

13 JANVIER 2015

Revue 2014 et perspectives 2015 en droit fiscal canadien et américain

Auteurs : [R. Ian Crosbie](#), [Nathan Boidman](#), [Brian Bloom](#), [Peter Glicklich](#), [Abraham Leitner](#) et [Raj Juneja](#)

Chaque année à cette période, nous offrons une rétrospective des faits saillants survenus en droit fiscal des entreprises et international au Canada et aux États-Unis au cours de la dernière année ainsi que des perspectives de mesures possibles en droit fiscal canadien et américain au cours de la prochaine année.

I. REVUE ET PERSPECTIVES EN FISCALITÉ CANADIENNE

A. Revue 2014 des faits saillants en fiscalité canadienne

Les modifications législatives

Comparativement aux dernières années, peu de nouvelles mesures en droit fiscal des entreprises et international ont été proposées en 2014.

Les nouvelles mesures en matière d'impôt sur le revenu entrent fréquemment en vigueur à compter de la date de leur annonce. Mais, au cours de la dernière décennie, environ, les mesures proposées ont souvent été édictées avec du retard, ce qui a entraîné un important arriéré législatif. Les contribuables devaient néanmoins produire leurs déclarations de revenus comme si les modifications proposées avaient force de loi. Heureusement, en 2013, un projet de loi technique comptant plus de 1 000 pages a édicté la plupart de ces modifications législatives. En 2014, le projet de loi C-43 (qui a reçu la sanction royale le 17 décembre 2014) a édicté les autres mesures importantes qui n'étaient pas promulguées et a édicté de nouvelles mesures proposées en 2014.

Le budget de 2014

Les mesures fiscales prévues dans le budget fédéral canadien 2014, qui a été déposé le 11 février 2014, étaient minces comparativement à celles des dernières années. Les principaux changements apportés en droit fiscal des entreprises et international, dans le cadre du projet de loi C-43, étaient notamment les suivants :

Règles sur le revenu passif pour les filiales étrangères. En vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu (Canada)* (LIR), les revenus considérés comme des « revenus étrangers accumulés tirés de biens » (REATB) d'une filiale étrangère contrôlée par un contribuable canadien sont imposés au Canada pour l'année pertinente, même si ces revenus ne sont pas versés à ce contribuable. Le budget de 2014 a apporté deux modifications aux règles sur les REATB :

- Il a limité considérablement l'application, aux revenus d'une filiale étrangère provenant d'une activité financière réglementée, d'une exception existante aux règles sur les REATB : entre autres, on ne pourra se prévaloir de cette exception que lorsque le contribuable canadien à l'égard d'une filiale étrangère est une institution financière canadienne réglementée ou encore une filiale ou la société mère d'une telle institution financière réglementée.
- Une règle anti-évitement, selon laquelle sont considérés comme des REATB les revenus d'une filiale étrangère provenant de l'assurance contre des risques au Canada, a été étendue aux « swaps d'assurance » conclus par des filiales étrangères de contribuables canadiens avec des tiers lorsqu'au moins 10 % des risques couverts sont canadiens.

Changements touchant les règles sur la capitalisation restreinte et la retenue d'impôt. Les règles canadiennes sur la capitalisation restreinte interdisent la déduction des intérêts sur les dettes contractées par des entreprises canadiennes envers des non-résidents qui détiennent au moins 25 % du capital-actions de ces entreprises ou qui sont liées à des personnes détenant au moins 25 % de ce capital-actions dans la mesure où les dettes pertinentes sont supérieures à 1,5 fois le capital-actions de l'entreprise canadienne. Ces règles ont été élargies dans les budgets 2012 et 2013, pour l'être encore davantage dans le budget de 2014, comme on le mentionne plus loin.

De plus, les intérêts payés par un résident du Canada à une personne non résidente avec laquelle le payeur a un lien de dépendance sont assujettis à la retenue d'impôt en vertu de la LIR. Les intérêts payés à une personne non résidente avec laquelle le payeur canadien n'a pas de lien de dépendance sont exonérés de la retenue d'impôt canadienne sauf lorsque les intérêts sont des « intérêts sur des créances participatives ».

Les règles sur la capitalisation restreinte et la retenue d'impôt ont été modifiées de manière à cibler les ententes de financement intragroupe transfrontalier comportant des « prêts back-to-back » utilisant un intermédiaire pour contourner l'application de ces règles. La version des modifications proposées dans le budget 2014 était très large et a créé énormément d'incertitude au sujet du traitement canadien des ententes d'emprunt standard pour les multinationales. Ces propositions initiales ont été considérablement atténuées, et la version des propositions édictée par le projet de loi C-43 a en grande partie soulagé les craintes qui ont été suscitées à l'égard de ces ententes d'emprunt standard. Toutefois, les modifications peuvent avoir dans certains cas des conséquences néfastes si l'intermédiaire en cause dans les opérations de prêts adossés est une partie liée. Concrètement, les modifications renferment une règle implicite contre le chalandage fiscal pour les structures de financement intragroupe.

Règles d'application aux fiducies non résidentes et fiducies d'immigration. Les règles s'appliquant aux fiducies non résidentes assujettissent une fiducie non résidente à l'impôt comme si elle était résidente du Canada lorsque des résidents canadiens contribuent des biens à la fiducie. Le budget 2014 a éliminé l'exception à ces règles dont bénéficiaient les « fiducies d'immigration », soit les fiducies dont les cotisants sont des particuliers résidant au Canada depuis au plus 60 mois.

Le chalandage fiscal

Les tentatives, par le gouvernement du Canada, de contester les présumés cas de chalandage fiscal abusif devant les tribunaux ont lamentablement échoué. En 2013, le ministère des Finances a publié un document de consultation sur le chalandage fiscal, tandis que le budget 2014 a proposé aux fins de consultation une règle particulière contre le chalandage fiscal. De façon générale, la proposition prévoyait une règle sur le « principal objectif » et une « présomption de recours à une entité relais » déclenchant l'application de la règle ainsi qu'une présomption de « safe harbour » qui est assujettie à la présomption de recours à une entité relais.

Des questions ont été posées sur les rapports entre la proposition de règle contre le chalandage fiscal et les obligations qu'imposent au Canada les conventions fiscales. On s'est également questionné au sujet du devancement du projet de l'OCDE sur l'érosion de la base fiscale et le transfert de profit (BEPS). Quelques semaines seulement avant la publication prévue par l'OCDE d'importants documents de travail originant de son propre processus, le ministère des Finances a annoncé que les propositions relatives au chalandage fiscal seraient suspendues dans l'attente de travaux supplémentaires par l'OCDE relativement au BEPS. On ignore s'il s'agissait simplement d'une question de respect pour la procédure de l'OCDE ou si le Canada avait décidé de se fonder sur le processus ayant trait au BEPS, à tout le moins provisoirement. Quoi qu'il en soit, si le BEPS n'aboutit pas, le ministère des Finances pourrait ranimer rapidement cette initiative.

Les modifications aux règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées

Les « règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées » ont été introduites en 2012 et s'appliquent lorsqu'une société non résidente contrôle une société canadienne (société résidant au Canada ou SRC) qui fait un investissement dans une société étrangère affiliée. Lorsque les règles s'appliquent, l'investissement par la SRC dans la société étrangère affiliée est considéré comme un dividende versé par la SRC à son actionnaire non résident de contrôle pour l'application de la retenue d'impôt, sauf dans la mesure de tout capital transfrontalier disponible. Les règles ont été introduites en réponse à l'abus apparent du régime fiscal canadien de la part de groupes multinationaux qui « bourraient » les dettes au Canada pour ensuite entreprendre des opérations par lesquelles ils utilisaient le surplus au Canada aux fins du groupe à l'extérieur du Canada. La portée et la complexité de ces règles sont considérables.

Le 16 août 2013, le gouvernement du Canada a publié aux fins de consultation des propositions de modification de divers aspects des règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées. Les modifications proposées constituaient généralement des allègements. Le 29 août 2014, une version modifiée de ces modifications proposées en 2013 a été publiée, pour être finalement édictée dans le cadre du projet de loi C-43. À l'exception de l'inclusion d'une nouvelle règle anti-évitement dans les dispositions de compensation relativement au capital transfrontalier et d'une disposition exigeant le dépôt de renseignements prévus par règlement dans certains cas, les changements apportés aux modifications de 2013 consistaient pour la plupart en des améliorations en réponse aux commentaires reçus pendant la période de consultation 2013.

Les modifications proposées sont généralement heureuses, mais les règles sont encore beaucoup plus larges que ce qui serait nécessaire à la lumière de leurs objectifs énoncés, contiennent de nombreux pièges et continueront de dissuader de nombreux investissements étrangers légitimes dans les sociétés canadiennes.

Les règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées peuvent avoir d'importantes conséquences pour les sociétés canadiennes sous contrôle étranger qui ont des filiales étrangères ainsi que pour les acquisitions de sociétés canadiennes au moyen d'importantes filiales étrangères, même dans des cas apparemment mineurs. C'est particulièrement le cas du secteur des ressources, où des SRC sont souvent constituées pour amasser des capitaux à la Bourse de Toronto pour des entreprises étrangères et n'ont aucune assiette fiscale canadienne à éroder. Les règles doivent être prises en considération dans presque toutes les opérations sur capitaux comportant un élément transfrontalier lorsqu'une SRC est en cause.

Les autres modifications législatives prévues par le projet de loi C-43

Le projet de loi C-43 a aussi édicté des propositions de 2012 visant à atténuer le coût fiscal, pour les banques canadiennes, qui découle de l'affectation des liquidités excédentaires de leurs filiales étrangères à leurs activités canadiennes.

De plus, il a édicté les modifications initialement déposées en 2013 et portant sur des questions très techniques, mais souvent importantes, notamment les questions qui suivent : (i) des règles précisant certains aspects du traitement des sociétés étrangères sans capital-actions (comme les sociétés à responsabilité limitée américaines) et des fiducies australiennes; (ii) des modifications portant sur l'application des règles sur les sociétés étrangères affiliées aux structures qui comprennent des sociétés de personnes; (iii) une modification élargissant l'une des protections relatives au financement intragroupe figurant dans la division 95(2)a)(ii)(D) de la LIR; (iv) un allègement à une règle contre l'érosion de l'assiette fiscale relativement à la prestation de services figurant à l'alinéa 95(2)b) de la LIR; (v) des modifications refusant une fusion avec report d'impôts de sociétés étrangères affiliées lorsque la fusion fait partie d'une opération ou d'une série d'opérations comportant la vente d'actions de la société issue de la fusion à une personne sans lien de dépendance.

Les nouvelles conventions fiscales internationales

L'accord avec les États-Unis concernant la loi intitulée Foreign Account Tax Compliance Act

Le 5 février 2014, le département du Trésor des États-Unis et le gouvernement du Canada ont signé un accord intergouvernemental (AIG) pour appliquer aux contribuables canadiens les règles prévues par la loi américaine intitulée *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA). Cet accord, de type « modèle I », prévoit l'échange direct entre les États-Unis et le Canada de l'information à fournir en vertu de la FATCA, l'information pertinente étant recueillie par chaque gouvernement auprès de ses institutions financières locales au sujet des titulaires de comptes qui sont des contribuables de l'autre pays. Le Canada voulait, semble-t-il, limiter ses obligations de divulgation aux titulaires de comptes qui sont des résidents américains; malheureusement, l'AIG impose effectivement au Canada des obligations de déclaration en ce qui a trait aux citoyens américains résidant au Canada. Les principaux bénéficiaires de l'AIG sont les institutions financières (IFE) canadiennes, car elles n'auront pas à conclure avec l'Internal Revenue Service (IRS) des accords individuels d'IFE en vertu de la FATCA. Les IFE canadiennes devront malgré tout s'inscrire sur le portail Web de l'IRS dans le cadre de la FATCA pour obtenir leur numéro d'identification d'intermédiaire global (Global Intermediary Identification Number ou GIIN) pour éviter d'être soumises aux règles sur la retenue d'impôts des paiements d'origine américaine. Les dispositions législatives canadiennes donnant effet à l'accord seront édictées en 2014.

Les accords d'échange de renseignements fiscaux

Cinq autres accords d'échange de renseignements fiscaux (AERF) sont entrés en vigueur en 2014 (avec le Brunei, l'Uruguay, le Bahreïn, les Îles vierges britanniques et le Liechtenstein). Le Canada dispose maintenant d'un total de 22 AERF en vigueur et négocie actuellement avec huit pays en vue de conclure des accords. Le gouvernement du Canada cherche activement à conclure des AERF avec les paradis fiscaux pour améliorer l'application de la législation fiscale au pays.

Afin d'encourager les paradis fiscaux à conclure des AERF avec le Canada, on a exonéré de l'impôt canadien les dividendes reçus par une société canadienne et tirés du revenu d'une entreprise exploitée activement d'une société étrangère affiliée qui réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu un AERF. Toutefois, cet incitatif est accompagné d'une mesure faisant que le revenu d'une entreprise exploitée activement d'une société étrangère affiliée contrôlée est imposé au Canada sur une base de comptabilité d'exercice (tout comme le revenu passif de source étrangère ou le REATB) lorsque la société étrangère affiliée contrôlée réside dans un pays qui ne conclut pas d'AERF avec le Canada au plus tard 60 mois après que le Canada a cherché à entreprendre des négociations en vue de la conclusion d'un AERF avec lui et qui n'a pas signé la *Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale* de l'OCDE.

Avec 22 AERF maintenant en vigueur (y compris avec les îles Caïmans, les Îles vierges britanniques et les Bermudes), le nombre de juridictions intéressantes afin d'y établir une société étrangère affiliée à une société canadienne a augmenté considérablement.

Les modifications apportées à la convention fiscale Canada-Royaume-Uni

Le 21 juillet 2014, le Canada et le Royaume-Uni ont signé le quatrième protocole modifiant la convention fiscale Canada-Royaume-Uni, qui modifie plusieurs des articles et qui introduit un protocole d'interprétation visant à établir une interprétation commune de certaines dispositions de la convention. Le protocole prévoit notamment ce qui suit :

- une exonération de la retenue d'impôt sur les intérêts (autre que sur les intérêts sur des créances participatives) versés relativement aux prêts entre personnes sans lien de dépendance, de sorte que les paiements effectués par un résident du R.-U. à un résident du Canada ne feront plus l'objet d'une retenue d'impôt dans la mesure où les parties n'ont pas de lien de dépendance;
- une exonération de la retenue d'impôt sur les dividendes payés par les sociétés de portefeuille à des organisations qui administrent des régimes de pensions reconnus, pourvu que certaines conditions soient respectées. Puisque le Royaume-Uni ne prélève généralement pas de retenue d'impôt sur les dividendes, l'exonération sera plus pertinente pour les fonds de pension du R.-U.

Notons que le protocole ne modifie pas l'article sur les gains en capital de la convention fiscale Canada-Royaume-Uni. L'article prévoit que, pour déterminer si des gains tirés de l'aliénation d'actions d'une société par actions ou de parts d'une société de personnes ou d'une fiducie par un contribuable du pays de résidence sont imposables dans le pays d'origine au motif que les actions ou les parts tirent la majeure partie de leur valeur de biens immeubles dans ce pays, les biens immeubles ne comprennent pas les immeubles (à l'exception des immeubles locatifs) dans lesquels l'entreprise de la société par actions, de la société de personnes ou de la fiducie est exploitée. Le ministère des Finances a indiqué qu'il tenterait d'harmoniser la définition de biens immeubles dans les conventions fiscales canadiennes avec la définition de biens canadiens imposables figurant dans la LIR, mais le protocole ne le prévoit pas. Puisque le Canada a conclu plusieurs conventions fiscales importantes comportant des dispositions similaires, cela pourrait avoir des incidences plus larges.

La jurisprudence

La principale décision fiscale canadienne digne de mention en 2014 au sujet des questions internationales est l'arrêt *Lehigh c. La Reine*, où la Cour d'appel fédérale a examiné l'application de la règle anti-évitement prévue à l'alinéa 95(6)b) de la LIR.

L'alinéa 95(6)b) prévoit que dans le cas où une personne acquiert des actions d'une société ou en dispose et qu'il est raisonnable de considérer que la principale raison de l'acquisition ou de la disposition est de permettre à une personne d'éviter, de réduire ou de reporter le paiement d'un montant qui serait payable par ailleurs en vertu de la LIR, l'acquisition ou la disposition est réputée ne pas avoir eu lieu pour l'application des règles relatives aux sociétés étrangères affiliées. Compte tenu de la nature de l'alinéa 95(6)b) et de l'interprétation large qu'en a faite l'ARC, cet arrêt a une incidence qui déborde les faits en cause.

Les contribuables avaient fait un apport de fonds à une société à responsabilité limitée (SRL), qui a prêté les fonds à une société affiliée américaine en exploitation (US OPCO). La US OPCO a versé des intérêts à la SRL et on voulait que, suivant les règles canadiennes sur les sociétés étrangères affiliées, les intérêts soient réputés constituer un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et un surplus exonéré de la SRL. La SRL a affecté le revenu d'intérêts aux versements de dividendes aux contribuables. Les contribuables ont produit des déclarations de revenus dans lesquelles ils indiquaient avoir reçu d'une société étrangère affiliée (la SRL) des dividendes exonérés de l'impôt canadien. Pour l'application des dispositions fiscales américaines, la SRL était une société de personnes et le revenu d'intérêts de la SRL était attribué aux contribuables et assujéti à une retenue à la source américaine de 10 %. Par conséquent, du point de vue fiscal américain, les opérations entraînaient une réduction du revenu d'exploitation de la US OPCO compte tenu de la déduction d'intérêts au coût de la retenue à la source américaine de 10 % sur les intérêts reçus par la SRL.

L'Agence du revenu du Canada a établi une nouvelle cotisation à l'égard des contribuables en vertu de l'alinéa 95(6)b, soutenant que les participations de la SRL avaient été acquises par les contribuables principalement pour éviter l'impôt à payer en vertu de la LIR, de sorte que les participations de la SRL étaient réputées ne pas avoir été acquises par les contribuables pour l'application des règles sur les sociétés étrangères affiliées. Pour ce motif, la SRL ne pouvait être considérée comme une société étrangère affiliée des contribuables et les dividendes ne constituaient pas des dividendes exonérés.

La Cour de l'impôt a conclu que l'alinéa 95(6)b ne s'appliquait pas aux contribuables au motif que les opérations visaient à réduire l'impôt américain et n'avaient pas été réalisées pour éviter l'impôt canadien. Même si la Cour de l'impôt en est arrivée à une conclusion favorable au contribuable dans *Lehigh*, ses commentaires sur la portée de l'alinéa 95(6)b sont fort controversés. Plus particulièrement, la Cour de l'impôt a déclaré ceci : « Une analyse textuelle, contextuelle et téléologique amène à conclure que la disposition peut s'appliquer à n'importe quelle acquisition ou disposition d'actions qui repose principalement sur des considérations d'ordre fiscal ». Puisque les dividendes afférents aux actions de sociétés étrangères affiliées bénéficient généralement d'un traitement fiscal favorable en vertu de la LIR, l'acquisition d'une action qui fait en sorte qu'une société non résidente devient une société étrangère affiliée d'un contribuable pourrait vraisemblablement être considérée comme motivée par des raisons d'ordre fiscal et risquer d'être assujéti à l'alinéa 95(6)b. La Cour de l'impôt a également considéré que l'objectif de la série d'opérations qui comprenait l'acquisition des actions était pertinent pour l'application de l'alinéa 95(6)b, malgré l'absence de dispositions législatives en ce sens.

L'Agence du revenu du Canada a interjeté appel contre la décision dans *Lehigh* auprès de la Cour d'appel fédérale. Bien que cette dernière ait confirmé la décision de la Cour de l'impôt, elle a interprété l'alinéa 95(6)b de façon beaucoup plus restrictive. La Cour d'appel fédérale a déclaré que l'alinéa 95(6)b s'applique seulement lorsque *l'objectif principal* de l'acquisition ou de la disposition des actions *est la manipulation de l'actionnariat de la société non résidente en vue de correspondre ou non aux critères pertinents* applicables aux sociétés étrangères affiliées ou aux sociétés étrangères affiliées contrôlées afin de bénéficier du régime applicable aux sociétés étrangères affiliées ou d'éviter les conséquences défavorables du régime applicables aux REATB. Toutefois, l'Agence du revenu du Canada a déclaré à la conférence annuelle 2014 que, malgré la décision rendue par la Cour d'appel fédérale dans *Lehigh*, elle estimait que l'alinéa 95(6)b pouvait s'appliquer dans d'autres contextes.

B. Les perspectives fiscales canadiennes en 2015

La politique générale de confidentialité du ministère des Finances dans l'élaboration des dispositions législatives fiscales signifie que les prédictions portant sur l'évolution fiscale future ne peuvent constituer que des suppositions. La portée entièrement imprévue des règles fiscales ajoutées au cours des dernières années en constitue la preuve.

Les quelques derniers budgets ont prévu plusieurs mesures d'augmentation des recettes, et, avec le maintien de l'accent sur l'équilibre budgétaire malgré la diminution du cours du pétrole, il se peut que le gouvernement du Canada propose d'autres mesures de resserrement du régime fiscal canadien, même dans une année électorale. Et de nombreux gouvernements provinciaux éprouvent de grandes difficultés financières, que ce soit par suite de la baisse des recettes pétrolières ou en raison de déficits structurels non liés.

À l'heure actuelle, les contribuables sont assujéti à l'impôt à l'égard d'un REATB d'une filiale étrangère seulement lorsque la filiale étrangère est une « société étrangère affiliée contrôlée » du contribuable. Un groupe consultatif parrainé par le gouvernement en 2008 a recommandé plusieurs modifications au régime fiscal international du Canada. Le gouvernement a apporté plusieurs changements en fonction des recommandations du groupe (y compris les modifications apportées en 2012 et en 2013 aux règles relatives à la

capitalisation restreinte et aux règles sur les opérations de transfert des sociétés étrangères affiliées). L'une des mesures de resserrement auxquelles a pensé le groupe consisterait à appliquer le régime du REATB à certaines sociétés étrangères affiliées non contrôlées. On ignore si le gouvernement envisage des modifications à cet égard.

Des travaux supplémentaires quant à l'aspect d'abus de convention du BEPS devraient avoir lieu en septembre 2015, de sorte que nous pourrions être témoins en 2015 d'une décision sur la façon dont le gouvernement du Canada veut procéder dans la lutte contre le chalandage fiscal. De plus, il se peut que des modifications à la LIR soient proposées par suite des travaux relatifs aux autres mesures qui sous-tendent le BEPS.

En 2013, la Cour canadienne de l'impôt a rendu sa décision tant attendue en matière de prix de transfert dans *McKesson Canada c. La Reine*. La Cour de l'impôt a confirmé le rajustement du prix de transfert fait par l'ARC et le contribuable a interjeté appel de la décision auprès de la Cour d'appel fédérale. La Cour d'appel fédérale pourrait entendre cette affaire en 2015.

La Cour canadienne de l'impôt devait entendre de nouveau l'affaire *GlaxoSmithKline*, sur les prix de transfert, le 12 janvier 2015. Toutefois, il semble que l'affaire ait été réglée juste avant le début du procès. Le 18 octobre 2012, la Cour suprême du Canada, en rendant sa décision dans *GlaxoSmithKline Inc. c. La Reine*, avait renvoyé l'affaire à la Cour canadienne de l'impôt pour réexamen.

II. REVUE ET PERSPECTIVES EN FISCALITÉ AMÉRICAINE

A. Revue 2014 des faits saillants en fiscalité américaine

Dans la version antérieure de cette mise à jour, au début de 2014, (i) nous avons souligné la prédominance du BEPS (l'initiative de lutte contre l'« érosion de la base fiscale et le transfert de prix » de l'OCDE et du G-20) dans la presse ainsi que les demandes de réforme balayant la scène fiscale internationale, mais ne causant que quelques remous aux États-Unis; (ii) nous avons prédit que la FATCA absorberait d'importantes ressources du gouvernement et des investisseurs; (iii) nous avons deviné que d'importantes mesures visant une réforme fiscale en profondeur aux États-Unis se retrouveraient probablement « bloquées ».

Nous semblons avoir eu raison à tous les égards, mais nous n'avons peut-être pas été suffisamment audacieux pour prévoir a) le degré et la constance des efforts par les sociétés américaines pour rechercher des occasions d'inversions fiscales et la publication d'avis par l'IRS qui ont créé d'importants obstacles sur cette route, b) la fureur en Europe contre l'« aide étatique », notamment la fuite de détails sur les décisions fiscales d'un certain pays du Benelux et des règles de l'OCDE sur le BEPS qui ne faisaient principalement que respecter ses propres échéanciers ambitieux et c) le réchauffement général de la scène politique après des élections chaudement disputées de mi-mandat au Congrès qui ont mené à une majorité républicaine au Sénat (et qui l'ont conservée dans la Chambre des représentants) au début de 2015 ainsi que le changement de la composition des principaux comités de rédaction fiscale des deux organes (compte tenu du roulement de la majorité au Sénat et des retraites à la Chambre, notamment celle du représentant Dave Camp, président du Comité sur les voies et moyens de la Chambre); ces changements pourraient, pour la première fois depuis des années, préparer le terrain pour d'importantes nouvelles mesures fiscales aux États-Unis. Avant de regarder davantage dans notre boule de cristal, nous offrons une brève revue des faits saillants de 2014 en fiscalité américaine.

Les conventions fiscales sont gelées au Sénat américain, mais de l'action s'annonce peut-être malgré les craintes du sénateur Rand Paul relativement à la vie privée

En vertu de la Constitution américaine, les conventions fiscales sont négociées par le Président mais sont assujetties à « l'avis et le consentement » du Sénat. Les États-Unis ont des conventions en vigueur avec 66 pays. Depuis 2010, cependant, aucune convention ni aucun protocole n'a été approuvé par le Sénat. En 2011, le Comité des relations étrangères du Sénat a fait rapport sur cinq conventions ou protocoles, notamment ceux conclus avec le Luxembourg, la Suisse, la Hongrie et le Chili, ainsi que sur un accord sur l'entraide. Ce comité a tenu des audiences en juin 2014; le comité a également tenu une audience relative à un nouveau protocole avec l'Espagne et à la nouvelle convention conclue avec la Pologne. Le comité ne s'est pas encore penché sur un protocole en attente avec le Japon ni sur la convention conclue avec le Vietnam. Un nouveau protocole conclu avec la Norvège de même qu'une nouvelle convention conclue avec la Roumanie devraient être signés bientôt. Il semble que le récalcitrant soit le sénateur Rand Paul, qui s'est joint au Sénat en 2011 et qui s'oppose constamment aux conventions fiscales et à leurs dispositions relatives à l'échange de renseignements. Des représentants du

département du Trésor ont défendu l'inclusion de dispositions relatives à l'échange de renseignements en disant qu'il s'agissait d'une norme depuis cinq décennies. De plus, les États-Unis ont des accords d'échange de renseignements fiscaux avec des nations avec lesquelles ils n'ont aucune convention fiscale, et ils ont des conventions relatives à la FATCA avec plus de 50 nations. Les craintes en matière de vie privée sont légitimes, particulièrement dans un monde où les pirates informatiques semblent pouvoir obtenir des renseignements privés à volonté et où les journalistes qui obtiennent des renseignements fiscaux privés dérobés dans des archives gouvernementales se sentent libres de les publier sans répercussions. Mais les intérêts généraux du gouvernement des États-Unis semblent étrangement prisonniers de ce processus particulier de ratification. Nous prédisons que les conventions seront de nouveau ratifiées au Sénat américain à compter de 2015.

La législation fiscale : Une hésitation rationnelle en 2014

Peu de dispositions législatives fiscales ont été adoptées en 2014. Ironiquement, l'amélioration de l'économie et les modifications de la composition du Congrès après les élections de mi-mandat de novembre 2014 ont accru la probabilité d'adoption d'importantes dispositions législatives fiscales à la fin de 2014 et en 2015.

Prolongations fiscales. D'ailleurs, même si aucune disposition législative fiscale importante n'a été adoptée en 2014, un « projet de loi sur les prolongations » a été adopté le 19 décembre 2014. Ce projet de loi prévoyait des prolongations à court terme (généralement jusqu'à la fin de 2014 seulement) de certaines dépenses fiscales populaires, notamment le crédit pour la recherche, l'amortissement des primes, l'allègement pour les particuliers qui perdent leur maison et des allègements fiscaux destinés aux petites entreprises. Sur le plan international, des allègements ont été fournis sous forme de prolongations à court terme de la règle de transparence des paiements intersociétés par les sociétés étrangères contrôlées (SEC), d'exceptions applicables aux SEC dans les secteurs bancaire et de l'assurance ainsi que de l'exception à l'imposition des non-résidents en vertu de la Foreign Investment in Real Property Tax Act (FIRPTA) à l'égard de certains droits sur des fonds américains négociés en bourse.

BEPS. Comme il a été mentionné, les États-Unis n'ont pas mis en œuvre de règles qui appliqueraient de façon générale les principes du BEPS, mais peu de nations sont passées à la mise en œuvre du BEPS et la plupart ont suspendu leurs mesures jusqu'à la publication des autres rapports. Les États-Unis ont joué un rôle de chef de file en adoptant des règles unilatérales empêchant l'érosion de la base fiscale et le transfert de profits au moyen de l'adoption de règles contre le dépouillement des bénéficiaires, de l'adoption et de l'application de règles sur les prix de transfert, de l'élaboration de règles empêchant l'évitement des retenues d'impôt américaines suivant un montage hybride comportant des entités et certains titres, de l'adoption systématique d'une disposition limitant les bénéficiaires (LOB) dans ses conventions fiscales bilatérales, de règles sur la transparence fiscale dans la FATCA, de son mécanisme d'encouragement des accords intergouvernementaux et des accords d'échange de renseignements, du maintien de l'imposition mondiale des résidents et citoyens des États-Unis, ainsi qu'en limitant les moments ou les cas d'application des crédits pour impôt étranger dans certaines circonstances. Parmi les aspects que le BEPS peut toucher, et que les États-Unis n'ont pas abordés systématiquement, mentionnons l'imposition spécifique des sociétés effectuant le commerce électronique, dont le nouveau régime applicable aux biens incorporels ou aux revenus très mobiles, la divulgation pays par pays des renseignements sur les prix de transfert et l'élaboration d'un mécanisme d'adoption de conventions fiscales multilatérales. Nous prévoyons que les États-Unis avanceront lentement à ces égards, quoique des mesures soient possibles concernant la modification de l'imposition du revenu tiré de biens incorporels dans le contexte de changements majeurs au régime d'imposition du revenu international des multinationales américaines.

Inversions. En 2014, des mesures législatives ont été proposées afin de réduire le seuil permettant que l'on considère la société étrangère acquéreuse dans le cadre d'une opération d'inversion comme une société mère américaine, mais une bonne partie de la pression politique en vue de mesures semble s'être évaporée en raison de la publication par l'IRS de son avis 2014-52 le 22 septembre 2014. Cet avis est décrit plus amplement ci-après.

Législation sur la réforme fiscale. Des propositions ambitieuses ont été faites par l'Administration Obama et par le président du Comité des voies et moyens de la Chambre, soit le représentant Dave Camp (Michigan), afin de réformer l'Internal Revenue Code. Les deux propositions prévoyaient la réduction des taux d'imposition des sociétés, mais la méthode privilégiée par l'Administration aurait éliminé le report de certains bénéfices gagnés à l'étranger, y compris ceux de sociétés exerçant leurs activités dans l'économie numérique, tandis que la proposition Camp se serait orientée considérablement vers un régime d'impôt territorial, avec une déduction de 95 % des dividendes tirés du revenu produit activement par une SEC, un impôt minimum de 15% sur le revenu tiré de la propriété intellectuelle et

gagné à l'étranger ainsi qu'un impôt de seulement 5,25 % sur les bénéfices antérieurement reportés (impôt qui aurait été payé sur huit ans). L'Administration a aussi proposé le renforcement des règles anti-inversion.

Lignes directrices de l'IRS. Davantage de choses se sont produites au niveau du département du Trésor américain, alors que la pression se faisait de plus en plus sentir pour « faire quelque chose au sujet des inversions » dans la presse. D'ailleurs, l'IRS a publié plusieurs avis importants, lesquels ont eu, de façon cumulative, comme effet voulu de réduire le nombre d'opérations d'inversion (ainsi que le nombre de cas qui donnent ouverture à une exception au traitement de la société étrangère acquéreuse comme société nationale).

Avis anti-inversion. Comme il a été mentionné, dans l'avis 2014-52, l'IRS a annoncé des règlements prospectifs (prospectifs à compter du 22 septembre 2014, soit la date de publication de l'avis). Comme nous l'avons écrit dans les jours qui ont suivi la publication, l'avis 2014-52 a effectivement changé la donne, en réduisant le nombre de sociétés étrangères acquéreuses qui peuvent être utilisées pour permettre une acquisition par inversion d'une société cible américaine. Ces opérations nécessitent que les actionnaires de la société étrangère détiennent plus de 20 % de la société issue de l'opération afin d'éviter que la société étrangère acquéreuse soit considérée comme une société américaine à des fins fiscales américaines. L'avis 2014-52 change la façon dont cette tranche de 20 % est calculée et limite les avantages fiscaux américains que l'inversion peut permettre. Suivant la publication de l'avis, au moins une opération de regroupement de sociétés annoncée a été annulée. Des dispositions réglementaires temporaires portant sur certains aspects du critère de 20 % ont également été publiées au début de 2014. Une règle antérieure de l'IRS, soit l'avis 2014-32, ciblait une technique utilisée dans une opération d'inversion afin d'éviter la comptabilisation du gain par les actionnaires américains en vertu de l'alinéa 367(a).

La mise en œuvre de la FATCA

Nouveau formulaire W8-BEN-E. L'IRS a finalement publié ses formulaires modifiés de retenue d'impôt pour mettre en œuvre les nouvelles règles complexes d'application de la FATCA, lesquelles entreront généralement en vigueur en 2015. Le nouveau formulaire W8-BEN-E (le « E » signifie entités) est volumineux et cause de nombreuses difficultés aux entités étrangères qui doivent déterminer leur statut pour les fins de la FATCA – et l'application de tout AIG en vertu de la FATCA – afin d'éviter la retenue d'impôt de 30% sur les paiements de source américaine et pour revendiquer l'allègement prévu par une convention fiscale.

Délais d'inscription comme IFE. Les institutions financières étrangères qui ne résident pas dans un pays ayant conclu (ou considéré comme ayant conclu) un accord intergouvernemental (AIG) de modèle I devaient produire leur inscription au plus tard le 1er juillet 2014 pour éviter la retenue d'impôt prévue par la FATCA. Les IFE résidant dans un pays AIG de modèle I avaient jusqu'au 31 décembre 2014 pour s'inscrire.

Autres AIG. En vertu du programme AIG et des modèles de convention, un AIG de modèle I prévoit la déclaration des renseignements relatifs à la FATCA à un gouvernement étranger (qui les communique ensuite à l'IRS) plutôt que la déclaration (en vertu du modèle AIG 2, généralement moins populaire) directement à l'IRS. Selon l'IRS, au 1^{er} juillet 2014, 101 pays avaient signé ou convenu de signer un AIG. Depuis, d'autres pays ont indiqué être désireux de signer un AIG. Ainsi, dans l'annonce 2014-38, l'IRS a ajouté à la liste d'autres pays considérés comme ayant essentiellement un AIG en vigueur et a prolongé au-delà du 31 décembre 2014 le délai de réalisation de ces AIG. L'annonce prévoyait également une procédure à suivre avant que ces AIG ne soient publiés ainsi que des procédures à suivre si la nation pour laquelle un AIG de principe a été annoncé n'en signe pas un par la suite.

Allègement des énoncés standard des conseillers fiscaux. Une modification technique apportée en 2014 pourrait avoir un effet plus concret sur davantage de personnes que tout autre fait nouveau de l'année, à savoir l'élimination de l'obligation d'insérer une déclaration de non-responsabilité pour pénalité fiscale dans la quasi-totalité de la correspondance juridique externe. On retrouve cette modification dans le projet de règlements de pratique devant l'IRS sous la rubrique « Circulaire 230 », mais le projet de règlement prévoit qu'on peut appliquer les nouvelles règles avant même leur finalisation.

Atténuation des sanctions pour défaut de produire des « avis de comptabilisation des gains » sur transferts de sortie. L'IRS a finalisé les dispositions réglementaires prévoyant des atténuations des sanctions pour défaut de produire un avis de comptabilisation de gains ou de réalisation de ses obligations continues de déclaration.

Nouvelles procédures pour les déclarants non conformes. L'IRS a annoncé des modifications à son programme 2012 de divulgation volontaire de fonds à l'étranger, augmentant les pénalités et imposant des délais de production plus stricts aux contribuables acceptés dans le programme. Par ailleurs, l'IRS a élargi la procédure applicable aux contrevenants dépourvus d'intention coupable notamment en ajoutant un nouveau régime de pénalité de 5 % applicable aux contribuables qui résident aux États-Unis et qui produisent des déclarations correctives de fonds à l'étranger. L'IRS continue de chercher à obtenir des renseignements sur les contribuables qui cachent des fonds à l'étranger.

Nouvelles procédures pour les titulaires de REER. L'IRS a éliminé la nécessité, pour le titulaire d'un REER, de produire le formulaire 8891 de l'IRS et de choisir par l'affirmative de reporter le revenu gagné dans le REER en vertu de l'article XVIII(7) de la convention fiscale Canada États-Unis, dans la mesure où le contribuable produit à temps une déclaration de revenus fédérale qui omet le revenu du REER.

B. Les perspectives fiscales américaines en 2015

L'avenir est aussi nébuleux que jamais, mais, comme nous l'avons mentionné, nous sommes plus optimistes au sujet de la possibilité de la ratification de traités et d'une législation de fond allant au-delà des prolongations.

Perspectives au Congrès. Nous sommes témoins d'un important roulement au sein des comités du Congrès qui rédigent les dispositions fiscales, ce qui augmente les chances d'adoption de lois de réforme fiscale. D'ailleurs, les nouveaux présidents du Comité des voies et moyens de la Chambre et du Comité sénatorial des finances seraient en faveur d'un régime d'impôt territorial. La retraite du représentant Camp (du Michigan) a mené à la nomination du représentant Paul Ryan (du Wisconsin), qui a certaines compétences financières et qui pourrait être un candidat à la présidence pour le Parti républicain. Le pouvoir au Sénat ayant basculé en faveur du Parti républicain, le président du Comité sénatorial des finances sera le sénateur Orrin Hatch (de l'Utah). Le sénateur Hatch a récemment publié un rapport des membres républicains du personnel du comité énonçant ce qu'ils considèrent comme les principaux enjeux de politique en matière de réforme fiscale. Il est improbable qu'une vaste réforme fiscale ait lieu en 2015 car toute réduction du taux d'imposition des entreprises sera probablement assortie d'une demande par l'Administration Obama de revenus de façon corollaire. Ceci est une condition qui pourrait immobiliser la réforme puisque les Républicains ne disposent pas de suffisamment de voies au Congrès pour renverser un veto présidentiel.

Les deux partis politiques recherchant davantage de revenus, les industries actuellement favorisées risquent de devoir renforcer leurs défenses contre des modifications législatives proposées. Malgré l'appui de l'Administration à l'augmentation de l'aide pour l'infrastructure de même qu'à l'augmentation des incitatifs pour attirer des investissements de la part des caisses de retraite étrangères dans les immeubles et l'infrastructure, cette industrie bénéficie déjà d'une multitude de dispositions de report d'impôt et de réduction de taux, notamment les échanges de biens de nature similaire, les FPI (REIT) et les interprétations réglementaires et gouvernementales favorables. En outre, les investissements étrangers sous forme d'emprunts ne sont généralement pas assujettis à l'impôt américain, tandis que les versements d'intérêts sont généralement déductibles (sous réserve des règles contre le dépouillement des bénéficiaires). L'Administration cherche depuis longtemps à renforcer les règles contre le dépouillement des bénéficiaires pour les sociétés inversées et pourrait insister sur le renforcement de ces règles de façon générale. L'IRS pourrait continuer de contester des structures d'emprunt en vertu de normes de common law permettant d'établir une distinction entre les titres de créances et les titres de capitaux propres – même s'il n'a pas une fiche gagnante devant les tribunaux – car il s'est fait déléguer le vaste pouvoir réglementaire d'adopter des lignes directrices plus claires pour les contribuables dans ce domaine.

Perspectives réglementaires. Les lignes directrices d'application de la FATCA étant en grande partie achevées, le département du Trésor américain et l'IRS pourraient s'attaquer à un grand nombre de règlements qui auraient dû être adoptés il y a longtemps. Fait intéressant, peu de ces projets portent sur les questions susmentionnées (à trancher par la loi ou par décision judiciaire). Il existe une exception sur le plan international, à savoir la prise de règlements permettant de déterminer si la vente par un non-résident d'une part de société de personnes dans une entreprise américaine exploitée activement donne lieu à un gain qui peut être imposé par les États-Unis (plusieurs affaires sont en attente devant la cour américaine de l'impôt sur cette question). Certaines lignes directrices sont prévues sur les inversions, mais les projets de réglementation ne semblent pas aborder d'éléments nouveaux.

Dans son dernier plan d'affaires, l'IRS cible les projets suivants, notamment, qui sont susceptibles d'intéresser nos lecteurs : l'achèvement des dispositions réglementaires proposées suivant l'exonération limitée d'impôt sur le revenu pour les entités gouvernementales; les questions réglées par convention en ce qui concerne les montages hybrides; les règles relatives aux droits dans des sociétés de placement étrangères passives; le traitement des restructurations de sociétés insolvables; des questions techniques en matière de scission et de restructuration de sociétés en franchise d'impôt; certaines questions portant sur les FPI; des questions suscitées par des ententes de rémunération incitative et reportée; les règles sur les ventes à tempérament conditionnelles; des lignes directrices sur la source du revenu produit dans l'économie numérique; des lignes directrices sur le traitement fiscal aux États-Unis des investissements dans (et par) des sociétés de personnes détenues par des SEC.

Personnes-ressources : [R. Ian Crosbie](#), [Nathan Boidman](#), [Brian Bloom](#) 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.