

COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS DU BARREAU DU QUÉBEC

Modifications fiscales annoncées par Finances Québec
dans le *Bulletin d'information 2019-5*



Août 2019

Mission du Barreau du Québec

Afin d'assurer la protection du public, le Barreau du Québec surveille l'exercice de la profession, fait la promotion de la primauté du droit, valorise la profession et soutient ses membres dans l'exercice du droit.

Remerciements

Le Barreau du Québec remercie les membres de son Comité consultatif sur la fiscalité :

M^e Paul Ryan, président
M^e Fanny Brodeur
M^e Marie-France Dompierre
M^e Julie Gaudreault-Martel
M^e Marie-Claude Lévesque
M^e Martin Lord
M^e Sophie Martin
M^e Christiane Maurice
M^e René Roy
M^e Yves Séguin

Le secrétariat de ce Comité est assuré par le Secrétariat de l'Ordre et Affaires juridiques du Barreau du Québec :

M^e Nicolas Le Grand Alary

Édité en août 2019 par le Barreau du Québec

ISBN (PDF) : 978-2-924857-71-7

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives nationales du Québec, 2019

Dépôt légal — Bibliothèque et Archives Canada, 2019

INTRODUCTION ET COMMENTAIRES PRÉLIMINAIRES

Le Barreau du Québec a pris connaissance avec intérêt du *Bulletin d'information 2019-5*¹ publié par Finances Québec, qui détaille plusieurs modifications importantes à venir en matière fiscale. On y annonce notamment de nouvelles mesures concernant :

- ✓ L'obligation de divulguer les contrats de prête-nom;
- ✓ La lutte contre les opérations en trompe-l'œil;
- ✓ L'application de la règle générale anti-évitement.

La mission principale du Barreau du Québec étant la protection du public², celle-ci l'amène à assumer un rôle social de premier plan dans la promotion de la primauté du droit en se souciant de la prévisibilité juridique et de la clarté des obligations, notamment celles des contribuables en matière fiscale. C'est dans ce contexte que le Barreau du Québec vous fait part de ses commentaires concernant les enjeux juridiques liés aux modifications annoncées par Finances Québec.

Tout d'abord, le Barreau du Québec souhaite souligner qu'il partage les préoccupations de Finances Québec de mettre en place des politiques générales et des mesures spécifiques visant à lutter contre l'évasion fiscale et l'évitement fiscal, dans la mesure où elles demeurent justes et appropriées.

Le Barreau du Québec tient à rappeler qu'il faut éviter que les mesures adoptées dans un objectif légitime ne deviennent préjudiciables, par leur application, aux personnes honnêtes. La lutte contre l'évasion fiscale et l'évitement fiscal doit s'exercer diligemment par rapport au contexte spécifique en cause, pour assurer en tout temps le maintien de l'intégrité de l'État et de la règle de droit.

Des considérations raisonnables, objectives et précises doivent suffire à décourager ces comportements, sans conférer aux autorités des pouvoirs discrétionnaires non délimités qui peuvent compromettre les droits des contribuables.

¹ FINANCES QUÉBEC, *Bulletin d'information 2019-5*, en ligne : http://www.finances.gouv.qc.ca/documents/bulletins/fr/BULFR_2019-5-f-b.pdf.

² *Code des professions*, RLRQ, c. C-26, art. 23.

1. OBLIGATION DE DIVULGUER LES CONTRATS DE PRÊTE-NOM

1.1 Présentation des modifications proposées

Le *Bulletin d'information 2019-5* annonce que la législation fiscale sera modifiée afin que les parties à un contrat de prête-nom intervenu dans le cadre d'une opération ou d'une série d'opérations aient l'obligation de divulguer cette situation à Revenu Québec.

La divulgation d'un contrat de prête-nom devra être faite au moyen du formulaire et comporter :

- ✓ La date du contrat de prête-nom;
- ✓ L'identité des parties au contrat de prête-nom;
- ✓ Une description complète des faits relatifs à l'opération ou à la série d'opérations à l'égard de laquelle le contrat de prête-nom se rapporte ainsi que l'identité de toute personne ou entité à l'égard de laquelle cette opération ou série d'opérations entraîne des conséquences fiscales;
- ✓ Tout autre renseignement demandé dans le formulaire prescrit.

Cette déclaration de renseignements devra être produite auprès de Revenu Québec au plus tard 90 jours suivant la date de la conclusion du contrat de prête-nom. Les contrats de prête-nom conclus précédemment sont également visés, lorsque les conséquences fiscales découlant de ce contrat se poursuivent dans le temps. Dans ce cas, la divulgation devra être produite auprès de Revenu Québec au plus tard le 16 septembre 2019.

En cas d'omission, les parties au contrat de prête-nom encourront, une pénalité de 1 000 \$ et une pénalité additionnelle de 100 \$ par jour de retard, jusqu'à un maximum de 5 000 \$.

1.2 Commentaires du Barreau du Québec

Le Barreau du Québec comprend l'intention de Finances Québec de vouloir obtenir des informations concernant les contrats de prête-nom, puisque ceux-ci peuvent effectivement être utilisés afin de tenter de tromper les instances fiscales. Nous appuyons l'objectif de ces mesures.

Il importe de préciser qu'un contrat de prête-nom est licite en droit civil. Il repose sur le contrat de mandat³ et la simulation, une autre notion prévue au *Code civil du Québec* :

« 1451. Il y a simulation lorsque les parties conviennent d'exprimer leur volonté réelle non point dans un contrat apparent, mais dans un contrat secret, aussi appelé contre-lettre. [...] » (Nos soulignés)

Nous tenons à souligner que la grande majorité des contrats de prête-nom sont conclus pour des motifs légitimes. Il existe une multitude de raisons pour lesquels un particulier ou une entreprise pourrait souhaiter conclure ce type de contrat, dont des raisons commerciales (et pas

³ Art. 2130 C.c.Q.

nécessairement fiscales), personnelles, ou liées à une préoccupation particulière concernant la discrétion ou la confidentialité de certains renseignements.

Ce faisant, un nombre important de contrats peuvent être considérés comme des contrats de prête-nom. Certains contrats de mandats existants pourraient se qualifier, dépendamment de l'interprétation donnée par Revenu Québec, dont certains mandats entre des avocats et leurs clients.

Or, outre les renseignements fournis par le biais du *Bulletin d'information 2019-5*, aucune autre précision n'a été donnée par Revenu Québec, alors que les nouveaux contrats signés depuis la publication de ce bulletin d'information sont déjà assujettis à cette nouvelle obligation de dénonciation. Qui plus est, les contrats antérieurs à cette date qui ont encore des effets fiscaux devront être dénoncés d'ici le 16 septembre 2019.

Comme nous l'avons exprimé précédemment, il existe un nombre important de contrats de prête-nom et certains autres contrats pourraient être qualifiés comme tels, dépendamment de l'interprétation donnée à certaines composantes du contrat. Il est donc très ardu pour les contribuables et les professionnels travaillant dans ce domaine de se conformer à cette obligation dans le délai imparti, puisqu'il sera nécessaire dans certains cas de procéder à une analyse du contrat et qu'il existe un manque flagrant d'informations émanant de Revenu Québec.

Comment un contribuable ou un professionnel peut-il se conformer à cette nouvelle obligation dans un délai si court alors qu'aucune modification législative ou réglementaire n'a été présentée (et encore moins adoptée et mise en vigueur) et que Revenu Québec n'offre aucun autre détail pertinent. Même le formulaire de divulgation n'est pas encore disponible. Cette problématique est exacerbée par le fait que tout manquement à cette obligation peut entraîner des pénalités administratives importantes (maximum 5 000 \$).

Le Barreau du Québec ne souhaite pas remettre en cause l'usage bien établi en droit fiscal voulant que des mesures commencent à s'appliquer dès qu'elles sont annoncées et qu'elles peuvent parfois avoir un certain effet rétroactif ou rétrospectif. Cependant, la nouvelle obligation de dénonciation des contrats de prête-nom est floue et mal définie et ne laisse pas assez de temps aux intervenants de s'y conformer avant que l'on impose des pénalités administratives sévères.

Même si ces pénalités ne sont pas des sanctions au sens pénal ou criminel, elles peuvent avoir un impact important sur les contribuables. Le Barreau du Québec recommande donc que l'entrée en vigueur de cette mesure soit repoussée afin de laisser le temps aux contribuables et aux professionnels de se conformer en ayant en leur possession toutes les informations pertinentes (textes législatifs et réglementaires, formulaire prescrit, etc.). À défaut, les sanctions administratives ne devraient pas être imposées tant et aussi longtemps que tous ces renseignements ne seront pas disponibles et que le formulaire prescrit ne sera pas publié.

2. LUTTE CONTRE LES OPÉRATIONS EN TROMPE-L'ŒIL

2.1 Présentation des modifications proposées

Le *Bulletin d'information 2019-5* prévoit de nouvelles mesures afin de lutter contre les opérations en trompe-l'œil, qui sont utilisées afin de cacher aux autorités fiscales l'identité du contribuable ou la nature réelle d'une opération. Dans un tel contexte, il devient difficile pour Revenu Québec d'obtenir l'ensemble de l'information pertinente afin de vérifier la validité de l'autocotisation faite par un contribuable. Ce nouveau régime prévoit notamment de nouvelles pénalités et des interdictions de contracter avec l'État.

Ainsi, le contribuable fautif encourra une pénalité correspondant au plus élevé d'un montant de 25 000 \$ et de 50 % de l'excédent de l'impôt qu'il aurait eu à payer pour cette année, n'eût été le trompe-l'œil. Le promoteur ou le conseiller (ce qui inclut les professionnels du domaine fiscal) encourra une pénalité égale à 100 % de ses honoraires relativement au trompe-l'œil.

De plus, de nouvelles règles seront introduites afin que ceux qui participent à des stratagèmes basés sur un trompe-l'œil ainsi que leurs conseillers et promoteurs soient éliminés des fournisseurs de l'État. Cette exclusion s'étendra également aux associés du conseiller (souvent un avocat ou un comptable), interdisant par le fait même à tout le cabinet de contracter avec l'État.

2.2 Commentaires du Barreau du Québec

La notion de « trompe-l'œil » émane du droit fiscal. La définition donnée en droit britannique dans l'arrêt *Snook v. London & West Riding Investments, Ltd.*⁴ a été importée au Canada par la Cour suprême dans *Ministre du Revenu national c. Cameron*⁵. En 1984, dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*⁶, la Cour suprême du Canada l'a définie comme suit :

« Le trompe-l'œil : cette expression nous vient de décisions du Royaume-Uni et signifie, de façon générale (non sans ambiguïté), une opération assortie d'un élément de tromperie de manière à créer une illusion destinée à cacher au percepteur le contribuable ou la nature réelle de l'opération, ou un faux-semblant par lequel le contribuable crée une apparence différente de la réalité qu'elle sert à masquer. »⁷ (Nos soulignés)

L'utilisation d'un stratagème en trompe-l'œil est un comportement fiscal répréhensible et le Barreau du Québec appuie l'objectif de lutter contre ces opérations qui font en sorte d'empêcher Revenu Québec d'obtenir les impôts qui lui sont dus.

Or, la définition du trompe-l'œil s'est élargie avec le temps. La Cour d'appel du Québec l'a en effet assimilé à la simulation au sens du *Code civil du Québec* dans l'arrêt *Senza inc. c. Québec*

⁴ [1967] 1 All E.R. 518.

⁵ [1974] R.C.S. 1062.

⁶ [1984] 1 R.C.S. 536.

⁷ *Id.*, p. 545 et 546.

(Sous-ministre du Revenu)⁸. De plus, la jurisprudence récente laisse planer le doute quant à la définition même du trompe-l'œil. À titre d'exemple, dans *Caplan c. Agence du revenu du Québec*⁹, la Cour du Québec a conclu à l'existence d'un trompe-l'œil malgré l'absence d'une preuve claire d'intention de tromper, pourtant un élément essentiel de la définition de cette notion.

Nous croyons donc que la lutte aux opérations en trompe-l'œil nécessite l'ajout à la loi d'une définition claire de ce qui est visé. Il serait hasardeux de laisser à Revenu Québec l'entière discrétion de déterminer si une opération constitue un trompe-l'œil, notamment à cause de l'interprétation parfois contradictoire de cette notion par la jurisprudence. Cette définition devrait correspondre à la définition traditionnelle du trompe-l'œil et s'assurer de clairement faire référence à un élément volontaire et intentionnel.

De plus, les sanctions proposées sont sévères, puisqu'elles incluent une pénalité de 25 000 \$ ou plus, une pénalité de 100 % des honoraires des professionnels et une interdiction de contracter avec l'État. Le Barreau du Québec considère qu'avant d'imposer de telles pénalités il est primordial que les contribuables et les professionnels qui les conseillent soient clairement informés de ce qui est permis et de ce qui est interdit.

La prévisibilité de la règle de droit est un principe fondamental qu'il faut s'assurer de respecter, même dans un domaine comme le droit fiscal où des pénalités sont imposées de façon régulière sans qu'elles soient par ailleurs considérées comme relevant du droit pénal ou criminel.

Le manque de précisions claires de ce qui constitue un trompe-l'œil ne fera qu'augmenter le nombre de contestations judiciaires, rendant la législation fiscale inefficace et incapable d'atteindre son objectif important de lutter contre les opérations en trompe-l'œil qui occasionnent de sérieuses pertes pour Revenu Québec.

Par ailleurs, l'interdiction de contracter avec l'État qui vise non seulement le ou les professionnels en cause, mais aussi l'ensemble de leur cabinet nous apparaît excessive et risque de punir et restreindre indûment le droit de pratique de professionnels de bonne foi. En effet, il est impossible pour un cabinet de vérifier dans le détail toutes les opérations pilotées par tous les professionnels qui y exercent. Nous croyons donc qu'il est injuste de sanctionner un cabinet dans son ensemble pour les actes d'un professionnel isolé, surtout s'il n'est pas démontré que les associés étaient au courant du stratagème utilisé.

⁸ 2007 QCCA 1335.

⁹ 2019 QCCQ 3269.

3. APPLICATION DE LA RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT

3.1 Présentation des modifications proposées

Depuis 2009, certaines opérations ayant des impacts fiscaux importants (comme un avantage fiscal de plus de 25 000 \$) doivent faire l'objet d'une divulgation obligatoire. Trois types d'opérations sont visées :

- ✓ L'opération à l'égard de laquelle le conseiller exige la confidentialité de la part de son client;
- ✓ Celle pour laquelle la rémunération du conseiller est conditionnelle au fait que certains événements se produisent;
- ✓ Celle comportant une protection contractuelle visant à protéger le client à l'encontre de certaines éventualités.

Finances Québec propose donc de modifier les lois fiscales afin de permettre au ministre du Revenu de prescrire des opérations qui devront faire l'objet d'une divulgation obligatoire. La liste d'opérations visées n'est pas encore arrêtée et n'a donc pas encore été rendue publique.

Cette nouvelle obligation de divulgation obligatoire visera tant le contribuable que le « conseiller » ou le « promoteur » au sens de la *Loi sur les impôts*¹⁰, qui y sont définis comme suit :

« 1079.8.1 [...] “conseiller” à l'égard d'une opération signifie une personne ou une société de personnes qui fournit de l'aide, de l'assistance ou des conseils relativement à la conception ou à la mise en œuvre de l'opération, ou qui la commercialise ou en fait la promotion;

[...]

1079.9 [...] “promoteur” d'une opération ou d'une série d'opérations signifie une personne ou une société de personnes à l'égard de laquelle les conditions suivantes sont remplies :

a) elle commercialise l'opération ou la série d'opérations, en fait la promotion, ou soutient autrement sa croissance ou l'intérêt qu'elle suscite;

b) elle reçoit ou a le droit de recevoir, directement ou indirectement, une contrepartie pour cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien, ou une personne ou une société de personnes à laquelle elle est liée ou associée reçoit ou a le droit de recevoir ainsi une telle contrepartie;

c) il est raisonnable de considérer qu'elle exerce un rôle important dans cette commercialisation, cette promotion ou ce soutien. » (Nos soulignés)

¹⁰ RLRQ, c. I-3.

Ces définitions sont larges et incluent les professionnels fiscalistes comme les avocats. Les contribuables, comme les conseillers et les promoteurs, seront passibles de lourdes pénalités s'ils sont en défaut de produire cette divulgation obligatoire. Pour les professionnels, ils feront face à une pénalité allant de 10 000 \$ à 100 000 \$, ainsi qu'à 100 % des honoraires obtenus des clients.

3.2 Commentaires du Barreau du Québec

Le Barreau du Québec s'inquiète des possibles impacts importants sur la pratique des avocats fiscalistes. En effet, les avocats seront assujettis à cette obligation. Or, il est possible que des clients ne souhaitent pas, de bonne foi, que cette divulgation soit faite, car ils ne considèrent pas qu'elle entre dans la liste des opérations identifiées par Revenu Québec.

Afin de se protéger et d'éviter les lourdes pénalités en cas de manquement, l'avocat devrait quand même procéder à une divulgation s'il croit qu'elle est incluse dans la liste. Cette situation, loin d'être hypothétique, risque d'occasionner aux avocats plusieurs problèmes. Ils seront aux prises d'un côté avec leurs obligations envers leurs clients et les instructions que ceux-ci ont formulées et d'un autre côté, leurs obligations de se conformer aux exigences de la législation fiscale. Comment une relation avocat-client pourrait-elle continuer dans ces circonstances?

De plus, cette problématique soulève d'importants enjeux quant au respect du secret professionnel de l'avocat. En effet, les informations exigées et l'analyse qui devra être faite pour s'y conformer (par ex. déterminer si telle ou telle opération est couverte) pourraient demeurer des renseignements protégés.

Le Barreau du Québec tient à rappeler le statut particulier du secret professionnel de l'avocat et du notaire qui a été reconnu à maintes reprises par la Cour suprême du Canada et encore tout récemment dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*¹¹. En effet, le secret professionnel des avocats et des notaires constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'article 7 de la Charte canadienne¹² et est généralement considéré comme une règle de droit « fondamentale et substantielle »¹³.

Afin d'éviter ces problématiques et de s'assurer que la mise en œuvre de cette nouvelle obligation soit faite en prenant en considération les impératifs particuliers des avocats, le Barreau du Québec souhaite offrir sa pleine collaboration à Finances Québec et à Revenu Québec, afin de faciliter la mise en œuvre de ces modifications législatives. Nous sommes prêts à travailler de concert avec les différentes instances gouvernementales afin que les modifications proposées puissent atteindre leurs objectifs.

¹¹ 2016 CSC 20.

¹² *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61.

¹³ *R. c. National Post*, 2010 CSC 16.