

Septembre 2007

Communiqué n° : 07-04

Nouveau protocole à la convention fiscale Canada - États-Unis

Le vendredi 21 septembre 2007, le ministre des Finances, M. Jim Flaherty et son homologue américain, le secrétaire du trésor, M. Henry M. Paulson Jr ont signé le cinquième protocole à la convention fiscale qui lie les deux pays, le premier changement à cette convention depuis dix ans. Le protocole apporte un certain nombre de changements importants à la convention. Certains changements avantagent les contribuables, par exemple l'élimination des retenues d'impôt à la source sur le paiement d'intérêt, tandis que d'autres auront un impact important sur les structures transfrontalières.

Le protocole comprend deux ensembles de notes diplomatiques qui contiennent des détails sur les procédures arbitrales obligatoires incluses dans le nouveau protocole ainsi que des notes destinées à faciliter l'interprétation de certains changements.

Pour que le nouveau protocole entre en vigueur, les procédures de ratification doivent être terminées tant au Canada qu'aux États-Unis. Si les procédures de ratification sont terminées en 2007, le nouveau protocole entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Si elles ne sont pas terminées cette année, le protocole ne sera applicable qu'au moment où les procédures de ratification sont terminées. Les changements concernant les retenues d'impôt à la source seront effectifs deux mois après l'entrée en vigueur du protocole.

Vous trouverez ci-dessous un sommaire des changements apportés en vertu du nouveau protocole.

Élimination de la retenue d'impôt à la source sur les intérêts

Tel qu'annoncé dans le budget fédéral en date du 19 mars 2007, le protocole confirme que les retenues d'impôt à la source sur le paiement d'intérêt, qui sont actuellement de 10 % dans le cadre de la convention fiscale, seront éliminées. Le revenu provenant d'intérêt sera imposable uniquement dans le pays où réside le contribuable. Par exemple, une entreprise résidant au Canada qui emprunte auprès d'un prêteur américain n'aura plus à retenir et remettre de l'impôt sur les paiements d'intérêt.

Ce changement s'applique aux intérêts payés entre les personnes qui ont un lien de dépendance à partir du deuxième mois suivant l'entrée en vigueur du protocole. Dans le cas des intérêts payés entre personnes liées, par exemple une société mère et sa filiale, le taux de la retenue fiscale sera réduit sur une période de trois ans : réduction de 7 % la première année suivant l'entrée en vigueur du protocole, de 4 % la deuxième année et élimination complète la troisième année.

Retenue d'impôt à la source sur les dividendes

Malheureusement, la convention n'implique aucune réduction quant à la retenue d'impôt à la source sur les dividendes, qui est actuellement de 5 % pour les dividendes versés à un résident de l'autre pays dans la situation où le propriétaire bénéficiaire du dividende est une entreprise qui possède au moins 10 % des actions avec droit de vote de l'entreprise qui paie le dividende. Le protocole prévoit toutefois une modification à cette règle stipulant que, lorsque la condition relative aux 10 % d'actions avec droit de vote détenues est remplie, une entreprise résidant dans un état contractant est considérée détentrice des actions avec droit de vote d'une entité considérée comme transparente sur le plan financier en vertu des lois dudit état et qui ne réside pas dans l'état contractant de l'entreprise qui paie les dividendes aux fins de la convention, en proportion du droit de propriété de l'entreprise en rapport avec cette entité. En fonction de cette modification, le Canada doit utiliser l'approche du conduit pour déterminer la condition de transparence d'une entité auprès de ses membres lorsque vient le temps d'évaluer si les entreprises des États-Unis doivent ou non être considérées détentrices de 10 % des actions avec droit de vote du payeur de dividende.

Sociétés à responsabilité limitée et autres entités hybrides

Les entités hybrides sont des entités considérées comme une société en vertu des lois d'un pays, mais considérées transparentes (c.-à-d. une entité intermédiaire telle qu'une société en nom collectif) en vertu des lois d'un autre pays.

Par exemple, une société à responsabilité limitée des États-Unis est considérée comme une entité transparente en vertu des lois des États-Unis, ce qui signifie que ses membres (c.-à-d. les actionnaires) paient l'impôt des É.-U. sur tout revenu gagné par la société à responsabilité limitée. Au Canada, ces mêmes sociétés sont traitées comme des sociétés et, donc, soumises à l'impôt des sociétés au Canada.

En vertu du protocole actuel, les entités hybrides ne sont pas admissibles aux avantages offerts par la convention, une situation qui pose problème. Pour qu'une entité soit admissible aux avantages offerts par la convention, par exemple la réduction de la retenue d'impôt, une entité doit résider dans un des pays signataires de la convention et y payer de l'impôt. Si une entité est un véhicule intermédiaire dans son propre pays, par exemple une société à responsabilité limitée, elle n'est pas admissible aux avantages liés à la convention, puisqu'elle n'est pas tenue de payer de l'impôt.

Le protocole comprend des mesures visant à corriger ce problème. Le revenu gagné par un résident d'un pays par le biais d'une entité hybride, par exemple une société à responsabilité limitée, sera considéré par l'autre pays comme un revenu provenant directement du résident lorsque viendra le temps de déterminer s'il a droit aux avantages de la convention fiscale. Par exemple, si des investisseurs résidant aux États-Unis utilisent une société à responsabilité limitée pour investir au Canada (une société pour le Canada et un véhicule intermédiaire pour les États-Unis), tout revenu de placement de source canadienne cumulé par le biais de la société à responsabilité limitée sera admissible à une réduction de retenue d'impôt en vertu de la convention, puisque le Canada considérera le revenu comme s'il avait été payé directement aux investisseurs résidant aux États-Unis au moment de déterminer si ces derniers ont droit aux avantages de la convention. Cependant, il est à noter qu'en vertu d'une règle corollaire, si le revenu de l'entité hybride n'est pas imposé directement dans les mains des investisseurs, il sera considéré comme ayant été cumulé par un résident et aucun avantage de la convention ne s'appliquera.

Ce changement s'appliquera aux retenues d'impôt deux mois suivant l'entrée en vigueur du protocole. La règle corollaire s'applique après deux ans.

Refus des avantages de la convention à certaines entités hybrides

Le protocole comprend des dispositions visant à refuser les avantages de la convention à certaines entités hybrides souvent utilisées dans le cadre d'une planification transfrontalière. Ces changements sont effectifs seulement à partir du premier jour de la troisième année civile qui prend fin après l'entrée en vigueur du protocole, en

principe pour donner aux contribuables le temps de restructurer les accords qui seront touchés par ceux-ci. Tout plan transfrontalier utilisant des entités hybrides devra être revu afin de déterminer l'impact qu'auront ces changements.

Fournisseurs de services et établissements réputés stables

De manière générale, un fournisseur de service résidant dans un pays est sujet aux retenues d'impôt dans l'autre pays uniquement s'il fournit des services par le biais d'un établissement stable dans ce dernier. (Il est à noter que certains états américains exigent des impôts en fonction des liens, par opposition aux établissements stables, et ne sont pas liés par la convention.)

Un établissement stable, en vertu de la convention actuelle, possède un lieu d'affaires fixe, par exemple un bureau. Toutefois, au cours des dernières années, les autorités tant canadiennes qu'américaines ont intensifié leur position quant au statut d'établissement stable de fournisseurs de services d'un autre pays dans leur pays. Ces derniers sont donc imposés, même si le fait qu'ils fournissent des services par le biais d'un lieu d'affaires fixe dans leur pays ne peut être affirmé avec certitude.

Dans le but de clarifier la situation, le nouveau protocole contient une nouvelle règle relative aux établissements réputés stables en ce qui concerne les fournisseurs de services. Essentiellement, un fournisseur de services, résidant dans un pays, aura un établissement stable dans l'autre pays si ses services sont offerts par une personne présente dans ce dernier pendant 183 jours ou plus au cours d'une période de 12 mois et si, durant cette période, plus de 50 % du revenu net d'entreprise exploitée activement était formé de revenus générés par les services offerts par cette personne dans l'autre pays. De plus, un fournisseur de services aura un établissement réputé stable dans l'autre pays si les services sont fournis dans l'autre pays pendant 183 jours ou plus au cours d'une période de 12 mois à l'égard du même projet ou d'un projet connexe pour les clients qui résident dans l'autre pays ou si le fournisseur conserve un établissement stable dans cet autre pays et les services sont offerts relativement à cet établissement stable.

Ce changement entrera en vigueur au troisième exercice imposable terminé après l'entrée en vigueur du protocole. Il ne s'appliquera toutefois pas aux services rendus ou aux revenus d'entreprise cumulés avant le 1^{er} janvier 2010.

Présumée augmentation des coûts lors d'une émigration

Un changement qui avait d'abord été annoncé il y a 7 ans a finalement été codifié. En vertu des règles canadiennes, lorsqu'une personne obtient le statut de résident canadien,

elle est réputée recevoir la plupart de ses immobilisations à leur juste valeur à son entrée au Canada en ce qui a trait aux gains en capital. Dans le même ordre d'idées, une personne qui quitte le Canada est réputée disposer de la plupart de ses immobilisations et devra payer des impôts sur ses gains et pertes. Aux États-Unis, les personnes sont imposées sur les gains réalisés pour la plupart des immobilisations en fonction de leur coût initial. C'est pourquoi, lorsque des Canadiens émigrent aux États-Unis, ils peuvent être sujets à une double imposition; en fonction de la présumée disposition de leurs biens à leur départ pour le Canada et à la vente ultérieure de ces biens pour les États-Unis. Afin d'éviter ce problème, les émigrants ont l'habitude de vendre leurs placements avant d'obtenir leur résidence américaine et de les récupérer par la suite.

Tel qu'annoncé en 2000, le protocole comprend un changement qui permettra de s'assurer que les Canadiens qui émigrent aux États-Unis ne seront pas assujettis à une double imposition. En particulier, la personne qui émigre peut choisir de vendre et de racheter une propriété pour un montant égal à sa juste valeur marchande juste avant de perdre son statut de résident canadien. Il semble que ce choix peut être fait en fonction de la propriété. Ce changement s'applique aux propriétés réputées avoir fait l'objet d'une disposition après le 17 septembre 2000. Il est à noter que ce changement ne s'applique pas aux biens détenus dans un REER et à certaines autres participations indirectes. Donc, une planification précise avant l'émigration est toujours requise pour minimiser l'exposition de ces biens à l'impôt des États-Unis.

Nouvelles règles pour la déduction des cotisations à des régimes de retraite

Avec le temps, de plus en plus d'employés travaillent dans un pays, mais continuent de cotiser à un régime de retraite dans un autre. D'un point de vue canadien, cela devrait inclure les personnes qui vivent au Canada et sont quotidiennement en lien avec les États-Unis pour y travailler et, donc, cotisent à un régime de retraite des É.-U. Il pourrait également s'agir d'employés résidant au Canada qui travaillent aux États-Unis à court terme et continuent de cotiser à un régime de retraite du Canada alors qu'ils sont des résidents des É.-U. En vertu des règles actuelles, il n'existe aucune certitude quant à la capacité d'un employé à déduire les cotisations faites à un régime à l'étranger.

En vertu du protocole, une déduction pour cotisations à un régime de retraite dans un autre état sera permise, mais sujette à un certain nombre de conditions et d'exclusions. Une règle importante à garder en mémoire pour les résidents canadiens : la nouvelle déduction pour cotisation à un régime de retraite aux États-Unis sera sujette à la limite de cotisation REER canadienne du contribuable et

le montant faisant l'objet d'une déduction réduira le plafond de cotisation au REER des années ultérieures.

Ce changement s'appliquera aux années d'imposition suivant l'année civile au cours de laquelle le protocole est entré en vigueur. Toutefois, si une ratification est terminée en 2007, la règle s'applique aux années d'imposition à partir de 2008.

Double allègement fiscal pour les options d'achat d'actions

L'utilisation d'options d'achat d'actions à titre de rémunération aux employés est maintenant chose courante. L'imposition de ces options peut s'avérer compliquée, puisque la réalisation d'un avantage monétaire à partir d'une option d'achat d'actions constitue un processus en 3 étapes; l'option est octroyée par l'employeur, l'option est exercée par l'employé et ultimement le placement sous-jacent est vendu. En vertu des règles canadiennes, l'exercice d'une option d'achat d'actions procure un avantage égal à la valeur de l'action au moment de l'exercice, moins le prix d'exercice et le montant (le cas échéant) payé par l'employé pour acquérir l'option. Dans certaines circonstances, l'avantage est réduit de moitié et il peut être possible de reporter ce revenu.

La rémunération de l'option d'achat d'actions sera parfois couverte par les règles générales de l'Article XV de la fiducie existante. Toutefois, lorsque ce n'est pas le cas et qu'un employé entre au Canada ou le quitte entre le jour où est octroyée l'option et celui où elle est exercée, il n'est pas toujours facile de déterminer si c'est le Canada ou le pays étranger qui a le droit d'imposer l'avantage lié à l'option considérant que quelqu'un doit tenter de déterminer si l'avantage est dérivé de l'emploi au Canada ou du pays étranger. La situation peut s'avérer compliquée lorsque la personne demeure employée au sein de la même entité économique.

Dans le cadre d'un échange de notes diplomatiques par opposition à un changement de convention, une nouvelle méthode s'appliquera pour déterminer quel pays peut imposer l'avantage lié à l'option. L'avantage lié à l'option d'achat d'actions sera généralement considéré dérivé d'un pays si la place d'emploi principale de la personne était dans ce pays lorsque l'octroi et l'exercice de l'option ont eu lieu. Cette règle devra s'appliquer lorsque l'employé est à l'emploi du même employeur ou d'employeurs apparentés de chaque côté de la frontière.

Le service des finances a cité un exemple où un employé d'une entreprise des États-Unis se voit octroyer une option d'achat d'actions le 1^{er} janvier 2009. Le 1^{er} janvier 2010, l'employé quitte le siège social de l'entreprise aux États-Unis pour travailler à sa filiale canadienne. Le 31 décembre 2011, l'employé dispose de l'option et engendre ainsi un revenu. Sauf dans des

circonstances inhabituelles, l'imposition de l'avantage lié à l'option d'achat d'actions sera calculée au pro rata – un tiers de l'avantage sera considéré dérivé aux États-Unis et deux tiers seront considérés dérivés au Canada. Ce changement entre en vigueur en même temps que le protocole.

Nouvelle règle d'arbitrage obligatoire

Selon la version actuelle de la convention, diverses règles s'appliquent pour déterminer le pays qui peut percevoir l'impôt; et lorsque ces règles n'éliminent pas la possibilité d'une double imposition, une entente mutuelle est conclue entre les autorités fiscales des deux pays quant à celui qui imposera l'élément en question. Toutefois, aucune garantie quant au fait qu'une telle entente sera conclue n'est offerte; une double imposition est toujours possible.

Selon les changements au protocole, une nouvelle règle sera offerte aux contribuables. Si les autorités fiscales des deux pays n'arrivent pas à s'entendre concernant la question de la double imposition et un contribuable exerce une option, il peut demander que sa cause fasse l'objet d'un arbitrage. Les notes au protocole indiquent que l'arbitrage est possible dans le cas de conflits impliquant l'Article IV (uniquement lorsqu'il est question de la résidence d'une personne), l'Article V (établissement stable), l'Article VII (bénéfices commerciaux attribuables à un établissement stable), l'Article IX (personnes liées) et l'Article XII (redevances, mais seulement dans certaines circonstances) ou de tout autre conflit pour lequel les autorités compétentes considèrent, sur une base ponctuelle, que des procédures arbitrales obligatoires doivent être utilisées. Cependant, il apparaît que l'arbitrage peut être refusé si deux pays s'entendent pour dire, avant la date à laquelle les procédures d'arbitrage auraient débuté, que la cause ne convient pas à un règlement par arbitrage. Ce changement s'applique aux cas qui sont déjà à l'étude au moment de l'entrée en vigueur du protocole en vertu de la procédure d'entente mutuelle de la convention ainsi qu'aux cas qui sont mis à l'étude par la suite.

Autres changements

Détermination des bénéficiaires en vertu de l'Article VII – Le Canada et les États-Unis se sont entendus pour adopter l'approche de l'attribution des bénéfices à un établissement stable promu par l'OCDE, qui utilise les

principes d'établissement des prix de cession pour s'assurer que les bénéfices attribués correspondent au capital utilisé, aux risques assumés et aux activités exécutées par l'établissement stable.

Limitation des avantages – Pour la première fois, une convention fiscale canadienne comprendra une clause limitant les avantages. Cette clause a pour but d'empêcher les résidents d'autres pays de faire du « chalandage fiscal » (en établissant des structures leur permettant de tirer profit des dispositions de la convention fiscale Canada-États-Unis) et de s'assurer que ces avantages ne sont accessibles qu'aux résidents du Canada et des États-Unis.

Frais de garantie – En vertu du nouveau protocole, des frais de garantie en ce qui concerne la dette seront imposables dans le pays de résidence du destinataire uniquement, sauf si les frais découlent de bénéfices commerciaux attribuables à un établissement stable dans l'autre pays. Ce changement élimine la retenue d'impôt à la source pour ces frais et sera appliqué aux années d'imposition commençant après l'année civile au cours de laquelle le protocole entre en vigueur.

Continuations des entreprises – En vertu du nouveau protocole, lorsqu'une société par actions réside dans les deux pays contractants des suites d'une continuation d'entreprise, une règle en deux parties s'applique. Tout d'abord, si la société a été créée selon les lois en vigueur dans un pays, mais pas selon celles de l'autre pays, cette dernière sera considérée résidente dans le premier pays uniquement. Autrement, les deux pays tenteront de régler la question de la résidence et de la façon d'appliquer la convention au moyen d'une entente mutuelle. Si aucune entente n'est possible, la société ne sera considérée résidente d'aucun pays aux fins de la convention. Par exemple, une société des États-Unis dont l'exploitation se poursuit au Canada et qui conserve son statut d'entreprise dans son pays d'origine deviendra, selon la convention, résidente canadienne tout en demeurant résidente des États-Unis. Ce changement s'applique aux continuations survenues après le 17 septembre 2000.

Pour obtenir plus d'information concernant l'impact qu'aura le protocole sur votre situation, communiquez avec votre conseiller de BDO.