

Survol général des nouvelles règles d'asymétrie hybride



Sammy Cheaib
Avocat
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.
scheaib@dwpv.com

Dans le Budget fédéral de 2021, le ministère des Finances du Canada (« Ministère ») a annoncé son intention de mettre en place un cadre législatif destiné à neutraliser les avantages fiscaux résultant des « dispositifs hybrides ». Dans cet objectif, le Ministère a publié, le 29 avril 2022, un premier ensemble de propositions législatives (« Règles d'asymétrie hybride »). Il s'agit de la première étape d'une approche en deux temps : un second ensemble de règles sur les dispositifs hybrides est attendu dans un futur rapproché.

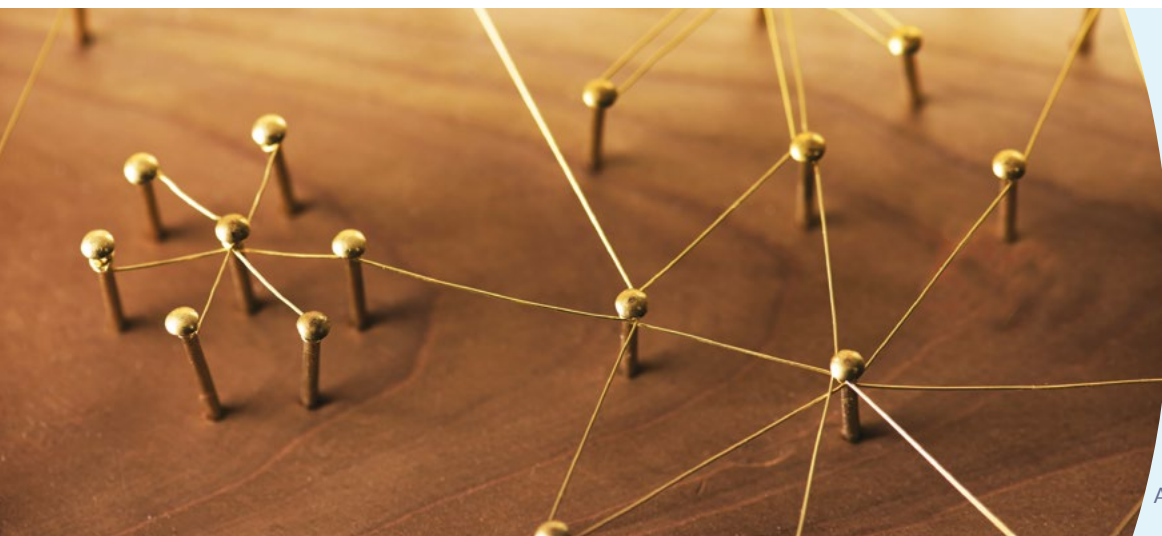
De manière générale, les Règles d'asymétrie hybride viseront certaines structures transfrontalières qui, d'un point de vue fiscal, tirent parti du fait qu'elles sont traitées différemment par les lois fiscales de deux ou plusieurs pays en raison de leur caractère hybride.

Objet des Règles : asymétries hybrides

Il arrive qu'une même situation factuelle reçoive des qualifications juridiques différentes suivant le droit interne de différents pays. C'est ce que l'on appelle communément un « hybride ». Parmi les formes les plus courantes, l'on retrouve les instruments hybrides, dont l'objet de la divergence de qualification est un instrument juridique. Un contrat peut, par exemple, constituer un emprunt en droit canadien et, à l'inverse, un apport en capital en droit étranger. L'hybridité d'une situation peut aussi concerner une entité juridique. Dans le passé, plusieurs structures fiscales transfrontalières ont profité du fait que certaines entités juridiques étaient traitées comme de simples entités intermédiaires (c'est-à-dire, transparentes) en vertu du droit étranger, alors qu'elles constituent des sociétés imposables aux fins de l'impôt canadien.



Xavier Plomteux
Étudiant en droit
Davies Ward Phillips & Vineberg
s.e.n.c.r.l., s.r.l.
xplomteux@dwpv.com



La qualification juridique d'une situation donnée influence son traitement fiscal. C'est pourquoi un hybride risque d'être imposé différemment dans deux juridictions et, le cas échéant, l'asymétrie de traitement fiscal offre aux contribuables des possibilités intéressantes de planification. Notons que les asymétries fiscales qui résultent de l'hybridité d'une situation peuvent prendre plusieurs formes, entre autres celles d'une déduction/non-inclusion ou d'une double déduction. Un exemple courant d'asymétrie de déduction/non-inclusion est la situation où un paiement effectué par un contribuable canadien aux termes d'un instrument hybride donne lieu à une déduction d'intérêts au Canada, sans toutefois entraîner d'inclusion de revenu équivalente dans une juridiction étrangère.

Contexte d'adoption des Règles d'asymétrie hybride

L'instauration des Règles d'asymétrie hybride au Canada fait suite aux recommandations de l'Organisation de coopération et de développement économiques (« OCDE ») et du G20 formulées dans le rapport final sur l'Action 2 du Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) intitulé « Neutraliser les effets des dispositifs hybrides » (« Rapport »). L'objectif du Rapport était de coordonner les efforts de la communauté internationale pour neutraliser « les effets fiscaux de dispositifs hybrides en mettant fin aux déductions multiples d'une même charge, aux déductions sans imposition correspondante ou aux crédits d'impôt multiples pour un seul montant d'impôt payé à l'étranger ».

Les Règles d'asymétrie hybride et le Rapport ont une relation particulière : aux termes des propositions législatives du Ministère, les Règles d'asymétrie hybride devront, en principe, être interprétées conformément au Rapport, comme modifié de temps à autre par l'OCDE, sauf si le contexte exige une interprétation différente.

Présentation des Règles d'asymétrie hybride

Les Règles d'asymétrie hybride ont trois composantes : i) un mécanisme général; ii) une règle ponctuelle; et iii) une règle anti-évitement.

Mécanisme général : conditions d'application

Le mécanisme établi par les articles 12.7 et 18.4 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« L.I.R. ») représente l'élément central des Règles d'asymétrie hybride (« Mécanisme »). Pour l'essentiel, le Mécanisme s'applique lorsque trois conditions sont respectées : i) le contribuable y est assujéti; ii) une asymétrie de déduction/non-inclusion se matérialise; et iii) cette asymétrie résulte de l'un des dispositifs hybrides énumérés.

Assujettissement

Tout contribuable, qu'il soit résident ou non résident du Canada, est soumis au Mécanisme en ce qui concerne ses revenus provenant d'entreprises ou de biens qui sont imposables au Canada. Une société de personnes est considérée comme un contribuable aux fins du Mécanisme.

Cependant, les paiements d'un contribuable ne seront pas tous couverts. De manière générale, le Mécanisme ne s'applique que si : i) le paiement implique des parties qui ont un lien de dépendance ou qui sont des entités déterminées (définies largement : 25 % des votes ou de la juste valeur marchande des participations); ou ii) le paiement découle d'un dispositif structuré, c'est-à-dire qu'il entraîne une asymétrie de déduction/non-inclusion ayant été soit : a) reflétée dans le prix; ou b) recherchée.

Or, dans les cas où le Mécanisme couvre un paiement uniquement parce qu'il découle d'un dispositif structuré, un contribuable pourrait bénéficier d'une exemption : i) s'il n'était pas raisonnable de s'attendre à ce qu'il soit au courant de l'asymétrie; et ii) s'il n'a pas profité de l'avantage fiscal.

Asymétrie de déduction/non-inclusion

En plus d'être couvert par le Mécanisme, un paiement doit aussi entraîner une « asymétrie de déduction/non-inclusion ». En général, une asymétrie de déduction/non-inclusion se produit lorsqu'un paiement, en vertu des lois fiscales des pays concernés, entraîne une déduction du revenu qui excède l'inclusion correspondante. Pour déterminer l'ampleur d'une telle asymétrie, il faut donc comparer le montant de ses deux composantes, soit la déduction et l'inclusion. Leurs méthodes de calcul diffèrent.

D'abord, le calcul de la « déduction » regroupe le total des sommes qui seraient – en l'absence des règles de capitalisation restreinte, des règles de restriction des dépenses excessives d'intérêts et de financement (« RDEIF ») proposées, ainsi que de leurs équivalents étrangers – déductibles au Canada ou à l'étranger en raison du paiement.

Le calcul de l'« inclusion » est plus compliqué, car il se fait en deux étapes. Dans un premier temps, il est nécessaire de déterminer la somme des montants relatifs au paiement qui sont inclus : i) dans le **revenu ordinaire étranger** d'une entité; ou ii) dans le **revenu ordinaire canadien** d'un contribuable. Ces termes sont définis de manière très restrictive. Dans les grandes lignes, ils désignent des montants qui ne bénéficient pas d'un traitement spécial, c'est-à-dire qu'ils sont soumis au « taux général » d'imposition de la juridiction concernée. Dans un second temps, il faut considérer le moment où le montant est inclus dans le revenu. En effet, les seuls montants pris en compte dans le calcul sont ceux qui ont été inclus dans une année d'imposition (canadienne ou étrangère) qui a commencé au plus tard 12 mois après la fin de l'année d'imposition (canadienne ou étrangère) au cours de laquelle la déduction a été faite.

L'excédent éventuel de la déduction sur l'inclusion représente alors le montant de l'asymétrie qui sera assujéti au Mécanisme. Cependant, si l'inclusion est égale à 10 % ou moins de la déduction, elle sera ignorée dans le calcul : le montant de l'asymétrie correspondra alors au plein montant de la déduction.

Le calcul d'une asymétrie de déduction/non-inclusion peut se complexifier lorsqu'un paiement implique un contribuable qui est une société de personnes. Dans les notes explicatives sur les Règles d'asymétrie hybride, le Ministère affirme que le revenu ordinaire canadien d'une société de personnes devra non seulement être réduit des allègements relatifs au paiement dont elle bénéficie, mais aussi de ceux dont bénéficient ses associés

personnellement. Cela peut facilement devenir un casse-tête lorsqu'une société de personnes comprend plusieurs associés de juridictions différentes.

Dispositifs hybrides

Enfin, le Mécanisme ne vise que les asymétries de déduction/non-inclusion qui découlent d'un dispositif hybride (« Asymétries hybrides »). Ainsi, pour que le Mécanisme s'applique à une situation donnée, celle-ci doit comporter deux éléments : 1) un dispositif hybride; et 2) un lien de causalité.

Le Mécanisme énumère de manière restrictive trois catégories de dispositifs hybrides :

- 1) **Dispositif d'instrument financier hybride** : un dispositif en vertu duquel les différences dans le traitement d'un instrument financier aux termes des lois fiscales de différentes juridictions engendrent une asymétrie de déduction/non-inclusion;
- 2) **Dispositif de transfert hybride** : une opération ou série d'opérations incluant un quelconque transfert (disposition, prêt ou autre) d'un instrument financier qui engendre une asymétrie de déduction/non-inclusion; et
- 3) **Dispositif de paiement par substitution** : un dispositif selon lequel un instrument financier est transféré et qui prévoit que, suivant le transfert, un paiement doit être effectué à titre de « substitut » pour les rendements de l'instrument financier transféré.

Ensuite, tout dispositif hybride, sauf un dispositif de paiement par substitution, doit causer l'asymétrie de déduction/non-inclusion. L'existence mais surtout l'étendue de ce lien de causalité importe. En effet, le Mécanisme ne neutralise l'asymétrie de déduction/non-inclusion que jusqu'à concurrence du lien de causalité avec le dispositif hybride. Autrement dit, une asymétrie ne sera pas complètement neutralisée lorsqu'elle s'explique en partie par des raisons autres que l'hybridité.

Mécanisme général : mise en application

Pour neutraliser les Asymétries hybrides, le Mécanisme prévoit deux remèdes législatifs (« Règles ») qui agissent de concert. D'abord, si le payeur est un contribuable canadien, le paragraphe 18.4(4) L.I.R. neutralise l'asymétrie en refusant ou en limitant la déduction au Canada (« Règle primaire »). Il s'agit, en quelque sorte, de la règle de base. Ensuite, si le contribuable canadien reçoit plutôt le paiement, le paragraphe 12.7(3) L.I.R. prévoit l'inclusion du montant de l'asymétrie dans son revenu imposable au Canada (« Règle secondaire »). Cette Règle secondaire ne s'applique qu'aux situations où l'asymétrie n'est pas déjà neutralisée par la non-déduction du paiement en vertu de la Règle primaire d'une juridiction étrangère.

Quoique les Règles s'appliquent de manière très similaire, certaines différences notables existent entre les deux régimes. D'abord, la Règle primaire prévoit un mécanisme d'allègement pour les déductions/non-inclusions temporaires : une déduction refusée aux termes de la Règle primaire peut toujours être « récupérée » dans une année subséquente. Ainsi, lorsqu'un nouveau montant relatif au paiement est éventuellement inclus

au revenu d'une entité, le contribuable peut alors obtenir une déduction équivalente. Aucun allègement similaire n'est disponible pour la Règle secondaire.

Ensuite, dans la mesure où la Règle primaire refuse une déduction d'intérêts payés par une société résidant au Canada à une personne non résidente, ce paiement sera réputé être un dividende aux fins du calcul de la retenue d'impôt de la partie XIII L.I.R.

Enfin, la Règle secondaire s'applique aussi aux dépenses d'intérêts théoriques, ce qui représente une dérogation majeure aux recommandations de l'OCDE émises dans le Rapport. Ces dépenses sont dites théoriques parce que, malgré l'absence de paiement ou d'une obligation légale de payer l'intérêt, un montant « fictif » est néanmoins déductible dans une juridiction donnée. À titre d'exemple, des dépenses d'intérêts théoriques peuvent survenir lorsqu'un créancier profite d'un redressement à la baisse du prix de transfert des intérêts qu'il a reçus, mais que la juridiction du débiteur ne prévoit pas de réduction équivalente des dépenses d'intérêts. Il survient alors une asymétrie de déduction/non-inclusion, car seul le montant inclus au revenu du créancier est réduit. Cependant, celle-ci ne résulte pas d'une hybridité. Cette absence de lien de causalité empêcherait normalement l'application de la Règle secondaire, mais cette condition est réputée être respectée dans le cas de dépenses d'intérêt théoriques.

Pour conclure, il convient de mentionner que les Règles primaires et secondaires ont préséance sur les règles de capitalisation restreinte, ainsi que sur les règles RDEIF, tant canadiennes qu'étrangères. Cette ordonnance est au désavantage des contribuables.

Règle ponctuelle

Les Règles d'asymétrie hybride prévoient aussi une règle ponctuelle au paragraphe 113(5) L.I.R. (« Règle ponctuelle »). Cette Règle ponctuelle s'applique en présence d'une asymétrie de double déduction. Pour l'essentiel, elle empêche les contribuables de déduire des dividendes reçus de sociétés étrangères affiliées en vertu de l'article 113 L.I.R. lorsque le dividende entraîne déjà une déduction pour une autre entité.

Cette asymétrie de double déduction n'a pas besoin de résulter d'une hybridité. De surcroît, la Règle ponctuelle s'applique avant plusieurs autres restrictions qui sont susceptibles de toucher le versement de dividendes, incluant le Mécanisme ou des règles équivalentes étrangères. Il convient également de noter que, lorsque la Règle ponctuelle interdit la déduction de dividendes reçus, aucun dispositif (déduction/crédit) ne permet alors de compenser l'impôt étranger ayant été retenu sur ces paiements.

Règle anti-évitement

Une règle anti-évitement est spécifiquement mise en place pour les Règles d'asymétrie hybride. Ainsi, même si une opération ou série d'opérations ne répond pas aux exigences techniques du Mécanisme ou de la Règle ponctuelle, une asymétrie de déduction/non-inclusion (ou tout autre résultat similaire) pourrait malgré tout être neutralisée.

Structures touchées

Concrètement, les Règles d'asymétrie hybride proposées par le Ministère devraient avoir une incidence relativement limitée sur les contribuables canadiens. En effet, la majorité des structures fiscales transfrontalières fondées sur des asymétries hybrides, comme les structures *Repo*, *Tower* et *Lux FinCo* sont déjà inefficaces du fait que plusieurs juridictions possèdent déjà des règles sur les dispositifs hybrides depuis un certain temps.

Toutefois, certains pays, incluant les États-Unis, ont uniquement adopté des restrictions applicables aux « paiements sortants » (c'est-à-dire, l'équivalent de notre Règle primaire). Par conséquent, quelques rares structures fondées sur des asymétries hybrides – dont la composante de déduction est située au Canada – sont toujours envisageables. Celles-ci pourraient donc être neutralisées par les Règles d'asymétrie hybride. La structure communément appelée *Forward Subscription* en est un parfait exemple : étant donné qu'elle n'implique pas de déductions aux États-Unis, mais seulement au Canada, elle n'a pas été empêchée par le nouvel article 267A de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis.

Toutefois, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») s'attaque déjà depuis un bon moment à certaines structures hybrides à l'aide des règles sur les prix de transfert. En juillet 2019, l'ARC a émis un rare avis à l'attention des professionnels de l'impôt pour indiquer qu'elle appliquerait les alinéas 247(2)b) et 247(2)d) L.I.R. aux dispositifs d'asymétrie hybride. En novembre 2021, à l'occasion de la 73^e conférence annuelle de la Fondation canadienne de fiscalité, l'ARC a affirmé qu'elle continuerait d'appliquer les règles sur les prix de transfert en attendant l'adoption des Règles d'asymétrie hybride.

Prochaines étapes

Les Règles d'asymétrie hybride vont généralement s'appliquer aux paiements survenant à partir du 1^{er} juillet 2022. Cela dit, certains effets rétroactifs sont néanmoins envisageables. Tout d'abord, les structures transfrontalières existantes seront touchées. Ensuite, le terme « paiement » étant défini de manière très large dans les Règles d'asymétrie hybride, celles-ci seront applicables aux paiements conditionnels ou à terme. Ainsi peut-on dire que, dans la mesure où des paiements conditionnels ou à terme ne seront pas « cristallisés » avant le 1^{er} juillet 2022, ceux-ci pourraient être assujettis aux Règles d'asymétrie hybride. Les contribuables devraient donc étudier attentivement leurs arrangements existants qui impliquent de tels paiements.

Un deuxième ensemble de règles sur les « dispositifs hybrides » devrait être publié prochainement. Celui-ci devrait mettre en œuvre les autres recommandations formulées par l'OCDE dans le Rapport : les asymétries de double déduction, les « entités hybrides inverses », ainsi que les « dispositifs hybrides importés » risquent donc d'être visés. Cela dit, le Ministère a affirmé que ce deuxième ensemble de règles s'appliquerait au plus tôt en 2023.