8 AVRIL 2016

L'IRS présente un projet de règlement

Auteurs : Peter Glicklich et Abraham Leitner

L'*Internal Revenue Service* (« l'IRS ») a présenté un projet de règlement aux termes duquel les dettes intersociétés d'un regroupement de sociétés dont la propriété commune est de 80 % seraient considérées, de façon générale, comme des capitaux propres aux fins de l'impôt américain. Les nouvelles restrictions s'appliqueraient à toute dette émise à compter du 4 avril 2016, sous réserve de certaines exceptions limitées; cependant, l'obligation de considérer la dette comme des capitaux propres n'entrerait en vigueur que lorsque le règlement sera promulgué dans sa forme définitive. Celui-ci sera vraisemblablement promulgué cette année, ou bien ne verra jamais le jour. Bien qu'ayant principalement pour objet de réduire les possibilités de transfert de bénéfices dans le contexte d'opérations transfrontalières, notamment par des sociétés ayant procédé à une inversion fiscale, les règles auraient une portée qui dépasserait largement cet objectif.

Le projet de règlement vise à neutraliser la règle énoncée il y a longtemps par la cour d'appel du *Second Circuit* dans l'affaire *Kraft* v. *Commissioner*[1], laquelle règle permet à une société de faire une distribution sous la forme de billets qu'elle émet à son actionnaire unique. En vertu du projet de règlement, la dette serait généralement considérée comme des capitaux propres de l'émetteur. La dette émise en contrepartie d'actions d'une société affiliée ou en échange d'actifs dans le cadre d'une restructuration visant des actifs seraient également considérés comme des capitaux propres aux fins de l'impôt.

De plus, un véritable emprunt de fonds pourrait être recaractériser à titre de capitaux propres par l'IRS lorsque l'emprunt a, ou est considéré comme ayant, pour but principal le financement d'une distribution ou d'une acquisition d'actions d'une société affiliée de l'emprunteur. Le règlement renferme aussi une règle anti-évitement à portée très large et prévoit une présomption irréfragable selon laquelle l'emprunt contracté dans les trois ans précédant ou les trois ans suivant la distribution ou l'acquisition l'a été principalement dans le but de financer une distribution ou d'acquérir des actions d'une société affiliée de l'emprunteur. La portée de cette règle est si large qu'elle se révèlera probablement inapplicable en pratique si elle est adoptée dans sa forme actuelle.

Le projet de règlement prévoit certaines exceptions limitées concernant les prêts entre membres d'un groupe consolidé, les prêts inférieurs à un seuil cumulatif de 50 millions de dollars et les prêts servant à financer les apports de capital de filiales.

Le projet de règlement prévoit également de nouvelles exigences de diligence et de documentation en ce qui a trait aux prêts entre parties liées faisant partie de larges groupes d'entreprises avec des états financiers (*applicable financial statements*). Les nouvelles règles interdiraient les déductions d'intérêts, et tout prêt consenti à un emprunteur affilié serait considéré comme des capitaux propres si les parties omettaient de documenter, au moment de l'octroi du prêt, l'existence de la dette, le droit légitime du prêteur d'exiger le paiement de la dette, la capacité de l'émetteur de rembourser la dette et la diligence raisonnable exercée par le porteur pour recouvrer sa créance.

Le règlement proposé autoriserait expressément l'IRS à diviser un prêt consenti à une partie liée afin de considérer une tranche de celui-ci comme des capitaux propres. Cette mesure pourrait permettre à l'IRS de refuser plus facilement des déductions d'intérêts à l'emprunteur dont la capitalisation est restreinte (*thinly capitalized*), mais pas au point de justifier qu'on considère l'ensemble de la dette comme des capitaux propres. Seraient notamment visés par cette mesure les prêts entre parties liées de groupes d'entreprise sous contrôle commun à hauteur de 50 %.

Les règles proposées pourraient avoir une incidence négative sur les structures dite *tower financing* qu'utilisent les multinationales canadiennes pour financer les activités menées aux États-Unis, ce qui donnerait lieu à une forte augmentation de l'utilisation des instruments hybrides (considérés comme de la dette aux fins de l'impôt étranger mais comme des capitaux propres aux fins de l'impôt

américain). L'utilisation de tels instruments hybrides pourrait entrer en conflit avec les règles visant à contrer le recours à ce type d'instruments qui s'appliquent dans d'autres juridictions ou encore que les États-Unis ou d'autres juridictions pourraient adopter à l'avenir conformément à l'article 2 du Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et du transfert des bénéfices (le « BEPS »), qui cible les instruments hybrides. Peut-être en prévision des occasions susceptibles de créer les nouvelles règles de recaractérisation, le projet de règlement prévoit que les dettes ne seront pas considérées comme des capitaux propres si le contribuable effectue l'opération dans le but principal de tirer de la recaractérisation un avantage aux fins de l'impôt américain. Toutefois, dans les faits, il pourrait être impossible d'appliquer cette restriction étant donné la large portée des règles proposées.

[1] 232 F.2d 118 (1956)

Personnes-ressources : R. Ian Crosbie, Brian Bloom, Michael N. Kandev et 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.