



Le 20 janvier 2016

Législation fiscale américaine : Rétrospective des faits saillants de 2015 et perspectives pour 2016

Chaque année à cette époque, nous présentons une rétrospective de certains des principaux faits saillants en matière de fiscalité des entreprises et de fiscalité internationale survenus aux États-Unis au cours de la dernière année et faisons état de certaines perspectives concernant des changements en matière de fiscalité qui pourraient survenir aux États-Unis au cours de la prochaine année.

I. RÉTROSPECTIVE DES FAITS SAILLANTS EN MATIÈRE DE FISCALITÉ SURVENUS AUX ÉTATS-UNIS EN 2015

Comme nous l'avions prévu dans nos perspectives de l'an dernier, aucune réforme fiscale d'envergure n'a été entreprise en 2015. Toutefois, des révisions des lois fiscales survenues vers la fin de l'année ont mené à des avantages supplémentaires pour les étrangers qui investissent dans l'immobilier et les infrastructures, alors qu'à la même époque l'an dernier, nous avions prévu une diminution d'avantages.

A. Législation fiscale : l'année se termine en lion

À la fin d'une année relativement calme sur le plan de la législation fiscale, le Congrès a publié une série de documents visant à étendre la portée ou la période d'application de différentes mesures fiscales, dont certaines emportaient des changements fiscaux importants, en particulier pour les étrangers qui investissent dans l'immobilier aux États-Unis.

Loi PATH

Une vaste série de modifications fiscales connue sous le nom de « PATH Act » (la « loi PATH ») a été promulguée à la fin du mois de décembre. Ces dispositions législatives devraient favoriser l'investissement étranger aux États-Unis, surtout les investissements dans les biens immobiliers et les infrastructures. Le principal changement est une dispense complète pour les caisses de retraite étrangères admissibles et leurs filiales en propriété exclusive de l'application de la FIRPTA, le régime fiscal américain qui assujettit les propriétaires étrangers de biens immobiliers américains à l'impôt sur le revenu fédéral et à une retenue d'impôt sur les dispositions de biens immobiliers américains. Étant donné que les caisses de retraite étrangères investissent énormément de capitaux, le fait de les dispenser de l'application de la FIRPTA pourrait favoriser le développement de nouvelles sources de financement pour les infrastructures et autres projets immobiliers aux États-Unis.

En outre, la loi PATH a rendu permanent le crédit d'impôt pour recherche et développement et a prorogé d'autres crédits d'impôt liés à l'énergie. Le maintien de la disponibilité de ces crédits

d'impôt devrait constituer un autre facteur favorisant l'investissement dans les infrastructures et d'autres actifs aux États-Unis.

Par ailleurs, la loi PATH comprend des changements qui bénéficient aux étrangers qui investissent dans les fiducies de placement immobilier (« FPI ») américaines, notamment les suivants :

- Le seuil de propriété étrangère qu'une FPI cotée en bourse doit respecter pour être dispensée de l'application de la FIRPTA a été augmenté et est passé de 5 % à 10 %.
- Les gains réalisés par certaines entités cotées en bourse ne sont plus assujettis à l'impôt aux termes de la FIRPTA, mais font plutôt l'objet d'une retenue d'impôt à un taux légèrement réduit. Ce changement ne s'applique pas aux entités détenues à hauteur de plus de 10 % par un même actionnaire.
- La période de comptabilisation des gains inhérents d'une société qui choisit d'être un FPI a été définitivement ramenée à cinq ans.
- Les titres d'emprunt de FPI cotées en bourse constituent désormais des actifs admissibles selon les critères relatifs aux actifs de FPI, mais ils ne peuvent représenter plus de 25 % de l'actif total d'une FPI.

Quelques dispositions qui ne sont pas favorables aux FPI font également partie de la loi PATH. Plus particulièrement, aux termes de la loi PATH, une société ayant participé à une scission en franchise d'impôt aux termes de l'article 355 doit attendre 10 ans avant de pouvoir se constituer en FPI. Cette disposition vise à décourager une stratégie de réduction d'impôt de plus en plus courante suivant laquelle une société qui est un contribuable important fait apport de son actif immobilier à une nouvelle société de portefeuille qui est ensuite transformée en FPI. Ces dernières années, des contribuables de secteurs axés sur l'immobilier tels que les secteurs des casinos, du stockage de documents et de parcs de serveurs ont fait usage de cette stratégie. Cette disposition s'applique aux scissions visant des FPI survenues après le 7 décembre 2015, sauf celles à l'égard desquelles des demandes de décision anticipée en matière d'impôt avaient été déposées avant cette date.

Les dispositions de la loi PATH applicables aux FPI prennent généralement effet au 31 décembre 2015, bien que, comme on l'indique ci-dessus, certaines dispositions prennent effet à des dates particulières.

On ne peut pas encore mesurer l'incidence de ces dispositions sur le secteur immobilier. Toutefois, l'intérêt croissant des caisses de retraite étrangères pour le secteur immobilier américain pourrait créer une nouvelle source majeure de financement pour les exploitants et les promoteurs immobiliers ainsi que pour les personnes qui exercent des activités connexes aux États-Unis.

Enfin, la loi PATH a prorogé un certain nombre d'autres dispositions fiscales internationales, telles que la règle de transparence pour les paiements intersociétés effectués par des sociétés étrangères contrôlées et l'exonération du revenu de financement actif (*active financing income*) aux termes de la sous-partie F.

Procédures d'audit des sociétés de personnes

Vers la fin de l'année, le Congrès a élargi le pouvoir de l'Internal Revenue Service (l'« IRS ») en ce qui a trait aux sous-paiements d'impôt dans le contexte d'audits de sociétés de personnes. En vertu de la version récemment modifiée de l'article 6226, une société de personnes a la responsabilité d'acquitter l'impôt, les intérêts et les pénalités applicables aux sous-paiements imputables aux associés à la suite des ajustements effectués à l'égard de la société de personnes, sauf si cette dernière peut faire et fait annuellement le choix de se soustraire à l'application de cette disposition. Les nouvelles règles d'audit des sociétés de personnes s'appliqueront pour les années d'imposition 2018 et suivantes.

B. Faits nouveaux sur le plan administratif

L'IRS a publié plusieurs lignes directrices importantes qui témoignent de ses préoccupations concernant le risque d'opérations d'évitement fiscal, en particulier sur le plan international.

Document d'information concernant les inversions

Cette année, nous avons assisté à la plus importante inversion d'une société ouverte à ce jour. En outre, les débats publics se sont intensifiés, et les inversions de sociétés sont devenues le sujet de l'heure pour l'actuel groupe de candidats à l'élection présidentielle. En réaction aux pressions accrues du public, l'IRS a publié le document d'information intitulé *Notice 2015-79*, qui énonce des restrictions supplémentaires concernant les inversions. Ces restrictions comprennent une restriction à l'égard des sociétés mères venant d'un pays tiers et des acquéreurs étrangers non assujettis à l'impôt sur les revenus de toutes provenances dans leur pays d'origine, ainsi que l'élargissement de l'éventail d'actifs et d'opérations dont il ne sera pas tenu compte au moment d'établir s'il y a eu inversion.

Financement

Au début de 2015, l'IRS a publié la note d'information de l'avocat en chef (*chief counsel memorandum*) CCA 201501013, dans laquelle il disait considérer qu'un fonds étranger qui exerçait des activités de prêt et de souscription aux États-Unis par l'entremise d'un gestionnaire de fonds investi d'un pouvoir discrétionnaire était lui-même engagé dans des opérations ou des activités imposables aux États-Unis.

De l'avis de l'IRS, les activités du gestionnaire de fonds avaient été attribuées au fonds étranger étant donné que le gestionnaire de fonds agissait comme mandataire du fonds étranger, peu importe qu'il ait été dépendant ou indépendant de ce dernier. L'IRS a examiné la nature des activités de prêt et de souscription attribuées au fonds étranger et fait valoir que ces activités constituaient une entreprise activement exploitée aux États-Unis et non pas seulement de l'investissement. De plus, les activités de prêt et de souscription étaient trop étendues pour être qualifiées d'« opérations sur valeurs » (*trading in stocks and securities*) et, par conséquent, le fonds étranger ne pouvait se prévaloir des mesures de protection prévues par la loi couramment invoquées pour éviter qu'une opération soit considérée comme une entreprise activement exploitée aux États-Unis. Enfin, l'IRS a conclu que, même si les activités du fonds étaient des opérations sur valeurs, le fonds ne pouvait, en vertu du libellé de ces dispositions, se prévaloir des mesures de protection étant donné qu'il exerçait ses activités par l'entremise d'un mandataire investi d'un pouvoir discrétionnaire.

Bien que la note d'information CCA 201501013 ne crée pas de nouvelles dispositions législatives, son analyse nous renseigne sur l'opinion de l'IRS sur une question pour laquelle il n'existe pas d'indications précises.

Abstention de décisions concernant les scissions

Comme il est indiqué ci-dessus, la loi PATH restreint la capacité des sociétés issues d'une scission de se transformer en FPI afin de dissuader les contribuables qui sont des sociétés de réduire leur fardeau fiscal global en effectuant une scission de leurs actifs immobiliers pour constituer des FPI. Cette année, on a également beaucoup entendu parler du projet de Yahoo! d'effectuer une scission de sa participation dans Alibaba, projet que bon nombre de personnes ont jugé incompatible avec l'obligation prévue à l'article 355 selon laquelle une société contrôlée doit avoir une entreprise active.

Après avoir refusé de se prononcer sur l'opération de Yahoo!, l'IRS s'est penché sur ce genre de scission et a publié le document intitulé *Revenue Procedure 2015-43*. Dans ce document, l'IRS a annoncé qu'il ne se prononcerait plus sans motifs légitimes sérieux (*unique and compelling reasons*) sur les scissions dans le cadre desquelles la juste valeur marchande de l'entreprise activement exploitée (de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée) est inférieure à 5 % de la juste valeur marchande de l'actif brut de la société en question (sauf les scissions visant uniquement des sociétés du même groupe).

Dans la *Revenue Procedure 2015-43*, l'IRS a également annoncé qu'il n'avait plus l'intention de se prononcer sur les scissions visant les FPI et les sociétés de placement réglementées sans motifs légitimes sérieux. Toutefois, dans le cas de scissions visant les FPI, l'abstention de rendre des décisions de l'IRS n'est plus pertinente compte tenu de la disposition de la loi PATH qui prévoit qu'une société qui procède à une scission doit attendre 10 ans avant de pouvoir se transformer en FPI.

En outre, l'IRS s'abstiendra désormais de rendre des décisions concernant des scissions projetées (sauf celles visant uniquement des sociétés du même groupe), avec ou sans motifs légitimes sérieux, si (i) la juste valeur marchande des actifs d'investissement de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée correspond au moins aux deux tiers de la juste valeur marchande globale de son actif brut; (ii) la juste valeur marchande de l'entreprise activement exploitée de cette société est inférieure à 10 % de la juste valeur marchande de ses actifs d'investissement; et (iii) le ratio de la juste valeur marchande des actifs d'investissement par rapport aux autres actifs de la société effectuant la distribution ou de la société contrôlée représente au moins le triple du ratio de l'autre société.

Bien que la *Revenue Procedure 2015-43* constitue une indication claire de la position de l'IRS à l'égard de telles opérations, elle ne s'attaque pas directement à celles-ci. Vraisemblablement, les sociétés qui envisagent une scission visée par de telles règles pourraient devoir s'en remettre à l'avis de conseillers en fiscalité ou s'appuyer sur un autre document de confort pour obtenir une indication que leur opération ne sera pas contestée.

Partenariats avec des associés étrangers liés

Dans le document intitulé *Notice 2015-34*, l'IRS a annoncé son intention de publier des dispositions réglementaires qui obligeraient un associé à déclarer tout gain inhérent relatif à l'apport d'un bien comportant une plus-value à une société de personnes, si la société de personnes a un ou plusieurs associés étrangers qui sont liés à l'associé qui apporte le bien.

Une telle réglementation découragerait certaines ententes qui, selon l'IRS, retardent ou évitent la comptabilisation d'un gain en attribuant le revenu à un associé qui n'est pas assujéti à l'impôt, mais qui fait partie du même groupe de sociétés affiliées que l'associé qui apporte le bien.

Version définitive de la réglementation prise en application du paragraphe 871(m)

L'IRS a publié la version définitive de la réglementation qui s'applique aux « équivalents de dividendes » (*dividend equivalents*) ou aux paiements sur certains contrats de dérivés qui sont subordonnés aux dividendes de source américaine ou sont établis en fonction de tels dividendes. En vertu de cette réglementation, les versements d'équivalents de dividendes qui seraient normalement de source étrangère sont considérés comme des dividendes de source américaine et, par conséquent, sont assujétiés à une retenue d'impôt fédérale américaine. La version définitive de la réglementation correspond de manière générale à la version initialement proposée, mais elle contient des différences notables, telles qu'une augmentation du niveau de « delta » requis pour que la réglementation s'applique, qui est passé de 0,7 à 0,8, et une disposition selon laquelle la retenue sur un équivalent de dividende n'a pas à être prélevée avant que le paiement soit réellement effectué. La version définitive de la réglementation s'appliquera généralement aux opérations conclues après le 1^{er} janvier 2017.

Projet de réglementation régissant la cession de survaleur à des sociétés étrangères

Aux termes du paragraphe 367(a) de l'*Internal Revenue Code*, certaines cessions de biens incorporels (exclusion faite de la survaleur et de la valeur d'exploitation) à une société étrangère sont imposables même si les biens incorporels en question seront utilisés dans le cadre d'une entreprise activement exploitée d'une société étrangère. En vertu du paragraphe 367(d), le paiement d'une redevance est imputé au cédant de certains biens incorporels (exclusion faite de la survaleur et de la valeur d'exploitation étrangères). Le projet de réglementation aux termes de l'article 367 prévoit que les cessions de survaleur et de valeur d'exploitation étrangères ne seront plus dispensées de l'application des dispositions relatives à la comptabilisation des gains et aux redevances réputées prévues aux paragraphes 367(a) et (d).

C. Dernières nouvelles concernant les conventions fiscales et BEPS

Dans notre compte rendu de l'an dernier, nous soulignons le fait que les États-Unis n'avaient ratifié aucune convention fiscale depuis 2010, et que le sénateur Rand Paul avait bloqué la ratification de plusieurs conventions. Le blocage s'est poursuivi tout au long de 2015, ce qui a eu pour effet de retarder la ratification de conventions avec la Suisse, le Japon, le Luxembourg, le Chili, la Hongrie, l'Espagne et la Pologne. Ces conventions ont toutefois été approuvées à l'unanimité par le Comité du Sénat pour les affaires étrangères (*Senate Foreign Relations Committee*), au même titre qu'une convention internationale sur l'assistance mutuelle en matière fiscale. Pour prendre effet, les conventions doivent être ratifiées par l'ensemble des membres du Sénat.

Le Département du Trésor a publié pour le modèle de convention fiscale des États-Unis de nouvelles dispositions proposées qui témoignent d'enjeux semblables à ceux qui sont à l'origine du plan d'action de lutte contre l'érosion de la base d'imposition et de transfert de bénéfiques (BEPS) actuellement mis en œuvre sous la direction de l'OCDE et des pays membres du G20. Les dispositions incluent le refus d'accorder les avantages prévus par les conventions dans le cadre de certaines ententes « triangulaires »; le refus d'accorder une réduction du taux d'imposition sur les dividendes, les intérêts, les redevances et d'autres sommes versées par les

entités qui se sont expatriées au moyen d'une inversion; le refus d'accorder certains avantages prévus par les conventions qui ont trait à des « régimes spéciaux d'imposition » (*special tax regimes*); l'inclusion d'une règle élargie concernant les « avantages dérivés » (*derivative benefits*); et une disposition qui permet à un pays de résilier partiellement une convention si l'autre pays apporte certaines modifications à sa législation.

La version définitive de ces dispositions devrait être publiée en 2016; toutefois, il reste à voir si ces dispositions auront une incidence à court terme, la signature de bon nombre de conventions fiscales étant actuellement bloquée au Congrès.

En octobre, l'OCDE a publié ses recommandations finales concernant le BEPS. La prochaine étape du projet BEPS consiste en la mise en œuvre des recommandations par les pays membres. Aux États-Unis, il faudra modifier la législation existante et le réseau de conventions fiscales existant pour y parvenir. Certaines modifications, telles que la modification du modèle de convention fiscale susmentionnée, sont déjà en cours. En 2016, les États-Unis continueront de participer au projet BEPS; toutefois, on ne prévoit pas qu'ils joueront un rôle de premier plan, et ils pourraient adopter une approche sélective en ce qui concerne les recommandations du plan BEPS à mettre en œuvre.

D. Faits nouveaux sur le plan judiciaire

Les instances suivantes, en cours en 2015, sont dignes d'intérêt :

Ingersoll-Rand

Au début de 2015, l'IRS a réglé une affaire de chalandage fiscal avec Ingersoll-Rand pour la somme de 86 millions de dollars en impôts. Le différend portait sur une inversion réalisée en 2002 dans le cadre de laquelle Ingersoll-Rand a changé sa résidence fiscale pour les Bermudes, pour ensuite migrer en Irlande, en 2009. Ingersoll-Rand avait restructuré certains billets intersociétés afin que les versements d'intérêt sur ces billets ne soient plus effectués en faveur d'une société des Bermudes, mais plutôt en faveur de filiales situées à la Barbade, en Hongrie et au Luxembourg, et qu'elle puisse ainsi bénéficier des taux d'imposition réduits prévus dans les conventions fiscales applicables. Dans le cadre du règlement, le contribuable a payé le plein montant de l'impôt à payer à l'IRS; toutefois, il semble qu'on ait laissé tomber les pénalités.

Magnesite

L'IRS est d'avis que, si une société de personnes exerce une activité commerciale ou exploite une entreprise aux États-Unis et génère un revenu considéré comme ayant un lien effectif (*effectively connected income*), tout gain constaté par une personne étrangère à la vente d'une participation dans la société de personnes constitue en soi un revenu considéré comme ayant un lien effectif. 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*, en instance devant la Cour de l'impôt, un contribuable fait valoir que le libellé de l'article 741 de l'*Internal Revenue Code* vient contrer et faire échec à la position de l'IRS sur cette question. La Cour de l'impôt se prononcera vraisemblablement sur cette instance en 2016.

II. PERSPECTIVES CONCERNANT DES CHANGEMENTS EN MATIÈRE DE FISCALITÉ QUI POURRAIENT SURVENIR AUX ÉTATS-UNIS EN 2016

La principale question pour 2016 sera de savoir si le Congrès entreprendra une vaste réforme fiscale dès maintenant ou s'il attendra l'arrivée d'une nouvelle administration présidentielle en janvier 2017. L'adoption d'importantes dispositions favorables aux contribuables dans le cadre de la loi PATH pourraient avoir ouvert la voie à d'autres réformes fiscales en 2016.

Outre les dispositions du document intitulé *Notice 2015-79* concernant les inversions dont il est question ci-dessus, l'IRS a laissé entendre qu'il annoncerait bientôt un projet de réglementation sur les opérations de dépouillement des gains. Aucun échéancier n'a été annoncé à cet égard, mais les pressions exercées sur le Département du Trésor pour qu'il mette fin aux pertes de revenus fiscaux causées par le dépouillement des gains devraient faire de cette question une priorité en 2016.

Le Département du Trésor devrait publier une version révisée finale de son modèle de convention fiscale, qui devrait prendre en compte les commentaires reçus en 2015 et inclure les dispositions restantes qui n'ont pas été publiées antérieurement dans la version proposée. Il est difficile de savoir quelle incidence le modèle de convention fiscale aura sur les négociations bilatérales futures ou de prévoir ses conséquences pour un grand nombre de conventions et de protocoles signés en attente de ratification par l'ensemble des membres du Sénat.

Comme on l'a déjà mentionné, on s'attend à ce que la Cour de l'impôt rende en 2016 une décision concernant la controverse soulevée par les dispositions relatives au revenu considéré comme ayant un lien effectif des sociétés de personnes. Des décisions pourraient également être rendues à l'égard de plusieurs instances de nature fiscale aux États-Unis qui portent sur la fixation des prix de transfert, comme l'affaire *Altera*, qui repose sur une contestation des règles de l'IRS concernant la fixation des prix des cessions de la rémunération fondée sur des titres de capitaux propres, ainsi que les affaires *Medtronic*, *Eaton* et *Cambridge*, qui soulèvent elles aussi des questions relatives à la fixation des prix de transfert. Enfin, la Cour suprême des États-Unis s'est fait demander d'entendre des contestations concernant l'application par l'IRS de la doctrine de la réalité économique dans le contexte du crédit pour impôt étranger dans les affaires *Salem Financial, Inc. v. United States* et *Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Commissioner*. Il reste à voir si la Cour accordera le *certiorari* dans ces affaires.