

Le 17 octobre 2016

La version définitive du règlement américain sur le traitement fiscal des créances entre parties liées ratisse moins large que certains ne le craignaient

Auteurs : [Peter A. Glicklich](#), [Gregg M. Benson](#) et [Heath Martin](#)

Le 13 octobre 2016, le département du Trésor des États-Unis a publié la version définitive du règlement (et des règlements connexes transitoires) pris en application de l'article 385 de l'*Internal Revenue Code* (le « règlement définitif »).¹ Le règlement définitif recaractérise certaines créances émises à des parties liées, qui sont alors considérées comme des capitaux propres pour les fins de l'impôt fédéral des États-Unis.

Le règlement définitif est une version révisée du règlement qui a été publié sous forme de projet le 8 avril 2016 (le « règlement proposé »). Ce dernier, qui avait pour but de limiter la capacité des multinationales de transférer des profits à l'extérieur des États-Unis au moyen d'opérations de financement intersociétés, avait suscité l'ire des fiscalistes qui en critiquaient la portée excessive et accusaient le département du Trésor d'outrepasser sa compétence administrative que lui confère l'article 385. Plusieurs d'entre eux craignaient que le règlement proposé s'applique à une multitude d'opérations courantes et inoffensives réalisées par des multinationales, par exemple en freinant le recours aux ententes quant à la gestion commune de la trésorerie (*cash-pooling*) et aux centres de trésorerie.

Les intervenants du public ont été nombreux à soumettre des observations détaillées, tant par écrit qu'à l'occasion d'une audience publique tenue le 14 juillet 2016. Le Congrès s'est également joint au concert des critiques, plusieurs sénateurs et représentants importants ayant exprimé leur désaccord avec le règlement proposé. Ces efforts ont trouvé leur aboutissement dans une lettre publique émanant du président du comité sénatorial sur les finances, Orrin Hatch, adressée au secrétaire du Trésor, Jacob Lew, par laquelle il demandait au département du Trésor de reporter l'échéance du règlement proposé et de reformuler ce dernier.

En raison de l'opposition répandue au règlement proposé, le préambule du règlement définitif fournit des réponses détaillées à plusieurs des commentaires soumis par le public et explique les motifs qui ont conduit au rejet de certains d'entre eux. Fait inhabituel, le préambule justifie, de façon précis, le bien-fondé des nouvelles règles, invoquant notamment le fait que le règlement définitif ne devrait affecter qu'environ 1 200 groupes de sociétés. Le département du Trésor y réitère à maintes reprises que le règlement définitif ne devrait avoir d'incidences que sur les contribuables générant des revenus importants et qui émettent des créances à des sociétés étroitement liées (et qui peuvent être structurées de manière à procurer des avantages fiscaux).

À bien des égards, le règlement définitif se présente comme un repli par rapport aux restrictions

imposés par le règlement proposé. Bon nombre des changements apportés dans le règlement définitif assouplissent les règles initialement proposées ou en réduisent la portée. Le département du Trésor et l'IRS ont dépassé les attentes des fiscalistes en publiant rapidement le règlement définitif malgré le tollé déclenché par le règlement proposé et en produisant un ensemble de règles qui touchera finalement un nombre bien inférieur de contribuables et d'opérations qu'initialement prévu.

Les règles générales

De façon générale, le règlement définitif prévoit que les créances émises par une société à une société affiliée (ou à une société de personnes contrôlée par une société affiliée) sont recharacterisées et considérées comme des capitaux propres si lesdites créances sont émises dans le cadre i) d'une distribution aux actionnaires, ii) d'un échange contre des actions d'une société affiliée ou iii) de certains échanges contre des biens dans le cadre d'une réorganisation d'actifs (ces trois types d'opérations étant appelés « opérations visées » dans la présente communication). Les créances émises par une société à une société affiliée sont également recharacterisées et considérées comme des capitaux propres si elles sont émises dans le but principal de financer une des opérations visées. Cette dernière règle est appelée « règle relative au financement » (*funding rule*) dans le règlement définitif.

Le règlement définitif comprend également une règle sur les mécanismes réputés (*per se rule*) aux termes de laquelle certaines émissions de créances sont réputées assujetties à la règle relative au financement. Ainsi, les créances émises pendant la période de 72 mois commençant 36 mois avant, et se terminant 36 mois après, la date d'une opération visée sont considérées comme ayant été émises dans le but principal de financer l'opération en question.

Les règles susmentionnées comportent plusieurs exceptions, dont celle voulant que les profits et les bénéfices de la société qui émet les créances concernées soient déduits de la valeur de l'opération visée. De plus, les règles susmentionnées ne s'appliquent pas à la première tranche de 50 millions de dollars américains de créances émises par une société, aux dettes à court terme ni au financement de nouveaux investissements effectués par l'entremise d'une filiale contrôlée.

Le règlement définitif comprend également des obligations détaillées quant à la documentation requise à l'égard des créances émises entre sociétés affiliées. Les créances sont assujetties aux obligations de documentation si elles sont émises par un membre d'un groupe comprenant au moins une société cotée en bourse, d'un groupe ayant des actifs d'au moins 100 millions de dollars américains ou d'un groupe générant des revenus d'au moins 50 millions de dollars américains.

Les éléments nouveaux du règlement définitif

Les principaux changements apportés au règlement définitif comprennent les suivants :

- Les sociétés assujetties au sous-chapitre S du chapitre 1 du *Internal Revenue Code* (communément appelées *S Corporations* aux États-Unis) sont entièrement dispensées de l'application du règlement définitif, et le traitement fiscal applicable aux sociétés de placement réglementées et aux fiducies de placement immobilier s'apparente à celui des sociétés de personnes – c'est-à-dire que celles-ci sont dispensées de l'application du règlement définitif si elles ne sont pas contrôlées par une société par actions.

- Bien que soit maintenu le critère d'affiliation fondé sur un pourcentage de propriété commune de 80 % en droits de vote ou en valeur, la règle de l'attribution en aval (*downward attribution*) a été supprimée. Cette modification provoquera sûrement un soupir de soulagement parmi les fonds de capital-investissement et leurs promoteurs qui, sinon, auraient été réputés détenir leurs placements par l'entremise d'un groupe affilié.
- Le règlement définitif ne s'applique pas aux créances émises par des émetteurs qui ne sont pas des émetteurs américains.
- Les entités de services financiers assujetties à la réglementation et à la supervision des autorités fédérales, telles que certaines banques et sociétés d'assurance, sont généralement dispensées de l'application des règles relatives à la recharacterisation énoncées dans le règlement définitif. De plus, les créances émises par ces entités sont assujetties à des obligations documentaires moins imposantes.
- De manière générale, les prêts à court terme, y compris les ententes de gestion commune de la trésorerie et les centres de trésorerie internationaux, ne sont pas assujetties à l'application du règlement définitif.
- L'exclusion relative aux revenus et aux profits a été modifiée afin de supprimer les conditions du type « use it or lose it », c'est-à-dire les conditions qui imposent à la société l'obligation de les réutiliser ou d'en accepter la perte.
- Le règlement définitif permet de compenser les apports de capital contre les distributions et acquisitions, pour les fins de la règle de recharacterisation.
- L'effet « de dégringolade » (*cliff effect*) associé à l'exception visant à soustraire les prêts inférieurs à un seuil cumulatif de 50 millions de dollars américains à la recharacterisation a été supprimé; tous les contribuables sont autorisés à exclure la première tranche de 50 millions de dollars américains de créances émises.
- La date d'entrée en vigueur des exigences de documentation a été reportée au 1^{er} janvier 2018. De plus, le délai de trente (30) jours à l'intérieur duquel l'émetteur devait fournir les documents requis a été allongé, le terme étant maintenant la date à laquelle l'émetteur doit produire sa prochaine déclaration d'impôt. De plus, le non-respect des exigences de documentation n'entraîne plus automatiquement la recharacterisation des créances qui seraient alors considérées comme des capitaux propres, lorsque le groupe se conforme aux règles de manière substantielle.
- A également été supprimée du règlement définitif une règle qui aurait permis à l'IRS de diviser un instrument financier afin de considérer une partie de celui-ci comme des créances et une autre partie de celui-ci comme des capitaux propres. Le département du Trésor continuera d'étudier les questions soulevées par cette règle.

Date d'entrée en vigueur

De manière générale, le règlement définitif devrait entrer en vigueur le 19 janvier 2017. Il prévoira une règle de transition selon laquelle les créances émises après le 4 avril 2016 demeureront assujetties à la règle relative au financement, même s'il y a refinancement de ladite créance avant la date d'entrée en vigueur du règlement définitif.

Conclusion

Tel qu'il est mentionné ci-dessus, le département du Trésor et l'IRS ont réussi à atténuer la rigueur du règlement proposé à la suite des critiques que celui-ci avait provoquées. On peut se demander si la sévérité initiale des règles n'avait pas pour but de faciliter l'adhésion au règlement définitif une fois que ce serait estompée la clameur de protestation initiale.

Quoiqu'il en soit, bien que les règles énoncées dans le règlement définitif demeurent très complexes, elles ont fait l'objet d'un certain nombre d'assouplissements favorables aux contribuables. Il ne sera possible de mesurer l'étendue réelle de la victoire des contribuables dans cette bataille réglementaire qu'une fois que les fiscalistes auront débrouillé tous les détails. Dans l'intervalle, les émetteurs qui émettent des créances dans le cadre d'opérations intersociétés ont tout intérêt à travailler en collaboration avec leurs conseillers en fiscalité pour éviter les écueils que présente l'article 385.

¹Sauf indication contraire, tous les articles mentionnés dans la présente publication font référence à des articles de l'*Internal Revenue Code of 1986*, dans sa version modifiée, ou aux règlements pris en application de celui-ci par le département du Trésor.