait que le paiement de 100 \$ pour le petit contribuable empiète directement sur sa capacité de se procurer les besoins essentiels de la vie courante, sans compter qu'il ne possède pas la capacité économique d'échapper à l'impôt canadien en installant ses affaires à l'étranger.

Dans un récent article, un auteur a critiqué le principe de la *capital export neutrality* en indiquant avec une certaine pointe d'ironie que, « in order to more completely implement the principle of CEN [*capital export neutrality*], the United States could have attempted to tax all persons of the world on their worldwide income²³ ».

Pour cet auteur, la théorie de la *capital export neutrality* est mieux adaptée aux individus, alors que les sociétés devraient être visées par la *capital import neutrality*, c'est-à-dire l'imposition en fonction du territoire ou du lieu où est gagné le revenu, soit le pays source. Selon cet auteur, il est illogique que la charge fiscale soit déterminée simplement en fonction du lieu de constitution de la société puisqu'il est possible que ce dernier n'ait aucun lien avec celui où la société exploite réellement son entreprise²⁴.

Par ailleurs, l'importance qui doit être accordée à la compétitivité internationale est souvent citée en appui au principe de la priorité d'imposition qui doit être accordée au pays source²⁵. Or, bien que l'incidence du fardeau

22. Selon R.J. PERONI, *loc. cit.*, note 20, 981, conformément aux principes de l'équité horizontale, les impôts étrangers pourraient être traités comme une simple dépense d'entreprise déductible, qui ne peut être créditée. Il s'empresse toutefois de préciser qu'une telle approche ne serait pas appropriée puisqu'elle ne compenserait pas suffisamment le poids de la double imposition et découragerait l'investissement extérieur.

23. H B. BOUMA, « U.S. International Tax Attorney Urges Proper Focus on Subpart F », *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 1939.

24. *Id.*, p. 1940.

25. R.J. PERONI, *loc. cit.*, note 20, 983. Voir aussi le rapport du National Foreign Trade Council déposé le 25 mars 1999 : NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *The NFTC Foreign Income Project : International Tax Policy for the 21st Century, Part One : A Reconsideration of Subpart F*, Washington, DC, NFTC, 1999.

fiscal sur la capacité du contribuable à concurrencer les marchés dans le cadre de l'économie mondiale ne soit pas clairement établie, nous préférons suivre l'approche exprimée par le professeur Peroni, de la Faculté de droit de la George Washington University, à savoir que, dans la mesure où la politique fiscale doit jouer un rôle dans l'amélioration de la compétitivité internationale, « the most economically efficient way to do so is to broaden the tax base and reduce U.S. tax rates across the board, rather than reduce U.S. tax rates to zero only on foreign source income²⁶ ».

Il est bien évident que si l'imposition du revenu étranger était réservée au pays source, plusieurs pays se disputeraient une somme importante de capitaux, entraînant ainsi un mouvement d'impôt à la baisse²⁷, particulièrement dans les pays où les services publics offerts sont relativement limités. Par ailleurs, comme l'ont exprimé Peggy Musgrave et Richard Musgrave, l'exode des capitaux vers les pays à faible taux d'imposition « permits the owner who resides in a high-tax location to act as a free rider enjoying a high level of public services without contributing to their cost. As a result, voting patterns will be distorted, burdens will be shifted and an inefficient level of public provision will result²⁸ ».

Dans le même esprit, un auteur écrivait récemment que la concurrence fiscale entre les pays ne nuit pas seulement aux pays qui maintiennent des taux d'imposition élevés ; les principales victimes en sont plutôt « the great majority of citizens whose taxes are made higher than they might otherwise be as a result of tax avoidance and evasion by a small minority²⁹ ».

Cette problématique de concurrence fiscale entre les pays est intimement liée à un rapport de l'OCDE³⁰ déposé en 1998 dans lequel on y examine le phénomène de la concurrence fiscale dommageable. Comme cela

26. R.J. PERONI, *loc. cit.*, note 20, 983.

27. MINISTÈRE DES FINANCES, *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1987, p. 639.

28. P.B. MUSGRAVE et R.A. MUSGRAVE, *Fiscal Coordination and Competition in an International Setting*, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness*, 1990, p. 69.

29. A. EASSON, « The Tax Competition Controversy », *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 390.

30. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Concurrence fiscale dommageable : un problème mondial*, Paris, OCDE, 1998. La Suisse et le Luxembourg ont choisi de marquer leur désaccord avec ce rapport en s'abstenant lors de son adoption. La position du Luxembourg est notamment basée sur le fait que ce pays ne partage pas la conviction exprimée dans le rapport « selon laquelle le secret bancaire serait automatiquement à l'origine de la concurrence fiscale dommageable » (p. 82). La Suisse s'oppose, notamment au motif que « le rapport présente comme un élément d'identification d'un régime fiscal préférentiel dommageable un niveau de taxation

était prévisible, la porte d'entrée se trouve, bien entendu, du côté des paradis fiscaux. Même si aucun pays n'est nommément désigné³¹, le paradis fiscal y est défini comme un pays qui est en mesure de financer ses services publics alors que les impôts sont inexistants ou presque et que ce pays démontre une grande ouverture à l'égard des non-résidents dans le but avoué de leur procurer une réduction substantielle de leur fardeau fiscal³². Toutefois, selon le rapport, pour qu'un pays soit « taxé » de concurrence déloyale, il ne suffit pas qu'il offre de bas taux d'imposition ; d'autres éléments doivent aussi être présents, tels que le refus de participer à des échanges d'information ou l'absence de transparence avec d'autres juridictions. Le cantonnement des régimes constitue un autre indice qui peut se matérialiser notamment par des préférences fiscales marquées en faveur des non-résidents ou l'interdiction aux entreprises bénéficiaires d'être en activité sur le marché national³³.

Notons que certaines des recommandations du rapport ont déjà été adoptées au Canada, par exemple celles qui portent sur la communication d'information sur les activités étrangères³⁴ et les règles liées au prix de transfert³⁵.

Le rapport de l'OCDE dénonce aussi la politique de certains pays qui appliquent la méthode de l'exemption, dont nous traiterons plus loin, pour éliminer la double imposition des revenus de source étrangère. Selon le rapport, ces pays « devraient envisager d'adopter des règles assurant que les revenus étrangers qui ont bénéficié de pratique fiscale constituant une concurrence fiscale dommageable n'aient pas droit à l'application de la méthode de l'exemption³⁶ ».

La politique fiscale canadienne est directement prise à partie par cette mesure puisque rien n'a encore été fait à cet égard au Canada en vue

inférieur dans un État à celui d'un autre. Cela conduit à une protection inacceptable des pays à forte fiscalité ce qui est, de plus, contraire à la philosophie économique de l'OCDE » (p. 85). Sur la position de la Suisse, voir N. BROUARD et T. BLOOS, « Holding and Financing Companies : The Swiss Alternative », (1998) 6 C.T.J. 1301.

31. Le rapport de l'OCDE contient néanmoins une recommandation en vue de l'établissement d'une liste de paradis fiscaux : ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 30, p. 64.

32. *Id.*, p. 22.

33. *Id.*, p. 30 ; voir aussi C. GNAEDINGER, « OECD Deputy Secretary-General Discusses Harmful Tax Competition », *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 2029.

34. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 30, p. 49 ; art. 233.1-233.7 L.I.R.

35. Art. 247 L.I.R.

36. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 30, p. 48.

d'éliminer cette largesse dénoncée publiquement par ailleurs bien avant le rapport de l'OCDE. La dénonciation faite par celle-ci exige une remise en question de la politique fiscale canadienne à l'égard de l'exploitation des entreprises étrangères par l'intermédiaire de filiales étrangères.

2.2 Un aperçu de la fiscalité canadienne

Sans entrer dans tous les détails et pour mieux comprendre les critiques qui sont faites à propos du système fiscal canadien, voici un aperçu de la fiscalité canadienne telle qu'elle existe actuellement à l'égard de la réception de dividendes provenant de sociétés étrangères.

La société qui gagne un revenu est redevable d'un impôt, bien qu'il soit logique de penser, comme la société n'est qu'un intermédiaire ou une forme de conduit, que cette responsabilité devrait être celle de l'actionnaire³⁷. Or, pour des raisons d'ordre pratique et très concrètes³⁸, il a été jugé préférable, lors de la réforme fiscale de 1972, de rendre la société responsable des impôts sur ses bénéfices et d'imposer l'actionnaire seulement lorsque les bénéfices lui sont versés, à l'exception de certaines situations où de telles sommes seront directement imputées à l'actionnaire.

La réception de dividendes aura ainsi des conséquences différentes selon que l'actionnaire est un particulier ou une autre société. Le particulier étant le « consommateur » ultime du dividende, cette somme sera alors soumise à une charge fiscale selon une méthode de calcul qui permet de déduire l'actionnaire de la somme d'impôt déjà payée par la société sur ce revenu³⁹.

Lorsque l'actionnaire est une société, le dividende reçu d'une société résidente n'est généralement pas assujéti à l'impôt puisque le revenu qui a engendré le paiement de ce dividende doit initialement avoir subi le poids de l'impôt, alors que seul le consommateur ultime, le particulier, doit être redevable éventuellement de l'impôt final sur cette somme. Un impôt sur les sociétés sera toutefois prélevé chez l'actionnaire corporatif dont la

37. COMMISSION ROYALE D'ENQUÊTE SUR LA FISCALITÉ, *op. cit.*, note 8, chap. 19. Toutefois, selon Richard Bird, « comme une très grande part de l'activité économique moderne passe par l'intermédiaire des sociétés, il devient tellement commode d'appliquer des impôts à ce niveau qu'il est presque inconcevable de ne pas le faire » : R.M. BIRD, *Document de travail 96-2 rédigé pour le Comité technique de la fiscalité des entreprises*, Ottawa, Ministère des Finances, 1996, p. 11.

38. Si cette responsabilité était celle de l'actionnaire, cela occasionnerait notamment divers problèmes de liquidité chez l'actionnaire à qui la société ne verserait pas nécessairement sa part de dividendes.

39. Cette méthode de calcul est communément appelée « mécanisme d'intégration ».

participation est peu importante ; dans le cas contraire, soit lorsque l'actionnaire contrôle le payeur ou détient plus de 10 p. 100 en vote et en valeur des actions, un impôt sera payable dans la mesure où le paiement de dividendes donne lieu à un bénéfice fiscal pour le payeur du dividende⁴⁰.

Lorsque le dividende provient d'une société non-résidente, le Canada utilise un système mixte d'exemption et de crédit, selon la provenance des revenus. Sur le plan de la philosophie fiscale, le Canada accepte de renoncer à l'impôt sur ce dividende lors de sa rentrée au pays si, d'une part, le dividende est payé à même un revenu « actif » et que, d'autre part, « la société étrangère a supporté des impôts [étrangers] équivalant plus ou moins à l'impôt canadien⁴¹ ». Concrètement, cela se traduit par une exonération d'impôt⁴² à l'égard des dividendes reçus par la société canadienne à même les surplus exonérés de la société étrangère. Or, un dividende provient de tels surplus lorsqu'il est payé directement à partir du revenu « actif » ou présumé « actif » d'une société étrangère signataire d'une convention fiscale avec le Canada.

La principale lacune du système canadien quant à cette notion de surplus exonérés est qu'il cède totalement au pays étranger la juridiction quant à l'imposition d'un tel revenu au motif que ce pays est signataire d'une convention fiscale avec le Canada et que, partant, sa législation est censée contenir des charges fiscales semblables aux canadiennes. Pourtant, la législation de plusieurs pays signataires d'une convention fiscale avec le Canada, dont les Barbades⁴³, Chypre⁴⁴, la Jamaïque⁴⁵, Israël⁴⁶ et le Luxembourg⁴⁷ prévoit des dispositions d'allègement pour certaines entités à statut particulier même si ces dernières se voient expressément refuser les avantages prévus dans la convention⁴⁸. Comment alors justifier que le statut de surplus exonéré soit conféré à l'égard de la société acceptée comme résidente d'un tel pays alors que le taux d'imposition effectivement supporté ne constitue pas une condition de l'obtention d'un tel privilège ?

40. Art. 186 et art. 129 L.I.R.

41. MINISTÈRE DES FINANCES, *op. cit.*, note 27, p. 6 :23. En vertu de ce système, le Canada reconnaît la priorité du pays étranger qui est la source du revenu. Voir N. PANTALEO et J.S. WILKIE, « Taxing Foreign Business Income », dans *Corporate Management Tax Conference*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1998, p. 8.

42. Art. 113 (1) L.I.R.

43. *Convention fiscale entre le Canada et les Barbades*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, annexe IX.

44. *Convention fiscale entre le Canada et Chypre*, S.C. 1985, c. 23.

45. *Convention fiscale entre le Canada et la Jamaïque*, S.C. 1980-81-82-83, c. 44, annexe VIII.

46. *Convention fiscale entre le Canada et Israël*, S.C. 1974-75-76, c. 104, annexe III.

47. *Convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg*, (1991) *Gaz. Can.* II.

48. MINISTÈRE DES FINANCES, *op. cit.*, note 27, p. 6 :23.

Les critiques contenues dans le rapport de l'OCDE ont justement pour objet de modifier une telle situation :

Les pays qui adoptent la méthode de l'exemption pour éliminer la double imposition des revenus de source étrangère devraient envisager d'adopter des règles assurant que les revenus étrangers qui ont bénéficié de pratiques fiscales constituant une concurrence fiscale dommageable n'aient pas droit à l'application de la méthode de l'exemption⁴⁹.

Afin de minimiser la double imposition résultant de ce revenu étranger, le Canada aurait pu opter pour un système de crédit plutôt que d'adopter la méthode d'exonération. La différence essentielle entre les deux est que, dans le contexte du mécanisme de crédit, le pays de résidence de la société impose le revenu à son taux ordinaire et accorde au contribuable un crédit pour compenser la charge fiscale payée à l'étranger de telle sorte que si l'impôt étranger est de 25 p. 100, alors que l'impôt canadien est de 38 p. 100, le Canada imposera ultimement ce revenu au taux de 13 p. 100. Toutefois, le crédit n'est consenti qu'à concurrence de l'impôt canadien payable. Dès lors, si l'impôt assumé par le contribuable dans le pays étranger excède l'impôt canadien, aucun impôt canadien ne sera payable sur cette somme, tandis que l'excédent ne pourra être réclamé à l'encontre de l'impôt canadien payable sur un autre revenu.

2.3 Le rapport Mintz

En 1996, le ministre des Finances du Canada a mis sur pied le Comité technique de la fiscalité des entreprises afin d'examiner le régime fiscal des entreprises en vigueur au Canada. Dans le chapitre portant sur la fiscalité internationale, le rapport Mintz (du nom du président de ce comité) a fait l'étude des diverses solutions de rechange quant à l'imposition des revenus étrangers.

Dans un premier temps, les auteurs du rapport ont analysé l'idée de permettre l'exonération totale des dividendes reçus de toute société étrangère, peu importe que l'entreprise ait été exploitée dans un pays ayant conclu ou non une convention fiscale avec le Canada. Bien que le rapport ait indiqué que la mise en place d'un tel système ne devrait pas entraîner de réductions substantielles des recettes fiscales de l'État et qu'il faciliterait substantiellement la tâche des contribuables qui n'auraient plus à se soucier des divers comptes de surplus exonérés et de surplus imposables, cette solution a quand même été rejetée puisque le Comité a jugé qu'elle aurait donné ouverture à l'exonération du gain en capital provenant de la disposition

49. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *op. cit.*, note 30, p. 48.

d'actions de sociétés étrangères affiliées, favorisant ainsi l'investissement à l'étranger au détriment de l'investissement au Canada⁵⁰.

Le rapport a aussi examiné la méthode de revenu différé assortie d'un crédit. En vertu de ce système modelé sur l'expérience américaine et britannique, tous les bénéfices d'exploitation engendrés par les sociétés étrangères affiliées feraient partie des comptes de surplus imposables et non des surplus exonérés. Ainsi, lorsque de tels surplus seraient rapatriés au Canada dans les coffres de la société canadienne, et seulement à ce moment, ils seraient frappés d'un impôt canadien, alors que la société canadienne bénéficierait toutefois d'un crédit d'impôt en vue de compenser la charge fiscale étrangère⁵¹. Cette solution n'a toutefois pas été retenue compte tenu de la complexité accrue qu'entraînerait l'adoption d'un tel système et de l'alourdissement notable des frais d'administration et d'observation qui y sont liés. La décision du Comité a aussi été motivée par l'attitude des sociétés étrangères qui ne semblent pas disposées à rapatrier les bénéfices dans le pays d'origine de l'investisseur lorsque cela doit entraîner des impôts appréciables dans le pays d'origine.

La méthode de revenu élevé⁵² a également fait l'objet de commentaires de la part du Comité. En vertu de cette méthode, les bénéfices réalisés dans un pays signataire d'une convention fiscale seraient versés au surplus exonéré uniquement s'ils subissent un « impôt élevé ». Le Comité n'a pas retenu cette approche compte tenu du peu de revenus qu'elle amènerait au Trésor canadien et de la complexité qu'elle engendrerait, particulièrement dans le cas de l'application des crédits d'impôts étrangers.

Finalement, le rapport Mintz a souligné que la méthode d'exonération utilisée au Canada ne devait être maintenue que lorsqu'elle produit des résultats semblables à ceux que donnerait généralement la méthode du crédit, c'est-à-dire lorsque la société étrangère supporte à l'étranger un taux d'imposition à peu près équivalent au taux canadien. Ainsi, ce comité avait recommandé que la méthode d'exonération ne puisse s'appliquer lorsque les revenus obtenus dans un pays signataire de convention fiscale sont assujettis à un faible taux effectif d'imposition. Sa recommandation reprenait substantiellement celle qui avait d'ailleurs été formulée dans le rapport du vérificateur général de 1992⁵³. Ce dernier ajoutait au surplus que le

50. Ce motif peut sembler curieux puisque le gain en capital est davantage lié au revenu passif qu'au revenu actif ; voir à ce sujet N. PANTALEO et J.S. WILKIE, *op. cit.*, note 41, p. 8 : 12.

51. MINISTÈRE DES FINANCES, *op. cit.*, note 27, p. 6 : 9.

52. *Id.*, p. 6 : 10.

53. BUREAU DU VÉRIFICATEUR GÉNÉRAL, *Rapport du vérificateur général du Canada*, Ottawa, Le Bureau, 1992, par. 2.46.

ministre du Revenu national était au courant qu'un certain nombre de contribuables avaient utilisé ce moyen afin de transférer 500 millions de dollars au Canada en franchise d'impôt. Depuis ce rapport, peu de changements législatifs ont été apportés sur ce chapitre, si ce n'est l'abrogation de la liste des pays énumérés dans le règlement 5907 (11) à compter de 1996 à l'égard desquels le revenu actif pouvait donner accès à des surplus exonérés. Depuis 1996, cette liste a été remplacée par une définition de l'expression « pays désigné » qui concerne un pays qui a conclu avec le Canada une convention ou un accord général en vue de l'élimination de la double imposition⁵⁴.

Le Comité a par ailleurs reconnu que les exigences liées à la qualification de surplus exonéré étaient probablement trop peu strictes et que cela permettait de façon indue à une société canadienne d'être exonérée d'impôt sur ce revenu de dividende provenant d'une société étrangère. En effet, comme le souligne le rapport, « la détention de 10 % d'une catégorie spéciale d'actions privilégiées, même de montant minimal, est suffisante pour se prévaloir du système⁵⁵ ».

Le Comité a ainsi suggéré de relever le seuil de propriété afin d'exiger la détention d'au moins 10 p. 100 de toutes les actions en circulation, en vote et en valeur. Toutefois, selon Richard Tremblay⁵⁶, cette proposition pose un problème de taille quant à l'évaluation des actions lors de la détention par des actionnaires minoritaires. De toute façon, le ministre des Finances du Canada n'a pas apporté de modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

3 L'analyse de la situation

Notre analyse de la situation fiscale canadienne sur la scène internationale permet de constater que la possibilité offerte aux contribuables canadiens de différer l'impôt canadien sur les revenus gagnés à l'étranger par l'intermédiaire d'une filiale étrangère (sauf dans les cas d'application des règles du Foreign Accrual Property Income (FAPI)⁵⁷) équivaut à une

54. *Règlement de l'impôt sur le revenu*, précité, note 14. À ce sujet, voir J.H. MEEK, « The Practical Application of the New Foreign Affiliate Provisions : Part 2 », dans J.H. MEEK, *Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, chap. 37, p 20.

55. MINISTÈRE DES FINANCES, *op. cit.*, note 27, p. 6:11.

56. R.G. TREMBLAY, « Major Amendments Proposed for Canadian Taxation of Inbound/Outbound Investments », *Journal of Taxation of Investments*, vol. 2, 1999, p. 141.

57. De telles règles sont prévues dans la sous-section i de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Elle énonce notamment que le revenu « passif », tel le revenu d'intérêt et de loyer, est imposé dans les mains de l'actionnaire canadien aussitôt qu'il est gagné par une société

réduction substantielle de l'impôt canadien dont les fondements et les conséquences devraient être revus. Compte tenu, d'une part, de l'intolérance sans cesse croissante et non moins bien fondée de la population canadienne à l'égard des manipulations fiscales permettant de réduire le fardeau des mieux nantis et, d'autre part, de l'atteinte toute récente du déficit zéro permettant d'enclencher une baisse des impôts⁵⁸, il est grand temps que le ministre des Finances du Canada se penche sur les règles fiscales applicables aux revenus gagnés à l'extérieur du Canada par les entités non-résidentes dont le contrôle (au sens large) est situé au Canada.

Une double problématique se présente à cet égard. Premièrement, serait-il de mise de continuer à permettre que le revenu étranger qui n'est pas actuellement soumis aux règles de FAPI et qui est gagné par une entité étrangère « contrôlée » par un ou des contribuables canadiens puisse être exonéré d'impôt canadien jusqu'au moment où des dividendes seront versés aux actionnaires canadiens ? Deuxièmement, faut-il encore accepter que les revenus gagnés dans les pays signataires d'une convention fiscale avec le Canada puissent faire partie des surplus exonérés des sociétés étrangères, alors même que de tels revenus étrangers peuvent, selon la législation de ce pays, jouir d'une exonération partielle ou totale dans cette juridiction ?

Cette réflexion n'est pas sans rappeler l'allocution du président John F. Kennedy du 20 avril 1961, au cours de laquelle il avait proposé, contre vents et marées, une version étendue de la *capital export neutrality* en vertu de laquelle les profits des sociétés étrangères contrôlées (*controlled foreign corporation*) devaient être imposés dans les mains de la société mère américaine, même avant que de tels revenus soient rapatriés aux États-Unis⁵⁹. Il est facile de se douter que cette mesure avait provoqué une vague de protestations de la part des groupes de pression américains liés au monde des affaires. Bien que la proposition du président n'ait pas été adoptée, elle

étrangère contrôlée par des contribuables canadiens, même en l'absence d'une distribution de la somme à l'actionnaire canadien. Bien entendu, lorsque la somme sera rapatriée au Canada, elle ne sera pas soumise à un impôt canadien supplémentaire.

58. MINISTÈRE DES FINANCES, *Communiqué 99-061*, Ottawa, 30 juin 1999 : début d'une baisse des impôts en date du 1er juillet 1999.
59. *Message of the President's Tax Recommendations*, 21 avril 1961, reproduit dans H.R. Doc. n° 87-140, 1961, p. 6. Voir à cet effet : R.S. AVI-YONAH, « The Structure of International Taxation », (1996) 74 *Texas Law Review* 1325 ; NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, « The NFTC Foreign Income Project : International Tax Policy for the 21st Century », *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 1380 ; H. BOUMA, *loc. cit.*, note 23, p. 140. Une proposition semblable a été reprise en 1992 sans plus de succès par un ancien membre du Congrès, Dan Rostenkowski ; voir à ce sujet : H.R. 5270, 102d Cong., 2d session, s. 201 (1992).

a néanmoins donné lieu à un affrontement qui a obligé le Congrès américain à trouver une solution de compromis. Celle-ci s'est soldée par la création, aux États-Unis, de ce qu'il est maintenant convenu d'appeler le *subpart F income*, soit la mesure sur laquelle s'est timidement appuyé le législateur canadien dans la conception des règles de FAPI.

Récemment, la législation américaine a été l'objet de critiques sévères dans un rapport publié par le National Trade Foreign Council⁶⁰ (NTFC) qui, retenant notamment des arguments de compétitivité, tente de rallier la faveur politique afin d'assouplir ces règles. Ce rapport compare, entre autres, les règles américaines avec celles de quelques autres pays industrialisés dans le contexte de l'imposition des revenus étrangers et conclut que la législation américaine est la plus rigide de toutes à l'égard des revenus étrangers, ce qui désavantage de façon marquée l'entreprise américaine et la rend moins concurrentielle. D'après une comparaison avec les autres législations, ce rapport prétend ne pas avoir comme objet de niveler par la base mais de plutôt démontrer « that the rest of the developed world has not joined in a race to the top⁶¹ ». Enfin, le NTFC insiste sur la nécessité de revoir les règles du *subpart F income* compte tenu d'une certaine incertitude sur le plan historique à l'égard de ce qui constituait à l'époque un abus de l'utilisation de l'impôt différé dans le cadre des transactions internationales.

La réaction à ce rapport ne s'est pas fait attendre, alors que le professeur Avi-Yonah, de la Faculté de droit de l'Université Harvard, a dénoncé à son tour la position de cet organisme⁶². Comme il le mentionne de façon bien anodine, le NTFC est une association qui regroupe environ 550 entreprises multinationales composées de la plupart des grandes banques et entreprises manufacturières, lesquelles comptent pour environ 70 p. 100 de l'investissement direct étranger effectué par les États-Unis. Cet auteur s'interroge sérieusement sur la notion de compétitivité soulevée dans le rapport et pose la question suivante : cette notion est-elle importante au point de permettre aux entreprises américaines qui engendrent des profits étrangers par l'intermédiaire de filiales étrangères de différer l'impôt américain sur de tels revenus, autorisant ainsi une réduction substantielle du taux d'imposition ? L'auteur poursuit son raisonnement en se demandant si, de façon un peu loufoque, au nom du maintien de la compétitivité, il ne

60. Une portion du rapport est publiée dans NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *loc. cit.*, note 59, p. 1375.

61. *Id.*, p. 1382.

62. R.S. AVI-YONAH, « Tax Competition and Multinational Competitiveness : The New Balance of Subpart F—Review of the NTFC Foreign Income Project », *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 1575.

serait pas aussi souhaitable d'exempter les profits américains des entreprises américaines⁶³ !

Pour cet auteur, si la nécessité de demeurer concurrentiel constituait réellement un argument important en vue du maintien de l'impôt différé à l'égard de revenus gagnés à l'étranger par une filiale étrangère, l'inverse devrait être tout aussi vrai de telle sorte que, lorsque l'entreprise détient le monopole ou l'exclusivité dans un domaine d'activité, l'absence de concurrence devrait permettre de mettre un terme à l'impôt différé et d'imposer immédiatement aux États-Unis les profits étrangers gagnés par la filiale étrangère.

Quelle devrait alors être la solution quant à l'imposition des revenus étrangers gagnés par une filiale étrangère ? Est-il vraiment nécessaire de faire une distinction entre les revenus passifs, lesquels sont soumis aux règles de FAPI, et les revenus actifs qui profitent, de façon générale, d'un report d'impôt et même d'une exemption complète à l'égard de l'impôt canadien lorsqu'ils sont gagnés dans un pays signataire d'une convention fiscale avec le Canada ?

Deux théories s'affrontent sur ce point. Selon le professeur Avi-Yonah⁶⁴, la distinction entre le revenu passif et le revenu actif doit être maintenue puisque, d'une part, cela reflète le fait que les revenus actifs proviennent des activités économiques effectuées sous le contrôle du contribuable, alors que tel n'est pas souvent le cas des revenus passifs. De plus, l'imposition du revenu actif par le pays source constitue une source de financement intéressante pour les pays moins développés⁶⁵.

Toutefois, selon Robert A. Green⁶⁶, bien que l'imposition par le pays source permette de récupérer certaines sommes pour compenser des dépenses d'ordre public engendrées par la présence de cette entreprise, notamment quant à la pollution de l'air causée par celle-ci, cela ne saurait justifier le maintien de cette forme d'imposition. Pour cet auteur, il n'existe pas de lien de cause à effet entre l'impôt d'une entreprise prélevé par le pays source et le coût public imposé par la présence de celle-ci ; d'autre part, l'investissement dans un pays étranger entraîne généralement des conséquences économiques positives pour ce dernier, indépendamment des profits faits par l'entreprise.

63. *Id.*, p. 1581.

64. R.S. AVI-YONAH, « The Structure of International Taxation : A Proposal for Simplification », (1996) 74 *Texas Law Review* 1309 ; une réponse à cet article a été écrite par P.R. MERRILL, *Tax Notes International*, vol. 18, 1999, p. 2427.

65. R.S. AVI-YONAH, *loc. cit.*, note 64, 1313.

66. R.A. GREEN, « The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises », (1993) 79 *Cornell Law Review* 29.

Dans le cadre de la fiscalité canadienne, un non-résident est redevable au Canada d'un impôt sur certaines sources de revenus clairement désignées⁶⁷, tandis que le résident est soumis à l'impôt canadien sur son revenu de sources mondiales⁶⁸. Par ailleurs, lorsqu'un contribuable perçoit un revenu d'un État dont il n'est pas résident, les conventions fiscales peuvent atténuer l'impôt redevable au pays source. Toutefois, par définition, une convention fiscale implique un accord des nations visées, de telle sorte que lorsque le Canada renonce, en vertu d'une convention, à percevoir une certaine somme à titre d'impôts, c'est qu'il y consent.

La distinction entre résidents et non-résidents prend toute son importance lorsqu'il y a comparaison de la fiscalité applicable aux particuliers et de celles des sociétés et autres entités. En effet, le particulier, personne physique, ne peut échapper à la fiscalité canadienne sur ses revenus de source étrangère que s'il cesse de résider au Canada. L'attrait des juridictions à faible coût fiscal est parfois contré par le prix que doit payer le contribuable qui désire cesser de résider au Canada puisque la cessation de résidence implique un changement du mode de vie et une rupture socio-économique importante.

Or, qu'en est-il des sociétés ? Une société étrangère dont le centre de contrôle n'est pas situé au Canada et qui ne tire pas de revenus du Canada n'est pas redevable d'impôts canadiens, sauf lorsque les règles de FAPI s'appliquent, auquel cas cet impôt est payé par l'actionnaire de cette société. Or, la constitution d'une société étrangère est un jeu d'enfant, et cela permet à toute entreprise canadienne désirant faire affaire à l'étranger de se soustraire à l'impôt canadien à l'égard de ce revenu étranger. Cela n'implique nullement le transfert de l'âme dirigeante à l'étranger, bien qu'il soit essentiel, en vertu du droit actuel, que les décisions majeures de la société soient prises à l'extérieur du Canada pour éviter que cette société soit réputée résidente canadienne.

Le professeur Richard J. Vann de l'Université de Sydney, s'interroge en ces termes sur la notion de résidence corporative : « It may be asked why such arguably inappropriate residence rules have become accepted world wide. As to the place of incorporation, it offers certainty and simplicity, but also is the easiest to manipulate⁶⁹. »

67. Voir à cet égard l'article 2 (3) et la partie XIII L.I.R.

68. Un mécanisme de crédit d'impôt permet de réduire l'impôt canadien par l'impôt payé à l'étranger, à concurrence de certaines limites. Voir l'article 126 L.I.R.

69. V.J. RICHARD, « The Background and Policy of the Australian International Accrual Regime », dans *Taxation Institute of Australia*, New South Wales Division Intensive Seminar, 1989, p. 50.

Lorsque la société est constituée dans un État où les taux d'imposition sont semblables à ceux qui sont prélevés au Canada, aux États-Unis ou en Australie⁷⁰, il est difficile de prétendre que la création hors Canada d'une telle structure a pour objet la réduction des impôts.

Nous sommes toutefois d'opinion que la situation est fort différente lorsque cette société est constituée dans une juridiction offrant une fiscalité corporative à rabais. Dans un tel cas, il y a de fortes chances que l'attrait fiscal ait dicté le lieu de constitution. Pour les mêmes motifs qui ont justifié la création des règles de FAPI et parce qu'il est beaucoup trop simple de contourner les règles fiscales internes par la simple création d'une entité étrangère, le Canada ne devrait pas renoncer à sa part d'impôt dans de telles circonstances.

Les tenants du *statu quo* opineront que l'exercice de l'entreprise dans une juridiction étrangère implique un certain niveau d'activité à cet endroit et qu'il serait injustifié que le Canada obtienne sa part d'impôts sur des bénéfices qui n'ont aucune assise chez-lui. Au surplus, ils argumenteront que les règles liées au prix de transfert sont suffisamment étanches pour empêcher que des profits soient juridiquement attribués à la juridiction étrangère, sauf lorsque ces bénéfices découlent réellement d'une plus-value créée dans cette juridiction. Les défenseurs de cette thèse affirmeront aussi que la compétition fiscale est saine et qu'elle oblige les pays qui ont adopté des taux d'imposition élevés à revoir leur stratégie fiscale. Ces mêmes personnes sont d'avis que les pays qui approuvent la thèse retenue dans le rapport de l'OCDE craignent simplement d'être surclassés par leurs rivaux qui ont adopté des taux d'imposition très bas⁷¹.

Notre vision des choses diverge substantiellement de cette théorie. Bien que l'application stricte des règles liées au prix de transfert soit une étape dans la bonne direction, nous croyons que des mesures plus précises doivent être mises en avant pour contrecarrer des stratégies qui

70. *Income Tax Rates Act*, 1986, art. 23 ; le taux d'imposition d'une entreprise en Australie est de 36 p. 100. Toutefois, une réforme majeure a présentement cours en Australie. Elle constitue l'aboutissement des efforts du comité formé en vue de réviser la fiscalité en Australie, la *Review of Business Taxation*, présidée par John Ralph, autrefois leader d'une multinationale australienne : *REVIEW OF BUSINESS TAXATION, A Tax System Redesigned*, Canberra, 1999 (ce rapport a été rendu public le 21 septembre 1999). Suivant ce rapport, le *New Business Tax System Bill (No. 1) 1999*, 21 octobre 1999, *Bills Digest* n° 85, 1999-2000, prévoit que le taux d'imposition d'une entreprise devrait passer à 34 p. 100 en 2000-2001 et à 30 p. 100 par la suite.

71. B. BRACEWELL-MILNES, « Tax Competition : Harmful or Beneficial, *Intertax* », vol. 27, n° 3, p. 86 ; KATSUSHIMA et TOSHLAKI, « Harmful Tax Competition, *Harmful Tax Competition* », *Intertax*, vol. 27, 1999, p. 396.

s'apparentent à de l'évasion fiscale légitimée par la législation canadienne. Un signal clair doit être donné à la communauté d'affaires afin que cesse cette situation nébuleuse.

Il est vrai qu'une société demeure une entité distincte de ses actionnaires et que les législations corporative et fiscale reconnaissent cette dualité d'existence de façon générale. Toutefois, lorsque l'entité est constituée dans une juridiction étrangère et qu'il appert, à la lumière notamment de la fiscalité applicable dans ce pays, que cette constitution étrangère a pour motif la réduction des impôts de l'entité dont les racines profondes sont par ailleurs situées au Canada, ne serait-il pas approprié de prévoir que cette société sera redevable d'un impôt au Canada sur ce revenu étranger ?

Les façons d'arriver à ce résultat sont multiples. Premièrement, les règles de FAPI pourraient être modifiées en vue d'imposer chez les actionnaires canadiens le revenu étranger de la société dont les activités se déroulent dans une juridiction à fiscalité réduite. Bien entendu, cela pose un problème de liquidité quant au paiement d'un impôt par un actionnaire alors que les bénéfices de la société n'ont pas été remis aux actionnaires qui, dans certaines circonstances, pourraient n'être que des investisseurs passifs de cette entité.

Puisqu'il s'agit de décourager la création d'une entreprise dans les paradis fiscaux alors que les liens avec le Canada sont des plus étroits, une autre façon d'atteindre ce résultat serait de modifier la législation canadienne pour présumer qu'une société ou toute autre entité est considérée comme résidente du Canada lorsque les « racines profondes » de cette société qui réside dans un pays à fiscalité réduite sont situées au Canada. Pour ce faire, nous pourrions intégrer une disposition qui s'inspire quelque peu de la loi australienne⁷², où une société constituée dans une autre juridiction sera notamment résidente de l'Australie lorsque cette société y exploite aussi une entreprise et que les actionnaires exerçant le contrôle de cette société sont eux-mêmes résidents de l'Australie.

Bien qu'il ne fasse pas le parallèle avec la législation de l'Australie, Vann préconise cette solution en ces termes⁷³ :

72. *Australian Income Tax Assessment Act*, 1936, paragr. 6(1)(b), définition du terme *resident* : « a company which is incorporated in Australia, or which, not being incorporated in Australia, carries on business in Australia, and has either its central management and control in Australia, or its voting power controlled by shareholders who are residents of Australia ».

73. V.J. RICHARD, *loc. cit.*, note 69.

The better response in theory to the problem of profits being stored in non-resident entities is to change the generally accepted residence rules for entities to correspond with the residence of the owners of the entity. This was recognized in Australia by the Asprey Committee more than a decade ago⁷⁴. However, the current rules are so entrenched in international practice that this can only be a long term goal.

Cette approche, bien qu'elle soit relativement exigeante du point de vue administratif, reçoit un appui certain de la part d'auteurs réputés d'Australie :

In policy terms, this is a more correct test of residence as it represents the place where the profits are actually controlled. However, to be effective there would need to be rules tracing through to the ultimate beneficial owners, and devising and applying such rules would not be an easy task. There may also be problems in collecting tax from companies which are treated as resident under this test but which do not have any assets or activities within the jurisdiction⁷⁵.

Comme nous l'avons souligné, la législation australienne prévoit que cette définition ne vise les sociétés constituées à l'extérieur de l'Australie que dans la mesure où la société exploite une entreprise dans ce pays même. En dépit de ce cadre d'application relativement restreint, nous croyons qu'il est néanmoins opportun de s'en inspirer, dans le contexte d'une réforme canadienne, pour soumettre à un impôt canadien une société constituée à l'extérieur du Canada lorsque ses « racines profondes » sont canadiennes, alors même que cette société n'y exploite pas d'entreprise.

L'extension de la définition de la notion de « résidence » que nous préconisons peut-elle s'harmoniser avec le test mis en avant par lord Loreburn dans l'affaire *De Beers Consolidated Mines c. Howe*, alors qu'il avait indiqué que la résidence d'une société se trouve à l'endroit où est situé le centre de contrôle et de gestion ?

In applying the conception of residence to a company, we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the analogy of an individual. A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought therefore to see where it really keeps house and does business⁷⁶.

Afin de répondre à cette question, nous devons prendre en considération la modification des conditions économiques des entreprises et la mondialisation du marché. Le contexte économique et fiscal mondial a en effet été substantiellement modifié depuis cette décision rendue en 1906. La

74. TAXATION REVIEW COMMITTEE, *Full Report*, Canberra AGPS, 1975, chap. 17.

75. WOELLNER, BARKOCZY et MURPHY, *2000 Australian Taxation Law*, 10^e éd., Sydney, CCH, p. 1322.

76. *De Beers Consolidated Mines c. Howe*, [1906] A.C. 455.

compétitivité internationale force de nos jours les entreprises à diminuer leur coût de production et l'impôt constitue certes un des facteurs prioritaires qui doit être considéré. Compte tenu de la facilité avec laquelle les entreprises peuvent manipuler le système fiscal en établissant un centre de contrôle dans une juridiction offrant des taux d'impôt pratiquement nuls, il est important de s'attarder sur l'objectif suggéré par lord Loreburn lorsqu'il a indiqué que le test applicable aux sociétés doit se rapprocher le plus possible de celui qui est utilisé à l'égard des particuliers.

Il va de soi que ces questions ne concernent pas réellement le revenu engendré par l'entreprise d'un particulier puisque, lorsqu'il est résident du Canada, il est imposé sur son revenu de source mondiale. Il en va autrement avec les sociétés qui possèdent en quelque sorte un don « d'ubiquité juridique ». Ces entités sont des créations artificielles redevables à des tiers et dont les décisions prises par le conseil d'administration profiteront aux actionnaires. Voilà pourquoi, dans le cas d'une société, le test de résidence devrait aussi prendre en considération le lieu de résidence des maîtres à penser et des bénéficiaires ultimes de la structure utilisée. La *Loi de l'impôt sur le revenu* contient déjà des dispositions, par exemple, le paragraphe 56(2) et les articles 75 et 75.1, où l'âme dirigeante de la transaction sera imposée lorsqu'une autre personne tire profit de la stratégie mise en place.

Certes, sur le plan juridique, c'est le conseil d'administration qui prend les décisions de la société. Toutefois, le test que nous proposons nécessite une analyse plus approfondie et concerne davantage l'actionnaire qui est le véritable cerveau ou concepteur de l'activité ou encore la personne qui est la plus susceptible de retirer des bénéfices de l'exploitation de la société. C'est le lieu de résidence de ces personnes qui devrait servir de test de rechange dans la détermination du lieu de résidence d'une société lorsque celle-ci est constituée hors du Canada et que le centre de contrôle traditionnel est aussi situé à l'extérieur du pays.

La notion de contrôle utilisée dans la détermination du lieu de résidence d'une société, et qui est énoncée dans la législation australienne, a reçu une interprétation différente de celle de la Cour de l'Échiquier dans l'affaire *Buckerfield's*⁷⁷ où il a été reconnu que le contrôle est exercé par la personne qui détient un nombre d'actions suffisant pour élire les membres du conseil d'administration. Aussi, en vertu de cette décision, il importe peu que le contrôle soit en fait exercé par ces actionnaires. Par la suite, la Cour suprême du Canada, tout en réitérant le principe formulé dans l'affaire *Buckerfield's* selon lequel « le critère général de contrôle de jure

77. *Buckerfield's Limited et al. c. M.R.N.*, 64 D.T.C. 5301.

reste le contrôle conféré par la majorité des voix dans la société, que traduit la capacité d'élire les administrateurs de cette dernière » a néanmoins reconnu la mouvance de cette notion de contrôle lorsqu'elle a indiqué que le nombre d'actions exigé pour contrôler une société pouvait s'éloigner du traditionnel 50 p. 100 plus un, notamment lorsque nous sommes en présence d'une convention unanime d'actionnaires⁷⁸. Pour la Cour, cette interprétation de la notion de « contrôle » n'entre nullement en conflit avec la définition que la Cour de l'Échiquier en avait donné dans les années 60 dans l'affaire *Buckerfield's* ; elle ne constitue qu'un prolongement de cette décision. Voilà pour le moins un bel exemple de l'élasticité intellectuelle dont doivent faire preuve les tribunaux lorsqu'ils sont placés devant l'évolution du cadre juridique liant les parties.

La définition de la notion de contrôle en vertu du droit canadien diffère de celle qu'en donne le droit australien aux fins de la détermination du lieu de résidence d'une société. Dans leur volume, les auteurs australiens Lehmann et Coleman expliquent clairement cette réalité :

Superficially, the phrase « voting power controlled by the shareholders who are residents of Australia » would appear to refer to a situation where more than 50 % of the voting rights at general meetings is held by residents of Australia. But this is not the case. The word « controlled » implies the actual use of voting power. Merely to hold voting power without using it, is not to control it⁷⁹.

Cette restriction d'origine jurisprudentielle⁸⁰ ne doit pas minimiser l'importance du principe sous-jacent, de telle sorte que nous croyons qu'il vaut la peine de s'en inspirer pour la législation canadienne en vue d'en retirer les meilleurs éléments.

Une modification à la législation prévoyant qu'une société étrangère constituée dans un pays ayant une fiscalité à taux réduit serait résidente du Canada dans un contexte où les racines profondes de cette entité étrangère sont canadiennes n'a rien de choquant ni d'exceptionnel. La *Loi de l'impôt sur le revenu* est truffée de dispositions qui permettent au ministre du Revenu national d'ignorer la façade exposée par le contribuable et de cotiser en fonction de la réalité. C'est ainsi que le paragraphe 256(5) permet, dans certaines circonstances, d'attribuer le contrôle d'une société à l'entité

78. *R. c. Duha Printers*, 98 D.T.C. 6334.

79. G. LEHMANN et C. COLEMAN, *Taxation Law in Australia, Australian Tax Practice*, North Ryde, 1998, p. 1099.

80. Voir les décisions suivantes : *Adelaide Motors Ltd. c. FCT*, (1942) 66 C.L.R. 436 ; *West Australian Tanners & Fellmongers Ltd.*, (1945) 70 C.L.R. 623. Dans ces deux décisions, les tribunaux ont jugé que ce qui devait être considéré n'est pas la faculté de contrôler mais plutôt l'usage même de ce contrôle.

possédant le contrôle de fait, créant ainsi une brèche importante dans la notion de contrôle telle qu'elle a été définie dans l'affaire *Buckerfield's*. De la même façon, les mesures anti-évitement prévues par les articles 245 et 94.1⁸¹ permettent au ministre de revoir une transaction à la lumière d'une tout autre réalité que celle qui est exposée par le contribuable.

La législation canadienne devrait ainsi octroyer au ministre un pouvoir semblable à l'égard des sociétés, fiducies et autres entités étrangères afin qu'il puisse présumer la résidence canadienne d'une société lorsque ses racines profondes sont situées au Canada. L'expression que nous employons, soit « racines profondes », signifie seulement que, peu importe le véhicule étranger utilisé par une entité canadienne, il s'agit de retracer le bénéficiaire éventuel des bénéfices ou la personne susceptible de faire en sorte que de tels bénéfices seront octroyés. Ainsi, lorsque les racines profondes de l'entité sont canadiennes, cette dernière sera résidente du Canada.

Conclusion

L'approche suggérée dans le présent article devrait-elle aussi s'appliquer aux sociétés publiques créées dans une juridiction étrangère à faible taux d'imposition ? Par exemple, si une institution financière ayant de multiples succursales au Canada crée une entité dans une autre juridiction, serait-il approprié d'imposer ce profit au Canada ? Une réponse positive est certainement souhaitable lorsqu'il est possible de repérer une source canadienne aux racines profondes de cette entité étrangère. Il nous est difficile d'ignorer la réalité de ces entités qui peut rendre plus ardue la détermination des revenus à être imputés au Canada. Toutefois, la complexité mathématique découlant de cette opération ne constitue certes pas un motif valable donnant droit de renoncer à cet objectif d'équité. Dans un tel contexte, les racines profondes ne se réfèrent pas nécessairement à l'actionnariat mais plutôt aux liens tentaculaires qui peuvent exister entre cette entreprise et le Canada, que ce soit compte tenu du nombre de succursales s'y trouvant, du bureau de direction de la société mère ou de tout autre facteur de rattachement au Canada permettant d'imputer le profit étranger à une ou des entités canadiennes.

81. Le budget fédéral du 16 février 1999, précité, note 4, prévoit des modifications à l'article 94.1 L.I.R. compte tenu des difficultés qu'éprouve Revenu Canada dans la collecte des renseignements lui permettant d'établir si la participation à l'étranger a été acquise principalement pour éviter de l'impôt. Voir à ce sujet : G. DUBÉ, « Investissements à l'étranger : règles canadiennes », dans *Fiscalité internationale*, Montréal, APFF, colloque n° 98, 31 mars 2000.

Par ailleurs, lorsque les racines profondes de l'entité étrangère sont situées au Canada de même que dans une autre juridiction, par exemple les États-Unis, la portion des profits imposée au Canada devrait être établie selon un prorata calculé par une combinaison du chiffre d'affaires et du profit réalisé par la racine canadienne par rapport à cette combinaison provenant des États-Unis.

L'application rigoureuse de la théorie des racines profondes permettrait de mettre fin à l'impôt différé lorsque les bénéficiaires réels de l'activité extérieure de l'entreprise sont résidents du Canada. Cette approche et une application stricte de la *capital export neutrality* jumelées enverraient un signal clair à la communauté d'affaires que le Canada joue un rôle de leader dans la chasse à l'évasion fiscale. Par ailleurs, cela permettrait à celui-ci de se donner une image non équivoque devant la communauté d'affaires et la population en général. Bien entendu, il serait préférable que tous les acteurs politiques du monde industrialisé fassent front commun dans l'atteinte de cet objectif. Toutefois, compte tenu des barrières importantes qui devront être franchies pour en arriver à un consensus à cet égard, nous croyons que le Canada doit aller de l'avant, même s'il doit faire cavalier seul dans la recherche de l'équité fiscale.

Nous sommes conscient qu'une telle proposition, qui n'est nullement une fin en soi mais plutôt un catalyseur en vue de susciter des discussions, sera perçue plutôt négativement par la communauté d'affaires qui n'hésitera pas à la qualifier de gauchiste et d'extrémiste. Toutefois, il ne faut pas oublier que les seuls perdants seront les entreprises qui utilisent les juridictions étrangères à des fins fiscales, alors que le bénéfice qui leur échoit est assumé par la collectivité canadienne qui est la grande perdante en vertu du régime actuel !

L'attitude plutôt passive du gouvernement du Canada en matière de fiscalité internationale doit maintenant faire place à une détermination non équivoque quant à la position canadienne dans ce domaine, et ce, avant même qu'intervienne le vérificateur général. L'heure est venue pour le gouvernement de resserrer l'étau quant à l'utilisation des paradis fiscaux. L'ouvrage est colossal, mais l'enjeu en vaut la peine.