

15 AVRIL 2020

L'IRS publie un règlement définitif et un projet de règlement sur les entités et les transactions hybrides

Auteurs : [Peter Glicklich](#), Gregg M. Benson et Heath Martin

Les fiscalistes américains ont été les premiers à avoir recours aux entités et aux instruments hybrides dans un but de planification fiscale internationale. Il n'est donc pas surprenant ni inconvenant que les États-Unis aient été le premier pays (en 1997) à promulguer une règle anti-entités hybrides (au moyen de l'article 894(c) de l'*Internal Revenue Code* des États-Unis [le « Code »]), et que, 20 ans plus tard (en 2017), ils aient été parmi les premiers à adopter (par le truchement de la loi intitulée *Tax Cuts and Jobs Act of 2017* [la « loi TCJA »]), des recommandations visant à renforcer les règles anti-entités hybrides publiées dans le cadre du projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices piloté par l'Organisation de coopération et de développement économiques (l'« OCDE »).

Le 7 avril 2020, l'IRS a publié un règlement définitif et un projet de règlement (le « Règlement définitif » et le « Projet de règlement », respectivement, et collectivement les « Nouveaux règlements ») en application des dispositions visant à neutraliser les entités hybrides qu'on trouve dans la loi TCJA. Le Règlement définitif met en forme finale le règlement que l'IRS a publié sous forme de projet le 28 décembre 2018 (le « Règlement antérieur »).

Les fiscalistes s'attendaient à ce que les Nouveaux règlements soient publiés après le règlement définitif longuement attendu concernant les limites fixées par l'article 163(j) du Code quant à la déductibilité des intérêts. La version finale du règlement pris en application de l'article 163(j) n'a pas encore été publiée, peut-être en raison des changements apportés à l'article 163(j) qui sont entrés en vigueur à la fin de mars dans le cadre de la loi intitulée *Coronavirus Aid, Relief, and Economic Security Act* (CARES Act). Certaines dispositions des Nouveaux règlements, cependant, laissent espérer que l'IRS pourrait assouplir certaines des règles qui avaient été proposées en vertu de l'article 163(j).

Les règles anti-entités hybrides sont énoncées aux articles 267A et 245A(e) du Code. Selon l'article 267A, ne sont pas déductibles les intérêts et les redevances versés par un contribuable américain à une partie étrangère liée lorsqu'en raison de l'utilisation d'un instrument hybride ou d'une structure hybride, le bénéficiaire n'a pas à inclure ce paiement dans son revenu dans son pays de résidence ou a droit à une déduction à l'égard de ce paiement dans son pays de résidence.

L'article 245A(e) porte sur les dividendes hybrides que verse une société étrangère contrôlée (*controlled foreign corporation* ou « CFC ») à un actionnaire américain qui est une société. De façon générale, on entend par dividende hybride le dividende versé par une CFC à l'égard duquel il est possible de se prévaloir d'une déduction pour impôt étranger quant à la portion de ce dividende qui est de source étrangère. Lorsque cette disposition s'applique, le Code ne permet pas la déduction des dividendes reçus aux termes du nouveau régime fiscal territorial partiel des États-Unis, traite les sommes de nature similaire que reçoit une CFC d'une CFC d'un échelon inférieur comme un revenu de la sous-partie F pour les actionnaires américains de la CFC de l'échelon supérieur et refuse l'application du crédit pour impôt étranger à l'égard de ces sommes.

Discussion

Les Nouveaux règlements n'apportent que des modifications mineures au Projet de règlement, dont certaines rendent les règles dans leur ensemble légèrement plus favorables au contribuable que le Règlement antérieur (qui n'étaient pas très favorables au contribuable). Les Nouveaux règlements visent clairement les dispositifs comportant des prêts sans intérêt, malgré les prétentions (et les faux espoirs) de certains commentateurs.

Approche générale adoptée dans les règlements

Selon l'article 267A, ne sont pas déductibles les paiements qui donneraient lieu à une déduction ou qui ne seraient pas inclus dans le revenu (*deduction/non-inclusion* ou « D/NI ») en raison du caractère hybride de l'opération ou de la structure. On serait en présence d'un tel dispositif D/NI dans le cas où un paiement d'intérêt fait par une société des États-Unis à une société étrangère liée donnerait lieu au versement, par cette société étrangère liée, d'un dividende à une société mère étrangère située dans un troisième pays, sans qu'aucune des deux sociétés étrangères n'ait d'impôt à payer sur les intérêts ou les dividendes. Les paiements faits à une entité intermédiaire (ou succursale) ou par l'entremise de celle-ci peuvent également être visés par cette restriction.

Selon une règle connexe énoncée à l'article 245A(e), un contribuable ne peut se prévaloir de la déduction prévue à cet article (aux termes du régime d'imposition territorial limité instauré par la loi TCJA) à l'égard des dividendes hybrides. Un compte de dividendes hybrides distinct doit être tenu à l'égard de ceux-ci pour chaque action d'une CFC que détient une *C corporation* des États-Unis, directement ou indirectement; toutefois, une nouvelle règle anti-duplication (*anti-duplication rule*) permet d'éviter le double refus de la déduction. Conformément au Projet de règlement (qui peut être suivi dès maintenant, en attendant l'adoption de la version définitive), un montant approprié du revenu de la sous-partie F et du revenu mondial à faible taux d'imposition tiré de biens incorporels (*global intangible low-taxed income* ou « GILTI ») serait exclu du compte de dividendes hybrides. En général, les dispositions relatives aux entités hybrides ne s'appliquent pas aux actionnaires américains de CFC, mais s'appliquent aux multinationales étrangères.

Changements à retenir

Certains changements susceptibles de vous intéresser de plus près sont présentés ci-après. Ces points, très techniques, constituent principalement une mise à jour destinée aux lecteurs qui sont bien au fait du Règlement antérieur.

1. Les Nouveaux règlements tiennent compte des règles infranationales en matière d'impôt étranger ainsi que des règles fédérales, pour autant que les impôts soient visés par une convention fiscale applicable.
2. Les Nouveaux règlements prévoient que lorsqu'un choix est fait en vertu de l'article 338(g) du Code, l'ancien compte de dividendes hybrides est ramené à zéro.
3. Les Nouveaux règlements conservent la norme de 36 mois avant paiement pour un paiement non pris en compte, mais l'assouplissent avec une disposition sur l'attente raisonnable.
4. Comme il est indiqué ci-dessus, les prêts sans intérêts sont désormais clairement visés par les règles anti-entités hybrides (mais en vertu de la règle principale plutôt que de la règle des « paiements non pris en compte »).
5. Le préambule du Règlement définitif prévoit que l'article 267A n'entraîne pas de discrimination en vertu des conventions fiscales, étant donné les lois des pays concernés, et non les lois des États-Unis, produisent des conséquences fiscales différentes pour les contribuables de ces pays.
6. Les Nouveaux règlements précisent que l'article 267A s'applique après qu'ont été établis les frais d'intérêts ou les redevances (calculés avant application de l'article 267A) conformément à une convention fiscale applicable.
7. Les Nouveaux règlements précisent que l'article 267A s'applique avant l'article 163(j) (et seulement une fois, et non de nouveau dans l'année où l'intérêt suspendu est autorisé ultérieurement en vertu de l'article 163(j)).
8. Les Nouveaux règlements continuent de ne pas considérer la retenue d'impôt comme une « inclusion » par le bénéficiaire.
9. Sous réserve d'une règle anti-abus, les Nouveaux règlements n'incluent pas les coûts d'emprunt (y compris les commissions d'engagement et de garantie) parmi les « intérêts » dont la déduction est susceptible d'être refusée en vertu des règles anti-entités hybrides. Il est à noter que cette disposition peut préfigurer la manière dont l'IRS traitera les coûts d'emprunt en vertu des règlements qui devraient être publiés prochainement en vertu de l'article 163(j).
10. Il est quelque peu surprenant de constater qu'il n'y a pas d'exception de « capitalisation » eu égard à l'interdiction de déduction prévue à l'article 267A. Il faudra voir si la version finale de l'article 163(j) sera également dépouillée d'une telle exception, quoique

des exceptions similaires ont figuré dans des versions antérieures de l'article 163(j) et aux fins de l'impôt anti-abus et érosion de la base d'imposition.

11. L'inclusion des « paiements structurés » parmi les montants dont la déduction est susceptible d'être refusée est rationalisée et rendue plus objective dans le cadre des Nouveaux règlements.
12. Le montant *de minimis* de 50 000 \$ s'applique désormais aux intérêts et aux redevances hybrides, et non plus à tous les intérêts et redevances.
13. Les Nouveaux règlements limitent l'application de la règle générale anti-évitement aux situations de D/NI qui découlent de l'utilisation de dispositifs hybrides. (Cette approche diffère de celle de l'OCDE.)
14. Les Nouveaux règlements ajoutent une nouvelle règle anti-abus qui interdit une déduction lorsque le revenu de la sous-partie F est délibérément généré pour éviter qu'une déduction soit refusée en vertu de l'article 267A.
15. Les Nouveaux règlements maintiennent la renonciation à la double consolidation des pertes lorsqu'une entité nationale hybride inversée fait un choix de type « cocher-la-case ».

Observations finales

Le Règlement antérieur a suscité une vive controverse parmi les fiscalistes en raison de leur complexité étourdissante et de leur large portée. L'approche plus souple des Nouveaux règlements laisse croire que l'IRS a écouté les commentateurs dans la mesure du possible. Il est à espérer que l'IRS adoptera cette approche à l'égard du règlement définitif tant attendu qui doit être pris en application de l'article 163(j).

Personnes-ressources : [Peter Glicklich](#), [R. Ian Crosbie](#) et [Michael N. Kandev](#)