

L'impact du taux d'imposition minimum sur les entreprises multinationales transférant leurs profits à l'étranger : une étude de cas

par Samuel GAGNON TREMBLAY*

Depuis maintenant plusieurs années, l'imposition des entreprises multinationales est un sujet qui retient l'attention, surtout lorsqu'il est question du montant d'impôts qu'elles réussissent à éviter de payer. On en discute à la radio, à la télévision, dans les journaux, et généralement on affirme que c'est injuste et que ces entreprises devraient payer leur juste part. Toutefois, peu de gens comprennent réellement comment ces entreprises multinationales réussissent à minimiser leur impôt, et pourquoi c'est aussi difficile de les empêcher de le faire. De ce fait, lorsque l'OCDE a annoncé une entente historique permettant, entre autres choses, la mise en place d'un taux d'imposition minimum, peu de gens ont été en mesure d'apprécier l'importance de cette annonce, ainsi que son impact potentiel sur les recettes gouvernementales.

Le présent texte vise à fournir au lecteur plus ou moins initié au droit fiscal international concernant l'imposition des entreprises multinationales une étude de cas fictive afin d'illustrer à la fois la problématique du système fiscal international actuel et les effets potentiels du taux d'imposition minimum proposé par l'OCDE. Le cas fictif élaboré se veut simple, mais également près de la réalité, afin que le lecteur puisse saisir la situation et les enjeux actuels au regard de l'imposition des entreprises multinationales.

* Avocat et titulaire d'une maîtrise en droit de l'Université Laval (LL. M.). L'auteur est actuellement à l'emploi du Gouvernement du Canada. Les positions exprimées dans ce texte n'engagent que son auteur, et ne reflètent pas les opinions ou la position de son employeur.

Over the last decade, tax avoidance by multinational enterprises is a popular subject in the media. We hear about it everywhere; we hear about how it is unjust and how these big firms should pay their fair share, like the rest of us. However, there are very few explanations provided about the way these multinational enterprises succeed in dodging taxes, and why it is so hard for tax authorities to prevent or change this situation. Therefore, it was hard for people to really understand the significance and the importance of the historical deal announced by the OECD pledging to introduce, among other things, a global minimum tax rate.

The purpose of this article is to present a fictional study case to illustrate both the problems that can be observed in the actual system and the potential impact of the global minimum tax rate proposed by the OECD in a way that can be understood by people who are not experts in international tax law. The fictional case was constructed to be simple, but close to the reality to give the reader a proper understanding of the present situation and the ongoing issues surrounding the taxation of multinational firms.

Desde hace varios años, la fiscalidad de las empresas multinacionales es un tema que llama la atención, especialmente cuando se trata del monto de impuestos cuyo pago logran eludir estas empresas. Se habla de ello en la radio, en la televisión, en los periódicos y, en general, decimos que es injusto y que estas empresas deberían pagar lo que les corresponde. Sin embargo, pocas personas entienden realmente cómo estas empresas multinacionales logran minimizar sus impuestos y por qué es tan difícil impedirles que lo hagan. Por este motivo, cuando la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) anunció un acuerdo histórico que permitía, entre otras cosas, el establecimiento de una tasa impositiva mínima, pocas personas pudieron apreciar la importancia de este anuncio, así como su potencial impacto en las recaudaciones públicas.

El objetivo de este texto es proporcionar al lector, más o menos familiarizado con la tributación de las empresas multinacionales, un estudio de caso ficticio para ilustrar tanto los problemas del actual sistema fiscal

internacional como los efectos potenciales de la tasa impositiva mínima propuesta por la OCDE. El caso ficticio pretende ser sencillo, pero también cercano a la realidad, para que el lector pueda comprender la situación y los retos actuales relacionados con la fiscalidad de las empresas multinacionales.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	129
I. Le droit fiscal et la répartition des profits entre les différentes filiales d'un groupe multinational	133
A) L'imposition des entreprises multinationales.....	133
B) L'importance fiscale des transactions intragroupe.....	134
C) L'encadrement des prix de transfert.....	136
II. L'encadrement des prix de transfert : un outil insuffisant pour empêcher le transfert de bénéfices	137
A) Les procédés utilisés pour transférer des bénéfices entre les juridictions fiscales.....	137
B) Certains problèmes au cœur du principe de pleine concurrence.....	140
1. La segmentation du groupe multinational.....	140
2. La difficulté d'ignorer ou de requalifier les rapports juridiques établis entre deux entités d'un même groupe.....	143
3. La difficulté de contestation devant les tribunaux.....	149
III. Les promesses du taux d'imposition minimum	150
A) Le champ d'application.....	151
B) La détermination de l'entité redevable de l'impôt complémentaire.....	152
C) Le calcul de l'impôt complémentaire.....	154
IV. Présentation de l'étude de cas	155
A) La structure de l'entreprise.....	156
B) Le portrait financier et fiscal de l'entreprise.....	158
C) L'application du taux d'imposition minimum au cas étudié.....	160
Conclusion	161

Introduction

L'imposition des entreprises multinationales¹ est devenue, au cours des dernières années, un sujet d'actualité au Canada, non seulement dans le monde de la fiscalité, mais également dans la société civile en général. C'est maintenant bien connu de tous ceux qui s'intéressent un peu au sujet : les EMN se livrent à des techniques de planification fiscale agressive menant à la déclaration d'une part considérable de leurs profits dans des juridictions à faible imposition. Tous ces stratagèmes fiscaux ont évidemment pour but de réduire au minimum leur fardeau fiscal². Bien que l'enjeu soit connu, peu de gens saisissent l'ampleur du phénomène : on estime qu'il coûte mondialement entre 100 et 250 milliards de dollars américains chaque année en revenus étatiques, ce qui représente entre 4 et 10 % de l'ensemble des recettes fiscales générées par l'impôt sur les bénéfices des sociétés³. Les estimations les plus conservatrices estiment les profits déclarés par les EMN dans des paradis fiscaux grâce aux techniques d'évitement fiscal et d'optimisation fiscale à plus de 600 milliards de dollars américains chaque année⁴. Cette somme est fort probablement largement sous-estimée et pourrait facilement dépasser les 1 000 milliards de dollars américains⁵. Pour le Canada, imposer à hauteur de 15 % les profits des multinationales canadiennes déclarés dans des juridictions à faible imposition permettrait de récupérer au moins 4,5 milliards de dollars

¹ Ci-après « EMN ».

² Julien MARTIN et Cristian STRATICA, « Fiscalité des entreprises et paradis fiscaux : une étude sur données canadiennes », (2017) 93-3 *L'Actualité économique* 405.

³ OCDE, *Mesurer et suivre les données relatives au BEPS, Action 11 – Rapport final 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Éditions OCDE, 2017, p. 13.

⁴ Thomas TØRSLØV, Ludvig WIER et Gabriel ZUCMAN, *The Missing Profits of Nations*, Cambridge, National Bureau of Economic Research, Document de travail n° 24701, 2018.

⁵ TAX JUSTICE NETWORK, « Watershed data indicates more than a trillion dollars of corporate profit smuggled into tax havens », *Tax Justice Network*, 8 juillet 2020, en ligne : <<https://taxjustice.net/press/watershed-data-indicates-more-than-a-trillion-dollars-of-corporate-profit-smuggled-into-tax-havens/>>.

canadiens par année⁶. De quoi faire retourner dans sa tombe Benjamin Franklin, qui estimait les impôts aussi certains que la mort.

Depuis le début des années 2010, les gouvernements de la communauté internationale tentent de mettre un terme à ces abus évidents des règles fiscales. À ce moment, l'Organisation de coopération et de développement économiques⁷, avec la collaboration de 60 pays, a mis sur pied le projet Base Erosion and Profit Shifting⁸. Ce groupe de travail, nommé aujourd'hui « Cadre inclusif sur le BEPS de l'OCDE et du G20 », a été élargi à plus de 135 pays ou juridictions fiscales. Ce projet, qui se poursuit à ce jour, a comme mandat de produire des rapports, d'élaborer des solutions et de coordonner leur mise en œuvre afin de mettre fin à l'érosion de la base fiscale des États et au transfert de profits à l'étranger.

Cette initiative de l'OCDE s'inscrit dans ce qui semble être un changement d'approche de la communauté internationale en ce qui a trait aux enjeux liés à la fiscalité. En effet, l'OCDE et les différentes organisations internationales ont longtemps mis l'accent sur l'adoption de mesures guidées par des principes néolibéraux, basées sur le laisser-faire économique⁹. Ainsi, l'OCDE, depuis sa création, s'est davantage concentrée sur l'élimination de la double imposition et sur les baisses d'impôts et de tarifs gênant les échanges commerciaux que sur les moyens de les augmenter¹⁰. Cette approche a certainement apporté des bienfaits pour la multiplication des échanges internationaux¹¹, mais elle a également engendré des conséquences sur les

⁶ RADIO-CANADA, « Taxation des multinationales : 4,5 milliards de dollars par année pour le Canada », *Radio-Canada*, 16 octobre 2021, en ligne : <ici.radio-canada.ca/nouvelle/1832171/entreprises-fiscalite-freeland-ottawa-revenus>.

⁷ Ci-après « OCDE ».

⁸ Ci-après « BEPS ». OCDE, *Exposé des actions 2015*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Éditions OCDE, 2015, n° 1, p. 5, en ligne : <www.oecd.org/fr/fiscalite/beps-expose-des-actions-2015.pdf>.

⁹ Joseph E. STIGLITZ, *Globalization and its discontents*, New York, W.W. Norton, 2002.

¹⁰ Ruth MASON, « The Transformation of International Tax », (2020) 114-3 *A.J.I.L.* 353, 356.

¹¹ Sur la double imposition constituant un frein majeur à l'échange de biens et de services entre pays, voir : Richard COLLIER et Joseph L. ANDRUS, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle After BEPS*, Oxford/New York, Oxford University Press, 2017, n^{os} 1.07-1.20.

finances des États¹². Cependant, depuis une quinzaine d'années, probablement influencés par la crise financière de 2008, les États membres de l'OCDE, dont le Canada, adhèrent et participent à des projets visant à élaborer des instruments juridiques leur permettant de préserver leur capacité de prélever les impôts nécessaires à leur bon fonctionnement¹³. La protection de l'assiette fiscale est aujourd'hui au cœur des discussions de l'OCDE¹⁴. Les impôts ne sont donc plus entièrement considérés comme un frein à la croissance économique sur le plan international¹⁵.

Après de nombreuses propositions qui ont reçu un accueil mitigé, le vaste projet BEPS a abouti en 2021 à une proposition de réforme du régime de fiscalité internationale des multinationales sur laquelle se sont entendus une quantité impressionnante de pays¹⁶ : la « Solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie ». Bien que les négociations se poursuivent et que l'adoption de cette réforme soit loin d'être assurée, cette mesure bouscule l'approche de la communauté

¹² Andrew JACKSON, « From Leaps of Faith to Hard Landings: Fifteen Years of “Free Trade” », dans Ricardo GRINSPUN et Yasmine SHAMSIE (dir.), *Whose Canada? Continental Integration, Fortress North America and the Corporate Agenda*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2007, p. 211; David MACDONALD, *Corporate Income Taxes, Profit, and Employment Performance of Canada's Largest Companies*, Ottawa, Centre canadien de politiques alternatives, 2011.

¹³ Allison CHRISTIANS et Stephen SHAY, « Assessing BEPS: origins, standards and responses », (2017) 102 *Cahiers de droit fiscal international* 17, en ligne : <<http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:33139067>>.

¹⁴ Voir l'énoncé très clair de l'OCDE sur cet objectif : OCDE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, Paris, Éditions OCDE, 2013; ou des responsables de son Centre de politique et d'administration fiscales dans : Pascal SAINT-AMANS et Raffaele RUSSO, « Lutter contre l'érosion fiscale », (2012) 5 *L'Observateur de l'OCDE* 85.

¹⁵ Cette vision positive des impôts et de la redistribution des richesses pour la croissance économique au sein des organisations internationales peut notamment être constatée dans : Jonathan David OSTRY, Prakash LOUNGANI et Andrew BERG, *Confronting Inequality: How Societies Can Choose Inclusive Growth*, New York, Columbia University Press, 2019. L'ouvrage a été rédigé par trois hauts gradés du Fonds monétaire international.

¹⁶ OCDE, *Déclaration sur une solution reposant sur deux piliers pour résoudre les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Éditions OCDE, 2021.

internationale en matière de distribution des droits d'imposition sur les profits des multinationales, et se présente donc comme une véritable onde de choc dans le domaine de la fiscalité internationale. Elle a même été qualifiée de « changement de paradigme¹⁷ ».

Concrètement, cette vaste réforme inclut plusieurs changements, dont la mise en place d'un taux d'imposition minimum applicable aux grandes EMN. C'est cet aspect de la solution qui sera étudié dans le cadre du présent article. Toutefois, afin de bien comprendre pourquoi il est nécessaire d'adopter un taux d'imposition minimum mondialement, il est nécessaire de prendre du recul et de jeter un regard critique sur le système actuel. En effet, bien que l'enjeu du transfert de bénéfices par les EMN vers des juridictions à faible imposition ait déjà été étudié et documenté, peu de gens comprennent réellement comment les EMN réussissent à tirer avantage du droit fiscal pour ouvertement transférer leurs profits dans des paradis fiscaux sans que les États puissent intervenir. Ce sera donc l'objet de la première moitié de cet article (parties I et II). Nous plongerons ensuite dans un résumé des règles proposées pour la mise en place d'un taux d'imposition minimum mondial (partie III) et concluons avec une étude de cas qui mettra en lumière l'impact qu'aurait l'adoption d'un taux d'imposition minimum sur la fiscalité d'une EMN fictive (partie IV).

Avant de commencer notre étude, quelques précisions sur la délimitation de cet article s'imposent. D'abord, le présent article s'intéresse uniquement à un certain modèle d'EMN composé d'une entité mère et de filiales. Aucune mention ne sera donc faite aux établissements stables, aux sociétés de personnes, aux entités hybrides, etc. Cette décision s'explique par le fait que c'est surtout ce genre de modèle que la Solution à deux piliers vise. Ensuite, nous nous penchons uniquement sur le phénomène du transfert de bénéfices, ou *profit shifting*. De plus, comme les mécanismes utilisés par les EMN pour transférer leurs bénéfices sont aussi nombreux que complexes et variés, cette étude de cas ne permet pas de couvrir toutes les situations possibles. Il s'agit d'offrir un exemple pratique du phénomène et des répercussions concrètes du taux d'imposition minimum.

¹⁷ Jean-Pierre VIDAL, « Imposition des géants du Web : au-delà des mesures unilatérales », (2021) 41-3 *Revue de planification fiscale et financière* 419, 442.

I. Le droit fiscal et la répartition des profits entre les différentes filiales d'un groupe multinational

A) L'imposition des entreprises multinationales

Dans le langage courant, on conçoit les EMN comme une seule entité opérant dans plusieurs pays. Cependant, du point de vue juridique, une EMN est habituellement une agglomération de filiales, c'est-à-dire de plusieurs sociétés juridiquement indépendantes, donc possédant la personnalité juridique, mais contrôlées et dirigées par une même société mère¹⁸. Une filiale, au sens du droit fiscal canadien, est un contribuable distinct de sa société mère, puisqu'elle possède la personnalité juridique, et donc un patrimoine distinct de son unique actionnaire¹⁹.

Comme les différentes entités d'un même groupe sont toutes juridiquement distinctes, elles ont des patrimoines distincts, et donc un revenu distinct au sens du droit fiscal. Ainsi, au Canada, une société, qu'elle appartienne ou non à un groupe multinational, devra effectuer sa comptabilité de manière individuelle afin de déterminer ses revenus et ses dépenses conformément à la loi fiscale de manière à établir son bénéfice, ce qui constituera son revenu imposable²⁰.

Cela étant dit, bien qu'elles soient juridiquement distinctes, les différentes filiales collaborent habituellement très étroitement à l'atteinte d'un même objectif commercial. Elles sont donc inévitablement amenées à s'échanger des biens et des services dans le cadre de cette collaboration : une filiale fournit un bien ou un service, et l'autre, une compensation monétaire appelée prix de transfert (figure A).

¹⁸ Hubert REID et Simon REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2023, « Filiale » p. 281.

¹⁹ *Envision Credit Union c. Canada*, 2013 CSC 48, par. 57.

²⁰ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1, (5^e supp.), art. 9 (ci-après « LIR »).

Les prix de transfert sont nécessaires pour la gestion de l'EMN²¹, mais leur importance principale se situe sur le plan fiscal.

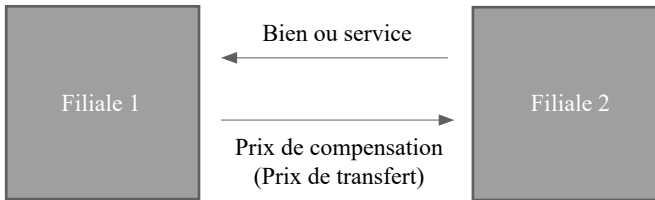


Figure A. Transaction intragroupe

B) L'importance fiscale des transactions intragroupe

Lors d'une transaction entre deux filiales appartenant au même groupe multinational, l'établissement d'un prix de transfert est une exigence en vertu du droit fiscal. En effet, il est nécessaire que l'on comptabilise ce transfert de valeur, comme on le ferait pour n'importe quelle transaction entre deux sociétés indépendantes. Cependant, ce genre de transaction intragroupe n'est pas ordinaire et nécessite un encadrement particulier. En effet, comme les deux filiales impliquées dans la transaction sont contrôlées par la même entité mère, cette dernière peut contrôler unilatéralement tous les paramètres de la transaction. Cela veut donc dire que le prix de transfert établi en échange d'un bien ou d'un service peut être choisi unilatéralement par la société mère. Ce contexte diffère considérablement d'une transaction entre deux sociétés indépendantes, où le prix serait négocié et établi par l'accord de deux parties indépendantes. En raison de ce pouvoir, il est donc possible pour une entité mère de modifier de manière considérable les revenus, les dépenses, et donc les profits de chacune de ses filiales (figure B).

²¹ Wolfgang SCHÖN, « Transfer Pricing – Business Incentives, International Taxation and Corporate Law », dans Kai Andreas KONRAD et Wolfgang SCHÖN (dir.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, coll. « MPI Studies in Tax Law and Public Finance 1 », Berlin/Heidelberg, Springer, 2012.

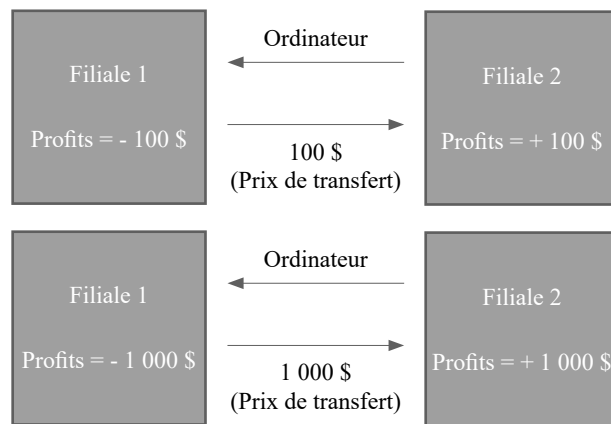


Figure B. Conséquence de la modification du prix de transfert sur les profits de chacune des filiales concernées

Comme ce sont les profits qui déterminent l'impôt, il sera possible d'ajuster les profits de chacune des filiales afin d'obtenir une situation fiscale optimale. C'est ce que l'on appellera le « transfert de bénéfices » :

Une multinationale est composée de plusieurs entités distinctes dans plusieurs pays. En général, ces entités forment une chaîne. L'une vend à l'autre. Or, lorsqu'une entité qui vend augmente son prix de vente à une entité qui achète, le revenu net de la première augmente et celui de la seconde diminue. *De facto*, le revenu net de l'une est transféré à l'autre ou, selon la perspective, il est transféré d'un pays à un autre en supposant qu'une entité est dans un pays et que l'autre est dans un autre pays. Évidemment, si le taux d'impôt dans chaque pays n'est pas identique, ce déplacement du revenu peut réduire l'impôt mondial du groupe.

La capacité des multinationales de modifier les prix ou les modalités rattachées aux opérations qu'elles effectuent à travers les frontières leur donne donc un outil pour affecter directement l'assiette fiscale des pays dans lesquels elles font affaire et de ce fait, elle leur donne un outil pour affecter les recettes fiscales de ces pays²².

²²

Jean-Pierre VIDAL, Denis LAROCQUE et Justin LEROUX, « Incidence du petit nombre de comparables sur la justice fiscale dans le domaine du prix de transfert », (2013)

L'importance des prix de transfert est telle que l'OCDE affirme que « [s]i les prix de transfert sont importants aussi bien pour les contribuables que pour les administrations fiscales, c'est parce qu'ils déterminent, dans une large mesure, la répartition des revenus et des dépenses et, par conséquent, des bénéfices imposables entre les entreprises associées relevant d'autorités fiscales différentes²³ ». Ainsi, les prix de transfert fixés par les EMN se doivent d'être encadrés. Sinon, il serait trop facile d'ajuster ces prix pour manipuler les revenus et les dépenses de chaque filiale de manière à minimiser l'impôt du groupe.

C) L'encadrement des prix de transfert

La solution retenue par la communauté internationale pour encadrer les transactions intragroupe des EMN est le contrôle des prix de transfert établis dans le cadre de ces transactions à l'aide du « principe de pleine concurrence²⁴ ». En résumé, le principe de pleine concurrence impose aux EMN d'établir des prix de transfert qui correspondent à ce qui serait convenu entre deux sociétés indépendantes pour le même bien ou service. De cette manière, en théorie, on s'assure que les biens et services fournis entre les filiales sont rémunérés à leur juste valeur, ce qui devrait mener à une distribution « normale » des profits entre les filiales du groupe. Ce principe est bien établi dans le droit fiscal canadien²⁵.

La détermination du prix de pleine concurrence, le prix « normal » pour une transaction, est assez complexe et demande la prise en compte notamment des Principes de l'OCDE²⁶, dont l'importance au Canada a été confirmée à

33-2 *Revue de planification fiscale et financière* 243, 245 et 246. Voir également : *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, 2012 CSC 52, par. 1.

²³ OCDE, *Principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales 2022*, Paris, Éditions OCDE, 2022, n° 12 (ci-après « Principes de l'OCDE »).

²⁴ OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune. Version abrégée de 2017*, Paris, Éditions OCDE, 2017, art. 9.

²⁵ LIR, préc., note 20, art. 247.

²⁶ Principes de l'OCDE, préc., note 23.

plusieurs reprises par le plus haut tribunal du pays²⁷. Concrètement, le prix de pleine concurrence d'une transaction est déterminé en recherchant des transactions comparables sur le marché libre. Le comparable doit être semblable à la transaction contrôlée, mais doit être intervenu entre des parties indépendantes. L'objectif de ce processus est d'établir un prix qui peut être justifié objectivement pour chaque transaction par la valeur sur le marché libre du bien ou du service transféré, de manière à empêcher la manipulation des prix de transfert en gonflant artificiellement la rémunération accordée dans le cadre des transactions intragroupe.

Cependant, le principe de pleine concurrence ne réussit pas à atteindre son objectif, comme nous le verrons dans les pages qui suivent. En effet, il existe toujours, dans la situation juridique actuelle, des possibilités pour les EMN de transférer leurs profits dans des juridictions à faible imposition, et ainsi de réduire leur fardeau fiscal.

II. L'encadrement des prix de transfert : un outil insuffisant pour empêcher le transfert de bénéfices

A) Les procédés utilisés pour transférer des bénéfices entre les juridictions fiscales

Les procédés employés par les multinationales pour transférer et ainsi déclarer des profits dans une filiale située dans une juridiction à faible imposition sont loin d'être secrets, originaux ou novateurs. Au contraire, ils s'inscrivent dans une façon de faire très connue du milieu des prix de transfert.

Le processus complet permettant à une EMN de transférer des bénéfices à l'étranger peut être résumé en quelques étapes²⁸.

²⁷ *Canada c. GlaxoSmithKline Inc.*, préc., note 22, par. 20; *Canada c. Cameco Corporation*, 2020 CAF 112, par. 65; *Marzen Artistic Aluminum Ltd c. Canada*, 2016 CAF 34, par. 18.

²⁸ Les procédés employés par les EMN pour accomplir ce genre de stratégie fiscale ont été exposés méthodiquement dans les rapports déposés devant le Sénat américain par J. Richard HARVEY JR., *Testimony of J. Richard (Dick) Harvey Jr. Before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations*, 2013, p. 6; ainsi que par Stephen E. SHAY, *Testimony of Stephen E. Shay Before the U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and*

Premièrement, la société mère transfère à une filiale qu'elle contrôle à 100 % et située dans une juridiction à faible imposition soit une somme d'argent soit un actif de grande valeur. On choisit habituellement des actifs incorporels comme des brevets puisqu'ils peuvent être transférés sans changer concrètement les activités de l'EMN²⁹. Ce transfert peut être effectué de plusieurs manières permettant de minimiser l'impôt payable au moment et en raison du transfert³⁰.

Deuxièmement, on structure les opérations afin d'attribuer aux filiales situées dans les juridictions où la fiscalité est élevée des fonctions ne comportant aucun risque ni complexité, de manière à ce que ces fonctions n'entraînent qu'une rémunération modeste. Dans d'autres cas, ces filiales « de marché » ont toutes les fonctions, mais doivent payer des royautés énormes à une filiale dans une juridiction à faible imposition pour l'utilisation des actifs incorporels qui lui ont été transférés, ce qui revient au même résultat³¹.

Troisièmement, on structure les choses de manière à ce que le revenu de la filiale dans la juridiction à faible imposition ne soit pas qualifié de revenu passif, puisque le revenu pourrait alors être inclus dans le revenu de la société mère³².

À ce moment, la grande majorité des profits ont été transférés à la filiale située dans la juridiction à faible imposition. Il suffit de retarder à jamais, ou du moins le plus possible, la distribution des profits sous forme de dividendes à la société mère et le tour est joué : les profits ne seront jamais imposés à un taux plus élevé que celui de la juridiction à faible imposition. En effet, en raison de la séparation entre la société mère et la filiale, les profits

Governmental Affairs Hearing on Offshore Profit Shifting and the Internal Revenue Code, 2013. Ces exemples reprennent évidemment des cas observés aux États-Unis, mais les principes généraux guidant les stratégies mises en place dans un contexte canadien demeurent les mêmes.

²⁹ J. R. HARVEY JR., préc., note 28, p. 6.

³⁰ *Id.*, p. 6 et 7.

³¹ *Id.*, p. 7.

³² Si les revenus des EMN étaient qualifiés de cette manière au Canada, l'article 91(1) LIR, préc., note 20, pourrait trouver application, ce qui compromettrait l'ensemble de la planification fiscale.

de la filiale ne seront inclus dans le revenu de la société mère qu'au moment où la filiale versera sous forme de dividendes les profits réalisés à la société mère, chose qu'elle ne fera probablement jamais afin justement de reporter l'imposition³³.

Évidemment, cette façon de faire est devenue de plus en plus accessible avec la mondialisation de l'économie et tous les outils modernes de communication numérique qui rendent plus faciles l'élaboration et la mise en place de ce genre de structure. Ainsi, la numérisation de l'économie a transformé la forme que prennent les échanges commerciaux sur plusieurs plans, notamment en amenant une plus grande mobilité des différents actifs commerciaux³⁴, ce qui donne une flexibilité accrue aux EMN quant aux structures d'optimisation fiscale disponibles.

Toutefois, il serait naïf de penser que ce genre de stratagème se limite aux modèles d'affaires « modernes » axés sur l'emploi des technologies numériques³⁵. En effet, l'actif transféré peut très bien être quelque chose de plus traditionnel comme une marque de commerce. Ainsi, on ferait fausse route en portant toute notre attention sur les nouvelles EMN, et on se doit d'avoir une vue d'ensemble pour bien comprendre l'enjeu. En effet, des formes s'apparentant au stratagème décrit plus haut sont observées au moins depuis les années 1970³⁶.

Si ce genre de procédé est observé par les autorités fiscales mondiales, qu'est-ce qui les empêche d'y mettre fin à l'aide du principe de pleine concurrence et du contrôle des prix de transfert? La raison se trouve en grande partie justement au cœur même du principe de pleine concurrence, dans la liberté qu'il donne aux EMN dans la structure de leurs opérations.

³³ S.E. SHAY, préc., note 28, p. 2.

³⁴ J.-P. VIDAL, préc., note 17, 438 et 439.

³⁵ Wolfgang SCHÖN, « Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy », (2018) 72-4-5 *Bulletin for International Taxation* 278, 286 et 287.

³⁶ Reuven S. AVI-YONAH, *Testimony for Hearing on Profit Shifting – US Senate Permanent Subcommittee on Investigations*, 2012, p. 13.

B) Certains problèmes au cœur du principe de pleine concurrence

Le principe de pleine concurrence a fait l'objet de critiques aussi nombreuses que variées au cours des années. Aux fins de cet article, nous nous limiterons à trois problématiques particulièrement évidentes et fondamentales dans la lutte contre le transfert de bénéfices par le biais du contrôle des prix de transfert à l'aide du principe de pleine concurrence.

1. La segmentation du groupe multinational

Selon un principe fondamental en droit fiscal canadien, il existe une séparation étanche entre les actionnaires d'une société et la société elle-même³⁷. Cette séparation s'applique bien évidemment dans le système des prix de transfert : c'est même la raison pour laquelle ce système existe et est nécessaire³⁸. Ce principe fondamental du droit fiscal est toutefois une fiction.

On se retrouve donc devant deux réalités. D'un côté, sur le plan pratique, le groupe multinational agit comme un bloc visant à atteindre un objectif commercial cohérent³⁹. De l'autre côté, le droit fiscal crée une fiction juridique selon laquelle chaque filiale du groupe doit être considérée comme une société à part entière ayant son propre objectif commercial, son propre conseil d'administration prenant les décisions importantes pour la société sans que ces dernières soient influencées par les objectifs globaux du groupe, etc.

Le principe de pleine concurrence tient pour acquis qu'en brisant de la sorte l'EMN en plusieurs petits morceaux, et en considérant chaque petit morceau comme un tout, on peut obtenir le portrait global de la société et de la manière dont les profits de cet ensemble global doivent être divisés entre toutes les juridictions dans lesquelles il opère⁴⁰. Plus encore, il tient pour acquis qu'un rapprochement efficace peut être fait entre la réalité d'une

³⁷ *Canada c. Cameco Corporation*, préc., note 27, par. 72, citant *Envision Credit Union c. Canada*, 2013 CSC 48, par. 57.

³⁸ Jean-Pierre VIDAL, « The Achilles' Heel of the Arm's Length Principle and the Canadian GlaxoSmithKline Case », (2009) 37-10 *Intertax* 512, 512.

³⁹ Reuven S. AVI-YONAH, « The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation », (1995) 15 *Va. Tax Rev.* 89, 130.

⁴⁰ J.-P. VIDAL, préc., note 38, 512 et 513.

EMN et celle d'un regroupement d'entreprises indépendantes⁴¹. Pourtant, le comportement et la réalité d'une EMN diffèrent substantiellement du marché libre.

L'exemple le plus simple est celui de l'allocation du risque. Pour deux entreprises indépendantes, lors d'une transaction, l'entité qui assume un risque élevé s'attendra à recevoir une compensation pour ce risque, par exemple une rémunération plus grande, payer un prix moins élevé, etc. En revanche, lors d'une transaction entre deux filiales qui appartiennent ultimement à la même société mère, que le risque soit assumé par l'une ou l'autre des filiales, le risque commercial est toujours assumé en fin de compte par la société mère et ses actionnaires⁴².

La même logique peut être appliquée pour ce qui est du transfert d'actifs. Si une société vend le droit exclusif d'utilisation de sa marque de commerce à une autre société pour un territoire donné, elle perd à jamais le contrôle de l'utilisation de cette dernière, à moins de racheter ce droit. Ce transfert entraîne donc des conséquences majeures pour l'entreprise. Lorsqu'une société mère fait la même chose avec une filiale qu'elle contrôle à 100 %, elle conserve dans les faits le contrôle absolu sur l'utilisation de ses actifs. Ainsi, les actions possédées par la société mère lui garantissent de pouvoir exercer le même contrôle par rapport à ses actifs et de profiter des mêmes bénéfices dégagés par ses actifs et ses activités, et ce, sans égard à la répartition du risque ou des actifs à l'intérieur du groupe⁴³.

Pour une EMN, la répartition du risque et des actifs entre les différentes entités qu'elle contrôle est une décision motivée en très grande partie par des considérations fiscales qui n'ont presque aucune incidence sur ses activités⁴⁴. Que ce soit l'une ou l'autre des filiales d'une multinationale

⁴¹ *Id.*

⁴² Michael P. DEVEREUX, Alan J. AUERBACH, Michael KEEN, Paul OOSTERHUIS, Wolfgang SCHÖN et John VELLA, *Taxing Profit in a Global Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 102; R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11, n^{os} 4.15-4.23 et 6.33-6.36.

⁴³ R.S. AVI-YONAH, préc., note 39, 130.

⁴⁴ Bien que certains facteurs autres que l'imposition puissent être considérés dans l'allocation du risque et des actifs à l'intérieur d'un groupe multinational, voir :

qui soit en possession d'un actif, si l'entité mère contrôle les faits et gestes des deux filiales, cela n'a pas grande importance pour les opérations : elle garde le contrôle absolu sur cet actif. Ce faisant, les considérations⁴⁵ qui sont habituellement utilisées pour déterminer la rémunération appropriée pour les services rendus par une filiale à ses sœurs peuvent être facilement manipulées par les EMN pour les situer de manière avantageuse sur le plan fiscal⁴⁶; parce que ces facteurs ne veulent en fin de compte rien dire dans un contexte de transaction contrôlée⁴⁷.

Même au-delà de cette possibilité de manipulation et en assumant que les EMN sont de bonne foi, comment, en l'absence des forces du marché, peuvent-elles de manière efficace et objective répartir adéquatement les risques, les activités à l'intérieur du groupe? Il n'y a pour une EMN, au-delà des questions fiscales, aucune répartition du risque et des actifs qui soit vraiment meilleure que l'autre; elles sont toutes à peu près équivalentes⁴⁸. C'est donc l'EMN qui pourra décider de la valeur du service rendu, en faisant varier les conditions entourant la transaction.

Pour toutes ces raisons, le système d'allocation des profits entre les juridictions fiscales sur la base d'une comparaison avec le marché libre en décomposant les entités d'une EMN en entités distinctes regorge de failles et de difficultés inhérentes à un tel système⁴⁹.

Peter J. BUCKLEY et Roger STRANGE, « The Governance of the Multinational Enterprise: Insights from Internalization Theory », (2011) 48-2 *Journal Management Studies* 460. Il est indéniable, selon les données empiriques, que l'impôt est le facteur le plus important dans cette répartition, voir : Johannes BECKER, Niels JOHANNESSEN et Nadine RIEDEL, « Taxation and the Allocation of Risk Inside the Multinational Firm », (2020) 183 *Journal of Public Economics* 104138.

⁴⁵ Les actifs possédés, les risques assumés, etc.

⁴⁶ Anthony TING, « iTax—Apple's International Tax Structure and the Double Non-Taxation Issue », (2014) 1 *Brit. Tax. Rev.* 40.

⁴⁷ R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11, n° 6.40.

⁴⁸ *Id.*

⁴⁹ M.P. DEVEREUX *et al.*, préc., note 42, p. 12 et 13; Craig ELLIFFE, « International Tax Frameworks: Assessing the 2020s Compromise from the Perspective of Taxing the Digital Economy in the Great Lockdown », (2020) 74-9 *Bulletin for International Taxation* 532, 539.

2. La difficulté d'ignorer ou de requalifier les rapports juridiques établis entre deux entités d'un même groupe

Comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, la liberté contractuelle et commerciale des EMN est au cœur du principe de pleine concurrence. Cette réalité a comme conséquence que les EMN, dans une large mesure, peuvent structurer comme bon leur semble leurs transactions et, dans une mesure plus large encore, l'ensemble de leur structure juridique et la capitalisation de leurs entités. Cette réalité ne peut que mener à un transfert substantiel des bénéfices.

Transactions. Le droit fiscal au Canada est ce que l'on a appelé un « droit de conséquence », c'est-à-dire que les contribuables sont imposés sur la base de leur situation réelle. Le droit fiscal vient donc s'appliquer aux transactions ou aux rapports juridiques réellement établis par les participants à la transaction. La Cour suprême du Canada affirmait clairement en 1999 que « [s]auf disposition contraire de la Loi, le contribuable a le droit d'être imposé en fonction de ce qu'il a fait, et non de ce qu'il aurait pu faire et encore moins de ce qu'un contribuable moins habile aurait fait⁵⁰ ». Ce sera donc le choix des paramètres de la transaction par les parties impliquées qui déterminera comment cette transaction sera imposée.

Dans le domaine des prix de transfert, les participants à la transaction sont des personnes liées. Dans la réalité, ce sont les dirigeants de l'EMN qui contrôlent les agissements des deux parties impliquées dans la transaction. Ce faisant, ils exercent un très grand contrôle sur tous les paramètres de la transaction, ce qui leur donne un pouvoir immense sur la qualification de cette transaction par le droit fiscal.

En raison de cette réalité, un rempart a été mis en place dans bon nombre de pays, dont le Canada; ce rempart se nomme la requalification. Ainsi, il est possible pour l'Agence du revenu du Canada, autant en vertu des Principes de l'OCDE que de la LIR⁵¹, de requalifier une transaction établie

⁵⁰ *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, par. 45.

⁵¹ Au Canada, il est maintenant reconnu que les pouvoirs de requalification octroyés à l'autorité fiscale canadienne en vertu de l'article 247(2)b) et d) LIR, préc., note 20

par une EMN lorsque certaines conditions sont remplies. Elle pourra alors substituer à la transaction contrôlée une autre transaction, ou tout simplement ignorer la transaction contrôlée.

Il faut toutefois comprendre que les conditions pour qu'une autorité fiscale puisse requalifier une transaction en vertu du principe de pleine concurrence sont presque inatteignables, et seront remplies uniquement dans des cas exceptionnels⁵². En effet, ce n'est que lorsqu'une transaction sera dépourvue de rationalité commerciale qu'elle pourra être requalifiée⁵³. Autrement dit, la transaction telle qu'elle est formulée doit être impossible à justifier de manière rationnelle.

Cette exigence très élevée s'explique d'une part par l'objectif même de la mise en place du droit fiscal international : celui de la lutte contre la double imposition⁵⁴. En effet, si le pays où se trouve une partie requalifie une transaction alors que l'autre ne le fait pas, il peut survenir une situation où un revenu est imposé deux fois, et les États veulent éviter le plus possible ce genre de situation⁵⁵. C'est pourquoi seules les transactions qui sont absurdes au point de faire consensus peuvent être requalifiées. Cette exigence s'explique d'autre part par le fait que le système de prix de transfert comme encadrement de la répartition des profits d'une EMN entre les différentes juridictions fiscales est le respect des rapports juridiques des contribuables⁵⁶. La requalification est une entorse à ce principe fondamental, et doit donc être réservée aux cas exceptionnels⁵⁷.

Par conséquent, dans la très grande majorité des cas, l'autorité fiscale ne pourra pas requalifier la transaction, et sera ainsi liée par la structure de la

sont identiques à ceux reconnus dans les Principes de l'OCDE; voir : *Canada c. Cameco Corporation*, préc., note 27, par. 64-70.

⁵² Principes de l'OCDE, préc., note 23, n^{os} 1.142-1.145.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*, n^o 1.142.

⁵⁵ R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11, n^o 2.92.

⁵⁶ *Id.*, n^{os} 1.77-1.79.

⁵⁷ *Id.*, n^o 5.56.

transaction mise en place par l'EMN. Elle ne pourra que contester le prix⁵⁸. Étant donné la grande panoplie de formes que peut prendre une transaction pour arriver au même résultat, sans qu'aucune de ces options ne soit meilleure que l'autre ou ne donne un meilleur résultat⁵⁹, les EMN choisissent habituellement celle qui réduit au minimum leur fardeau fiscal⁶⁰.

En conclusion, les autorités fiscales combattent le transfert de bénéfices en grande partie avec les mains liées⁶¹. Les problèmes entourant la requalification des transactions des EMN permettent d'illustrer comment le respect de la liberté commerciale et contractuelle qui se trouve au cœur du principe de pleine concurrence pose problème dans la lutte contre le transfert de bénéfices à l'étranger.

Structure juridique et en capital. Une autre conséquence inévitable de la liberté contractuelle et commerciale en matière de prix de transfert est que les EMN ont la possibilité de capitaliser et de structurer leurs sociétés comme elles l'entendent. Il convient seulement de rappeler qu'actuellement, les EMN peuvent établir n'importe quel rapport, transaction ou structure, tant que ces éléments ne sont pas limités par la loi⁶², qu'ils ne représentent

⁵⁸ Anthony TING, « Intangibles and the Transfer Pricing Reconstruction Rules: A Case Study of Amazon », (2020) 3 *Brit. Tax. Rev.* 302, 305.

⁵⁹ Wolfgang SCHÖN, « Transfer Pricing, the Arm's Length Standard and European Union Law », dans Isabelle RICHELLE, Wolfgang SCHÖN et Edoardo TRAVERSA (dir.), *Allocating Taxing Powers within the European Union*, coll. « MPI Studies in Tax Law and Public Finance », Berlin, Springer, 2013, p. 73, aux p. 74 et 75.

⁶⁰ A. TING, préc., note 58, 309-312; C. ELLIFFE, préc., note 49, 537.

⁶¹ A. TING, préc., note 46, 61. Il convient de noter que même dans les cas exceptionnels où l'autorité fiscale aurait gain de cause et ferait reconnaître qu'une transaction est dépourvue de rationalité commerciale, la solution est d'abord très contraignante, et ensuite très difficile à appliquer. Voir : Principes de l'OCDE, préc., note 23, n° 1.144.

⁶² *Stuart Investments Ltd c. The Queen*, [1984] 1 R.C.S. 536, 552; *Canada (Procureur général) c. Collins Family Trust*, 2022 CSC 26, par. 12; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, par. 31; *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada*, 2016 CSC 55, par. 41.

pas un abus⁶³ et que les rapports établis ne constituent pas un trompe-l'œil⁶⁴. Actuellement, aucune norme ou aucune règle, nationale ou internationale, n'empêche les multinationales d'établir une quelconque structure juridique ou forme de rapport entre les entités qu'elles possèdent. Elles peuvent créer autant d'entités qu'elles le souhaitent et leur attirer n'importe quelle fonction sans que l'autorité fiscale ait quoi que ce soit à dire⁶⁵.

Évidemment, lorsqu'elles organisent leurs opérations ou lorsqu'elles prennent des décisions commerciales, les EMN considèrent très peu les enjeux fiscaux. On pourrait même dire que cette considération est secondaire. Par exemple, une EMN qui déciderait d'internaliser une partie de ses opérations ne considèrera probablement jamais l'enjeu fiscal dans la prise de cette décision. C'est davantage la manière de mettre en place ce changement, juridiquement, sur papier, qui recevra des considérations presque exclusivement fiscales. C'est le principe le plus élémentaire des planifications fiscales : prendre une opération, une situation économique, et l'organiser de manière à payer le moins d'impôt possible, tout en respectant la loi⁶⁶.

La manipulation de la structure juridique se trouve aujourd'hui au cœur des stratégies d'évitement des EMN et constitue probablement l'obstacle qui sera le plus difficile à surmonter par le principe de pleine concurrence. En effet, il est difficile de comprendre comment ce principe pourrait être adapté

⁶³ *Lipson c. Canada*, 2009 CSC 1, par. 21; *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 CSC 49, par. 99.

⁶⁴ *Shell Canada Ltée c. Canada*, préc., note 50, par. 39; *Continental Bank Leasing Corp c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, par. 21.

⁶⁵ À moins peut-être en appliquant la Règle générale anti-évitement : LIR, préc., note 20, art. 245. Son application dans le contexte du principe de pleine concurrence et du contrôle des prix de transfert n'a jamais été étudiée précisément. Cependant, avec les récentes décisions de la Cour suprême sur l'application de la règle générale anti-évitement aux structures multinationales, il semble que cette option ne soit pas l'avenue pour contrôler les structures des EMN, voir : *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, préc., note 63; *Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*, 2021 CSC 51.

⁶⁶ Nigar HASHIMZADE, Myles GARETH et John BLACK, *A Dictionary of Economics*, 5^e éd., New York, Oxford University Press, 2017, « Tax planning ».

pour enrayer à lui seul ce phénomène, étant donné qu'il est si enraciné dans le respect de la liberté contractuelle et commerciale⁶⁷.

Dans le cadre de l'application du principe de pleine concurrence, tout ce qui importe pour déterminer le niveau de rémunération approprié, c'est ce que l'on a à offrir et la valeur de cette offre sur le marché. Il n'y a aucune autre considération, puisqu'une entreprise indépendante qui cherche à obtenir un bien ou un service ne donnera de valeur à rien d'autre – elle ne donnera pas de valeur par exemple au niveau d'activité économique qui sera conduite, au nombre d'employés ou au volume de ventes de la société avec qui elle fait affaire si ces facteurs ne lui apportent rien dans le cadre de la transaction ou si ces facteurs seraient accessibles à n'importe quelle autre société. Ainsi, la valeur du capital d'une société, c'est-à-dire ce qu'une société possède, jouera un rôle déterminant, pour ne pas dire le seul rôle, dans un grand nombre de transactions.

Ce faisant, dès qu'une EMN transfère des actifs, un capital de grande valeur, à une filiale située dans une juridiction à faible imposition, un transfert considérable de la part des profits du groupe vers cette dernière est inévitable, peu importe comment l'OCDE retourne la question dans ses Principes, parce qu'il existe une grande demande et que le marché libre accorde une grande valeur à ce genre d'actifs. Par ailleurs, pour l'EMN, que des sommes d'argent ou des actifs incorporels soient détenus par une filiale en Irlande, aux Bahamas, au Japon ou aux États-Unis, tant que ce capital est accessible aux autres entités du groupe, cela ne change strictement rien à ses opérations réelles⁶⁸. C'est ce qui explique que le transfert de capitaux vers des juridictions à faible imposition constitue l'avenue la plus efficace et la plus simple pour transférer des bénéfices et, conséquemment, minimiser l'imposition pour l'EMN. Il convient de rappeler qu'il n'existe actuellement aucune restriction en matière de transfert de capitaux.

Actuellement, les Principes de l'OCDE prévoient une section destinée à guider l'application du principe de pleine concurrence dans le contexte d'une réorganisation des activités ou de la structure d'un groupe multinational.

⁶⁷ R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11, n° 5.03.

⁶⁸ *Id.*; C. ELLIFFE, préc., note 49, 538.

Cette section n'énonce pas qu'il est possible pour les administrations fiscales d'ignorer la structure des EMN, bien au contraire⁶⁹. On rappelle que les EMN sont libres d'adopter une structure pour leur société basée en partie sur l'évitement fiscal sans que les autorités fiscales soient autorisées à intervenir⁷⁰. Il semble donc que non seulement les règles de droit fiscal ne réussissent pas à contrer l'évitement fiscal par le transfert de capitaux et la manipulation de la structure des EMN, mais qu'elles le permettent explicitement; l'empêcher serait visiblement contraire aux fondements mêmes du principe de pleine concurrence. Le problème, c'est que cette manière de faire est incompatible avec l'objectif actuel des États en matière de répartition des profits entre les juridictions fiscales, à savoir que cette répartition est alignée sur l'activité économique réelle.

Cette position a été largement confirmée en 2020 par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Cameco*⁷¹, qui a reconnu les pouvoirs très restreints de l'autorité fiscale canadienne en matière de requalification des transactions des contribuables. Dans cette affaire, Cameco a structuré ses affaires de manière à ce que sa filiale luxembourgeoise soit titulaire d'un contrat lui permettant d'acquérir de l'uranium à un prix beaucoup moins élevé que le prix du marché, ce qui lui permettait de dégager un profit considérable⁷².

Essentiellement donc, Cameco a suivi une technique de transfert de bénéfices relativement classique. Elle a transféré ou assigné un actif incorporel de grande valeur, ici le contrat permettant d'acheter de l'uranium à un prix avantageux, à une filiale située dans une juridiction à faible imposition. Par la suite, les activités ont été structurées de manière à ce que les bénéfices demeurent largement associés à ce droit, de sorte que le transfert de bénéfices allait de soi.

L'Agence du revenu du Canada proposait à la Cour une interprétation très large des pouvoirs de requalification d'une transaction. Cette interprétation aurait permis d'ignorer l'existence de la filiale luxembourgeoise

⁶⁹ Principes de l'OCDE, préc., note 23, n^{os} 9.34 et 9.35.

⁷⁰ *Id.*, n^{os} 9.34 et 9.38.

⁷¹ *Canada c. Cameco Corporation*, préc., note 27.

⁷² *Id.*, par. 7-14.

et aurait réduit considérablement le critère permettant une requalification. Malheureusement pour l'Agence, la Cour a rejeté ses prétentions. Elle se rabat essentiellement sur le même critère que l'OCDE dans ses Principes, c'est-à-dire que pour être requalifiée ou ignorée, une transaction doit satisfaire le critère de la rationalité commerciale. Autrement dit, il doit être conclu que des personnes hypothétiques raisonnables n'auraient jamais établi ce genre de transaction, peu importe les modalités⁷³. Ensuite, la Cour rejette la possibilité pour l'Agence du revenu du Canada de tout simplement faire fi de l'existence des filiales, rappelant l'importance de la séparation entre les actionnaires et leur société au Canada⁷⁴.

3. Les difficultés de contestation devant les tribunaux

L'affaire *Cameco* montre également à quel point le processus de contestation d'une transaction contrôlée d'une EMN peut s'avérer difficile.

Le principe de pleine concurrence exige une interprétation large et comporte de nombreuses zones grises. Les Principes de l'OCDE ne sont pas écrits de manière très tranchée et décisive. Par exemple, dans l'affaire *Cameco*, la question de savoir à quel moment un accord devient « commercialement raisonnable » est extrêmement ambiguë. Comme bien d'autres questions dans ce domaine, celle-ci n'a pas de réponse objective définie et demande d'interpréter une logique et une réalité hypothétiques, multifactorielles et complexes, ce qui les rend donc hautement spéculatives. Elles relèvent davantage de l'argumentation et du débat que de la science⁷⁵. Pour preuve, dans plusieurs litiges concernant les prix de transfert, plusieurs experts ont des visions radicalement opposées sur le prix de transfert de pleine concurrence, notamment en raison du poids différent qu'ils accordent à certains facteurs⁷⁶.

En l'absence d'une seule vérité objective, le résultat dépendra souvent de la qualité de l'expertise, notamment des témoins experts, et de

⁷³ *Id.*, par. 43.

⁷⁴ *Id.*, par. 70-73.

⁷⁵ R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11, n^{os} 4.63-4.68.

⁷⁶ Voir par exemple : *Agracity Ltd c. La Reine*, 2020 CCI 91; *Canada c. Capital Générale Électrique du Canada Inc.*, 2010 CAF 344.

la justification des prétentions de l'EMN. Il faut toutefois reconnaître que lorsqu'un contribuable se livre à une manœuvre fiscale vraisemblablement compatible avec les Principes de l'OCDE et que cette manœuvre est justifiée par une preuve et une documentation suffisantes, il sera difficile pour l'autorité fiscale de contester cette manœuvre.

En résumé, les autorités fiscales sont en grande partie liées par les actions des EMN en matière de prix de transfert, ce qui engendre des difficultés dans la lutte contre le transfert de bénéfices. Ces difficultés sont liées au fondement même du principe de pleine concurrence, ce qui explique pourquoi les tentatives de correction de ce principe ont dans une large mesure manqué la cible⁷⁷. Il est donc logique que l'OCDE ait choisi de se tourner vers des solutions alternatives, fondées sur des prémisses totalement différentes, pour tenter de remédier à ces problèmes persistants, notamment par la mise en avant d'un taux d'imposition mondial applicable aux grandes EMN.

III. Les promesses du taux d'imposition minimum⁷⁸

Aussi connu sous le nom de « règles GloBE » ou d'« impôt minimum mondial », le Pilier Deux⁷⁹ de la Solution reposant sur deux piliers de l'OCDE vise à créer un impôt complémentaire pour la société mère ultime d'une EMN lorsqu'elle ne paie pas un impôt correspondant à au moins 15 % de son chiffre d'affaires dans une juridiction fiscale. Le principe est donc simple : si

⁷⁷ Jean-Pierre VIDAL, Marie-Pierre ALLARD et Marwah RIZQI, *Introduction à la fiscalité internationale au Canada*, 9^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2020, p. 23/57-23/60; M. P. DEVEREUX *et al.*, préc., note 42; R. COLLIER et J.L. ANDRUS, préc., note 11; C. ELLIFFE, préc., note 49; Reuven S. AVI-YONAH et Haiyan XU, « Evaluating BEPS », (2017) 10-1 *Erasmus Law Rev.* 3; INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Corporate taxation in the global economy*, Policy Paper No. 2019/007, Washington, International Monetary Fund, 2019, p. 54 et 55.

⁷⁸ Les règles du Pilier Deux sont évidemment beaucoup plus complexes que ce qui sera présenté dans cette section et regorgent d'exceptions qu'il serait inutile de mentionner ici. Au besoin, le lecteur peut se référer aux documents originaux de l'OCDE ou, mieux, à l'excellent résumé des règles rédigé dans une perspective canadienne dans Léa RIF, Lyne LATULIPPE et Julie S. GOSSELIN, « Aperçu des règles de l'impôt minimum global », Regard CFFP, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, Document R2022/02, 2022.

⁷⁹ Ci-après « P2 ».

les entités d'une EMN situées dans une juridiction donnée paient un impôt qui correspond à un montant inférieur à 15 % de leurs chiffres d'affaires combinés, un impôt complémentaire correspondant à l'écart entre l'impôt payé et le montant correspondant au minimum de 15 % sera alors payé par l'entité mère ultime du groupe.

Afin de bien comprendre l'essentiel des règles d'application du P2, il convient de s'attarder à ses trois aspects fondamentaux : le champ d'application, la détermination de l'entité redevable de l'impôt complémentaire et le calcul de l'impôt complémentaire⁸⁰.

A) Le champ d'application

Les règles du P2 s'appliquent aux entités d'un groupe multinational lorsque ce dernier affiche un chiffre d'affaires de plus de 750 millions d'euros au cours d'au moins deux des quatre années précédant l'année pour laquelle on cherche à appliquer les règles du P2⁸¹. Un groupe d'entreprises est considéré comme un groupe multinational aussitôt qu'une filiale est située dans une juridiction fiscale autre que celle de l'entité mère ultime⁸². D'ores et déjà, il convient de noter que certaines entités du groupe sont exclues du champ d'application des règles du P2. Elles ne pourront donc par exemple jamais être l'EMU du groupe⁸³, et ne seront pas considérées dans le chiffre d'affaires du groupe⁸⁴.

⁸⁰ Il est également à noter que les règles du P2 s'appliquent à tous les modèles d'EMN, que ce soit celles qui sont constituées d'établissements permanents ou de filiales. Comme nous l'avons précisé en introduction, le présent article s'intéresse uniquement aux EMN composées de filiales. Les règles uniquement pertinentes aux EMN composées d'établissements permanents ainsi que toute référence aux établissements permanents seront donc ignorées.

⁸¹ OCDE, *Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, Éditions OCDE, 2021, art. 1.1.1.

⁸² Ci-après « EMU »; *id.*, art. 1.2.1.

⁸³ *Id.*, art. 1.4.1.

⁸⁴ *Id.*, art. 1.1.3 et 1.3.3.

B) La détermination de l'entité redevable de l'impôt complémentaire

Une notion centrale du P2 est celle de déterminer quelle entité du groupe est l'EMU. L'EMU du groupe représente l'entité qui (1) contrôle directement ou indirectement toutes les autres entités du groupe et (2) n'est pas une entité exclue⁸⁵. L'importance de cette notion vient du fait que de manière générale, c'est l'EMU du groupe qui sera redevable de l'impôt complémentaire déterminé en vertu des règles du P2⁸⁶. Cependant, ce ne sera pas toujours le cas. Concrètement, deux ensembles de règles permettent d'établir quelle entité du groupe doit s'acquitter de l'impôt minimum déterminé par les règles du P2 qui seront examinées plus loin.

La Règle d'inclusion du revenu. La règle principale, qui s'appliquera le plus souvent, se nomme la Règle d'inclusion du revenu⁸⁷. Selon cette dernière, « l'impôt minimum est acquitté au niveau de l'entité mère, proportionnellement à ses titres de participation dans les entités qui réalisent un bénéfice faiblement imposé⁸⁸ ».

Diverses situations peuvent cependant se présenter et elles ne peuvent être toutes couvertes dans le présent article. La situation la plus simple est évidemment lorsque l'EMU contrôle toutes ses filiales à 100 %, qu'elle est située dans un pays qui applique le taux d'imposition minimum et qu'elle n'est pas une entité exclue⁸⁹. L'impôt minimum dû en raison de toutes les filiales

⁸⁵ *Id.*, art. 1.4.1. Ces entités exclues incluent les entités gouvernementales, les organisations internationales, les organisations à but non lucratif ainsi que les fonds de pension. Deux types d'entités sont également exclus, mais seulement dans la mesure où ils sont l'EMU du groupe, soit les fonds d'investissement et les différents véhicules d'investissement immobilier. Certaines filiales très étroitement liées aux entités exclues peuvent également être des entités exclues, voir : *id.*, art. 1.5.1 et 1.5.2.

⁸⁶ OCDE, *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two), First Edition: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris, Éditions OCDE, 2022, n° 4, p. 24.

⁸⁷ Ci-après « RDIR »; OCDE, *Les Règles du Pilier Deux en bref*, Projet OCDE/G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices, Paris, Éditions OCDE, 2022, p. 4.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ OCDE, préc., note 81, art. 2.1.1.

du groupe sera alors payé à 100 % par l'EMU. Si une telle entité n'existe pas pour le groupe en question ou qu'elle n'est pas assujettie au P2, ce sera alors l'entité assujettie la plus proche du haut de la structure actionnariale du groupe, qui sera redevable de l'impôt complémentaire⁹⁰.

La Règle relative aux profits insuffisamment imposés. Une deuxième règle est prévue pour les cas où certains revenus faiblement imposés ne seraient pas assujettis à un impôt minimum en vertu de la RDIR⁹¹. Cette règle, un peu plus controversée que la précédente⁹², se nomme la Règle relative aux profits insuffisamment imposés⁹³. C'est en quelque sorte un filet de sécurité qui s'applique uniquement dans les cas où la RDIR ferait défaut. En effet, la RPII s'applique uniquement lorsqu'une partie de l'impôt complémentaire calculé aux termes des règles du P2 ne peut être attribuée à une entité mère assujettie aux règles de la RDIR⁹⁴. La partie de l'impôt complémentaire qui n'a pu être attribuée à une entité mère assujettie aux règles de la RDIR⁹⁵

⁹⁰ *Id.*, art. 2.1.3(b). Dans ce contexte, il se pourrait que deux entités soient à égalité dans la hiérarchie. Ces deux EMU paieront l'impôt minimum dû en proportion de leur part de contrôle dans les entités pour lesquelles un impôt minimum est dû, voir : *id.*, art. 2.2.

⁹¹ OCDE, préc., note 86, n° 1, p. 22.

⁹² Selon certains auteurs, la RPII est non seulement contraire à la doctrine et à la tradition fiscale internationale selon laquelle il doit y avoir un lien entre le pays d'imposition et l'activité économique, mais également à plusieurs traités internationaux, ce qui la rendrait dans le dernier cas illégale. Si l'on considère ces prétentions comme avérées, l'adoption de la RPII pourrait devenir un peu plus difficile et nécessiterait une réflexion sur les instruments juridiques nécessaires à sa réalisation. À ce sujet, le lecteur peut entre autres consulter : Filip DEBELVA et Luc DE BROE, « Pillar 2: An Analysis of the IIR and UTPR from an International Customary Law, Tax Treaty Law and European Union Law Perspective », (2022) 50-12 *Intertax* 898; Jinyan LI, « Introducing a Global Minimum Tax (Pillar Two) in Canada: Some Knowns and Unknowns », (2023) 71-1 *Can. Tax J.* 103, 126 et suiv.

⁹³ Ci-après « RPII ». Dans L. RIF, L. LATULIPPE et J.S. GOSSELIN, préc., note 78, p. 11 (note 61), les auteures expliquent que bien que les documents antérieurs de l'OCDE donnent à cet ensemble de règles le nom de « Règle relative aux paiements insuffisamment imposés », le terme « paiements » a été remplacé par le terme « profits » par la communauté fiscale afin de mieux représenter son véritable fonctionnement.

⁹⁴ Dans le cas contraire, le « montant RPII » équivaut à zéro : OCDE, préc., note 81, art. 2.5.2.

⁹⁵ *Id.*, art. 2.5.1 et 2.5.3.

sera distribuée entre toutes les juridictions appliquant la RPII au prorata du nombre d'employés et d'actifs de la juridiction par rapport au nombre total d'employés et d'actifs du groupe⁹⁶.

C) Le calcul de l'impôt complémentaire

L'OCDE a choisi une approche par juridiction pour le calcul de l'impôt complémentaire. Il faut donc répéter le procédé décrit ci-dessous pour chaque juridiction fiscale dans laquelle l'EMN opère.

Le calcul de l'impôt complémentaire nécessite d'abord le calcul du taux effectif d'imposition⁹⁷. En effet, c'est lui qui permettra de déterminer si un impôt complémentaire devra être payé ou non. Le calcul du TEI doit se faire en trois étapes. Dans un premier temps, on doit déterminer le revenu net déclaré dans la juridiction par les entités non exclues⁹⁸. Dans un deuxième temps, on doit établir « l'impôt attribuable au bénéfice » payé dans la juridiction en question⁹⁹. Ainsi, la somme de tous les impôts admissibles de la juridiction (x) divisée par les bénéfices de la juridiction (y) nous donnera le TEI, de sorte que $TEI = \frac{x}{y}$ ¹⁰⁰. On exprime le résultat de cette équation en pourcentage¹⁰¹.

Une fois que le TEI a été calculé, il reste à préciser le montant correspondant à l'impôt complémentaire qui doit être payé. Comme mentionné précédemment, l'impôt complémentaire correspond à l'impôt nécessaire pour combler la différence entre le TEI et le taux d'imposition minimum de 15 % lorsque le premier est inférieur au second. Pour ce faire, on doit déterminer la différence entre le TEI et le taux minimum¹⁰², ce qui nous donne le taux d'imposition complémentaire. Il ne restera plus qu'à multiplier ce pourcentage au bénéfice aggloméré de la juridiction, après avoir fait quelques ajustements.

⁹⁶ *Id.*, art. 2.6.1.

⁹⁷ Ci-après « TEI ».

⁹⁸ OCDE, préc., note 81, art. 3.1-3.5 et 5.1.1.

⁹⁹ *Id.*, art. 4.1-4.6 et 5.1.1.

¹⁰⁰ *Id.*, art. 5.1.1.

¹⁰¹ OCDE, préc., note 86, n° 3, p. 115.

¹⁰² OCDE, préc., note 81, art. 5.2.1.

Le premier ajustement du bénéfice consiste à le réduire d'un certain montant correspondant à une « déduction de la portion des bénéfices liés à la substance¹⁰³ », qui équivaut à la somme de 5 % de la rémunération totale des employés des entités de la juridiction¹⁰⁴ et de 5 % de la valeur des biens corporels situés dans la juridiction et possédés par les entités de l'EMN¹⁰⁵. L'impôt minimum mondial pourra également être réduit par les montants payés à titre d'impôt minimum national¹⁰⁶, comme celui adopté récemment par les États-Unis dans la désormais célèbre *Inflation Reduction Act*¹⁰⁷, et dont la multiplication un peu partout dans le monde est à anticiper. Il est effectivement à prévoir que plusieurs pays choisiront d'adopter un taux d'imposition minimum applicable aux entités se trouvant sous leur juridiction fiscale. Comme le manque à gagner pour atteindre un TEI de 15 % serait perçu d'une manière ou d'une autre par un État en vertu du P2, au lieu de laisser cet impôt être perçu par un État étranger, le choix logique pour les États semble de le percevoir eux-mêmes. D'autant plus que cet impôt minimum national ne pourra pas en soi constituer une barrière à l'investissement dans un État donné, puisque justement, il aurait été perçu de toute manière en vertu du P2.

IV. Présentation de l'étude de cas

Dans les pages suivantes, nous fournissons un exemple simple et fictif afin d'illustrer comment les EMN réussissent, tout en respectant le principe de pleine concurrence, à déclarer une partie importante de leurs profits dans des juridictions à faible imposition. Ce cas sera repris plus tard pour établir comment le taux d'imposition minimum élaboré par l'OCDE dans le cadre du projet BEPS et inclus dans sa Solution à deux piliers pourrait avoir une

¹⁰³ Les facteurs habituellement associés à « l'activité réelle » dans le cadre du projet BEPS sont les employés et les actifs corporels. Selon l'OCDE, ces facteurs sont moins mobiles et sont donc moins susceptibles d'être employés dans une planification fiscale ayant pour but le transfert de bénéfices. Leur inclusion dans le taux d'imposition minimum n'est donc pas nécessaire, ce dernier s'attaquant principalement au problème de transfert de bénéfices à l'aide d'actifs incorporels. Voir : OCDE, préc., note 86, n° 25, p. 119.

¹⁰⁴ OCDE, préc., note 81, art. 5.3.3.

¹⁰⁵ *Id.*, art. 5.3.4.

¹⁰⁶ *Id.*, art. 5.2.3.

¹⁰⁷ *Inflation Reduction Act of 2022*, HR5376, art. 10101.

incidence sur la situation fiscale des EMN. Cet exemple tente de reproduire, sous une forme simplifiée, un cas typique de structure d'EMN pratiquant le transfert de bénéfices.

A) La structure de l'entreprise

Poire inc. est une EMN qui conçoit et fabrique des téléphones intelligents de luxe¹⁰⁸. Elle possède une marque de commerce très connue de tous. En effet, son nom ainsi que son logo sont facilement reconnaissables et, au fil des années, ont été associés à un standard de qualité et d'innovation, ce qui en fait un bien d'une valeur inestimable. Pour les fins de cet exemple, nous nous intéressons aux activités européennes de cette entreprise.

La société Poire inc. est structurée de la manière suivante. D'abord, l'EMU du groupe, Poire Canada, se trouve au Canada. Ensuite, la société mère canadienne est titulaire de 100 % des actions de Poire Irlande, une société de holding constituée en Irlande. Une entente existe entre la société mère et la société de holding en vertu de laquelle Poire Irlande possède tous les droits essentiels à la commercialisation des produits du groupe en Europe : autorisation exclusive de vendre les produits, utilisation de la marque de commerce et des stratégies de commercialisation, etc. En échange de ses droits, Poire Irlande a versé à la société mère un montant forfaitaire au moment de la conclusion de l'entente. De plus, Poire Irlande finance 35 % des activités de recherche et développement effectuées par le groupe chaque année (Accord de répartition des coûts).

Après vérification de cette entente par les autorités fiscales canadiennes, la compensation versée par Poire Irlande à Poire Canada a été jugée conforme au principe de pleine concurrence. La transaction est donc légale au sens du principe de pleine concurrence, et donc en vertu de

¹⁰⁸ Le cas présenté s'inspire entre autres de la structure adoptée par Apple et Amazon. Pour consulter les structures de ces entreprises, voir : S.E. SHAY, préc., note 28; J.R. HARVEY JR., préc., note 28; HOMELAND SECURITY AND GOVERNMENTAL AFFAIRS PERMANENT SUBCOMMITTEE ON INVESTIGATIONS, *Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code—Part 2 (Apple Inc.)*, U.S. Hearing Report, 2013; *Amazon.com, Inc. & Subsidiaries v. Commissioner Of Internal Revenue*, 934 F.3d 976 (9th Cir. 2019); A. TING, préc., note 58; A. TING, préc., note 46.

la législation actuelle encadrant les transactions intragroupe et les prix de transfert leur étant associés. Ce faisant, cette transaction n'a plus aucune incidence fiscale directe aujourd'hui.

Le rôle de Poire Irlande à l'intérieur du groupe est le suivant : elle établit des ententes avec des filiales du groupe situées dans les juridictions européennes où se trouvent ses clients. Par exemple, elle conclut des ententes avec Poire France, Poire Espagne, Poire Allemagne, etc. Pour simplifier, nous regrouperons toutes ces filiales sous le nom de Poire Europe. Ces filiales du groupe sont sous le contrôle exclusif de Poire Canada, qui est titulaire de 100 % des actions.

En vertu des ententes établies, Poire Irlande mandate Poire Europe pour commercialiser et distribuer les produits développés par le groupe sur le territoire européen (ouvrir des magasins, se charger de la livraison des produits, etc.). Pour ce faire, Poire Irlande met à la disposition de Poire Europe toute l'expertise et toute la technologie auxquelles elle a accès en vertu de son entente avec la société mère. En échange, Poire Europe perçoit une commission sur les ventes qu'elle effectue. Poire Irlande couvre toutes les dépenses engagées par Poire Europe, de sorte que cette dernière n'assume aucun risque commercial, et s'occupe de lui fournir les produits¹⁰⁹ (figure C). Poire Europe est donc essentiellement un vendeur à commission. Après leurs analyses, tant le contribuable que les autorités fiscales ont conclu que la rémunération de pleine concurrence pour les services fournis par Poire Europe était une commission de 5 % sur les ventes effectuées. Cette faible rémunération s'explique par la simplicité des fonctions effectuées par Poire Europe et du faible risque commercial assumé.

¹⁰⁹ Pour simplifier l'exemple, les fonctions de production ne sont pas abordées. Normalement, une EMN mandaterait une autre filiale ou une société indépendante pour la production de ses produits en échange d'une rémunération. En général, comme le procédé de production a été élaboré dans le cadre de la recherche et développement, cette rémunération sera assez faible puisque le producteur est simplement un exécutant, qu'il n'assume pas de risques, qu'il n'apporte aucune expertise ayant de la valeur, etc.

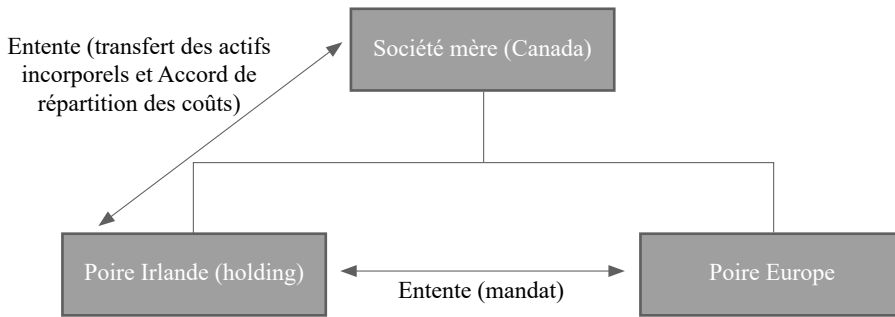


Figure C. Structure de Poire inc.

En résumé donc, Poire Irlande n'effectue aucune activité elle-même. Elle se sert de l'entente avec la société mère pour conclure des ententes avec Poire Europe et finance la recherche et développement selon les conditions établies dans l'Accord de répartition des coûts. Elle fournit également des produits à Poire Europe. Ses activités se résument à conclure des ententes, à financer des activités et à passer des commandes, soit des activités pouvant être menées par un nombre restreint d'employés. C'est donc une boîte aux lettres avec un gros compte en banque géré depuis l'étranger par les dirigeants de la société mère.

B) Le portrait financier et fiscal de l'entreprise

Dans la section précédente, nous avons exposé la structure d'une portion des activités de l'EMN fictive Poire inc. Nous présenterons maintenant le portrait financier associé à la portion des activités présentées.

Pour l'ensemble du groupe, les ventes en Europe atteignent 20 milliards d'euros, ce qui permet de dégager un profit de 10 milliards d'euros. Les revenus de chacune des filiales se déclinent de la manière suivante :

- Poire Canada n'enregistre ni revenu ni dépenses dans le cadre de ses activités européennes;
- Poire Irlande réalise un revenu de 20 milliards d'euros. Elle affiche des dépenses de 11 milliards d'euros, qui se composent des dépenses engagées dans la production, la vente et la distribution des produits, la commission sur les ventes de Poire Europe ainsi

que le financement des activités de recherche et développement en vertu de l'Accord de répartition des coûts. Son profit est donc de 9 milliards d'euros;

- Poire Europe réalise un revenu de 1 milliard d'euros correspondant à sa commission de 5 % sur les ventes en Europe. Comme toutes ses dépenses sont assumées par Poire Irlande, elle réalise un profit de 1 milliard.

Tableau 1. Portrait fiscal de Poire inc.

Imposition	Poire Canada	Poire Irlande	Poire Europe
Profit	0 €	9 G€	1 G€
Taux d'imposition ¹¹⁰	25 %	0,56 %	25 %
Impôt	0 €	50 M€	250 M€

Dans son ensemble, pour les activités européennes, le groupe Poire inc. paie donc 300 millions d'euros pour un profit de 10 milliards d'euros, ce qui donne un TEI de 3 %.

Si l'on présume (comme nous l'avons fait) que l'exemple établi ci-dessus est absolument inattaquable par les autorités fiscales du point de vue des prix de transfert et du principe de pleine concurrence, alors il n'y a plus rien à faire pour les autorités fiscales. En effet, si aucune transaction n'est compensée de manière inférieure ou supérieure à ce qui serait observé entre deux entreprises indépendantes (comme nous l'avons prétendu), les autorités fiscales sont à court d'outils et ne peuvent plus qu'accepter cette distribution des profits et cette structure juridique.

¹¹⁰ Les taux d'imposition, ainsi que les autres données relatives au cas pratique, sont fictifs. Bien que ces données puissent très bien se rapprocher d'une EMN réelle, l'objectif de cet exemple est surtout de donner une idée au lecteur de l'amplitude des changements que pourrait provoquer l'adoption d'un taux d'imposition dans le montant payé par les EMN en impôts chaque année. Les différents chiffres ne sont donc fournis qu'à titre illustratif, et s'inspirent grossièrement de la littérature disponible à ce sujet.

C) L'application du taux d'imposition minimum au cas étudié

Voyons maintenant quel impact concret le taux d'imposition minimum aurait sur une société structurée comme celle de Poire inc. Nous pouvons reprendre notre étude de cas là où nous l'avons laissée puisque le P2 ne change strictement rien à la distribution à priori des profits entre les entités du groupe. Le portrait reste donc le même.

D'abord, il convient de préciser que le groupe Poire inc. est assujéti au P2, puisque son chiffre d'affaires dépasse 750 millions d'euros depuis plusieurs années. Également, Poire Canada, en tant qu'EMU du groupe, doit assumer tous les impôts complémentaires qui seront dus en vertu du P2 pour l'ensemble des juridictions conformément à la RDIR.

Le TEI de Poire Europe dépasse 15 % (25 %); cette partie des bénéfices ne fera donc pas l'objet d'un impôt complémentaire. En revanche, la filiale Poire Irlande est très insuffisamment imposée (0,56 %). Suivant notre démarche, nous pouvons déterminer que le pourcentage de l'impôt complémentaire correspond à 14,44 % (15 % – 0,56 %). Ce pourcentage doit être multiplié par les bénéfices enregistrés dans la juridiction, c'est-à-dire 9 milliards d'euros¹¹¹, ce qui nous donne 1,3 milliard d'euros. Cet impôt complémentaire devra être payé par Poire Canada à titre d'EMU du groupe. Le portrait fiscal après l'application du P2 est donc le suivant :

Tableau 2. Portrait fiscal de Poire inc. après l'application du P2

Imposition	Poire Canada	Poire Irlande	Poire Europe	Total
Profit	0 €	9 G€	1 G€	10 G€
Taux d'imposition	25 %	0,56 %	25 %	s. o.
Impôt	0 €	50 M€	250 M€	1,6 G€
Impôt complémentaire	1,3 G€	0 €	0 €	

¹¹¹ Aux fins d'analyse de cet exemple, nous prétendons que les déductions présentées plus tôt (substance, impôt minimum national) sont nulles, de sorte que le bénéfice net de 9 milliards d'euros correspond au revenu net GloBE.

Pour le groupe dans son ensemble, l'impôt passe de 300 millions d'euros à 1,6 milliard d'euros, ce qui fait passer le TEI du groupe de 3 % à 17,8 %.

Si le taux d'imposition minimum est adopté par les pays membres de l'OCDE, son application risque toutefois de différer légèrement de l'exemple présenté. Comme il a été mentionné plus tôt, les États vont fort probablement réagir à cette mesure en adoptant un taux d'imposition minimum à l'échelle nationale, à l'instar des États-Unis. Ainsi, le 1,3 milliard d'impôts supplémentaires de l'exemple ne seraient pas perçus par le Canada, mais bien par l'Irlande en vertu d'un éventuel impôt minimum national. Cela ne changera toutefois rien au TEI du groupe pris dans son ensemble.

Comment les EMN réagiront-elles face à tous ces changements? Décideront-elles de revoir leur planification fiscale et leur structure corporatives? Laisseront-elles tomber ce genre de planification fiscale? Impossible de voir aussi loin pour l'instant, et probablement que les réactions des EMN seront variées. N'empêche que la potentielle adoption du P2 promet de transformer fondamentalement l'imposition des EMN.

Conclusion

Dans ce bref article, nous avons tenté d'expliquer et d'imager comment les EMN transfèrent leurs profits à travers leurs transactions et leur structure juridique. Cette étude montre que le principe de pleine concurrence, sur lequel est basée en grande partie la distribution des profits des EMN entre les différentes juridictions fiscales, ne réussit pas à remplir son rôle convenablement et est facilement contourné par les EMN. Pratiquement tous les chercheurs et les États s'entendent pour dire qu'une réforme serait nécessaire, mais comme une collaboration étroite entre les différents pays est requise pour mettre en œuvre une telle réforme, le chemin s'annonce périlleux. Comme nous l'avons vu, en 2021, une proposition importante visant à réformer l'imposition des EMN a fait l'objet d'un accord ambitieux. Cette réforme introduit notamment un taux d'imposition minimum qui, si elle se concrétise, pourrait avoir des effets favorables sur les recettes fiscales mondiales.

À l'aide de l'exemple proposé, le lecteur a pu constater que le taux d'imposition minimum permettrait de percevoir un montant d'impôts significativement plus élevé que la situation actuelle ne le permet. Bien sûr, certains pourront émettre des critiques et des bémols au taux d'imposition minimum. L'une de ces critiques serait assurément que cette solution ne répond pas adéquatement aux demandes des pays en développement pour des changements plus fondamentaux en matière de fiscalité internationale. En effet, ces derniers militent depuis plusieurs années pour une meilleure inclusion de leurs préoccupations dans la mise au point des réformes fiscales¹¹². L'une de leurs revendications, et la plus pertinente dans le cas qui nous occupe, est une modification des bases d'imposition, afin de donner plus de pouvoirs d'imposition aux pays sources par rapport aux pays de résidence des entités mères des EMN, ces dernières se trouvant souvent dans des pays riches¹¹³. En donnant pratiquement tous les droits d'imposition au pays de résidence de l'EMU en vertu de la RDIR, le P2 ne fait rien pour donner aux pays en développement les moyens de financer leurs services publics¹¹⁴.

N'en demeure pas moins que les problèmes que rencontre le principe de pleine concurrence dans le contrôle du transfert de bénéfices exposés précédemment ne disparaîtront pas par magie. Il peut être intéressant sur le plan théorique de réfléchir et d'imaginer de nouvelles façons d'imposer les multinationales. Une avenue intéressante est bien sûr l'approche qui consiste à traiter chaque EMN comme une seule entité cohérente formant un tout, pour ensuite diviser ses profits entre les juridictions fiscales selon une formule (le « *formulary apportionment* »). Bien que cette approche reçoive

¹¹² Wouter LIPS et Irma Johanna MOSQUERA VALDERRAMA, « Global Sustainable Tax Governance in the OECD-G20 Transparency and BEPS Initiatives », dans Cécile BROKELIND et Servaas VAN THIEL (dir.), *Tax Sustainability in an EU and International Context*, coll. « GREIT », Amsterdam, IBFD, 2020, p. 235.

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ Suranjali TANDON, « The Need for Global Minimum Tax: Assessing Pillar Two Reform », (2022) 50-5 *Intertax* 396. Il faut toutefois reconnaître que c'est le rôle du Pilier Un de la solution, qui devrait favoriser nettement les pays en développement, sans toutefois générer des gains équivalents à ceux du P2 : Lorraine EDEN, « Winners and Losers: the OECD's Economic Impact Assessment of Pillar One », (2020) 49-12 *Tax Management International Journal* 597, 604 et 605.

un appui considérable des chercheurs et des différents acteurs du milieu de la fiscalité¹¹⁵, la communauté internationale rejette fermement cette possibilité¹¹⁶.

Ainsi, avant de critiquer la Solution à deux piliers, il faudrait réfléchir aux solutions de rechange réalistes qui s'offrent aux États pour récupérer les impôts auxquels ils croient avoir droit. En l'absence d'un accord mondial pour répondre au problème important de l'imposition des EMN, les mesures unilatérales, comme la taxe sur les services numériques proposée par le gouvernement canadien¹¹⁷, risquent de se multiplier. Chaque fois que les États font cavalier seul parce qu'ils sentent que c'est la seule avenue possible pour protéger leur assiette fiscale, la collaboration nécessaire à la saine administration et au bon fonctionnement du droit fiscal international est compromise. Pire encore, en l'absence d'un taux d'imposition minimum, il y a un risque important que la crise actuelle de la concurrence fiscale entre États (*race to the bottom*) continue de s'accroître, ce qui pourrait avoir des effets toujours plus dévastateurs sur les finances des États¹¹⁸.

Nous voyons à l'heure actuelle au Canada comment il peut être dur pour un État à lui seul d'encadrer les activités des EMN. Le gouvernement

¹¹⁵ Voir entre autres : Sol PICCIOTTO (dir.), *Taxing Multinational Enterprises as Unitary Firms*, Royaume-Uni, Institute of Development Studies, 2017; Richard E. KREVER et François VAILLANCOURT (dir.), *The Allocation of Multinational Business Income: Reassessing the Formulary Apportionment Option*, vol. 76, coll. « International taxation », Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020; Marco RUNKEL, « In Favor of Formulary Apportionnement », dans Kai Andreas KONRAD et Wolfgang SCHÖN (dir.), *Fundamentals of International Transfer Pricing in Law and Economics*, coll. « MPI Studies in Tax Law and Public Finance 1 », Berlin/Heidelberg, Springer, 2012, p. 295.

¹¹⁶ Les paragraphes 1.16 à 1.32 des Principes de l'OCDE, préc., note 23, pourraient difficilement être plus explicites.

¹¹⁷ Bien que cette mesure n'ait pas exactement les mêmes visées que le taux d'imposition minimum, elle découle à notre avis de la même volonté de trouver une solution afin d'imposer à un niveau adéquat les revenus réalisés par les EMN.

¹¹⁸ Surtout pour les pays en développement, pour qui l'impôt sur le revenu des sociétés occupe une place particulièrement importante dans le système de perception des revenus gouvernementaux, voir : OCDE, *Corporate Tax Statistics*, 4^e éd., Paris, Éditions OCDE, 2022, p. 4. Par exemple, en 2019, l'impôt sur les sociétés occupait une place deux fois plus importante en proportion du total du revenu d'imposition pour les pays africains que pour les pays membres de l'OCDE.

canadien se livre actuellement à un bras de fer avec deux des plus grandes d'entre elles, Google et Meta, pour qu'elles compensent financièrement les créateurs de nouvelles canadiens. Sans vouloir entrer dans une analyse complexe du bien-fondé de ce projet de loi, il est indéniable que le Canada serait plus fort s'il agissait de concert avec les États-Unis et l'Union européenne par exemple. Cette situation préoccupante aura peut-être mis en évidence toute l'importance de la coopération internationale en ce qui concerne l'encadrement des EMN.

Ce bref article aura permis au lecteur de se familiariser avec les problèmes constatés par les experts dans l'application du principe de pleine concurrence et de découvrir les effets potentiels d'un taux d'imposition minimum sur l'imposition des profits des EMN. Nous espérons que ce texte aura suscité l'intérêt du lecteur pour la question, et qu'il poursuivra sa réflexion et sa découverte de ces enjeux si fondamentaux pour l'avenir du financement de nos institutions.