



Le 13 janvier 2017

Législation fiscale canadienne et américaine : Rétrospective des faits saillants de 2016 et perspectives pour 2017

Chaque année, nous présentons une rétrospective de certains des principaux faits saillants en matière fiscale ayant une incidence sur les entreprises canadiennes et étrangères survenus au Canada et aux États-Unis au cours de la dernière année. De plus, nous faisons état de certaines perspectives concernant des changements en matière fiscale qui pourraient survenir au Canada et aux États-Unis au cours de la prochaine année.

I. RÉTROSPECTIVE ET PERSPECTIVES EN MATIÈRE D'IMPÔT SUR LE REVENU AU CANADA

A. Changements survenus en 2016

1. *Changements législatifs*

Pendant la première année complète au pouvoir du gouvernement libéral, certains changements législatifs ont été apportés dans le but d'atteindre les objectifs de la politique fiscale du nouveau gouvernement et d'autres dans le but de concrétiser les engagements pris par le gouvernement Harper relativement aux propositions fiscales internationales formulées par l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'« OCDE »).

Les principales mesures ont été annoncées dans le budget fédéral de 2016 présenté le 22 mars 2016. Notre article intitulé [Le budget fédéral 2016 : Principales mesures fiscales](#) contient nos observations concernant ces changements, y compris ceux touchant les actions de fonds de substitution, les billets liés et le remisage de dettes. Ces propositions (avec certaines modifications) sont incluses dans un avant-projet de loi publié le 21 octobre 2016, qui a reçu la sanction royale le 15 décembre 2016.

Abolition du régime des immobilisations admissibles

L'année 2016 a marqué la fin du régime des immobilisations admissibles, une caractéristique de longue date de la *Loi de l'impôt sur le revenu (Canada)* (la « Loi de l'impôt ») régissant le traitement de l'achalandage et d'autres biens incorporels n'ayant pas de durée de vie définie. L'intégration du régime des immobilisations admissibles au régime des déductions pour amortissement de la Loi de l'impôt a pris effet le 1^{er} janvier 2017. Bien que les nouvelles règles prévoient, pour les fins du calcul du revenu, des déductions analogues à celles qui étaient offertes sous l'ancien régime des immobilisations admissibles et qu'elles simplifient le système en place, leur adoption aura une incidence considérable sur les ventes par des entreprises canadiennes de leurs activités. Cette incidence sera d'autant plus importante pour les entrepreneurs qui exploitent leur entreprise par l'entremise d'une société privée sous contrôle canadien (une « SPCC »). Les SPCC sont, essentiellement, des sociétés privées canadiennes

qui ne sont pas contrôlées par des non-résidents et/ou des sociétés cotées en bourse. Le gain réalisé par la vente des immobilisations admissibles sera dorénavant imposé comme un gain en capital et assujéti au mécanisme de l'impôt remboursable applicable au revenu de placement réalisé par une SPCC. Pour obtenir plus des détails concernant ces modifications, consulter l'article [Abolition du régime des immobilisations admissibles](#).

Régime d'échange de droits d'émission

Le nouveau régime fédéral d'échange de droits d'émission s'applique aux années d'imposition qui commencent après 2016. Ce régime établit des règles fiscales régissant l'utilisation et la vente de droits d'émission par les contribuables qui sont des émetteurs réglementés. Selon ces règles, les droits d'émission reçus par ces contribuables sont traités comme de l'inventaire mais sont évalués selon leur coût plutôt que selon la méthode du « moindre du coût et de la valeur marchande » généralement applicable à d'autres types d'inventaires.

Un émetteur réglementé n'inclut pas dans son revenu les droits lorsqu'il sont octroyés. Lorsqu'un droit d'émission sert à régler une obligation en matière d'émission, le contribuable peut déduire le coût du droit, et il ne réalisera aucun gain ni ne subira aucune perte quant à la disposition de ce droit. Par contre, la vente d'un droit d'émission à un tiers donnera lieu à un revenu imposable si le produit de la vente est supérieur au coût du droit d'émission vendu. Les droits identiques – soit les droits qui ont essentiellement les mêmes modalités et qui peuvent servir à régler la même obligation en matière d'émission – sont soumis aux règles du calcul de la moyenne du coût stipuler dans la Loi de l'impôt. D'autres règles s'appliquent au traitement des dépenses déduites à l'égard des obligations en matière d'émission ayant une longue durée (ce qui donne lieu à un cycle de déduction-inclusion à l'égard de l'obligation) et à l'évaluation d'un droit d'émission en cas de changement de contrôle.

Élargissement de la portée de la règle anti-évitement prévue au paragraphe 55(2)

Les dividendes versés par une société canadienne à une autre société sont généralement reçus libres d'impôts conformément à la déduction pour dividende intersociétés. La possibilité de se prévaloir de cette déduction est soumise à la règle d'anti-évitement prévue au paragraphe 55(2) de la Loi de l'impôt, qui a par le passé empêché que des dividendes libres d'impôt soient versés dans le but de réduire ou d'éviter les gains en capital lors de la disposition des actions de l'entité versant les dividendes. Dans le budget fédéral 2015, le gouvernement canadien a proposé d'élargir considérablement la portée de cette règle anti-évitement pour l'appliquer à d'autres circonstances que les opérations de dépouillement des gains en capital. Malgré les nombreuses réserves adressées au ministère des Finances, les propositions ont été adoptées le 6 juin 2016. Il est évident que le ministère des Finances craint que l'on abuse de la déduction pour dividendes intersociétés, crainte alimentée par de récentes poursuites en justice visant à contester des opérations très élaborées qui n'ont pas abouti.

La portée du paragraphe 55(2) a été élargie afin de l'appliquer aux dividendes libres d'impôt intersociétés versés aux fins (i) de réduire ou d'éviter les gains en capital à la disposition d'actions; ou (ii) selon le cas, a) de diminuer sensiblement la juste valeur marchande d'une action; ou b) d'augmenter le coût des biens du bénéficiaire du dividende. De plus, la dispense établie de l'application du paragraphe 55(2) pour les dividendes versés entre des membres d'un groupe lié ne s'applique désormais qu'aux dividendes réputés découlant du rachat d'une action. Les nouvelles règles pourraient sensiblement empêcher les contribuables de procéder à certaines opérations de protection contre les créanciers ou même d'effectuer des mouvements ordinaires de trésorerie au sein de leur groupe de sociétés. On espérait que, dans le cadre de

l'élaboration de politiques administratives, l'Agence du revenu du Canada (l'« ARC ») orienterait les groupes de sociétés effectuant régulièrement des mouvements de capitaux par le biais de dividendes, mais les commentaires formulés jusqu'à présent donnent peu d'indications en ce sens.

Une base alternative de cotisation

Il existe depuis longtemps dans la législation fiscale canadienne un principe selon lequel l'ARC ne peut, après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, avancer à l'égard d'une cotisation contestée un nouveau fondement ou un nouvel argument qui entraînerait une augmentation de la cotisation fiscale à payer. Récemment, dans l'affaire *Last c. la Reine*, la Cour d'appel fédérale a confirmé que l'ARC devait non seulement se conformer à ce principe, mais qu'elle devait aussi, lorsqu'elle avance un nouvel argument, traiter chaque source de revenu séparément et s'abstenir d'avancer un nouvel argument qui aurait pour effet de modifier le montant d'impôt payable à l'égard d'une source de revenu donnée (dans l'affaire *Last*, le ministre n'a pas été autorisé à requalifier un gain en capital en revenu d'entreprise après l'expiration du délais pour émettre une nouvelle cotisation). À la suite de cette décision, le paragraphe 152(9) de la Loi de l'impôt a été modifié afin que le ministre du Revenu puisse, après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation, avancer de nouveaux arguments susceptibles de donner lieu à un ajustement du montant d'impôt payable à l'égard de certaines sources de revenu, à condition que le rajustement en question n'entraîne pas une augmentation du montant global de la cotisation (toutes sources confondues).

Ce changement a soulevé des inquiétudes chez les contribuables assujettis aux règles applicables aux grandes sociétés, aux termes desquelles un contribuable est notamment tenu de préciser dans un avis d'opposition chaque question à trancher et ne peut soulever ultérieurement de nouvelles questions. Le contribuable pourrait être lésé si, pendant le processus d'opposition, un nouveau fondement ou un nouvel argument soulevait une nouvelle question à laquelle le contribuable ne s'est pas initialement opposé. Cette latitude accrue donnée à l'ARC pourrait également nuire au processus de vérification fiscale en mettant en question l'utilité d'une renonciation restreinte (outil couramment utilisé pour prolonger la durée du délai de prescription à l'égard d'une ou de plusieurs questions afin de faciliter le processus de vérification en cours) si l'ARC a désormais la capacité de requalifier un montant de revenu visé par la renonciation en une source différente de revenu.

Élargissement de la portée des règles relatives aux mécanismes d'adossement

En 2014, le gouvernement canadien a lancé des règles détaillées (souvent appelées les « règles relatives aux mécanismes d'adossement ») pour empêcher le recours à des intermédiaires dans le but de réduire l'impôt sur les paiements d'intérêt à des non-résidents ou d'éviter l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte, par exemple, en demandant à un non-résident relié de déposer des fonds auprès d'une institution financière qui consent un prêt à un membre du groupe canadien. À compter de janvier 2017, les règles relatives aux mécanismes d'adossement s'appliqueront à un plus grand nombre de catégories d'opérations effectuées au Canada par des non-résidents et à certaines opérations d'adossement effectuées à l'étranger par des résidents canadiens.

Premièrement, la portée de la partie des règles relatives aux mécanismes d'endossement visant à empêcher le recours à des intermédiaires pour réduire les retenues d'impôt a été élargie comme suit : (i) elle s'applique désormais aux structures à plusieurs intermédiaires; (ii) elle s'applique désormais aux loyers, aux redevances et autres paiements semblables (c.-à-d. lorsqu'aucun prêt n'a été consenti à une entité canadienne); et (iii) elle comporte désormais des règles « anti-remplacement » qui s'appliquent aux mécanismes d'adossement avec un intermédiaire mettant en cause des actions ou un bail, une licence ou une entente semblable plutôt qu'un prêt. Les paiements effectués par des résidents canadiens dans le cadre de structures d'investissement faits au Canada par des non-résidents doivent être examinés attentivement surtout du point de vue des règles anti-remplacement, qui pourraient s'appliquer aux actions d'un intermédiaire détenues par un non-résident à l'égard desquelles l'intermédiaire est tenu de verser des dividendes (dividendes dont le montant est établi en fonction des paiements d'intérêt reçus) ou qui comportent un droit de rachat. En outre, ces nouvelles règles pourraient poser d'importants problèmes pour les baux ou les accords de licence entre personnes n'ayant pas entre elles de lien de dépendance.

Deuxièmement, les règles relatives aux mécanismes d'adossement s'appliquent désormais aux prêts effectués à l'étranger par des résidents canadiens afin d'empêcher des sociétés canadiennes de contourner les règles relatives aux prêts aux actionnaires prévues par la Loi de l'impôt en accordant un prêt à une personne sans lien de dépendance à la condition que celle-ci accorde à son tour un prêt à un actionnaire de la société (ou à une personne ou à une société de personnes rattachée). En cas d'application des règles, la société canadienne sera réputée avoir consenti le prêt directement à l'actionnaire (ou à la personne ou à la société de personnes rattachée), et les incidences fiscales associées au prêt seront établies en conséquence. Ces règles rendent plus complexes les arrangements de gestion centralisée de trésorerie réels ou théoriques touchant des sociétés membres de groupes canadiens ou étrangers.

Échange de renseignements fiscaux

En tant que participant au projet de l'OCDE sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (le « Projet BEPS »), le gouvernement fédéral a adopté les normes de déclaration pays-par-pays élaborées par l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales énoncées dans le rapport de l'OCDE intitulé *Action 13 : Instructions relatives à la mise en œuvre de la documentation des prix de transfert et de la déclaration pays par pays*. Les règles de déclaration pays-par-pays prévues par la Loi de l'impôt s'appliquent aux exercices de groupes d'entreprises multinationales commençant à compter du 1^{er} janvier 2016 et devraient généralement s'appliquer aux groupes dont l'entité mère est résidente du Canada et dont le chiffre d'affaires annuel est d'au moins 750 millions d'euros. Le Canada s'est également engagé à échanger spontanément des décisions anticipées relatives à l'impôt avec d'autres administrations fiscales à compter de 2016.

Par ailleurs, le Canada a ajouté une nouvelle partie, la partie XIX, à la Loi de l'impôt, qui porte sur la Norme commune de déclaration de l'OCDE. La Norme commune de déclaration, autre produit du Projet BEPS, oblige le Canada à échanger automatiquement des renseignements relatifs aux comptes financiers avec les autorités fiscales étrangères et impose aux institutions financières certaines procédures de diligence raisonnable et certaines obligations de déclaration visant à obtenir les renseignements requis. La Norme commune de déclaration entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2017.

Établissement des prix de transfert et Projet BEPS

Dans le budget 2016, le ministère des Finances déclare exceptionnellement que l'ARC applique maintenant les orientations révisées de l'OCDE sur l'établissement des prix de transfert, dont on veut qu'elles « permettent une meilleure interprétation du principe de pleine concurrence ». Fait important toutefois, le ministère déclare que l'ARC ne modifiera pas pour l'instant ses pratiques administratives dans les deux secteurs les plus controversés du Projet BEPS de l'OCDE portant sur les prix de transfert, soit l'approche simplifiée proposée à l'égard des services à faible valeur ajoutée et le traitement des entités ayant un fonctionnement minimal (communément appelées en anglais « cash boxes »), qui pourraient avoir une incidence sur le financement de filiales étrangères de multinationales canadiennes. Le Canada décidera de la voie à suivre concernant ces mesures après l'achèvement des travaux de suivi par l'OCDE.

2. Jurisprudence

Privilège des communications entre client et avocat

Dans le jugement *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la constitutionnalité des dispositions de la Loi de l'impôt permettant à l'ARC de formuler des demandes péremptoires pour exiger la production de documents ou la fourniture de renseignements à l'égard d'un contribuable à l'intention d'un tiers et de le faire au moyen d'une ordonnance exécutoire lorsque le tiers est un notaire ou un avocat. Le litige a commencé lorsque l'ARC a formulé des demandes péremptoires à l'intention de notaires du Québec en vue d'obtenir à l'égard de certains contribuables des renseignements qui, de l'avis des notaires, sont protégés par le privilège des communications entre client et avocat. L'ARC a échoué à tous les niveaux judiciaires à faire valoir que le régime des demandes péremptoires est valide sur le fondement d'une exception relative aux relevés comptables prévue à la définition du « privilège des communications entre client et avocat » contenue dans la Loi de l'impôt, qui, en substance, indique que les relevés comptables d'un avocat ne sont pas des communications protégées par le secret professionnel.

La Cour suprême a confirmé que le privilège des communications entre client et avocat est une règle de droit substantielle et un principe de justice fondamentale et qu'il doit demeurer aussi absolu que possible. Sur ce fondement, la Cour a conclu que les dispositions contestées sur les demandes péremptoires étaient inconstitutionnelles et qu'elles étaient sans effet à l'égard des notaires et des avocats dont les dossiers sont protégés par le secret professionnel. La Cour a également conclu que l'exception relative aux relevés comptables prévue à la définition du privilège des communications entre client et avocat était inconstitutionnelle et invalide à toutes fins utiles en raison des restrictions excessives qu'elle impose au privilège des communications entre client et avocat. Dans le pourvoi connexe intitulé *Canada (Revenu national) c. Thompson*, qui est survenu dans le contexte d'une tentative de l'ARC d'obliger un avocat en particulier à communiquer des documents de son cabinet concernant des clients en particulier, la Cour suprême a confirmé sa conclusion concernant l'inconstitutionnalité de l'exception relative aux relevés comptables.

Ces décisions confirment la nature absolue du privilège des communications entre client et avocat et imposent des limites claires en ce qui a trait aux renseignements que l'ARC peut obtenir au moyen du régime de demandes péremptoires prévu dans la Loi de l'impôt. Ce qui est important surtout, c'est que la Cour a souligné que le privilège des communications entre client et avocat appartient au client et que seul le client peut y renoncer, et qu'on doit donner à un avocat ou à un notaire l'occasion de faire valoir le privilège des communications entre client et

avocat au nom du client afin que ce dernier puisse déterminer s'il convient de continuer à faire valoir ce privilège.

La Cour fédérale a récemment examiné le champ d'application du « privilège d'intérêt commun » dans le contexte de la réalisation d'une transaction dans l'arrêt *Iggillis Holdings Inc. v. Canada (National Revenue)* et conclu que le privilège d'intérêt commun ne pouvait être invoqué que dans le cadre d'un litige. Nous vous invitons à lire nos observations sur cette décision dans l'article intitulé [La Cour fédérale refuse d'admettre le privilège de l'intérêt commun dans le contexte des transactions commerciales.](#)

Dans l'affaire *TDL Group Co. v. The Queen*, la Cour d'appel fédérale a confirmé que la somme empruntée pour faire un placement en titres de capitaux propres dans une filiale répondait aux critères de déductibilité de l'intérêt de l'alinéa 20(1)c) de la Loi de l'impôt, aux termes duquel la somme empruntée doit être utilisée en vue de tirer un revenu. Le contribuable (TDL Group Co. [« TDL »]) avait emprunté la somme en question auprès d'une société liée non-résidente avec intérêt en vue de souscrire des actions supplémentaires de sa filiale Tim Donut U.S. Limited, Inc. (« TDUS »). TDUS s'est ensuite servie de la somme empruntée pour accorder un prêt sans intérêt à la société mère du groupe. Le prêt sans intérêt est demeuré en cours pendant sept mois, après quoi TDUS l'a transféré à une autre entité, qui l'a remplacé par un billet portant intérêt. La Cour de l'impôt a rejeté la déduction d'intérêt de TDL pour la période de sept mois pendant laquelle TDUS ne recevait pas d'intérêts sur son prêt à la société mère du groupe. (La Cour de l'impôt n'a pris en considération que l'intérêt payable pendant la première période de sept mois étant donné que l'ARC avait accepté la déductibilité de l'intérêt payable après cette période, alors que le billet à ordre portant intérêt était en vigueur.)

La Cour d'appel fédérale a renversé la décision, jugeant que la Cour de l'impôt s'était trompée en interprétant le critère de fins poursuivies de l'alinéa 20(1)c) comme une obligation, pour le contribuable, d'avoir une expectative raisonnable de tirer un revenu pendant la période de sept mois pendant laquelle le prêt sans intérêt était en cours. Selon la Cour d'appel fédérale, les fins poursuivies par TDL auraient dû être évaluées au moment de la souscription des actions de TDUS. À son avis, le raisonnement de la Cour de l'impôt était fautif puisqu'il mettait l'accent sur l'affectation indirecte immédiate des fonds plutôt que sur l'objet de l'emprunt. La décision de la Cour d'appel fédérale confirme qu'un placement en titres de capitaux propres dans une filiale peut être considéré comme ayant pour but de tirer un revenu même si ce revenu n'est pas nécessairement réalisé dans l'immédiat.

Biens d'un fonds de placement non-résident

Dans l'affaire *Gerbro c. La Reine* (« Gerbo »), la Cour canadienne de l'impôt a examiné la question de savoir si des placements dans cinq fonds de couverture non-résidents constituaient des biens d'un fonds de placement non-résident pour l'application du paragraphe 94.1(1) de la Loi de l'impôt. Ces fonds étaient des fonds de couverture d'entreprise et des fonds de fonds gérés dans des territoires à faibles taux d'imposition et investissant généralement dans des monnaies, des marchandises ou des valeurs mobilières cotées en bourse. Le paragraphe 94.1(1) s'applique lorsque deux conditions sont remplies : (i) la valeur du placement du contribuable découle principalement de placements de portefeuille dans des actifs divers (le « critère de valeur »); et (ii) l'une des raisons principales pour le contribuable de faire le placement peut raisonnablement être considérée comme étant de réduire ou de reporter le paiement de l'impôt canadien par ailleurs payable à l'égard d'un placement direct dans les actifs sous-jacents (le « critère de motif »). Si l'article s'applique, le contribuable se voit attribuer un taux de rendement prescrit sur le capital investi dans les fonds non-résidents. L'ARC a jugé que

les placements du contribuable étaient visés par le paragraphe 94.1(1), ce qui a entraîné une augmentation sensible du revenu du contribuable.

La Cour de l'impôt s'est prononcée sur ces deux critères. Pour ce qui est du critère de valeur, la Cour de l'impôt a souligné que, dans le contexte commercial, le terme « placement de portefeuille » s'entend habituellement d'un placement dans des biens à l'égard desquels l'investisseur n'est pas en mesure d'exercer une influence ou un contrôle important. Lorsqu'un placement est supérieur à un certain seuil et qu'il comporte une participation active à la gestion des activités sous-jacentes, on peut déduire qu'il s'agit d'une participation avec contrôle. La Cour a également conclu que le terme « placement de portefeuille » peut désigner l'inventaire d'une entreprise de placement active.

En ce qui concerne le critère de motif, la Cour a indiqué qu'il n'est pas un critère purement subjectif et que l'intention déclarée d'un contribuable doit être objectivement raisonnable et corroborée par des preuves factuelles. Le critère de motif, qui se rapporte aux raisons principales, peut être réduit à néant par des motifs commerciaux crédibles démontrant que l'obtention d'un avantage fiscal ne figurait pas au nombre des principales raisons du placement. La Cour a indiqué que l'objet du paragraphe 94.1 est d'assurer la neutralité du régime fiscal à l'égard des capitaux exportés en veillant à ce que la décision d'un contribuable d'investir dans un placement non-résident soit une décision neutre non motivée par des raisons fiscales.

Bien que les fonds concernés répondaient au critère d'actif, la Cour de l'impôt a accueilli l'appel du contribuable sur le fondement que le critère de motif aux termes du paragraphe 94.1(1) n'avait pas été rempli puisqu'aucune des principales raisons pour le contribuable d'investir dans les fonds n'était de reporter ou d'éviter le paiement de l'impôt canadien. Il a même été clairement démontré à la Cour que des motifs commerciaux impératifs, y compris la réputation des différents gestionnaires de fonds, ont motivé la décision d'investir dans ces fonds en particulier. Le jugement *Gerbro* contient des observations instructives concernant l'objet du paragraphe 94.1 et établit un cadre utile d'analyse de son application. Le jugement *Gerbro* est présentement en appel devant la Cour d'appel fédérale.

Rectification

Par le passé, une rectification dans les territoires de Common law était attribuée dans certaines circonstances dans lesquelles des parties avaient conclu une entente préalable dont les modalités n'étaient pas correctement consignées dans le contrat l'attestant.

Une forme étendue de rectification a été permise dans la décision rendue en 2000 par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Juliar v. Canada (Attorney General)* (« Juliar »), qui permettait la rectification d'une opération qui ne donnait pas effet à l'objectif fiscal particulier que le contribuable voulait atteindre par l'opération en question. Le jugement rendu par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Québec c. AES* et *Québec c. Riopel* en 2013 a quant à lui permis la rectification d'opérations régies par le *Code civil du Québec*.

Après la décision *Juliar*, l'obtention d'ordonnances de rectification des erreurs fiscales est devenue une pratique assez courante au Canada. Toutefois, dans des motifs publiés le 9 décembre 2016, la Cour suprême du Canada a resserré les critères pour l'obtention d'une rectification en se ralliant au gouvernement dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Hôtels Fairmont Inc.* (« Fairmont ») et l'affaire connexe en droit civil *Groupe Jean Coutu (PJC) inc. c. Canada (Procureur général)*. La décision de la majorité dans l'affaire *Fairmont* a infirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Juliar*. On ne sait pas encore quelle incidence ces décisions auront sur la possibilité d'obtenir une rectification dans un contexte fiscal dans l'avenir.

B. Perspectives sur l'évolution de la fiscalité canadienne en 2017

1. Changements apportés à la règle de 30 % pour les placements dans des régimes de retraite

La législation fédérale régissant les régimes de retraite et leurs filiales limite la capacité de ces entités d'investir dans les actions d'une société comportant plus de 30 % des droits de vote pouvant être exercés en vue de l'élection des administrateurs (la « règle des 30 % »). Cette règle a été adoptée alors que les régimes de retraite devaient de manière générale se limiter aux placements passifs et ne pas prendre une part active dans les entreprises dans lesquelles ils investissaient. Toutefois, l'évolution des conditions du marché et de la manière dont les régimes de retraite canadiens investissent ont amené à en reconsidérer la pertinence.

Dans le budget 2015, le gouvernement fédéral a annoncé son intention de revoir la règle des 30 %. Par suite de cette annonce, il a lancé une consultation publique (voir [Placements des régimes de pension au Canada : La règle des 30 pour 100](#)) dans le cadre de laquelle il a invité les parties intéressées à soumettre leurs commentaires sur la raison d'être de la règle des 30 %, sur les risques pouvant découler de son abolition et sur l'opportunité d'adopter d'autres dispositions législatives pour réduire l'incidence de ces risques. Le ministère a soulevé la question de savoir si des changements fiscaux connexes seraient appropriés dans le contexte d'une modification de la règle des 30 %. La date limite pour soumettre des commentaires était le 16 septembre 2016, et 19 mémoires ont été publiés sur le site Web du gouvernement. Aucun autre renseignement n'a été rendu public jusqu'à présent. Il est à souhaiter que le gouvernement communique sa réponse en 2017.

La consultation du gouvernement fédéral faisait suite à l'annonce de l'abolition de la règle des 30 % en Ontario par le gouvernement de l'Ontario en 2015 (voir [Le gouvernement de l'Ontario entend abolir la « règle des 30 % » pour les régimes de retraite](#)). Le gouvernement ontarien n'a pas encore aboli cette règle.

2. Ratification de la convention multilatérale de l'OCDE

Dans le budget 2016, le gouvernement faisait observer que des modifications aux conventions fiscales du Canada de manière à y intégrer une règle de lutte contre l'abus des conventions fiscales pourraient être réalisées au moyen de négociations bilatérales, de la convention multilatérale de 2016 ou d'une combinaison des deux.

Le 24 novembre 2016, les membres d'un groupe spécial réunissant plus de 100 territoires sous l'égide de l'OCDE ont conclu la négociation de la *Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices* (la « Convention multilatérale »). La Convention multilatérale, qui a été élaborée dans le cadre du Projet BEPS, a pour objet de mettre en œuvre de manière uniforme et efficace les recommandations concernant les politiques et les pratiques aux termes de milliers de conventions fiscales bilatérales entre les territoires participants. Les principales dispositions visent à faire ce qui suit : (i) lutter contre certains « dispositifs hybrides » en refusant d'accorder les avantages conventionnels dans certaines circonstances et en introduisant une règle décisive facultative; (ii) empêcher l'utilisation abusive des conventions fiscales en introduisant le critère d'objet principal et une règle de limitation des avantages; (iii) lutter contre les mesures destinées à éviter artificiellement le statut d'établissement stable en abaissant le seuil dans certaines circonstances; et (iv) améliorer le règlement des différends entre les territoires en introduisant des normes minimales pour la procédure amiable.

La Convention multilatérale a été ouverte à la signature au 31 décembre 2016 et entrera en vigueur après sa ratification par au moins cinq pays. Elle offre aux signataires la possibilité de choisir parmi diverses options pour bon nombre de ses dispositions, et chaque pays doit choisir l'ensemble d'options qu'il souhaite appliquer, quels droits il entend se réserver et quelles seront ses conventions fiscales visées par la convention. La Convention multilatérale a pour objet de simplifier la mise en œuvre des mesures de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices et d'éviter les longues négociations bilatérales entre les territoires qui seraient nécessaires si chaque convention était négociée individuellement.

Si le Canada choisit d'adopter la Convention multilatérale, le Parlement devra la ratifier pour que ses dispositions deviennent exécutoires au Canada. Le ministère des Finances a grandement contribué à la négociation de la Convention multilatérale, mais a déclaré qu'il n'avait pas encore déterminé quels aspects de celle-ci il allait adopter. Il a indiqué que le gouvernement pourrait attendre le prochain budget fédéral pour faire part de sa décision concernant les éléments qu'il entendait adopter. On s'attend à voir surgir d'autres éléments nouveaux à cet égard en 2017 et à avoir, au cours de l'année qui vient, des indications plus générales sur la question de savoir si la Convention multilatérale sera largement adoptée et si elle a réellement simplifié la mise en œuvre du Projet BEPS dans les conventions fiscales bilatérales. Reste aussi à voir quelle position à l'égard de la Convention multilatérale adopteront les États-Unis, eux qui sont largement considérés comme n'étant pas favorables à une approche multilatérale, qui dans une grande mesure, ne correspond pas à leur façon d'aborder les conventions fiscales.

II. RÉTROSPECTIVE ET PERSPECTIVES FISCALES AMÉRICAINES

A. Rétrospective des faits saillants en matière de fiscalité survenus aux États-Unis en 2016

Les objectifs de la réforme fiscale annoncée dans le budget 2016 de l'administration Obama ressemblaient pour l'essentiel aux objectifs de 2015. Néanmoins, le Congrès n'a pas réussi en 2016 à adopter une réforme fiscale approfondie (ni aucune loi fiscale importante).

L'Internal Revenue Service (l'« IRS ») a passé la majeure partie de 2016 à promouvoir diverses mesures réglementaires dans un ultime effort visant à mettre un terme à certains abus perçus avant la fin du mandat du président Obama. À certains moments, ces mesures ont semblé extrêmes, bien que l'IRS ait fait preuve d'une volonté louable d'atténuer certaines des mesures

les plus controversées. Les activités de l'IRS se sont intensifiées vers la fin de l'année, la majorité des initiatives réglementaires ayant été lancées au cours des trois derniers mois de 2016. Comme il est indiqué plus en détail ci-après, parmi les projets d'envergure internationale figurent de nouvelles règles relatives aux créances et aux capitaux propres entre parties liées, aux opérations d'inversion, à la cession de survaleur à des sociétés étrangères, aux scissions de sociétés ayant des liquidités importantes, à l'effet de levier dans le cadre d'une société de personnes, aux garanties « sur les derniers dollars » (*bottom-dollar guarantees*), aux restrictions relatives aux crédits pour impôt étranger, aux opérations en devises et aux dispenses de la retenue d'impôt aux termes de la loi intitulée *Foreign Investment in Real Property Tax Act* (la « loi FIRPTA »).

Les tribunaux ont continué de rendre sporadiquement des décisions en matière fiscale, plus particulièrement dans des causes relatives aux prix de transfert. Malheureusement, la Cour de l'impôt n'a pas (encore) rendu sa décision tant attendue dans l'affaire *Grecian Magnesite*, sur la question de savoir si la vente d'une participation dans une société de personnes peut générer un revenu effectivement rattaché.

Un bref survol de l'actualité fiscale en 2016 précède nos perspectives pour 2017.

1. **Lois fiscales**

Aucune loi fiscale d'envergure n'a été promulguée en 2016.

2. **Faits nouveaux sur le plan administratif**

L'IRS a publié plusieurs notes d'orientation importantes en 2016. La plupart de ces projets de règlements concernaient des opérations qui, selon l'IRS, étaient abusives, notamment les opérations d'inversion ou les opérations de scission de sociétés ayant des liquidités importantes. Au moment où la nouvelle administration se prépare à prendre ses fonctions, cette réglementation constitue peut-être pour l'administration sortante sa dernière occasion de mettre de l'avant son ambitieux programme contre l'évitement fiscal.

Règlement relatif à la redéfinition comme capitaux propres de créances entre parties liées

La réalisation la plus controversée de l'IRS en 2016 a été l'achèvement du règlement pris en application de l'article 385 de l'*Internal Revenue Code of 1986*, dans sa version modifiée (le « Code »), aux termes duquel certaines créances émises entre parties liées sont redéfinies comme capitaux propres pour les besoins de l'impôt fédéral américain. L'IRS a publié en avril la première version du projet de règlement, dont la portée a été jugée excessive et hors de la compétence de l'IRS. De nombreuses observations sur le projet de règlement ont été soumises par des intervenants du public, et certains membres du Congrès ont même demandé à ce que le projet de règlement soit abrogé ou, à tout le moins, à ce que sa date d'entrée en vigueur soit reportée.

L'IRS a répondu en publiant le règlement définitif (et le règlement provisoire connexe) le 13 octobre 2016 (le « règlement pris en application de l'article 385 »). Le règlement définitif représente, de plusieurs façons, un assouplissement par rapport aux règles plus rigoureuses que prévoyait le projet de règlement initial, notamment grâce à l'ajout d'une exonération touchant l'ensemble des créances émises par des sociétés étrangères. Ce cas est un exemple de situation dans laquelle l'IRS a répondu rapidement aux préoccupations des contribuables en élaborant une réglementation plus adaptée aux opérations ciblées.

De manière générale, le règlement pris en application de l'article 385 prévoit que les créances émises par une société à une société affiliée sont redéfinies et considérées comme des capitaux propres si elles 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 les présentes). Aux termes d'une disposition appelée la « règle relative au financement » (*funding rule*), les créances émises par une société à une société affiliée sont également redéfinies et considérées comme des capitaux propres si elles sont émises dans le but principal de financer une opération visée.

Le règlement pris en application de l'article 385 comprend également une règle *per se* (*per se rule*), aux termes de laquelle certaines émissions de créances sont réputées soumises à la règle relative au financement. Aux termes de la règle *per se*, les créances émises pendant la période de 72 mois commençant 36 mois avant la date d'une opération visée et se terminant 36 mois après cette date sont considérées comme ayant été émises dans le but principal de financer l'opération visée.

Le règlement comporte plusieurs exceptions aux règles susmentionnées, dont celle selon laquelle les profits et les bénéfices de la société qui émet les créances concernées doivent être déduits de la valeur de l'opération visée. En outre, les règles susmentionnées ne s'appliquent pas à la première tranche de 50 millions de dollars de créances émises par une société, aux dettes à court terme et au financement de nouveaux investissements effectués par l'intermédiaire d'une filiale contrôlée.

Le règlement pris en application de l'article 385 entre en vigueur le 19 janvier 2017. Le règlement définitif prévoit également une règle de transition selon laquelle les créances émises après le 4 avril 2016 (à savoir la date de publication du projet de règlement pris en application de l'article 385) demeureront soumises à la règle relative au financement, même s'il y a un refinancement de la créance avant la date d'entrée en vigueur du règlement définitif pris en application de l'article 385.

Pour plus de renseignements sur le règlement pris en application de l'article 385, voir [L'IRS présente un projet de règlement et la version définitive du règlement américain sur le traitement fiscal des créances entre parties liées ratisse moins large que certains ne le craignaient](#).

Notes d'orientation concernant les dispositions anti-inversion

Le 8 avril 2016, l'IRS a publié de nouveaux règlements pour contrer les opérations d'inversion (voir [L'IRS publie de nouveaux règlements musclés pour contrer les opérations d'inversion](#)). En règle générale, ces règlements sont plus musclés que les règles anti-inversion antérieures prévues dans les avis de l'IRS publiés en 2014 et en 2015.

Lorsqu'une entité américaine est cédée à une société étrangère dans le cadre d'une opération d'inversion, les incidences fiscales sont déterminées en fonction du pourcentage de propriété de la société étrangère que détiennent immédiatement après l'opération d'inversion les personnes qui étaient propriétaires de l'entité américaine avant l'opération d'inversion et qui ont reçu des actions de la société étrangère du fait qu'elles étaient les propriétaires de la société américaine. Si ce pourcentage s'élève à au moins 60 %, mais à moins de 80 %, la société ayant fait l'objet de l'inversion doit payer un impôt spécial; si ce pourcentage s'élève à au moins 80 %, la société étrangère est considérée comme une société américaine à toutes fins pour les besoins de l'impôt.

Plusieurs des nouvelles dispositions ont une incidence sur le mode de calcul des seuils de 60 % et de 80 %. Par exemple, pour déterminer si l'acquisition d'une société américaine donnée constitue une opération d'inversion, il n'est pas tenu compte des actions de la société étrangère qui ont été émises dans le cadre de l'acquisition d'une autre entité américaine au cours des 36 derniers mois.

Les nouveaux règlements ont fait l'objet de critiques de la part des praticiens, qui considèrent leur portée trop élargie par rapport à celle des règles énoncées dans les avis que l'IRS a publiés en 2014 et en 2015. Plus particulièrement, certains intervenants affirment que les nouveaux règlements pourraient avoir un effet rétroactif dans certains cas et que, par conséquent, l'IRS a outrepassé sa compétence. Comme il est expliqué plus en détail ci-après, le 4 août 2016, la Chambre de commerce des États-Unis a intenté, contre le Western District of Texas, une poursuite dans le cadre de laquelle elle met en doute le pouvoir de l'IRS de publier un règlement permettant le regroupement de certaines opérations au moment de déterminer si les seuils en pourcentage ont été dépassés.

Règlements relatifs à l'apport de survaleur à des sociétés étrangères

Le 15 décembre 2016, l'IRS a publié un règlement définitif sur l'apport de survaleur et de certains autres actifs incorporels par des personnes des États-Unis à des sociétés étrangères. Le règlement définitif remplace les règlements provisoires qui ont été publiés en 1986 ainsi que les projets de règlements publiés en septembre 2015.

En règle générale, les apports de biens à une société en contrepartie d'actions de cette société sont libres d'impôt si, par la suite de l'apport, la société est contrôlée par une personne des États-Unis. Toutefois, dans le cas de l'apport de biens par une personne des États-Unis à une société étrangère, le Code prévoit la non-application de l'exonération d'impôt à moins d'une dispense. La législation antérieure prévoyait une telle dispense, aux termes de laquelle l'apport de survaleur à une société étrangère pouvait être libre d'impôt, mais ce n'est pas le cas du nouveau règlement. De façon générale, le nouveau règlement s'applique aux transferts effectués le 14 septembre 2015 ou après cette date.

Encadrement plus étroit des scissions de sociétés ayant des liquidités importantes

Le 14 juillet 2016, l'IRS a publié de nouveaux projets de règlements sur les scissions libres d'impôt (voir [Les États-Unis proposent d'encadrer plus étroitement les scissions partielles](#)). Pour qu'une scission soit libre d'impôt, la société qui distribue les actions ainsi que la société contrôlée doivent avoir une entreprise exploitée activement depuis cinq ans, et la distribution ne doit pas constituer un stratagème visant la distribution des gains et des bénéfices (ce critère s'ajoutant à de nombreuses autres exigences). Les nouveaux règlements viennent préciser les critères relatifs à l'entreprise exploitée activement et à l'utilisation d'un stratagème.

Aux termes du critère relatif à l'entreprise exploitée activement prévu par les nouveaux règlements, l'entreprise exploitée activement doit représenter au moins 5 % de la valeur totale des actifs de la société qui distribue les actions et de la société contrôlée. Cette disposition vise à empêcher les scissions de sociétés « ayant des liquidités importantes », scissions dans le cadre desquelles la plupart des actifs de la société contrôlée sont des actifs hors exploitation.

Les nouveaux règlements prévoient un certain nombre de nouveaux critères objectifs servant à déterminer si une scission constitue un stratagème. Aux termes des anciens règlements, le critère relatif à l'utilisation d'un stratagème était analysé en fonction des « faits et des

circonstances », ce qui rendait son application complexe. Les nouveaux règlements comprennent une règle sur les stratagèmes réputés (règle *per se*), aux termes de laquelle une scission est systématiquement considérée comme un stratagème lorsque le pourcentage des actifs de chacune des sociétés qui ne sont pas liés à l'entreprise dépassent certains seuils établis.

Orientations sur les dispenses de l'application de la loi FIRPTA adoptées récemment

L'un des principaux faits saillants de 2015 a été la promulgation de la loi intitulée *Protecting Americans from Tax Hikes Act* (la « loi PATH »). La loi PATH prévoyait plusieurs nouvelles dispenses de l'application de la loi FIRPTA pour les investisseurs institutionnels étrangers, dispenses dont certains aspects ont été précisés par un ensemble de règlements publiés le 7 mars 2016. Une disposition importante de ces règlements précise qu'une caisse de retraite étrangère admissible (*qualified foreign pension fund*) peut prouver qu'elle est dispensée de la retenue d'impôt aux termes de la loi FIRPTA en fournissant à la personne qui achète auprès d'elle des intérêts immobiliers américains une attestation en vertu de la loi FIRPTA. Malheureusement, l'IRS n'a pas publié de lignes directrices concernant les nombreuses autres préoccupations découlant de la loi PATH, notamment sur la manière dont un fonds d'investissement étranger peut être considéré comme un « mécanisme de placement collectif admissible » (*qualified collective investment vehicle*) dans le cadre de la détermination des « actionnaires admissibles » pour les besoins de la nouvelle dispense de l'application de la loi FIRPTA.

Il est possible que la nouvelle administration ne priorise pas autant l'élaboration d'orientations concernant la dispense accordée aux caisses de retraite étrangères admissibles et la désignation d'entités étrangères comme mécanismes de placement collectifs admissibles (ainsi que d'autres questions figurant actuellement sur la liste de priorités de l'IRS en matière d'orientations), étant donné que ces éléments profitent surtout aux investisseurs étrangers.

Échange de renseignements fiscaux

Le 29 juin 2016, l'IRS a publié un règlement définitif relatif à la déclaration pays-par-pays qui est conforme à l'Action 13 du Projet BEPS de l'OCDE. Le règlement définitif prévoit l'obligation pour les sociétés dont le chiffre d'affaires est d'au moins 850 millions de dollars de déclarer certains renseignements, pays-par-pays, notamment le bénéfice net, les pertes et le bénéfice accumulé. L'IRS devrait échanger les données recueillies avec d'autres pays qui ont adopté la déclaration pays-par-pays, mais peut cesser le partage de ces données avec les pays qui en autorisent la communication au public.

Notes d'orientation concernant les passifs des sociétés de personnes

Le 3 octobre 2016, l'IRS a publié un ensemble de règlements définitifs et de projets de règlements visant à limiter l'utilisation de l'effet de levier dans le cadre d'une société de personnes, un mécanisme permettant aux investisseurs de libérer des liquidités dans certaines entreprises aux États-Unis sans avoir à payer d'impôt.

En règle générale, un associé qui fournit des biens à une société de personnes et qui reçoit en contrepartie une somme en espèces ou d'autres biens est réputé avoir vendu les biens fournis à la société de personnes dans le cadre d'une « vente déguisée ». Aux termes de la réglementation antérieure, un associé pouvait éviter qu'une vente soit considérée comme une vente déguisée en ayant recours au mécanisme de l'effet de levier. Ce mécanisme permettait la

distribution d'espèces d'une société de personnes à un associé sans qu'une vente déguisée ne soit présumée lorsque la distribution en question était financée au moyen d'une dette de la société de personnes et qu'une tranche de cette dette était attribuée à l'associé qui recevait la distribution aux termes de règles souples permettant d'attribuer des passifs avec recours. Aux termes des nouveaux règlements, tous les passifs d'une société de personnes sont considérés comme des passifs sans recours pour l'application des règles relatives à la vente déguisée (mais pas à d'autres fins), ce qui fait qu'il n'est plus possible d'utiliser l'effet de levier dans le cadre d'une société de personnes.

En outre, l'IRS a limité la capacité des associés d'utiliser les garanties sur les derniers dollars (*bottom-dollar guarantees*) pour éviter que la dette de la société de personnes soit considérée comme une dette avec droit de recours.

De manière générale, ces règlements sont entrés en vigueur le 5 octobre 2016. Une règle de transition particulière prévoit que certains associés dont la part des passifs dépasse leur participation rajustée dans la société peuvent continuer de bénéficier des règles existantes pendant une période limitée.

Restrictions relatives à la disponibilité des crédits pour impôt étranger

Le 6 décembre 2016, l'IRS a publié des règles complexes qui limitent les crédits pour impôt étranger à l'égard des revenus ou des gains réalisés dans le cadre d'une « acquisition d'actifs couverts ». De manière générale, ces nouvelles règles s'appliquent aux acquisitions qui ont lieu après le 7 décembre 2016.

Une acquisition d'actifs couverts s'entend généralement d'une acquisition qui donne lieu à un paiement additionnel pour les besoins de l'impôt américain, mais pas pour les besoins de l'impôt étranger. Selon l'IRS, ces opérations pourraient permettre à un contribuable de se prévaloir de crédits pour impôt étranger à l'égard d'un revenu qui ne sera jamais soumis à l'impôt fédéral américain sur le revenu.

Cette réglementation a, de manière générale, une portée plus large que celle de la réglementation qu'elle remplace. La nouvelle réglementation prévoit même de nouveaux types d'acquisitions d'actifs couverts, notamment (i) les opérations considérées comme des acquisitions d'actifs pour les besoins de l'impôt américain et l'acquisition de participations dans une société de personnes pour les besoins de l'impôt étranger, (ii) les distributions de biens de sociétés de personnes qui donnent lieu à un accroissement de la valeur des biens distribués pour les besoins de l'impôt américain, mais pas pour les besoins de l'impôt étranger, et (iii) les opérations considérées comme des acquisitions d'actifs tant aux termes de la législation américaine qu'aux termes de la législation étrangère qui donnent lieu à un accroissement de la valeur des actifs pour les besoins de l'impôt américain, mais pas pour les besoins de l'impôt étranger.

Réglementation sur les opérations en devises

Le 7 décembre 2016, l'IRS a publié de nombreux règlements détaillés qui fournissent enfin les orientations nécessaires à la détermination des gains ou des pertes d'une « unité d'affaires admissible » (*qualified business unit*). Une unité d'affaires admissible s'entend d'une division d'une entreprise qui tient les livres et registres de cette entreprise dans une monnaie donnée.

Les orientations énoncent les règles qui régissent la comptabilisation des gains et des pertes associées aux devises, y compris dans le cadre de la cessation des activités d'une unité d'affaires admissible. En règle générale, les nouveaux règlements sur les opérations en devises s'appliqueront aux années d'imposition à compter de 2018, bien que les contribuables puissent choisir de les faire appliquer dès 2017.

Ces règlements sont si complexes que l'administration Trump pourrait décider d'en faire un exemple en suspendant leur application ou en les abrogeant.

Nouvelles règles d'information pour les sociétés à responsabilité limitée

Le 13 décembre 2016, l'IRS a établi la version définitive d'un règlement qui prévoit une nouvelle obligation d'information pour les entités transparentes appartenant à un propriétaire étranger unique (voir [IRS Issues Broad Disclosure Rules for Foreign-Owned Disregarded U.S. Entities \[en anglais seulement\]](#)). Auparavant, un étranger pouvait exploiter une entreprise ou exercer des activités de placement par l'intermédiaire d'une entité transparente américaine (notamment une société à responsabilité limitée ne comportant qu'un seul membre qui n'est pas considéré comme une société pour les besoins de l'impôt fédéral américain) sans avoir l'obligation de s'identifier auprès de l'IRS. Le nouveau règlement, généralement applicable à compter de l'année d'imposition 2017, prévoit l'obligation pour une entité transparente américaine de fournir l'identité de son propriétaire au moyen du formulaire 5472 de l'IRS. Cette obligation risque de devenir un piège pour les imprudents ou de causer bien des maux de tête aux étrangers qui détiennent des actifs par l'intermédiaire d'entités transparentes américaines.

Orientations concernant les SPEP

Le 28 décembre 2016, l'IRS a publié des règlements définitifs concernant la propriété indirecte et les obligations d'information des sociétés de placement étrangères passives (les « SPEP »). Les nouveaux règlements prévoient une règle « anti-duplication » (*anti-duplication rule*) selon laquelle une action ne peut être prise en compte deux fois au moment de déterminer si une personne est considérée comme un propriétaire indirect d'une SPEP détenue par une société américaine dans laquelle la personne en question a également une participation. En outre, l'IRS a fourni des orientations sur la manière dont les actionnaires des SPEP devraient remplir le formulaire 8621 de l'IRS, intitulé *Information Return by a Shareholder of a Passive Foreign Investment Company or Qualified Electing Fund* et le formulaire 5471 de l'IRS, intitulé *Information Return of U.S. Persons with Respect to Certain Foreign Corporations*. Ces règlements sont entrés en vigueur le 28 décembre 2016.

3. Dernières nouvelles concernant des causes fiscales

Plusieurs causes en instance devant des tribunaux des États-Unis et de l'Europe présentent un certain intérêt.

Grecian Magnesite

L'IRS est d'avis que tout gain constaté par un étranger à la vente d'une participation dans une société de personnes exerçant une activité commerciale ou exploitant une entreprise aux États-Unis et générant un revenu effectivement rattaché (*effectively connected income*) à la société constitue en soi un revenu effectivement rattaché. 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* (« Grecian Magnesite »), en instance devant la Cour de l'impôt, un contribuable fait valoir que le libellé de l'article 741 du Code a préséance sur la position de l'IRS sur cette question. Nous nous attendions à ce que la Cour de l'impôt rende une décision dans l'affaire *Grecian Magnesite* en 2016, mais elle ne l'a pas fait.

Causes en matière de prix de transfert

En 2016, l'IRS a été particulièrement active en matière de litiges concernant les prix de transfert. Sa stratégie qui consistait à poursuivre activement les contribuables constitués en société multinationale avant l'investiture de M. Trump pourrait expliquer l'augmentation du nombre de causes en instance.

Dans l'affaire *U.S. v. Microsoft Corp.*, l'IRS tente d'imposer un rajustement de 38 milliards de dollars au revenu de Microsoft dans un différend en matière de prix de transfert. Le recours par l'IRS à un cabinet d'avocats privé dans le cadre de la poursuite a déclenché une vive polémique. L'IRS invoque, pour justifier son recours à des conseillers juridiques externes, un règlement dont la version finale a été établie le 12 juillet 2016. La légalité du recours, par l'IRS, à des conseillers juridiques externes est au cœur de la défense de Microsoft dans cette affaire. Par ailleurs, la Chambre de commerce des États-Unis et d'autres groupes commerciaux se sont publiquement opposés au règlement, et le sénateur Rob Portman de l'Ohio a présenté un projet de loi qui interdirait le recours, par l'IRS, à des conseillers juridiques externes. Le comité sénatorial des finances a adopté le projet de loi du sénateur Portman le 20 avril 2016, mais aucune mesure n'a depuis été prise à son égard. Jusqu'à ce jour, la Cour a permis à la poursuite de suivre son cours avec les conseillers juridiques externes de l'IRS.

La cause *Amazon.com, Inc. v. Commissioner* est une autre affaire importante en instance en matière de prix de transfert. Elle porte sur le transfert de biens incorporels à une filiale du Luxembourg au moyen d'une entente de partage des frais marquée, selon l'IRS, par une sous-évaluation considérable. L'enjeu dans cette affaire consiste en un rajustement de 2,2 milliards de dollars au revenu d'Amazon. L'entente relative aux prix de transfert qu'Amazon a conclue avec la filiale du Luxembourg fait également l'objet d'une enquête sur les aides d'État par la Commission européenne, dont il est question ci-après.

L'IRS a perdu une cause en matière de prix de transfert qui a été suivie de près, soit l'affaire *Medtronic, Inc. v. Commissioner*. Cette affaire portait sur le transfert, par un fabricant d'instruments médicaux, d'actifs incorporels à une société affiliée étrangère, cette fois à Porto Rico. Dans ce cas, l'IRS s'est attaqué aux versements de redevances sur les actifs incorporels arguant que la société affiliée portoricaine était une usine d'assemblage plutôt qu'un fabricant indépendant. En conséquence, selon l'IRS, les versements de redevances auraient dû être imposables en application des dispositions du Code portant sur l'impôt des sociétés. La Cour de l'impôt était en désaccord avec l'IRS, concluant que la filiale portoricaine participait à tous les aspects du processus de fabrication.

Contestation judiciaire des règles sur les inversions

Dans l'affaire *Chamber of Commerce v. I.R.S.*, la Chambre de commerce des États-Unis a intenté une poursuite contre l'IRS dans laquelle elle conteste une règle qui aurait pour effet de regrouper des opérations multiples afin d'assujettir des sociétés aux règles anti-inversion. La

Chambre de commerce prétend que, en établissant la nouvelle règle, le Département du Trésor et l'IRS ont outrepassé l'autorité que le Congrès leur a attribuée en application du Code et qu'ils ont violé la législation fédérale en omettant de fournir un avis adéquat et de prévoir une période de consultation des contribuables avant l'adoption du nouveau règlement. Selon toute vraisemblance, le gouvernement contestera l'habilité de la Chambre de commerce à porter l'affaire en justice.

Aide d'État européenne

Le 19 décembre 2016, la Commission européenne a rendu sa décision finale concernant son enquête sur l'aide d'État de 13 milliards d'euros accordée à Apple Inc. La Commission européenne a établi que les avantages fiscaux accordés à Apple par le gouvernement irlandais représentaient une aide d'État inadmissible et qu'Apple devait rembourser leur montant à l'Irlande. La controverse pourrait avoir des répercussions générales sur les multinationales américaines ayant bénéficié d'allègements fiscaux dans l'Union européenne (l'« UE »), comme Starbucks aux Pays-Bas ainsi qu'Amazon et Fiat, au Luxembourg.

Le Département du Trésor des États-Unis a publié un livre blanc critiquant les enquêtes sur les aides d'État menées par la Commission européenne, soutenant que ces enquêtes remettent en question les déterminations de l'impôt internes effectuées par les États membres et qu'elles contreviennent à la législation de l'UE, en raison de la rétroactivité des recouvrements demandés. Pour sa part, le livre blanc s'est attiré des critiques au motif que le Département du Trésor agit pour le compte de sociétés américaines et qu'il n'a pas à dicter à l'Europe comment interpréter ses lois.

Apple et l'Irlande ont annoncé leur intention d'en appeler de la décision de la Commission européenne.

4. Dernières nouvelles concernant les conventions fiscales

Dans le compte rendu de l'an dernier, nous soulignons le fait que les États-Unis n'avaient pas ratifié de convention fiscale depuis 2010 et que le sénateur Rand Paul, qui s'oppose aux dispositions des conventions permettant le partage de renseignements financiers entre les autorités fiscales, avait bloqué le processus de ratification de plusieurs conventions. La situation en ce qui a trait aux conventions fiscales n'a pas changé en 2016. Les conventions en attente de ratification comprennent celles intervenues avec la Suisse, le Japon, le Luxembourg, le Chili, la Hongrie, l'Espagne et la Pologne. Le sénateur Paul a été réélu en novembre, ce qui laisse présager que ce n'est pas demain la veille qu'il va cesser de s'opposer aux conventions signées, mais non ratifiées.

Le 17 février 2016, le Département du Trésor a publié une modification de son modèle de convention fiscale. La version modifiée comprend des dispositions publiées individuellement en 2015, avec certaines modifications, ainsi que certains nouveaux changements apportés aux articles portant sur les intérêts, les dividendes, les redevances et d'autres revenus. Les répercussions pratiques du modèle de convention fiscale modifié sont difficiles à prévoir compte tenu des conventions fiscales non ratifiées en attente à l'heure actuelle au Sénat.

Le processus de ratification de la Convention multilatérale (dont il est question dans notre exposé sur les changements en matière de fiscalité canadienne ci-dessus) s'est amorcé à l'échelle mondiale. Robert Stack, vice-secrétaire adjoint au Trésor des États-Unis en matière de politique fiscale internationale a indiqué que, pour les États-Unis, la disposition la plus

intéressante de la Convention multilatérale est celle portant sur l'arbitrage obligatoire. Il a cependant ajouté qu'une administration future pourrait bien décider que les États-Unis ont avantage à faire cavalier seul et à effectuer l'arbitrage eux-mêmes, bilatéralement.

On ne s'attend pas à ce que les États-Unis signent la Convention multilatérale, puisque la plupart des principes sur lesquels elle se fonde font déjà partie de leurs conventions fiscales en vigueur. La décision finale concernant l'adoption de la Convention multilatérale reviendra à l'administration Trump.

B. Perspectives concernant des changements en matière de fiscalité qui pourraient survenir aux États-Unis en 2017

Le fait saillant de la réforme fiscale prévue aux États-Unis en 2017 est l'élection de Donald Trump en tant que prochain président. Les politiques fiscales que M. Trump a défendues pendant sa campagne donnent à penser que les prochaines années pourraient être favorables aux contribuables, particulièrement ceux qui sont fortunés. Il est néanmoins difficile de prévoir avec quelque exactitude les propositions particulières que la nouvelle administration pourrait mettre de l'avant.

Le fait que les républicains contrôlent à la fois le Congrès et la Maison-Blanche laisse entendre que la législation fiscale a de meilleures chances d'être adoptée que pendant les années au pouvoir de l'administration Obama, relativement caractérisées par des impasses. Plus particulièrement, les républicains semblent avoir fait d'une réforme fiscale en profondeur une priorité en 2017; ainsi, les probabilités qu'une telle réforme soit mise en œuvre sont plus grandes qu'elles ne l'ont été depuis de nombreuses années.

Les observateurs ont consulté le projet de réforme fiscale des républicains (le « projet de réforme ») publié le 24 juin 2016, afin de trouver des indications sur les types de réformes fiscales pouvant être incluses dans la réforme fiscale globale de l'administration Trump. Le projet de réforme préconise trois catégories principales de réformes : (i) égaliser le traitement des importations et des exportations par l'adoption d'une « taxe sur les flux de trésorerie » générés par les importations aux États-Unis; (ii) favoriser le rapatriement des profits de source étrangère par l'adoption d'un système territorial d'imposition aux États-Unis; et (iii) simplifier les règles fiscales internationales, particulièrement en ce qui concerne la sous-partie F. Bien que les propositions semblent bénéficier d'un important soutien théorique, les observateurs craignent que les mesures exposées dans le projet de réforme contreviennent à l'interdiction de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC ») d'apporter des ajustements fiscaux à la frontière ou de conclure certains autres accords commerciaux.

La liste qui suit présente certaines des principales perspectives fiscales de la nouvelle administration Trump.

1. Réforme fiscale internationale

La réforme fiscale internationale qui touche les multinationales américaines est susceptible de se poursuivre, bien que certaines dispositions puissent, comme conséquence indirecte, favoriser l'investissement direct étranger.

- M. Trump avait auparavant proposé de mettre un terme aux reports d'imposition à l'étranger, en prévoyant des frais non récurrents correspondant à 10 % des profits antérieurement différés. D'autres propositions comprennent un impôt minimum sur les profits de source étrangère ou une exonération territoriale à l'égard des revenus d'entreprise.
- De telles propositions auraient une incidence sur le résultat net des états financiers des sociétés, mais au moins, le revenu comptable cible (*book income hit*) s'appliquerait de façon égale à tous.
- La réduction des taux éliminerait la plupart des incitations à réaliser des opérations d'inversion, et la suppression des reports d'imposition à l'étranger répondrait à la plupart des préoccupations concernant les prix de transfert.
- M. Trump prétend que les États-Unis pourraient neutraliser le « dumping » avantageux sur le plan fiscal des régimes dotés d'une taxe sur la valeur ajoutée (la « TVA ») en adoptant leur propre TVA. Ce pourrait être un moyen de compenser la baisse des recettes fiscales causée par certaines des autres réformes de l'administration Trump; certains pourraient toutefois recommander d'accompagner la TVA de crédits remboursables pour les personnes à faible revenu afin de compenser le caractère régressif de la TVA.
- Il est peu probable que les États-Unis imposent directement les investisseurs étrangers à des taux supérieurs. Ainsi, une réduction des taux d'imposition aiderait également les investisseurs étrangers.

2. **Taux d'imposition inférieurs**

Dans un contexte où les taux d'imposition sont en baisse, de nombreux contribuables tenteront de différer l'imposition, d'accélérer les retenues et de conclure des ventes à tempérament. Puisque M. Trump sera au pouvoir pendant une durée maximale de huit ans, il vaudra mieux se dépêcher d'en profiter pour faire sa planification fiscale. M. Trump fonde son plan fiscal sur un taux d'imposition du revenu ordinaire des particuliers d'au plus 33 %, un taux d'imposition des gains en capital à long terme d'au plus 20 % et un taux d'imposition des entreprises d'au plus 15 %, à la fois pour les sociétés et les entités intermédiaires. En plus de baisser les taux d'imposition, M. Trump cherchera vraisemblablement à éliminer l'impôt Obamacare de 3,8 % sur le revenu de placement net et l'ensemble de l'impôt minimum de remplacement.

Paradoxalement, si, sous l'administration Trump, le revenu des entreprises intermédiaires est imposé à un taux inférieur à celui qui s'applique au revenu de placement, le revenu des courtiers deviendra plus avantageux sur le plan fiscal que celui des négociateurs.

Si les entreprises intermédiaires sont imposées à un taux inférieur sur les gains en capital à long terme, il n'y aura plus de raisons d'éliminer l'impôt actuel sur les intérêts passifs. Toutefois, comme les deux parties souhaitent régler la question de l'échappatoire fiscale que constitue l'intérêt passif, l'adoption d'une telle disposition semble relativement probable (comme elle l'est depuis près d'une dizaine d'années).

3. **Échappatoires fiscales**

Comme bon nombre de politiciens, M. Trump a exprimé son intention d'éliminer les échappatoires fiscales courantes. Les dispositions suivantes pourraient être visées :

- *Déductions pour dons de bienfaisance.* Il est à noter qu'une tentative de réduire ces déductions pourrait nuire au secteur des organismes sans but lucratif.
- *Déductions détaillées (itemized deductions).* Une limite ou un plafond sur la valeur des déductions détaillées pourrait inciter les contribuables à inclure des dépenses d'investissement et des dépenses personnelles dans leurs livres d'entreprise (par exemple, à titre de « remboursements corroborés »).
- *Avantages destinés au secteur immobilier,* comme les échanges de biens équivalents, les sociétés de personnes cotées en bourse et les FPI. Bien que les investisseurs immobiliers aient toujours joui de nombreux avantages fiscaux, de tels avantages sont, pour les artisans des réformes fiscales, faciles à mettre en œuvre.

4. *Élimination progressive des déductions au titre des intérêts*

L'une des sources de revenus annoncées par M. Trump découlerait de l'élimination progressive des déductions pour frais d'intérêts liés à l'entreprise ou de l'établissement d'un plafond sur celles-ci. Une telle mesure entraînerait vraisemblablement un désendettement massif de l'économie. Les contribuables auraient tout avantage à augmenter dès maintenant leurs niveaux d'endettement pour tirer profit des dispositions de droits acquis que pourrait contenir toute loi visant à éliminer progressivement les déductions susmentionnées.

5. *Planification du patrimoine*

Sous l'administration Trump, les occasions de planification du patrimoine devraient se multiplier. Par conséquent, il est possible que les projets de règlement sur l'évaluation des actifs pour les besoins de l'impôt sur les successions et les dons ne soient pas finalisés tout de suite. En outre, l'exonération fiscale à vie au titre de l'impôt sur les successions et les dons pourrait être augmentée, possiblement jusqu'à concurrence de 10 millions de dollars ou plus par personne. Par ailleurs, l'impôt sur les dons et les successions pourrait être entièrement supprimé, comme M. Trump l'a promis, et remplacé par un impôt sur le revenu au décès (comme celui du Canada) avec une exclusion de 10 millions de dollars pour les gains de faible importance.

6. *Incitations à l'investissement dans les infrastructures*

Il est possible qu'aucune mesure de stimulation supplémentaire au moyen du régime fiscal fédéral ne s'applique aux investissements dans les infrastructures, une préoccupation ayant mené à l'adoption de la loi PATH l'année dernière. Cependant, nous ne serions pas surpris de constater une augmentation des obligations bénéficiant d'avantages fiscaux, une prolongation des crédits pour énergie renouvelable ou la prise de mesures similaires.

7. *Assouplissement de la réglementation*

Bien que M. Trump soit considéré comme étant contre la réglementation de façon générale, nous serions étonnés qu'il abolisse la plupart des règlements récents dont il est question ci-dessus. En outre, la réforme réglementaire devrait raisonnablement précéder l'adoption de toute législation fiscale, compte tenu du processus de réalisation de chacune et de leur incidence sur la budgétisation de toute législation future.

8. *Considérations macroéconomiques*

Bien que les économistes aient reconnu qu'il est difficile de prédire l'incidence des politiques de M. Trump sur le dollar américain, théoriquement, en l'absence d'une inflation non contrôlée, le dollar devrait prendre de la vigueur. Toutefois, l'inflation réglerait de nombreux problèmes fiscaux (en dehors du régime fiscal).

- L'inflation favoriserait le remboursement de la dette publique. Le Département du Trésor actuel a démenti la rumeur voulant que l'on doive s'attendre à une vague de refinancement en prévision de l'inflation. Pendant sa campagne, M. Trump a laissé entendre que l'augmentation de l'inflation pourrait être un atout stratégique pour la renégociation de la dette publique.
- Une augmentation correspondante des rendements maintiendrait les retraités à l'écart du marché du travail, contribuant ainsi au maintien d'un faible taux de chômage. En outre, l'augmentation des rendements profiterait aux émetteurs de titres d'emprunt à faibles taux, du moins à court terme.

Si vous avez des questions sur ce qui précède, veuillez communiquer avec [Ian Crosbie](tel:416.367.6958) (416.367.6958) ou [Raj Juneja](tel:416.863.5508) (416.863.5508), à notre bureau de Toronto; avec [Nathan Boidman](tel:514.841.6409) (514.841.6409), [Brian Bloom](tel:514.841.6505) (514.841.6505), [Marie-Emmanuelle Vaillancourt](tel:514.841.6543) (514.841.6543) ou [Michael Kandeve](tel:514.841.6556) (514.841.6556) à notre bureau de Montréal; ou avec [Peter Glicklich](tel:212.588.5561) (212.588.5561) ou [Gregg M. Benson](tel:212.588.5508) (212.588.5508) à notre 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, à Toronto et à 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 aux présentes 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.