

La nouvelle réglementation fiscale américaine transforme le financement transfrontalier

13 AVRIL 2020 16 MIN DE LECTURE

Expertises Connexes

- [Clientèle privée](#)
- [Fiscalité](#)
- [Services consultatifs en matière d'impôt](#)

Le 7 avril 2020, l'IRS et le département du Trésor ont annoncé leur projet de règlement final tant attendu concernant les accords de financement hybrides. Ce projet de règlement respecte généralement le cadre établi par le projet de règlement de décembre 2018 (projet de règlement de 2018), mais contient une nouvelle clarification concernant les prêts sans intérêt (PSI), laquelle aura un impact majeur sur la manière dont les entreprises canadiennes financent leurs filiales américaines et sur le coût du capital pour le financement des opérations américaines.

Les entreprises canadiennes qui attendent depuis longtemps des orientations définitives dans ce domaine se trouvent, dans bien des cas, dans une position difficile où elles essaient d'évaluer l'impact du projet de règlement sur les mécanismes de financements actuels et futurs – conduisant certaines d'entre elles à suspendre leurs projets de financement. Qu'on l'aime ou non, le projet de règlement final met fin à l'incertitude et permet aux entreprises canadiennes de tourner la page et d'aller de l'avant avec le financement de leurs activités aux États-Unis.

Contexte

Le paragraphe 267A a été adopté dans le cadre de la [réforme fiscale américaine](#), qui a mené à la promulgation de la loi intitulée *Tax Cuts and Jobs Act* à la fin de 2017. Au vu de son libellé, le paragraphe 267A interdit la déduction de certains montants payés à des parties liées ou accumulés à leur profit par suite d'une « opération hybride », ou encore de montants payés à une « entité hybride », par une telle entité ou accumulés à son profit. L'OCDE s'est intéressée à ce mécanisme employé par les entreprises et a fait connaître ses conclusions dans un document intitulé « Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 – Rapport final 2015 » (le « rapport du BEPS sur les dispositifs hybrides »). Comme le rappelle le projet de règlement, il ressort de la genèse du paragraphe 267A qu'il se veut « [traduction] compatible avec les différentes stratégies mises en œuvre pour s'attaquer aux mêmes problèmes ou à des problèmes similaires » à ceux soulevés dans le rapport du BEPS sur les dispositifs hybrides, pour ne nommer que ce rapport-là.

Le 20 décembre 2018, l'IRS et le département du Trésor ont publié un projet de règlement élaboré en vertu de l'article 267A. Tel que mentionné, le projet de règlement final sur l'article 267A est en grande partie conforme au projet de règlement de 2018. Pour un résumé du projet de règlement de 2018, veuillez consulter notre précédente mise à jour Osler « [Notions élémentaires sur les nouvelles règles anti-hybrides américaines](#) ».

Le projet de règlement final sur l'article 267A

Hormis le nouveau texte relatif aux PSIs (résumé ci-dessous) et certains autres éléments, la version finale du projet de règlement sur l'article 267A adhère très étroitement au cadre

établi par le projet de règlement de 2018. Le plus important est peut-être que la réglementation finale continue de respecter la restriction générale suivant laquelle la portée des règles de 267A se limite à neutraliser les effets de déduction/non-inclusion (D/Ni) qui sont attribuables à des instruments hybrides et/ou des entités hybrides (et n'est pas conçue pour neutraliser tous les effets D/Ni qui peuvent survenir dans les transactions transfrontalières et qui sont attribuables à des facteurs non hybrides).

Le projet de règlement final contient un certain nombre de modifications et de clarifications qui sont très techniques et ciblées, pour la plupart. Pour les sociétés canadiennes qui financent les activités de leurs filiales américaines, les plus notables sont les suivantes :

- **Les reports à long terme** : Le projet de règlement final reprend la règle de base selon laquelle un paiement qui donne lieu à un report de plus de 36 mois entre (x) le moment où la déduction du payeur s'accumule et (y) le moment de l'inclusion du revenu du bénéficiaire est réputé être une opération hybride. L'IRS a cependant introduit un certain nombre de modifications techniques dans le projet de règlement final, qui facilitent l'administration et l'impact de cette règle des 36 mois, y compris une règle d'« attente raisonnable » qui exige que le payeur évalue, au moment du paiement, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que le bénéficiaire inclue le paiement dans ses revenus au cours de la période de 36 mois.
- **Les paiements réputés avoir été effectués par une succursale n'entrent pas en conflit avec les traités** : Dans le préambule du projet de règlement final, l'IRS et le département du Trésor ont précisé que, selon eux, les règles de l'article 1.267A-2(c) relatives aux paiements réputés avoir été effectués par une succursale n'entrent pas en conflit avec les obligations des traités fiscaux américains.
- **Clarification sur la double inclusion de revenu** : Le projet de règlement de 2018 prévoit que les paiements non pris en compte sont traités comme des paiements « hybrides » uniquement dans la mesure où ils dépassent le « revenu à double inclusion ». Essentiellement, les revenus à double inclusion sont des revenus soumis à l'impôt à la fois dans les mains (a) de l'entité ou de la succursale qui effectue le paiement non pris en compte et (b) de l'entité ou de la succursale qui reçoit ce revenu. Le projet de règlement final a apporté des précisions supplémentaires sur ce qui est inclus dans l'importante catégorie du « revenu à double inclusion », en précisant notamment que certains éléments de revenus exonérés de participation peuvent être considérés comme des « revenus à double inclusion ».
- **Maintien de la règle controversée de « non-inclusion où que ce soit »** : En vertu du projet de loi de 2018, un seul paiement peut avoir plusieurs « destinataires désignés ». Ce scénario se produit le plus souvent lorsqu'un paiement est effectué à une entité hybride ou une succursale. De plus, la déduction fiscale américaine associée à un tel paiement hybride peut être annulée en vertu de l'article 267A si elle entraîne un effet D/Ni pour un « destinataire désigné » du paiement, même si un autre destinataire désigné inclut ce paiement à titre de revenu. Les auteurs ont fait valoir que cette règle pouvait entraîner une double imposition et qu'elle était incompatible avec le rapport Hybride BEPS (en vertu duquel l'inclusion d'un revenu par tout bénéficiaire annule la règle de non-concordance). En dépit de ces préoccupations, l'IRS a maintenu la règle controversée en se basant sur le

fait que l'abandon de la règle de « non-inclusion où que ce soit » encouragerait les contribuables à faire transiter leurs paiements hybrides par des juridictions à faible taux ou à s'engager dans des manœuvres d'arbitrage de taux similaires.

- **Retenue à la source américaine non pertinente pour l'application de 267A** : De nombreux auteurs ont fait valoir que la règle de l'article 267A relative à l'annulation de déduction ne devrait pas s'appliquer aux paiements hybrides qui sont soumis à la retenue à la source américaine. Les auteurs ont fait valoir que la retenue à la source américaine fonctionne comme une inclusion de revenu de substitution et que, lorsqu'elle s'applique, il n'est pas approprié de conclure qu'il y a eu une D/Ni. L'IRS a refusé de suivre cette suggestion, notant (entre autres) que les considérations politiques qui sous-tendent les retenues à la source et les traités américains, d'une part, et l'article 267A, d'autre part, ne sont pas les mêmes et qu'il n'était pas approprié que l'article 267A soit soumis à l'application des règles de retenue à la source.
- **Clarification des règles relatives aux accords de montant hybride importé exclu (MHIE)** : Aux termes du projet de règlement de 2018, une série de règles complexes, appelées règles MHIE, empêchent généralement l'importation dans la juridiction fiscale américaine des effets d'un arrangement hybride extraterritorial par l'utilisation d'un arrangement non hybride. En substance, si les règles MHIE relient un paiement d'intérêts ou de redevances non hybride aux États-Unis à un paiement hybride effectué par une partie liée outre-mer, la déduction américaine sera généralement refusée. Le projet de règlement final conserve ces règles, mais apporte des précisions importantes sur leur fonctionnement, notamment (a) des directives sur la manière de coordonner les règles MHIE avec les règles de non-concordance des paiements hybrides dans d'autres juridictions, et (b) une précision à l'effet que toutes les parties de la chaîne de paiement examinées dans le cadre des règles MHIE doivent être liées les unes aux autres.
- **Maintien de la règle anti-abus** : L'IRS a préservé la règle anti-abus de 267A dans le projet de règlement de 2018, malgré les commentaires demandant son retrait. Toutefois, l'IRS a confirmé que la règle anti-abus serait déployée de manière disciplinée, notant dans le préambule qu'elle serait axée sur « les termes et la structure d'un arrangement et exigerait que l'effet D/Ni produit soit le résultat d'un arrangement hybride ou d'un arrangement avec une succursale ».
- **Maintien des règles de double saisie ["check-the-box"]** : Le projet de règlement final ne modifie pas substantiellement les règles empêchant la déduction d'une même perte sur deux territoires [dual consolidated loss] (DCL) incluses dans le projet de règlement de 2018. Plus précisément, il maintient la règle qui exige des contribuables qu'ils traitent une société de personnes américaine comme une « société à double résidence » soumise aux règles sur les DCL si le contribuable (1) veut traiter la société de personnes comme une société par actions aux fins de l'impôt américain en vertu des règles ["check-the-box"] et (2) si la société de personnes a un propriétaire étranger lié qui la traite comme fiscalement transparente en vertu du droit étranger (c'est-à-dire que la société de personnes est un « hybride national inverse »). L'IRS et le département du Trésor ont également déclaré qu'ils continuent d'étudier les opérations impliquant des paiements d'entités étrangères

considérées, en vertu du droit étranger, comme étant fait à leurs propriétaires nationaux lorsque l'entité étrangère n'est pas prise en compte aux fins de l'impôt américain (c'est-à-dire un « hybride étranger »). Ils ont indiqué qu'ils pourraient publier des orientations concernant l'application des règles de la DCL à ces opérations à l'avenir, mais n'ont pas fourni plus de détails concernant la portée de ces règles. Les Canadiens qui financent des filiales américaines voudront suivre de près toute évolution future dans ce domaine.

Le sort des dettes qui ne portent pas intérêts en vertu de la réglementation finale sous 267A

Pour de nombreuses entreprises canadiennes, les principales questions en suspens à la suite du projet de règlement de 2018 étaient les suivantes : (1) les opérations de PSI sont-elles couvertes par la réglementation de l'article 267A et, si c'est le cas, (2) à partir de quand les déductions des intérêts associées aux opérations de PSI seront-elles interdites. Avant la publication du projet de règlement final, il y avait débat à savoir si le projet de règlement de 2018 affectait les opérations de PSI. Certains observateurs ont estimé que, puisque (a) les règles anti-hybrides de l'OCDE excluent explicitement les opérations de PSI, et que (b) le Congrès, en établissant les règles de l'article 267A, avait l'intention qu'elles s'alignent avec les mesures de l'OCDE contre les opérations hybrides, il serait inapproprié pour l'article 267A de neutraliser les déductions imputées de PSI (du moins pas sans un texte spécifique et clair à cet effet). D'un autre côté, certains observateurs ont estimé que les déductions imputées sur les PSI étaient économiquement équivalentes aux effets D/NI créés par les "paiements non pris en compte" et, par conséquent, qu'il était approprié que les PSIs soient neutralisés par le projet de règlement de 2018.

La réglementation finale met fin à cette impasse en neutralisant les déductions d'intérêts associées à la plupart des opérations de PSI. En particulier, la réglementation finale ajoute le nouveau paragraphe 1.276A-2(a)(4) qui prévoit que, dans le cas des PSI et des "arrangements similaires", les intérêts imputés qui donnent lieu à une déduction pour l'émetteur, mais pas à une inclusion correspondante de revenus d'intérêts pour le détenteur du PSI (parce que la juridiction fiscale du détenteur ne lui impute pas de revenus d'intérêts) sont traités comme une "transaction hybride" en vertu de la réglementation. Cette règle aura probablement pour effet de neutraliser les déductions d'intérêts aux États-Unis pour de nombreuses sociétés américaines qui paient des intérêts à une société affiliée luxembourgeoise en vertu de structures de financement luxembourgeoises prototypiques, lesquelles sont courantes dans la sphère canadienne américaine. Il est important de noter que pour être soumise à la nouvelle règle, la "non-inclusion" des revenus d'intérêts doit résulter du fait que la juridiction fiscale du détenteur du PSI n'impute pas le revenu – si le détenteur du PSI est résident (ou une succursale imposable) dans une juridiction fiscale qui n'impose pas les revenus d'intérêts de source étrangère, alors la "non-inclusion" n'est pas attribuable à l'hybridité et ne devrait pas être soumise à la nouvelle règle.

Compte tenu de la grande clarté offerte par la nouvelle règle concernant les PSIs, la prochaine étape pour de nombreuses sociétés canadiennes sera de déterminer sa date d'entrée en vigueur. La partie de la réglementation finale qui traite des dates d'entrée en vigueur comprend une règle "spéciale" indiquant que la nouvelle disposition relative aux PSIs s'applique aux années d'imposition commençant le, ou après le 20 décembre 2018 (date de publication du projet de règlement de 2018). Pour les contribuables dont l'année d'imposition est l'année civile, cela signifie que la règle relative aux PSIs s'applique à partir de leur année d'imposition de 2019.

Il est intéressant de noter que les contribuables peuvent choisir d'appliquer le projet de règlement de 2018 dans leur intégralité (au lieu de la réglementation finale) pour toutes les

périodes imposables se terminant le ou avant le 8 avril 2020. Cette possibilité de prolonger la durée de vie du projet de règlement de 2018 pourrait amener les contribuables à se demander si cette réglementation (contrairement à la réglementation finale) traite de manière adéquate les PSIs. Toutefois, les contribuables qui considèrent que les PSIs n'ont pas été abordés dans la proposition de règlement de 2018 se butent l'affirmation faite par l'IRS dans le préambule selon laquelle la nouvelle règle sur les PSIs (article 1.267A-2(a)(4)) est essentiellement une clarification. En particulier, en ce qui concerne les arrangements de PSIs, le préambule souligne qu', "étant donné que la déduction des intérêts imputés n'est pas considérée par la législation fiscale du détenteur de l'instrument, la règle du paiement non pris en compte du projet de règlement traite les intérêts imputés comme un paiement non pris en compte et, par conséquent, comme un montant hybride non admissible dans la mesure où il excède le revenu soumis à une double inclusion".

Les projets de règlement

Outre la réglementation finale, le département du Trésor a annoncé un nouveau projet de règlement le 7 avril 2020. Il est à noter spécialement pour les entreprises canadiennes que le nouveau projet de loi élargit l'application des règles anti-conduit. De manière générale, les règles anti-conduit américaines permettent à l'IRS de fusionner certains arrangements consécutifs de financement [back-to-back] qui impliquent des emprunteurs américains, en ignorant les prêteurs "intermédiaires" et en requalifiant le financement comme s'il s'était produit entre l'emprunteur américain et le prêteur "ultime". Si (a) cette relation de financement requalifiée entraîne une retenue à la source américaine plus importante que celle prévue par l'arrangement de financement, et (b) si on dénote une intention d'évitement fiscal, les règles anti-conduit peuvent s'appliquer afin d'exiger le paiement de la retenue à la source américaine plus élevée. Avant ce projet de règlement, un financement entre parties liées sous forme de capitaux propres n'était généralement pas considéré comme une opération de financement intermédiaire pouvant être fusionnée en vertu des règles anti-conduit, à moins qu'elle ne présente certaines caractéristiques assimilables à une dette. Le nouveau projet de règlement étend la portée des règles anti-conduit pour qu'elles s'appliquent aux financements en fonds propres qui donnent droit à une déduction d'intérêts notionnelle (ou un avantage fiscal similaire) en vertu de la législation fiscale de l'émetteur.

Ces règles anti-conduit élargies devraient permettre d'appliquer la retenue d'impôt américaine à un plus large éventail d'arrangements de financement interentreprises qui concernent des entreprises canadiennes par l'intermédiaire de pays tiers qui comportent une composante hybride. Il est important de noter que les nouvelles règles anti-conduit proposées fonctionneront en parallèle avec la réglementation de l'article 267A (c'est-à-dire qu'elles ne remplacent pas ou n'annulent pas la réglementation finale de l'article 267A mentionnés ci-dessus). Le nouveau projet de règlement, dans la mesure où il concerne les transactions impliquant des intermédiaires, s'appliquera aux paiements effectués à partir de la date où ce projet de règlement est finalisé (c'est-à-dire qu'il n'est pas encore en vigueur).

Conclusion

Bien que la réglementation finale reprenne en grande partie l'organisation générale et le cadre opérationnel du projet de règlement de 2018, il ne faut pas sous-estimer son impact sur les normes de financement entre les États-Unis et le Canada. Pour les nombreuses entreprises canadiennes qui avaient reporté leur financement jusqu'à ce que la situation soit plus claire, cette réglementation marque la fin de cette période d'attente. Bien que la réglementation finale n'apporte peut-être pas la conclusion que les Canadiens espéraient, il s'agit néanmoins d'une forme de conclusion. Les entreprises canadiennes bien informées ayant des activités aux États-Unis peuvent désormais faire le point sur le nouveau contexte

créé par le projet de règlement final et aller de l'avant en faisant des choix réfléchis sur la manière de financer leurs activités américaines à l'avenir.