



Le 20 janvier 2016

Législation fiscale canadienne et américaine : Rétrospective des faits saillants de 2015 et perspectives pour 2016

Chaque année à cette époque, nous présentons une rétrospective de certains des principaux faits saillants en matière de fiscalité des entreprises et de fiscalité internationale survenus au Canada et aux États-Unis au cours de la dernière année et faisons état de certaines perspectives concernant des changements en matière de fiscalité qui pourraient survenir au Canada et aux États-Unis au cours de la prochaine année.

I. RÉTROSPECTIVE ET PERSPECTIVES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ AU CANADA

A. Rétrospective des faits saillants en matière de fiscalité survenus au Canada en 2015

1. Taux d'imposition canadiens

De 2008 à 2012, les contribuables constitués en sociétés au Canada ont évolué dans un contexte de taux d'imposition en baisse, le taux d'imposition fédéral général des sociétés ayant été ramené à 15 % en 2012. Dans la foulée de ces baisses des taux d'imposition fédéraux, le ministre des Finances du Canada avait encouragé toutes les provinces canadiennes à abaisser leur taux d'imposition des sociétés à 10 % au plus tard en 2013, de manière à ce que le taux d'imposition national des sociétés au Canada soit de 25 %. L'Alberta avait déjà un taux d'imposition des sociétés de 10 %, deux provinces (la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick) ont réagi en ramenant leur taux d'imposition des sociétés à 10 % et l'Ontario a annoncé des baisses progressives de son taux d'imposition des sociétés pour le ramener à 10 % au 1^{er} juillet 2013.

Cette tendance à la baisse a pris fin en 2012 lorsque l'Ontario a fixé son taux d'imposition des sociétés à 11,5 % (taux combiné de 26,5 %). Ensuite, en 2013, la Colombie-Britannique et le Nouveau-Brunswick ont haussé leurs taux d'imposition des sociétés pour le porter respectivement à 11 % (taux combiné de 26 %) et à 12 % (taux combiné de 27 %).

L'Alberta a suivi leur exemple en augmentant son taux d'imposition des sociétés pour le porter à 11 % en 2015 (taux combiné de 26 %) et à 12 % le 1^{er} janvier 2016 (taux combiné de 27 %).

Le taux d'imposition du revenu des particuliers pour les revenus les plus élevés au Canada sont eux aussi en hausse. L'Ontario et le Québec ont augmenté leurs taux d'imposition marginaux les plus élevés en 2012 et en 2013, et l'Alberta a augmenté ses taux d'imposition des particuliers le 1^{er} octobre 2015. De plus, le gouvernement libéral nouvellement élu au Canada a augmenté le taux d'imposition marginal des particuliers le plus élevé (le taux d'imposition des revenus supérieurs à 200 000 \$) de 4 % à compter du 1^{er} janvier 2016 (et mis en place une

baisse modeste des taux d'imposition pour les revenus se situant dans la fourchette d'imposition de 45 282 \$ à 90 563 \$). Les taux combinés fédéral-provincial d'imposition marginaux du revenu des particuliers les plus élevés parmi les provinces se situent entre 48 % et 58,75 %. Le taux d'imposition marginal combiné le plus élevé est de 53,53 % en Ontario et de 53,31 % au Québec.

2. Faits nouveaux sur le plan législatif

Comparativement aux dernières années, relativement peu de nouvelles mesures en ce qui a trait à l'impôt sur le revenu des sociétés et à l'impôt sur le revenu étranger ont été proposées en 2015. Les principales mesures ont été annoncées dans le cadre du budget fédéral de 2015 présenté le 21 avril 2015. Des versions révisées des règles projetées ont été incluses dans un avant-projet de loi publié le 31 juillet 2015.

Dans la présente rubrique, la loi à laquelle il est fait renvoi est la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « Loi de l'impôt canadienne »).

Déduction pour dividendes intersociétés et règle anti-évitement prévue par le paragraphe 55(2)

Les dividendes versés par une société canadienne à une autre société canadienne sont généralement reçus libres d'impôt conformément à la déduction pour dividendes intersociétés prévue au paragraphe 112(1), sous réserve d'un impôt remboursable pouvant s'appliquer à certains dividendes reçus par les sociétés privées. La possibilité de se prévaloir de cette déduction a longtemps été soumise à une règle anti-évitement prévue au paragraphe 55(2), qui vise à empêcher que des dividendes libres d'impôt soient versés dans le but de réduire ou d'éviter les gains en capital à la disposition des actions de l'entité versant les dividendes. La règle n'est pas censée s'appliquer aux dividendes tirés du « revenu protégé » (généralement des bénéfices non répartis après impôt). En vertu du droit corporatif, les sociétés canadiennes peuvent utiliser d'autres sources que les bénéfices pour le versement de dividendes, et le Canada n'a jamais eu de règles fiscales semblables à la règle des revenus et des bénéfices (*earnings and profits*) utilisée aux États-Unis pour déterminer si les distributions sont des dividendes ou non. Au Canada, c'est plutôt la règle prévue au paragraphe 55(2) qui est le principal outil régissant l'utilisation des dividendes libres d'impôt en ce qui concerne le dépouillement des gains en capital.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé d'élargir considérablement la portée de cette règle anti-évitement pour l'appliquer à d'autres circonstances que le dépouillement des gains en capital. En effet, cette règle s'appliquera désormais également dans les cas où l'un des objectifs pour verser le dividende est de diminuer sensiblement la juste valeur marchande d'une action ou d'augmenter de façon importante le coût des biens de l'entité qui verse le dividende. De plus, l'exception à l'application du paragraphe 55(2) pour les dividendes reçus dans le cadre de certaines opérations entre parties liées ne s'appliquera désormais qu'au dividende réputé découlant du rachat d'une action.

Les modifications proposées au paragraphe 55(2) font suite à des décisions défavorables des tribunaux et, selon le ministère des Finances, visent à corriger des lacunes. Les modifications ont une portée très large et font en sorte qu'il est difficile de verser des dividendes au sein de sociétés canadiennes d'un même groupe, du moins pas sans avoir d'abord calculé le revenu protégé de la société qui verse le dividende, un calcul qui n'est pas lui-même sans difficulté. Le ministère des Finances a reçu de nombreuses critiques quant aux modifications proposées, et il

reste à voir s'il assouplira ces modifications de manière à ce qu'elles ne nuisent pas aux mouvements de trésorerie quotidiens entre les sociétés d'un même groupe.

La déduction en vertu du paragraphe 112(1) et la règle anti-évitement prévue au paragraphe 55(2) sont des éléments fondamentaux du régime d'imposition des sociétés au Canada, et les modifications incluses dans le budget de 2015 représentent les premières modifications de fond proposées par le gouvernement canadien en plus de deux décennies.

Les modifications proposées au paragraphe 55(2) n'ont pas encore été adoptées, mais lorsqu'elles le seront, elles devraient s'appliquer rétroactivement au 21 avril 2015.

Instruments dérivés sur capitaux propres et déduction pour dividende intersociétés

Une société canadienne qui reçoit d'une autre société canadienne des dividendes sur des actions détenues pour couvrir une position aux termes d'un swap ou d'un autre instrument dérivé peut généralement déduire le montant de ces dividendes dans le calcul de son revenu imposable conformément à la déduction pour dividendes intersociétés prévue au paragraphe 112(1), sauf si on peut raisonnablement considérer que la raison principale du recours à l'instrument dérivé est de permettre au contribuable de recevoir le dividende et qu'aux termes de l'instrument dérivé, la totalité ou la quasi-totalité du risque de perte ou de l'occasion de gain ou de bénéfice sur l'action sont transmis à une autre personne que le contribuable constitué en société.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé des règles sur les « arrangements de capitaux propres synthétiques » qui étendraient l'inapplicabilité de la déduction prévue au paragraphe 112(1) aux situations où le recours à un instrument dérivé a pour effet d'accorder à la contrepartie la totalité ou la quasi-totalité du risque de perte ou de l'occasion de gain ou de bénéfice relativement à l'action, sans que le test actuel concernant l'objet n'ait à être respecté. Une exception à cette nouvelle règle s'appliquera lorsqu'un contribuable pourra établir qu'aucun « investisseur indifférent d'un point de vue fiscal » n'est exposé à la totalité ou à la quasi-totalité du risque de perte et de l'occasion de gain ou de bénéfice relativement à l'action en vertu de l'instrument dérivé ou d'un autre instrument financier dérivé sur capitaux propres connexe. Un « investisseur indifférent d'un point de vue fiscal » s'entend d'une personne qui est exonérée de l'impôt aux termes de la Loi de l'impôt canadienne ou d'une personne non-résidente qui ne reçoit aucune somme dans le cadre d'un arrangement de capitaux propres synthétiques par l'entremise d'un établissement stable au Canada ainsi que de certaines fiducies et sociétés de personnes dont font partie ces personnes exonérées d'impôt et ces personnes non-résidentes.

Ces règles n'ont pas encore été adoptées, mais elles devraient s'appliquer rétroactivement au 1^{er} novembre 2015, pour ce qui est des arrangements conclus, prorogés ou renouvelés après le 21 avril 2015, et au 1^{er} mai 2017, pour les arrangements conclus en date du 21 avril 2015 ou avant.

Sociétés captives d'assurance

En règle générale, un contribuable canadien doit payer de l'impôt au Canada selon la comptabilité d'exercice à l'égard du revenu étranger accumulé, tiré de biens (le « REATB ») gagné par les sociétés étrangères affiliées contrôlées du contribuable.

Dans le budget fédéral de 2015, le gouvernement canadien a proposé de nouvelles mesures qui étendraient les règles relatives au REATB aux commissions gagnées par les sociétés étrangères affiliées à la cession de risques canadiens à des tiers. Une commission de cession est une commission payée par un réassureur à sa contrepartie (le cédant) pour dédommager le cédant de ses frais d'administration à l'égard des risques cédés et/ou d'un pourcentage des bénéfices découlant de ces risques. À ces fins, le revenu d'une société étrangère affiliée (et le REATB) obtenu à la cession des risques canadiens inclut la différence entre la juste valeur marchande de toute contrepartie reçue à la cession des risques canadiens et le coût que ces risques représentent pour la société étrangère affiliée. Cette règle est censée s'appliquer aux opérations dans le cadre desquelles une société étrangère affiliée d'une part vend des risques canadiens et d'autre part reçoit des risques étrangers. Ces propositions élargissent la portée des règles incluses dans le budget fédéral de 2014 visant les « swaps d'assurance ».

Ces règles n'ont pas encore été adoptées, mais elles devraient s'appliquer aux années d'imposition commençant après le 20 avril 2015.

3. Jurisprudence

Application de la RGAE à l'utilisation des pertes

Dans l'affaire *Birchcliff v. The Queen*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si la règle générale anti-évitement (la « RGAE ») pouvait être invoquée pour refuser l'utilisation de pertes autres que des pertes en capital par le contribuable. Les pertes en question étaient celles d'une société remplacée, Veracel Inc. (« Veracel »), qui avait fusionné avec Birchcliff Energy Ltd. (« Birchcliff ») pour constituer le contribuable.

Veracel a mis fin à ses activités en 2002. Avant de mettre fin à ses activités, elle avait accumulé des pertes autres que des pertes en capital et commencé à solliciter des propositions concernant ses attributs fiscaux en 2004. Birchcliff était une société ouverte nouvellement constituée ayant conclu des contrats d'achat de biens pétroliers et gaziers pour lesquels elle avait besoin de financement. Birchcliff et Veracel ont été mises en contact, et un plan a été élaboré pour fusionner les deux sociétés en 2005 et permettre l'utilisation des pertes de Veracel après la fusion. Selon le plan, Veracel devait émettre à des tiers investisseurs des reçus de souscription prévoyant l'émission d'actions ordinaires de Veracel immédiatement avant la fusion. Après la fusion de Veracel et de Birchcliff pour constituer le contribuable, le contribuable a affecté les fonds reçus à l'émission des reçus de souscription à l'achat des biens pétroliers et gaziers que Birchcliff avait antérieurement convenu d'acheter. À la fusion, les actionnaires initiaux de Veracel ont reçu une modeste participation en actions privilégiées dans le contribuable, laquelle a été rachetée au comptant.

Étant donné que les nouveaux actionnaires de Veracel avaient acquis une participation majoritaire dans le contribuable lors de la fusion de Veracel et de Birchcliff, les règles de répartition des pertes qui peuvent par ailleurs s'appliquer à une fusion ne se sont pas appliquées à l'utilisation des pertes de Veracel par le contribuable.

La Cour canadienne de l'impôt a soutenu que les opérations étaient abusives et que la RGAE pouvait être invoquée pour refuser l'utilisation par le contribuable des pertes de Veracel pour les motifs suivants : [TRADUCTION] « Le Parlement ne voulait pas que les fusions et les prises de contrôle inversées soient utilisées comme moyens d'éviter une acquisition de contrôle dans les cas où les actionnaires initiaux de la société ayant subi les pertes ne reçoivent pas

collectivement des actions représentant une participation majoritaire avec droit de vote dans l'entité issue de la fusion. »

Le contribuable a interjeté appel du jugement de la Cour canadienne de l'impôt devant la Cour d'appel fédérale. Bien qu'on comprenne facilement les préoccupations de fond de l'ARC devant de tels faits, on comprend beaucoup plus difficilement pourquoi la RGAE devrait s'appliquer à de telles opérations. C'est pourquoi l'appel pourrait apporter un éclairage intéressant sur l'interprétation de la RGAE.

Qu'entend-t-on par titre de créance?

Dans l'affaire *Barejo Holdings v. The Queen*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si deux effets désignés comme étant des « billets » émis par des sociétés étrangères affiliées de deux banques canadiennes constituaient des titres de créance pour l'application de la Loi de l'impôt canadienne. Les billets ne portaient pas intérêt et prévoyaient un paiement à l'échéance traduisant la performance d'un portefeuille d'actifs géré activement détenu par une société affiliée aux émetteurs. Les billets arrivaient à échéance le 30 novembre 2016, soit 15 ans après leur émission, et étaient de rang égal aux autres obligations non garanties des émetteurs.

La Cour canadienne de l'impôt a déclaré que les billets attestaient ce qu'on peut appeler un placement hybride étant donné qu'ils comportaient certaines des caractéristiques des titres de créance (par exemple, de l'avis de la Cour, un taux d'intérêt prévu, qui était nul), mais également certaines caractéristiques sensiblement différentes de celles d'un titre de créance typique. La Cour canadienne de l'impôt a conclu de son examen de tels effets qu'il était nécessaire de déterminer si ceux-ci traduisaient pour l'essentiel une relation de créance ou une autre relation, comme une relation mettant en cause des titres de capitaux propres, dont les billets en question présentent aussi certaines caractéristiques.

La Cour canadienne de l'impôt a finalement conclu que les billets ne constituaient pas des titres de créance pour l'application de la Loi de l'impôt canadienne; sa décision a été portée en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Caractérisation des crédits croisés (swaps) comme étant un revenu ou du capital

Dans l'affaire *George Weston c. La Reine*, la Cour canadienne de l'impôt s'est penchée sur la question de savoir si les gains réalisés par un contribuable lors du règlement d'accords de crédits croisés (*cross-currency swaps*) étaient imputable au revenu ou au capital. Le contribuable avait eu recours aux crédits croisés (*swaps*) afin de préserver les capitaux propres de son bilan consolidé et de se protéger contre les fluctuations du taux de change du dollar canadien et du dollar américain qui seraient une source de la volatilité dans les capitaux propres de son bilan consolidé. Les fluctuations du taux de change du dollar canadien et du dollar américain revêtaient une importance pour le contribuable étant donné qu'il exploitait diverses entreprises existantes et nouvellement acquises aux États-Unis par l'entremise de filiales détenues indirectement. Les fluctuations du dollar canadien et du dollar américain avaient donc une incidence sur les capitaux propres consolidés du contribuable, qui, quant à eux, avaient une incidence sur le ratio emprunts/capitaux propres. Une fois que le risque de fluctuations du taux de change a été réduit (et que le ratio emprunts/capitaux propres a été ramené à des niveaux acceptables), le contribuable a cessé d'avoir recours aux crédits croisés (*swaps*).

L'ARC a avancé que les gains sur les crédits croisés ne pouvaient être imputables au capital que s'il était possible de démontrer que les crédits croisés (*swaps*) étaient rattachés, au fond, à une opération d'achat ou de vente d'une immobilisation, de remboursement d'une dette exprimée en monnaie étrangère ou d'investissement de capitaux oisifs. L'ARC a fait valoir qu'étant donné que les crédits croisés en question n'étaient rattachés à aucune opération ni créance du contribuable exprimée en monnaie étrangère ayant été effectuée pour son propre compte, les gains réalisés par le contribuable étaient imputables au revenu.

La Cour canadienne de l'impôt s'est prononcée en faveur du contribuable, considérant que les preuves étaient suffisantes pour conclure que l'intention et le but du contribuable en concluant les crédits croisés (*swaps*) étaient de protéger son investissement dans des établissements aux États-Unis contre le risque de change afin de neutraliser l'incidence du risque de change sur la structure de son capital et la valeur de ses investissements directs dans ses filiales.

Cette décision n'a pas été portée en appel, et l'ARC a affirmé qu'elle l'acceptait. La décision va à l'encontre des énoncés de politique antérieurs de l'ARC qui traduisaient une vision très étroite des exigences de rattachement (*linkage requirements*). Il s'agit donc d'un changement bienvenu vers un environnement plus raisonnable pour le traitement des opérations de couverture.

B. Perspectives concernant des changements en matière de fiscalité qui pourraient survenir au Canada en 2016

1. Évolution législative possible

La politique générale du ministère des Finances consistant à élaborer de nouvelles dispositions législatives en matière de fiscalité sans faire connaître ses intentions au préalable signifie que les prévisions concernant les changements qui pourraient être apportés à la législation fiscale sont généralement des hypothèses. Le traitement fiscal des options d'achat d'actions pourrait toutefois constituer une exception. Le gouvernement libéral nouvellement élu a indiqué dans sa plateforme électorale qu'il entendait accroître le taux d'imposition applicable à l'avantage que tire le particulier des options d'achat d'actions qui lui ont été attribuées dans le cadre de son emploi en empêchant les employés qui sont des résidents du Canada de réclamer la déduction pour options d'achat d'actions (qui permet de bénéficier d'un taux d'imposition équivalant à celui applicable aux gains en capital) à l'égard de la tranche de l'avantage qui excède 100 000 \$ par année. À moins d'un revirement, les modifications qu'il est proposé d'apporter aux dispositions concernant les options d'achat d'actions attribuées à des employés pourraient être incluses dans le budget fédéral de 2016. Il y a eu des pressions de la part d'intervenants de divers secteurs pour que soient prévues des exceptions et des indications selon lesquelles le ministère des Finances aurait de la difficulté à arrêter son choix sur la règle appropriée à adopter; on peut donc s'attendre à ce que la situation continue d'évoluer sur ce point. Si l'on se fie aux commentaires du ministre des Finances, toute modification qui serait apportée en ce qui a trait à l'imposition des options d'achat d'actions ne prendrait effet qu'à compter de la date de l'annonce de cette modification et n'aurait pas d'incidence sur les options émises avant cette date.

Les budgets des dernières années incluaient des mesures d'augmentation des recettes et, compte tenu du maintien de l'emphase sur l'équilibre budgétaire et de la diminution du prix du

pétrole, il se peut que le gouvernement canadien propose d'autres mesures pour resserrer le régime fiscal canadien.

On ne sait pas comment et dans quelle mesure le nouveau gouvernement du Canada mettra en œuvre les recommandations de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (l'« OCDE ») sur les mesures hautement médiatisées de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS »). Le 5 octobre 2015, l'OCDE a présenté les rapports finaux concernant le projet BEPS. En plus des recommandations quant aux « meilleures pratiques » ou aux « approches courantes », l'ensemble comprenait de nouvelles « normes minimales » appuyées par un engagement de l'ensemble des pays membres de l'OCDE et du G20. Cet engagement démontre l'appui du Canada à ces normes même si celles-ci n'ont bien entendu pas force de loi.

Parmi les propositions du projet BEPS classées comme normes minimales, la seule (mis à part certaines procédures de communication pays par pays qui seront manifestement adoptées) qui sera vraisemblablement une action prioritaire au Canada est celle qui concerne le chalandage fiscal. Même avant le lancement du projet BEPS, le Canada s'employait à lutter contre le chalandage fiscal. En 2013, le ministère des Finances a publié un document de consultation sur le sujet, et le budget de 2014 proposait aux fins de consultation un modèle de règle précise qui serait prise en vertu d'une loi visant à contrer le chalandage fiscal. L'interaction entre la règle anti-chalandage projetée et les obligations prévues dans les conventions fiscales du Canada a soulevé des questions. Le fait de devancer le projet BEPS soulevait également des préoccupations. En conséquence, à l'été 2014, le ministère des Finances a annoncé que les propositions concernant une règle anti-chalandage allaient être mises de côté en attendant la suite des travaux de l'OCDE sur le projet BEPS. Maintenant que la version finale du projet BEPS a été publiée et que le chalandage fiscal fait partie des sujets visés par les normes minimales, on prévoit que le gouvernement canadien remettra en branle son projet de lutte contre le chalandage fiscal. Toutefois, on ne sait pas au juste quelle approche le Canada choisira compte tenu de la formulation de la norme minimale par l'OCDE et des questions importantes soulevées par la proposition énoncée dans le budget fédéral de 2014.

Il se pourrait également qu'une modification de la Loi de l'impôt canadienne soit proposée en conséquence des travaux de l'OCDE concernant les autres actions faisant partie du programme BEPS. Plus particulièrement, la question des « dispositifs hybrides » et de la déductibilité de l'intérêt sont deux enjeux qui suscitent beaucoup d'intérêt. Toutefois, les propositions de l'OCDE à cet égard sont considérées comme faisant partie des « approches courantes » et donc de moindre importance que les normes minimales, et le ministère des Finances n'a donné aucune indication de son intention de légiférer dans ce domaine.

2. Instances en cours

À la suite du jugement rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Attorney General of Canada v. Juliar* en 2000, les tribunaux des provinces de common law ont permis la rectification d'opérations n'ayant pas permis d'atteindre les objectifs fiscaux particuliers que les contribuables cherchaient à atteindre par la réalisation de ces opérations. Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Québec c. AES* et *Québec c. Riopel* en 2013 a quant à lui permis la rectification des opérations régies par le *Code civil du Québec*.

L'obtention d'ordonnances de rectification des erreurs fiscales est devenue une pratique assez courante au Canada. Toutefois, l'ARC semble d'avis que les tribunaux ont eu tort d'étendre le

concept de rectification aux instances qui ont suivi le jugement rendu dans l'affaire *Juliar*. L'ARC a contesté un certain nombre d'ordonnances de rectification en 2015, ce qui a mené à la publication de nombreuses décisions sur ce sujet. Certaines décisions étaient en faveur du contribuable, d'autres non. Deux affaires ont été portées en appel devant des tribunaux de deuxième instance : la Cour d'appel de l'Ontario a entendu l'affaire *Fairmont Hotels v. Attorney General of Canada* et la Cour d'appel du Québec a entendu l'affaire *Groupe Jean Coutu (PJC) Inc. c. Procureur général du Canada*. La Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'appeler du jugement rendu dans ces deux affaires. Il se peut que la Cour suprême entende ces deux causes en 2016 et énonce des principes directeurs qui pourraient servir d'indications définitives sur la portée de la rectification.

La Cour d'appel fédérale pourrait également entendre les affaires *Birchcliff* et *Barejo* en 2016. L'issue de ces deux instances pourrait avoir une incidence importante en matière de planification fiscale dans le futur.

II. RÉTROSPECTIVE ET PERSPECTIVES EN MATIÈRE DE FISCALITÉ AUX ÉTATS-UNIS

A. **Rétrospective des faits saillants en matière de fiscalité survenus aux États-Unis en 2015**

Comme nous l'avions prévu dans nos perspectives de l'an dernier, aucune réforme fiscale d'envergure n'a été entreprise en 2015. Toutefois, des révisions des lois fiscales survenues vers la fin de l'année ont mené à des avantages supplémentaires pour les étrangers qui investissent dans l'immobilier et les infrastructures, alors qu'à la même époque l'an dernier, nous avions prévu une diminution d'avantages.

1. Législation fiscale : l'année se termine en lion

À la fin d'une année relativement calme sur le plan de la législation fiscale, le Congrès a publié une série de documents visant à étendre la portée ou la période d'application de différentes mesures fiscales, dont certaines emportaient des changements fiscaux importants, en particulier pour les étrangers qui investissent dans l'immobilier aux États-Unis.

Loi *PATH*

Une vaste série de modifications fiscales connue sous le nom de « *PATH Act* » (la « loi *PATH* ») a été promulguée à la fin du mois de décembre. Ces dispositions législatives devraient favoriser l'investissement étranger aux États-Unis, surtout les investissements dans les biens immobiliers et les infrastructures. Le principal changement est une dispense complète pour les caisses de retraite étrangères admissibles et leurs filiales en propriété exclusive de l'application de la FIRPTA, le régime fiscal américain qui assujettit les propriétaires étrangers de biens immobiliers américains à l'impôt sur le revenu fédéral et à une retenue d'impôt sur les dispositions de biens immobiliers américains. Étant donné que les caisses de retraite étrangères investissent énormément de capitaux, le fait de les dispenser de l'application de la FIRPTA pourrait favoriser le développement de nouvelles sources de financement pour les infrastructures et autres projets immobiliers aux États-Unis.

En outre, la loi PATH a rendu permanent le crédit d'impôt pour recherche et développement et a prorogé d'autres crédits d'impôt liés à l'énergie. Le maintien de la disponibilité de ces crédits d'impôt devrait constituer un autre facteur favorisant l'investissement dans les infrastructures et d'autres actifs aux États-Unis.

Par ailleurs, la loi PATH comprend des changements qui bénéficient aux étrangers qui investissent dans les fiducies de placement immobilier (« FPI ») américaines, notamment les suivants :

- Le seuil de propriété étrangère qu'une FPI cotée en bourse doit respecter pour être dispensée de l'application de la FIRPTA a été augmenté et est passé de 5 % à 10 %.
- Les gains réalisés par certaines entités cotées en bourse ne sont plus assujettis à l'impôt aux termes de la FIRPTA, mais font plutôt l'objet d'une retenue d'impôt à un taux légèrement réduit. Ce changement ne s'applique pas aux entités détenues à hauteur de plus de 10 % par un même actionnaire.
- La période de comptabilisation des gains inhérents d'une société qui choisit d'être un FPI a été définitivement ramenée à cinq ans.
- Les titres d'emprunt de FPI cotées en bourse constituent désormais des actifs admissibles selon les critères relatifs aux actifs de FPI, mais ils ne peuvent représenter plus de 25 % de l'actif total d'une FPI.

Quelques dispositions qui ne sont pas favorables aux FPI font également partie de la loi PATH. Plus particulièrement, aux termes de la loi PATH, une société ayant participé à une scission en franchise d'impôt aux termes de l'article 355 doit attendre 10 ans avant de pouvoir se constituer en FPI. Cette disposition vise à décourager une stratégie de réduction d'impôt de plus en plus courante suivant laquelle une société qui est un contribuable important fait apport de son actif immobilier à une nouvelle société de portefeuille qui est ensuite transformée en FPI. Ces dernières années, des contribuables de secteurs axés sur l'immobilier tels que les secteurs des casinos, du stockage de documents et de parcs de serveurs ont fait usage de cette stratégie. Cette disposition s'applique aux scissions visant des FPI survenues après le 7 décembre 2015, sauf celles à l'égard desquelles des demandes de décision anticipée en matière d'impôt avaient été déposées avant cette date.

Les dispositions de la loi PATH applicables aux FPI prennent généralement effet au 31 décembre 2015, bien que, comme on l'indique ci-dessus, certaines dispositions prennent effet à des dates particulières.

On ne peut pas encore mesurer l'incidence de ces dispositions sur le secteur immobilier. Toutefois, l'intérêt croissant des caisses de retraite étrangères pour le secteur immobilier américain pourrait créer une nouvelle source majeure de financement pour les exploitants et les promoteurs immobiliers ainsi que pour les personnes qui exercent des activités connexes aux États-Unis.

Enfin, la loi PATH a prorogé un certain nombre d'autres dispositions fiscales internationales, telles que la règle de transparence pour les paiements intersociétés effectués par des sociétés étrangères contrôlées et l'exonération du revenu de financement actif (*active financing income*) aux termes de la sous-partie F.

Procédures d'audit des sociétés de personnes

Vers la fin de l'année, le Congrès a élargi le pouvoir de l'Internal Revenue Service (l'« IRS ») en ce qui a trait aux sous-paiements d'impôt dans le contexte d'audits de sociétés de personnes. En vertu de la version récemment modifiée de l'article 6226, une société de personnes a la responsabilité d'acquitter l'impôt, les intérêts et les pénalités applicables aux sous-paiements imputables aux associés à la suite des ajustements effectués à l'égard de la société de personnes, sauf si cette dernière peut faire et fait annuellement le choix de se soustraire à l'application de cette disposition. Les nouvelles règles d'audit des sociétés de personnes s'appliqueront pour les années d'imposition 2018 et suivantes.

2. Faits nouveaux sur le plan administratif

L'IRS a publié plusieurs lignes directrices importantes qui témoignent de ses préoccupations concernant le risque d'opérations d'évitement fiscal, en particulier sur le plan international.

Document d'information concernant les inversions

Cette année, nous avons assisté à la plus importante inversion d'une société ouverte à ce jour. En outre, les débats publics se sont intensifiés, et les inversions de sociétés sont devenues le sujet de l'heure pour l'actuel groupe de candidats à l'élection présidentielle. En réaction aux pressions accrues du public, l'IRS a publié le document d'information intitulé *Notice 2015-79*, qui énonce des restrictions supplémentaires concernant les inversions. Ces restrictions comprennent une restriction à l'égard des sociétés mères venant d'un pays tiers et des acquéreurs étrangers non assujettis à l'impôt sur les revenus de toutes provenances dans leur pays d'origine, ainsi que l'élargissement de l'éventail d'actifs et d'opérations dont il ne sera pas tenu compte au moment d'établir s'il y a eu inversion.

Financement

Au début de 2015, l'IRS a publié la note d'information de l'avocat en chef (*chief counsel memorandum*) CCA 201501013, dans laquelle il disait considérer qu'un fonds étranger qui exerçait des activités de prêt et de souscription aux États-Unis par l'entremise d'un gestionnaire de fonds investi d'un pouvoir discrétionnaire était lui-même engagé dans des opérations ou des activités imposables aux États-Unis.

De l'avis de l'IRS, les activités du gestionnaire de fonds avaient été attribuées au fonds étranger étant donné que le gestionnaire de fonds agissait comme mandataire du fonds étranger, peu importe qu'il ait été dépendant ou indépendant de ce dernier. L'IRS a examiné la nature des activités de prêt et de souscription attribuées au fonds étranger et fait valoir que ces activités constituaient une entreprise activement exploitée aux États-Unis et non pas seulement de l'investissement. De plus, les activités de prêt et de souscription étaient trop étendues pour être qualifiées d'« opérations sur valeurs » (*trading in stocks and securities*) et, par conséquent, le fonds étranger ne pouvait se prévaloir des mesures de protection prévues par la loi couramment invoquées pour éviter qu'une opération soit considérée comme une entreprise activement exploitée aux États-Unis. Enfin, l'IRS a conclu que, même si les activités du fonds étaient des opérations sur valeurs, le fonds ne pouvait, en vertu du libellé de ces dispositions, se prévaloir des mesures de protection étant donné qu'il exerçait ses activités par l'entremise d'un mandataire investi d'un pouvoir discrétionnaire.

Bien que la note d'information CCA 201501013 ne crée pas de nouvelles dispositions législatives, son analyse nous renseigne sur l'opinion de l'IRS sur une question pour laquelle il n'existe pas d'indications précises.

Abstention de décisions concernant les scissions

Comme il est indiqué ci-dessus, la loi PATH restreint la capacité des sociétés issues d'une scission de se transformer en FPI afin de dissuader les contribuables qui sont des sociétés de réduire leur fardeau fiscal global en effectuant une scission de leurs actifs immobiliers pour constituer des FPI. Cette année, on a également beaucoup entendu parler du projet de Yahoo! d'effectuer une scission de sa participation dans Alibaba, projet que bon nombre de personnes ont jugé incompatible avec l'obligation prévue à l'article 355 selon laquelle une société contrôlée doit avoir une entreprise active.

Après avoir refusé de se prononcer sur l'opération de Yahoo!, l'IRS s'est penché sur ce genre de scission et a publié le document intitulé *Revenue Procedure 2015-43*. Dans ce document, l'IRS a annoncé qu'il ne se prononcerait plus sans motifs légitimes sérieux (*unique and compelling reasons*) sur les scissions dans le cadre desquelles la juste valeur marchande de l'entreprise activement exploitée (de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée) est inférieure à 5 % de la juste valeur marchande de l'actif brut de la société en question (sauf les scissions visant uniquement des sociétés du même groupe).

Dans la *Revenue Procedure 2015-43*, l'IRS a également annoncé qu'il n'avait plus l'intention de se prononcer sur les scissions visant les FPI et les sociétés de placement réglementées sans motifs légitimes sérieux. Toutefois, dans le cas de scissions visant les FPI, l'abstention de rendre des décisions de l'IRS n'est plus pertinente compte tenu de la disposition de la loi PATH qui prévoit qu'une société qui procède à une scission doit attendre 10 ans avant de pouvoir se transformer en FPI.

En outre, l'IRS s'abstiendra désormais de rendre des décisions concernant des scissions projetées (sauf celles visant uniquement des sociétés du même groupe), avec ou sans motifs légitimes sérieux, si (i) la juste valeur marchande des actifs d'investissement de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée correspond au moins aux deux tiers de la juste valeur marchande globale de son actif brut; (ii) la juste valeur marchande de l'entreprise activement exploitée de cette société est inférieure à 10 % de la juste valeur marchande de ses actifs d'investissement; et (iii) le ratio de la juste valeur marchande des actifs d'investissement par rapport aux autres actifs de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée représente au moins le triple du ratio de l'autre société.

Bien que la *Revenue Procedure 2015-43* constitue une indication claire de la position de l'IRS à l'égard de telles opérations, elle ne s'attaque pas directement à celles-ci. Vraisemblablement, les sociétés qui envisagent une scission visée par de telles règles pourraient devoir s'en remettre à l'avis de conseillers en fiscalité ou s'appuyer sur un autre document de confort pour obtenir une indication que leur opération ne sera pas contestée.

Partenariats avec des associés étrangers liés

Dans le document intitulé *Notice 2015-34*, l'IRS a annoncé son intention de publier des dispositions réglementaires qui obligerait un associé à déclarer tout gain inhérent relatif à l'apport d'un bien comportant une plus-value à une société de personnes, si la société de

personnes a un ou plusieurs associés étrangers qui sont liés à l'associé qui apporte le bien. Une telle réglementation découragerait certaines ententes qui, selon l'IRS, retardent ou évitent la comptabilisation d'un gain en attribuant le revenu à un associé qui n'est pas assujéti à l'impôt, mais qui fait partie du même groupe de sociétés affiliées que l'associé qui apporte le bien.

Version définitive de la réglementation prise en application du paragraphe 871(m)

L'IRS a publié la version définitive de la réglementation qui s'applique aux « équivalents de dividendes » (*dividend equivalents*) ou aux paiements sur certains contrats de dérivés qui sont subordonnés aux dividendes de source américaine ou sont établis en fonction de tels dividendes. En vertu de cette réglementation, les versements d'équivalents de dividendes qui seraient normalement de source étrangère sont considérés comme des dividendes de source américaine et, par conséquent, sont assujéti à une retenue d'impôt fédérale américaine. La version définitive de la réglementation correspond de manière générale à la version initialement proposée, mais elle contient des différences notables, telles qu'une augmentation du niveau de « delta » requis pour que la réglementation s'applique, qui est passé de 0,7 à 0,8, et une disposition selon laquelle la retenue sur un équivalent de dividende n'a pas à être prélevée avant que le paiement soit réellement effectué. La version définitive de la réglementation s'appliquera généralement aux opérations conclues après le 1^{er} janvier 2017.

Projet de réglementation régissant la cession de survaleur à des sociétés étrangères

Aux termes du paragraphe 367(a) de l'*Internal Revenue Code*, certaines cessions de biens incorporels (exclusion faite de la survaleur et de la valeur d'exploitation) à une société étrangère sont imposables même si les biens incorporels en question seront utilisés dans le cadre d'une entreprise activement exploitée d'une société étrangère. En vertu du paragraphe 367(d), le paiement d'une redevance est imputé au cédant de certains biens incorporels (exclusion faite de la survaleur et de la valeur d'exploitation étrangères). Le projet de réglementation aux termes de l'article 367 prévoit que les cessions de survaleur et de valeur d'exploitation étrangères ne seront plus dispensées de l'application des dispositions relatives à la comptabilisation des gains et aux redevances réputées prévues aux paragraphes 367(a) et (d).

3. Dernières nouvelles concernant les conventions fiscales et le BEPS

Dans notre compte rendu de l'an dernier, nous soulignons le fait que les États-Unis n'avaient ratifié aucune convention fiscale depuis 2010, et que le sénateur Rand Paul avait bloqué la ratification de plusieurs conventions. Le blocage s'est poursuivi tout au long de 2015, ce qui a eu pour effet de retarder la ratification de conventions avec la Suisse, le Japon, le Luxembourg, le Chili, la Hongrie, l'Espagne et la Pologne. Ces conventions ont toutefois été approuvées à l'unanimité par le Comité du Sénat pour les affaires étrangères (*Senate Foreign Relations Committee*), au même titre qu'une convention internationale sur l'assistance mutuelle en matière fiscale. Pour prendre effet, les conventions doivent être ratifiées par l'ensemble des membres du Sénat.

Le Département du Trésor a publié pour le modèle de convention fiscale des États-Unis de nouvelles dispositions proposées qui témoignent d'enjeux semblables à ceux qui sont à l'origine du plan d'action de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfiques (BEPS) actuellement mis en œuvre sous la direction de l'OCDE et des pays membres du G20.

Les dispositions incluent le refus d'accorder les avantages prévus par les conventions dans le cadre de certaines ententes « triangulaires »; le refus d'accorder une réduction du taux d'imposition sur les dividendes, les intérêts, les redevances et d'autres sommes versées par les entités qui se sont expatriées au moyen d'une inversion; le refus d'accorder certains avantages prévus par les conventions qui ont trait à des « régimes spéciaux d'imposition » (*special tax regimes*); l'inclusion d'une règle élargie concernant les « avantages dérivés » (*derivative benefits*); et une disposition qui permet à un pays de résilier partiellement une convention si l'autre pays apporte certaines modifications à sa législation.

La version définitive de ces dispositions devrait être publiée en 2016; toutefois, il reste à voir si ces dispositions auront une incidence à court terme, la signature de bon nombre de conventions fiscales étant actuellement bloquée au Congrès.

En octobre, l'OCDE a publié ses recommandations finales concernant le BEPS. La prochaine étape du projet BEPS consiste en la mise en œuvre des recommandations par les pays membres. Aux États-Unis, il faudra modifier la législation existante et le réseau de conventions fiscales existant pour y parvenir. Certaines modifications, telles que la modification du modèle de convention fiscale susmentionnée, sont déjà en cours. En 2016, les États-Unis continueront de participer au projet BEPS; toutefois, on ne prévoit pas qu'ils joueront un rôle de premier plan, et ils pourraient adopter une approche sélective en ce qui concerne les recommandations du plan BEPS à mettre en œuvre.

4. Instances en cours

Les instances suivantes, en cours en 2015, sont dignes d'intérêt :

Ingersoll-Rand

Au début de 2015, l'IRS a réglé une affaire de chalandage fiscal avec Ingersoll-Rand pour la somme de 86 millions de dollars en impôts. Le différend portait sur une inversion réalisée en 2002 dans le cadre de laquelle Ingersoll-Rand a changé sa résidence fiscale pour les Bermudes, pour ensuite migrer en Irlande, en 2009. Ingersoll-Rand avait restructuré certains billets intersociétés afin que les versements d'intérêt sur ces billets ne soient plus effectués en faveur d'une société des Bermudes, mais plutôt en faveur de filiales situées à la Barbade, en Hongrie et au Luxembourg, et qu'elle puisse ainsi bénéficier des taux d'imposition réduits prévus dans les conventions fiscales applicables. Dans le cadre du règlement, le contribuable a payé le plein montant de l'impôt à payer à l'IRS; toutefois, il semble qu'on ait laissé tomber les pénalités.

Magnesite

L'IRS est d'avis que, si une société de personnes exerce une activité commerciale ou exploite une entreprise aux États-Unis et génère un revenu considéré comme ayant un lien effectif (*effectively connected income*), tout gain constaté par une personne étrangère à la vente d'une participation dans la société de personnes constitue en soi un revenu considéré comme ayant un lien effectif. La position de l'IRS a été consignée dans le document intitulé *Revenue Ruling 91-32* (publié en 1991). Cette position a depuis suscité une vive controverse. Dans l'affaire *Grecian Magnesite, Mining, Industrial and Shipping Co. S.A. v. Commissioner*, en instance devant la Cour de l'impôt, un contribuable fait valoir que le libellé de l'article 741 de

l'*Internal Revenue Code* vient contrer et faire échec à la position de l'IRS sur cette question. La Cour de l'impôt se prononcera vraisemblablement sur cette instance en 2016.

B. Perspectives concernant des changements en matière de fiscalité qui pourraient survenir aux États-Unis en 2016

La principale question pour 2016 sera de savoir si le Congrès entreprendra une vaste réforme fiscale dès maintenant ou s'il attendra l'arrivée d'une nouvelle administration présidentielle en janvier 2017. L'adoption d'importantes dispositions favorables aux contribuables dans le cadre de la loi PATH pourraient avoir ouvert la voie à d'autres réformes fiscales en 2016.

Outre les dispositions du document intitulé *Notice 2015-79* concernant les inversions dont il est question ci-dessus, l'IRS a laissé entendre qu'il annoncerait bientôt un projet de réglementation sur les opérations de dépouillement des gains. Aucun échéancier n'a été annoncé à cet égard, mais les pressions exercées sur le Département du Trésor pour qu'il mette fin aux pertes de revenus fiscaux causées par le dépouillement des gains devraient faire de cette question une priorité en 2016.

Le Département du Trésor devrait publier une version révisée finale de son modèle de convention fiscale, qui devrait prendre en compte les commentaires reçus en 2015 et inclure les dispositions restantes qui n'ont pas été publiées antérieurement dans la version proposée. Il est difficile de savoir quelle incidence le modèle de convention fiscale aura sur les négociations bilatérales futures ou de prévoir ses conséquences pour un grand nombre de conventions et de protocoles signés en attente de ratification par l'ensemble des membres du Sénat.

Comme on l'a déjà mentionné, on s'attend à ce que la Cour de l'impôt rende en 2016 une décision concernant la controverse soulevée par les dispositions relatives au revenu considéré comme ayant un lien effectif des sociétés de personnes. Des décisions pourraient également être rendues à l'égard de plusieurs instances de nature fiscale aux États-Unis qui portent sur la fixation des prix de transfert, comme l'affaire *Altera*, qui repose sur une contestation des règles de l'IRS concernant la fixation des prix des cessions de la rémunération fondée sur des titres de capitaux propres, ainsi que les affaires *Medtronic*, *Eaton* et *Cambridge*, qui soulèvent elles aussi des questions relatives à la fixation des prix de transfert. Enfin, la Cour suprême des États-Unis s'est fait demander d'entendre des contestations concernant l'application par l'IRS de la doctrine de la réalité économique dans le contexte du crédit pour impôt étranger dans les affaires *Salem Financial, Inc. v. United States* et *Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Commissioner*. Il reste à voir si la Cour accordera le *certiorari* dans ces affaires.