

15 janvier 2014

Revue 2013 et perspectives 2014 en droit fiscal canadien et américain

Du point de vue fiscal, l'année 2013 a été marquée par de nombreux événements, y compris d'importantes mesures législatives. Cet article passe en revue l'évolution fiscale au Canada et aux États-Unis en 2013 et offre un aperçu des changements qui pourraient intervenir au Canada et aux États-Unis en 2014.

I. REVUE ET PERSPECTIVES EN FISCALITÉ CANADIENNE

De 2008 à 2012, les sociétés contribuables ont joui au Canada d'une diminution des taux d'imposition, le taux d'imposition fédéral général sur le revenu des sociétés s'abaissant à 15 % en 2012. Dans le contexte de ces réductions du taux d'imposition fédéral, le ministre canadien des Finances avait encouragé l'ensemble des provinces canadiennes à abaisser leur taux d'imposition des sociétés à 10 % au plus tard en 2013 pour que le Canada ait un taux d'imposition national des sociétés de 25 %.

Seules deux provinces (la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick) avaient répondu à l'appel en abaissant leur taux d'imposition des sociétés à 10 %. Toutefois, la Colombie-Britannique a augmenté son taux d'imposition des sociétés à 11 % le 1^{er} avril 2013, tandis que le Nouveau-Brunswick l'a augmenté à 12 % le 1^{er} juillet 2013. Cela signifie que l'Alberta est la seule province où le taux d'imposition fédéral et provincial combiné s'établit à 25 % – le taux d'imposition des sociétés étant à 10 % depuis 2006.

Initialement, l'Ontario avait l'intention de diminuer graduellement son taux d'imposition pour le faire passer à 10 % le 1^{er} juillet 2013, mais a annoncé dans son budget 2012 que le taux d'imposition des sociétés de l'Ontario serait gelé à 11,5 % et toute autre diminution reportée jusqu'à l'élimination du déficit ontarien. Le taux d'imposition fédéral et provincial combiné des sociétés en Ontario demeure à 26,5 %.

Même si l'objectif d'un taux d'imposition national des sociétés de 25 % au Canada en 2013 n'a pas été atteint, les taux d'imposition des sociétés partout au pays font généralement très bonne figure par rapport à ceux appliqués par les États-Unis et les autres membres du G7 (à l'exception du Royaume-Uni).

Les faits saillants de 2013 en fiscalité canadienne

L'année 2013 fut remarquable en ce qui concerne la législation fédérale sur l'impôt sur le revenu. Un arriéré gênant d'initiatives législatives, de propositions budgétaires et de modifications techniques mineures qui s'étaient accumulées pendant plus d'une décennie ont finalement été édictées. De plus, un nombre inhabituellement élevé de nouvelles mesures fiscales proposées (et, dans certains cas, édictées) en 2013 l'ont été hors du processus budgétaire habituel. Dans un autre ordre d'idées, les tribunaux canadiens de toutes les instances ont rendu d'importantes décisions en matière fiscale.

Voici un bref aperçu des faits saillants.

Le budget et le projet de loi C-4

Le budget fédéral canadien 2013, déposé le 21 mars 2013, a poursuivi la tendance récente consistant à resserrer les règles fiscales et éliminer les échappatoires apparentes. Plusieurs initiatives fiscales qui avaient été annoncées dans le budget ont été intégrées au projet de loi C-4, qui a reçu la sanction royale le 12 décembre 2013. Voici un sommaire des mesures les plus importantes :

- *Les modifications aux règles sur la capitalisation restreinte.* Les règles relatives à la capitalisation restreinte ont été resserrées afin qu'elles s'appliquent aux fiducies canadiennes et à certaines fiducies et sociétés non résidentes qui exercent des activités ou qui possèdent des biens locatifs au Canada. Les règles relatives à la capitalisation restreinte avaient aussi été considérablement resserrées en 2012 (voir « Mesures fiscales du budget fédéral de 2012 »). Lues dans leur ensemble, ces modifications accroissent considérablement la portée et le caractère restrictif des règles canadiennes relatives à la capitalisation restreinte, tout en conservant le cadre de base.
- *Les modifications relatives au transfert de pertes.* Les règles prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « LIR ») restreignant le transfert des pertes mettaient l'accent sur les pertes fiscales des sociétés dans le contexte (la plupart du temps) d'une acquisition du contrôle légal de la société. Ces règles ont été élargies de façon à ce que la restriction des pertes soit également déclenchée dans certains cas par l'acquisition de participations (plutôt que du contrôle des droits de vote) dans une société et s'applique aux fiducies qui ont subi un « fait lié à la restriction de pertes ».
- *Les règles relatives aux opérations de requalification.* Ces nouvelles règles visent les opérations qui sont utilisées pour convertir en un gain en capital ce qui serait autrement un revenu ordinaire. Un grand nombre de fonds communs de placement ont utilisé des stratégies de placement touchées par ces règles. Les règles ont une application beaucoup plus large que leur objectif établi et s'appliquent à de nombreuses opérations dénuées d'objets fiscaux. Par exemple, ces règles peuvent s'appliquer à de nombreuses opérations typiques sur options de vente et options d'achat.
- *Les règles relatives aux dispositions factices.* Ces nouvelles règles ciblent les opérations de « monétisation » et limitent la perte ou le gain financier d'un contribuable relativement à un titre qu'il continue de détenir. Elles s'appliquent de manière à réputer une disposition lorsque la valeur des titres en cause a augmenté et à prévenir l'utilisation de telles opérations afin d'éviter les règles restreignant les pertes relatives à des dividendes ou crédits pour impôt étranger de la LIR. Comme les règles relatives aux opérations de requalification, ces règles ont une application beaucoup plus large que leur objectif établi et peuvent s'appliquer à de nombreuses opérations qui ne sont pas effectuées pour des raisons fiscales. De plus, les règles relatives aux opérations de requalification et les règles relatives aux dispositions factices peuvent s'appliquer à la même opération.
- *Les modifications relatives aux fiducies non résidentes.* Pour répondre à certains aspects de la décision qu'a rendue la Cour d'appel fédérale dans *La Reine c. Sommerer*, le budget 2013 a prévu des modifications relatives aux fiducies non résidentes. Pour consulter un sommaire de l'arrêt *Sommerer*, voir « Revue 2012 et perspectives 2013 en droit fiscal canadien et américain ».

Dans le budget 2013, le ministre des Finances a aussi déclaré que le gouvernement avait terminé son étude auparavant annoncée quant à l'adoption d'un régime officiel de transfert de pertes ou un régime consolidé de déclarations de revenu pour les groupes de sociétés au Canada. Le gouvernement a indiqué que le passage à un régime officiel d'imposition des groupes de sociétés ne constituait pas une priorité. Il semble donc que le gouvernement ait (une fois de plus) abandonné cette idée.

Pour de plus amples renseignements sur les mesures susmentionnées et les autres mesures contenues dans le budget 2013, voir « Points saillants du budget fédéral de 2013 ».

L'adoption de modifications aux règles sur les opérations papillon et de majoration (*bump*)

Le projet de loi C-4 a modifié les règles sur les opérations papillon (qui facilitent les réorganisations de fractionnement) et les règles de majoration du coût (*bump*) annoncées le 21 décembre 2012.

Ces modifications s'avèrent généralement des corrections techniques que le ministère des Finances avait promis de faire dans des lettres d'intention délivrées à des contribuables remontant jusqu'à 2002. En plus de donner suite aux lettres d'intention, les changements renferment d'autres modifications visant à permettre la majoration fiscale dans un plus grand nombre de cas.

L'adoption de modifications techniques globales

Le 26 juin 2013, le plus volumineux projet de loi canadien en matière d'impôt sur le revenu en plus d'une décennie (projet de loi C-48) est entré en vigueur. Le projet de loi C-48 a mis en œuvre une vaste gamme de modifications techniques proposées qui étaient en attente depuis plusieurs années. Les modifications législatives comprenaient notamment :

- des modifications portant sur les réorganisations et les distributions des sociétés étrangères affiliées;
- des règles ciblant les « prêts en amont » (*upstream loans*) par des sociétés étrangères affiliées;
- des règles assujettissant les fiducies non résidentes et leurs bénéficiaires à l'impôt;
- des modifications aux règles relatives aux fonds de placement étrangers;
- des règles ciblant les activités « génératrices de crédit pour impôt étranger »;
- des règles limitant la déduction des intérêts et autres dépenses éventuels;
- des modifications aux règles relatives aux fiducies de placement immobilier;
- des règles touchant les majorations fiscales à l'égard des actions de sociétés étrangères affiliées;
- des modifications aux règles sur les mécanismes de prêt de valeurs mobilières;
- des règles mettant en œuvre un nouveau régime de déclaration des opérations d'évitement d'impôt;
- des règles touchant les ententes de non-concurrence et autres engagements restrictifs.

Le chalandage fiscal (*Treaty Shopping*)

Les contestations, par le gouvernement, de cas présumés de chalandage fiscal devant les tribunaux ont clairement échoué. Dans le budget 2013, le gouvernement a réitéré sa crainte que le chalandage fiscal pose un risque important pour l'assiette fiscale canadienne et a annoncé son intention de tenir des consultations sur les mesures possibles pour s'attaquer au chalandage fiscal tout en maintenant un régime d'imposition des entreprises qui soit propice aux investissements étrangers. Le 12 août 2013, le ministère des Finances a publié un document de consultation sur le chalandage fiscal.

Le document de consultation exposait plusieurs mesures possibles de lutte contre le chalandage fiscal. Le document définit le chalandage fiscal comme une situation où une personne qui n'a pas droit aux avantages d'une convention fiscale fait appel à une entité intermédiaire qui, elle, y a droit, de manière à obtenir indirectement les avantages en question.

Il semble que le gouvernement du Canada ait établi que des règles visant le chalandage fiscal s'imposent mais qu'il n'ait pas encore décidé des mesures à adopter. Puisque le Canada a considérablement atténué l'imposition des gains en capital réalisés par des non-résidents et de l'intérêt versé aux non-résidents, on aurait pu penser que le chalandage fiscal serait une préoccupation moins importante que par le passé. Dans les réponses soumises au document de consultation, notamment par le Comité mixte sur la fiscalité de l'Association du Barreau canadien et de l'Institut Canadien des Comptables Agréés, on s'oppose fortement à l'orientation du gouvernement sur cette question. Il reste à voir si le ministère des Finances proposera des mesures qui auront une incidence importante sur les investissements dans les sociétés canadiennes par les non-résidents.

L'initiative du gouvernement canadien en matière de chalandage fiscal a eu lieu parallèlement à l'examen, par l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'« OCDE »), de l'érosion de l'assiette fiscale et du transfert des bénéfices. L'une des mesures que prévoit prendre l'OCDE consiste à élaborer des dispositions types pour la convention-modèle et des recommandations de règles nationales afin d'empêcher l'octroi des avantages liés à une convention dans des cas inappropriés, et ce, au plus tard en septembre 2014.

Les modifications aux règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées

Le 16 août 2013, le gouvernement canadien a publié des propositions modifiant divers aspects des « règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées », lesquels avaient été introduites en 2012. Ces modifications se veulent généralement des allègements.

La plupart des modifications proposées sont heureuses, mais les règles ont encore une portée beaucoup plus large que nécessaire selon leurs objectifs énoncés, renferment de nombreux pièges et continueront de dissuader de nombreux investissements étrangers légitimes dans les sociétés canadiennes.

Les règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées peuvent avoir des incidences considérables pour les sociétés canadiennes sous contrôle étranger ayant des filiales étrangères ainsi que pour les acquisitions de sociétés canadiennes ayant d'importantes filiales étrangères, même dans des cas apparemment mineurs. Les contribuables pour lesquels ces règles pourraient être pertinentes sont fortement encouragés à communiquer avec un membre du groupe de la fiscalité de Davies.

Les modifications relatives aux sociétés étrangères affiliées

Le 12 juillet 2013, le ministre des Finances a publié aux fins de consultation des propositions de modifications aux règles relatives aux sociétés étrangères affiliées (y compris plusieurs modifications déjà mentionnées dans des lettres d'intention) ainsi que certaines autres mesures portant sur la fiscalité internationale (y compris l'élargissement de la définition de l'expression « bien canadien imposable » dans les cas où les actions d'une société ouverte et les parts d'une fiducie de fonds commun de placement sont détenues par une société de personnes).

Les mesures législatives proposées du 12 juillet 2013 portent sur des questions très techniques, mais souvent importantes, notamment : (i) des règles prévoyant l'inclusion du revenu étranger accumulé, tiré de biens (« REATB ») de la période tampon d'une société étrangère affiliée contrôlée (« SEAC ») lorsque la participation du contribuable dans la SEAC change pendant l'année; (ii) des règles précisant certains aspects du traitement des sociétés étrangères sans capital-actions (comme les sociétés à responsabilité limitée américaines et les fiducies australiennes); (iii) des modifications portant sur l'application des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées aux structures qui comprennent des sociétés de personnes; (iv) une modification élargissant l'une des protections relatives au financement intragroupe (division 95(2)a)(ii)(D) de la LIR); (v) un allègement à une règle contre l'érosion de l'assiette fiscale relativement à la prestation de services (alinéa 95(2)b) de la LIR); (vi) des modifications refusant une fusion avec report d'impôt de sociétés étrangères affiliées lorsque la fusion fait partie d'une opération ou d'une série d'opérations comportant la vente d'actions de la société issue de la fusion à une personne sans lien de dépendance.

Les accords d'échanges de renseignements fiscaux (AERF)

Le Canada a continué d'élargir son réseau d'AERF en 2013, ayant signé six autres AERF (Bahreïn, Îles Vierges britanniques, Brunei, Panama, Uruguay et Liechtenstein). Le Canada dispose maintenant d'un total de dix-sept AERF en vigueur. Cinq autres AERF ont été signés mais sont en attente de la sanction royale, et le Canada négocie actuellement avec huit pays en vue de conclure des AERF. Le ministère des Finances cherche activement à conclure des AERF avec les paradis fiscaux pour améliorer l'application de la législation fiscale au pays.

Afin d'encourager les paradis fiscaux à conclure des AERF avec le Canada, on a exonéré de l'impôt canadien les dividendes reçus par une société canadienne et tirés du revenu d'une entreprise exploitée activement d'une société étrangère affiliée qui réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF. Cette carotte est toutefois accompagnée d'un bâton, à savoir que le revenu d'une entreprise exploitée activement d'une société étrangère affiliée contrôlée est imposé au Canada sur une base de comptabilité d'exercice (tout comme le revenu passif de source étrangère) lorsque la société étrangère affiliée contrôlée réside dans un pays qui ne conclut pas d'AERF avec le Canada au plus tard 60 mois après que le Canada ait cherché à entreprendre des négociations en vue de la conclusion d'un AERF avec lui.

Avec dix-sept AERF maintenant en vigueur (y compris avec les Îles Caïmans et les Bermudes), le nombre de pays intéressants pour l'établissement de sociétés étrangères affiliées de sociétés canadiennes a augmenté considérablement, et on peut remettre en question les notions traditionnelles sur la structuration inappropriée à l'étranger.

La Cour suprême reconnaît la rectification au Québec

Les contribuables dans les affaires *Québec c. AES* et *Québec c. Riopel* ont entrepris des opérations qui se voulaient assorties d'un report d'impôt. Toutefois, dans les deux affaires, le

report d'impôt voulu n'a pas été réalisé en raison d'erreurs commises par les conseillers fiscaux dans la mise en œuvre des opérations. Par suite de ces erreurs, Revenu Québec et l'Agence du revenu du Canada ont émis des avis de cotisation réclamant des soldes d'impôt à payer.

À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *Attorney General of Canada c. Juliar* en l'an 2000, les tribunaux dans les provinces de common law ont permis la rectification des opérations lorsque celles-ci n'atteignaient pas certains objectifs fiscaux précis que les contribuables désiraient obtenir lorsqu'ils avaient entrepris les opérations. Toutefois, il n'était pas certain qu'une rectification allant plus loin que la correction de simples erreurs de rédaction serait permise en droit civil québécois.

La Cour suprême a conclu que le *Code civil du Québec* n'empêchait pas la rectification des opérations. La Cour suprême a déclaré que l'intention commune des parties avait été exprimée erronément dans les écrits préparés en vue de la réalisation des plans fiscaux dont elles avaient convenu et qu'il était approprié de corriger ces erreurs afin de refléter l'intention commune des parties. La Cour suprême a conclu que les autorités fiscales n'ont pas le droit de bénéficier de documents contractuels qui ne reflètent pas l'intention commune des parties en raison d'une erreur dans la préparation des documents si les parties s'entendent pour corriger l'erreur et que le tribunal a établi que les documents en cause sont vraiment incompatibles avec l'intention commune des parties.

Le procureur général du Canada est intervenu dans ces deux affaires et a soutenu que la Cour suprême devait examiner et rejeter la jurisprudence de common law qui s'était formée après l'arrêt *Juliar*. Notamment, le procureur général a prétendu que les tribunaux de common law avaient indûment élargi la notion de rectification dans les affaires fiscales depuis l'arrêt *Juliar*. La Cour suprême n'a pas abordé directement ces arguments car seul le droit civil québécois était pertinent pour les affaires en cause, mais on peut considérer que la décision constitue aussi une indication favorable dans les provinces de common law.

L'ajout des comptables du client comme destinataires des communications entraîne la perte du secret professionnel de l'avocat

Dans *Imperial Tobacco c. La Reine*, la Cour canadienne de l'impôt devait déterminer si certaines communications étaient protégées par le secret professionnel de l'avocat. Au Canada, les conseils juridiques que donne un avocat à son client sont protégés par le secret professionnel sauf en cas de renonciation. Les conseils donnés par un comptable ne sont toutefois pas protégés par le secret professionnel.

Dans cette affaire, la Cour de l'impôt devait notamment déterminer si un client devait être privé du secret professionnel relatif aux conseils fournis par ses avocats au moyen de courriels lorsque les avocats adressaient également les courriels aux comptables externes du client. La Cour a déclaré que peu d'éléments de preuve indiquaient que le rôle des comptables externes faisait partie intégrante de la relation avocat-client. Par conséquent, la Cour canadienne de l'impôt a conclu que l'inclusion des comptables à titre de destinataires des courriels constituait une communication à un tiers et entraînait la perte du secret professionnel de l'avocat.

La Cour canadienne de l'impôt confirme le rajustement du prix de transfert

La Cour canadienne de l'impôt a rendu sa décision tant attendue dans *McKesson Canada c. La Reine*. Dans cette affaire, le contribuable avait vendu ses comptes clients à sa société mère intermédiaire du Luxembourg à un escompte de 2,206 % par rapport à leur valeur nominale.

L'Agence du revenu du Canada (l'« ARC ») a établi une nouvelle cotisation relative à l'année d'imposition 2003 du contribuable au motif que le taux d'escompte aurait été de 1,013 % si les opérations avaient été conclues entre parties sans lien de dépendance. L'ARC n'a pas établi de pénalités de prix de transfert additionnelles puisque le contribuable a produit des documents contemporains, quoique dans une note de bas de page de la décision, la Cour canadienne de l'impôt semble, de façon plutôt inhabituelle, douter que les documents produits par le contribuable satisfaisaient aux exigences de contemporanéité des documents prévues à la LIR. La Cour a examiné la preuve d'expert produite au procès par le contribuable et en a écarté une bonne partie au motif qu'elle visait à avancer la cause du contribuable.

Dans l'exercice de l'analyse qu'il convient d'appliquer au prix de transfert, la Cour a indiqué que les commentaires de l'OCDE n'étaient pas pertinents en déclarant que les commentaires et les lignes directrices de l'OCDE étaient non seulement rédigés par d'autres personnes que des législateurs, mais qu'ils l'étaient en réalité par les autorités de recouvrement d'impôt du monde.

La Cour a conclu que sa meilleure estimation du taux qui aurait prévalu entre parties sans lien de dépendance se situait entre 0,959 % et 1,17 %. Elle a de plus déclaré que le contribuable n'avait pas été en mesure d'établir au moyen d'une preuve crédible et fiable suffisante que l'escompte de 2,206 % avait été calculé en fonction de conditions prévalant entre parties sans lien de dépendance. La Cour canadienne de l'impôt a ensuite confirmé le rajustement par l'ARC du prix de transfert au moyen du taux d'escompte de 1,013 %, soit à l'intérieur de la fourchette des taux prévalant entre parties sans lien de dépendance qu'elle avait établie.

L'ARC a aussi apporté un rajustement secondaire en établissant une cotisation pour la société mère intermédiaire du Luxembourg et le contribuable à l'égard des retenues à la source (dans le cas du contribuable, pour cause d'omission d'effectuer les retenues) relativement à un dividende réputé. La cotisation relative au dividende réputé reposait sur les dispositions portant sur les avantages conférés aux actionnaires de la LIR et a été établie au motif que le contribuable avait conféré un avantage à sa société mère du Luxembourg en vendant les comptes clients à un prix inférieur à celui qui aurait prévalu entre parties sans lien de dépendance. (La LIR a fait l'objet de modifications entrées en vigueur le 29 mars 2012 qui ajoutaient aux règles relatives au prix de transfert une disposition particulière selon laquelle tous les rajustements secondaires sont considérés comme des dividendes assujettis à la retenue à la source.) Le contribuable avait aussi contesté le rajustement secondaire au motif que la cotisation relative à la retenue à la source était interdite par la loi en vertu de la convention fiscale Canada-Luxembourg, mais la Cour a conclu que tel n'était pas le cas.

Le contribuable dans *McKesson* a interjeté appel contre la décision de la Cour canadienne de l'impôt auprès de la Cour d'appel fédérale.

La DGAE s'applique aux opérations qui évitent la remise de dette

Dans *Lecavalier c. La Reine*, Ford U.S. avait vendu une filiale canadienne (Greenleaf) à un acquéreur canadien en contrepartie d'un prix d'achat de 10 millions de dollars, soit un prix inférieur aux 25 millions de dollars de dettes que devait Greenleaf à Ford U.S. Pour éviter l'application des règles relatives à la remise de dette, Ford U.S. a versé, avant la vente de Greenleaf à l'acquéreur, 15 millions de dollars en espèces à Greenleaf à titre de prix de souscription d'actions de celle-ci. Greenleaf a par la suite utilisé les espèces pour rembourser une tranche de 15 millions de dollars sur la dette qu'elle devait à Ford U.S. Le solde de la dette a ensuite été vendu à l'acquéreur à un prix se rapprochant de sa valeur nominale et les actions de Greenleaf ont été vendues pour une somme symbolique.

Si la tranche de 15 millions de dollars de dettes avait été échangée contre des actions de Greenleaf, cette dernière aurait réalisé une remise de dette de 15 millions de dollars en vertu de l'alinéa 80(2)g) de la LIR. Pour ce motif, la Cour de l'impôt a conclu qu'il y avait eu contournement (et, par conséquent, évitement) de l'alinéa 80(2)g) et que la DGAE s'appliquait de manière à entraîner la remise de dette à Greenleaf.

La Cour canadienne de l'impôt examine la règle anti-évitement prévue à l'alinéa 95(6)b)

Dans *Lehigh c. La Reine*, la Cour canadienne de l'impôt a examiné l'application de la règle anti-évitement prévue à l'alinéa 95(6)b) de la LIR. Cet alinéa prévoit que dans le cas où une personne acquiert des actions d'une société ou en dispose et qu'il est raisonnable de considérer que la principale raison de l'acquisition ou de la disposition est de permettre à une personne d'éviter, de réduire ou de reporter le paiement d'un montant qui serait payable par ailleurs en vertu de la LIR, l'acquisition ou la disposition est réputée ne pas avoir eu lieu pour l'application des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées.

Dans *Lehigh*, les contribuables (deux sociétés canadiennes) ont constitué une société à responsabilité limitée américaine (la « SRL ») à laquelle elles ont fait un apport de fonds que la SRL a prêté à une société affiliée américaine opérante (« SE américaine ») – une variante d'une structure de financement interne relativement courante. La SE américaine a versé des intérêts à la SRL et on voulait que les intérêts soient réputés constituer un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et un surplus exonéré de la SRL en vertu des règles canadiennes sur les sociétés étrangères affiliées. La SRL a affecté le revenu d'intérêts au versement de dividendes aux contribuables. Les contribuables ont produit des déclarations de revenu dans lesquelles ils indiquaient avoir reçu d'une société étrangère affiliée (la SRL) des dividendes exonérés de l'impôt canadien. Pour l'application des dispositions fiscales américaines, la SRL était une société de personnes et le revenu d'intérêts de la SRL était attribué aux contribuables et assujetti à une retenue à la source américaine de 10 %. Par conséquent, du point de vue fiscal américain, les opérations entraînaient une réduction du revenu d'exploitation de la SE américaine en vertu de la déduction d'intérêts au coût de la retenue à la source américaine de 10 % sur les intérêts reçus par la SRL.

L'ARC a établi une nouvelle cotisation à l'égard des contribuables en vertu de l'alinéa 95(6)b), soutenant que les participations de la SRL avaient été acquises par les contribuables principalement pour éviter l'impôt à payer en vertu de la LIR, de sorte que les participations de la SRL étaient réputées ne pas avoir été acquises par les contribuables pour l'application des règles sur les sociétés étrangères affiliées. Pour ce motif, la SRL ne pouvait être considérée comme une société étrangère affiliée des contribuables et les dividendes ne constituaient pas des dividendes exonérés.

La Cour a conclu que l'alinéa 95(6)b) ne s'appliquait pas aux contribuables au motif que les opérations visaient à réduire l'impôt américain et n'avaient pas été conclues pour éviter l'impôt prévu par la LIR. Même si la Cour en est arrivée à une conclusion favorable au contribuable dans *Lehigh*, ses commentaires sur la portée de l'alinéa 95(6)b) sont fort controversés. Plus particulièrement, la Cour canadienne de l'impôt a déclaré ceci : « [u]ne analyse textuelle, contextuelle et téléologique amène à conclure que la disposition peut s'appliquer à n'importe quelle acquisition ou disposition d'actions qui repose principalement sur des considérations d'ordre fiscal. » Puisque les dividendes afférents aux actions de sociétés étrangères affiliées bénéficient généralement d'un traitement fiscal favorable en vertu de la LIR, l'acquisition d'une action qui fait en sorte qu'une société non résidente devient la société étrangère affiliée d'un contribuable pourrait vraisemblablement être considérée motivée par des raisons d'ordre fiscal

et risquer d'être assujettie à l'alinéa 95(6)b). Les commentaires sont d'autant plus troublants que le paragraphe 95(6) a été très peu analysé par les tribunaux. La Couronne a interjeté appel de la décision *Lehigh* auprès de la Cour d'appel fédérale et il y a lieu d'espérer que, peu importe l'issue pour le contribuable en cause, la Cour d'appel fédérale limitera la portée des commentaires de la Cour canadienne de l'impôt.

La prise en charge des obligations de remise en état ne constitue pas un produit de disposition

En 2013, la Cour suprême du Canada a rendu son arrêt *Daishowa c. La Reine*. Daishowa avait convenu de vendre des droits de coupe comportant certaines obligations de reboisement. Le prix s'établissait à 180 millions de dollars, moins l'estimation préliminaire de 11 millions de dollars pour la prise en charge des obligations de reboisement par l'acheteur, montant qui devait être rajusté en fonction d'une estimation définitive des obligations de reboisement. La Cour d'appel fédérale avait conclu que la prise en charge par l'acheteur des obligations de reboisement constituait une contrepartie (et un produit de disposition additionnel) pour le contribuable et que puisque les parties « se sont entendues sur un prix de 11 000 000 \$ pour l'obligation en question[,] c'est ce prix qui devrait leur être opposé aux fins de l'impôt ». La décision de la Cour fédérale d'appel aurait entraîné une double imposition puisque le contribuable était considéré avoir reçu un produit de disposition imposable à l'égard d'une obligation économique pour laquelle il ne pouvait réclamer aucune déduction ni aucun coût aux fins de l'impôt.

Infirmant la décision de la Cour d'appel fédérale, la Cour suprême est d'avis que les obligations de remise en état étaient « inhérentes » aux biens auxquels elles se rattachaient et ne constituaient pas une obligation distincte du contribuable. Pour ce motif, la Cour suprême estime que la prise en charge par l'acheteur des obligations de remise en état ne constituait pas la prise en charge d'une obligation distincte du contribuable, de sorte que la prise en charge de ces obligations ne représentait pas un produit de disposition additionnel pour le contribuable. Le traitement des obligations éventuelles dans les opérations d'achat et de vente peut être épineux. L'arrêt *Daishowa* ne règle pas définitivement la question, mais il s'agit d'une évolution heureuse et logique dans le domaine.

Les perspectives fiscales canadiennes en 2014

La politique générale de confidentialité du ministère des Finances signifie que les prédictions portant sur l'évolution fiscale future ne peuvent constituer que des suppositions. La portée entièrement imprévue des règles proposées l'année dernière en constitue la preuve. Ayant ce fait à l'esprit, nous pouvons prévoir que le ministère des Finances publiera la version définitive des propositions législatives du 12 juillet 2013 sur les sociétés étrangères affiliées et la version définitive des propositions législatives du 16 août 2013 concernant les règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées susmentionnées.

De plus, le ministre des Finances dépose généralement le budget annuel à la fin de mars – quoique selon des rumeurs récentes, le budget 2014 sera déposé en février cette année. À la conférence annuelle sur la fiscalité qui a eu lieu en novembre 2013, le ministère des Finances a indiqué que les mesures d'augmentation des recettes prévues dans les derniers budgets avaient constitué un facteur important dans la réduction du déficit du gouvernement et que les contribuables devaient s'attendre à ce que le budget 2014 poursuive la tendance de l'inclusion de mesures axées sur les « préférences fiscales non désirées ». Des règles portant sur le chalandage fiscal seront vraisemblablement l'une d'elles.

Constitue une autre mesure possible l'augmentation des cas dans lesquels les contribuables sont assujettis à l'impôt en fonction d'une comptabilité d'exercice à l'égard du REATB des filiales étrangères. À l'heure actuelle, les contribuables sont assujettis à l'impôt à l'égard du REATB d'une filiale étrangère seulement lorsque cette filiale est une « société étrangère affiliée contrôlée » du contribuable. Un groupe consultatif parrainé par le gouvernement en 2008 a recommandé plusieurs modifications au régime fiscal interne du Canada. Le gouvernement a adopté plusieurs des recommandations du groupe (y compris les modifications apportées en 2012 et en 2013 aux règles relatives à la capitalisation restreinte et aux règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées). L'une des mesures de resserrement auxquelles a pensé le groupe consisterait à appliquer le régime du REATB à certaines sociétés étrangères affiliées non contrôlées. On ignore si le gouvernement envisage des modifications à cet égard.

II. REVUE ET PERSPECTIVES EN FISCALITÉ AMÉRICAINE

Le monde se concentre maintenant sur l'érosion de l'assiette fiscale et le transfert des bénéfices (EAFTB), mais aux États-Unis, le Internal Revenue Service (« IRS ») et le département du Trésor sont occupés à tenter de mettre en œuvre la *Foreign Account Compliance Act* (« FATCA »), la jurisprudence se fait toujours rare (et penche généralement en faveur du contribuable) et les propositions de réforme fiscale avancées par l'Administration Obama et le Comité sénatorial des finances à Washington, D.C., qui visent d'importants changements dans la façon dont les investisseurs étrangers et les multinationales américaines et étrangères sont assujettis à l'impôt aux États-Unis, devraient être immobilisées en 2014 puisqu'il s'agit d'une année électorale de mi-mandat. À ce stade, il est difficile d'imaginer de façon plausible que le résultat de ces élections mettra un terme à l'impasse qui règne au Capitole.

Les faits saillants de 2013 en fiscalité américaine

Les modifications législatives

Dans notre Publication de janvier 2013, nous avons prédit que malgré le fait que le Congrès avait tout juste réussi à éviter le précipice budgétaire, « les citoyens américains ne devraient pas espérer d'autres mesures législatives fiscales ». Malheureusement, nous avons raison.

L'évitement du précipice budgétaire

Sur le plan législatif, l'année 2013 a vu l'impasse au Congrès se poursuivre, la seule exception importante ayant eu lieu le 2 janvier 2013, lorsque le Congrès et la Maison-Blanche ont convenu d'un compromis permettant à la nation d'éviter de tomber dans le « précipice budgétaire ». Ce compromis prévoyait notamment la prolongation des réductions d'impôt datant de l'époque du président Bush pour les particuliers gagnant 400 000 dollars (450 000 dollars pour les auteurs de déclarations conjointes) ou moins, une augmentation du taux d'imposition marginal le plus élevé appliqué aux particuliers à revenus plus élevés (de 35 % à 39,6 %) et une augmentation du taux d'imposition des gains en capital à long terme (de 15 % à 20 %). L'impôt contributif aux soins de santé de 3,8 % sur le revenu non gagné et l'augmentation de l'impôt contributif aux soins de santé à 3,8 % sur le revenu gagné (auparavant à 2,9 %) sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2013 (ces impôts ont été adoptés il y a plusieurs années dans le cadre de la loi de réforme des soins de santé du président Obama). L'admissibilité du revenu de dividendes déterminés au taux d'imposition des gains en capital à long terme est devenue permanente, tandis que le taux d'imposition des sociétés est demeuré le même.

Un autre aspect important du compromis touche l'impôt américain sur les successions. Le montant d'exonération de 2012 de 5 millions de dollars pour les successions américaines a été ajusté compte tenu de l'inflation, et le taux d'imposition des successions a augmenté à 40 %.

Le compromis sur le précipice budgétaire a aussi prorogé la possibilité pour les multinationales américaines de financer les filiales d'exploitation étrangères au moyen de filiales de financement situées dans d'autres pays, en vertu de l'alinéa 954(c)(6), jusqu'en 2014. Cette disposition exonère généralement les paiements d'inclusion de la sous-partie F effectués par une société sous contrôle étranger liée (« SCE ») à une autre et est analogue au sous-alinéa 95(2)a)(ii) de la LIR au Canada.

Les modifications réglementaires

Les faits nouveaux sur la FATCA

Plusieurs faits nouveaux touchent la *Foreign Account Compliance Act* (FATCA), alors que l'IRS est passé à la mise en œuvre du célèbre régime de déclaration d'information et de retenue d'impôt.

Le règlement final pris en application de la FATCA a été publié le 18 janvier 2013. Ce règlement renferme plusieurs modifications favorables aux contribuables par rapport au règlement proposé qui a été publié en février 2012. Il restreint les catégories d'institutions financières étrangères (« IFE ») devant conclure avec l'IRS une entente les obligeant à tenir la liste des titulaires américains de comptes et à les déclarer, il élargit et précise les exonérations applicables aux gouvernements étrangers et aux régimes de retraite étrangers, il augmente le nombre d'effets assortis de droits acquis et prévoit d'autres directives importantes. De façon générale, les IFE comprennent les entités étrangères qui détiennent ou gèrent des actifs de placement ou des comptes pour autrui, mais peuvent comprendre également d'autres entités. Mentionnons parmi les autres changements : l'augmentation de l'exonération applicable aux fiducies privées et aux sociétés de gestion qui ne sont pas gérées par une IFE, l'élargissement de la catégorie d'IFE « attestée par le propriétaire et réputée conforme », des clauses plus généreuses de droits acquis pour les obligations existantes.

Dans son avis 2013-43, l'IRS a aussi annoncé qu'il accordait un délai de six mois pour l'application des principales dispositions de la FATCA aux paiements effectués à compter du 1^{er} juillet 2014. L'avis prévoit également une exonération applicable aux IFE se trouvant dans des pays qui ont conclu des accords intergouvernementaux de type « modèle 1 » (« AIG ») avec l'IRS. Le département du Trésor a conclu des AIG avec plusieurs pays, mais ils ne sont pas encore en vigueur en raison de délais occasionnés par le Comité sénatorial des relations étrangères. En vertu de l'avis, l'IFE qui se trouve dans un pays figurant sur la liste des pays signataires d'AIG tenue par l'IRS pourra s'inscrire et obtenir un numéro d'identification d'intermédiaire mondial (« NIIM ») à titre d'IFE inscrite réputée conforme, même si l'AIG n'est pas encore en vigueur.

L'IRS a conclu plusieurs nouveaux AIG, y compris avec les Îles Caïmans. Le Canada et les États-Unis ont annoncé en novembre dernier qu'ils avaient entamé des pourparlers en vue de la conclusion d'un AIG au plus tard à la fin de 2013, mais aucun AIG n'a encore été conclu.

Étant donné que les règles sur les retenues à la source entreront en vigueur dans moins de six mois, il est essentiel à ce stade pour les entités de placement (y compris les structures de placement privé) de déterminer dès que possible si elles sont assujetties à

la qualification d'IFE en vertu des règles définitives et, si tel est le cas, si elles sont tenues de s'inscrire pour obtenir un NIIM ou si elles seront admissibles au statut d'IFE attestée et réputée conforme (pour lequel aucun NIIM n'est exigé). *L'IFE qui est incapable de fournir un NIIM à un agent de retenues à la source à l'égard d'un paiement assujetti à une retenue à la source américaine effectué à compter du 1^{er} juillet 2014 sera tenue d'effectuer des retenues à la source au taux de 30 %.*

Les règles de déclaration des SPEP

À la fin de 2013, le règlement pris en application de l'alinéa 1298(f) du Code a été finalisé. Ce règlement exige le dépôt du formulaire 8621 de l'IRS pour les actionnaires d'une société de placement étrangère passive (« SPEP ») pour l'année civile 2013 et aura une incidence immédiate lors de la période de dépôt des déclarations de revenu 2014, mais les nouvelles exigences ne s'appliquent pas aux années antérieures. Malheureusement, le règlement ne répond pas aux questions sur le traitement des bénéficiaires d'une fiducie de non-concédant et d'une succession, mais l'IRS suggère aux contribuables d'utiliser une « méthode raisonnable » jusqu'à ce que des directives soient publiées.

Le règlement 1411 définitif

Le département du Trésor a finalisé le règlement d'application du nouvel impôt sur le revenu non gagné de 3,8 %. Le règlement permet généralement le report de l'impôt sur le revenu de la sous-partie F et l'inclusion d'un fonds électif admissible (*qualified electing fund* – QEF) dans le cadre des régimes applicables aux SCE et aux SPEP, mais il faut envisager minutieusement d'autres choix.

La directive prise en application de l'alinéa 871(m)

L'IRS a finalisé un règlement temporaire en application de l'alinéa 871(m) du Code qui traite certains paiements équivalant à des dividendes comme un revenu de source américaine pour l'application des retenues à la source. En vertu de ces règles, les auteurs américains et non américains de paiements équivalant à des dividendes peuvent être tenus de les déclarer et d'y prélever des retenues à la source en vertu des règles fiscales américaines. Ce règlement devait initialement être remplacé par un ensemble proposé de nouvelles règles applicables aux opérations effectuées à compter du 1^{er} janvier 2014. Les règles initialement proposées auraient adopté un critère à sept facteurs permettant de déterminer les cas où un contrat sur montant de référence entraîne des paiements équivalant à des dividendes américains. Toutefois, l'IRS a décidé de retirer ces règles proposées et de les remplacer par un nouvel ensemble de propositions d'évaluation d'un effet à la lumière de son « delta » seulement, soit le rapport entre la valeur du dérivé et les fluctuations des cours du titre ou de l'indice d'actions sous-jacent. Il est prévu que les nouvelles règles s'appliquent aux opérations effectuées à compter du 1^{er} janvier 2016; entre-temps, le règlement définitif actuel demeure en vigueur.

Nous avons auparavant fait remarquer que les paiements relatifs aux actions échangeables peuvent être assujettis aux retenues à la source américaines en vertu de l'alinéa 871(m) lorsque la société mère est constituée aux États-Unis, mais que la modification apportée à la convention fiscale Canada-États-Unis peut changer cette conclusion.

Le règlement pris en application de l'alinéa 336(e)

Le 15 mai 2013, l'IRS a publié un règlement final en application de l'alinéa 336(e) du Code, lequel permet à certains acheteurs non constitués en société d'obtenir un prix de base majoré à l'égard des actifs de certaines sociétés cibles sans encourir la double imposition. Les nouvelles règles simplifient donc les structures visant l'acquisition de sociétés par les investisseurs de capital d'investissement privé, qui sont souvent structurés sous forme de sociétés de personnes aux fins de l'impôt américain. Les nouvelles règles pourraient aussi éviter la double imposition dans les cas où l'acquisition d'une cible ou d'une société ayant fait appel public à l'épargne suit de trop près une scission partielle libre d'impôt.

Les nouvelles règles s'appliquent en cas de « disposition d'actions admissible » d'une société cible américaine qui est soit une société S, soit une filiale américaine appartenant à 80 % à une société mère américaine. Comme en vertu de l'article 338, il faut que l'acheteur et le vendeur ne soient pas liés et la disposition doit avoir lieu dans une période de douze mois. Ce qui est essentiel pour l'application des nouvelles règles, et pour la manière dont elles précisent l'application de l'article 338, c'est qu'il ne doit pas nécessairement y avoir un acheteur unique (ou majoritaire), l'acheteur ne doit pas nécessairement être une société et le choix doit être fait par le vendeur (plutôt que par l'acheteur, ou plutôt que par le vendeur et l'acheteur).

Même avec le nouveau règlement, les occasions de « majorer » la base fiscale des actifs des sociétés en vertu du droit américain demeurent plus limitées qu'au Canada.

Le règlement d'application de l'alinéa 336(e) permet un choix préventif (et des mécanismes connexes) pouvant être utilisé dans le contexte d'une scission partielle où un gain est inopinément déclenché au niveau de la société (mais non pas au niveau de l'actionnaire) en raison de l'application de l'alinéa 355(d) du Code (comportant l'acquisition du contrôle d'une société ayant fait appel public à l'épargne ou d'une société contrôlée dans un délai de cinq ans après la scission partielle) ou de l'alinéa 355(e) (lorsqu'est prévue l'acquisition de la société ayant fait appel public à l'épargne ou de la société contrôlée dans un délai de deux ans de la scission partielle).

Les autres règlements

L'IRS a aussi publié un règlement définitif en application du sous-alinéa 367(a)(5), qui permet que seules certaines restructurations à actifs sortants soient admissibles à la non-comptabilisation. L'IRS a ajouté aux règles prévues par la disposition du règlement du Trésor §1.337(d)-7 des exceptions qui assujettissent la société à un impôt sur les gains accumulés à la suite de la conversion d'une société C en société de placement réglementée (*regulated investment company* – RIC) ou en FPI. L'IRS a également finalisé un règlement établissant les cas où les frais engagés pour la réparation de biens doivent être immobilisés; dans ce domaine, les règles américaines sont plus tolérantes que les règles canadiennes.

La jurisprudence

Sun Capital

Dans une affaire faisant intervenir un fonds de capital d'investissement privé américain, Sun Capital Partners IV, LP (« Fund IV »), la Cour d'appel du premier circuit a conclu que Fund IV pouvait être tenu responsable des prestations non capitalisées d'un régime de retraite à plusieurs employeurs d'une société faillie dans laquelle Fund IV avait investi. Même si

l'obligation en cause dans l'affaire *Sun Capital* n'était pas une obligation fiscale, les praticiens craignent que la décision puisse donner à l'IRS l'idée d'une méthode à adopter afin d'abaisser le seuil lui permettant d'assujettir les investisseurs étrangers à l'impôt. La loi en cause prévoit que les commerces ou les entreprises sous contrôle commun sont considérés comme un seul employeur à qui on peut imposer l'obligation au titre des prestations constituées. Dans cette affaire, la Cour a jugé très pertinente la réduction des frais de gestion versés au commanditaire par les sociétés détenues par le fonds. La Cour a conclu que les activités de Fund IV devaient être considérées comme « un commerce ou une entreprise » à cette fin. La Cour a indiqué que cette conclusion ne l'obligeait pas à juger que les activités de Fund IV suffisaient pour qu'il soit considéré comme exploitant un commerce ou une entreprise à des fins fiscales, mais elle a insisté pour dire que ses conclusions étaient compatibles avec la jurisprudence de longue date en matière fiscale (selon laquelle ceux qui investissent passivement dans les actions et les valeurs mobilières n'exploitent pas un commerce ou une entreprise). L'affaire *Sun Capital* constitue donc un défi pour les investisseurs étrangers effectuant des placements dans des fonds de capital d'investissement privé qui s'appuient sur cette jurisprudence (ou sur l'exonération du Code relativement au commerce des valeurs mobilières) pour affirmer qu'ils n'exploitent pas une entreprise ou un commerce américain; les fonds de capital d'investissement privé peuvent aussi continuer d'invoquer le refuge sûr du « commerce » du Code afin d'éviter l'imposition aux États-Unis.

L'affaire *Sun Capital* est aussi pertinente pour les investisseurs gouvernementaux étrangers qui s'appuient sur l'exonération que confère aux gouvernements l'article 892. L'exonération de l'article 892 ne s'applique pas aux revenus tirés d'une société de personnes exerçant une activité commerciale. Le règlement proposé n'éliminerait pas l'exonération de l'article 892 concernant l'activité commerciale « exercée par inadvertance », mais il permettrait l'imposition du revenu tiré d'un commerce ou d'une entreprise exploité par une société de personnes.

Nous avons informé nos clients que l'affaire *Sun Capital* n'entraînera pas d'importants changements structurels dans le fonctionnement de l'industrie du capital d'investissement privé de manière à tenir compte des risques fiscaux additionnels découlant de l'affaire, mais puisque l'IRS pourrait se fonder sur *Sun Capital* pour modifier le contexte juridique, certains planificateurs pourraient envisager d'utiliser des sociétés tampons à vocation spéciale pour les placements dans des fonds de capital d'investissement privé, particulièrement si les fonds bénéficient d'une compensation des frais de gestion du commandité comme dans l'affaire *Sun Capital*.

U.S. c. Windsor

Dans *U.S. c. Windsor*, la Cour suprême des États-Unis a déclaré inconstitutionnel l'article 3 de la loi fédérale intitulée *Defense of Marriage Act* (« DOMA ») le 26 juin 2013, disposition qui prévoyait que les termes « mariage » (*marriage*) et « époux » (*spouse*) excluaient les conjoints de même sexe. La Cour suprême était d'avis que l'article 3 contrevient à la clause d'égalité de la protection du Cinquième amendement de la Constitution américaine dans son application aux personnes de même sexe légalement mariées en vertu des lois de leur État. L'affaire *Windsor* a des effets qui vont bien au-delà du domaine fiscal (la *Dictionary Act* qui a été modifiée par la DOMA prévoit des règles d'interprétation visant plus de 1 000 lois fédérales), mais cette affaire entraîne de nombreux effets pour l'application de l'impôt sur le revenu, sur les successions et les dons aux couples touchés.

L'IRS a par la suite publié la circulaire interprétative 2013-17 qui prévoit qu'aux fins fiscales, les termes qui s'appliquaient auparavant exclusivement aux personnes de sexes opposés

s'appliqueront dorénavant aux personnes mariées à des personnes du même sexe si le mariage est légal en vertu de la loi étatique. L'IRS a cependant souligné que cette règle ne s'applique pas aux personnes qui ont conclu un partenariat domestique inscrit, une union civile ou toute autre relation officielle prévue par une loi étatique qui n'est pas qualifiée de mariage en vertu de cette loi.

Les conventions fiscales

Les États-Unis ont signé des protocoles aux conventions fiscales avec le Japon, la Pologne et l'Espagne cette année. Ces protocoles, de même que plusieurs conventions et protocoles antérieurs (comme ceux conclus avec la Hongrie et le Luxembourg), n'ont cependant toujours pas été ratifiés par le Sénat.

Les autres faits nouveaux en fiscalité américaine en 2013

Le 20 décembre 2013, le Sénat américain a confirmé au moyen d'un vote la nomination de John Koskinen comme nouveau commissaire de l'IRS. M. Koskinen a beaucoup de pain sur la planche puisque l'IRS éprouve toujours des difficultés dans la foulée d'un scandale sur lequel enquête le FBI et portant sur le fait que l'IRS aurait ciblé des groupes politiques sollicitant l'exonération d'impôt, et ce, en raison de leur nom ou de leur thème politique (y compris des groupes conservateurs dont le nom comprend des termes comme « Tea Party »).

Le département de la Justice a aussi annoncé un programme comportant le report de la mise en accusation de certaines banques suisses. En vertu du programme, dont peuvent se prévaloir seulement les banques qui ne font pas déjà l'objet d'une enquête criminelle du département en raison de leurs activités à l'étranger, les banques suisses participantes seront tenues de convenir de payer des pénalités importantes et de fournir des renseignements détaillés sur les comptes dans lesquels des contribuables américains ont un intérêt direct ou indirect. Conjointement avec la FATCA, de tels faits nouveaux indiquent bel et bien que l'époque où les contribuables américains cachaient des revenus dans des comptes à l'étranger tire à sa fin.

Les perspectives fiscales américaines en 2014

Les prolongations de dispositions fiscales

Au cours des dernières années, le Congrès a adopté de nombreuses dispositions temporaires d'exonération d'impôt. Les auteurs de ces propositions de dispositions au Congrès voulaient que bon nombre de celles-ci soient permanentes, mais elles ont été structurées sous forme de dispositions temporaires pour des raisons budgétaires. Par conséquent, on assiste maintenant, à chaque année ou période de deux ans, à un rituel de prolongation de ces dispositions par périodes d'un an ou de deux ans, de manière à ce qu'elles n'expirent pas (d'où l'expression « prolongations de dispositions fiscales »). En 2013, le Congrès a couronné son année de réalisations minimales en ajournant sans prolonger 64 dispositions temporaires devant expirer le 31 décembre 2013. On retrouve parmi ces dispositions le crédit d'impôt pour la recherche et le développement (R&D), sur lequel de nombreuses sociétés se fient lorsqu'elles décident d'investir ou non dans des projets de R&D, ainsi que la prolongation du paragraphe 954(c)(6) du Code. On présume généralement, et probablement avec raison, que le Congrès prolongera ces dispositions rétroactivement au 1^{er} janvier 2014, mais de récents reportages indiquent qu'il ne se passera probablement rien à cet égard avant le printemps 2014.

La réforme fiscale internationale

Les entreprises et les politiciens semblent généralement être d'accord pour dire que le régime fiscal international des États-Unis a besoin de réforme. La question de savoir comment corriger le régime est toutefois chaudement débattue. Plusieurs propositions de réforme fiscale internationale ont été avancées (elles sont décrites plus loin), mais nous estimons qu'il est peu probable que des mesures soient prises en ce sens en 2014.

Le représentant Dave Camp, président du Comité des voies et moyens, a publié une ébauche aux fins de discussion de ces propositions en 2011, proposant un régime d'imposition territorial, en vertu duquel les sociétés américaines bénéficieraient généralement d'une déduction applicable à 95 % des dividendes de source étrangère qu'elles reçoivent de leurs filiales étrangères et pourraient exclure 95 % des gains en capital tirés de la vente d'actions d'une filiale étrangère. Selon la proposition de M. Camp, les règles actuelles interdisant le report que renferme la sous-partie F seraient généralement conservées, mais l'ébauche propose le refus de la déduction d'une partie des dépenses d'intérêt d'une société américaine si celle-ci est plus endettée que son groupe mondial dans son ensemble. La proposition Camp énonce trois possibilités de remédier à l'érosion potentielle de l'assiette fiscale américaine : selon la première, le revenu, actuellement peu imposé, gagné par une filiale étrangère qui est attribuable à des biens incorporels transférés des États-Unis, serait imposé; selon la deuxième, certains revenus étrangers à faible imposition gagnés à l'extérieur du pays de constitution de la SCE seraient imposés; selon la troisième, le taux d'imposition des sociétés applicable au revenu tiré de biens incorporels étrangers (même le revenu gagné directement par une société américaine) serait réduit à 15 % mais le report du revenu d'une filiale étrangère tiré de biens incorporels serait éliminé si le revenu était imposé à un taux inférieur à 90 % du taux d'imposition maximal des sociétés américaines.

Plus tard, en février 2012, l'Administration Obama a publié sa proposition de réforme fiscale internationale comportant un impôt minimum (à un taux non précisé) sur les revenus reportés des SCE. Selon la proposition, les « rendements excédentaires » tirés de biens incorporels transférés à une SCE seraient assujettis à l'impôt courant. Le budget présenté par l'Administration Obama comprenait une proposition selon laquelle les sociétés n'auraient droit à aucune déduction, comme pour les dépenses d'intérêt, relatives au revenu « non imposé à l'étranger » à moins qu'elles ne rapatrient le revenu connexe (sous réserve d'une exception relative à « la recherche et l'expérimentation » suivant l'opinion de l'Administration concernant « les retombées positives de ces investissements sur l'économie américaine »). La proposition de l'Administration éliminerait aussi l'utilisation de choix à cocher pour les entités étrangères, ce qui, conjointement avec l'élimination du paragraphe 954(c)(6), engendrerait des revenus de la sous-partie F à partir des paiements effectués entre SCE liées.

Le 29 mars 2013, l'Administration Obama a publié un communiqué exposant son plan visant à encourager l'investissement privé dans l'infrastructure. Dans le cadre de son budget 2014, les régimes de retraite étrangers seraient exonérés de l'impôt américain sur les gains tirés de la disposition de participations dans des immeubles américains, notamment l'infrastructure et d'autres actifs immobiliers américains. Apparemment, l'exonération s'appliquerait à tous les régimes de retraite étrangers, tant privés que gouvernementaux.

Plus récemment, une proposition de réforme fiscale internationale a été avancée, en novembre 2013, par le sénateur Max Baucus, président du Comité sénatorial des finances, qui a depuis été proposé pour être nommé au poste d'ambassadeur des États-Unis en Chine. Le document de consultation présenté par le sénateur Baucus prévoit la modification du régime de

report en vertu de la sous-partie F au moyen d'une exonération permanente applicable aux revenus non visés par la sous-partie F que gagne une SCE, mais aussi au moyen d'un élargissement de la portée de la sous-partie F. Le document de consultation prévoit deux façons possibles de procéder à cet élargissement. Selon l'« option Y », le revenu de la sous-partie F inclurait dorénavant le revenu lié aux États-Unis (tiré de biens ou de services importés aux États-Unis) et tous les revenus « à faible imposition » d'une SCE. À cette fin, le revenu à faible imposition s'entendrait de tout revenu assujéti à un taux d'impôt sur le revenu local inférieur à 80 % du taux d'imposition américain maximal. (En vertu de la loi actuelle, cela s'appliquerait aux filiales canadiennes et aux sociétés constituées ou gérées dans de nombreux autres pays aussi considérés comme à imposition élevée.) Ce revenu à faible imposition serait assujéti à un taux d'imposition américain effectif qui correspond à 80 % du taux américain normal. Selon l'« option Z », la sous-partie F s'appliquerait encore plus largement et n'exonérerait que 40 % du revenu actif d'une SCE (à l'exception de son revenu lié aux États-Unis). Selon les deux options, les gains antérieurs d'une SCE pourraient être inclus immédiatement dans le revenu et imposés au taux de 20 %, mais payés en versements sur une période de huit ans.

La proposition Baucus prévoit une exonération générale de l'assujettissement des régimes de retraite étrangers à la *Foreign Investment in Real Property Tax Act* (FIRPTA), tout comme l'exonération que prévoit la proposition budgétaire 2014 de l'Administration Obama, qui aurait pour effet d'annuler l'avis 2007-55 de l'IRS qui considère les distributions de liquidation d'une FPI comme des distributions imposables, ainsi que l'augmentation de l'exception relative aux parts négociées en bourse pour les participations dans les FPI (qui passe de 5 % à 10 %). Par ailleurs, pour contrebalancer ces avantages, l'ensemble comprend des règles qui détermineraient le statut de FPI sous contrôle national au moyen de l'application des règles d'attribution (en remontant la chaîne jusqu'aux investisseurs étrangers qui détiennent au moins 50 % d'une société nationale intermédiaire), assujettiraient à l'impôt les dispositions de parts de sociétés de personnes qui détiennent des entreprises américaines (et généreraient un revenu effectivement lié sans l'emporter sur les conventions américaines dans les cas où il n'existe aucun établissement permanent sous-jacent) et auraient priorité sur l'exonération de l'intérêt tiré d'un portefeuille concernant les titres de créance émis par des sociétés. Ce dernier changement de l'état du droit est radical et nuirait aux rentrées de capitaux aux États-Unis.

L'EAFTB

L'OCDE travaille actuellement à un projet de lutte contre l'érosion de l'assiette fiscale et le transfert des bénéfices à l'échelle internationale par les sociétés multinationales. Ce projet, qui est connu sous l'acronyme anglais « BEPS », a atteint son point culminant en juillet 2013 avec le lancement d'un plan d'action de l'OCDE relevant quinze mesures précises requises afin que les gouvernements soient dotés des textes nationaux et internationaux nécessaires pour relever ce défi. Afin que les mesures puissent être mises en œuvre rapidement, le plan d'action prévoit l'élaboration d'un texte multilatéral modifiant les conventions fiscales bilatérales entre les pays participants.

Le plan d'action sur l'EAFTB a été approuvé par les ministres des Finances et les gouverneurs des banques centrales du G20 à leur réunion de juillet 2013 à Moscou, de même que par les chefs d'État du G20 à leur réunion de Saint-Petersbourg en septembre 2013. Les mesures prévues dans le plan visent à être applicables au cours des 18 à 24 prochains mois. Il est cependant improbable que les États-Unis adoptent aussi rapidement l'un ou l'autre des changements. De plus, les États-Unis ont déjà commencé à mettre en œuvre certaines des principales propositions figurant maintenant dans le plan d'action (comme le recours à la

prescription des dispositions conférant des avantages que contiennent les conventions fiscales et l'adoption du régime de communication d'informations de la FATCA) et le Congrès ne sera pas nécessairement enclin à adopter d'autres changements faisant partie du plan d'action.

Les autres propositions de l'Administration

L'Administration propose habituellement de resserrer les limites de dépouillement des gains des sociétés inversées, et les budgets 2013 et 2014 n'ont pas fait exception à cette tendance. Des propositions d'imposition du revenu d'« intérêts courus » aux taux ordinaires ont aussi été incluses.

La proposition budgétaire 2014 de l'Administration comporte plusieurs autres nouveaux changements qui ne faisaient pas partie de sa proposition 2013, notamment l'imposition au taux courant de l'escompte de marché (jusqu'à concurrence d'un plafond précisé) sur les titres de revenu fixe en vertu de règles similaires à celles qui s'appliquent à l'escompte sur l'émission originale, une règle exigeant l'établissement du prix de base moyen des actions en portefeuille, l'abrogation de la règle entraînant la dissolution technique d'une société de personnes lorsqu'il y a un transfert d'une participation d'au moins 50 % dans la société de personnes au cours d'une période de douze mois ainsi que l'abrogation des règles anti-barattage financier de l'article 197 du Code. La proposition budgétaire prévoit aussi le rétablissement des montants d'exonération plus bas de l'impôt sur les successions, sur les dons et sur le transfert par saut de génération qui s'appliquaient en 2009.

Pour obtenir de plus amples informations sur ce qui précède, veuillez communiquer avec Ian Crosbie (416.367.6958), K. A. Siobhan Monaghan (416.863.5558), ou Raj Juneja (416.863.5508) du bureau de Toronto, Nathan Boidman (514.841.6409), Brian Bloom (514.841.6505), ou Michael Kandeve (514.841.6556) du bureau de Montréal, ou Peter Glicklich (212.588.5561) ou Abraham Leitner (212.588.5508) du bureau de New York.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l. est un cabinet intégré qui compte environ 240 avocats et dont les bureaux sont situés à Montréal, Toronto et New York. Le cabinet, dont la pratique s'étend au-delà des frontières, est spécialisé en droit des affaires et se retrouve systématiquement au cœur des opérations commerciales et financières les plus importantes et les plus complexes pour le compte de ses clients.

Les renseignements et commentaires fournis dans le présent document sont de nature générale et ne se veulent pas des conseils ou des opinions applicables à des cas particuliers. Nous invitons le lecteur qui souhaite obtenir des précisions sur l'application de la loi à des situations particulières à s'adresser à un conseiller professionnel.

Conformément à la circulaire 230 du département du Trésor américain, le présent document n'a pas été conçu dans le but de servir comme moyen pour un contribuable d'éviter des pénalités prévues par la législation fiscale fédérale des États-Unis et ne doit pas être utilisé à cette fin.