16 JANVIER 2015

Les activités du gestionnaire aux États-Unis : activité commerciale ou entreprise américaine attribuable au fonds lui-même

Auteurs : Peter Glicklich et Scott L. Semer

Aux États-Unis, le revenu des non-résidents considéré comme ayant un lien effectif (*effectively connected*) avec l'exercice d'une activité commerciale ou d'une entreprise aux États-Unis est imposé. L'approche est semblable ailleurs, y compris au Canada. Il existe toutefois dans le *U.S. Code* une exonération faisant en sorte que les opérations sur titres ne sont généralement pas assimilées à une activité commerciale ou une entreprise aux États-Unis. L'exonération s'applique au non-résident qui fait des opérations pour son propre compte ou par l'intermédiaire d'un représentant indépendant. Elle ne s'applique généralement pas aux courtiers.

Dans un avis (*advice memorandum*) récent (*CCA 201501013*), l'IRS s'est penché sur le cas d'un fonds qui agissait comme placeur de titres et prêteur. L'IRS a conclu que le fonds ne pouvait pas bénéficier de l'exonération relative aux opérations sur titres en raison des activités qu'exerçait son gestionnaire aux États-Unis en sa qualité de représentant du fonds. La décision n'a rien de très surprenant eu égard aux faits, mais elle demeure intéressante parce qu'elle jette un peu de lumière sur la position de l'IRS au sujet de l'étendue de l'exonération.

Le gestionnaire du fonds en question exerçait ses activités aux États-Unis à titre de représentant du fonds chargé de vendre et d'acheter des titres et de conclure des contrats exécutoires au nom de celui-ci.[1] Aucune convention fiscale ne s'appliquait aux associés du fonds. Le gestionnaire présentait le fonds comme un placeur de titres et un prêteur. Pour ce qui est de ses activités de placeur, le fonds souscrivait aux titres de divers émetteurs et avait l'habitude d'acheter les titres à un prix fixe auprès de l'émetteur pour ensuite les vendre à un prix majoré aux investisseurs. L'écart entre les deux prix, auquel s'ajoutaient habituellement des honoraires, lui revenait. Quant aux activités de prêteur du fonds, le gestionnaire négociait toutes les modalités des prêts, effectuait le contrôle diligent et touchait habituellement des honoraires au nom du fonds.

L'IRS a conclu que le fonds, par l'intermédiaire du gestionnaire, son représentant, exerçait une activité commerciale ou une entreprise aux États-Unis et ne pouvait donc pas profiter de l'exonération relative aux opérations sur titres étant donné que ses activités ne se limitaient pas à de simples opérations sur titres. Même si ces activités avaient été considérées comme des opérations sur titres, l'IRS a conclu que l'exonération ne se serait pas appliquée parce que selon leur interprétation le fonds était dans les faits un courtier. Il a aussi affirmé que le fonds ne pouvait bénéficier d'une autre partie de l'exonération qui se serait appliquée si le fonds avait exercé ses activités par l'intermédiaire d'un représentant indépendant. Le fonds ne pouvait s'en prévaloir parce qu'il avait investi le gestionnaire d'un pouvoir discrétionnaire. L'IRS semble laisser entendre que le représentant investi d'un pouvoir discrétionnaire ne sera jamais considéré comme indépendant, du moins pour l'application de l'exonération relative aux opérations sur titres. L'IRS a aussi conclu que les activités de montage de prêts du fonds suffisaient à elles seules à le convaincre que le fonds exerçait une activité commerciale ou une entreprise liée aux prêts d'argent plutôt qu'à la négociation de titres. L'IRS a suivi le précédent établi par la cour de l'impôt dans *InverWorld*, où l'on s'était fondé sur le sous-alinéa1.864-4(c)(5) du *Treasury Regulation* pour trancher la question de savoir quand le contribuable serait réputé exercer des activités de prêt, même si le règlement ne s'applique pas directement à la question.

À la lumière des faits exposés, qui laissent clairement voir que les activités du fonds allaient bien au-delà de celles du fonds typique qui souhaite se prévaloir de l'exonération, on ne s'étonne pas de la conclusion de l'IRS. La décision nous rappelle néanmoins que la prudence est de mise lorsqu'on investit dans un fonds qui investit dans des titres ou des prêts aux États-Unis, surtout lorsque le gestionnaire du fonds y exerce ses activités et qu'il agit pour le fonds en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Elle démontre aussi que l'IRS n'hésite toujours pas à attribuer largement les activités du représentant lorsqu'elle doit établir si le contribuable exerce une activité commerciale ou une

entreprise aux États-Unis. Dans l'avis 2009-010, émis en 2009, l'IRS a conclu que la société étrangère en cause exerçait des activités commerciales ou une entreprise aux États-Unis sur la base des prêts dont le montage était réalisé par le représentant, même si celui-ci n'avait aucun pouvoir discrétionnaire. La question de la représentation est plus simple dans le cas qui nous occupe du fait que le gestionnaire du fonds avait un pouvoir discrétionnaire, mais il n'en demeure pas moins que ni le fait que ce dernier gérait aussi d'autres fonds ni le fait qu'aucun n'employé ne travaillait exclusivement pour le fonds n'a empêché l'IRS d'attribuer au fonds les activités du gestionnaire. Ainsi, surtout en l'absence de convention fiscale, l'investisseur étranger qui souhaite bénéficier de l'exonération relative aux opérations sur titres aura tout intérêt à surveiller de près les activités du représentant pour éviter qu'elles soient assimilées à une activité commerciale ou une entreprise aux États-Unis.

---

[1] Le fonds avait été constitué au départ en tant que société de personnes américaine puis a été converti en société de personnes non américaine, fait qui n'a eu aucune incidence sur l'analyse ou la conclusion.

Personnes-ressource : Peter Glicklich

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.

© 2024 DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.