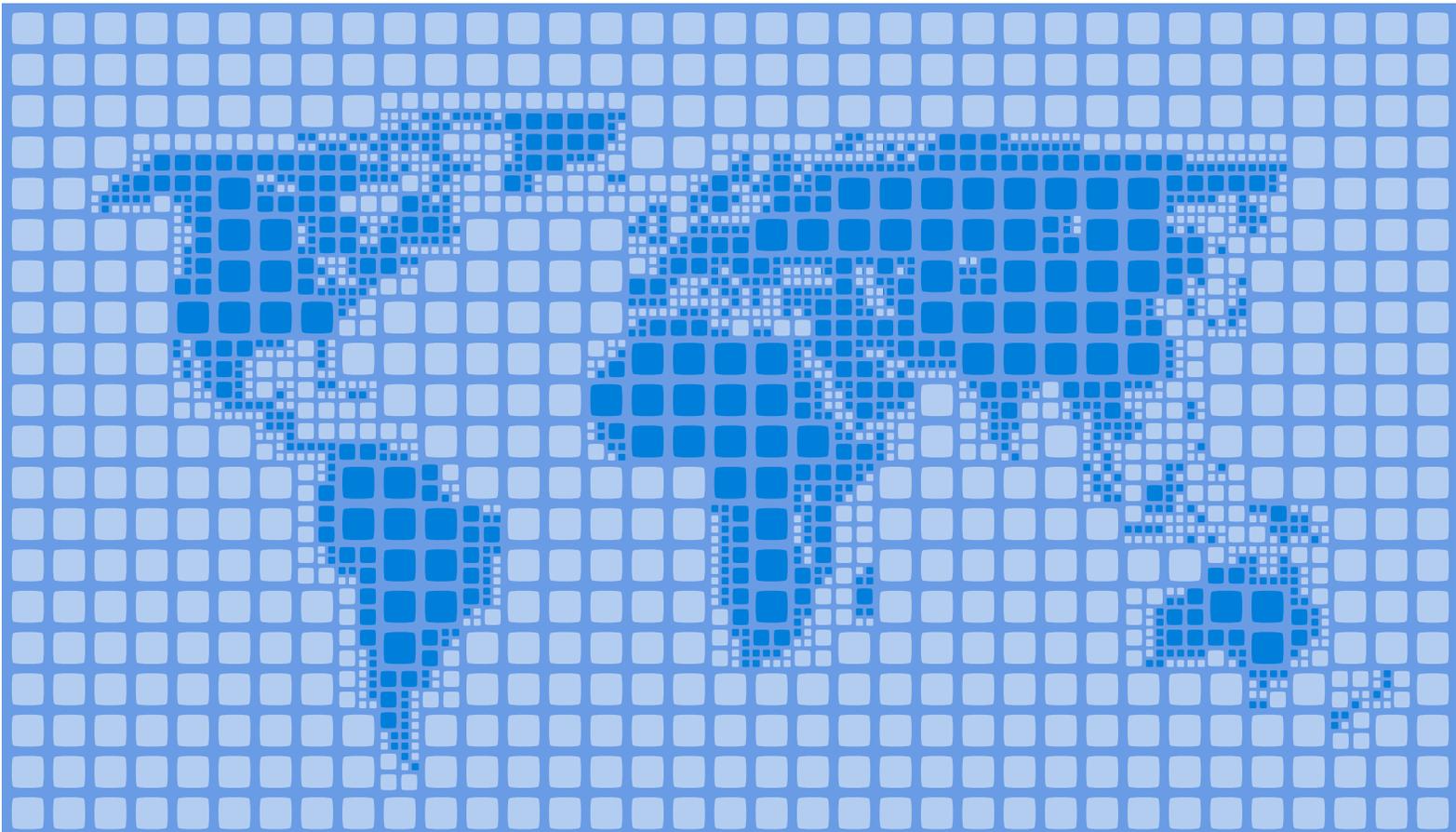


Restrictions à la déductibilité de l'intérêt et investissement direct de l'étranger

Tim Edgar

Rapport de recherche préparé pour le Groupe consultatif sur le
régime canadien de fiscalité internationale

Octobre 2008



Restrictions à la déductibilité de l'intérêt et investissement direct de l'étranger

Tim Edgar

*Professeur, Faculté de droit, Université Western Ontario,
London, Ontario*

*Chercheur supérieur, Taxation Law and Policy Research Institute,
Université Monash, Melbourne, Australie*

Octobre 2008

Correspondance :

Tim Edgar, Faculté de droit, Université Western Ontario,
1151, rue Richmond, bureau 2, London, Ontario, Canada N6A 5B8

Courriel : tedgar@uwo.ca

Aussi offert sur Internet à : www.apcsit-gcrcfi.ca

This publication is also available in English.

N° de catalogue : 978-1-100-90611-9

ISBN : F34-3/3-2009F-PDF

© 2008 Tim Edgar. Tous droits réservés. La reproduction ou transmission sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit d'une partie quelconque de ce document est interdite sans l'autorisation préalable de son auteur.

Les opinions et les déclarations contenues dans le présent document, y compris celles des auteurs désignés ou d'autres établissements, ne reflètent pas nécessairement les opinions du Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale ni la politique du ministère des Finances Canada ou du gouvernement du Canada.

Les termes du genre masculin utilisés pour désigner des personnes englobent à la fois les femmes et les hommes.

Table des matières

1.	Introduction	1
2.	Imposition dans le pays de source des profits propres à un lieu et déduction des frais d'intérêt	5
3.	L'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert	16
4.	Dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte	21
5.	Options de réforme n^{os} 1 et 2 : Alternatives pour limiter la déductibilité des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes liées	25
	A. Règle générale de non-déductibilité.....	25
	B. Dispositions contre le dépouillement des gains.....	29
6.	Option de réforme n^o 3 : Étendre la portée des restrictions relatives à la déductibilité des frais d'intérêt aux intérêts sur les dettes entre personnes non liées	34
7.	Préciser le niveau d'endettement permis	43
8.	Option de réforme n^o 4 : Réforme à la marge des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes	50
	A. Problèmes conceptuels de premier ordre.....	52
	1. <i>Différencier l'investissement direct de l'investissement de portefeuille</i>	52
	2. <i>Extension aux succursales canadiennes, aux sociétés de personnes résidentes et aux fiducies résidentes</i>	56
	3. <i>Extension aux investisseurs résidents exonérés d'impôts</i>	59
	4. <i>Substituts à la dette</i>	60
	B. Problèmes conceptuels de second ordre.....	65
	1. <i>Traitement des dettes garanties, de la dette sans intérêts, et des dépôts de compensation</i>	65
	2. <i>Endettement net et prêts circulaires</i>	69
	3. <i>Règles sur la création de dettes</i>	71
	4. <i>Dividende réputé ou report des frais d'intérêt non déductibles</i>	73
	5. <i>Application à un groupe de sociétés nationales sur une base consolidée</i>	74
9.	Non-discrimination comme contrainte	76
10.	Interaction avec les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans le contexte de l'investissement direct à l'étranger	81
	Annexe 1 — Sommaire de la législation des pays sélectionnés	83
	Annexe 2 — Exemple détaillé illustrant l'application d'une limitation à la capitalisation restreinte dont la portée s'étend à la dette entre personnes non liées	89

1. Introduction

De par la promulgation, en 1972, des dispositions relatives à la capitalisation restreinte, qui figurent actuellement aux paragraphes 18(4) à 18(6) de la Loi de l'impôt sur le revenu¹, le Canada fut le premier pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) à adopter des dispositions spécifiques conçues pour protéger son assiette de l'impôt sur le revenu des sociétés en restreignant la déduction des frais d'intérêt dans le contexte des investissements directs de l'étranger. Depuis, plusieurs pays ont promulgué des lois destinées à contrer ce type d'érosion possible de leur assiette fiscale. À certains égards, les dispositions du Canada n'ont pas évolué au même rythme qu'avec celles élaborées ailleurs. Des réformes ont été suggérées dans la littérature² et proposées dans le Budget de 2000³ en réponse aux recommandations du Comité technique de la fiscalité des entreprises⁴ (le « comité Mintz »). Malgré l'adoption de certaines de ces propositions de réforme, la structure de base des dispositions relatives à la capitalisation restreinte est restée en bonne partie inchangée. Toutefois, le maintien du statu quo législatif est sans doute impossible suite à l'élimination par le gouvernement fédéral de la retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts de façon générale dans le contexte des investissements de portefeuille en provenance de l'étranger⁵ ainsi que dans le contexte des investissements directs en provenance des États-Unis⁶. En abaissant le taux d'imposition sur le revenu des sociétés rapatrié sous forme d'intérêts, cette tendance à réduire les retenues d'impôt sur les paiements d'intérêts renforce l'incitatif fiscal en faveur de la substitution des capitaux propres par de la dette dans le contexte des investissements directs de l'étranger. On ne sait pas bien si les dispositions relatives à la capitalisation restreinte, sous leur forme actuelle, peuvent adéquatement restreindre cette substitution motivée par des considérations fiscales. Bien que la réduction du taux fédéral d'imposition des sociétés prévu par la loi aidera à atténuer l'incitatif fiscal en faveur du transfert des frais d'intérêt déductibles au Canada, cet effet est quelque peu neutralisé par l'utilisation croissante de structures sophistiquées de planification fiscale qui permettent aussi d'éviter l'impôt du pays de résidence sur le revenu rapatrié sous forme

-
- 1 L.R.C. (1985), chap. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (ci-après désignée comme « la Loi »). Sauf indication contraire, tous les renvois législatifs renvoient à la Loi. L'ancien paragraphe 18(7) veillait à ce que la règle de non-déductibilité s'applique également aux intérêts qu'une société choisit de capitaliser en tant que partie du coût des biens amortissables ou des frais d'exploration et d'aménagement. Cette règle de priorité a été abrogée pour les années d'imposition suivant 1984 en tenant compte du fait que la formulation « autrement déductible » s'étendait à ce genre d'intérêts capitalisés. L'ancien paragraphe 18(8) fournissait une exception pour les sociétés canadiennes dont l'activité principale est la création ou la fabrication d'avions ou de pièces d'avion. Cette exception a été abrogée pour les années d'imposition débutant après l'année 2000.
 - 2 Voir, par exemple, W. G. Williamson et R.A. Garland, *L'imposition des investissements en provenance de l'étranger* (Ottawa : ministère des Finances, document de travail 96-12, Comité technique de la fiscalité des entreprises, décembre 1996), 2-3 et 15-33. Voir aussi Tim Edgar, « The Thin Capitalization Rules : Role and Reform », *Canadian Tax Journal*, vol. 40, n° 1 (1992), pp. 1-54.
 - 3 Canada, ministère des Finances, *Budget 2000, Plan budgétaire*, Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires, annexe 7, pp. 268-270 et Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu, 28 février 2000, résolution (26).
 - 4 Canada, *Rapport du Comité technique de la fiscalité des entreprises* (« Rapport Mintz ») (Ottawa : ministère des Finances, 1997), pp. 6.29-6.34.
 - 5 Voir Canada, ministère des Finances, *Budget 2007, Plan budgétaire*, Renseignements supplémentaires, annexe 5, 19 mars 2007 (énoncé de l'intention du gouvernement d'éliminer les retenues d'impôt sur tous les paiements d'intérêt versés à des non-résidents non-liés une fois que l'exemption de retenue d'impôt sur les intérêts aux parties liées et non-liées sera mise en œuvre dans la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis). L'alinéa 212(1)b), en vigueur le 1^{er} janvier 2008, a été modifié de façon à éliminer la retenue d'impôt sur les intérêts non-contingents payés à un non-résident non-lié.
 - 6 Cinquième protocole à la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, 21 septembre 2007, article XI(1) (élimination de la retenue d'impôt sur : (i) les intérêts à des parties non-liées à compter de la première année civile suivant l'entrée en vigueur des modifications à la convention; (ii) les intérêts à des parties liées pour la troisième année civile et les suivantes après l'entrée en vigueur des modifications à la convention). Le protocole a maintenant été ratifié par le Canada et les États-Unis.

de frais d'intérêt déductibles⁷. Dans ce milieu où les structures financières sont courantes, l'impôt canadien des sociétés sur le revenu issu des investissements directs de l'étranger est souvent le seul impôt en jeu, ce qui met une pression considérable sur les dispositions relatives à la capitalisation restreinte comme instrument de protection de l'assiette fiscale.

Dans le présent rapport, quatre options possibles de réforme des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte sont étudiées :

- une règle générale de non-déductibilité pour les frais d'intérêt sur les dettes entre personnes liées;
- une législation contre le dépouillement des gains qui limite la déduction d'intérêts sur les dettes entre personnes liées;
- une extension de la portée de la restriction relative à la déductibilité des intérêts aux intérêts sur les dettes entre personnes non liées;
- une réforme à la marge des règles existantes.

Ces options sont étudiées, en règle générale, en fonction de la ou des questions de politique dont on estime que les dispositions relatives à la capitalisation restreinte pourraient régler. La législation d'autres pays est mise en évidence de façon sélective dans le but d'illustrer la faisabilité, les points forts et les points faibles de certaines de ces options de réforme⁸. Des initiatives de réforme plus vastes destinées à parvenir à un traitement uniforme des dividendes et des frais d'intérêt de sociétés ne sont généralement pas discutées⁹. La justification de ces types de méthodes dépasse largement le sujet des investissements directs étrangers et, par conséquent, touche à des questions qui dépassent le mandat du Groupe consultatif.

La question stratégique actuelle la plus importante en ce qui concerne l'élaboration de restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans le contexte des investissements directs de l'étranger est probablement celle de l'extension de leur portée aux emprunts effectués par des sociétés auprès de créanciers non liés. En effet, le fait de ne pas prendre en compte ce type de dettes des sociétés sous contrôle étranger constitue la lacune la plus manifeste des

7 Il est également neutralisé, bien entendu, par toute augmentation du taux d'imposition provincial des sociétés. Malgré les réductions déjà apportées, le taux d'imposition des sociétés établi par la loi (taux fédéral et provincial combinés) pour 2008 demeure au cinquième rang des taux d'imposition les plus élevés des pays de l'OCDE, à près de sept points de pourcentage au-dessus de la moyenne de l'OCDE. Voir Scott A. Hodge, « U.S. Corporate Taxes Now 50 percent Higher than OECD Average », *Fiscal Fact No. 136*, Tax Foundation, 13 août 2008.

8 Les principaux pays sont l'Allemagne, l'Australie, le Danemark, les États-Unis, l'Italie, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. Les pratiques législatives et administratives de ces pays sont utilisées à des fins de comparaison, car, en général, elles sont les plus détaillées et les plus avancées parmi les exemples représentatifs des diverses options de réforme. Le sommaire des caractéristiques essentielles est fourni à l'Annexe 1 et se fonde sur les documents suivants : Ernst & Young s.r.l./s.e.n.c.r.l., *Dispositions relatives à la capitalisation restreinte dans des pays sélectionnés*, rapport préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale (mai 2008); Ana Paula Dourado et Rita de la Feria, « Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB », Oxford University Centre for Business Taxation, *Working Paper Series WP 08/04*; et Bruno Gouthiere et coll., « A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member States of the European Union and Certain Other Countries », *European Taxation*, vol. 45, n° 9/10 (2005), pp. 367-451.

9 Voir, par exemple, le régime de provisions pour le coût du capital décrit par Edward D. Kleinbard dans *Rehabilitating the Business Income Tax* (Washington : The Brookings Institution, The Hamilton Project, document de discussion 2007-09, juin 2007). Voir aussi États-Unis, *Integration of the Individual and Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once* (Washington, DC : Department of the Treasury, USGPO, 1992) (les auteurs décrivent un impôt global sur le revenu des entreprises qui prévoit une règle générale de non-déductibilité des intérêts au niveau des sociétés, traitement qui correspond au traitement des dividendes).

dispositions existantes relatives à la capitalisation restreinte¹⁰, du moins dans la mesure où ces dispositions sont perçues comme un mécanisme indûment faible de protection de l'assiette canadienne de l'impôt des sociétés. Une solution de rechange évidente à la méthode de la capitalisation restreinte est une restriction à l'américaine contre le dépouillement des gains applicable aux dettes entre personnes liées. Pourtant, les différences entre ces méthodes sont, à bien des égards, des différences de forme seulement, et il n'est pas clair que les différences entre les résultats justifient l'abandon de la méthode de la capitalisation restreinte, qui est depuis longtemps une caractéristique propre aux dispositions canadiennes. Bien que l'option d'une règle générale de non-déductibilité soit attrayante au plan intuitif, il est permis de penser qu'elle est d'une portée trop large à l'égard des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes liées et qu'elle est, par conséquent, trop restrictive. Le choix d'une réforme structurelle peut, de façon défendable, se limiter aux deux options suivantes :

- une méthode de capitalisation restreinte qui limite l'utilisation des dettes entre personnes non liées et des dettes entre personnes liées;
- une méthode contre le dépouillement des gains qui limite de façon similaire l'utilisation des dettes entre personnes non liées et des dettes entre personnes liées.

L'extension de la règle de non-déductibilité à la fois aux dettes entre personnes non liées et aux dettes entre personnes liées constitue la tendance récente la plus importante parmi les pratiques législatives des pays. Ce type de réforme structurelle fondamentale modifierait de façon substantielle la raison d'être sous-jacente aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte. Une justification crédible au plan de la politique fiscale peut tout de même être établie à l'appui de ce genre d'extension dans le contexte limité des investissements directs de l'étranger¹¹. De plus, dans la mesure où il est perçu que les acquisitions, financées par endettement, de sociétés canadiennes par des multinationales ayant leur siège social à l'étranger engendrent des préoccupations sur le plan de la politique publique¹², une restriction globale à la capitalisation restreinte appliquée aux dettes entre personnes non liées et aux dettes entre personnes liées pourrait apporter une réponse systémique à ce genre de transactions axée de façon générale sur l'identification des décisions d'emprunter à partir du Canada qui sont motivées par des considérations fiscales.

Le fait de ne pas adopter de restriction globale à la déductibilité des intérêts dans le contexte des investissements directs de l'étranger laisse comme position par défaut le maintien d'une approche à la capitalisation restreinte qui limite, dans le même contexte, la règle de non-déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes liées — avec toutefois la possibilité d'entreprendre des réformes à la marge pour modifier diverses caractéristiques de la conception

10 Voir, par exemple, Williamson et Garland, *supra* note 2, p. 2 (les auteurs avancent qu'un prêteur non lié fonderait sa décision sur la solvabilité d'une société débitrice dans son ensemble, et les dispositions relatives à la capitalisation restreinte devraient refléter cette réalité en tenant compte de l'ensemble des dettes et des capitaux propres).

11 L'argumentaire politique en faveur d'une restriction globale à la déductibilité des intérêts qui s'appliquerait à la fois aux opérations intérieures, comme c'est le cas des législations contre le dépouillement des gains du Danemark, de l'Allemagne et de l'Italie, est fondamentalement différent et, en tout état de cause, dépasse le mandat du Groupe consultatif.

12 Voir Canada, Groupe d'étude sur les politiques en matière de concurrence, *Foncer pour gagner : Rapport final* (Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, juin 2008), p. 76 (où il est recommandé que le Groupe consultatif porte « une attention particulière à l'évaluation des dispositions fiscales qui désavantagent les entreprises canadiennes par rapport aux entreprises étrangères lors d'acquisitions canadiennes, en ayant pour objectif de recommander des façons de permettre aux entreprises établies au Canada de soutenir la concurrence sur un pied d'égalité »).

des dispositions existantes¹³. À cet égard, les deux problèmes les plus évidents, qui ont été étudiés dans le passé, sont les suivants : (i) l'extension des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte aux dettes entre personnes non liées garanties par une personne liée; (ii) l'extension de ces dispositions aux succursales canadiennes, aux sociétés de personnes et aux fiducies résidentes. Ce rapport contient également une discussion au sujet d'autres problèmes au plan de la conception des règles, dont les suivants :

- la spécification du ratio d'endettement permis;
- l'emploi de substituts à la dette et de limitation des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts comme moyen de garantir l'imposition par le pays de source des bénéficiaires propres à un lieu;
- l'adoption de règles relatives à la création de dettes comme réponse aux « transferts de dettes » et aux transactions semblables.

En raison de son importance en ce qui concerne l'établissement de la portée des dispositions sur la capitalisation restreinte, la spécification du ratio d'endettement permis est discutée séparément avant l'analyse des autres problèmes de conception. Il est suggéré que les justifications politiques très différentes qui sous-tendent les dispositions sur la capitalisation restreinte s'appliquant à toutes les dettes et celles qui limitent la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées seulement devraient se refléter dans les différentes méthodes menant à la spécification du ratio d'endettement permis. Mais même si la décision était prise de continuer à limiter la règle de non-déductibilité à l'intérêt sur les dettes entre personnes liées, le ratio devrait être calculé en tenant compte de l'ensemble des dettes et des capitaux propres d'une société canadienne.

Le rapport se conclut sur un examen des deux points suivants :

- la contrainte que présente le principe de la non-discrimination;
- l'interaction avec les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans le contexte des investissements directs à l'étranger.

Ces deux questions plus vastes sont communes à toutes les lois qui restreignent la déduction des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes liées et celles qui restreignent la déduction des frais d'intérêt sur l'ensemble des dettes émises par une société sous contrôle étranger. En fait, bon nombre des réformes marginales possibles des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes qui sont examinées dans ce rapport sont communes à ces approches structurellement différentes. En raison du fait que l'extension de la portée de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées augmenterait de façon considérable l'effet restrictif de ces dispositions, il serait d'autant plus impératif d'étudier sérieusement certaines de ces réformes marginales.

13 Un certain nombre de réformes parmi celles qui sont suggérées est étudié dans Williamson et Garland, supra note 2, et dans Edgar, supra note 2.

2. Imposition dans le pays de source des profits propres à un lieu et déduction des frais d'intérêt

Les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts font augmenter le taux effectif d'imposition sur le revenu sous-jacent. Les restrictions qui ciblent les investissements directs de l'étranger peuvent faire en sorte qu'une gamme de ces investissements qui sont sensibles à l'impact de la fiscalité soit réalisée ailleurs¹⁴. Les responsables des politiques fiscales doivent, d'une manière ou d'une autre, parvenir à un équilibre entre la protection de l'assiette fiscale et la capacité d'attirer des investissements directs souhaitables en provenance de l'étranger. De nombreux pays sont parvenus à cet équilibre en adoptant des lois qui se situent quelque part entre une règle de non-déductibilité pour tous les frais d'intérêt et une déduction sans restriction des frais d'intérêt¹⁵. Dans cette partie, il est suggéré que la documentation empirique et théorique ne fournit pas encore d'instruments suffisamment perfectionnés pour permettre de calibrer avec précision le compromis inévitable entre les cibles de recettes fiscales et le niveau souhaitable et désiré d'investissement direct étranger¹⁶. Dans cet état d'ignorance en matière d'élaboration des politiques, le caractère relativement restrictif des restrictions sur la déductibilité des frais d'intérêt d'un pays constitue une propriété qualitative importante qui doit continuer d'être évaluée sur le plan qualitatif¹⁷.

Le traitement fiscal des intérêts payables par une société résidente à un détenteur de titres de créance non résident constitue un aspect d'une question plus générale : la répartition des recettes fiscales provenant des investissements transfrontaliers entre les pays de source (importateurs de capitaux) et les pays de résidence (exportateurs de capitaux). Les pratiques

-
- 14 Voir Theiss Buettner, Michael Overesch, Ulrich Schreiber et Georg Wamser, « The Impact of Thin Capitalization Rules on Multinationals' Financing and Investment Decisions », *Deutsche Bundesbank Discussion Paper No. 03/2008*, Francfort (les auteurs constatent, pour un échantillon de 24 pays de l'OCDE, que les dispositions relatives à la capitalisation restreinte réduisent les ratios d'endettement, mais accroissent la sensibilité des investissements aux hausses des taux d'imposition prévus par la loi). Voir aussi Vijay Jog et Jianmin Tang, « Tax Reforms, Debt Shifting and Tax Revenues: Multinational Corporations in Canada », *International Tax and Public Finance*, vol. 8, n° 1, (2001), pp. 5-26 (les auteurs constatent une hausse de 1,06 pour cent du niveau d'endettement des sociétés canadiennes contrôlées par les États-Unis pour une hausse de un point de pourcentage du taux canadien d'imposition des sociétés prévu par la loi) et Michael Overesch et Georg Wamser, « German Inbound Investment, Corporate Tax Planning, and Thin Capitalization Rules — A Differences-in-Differences Approach », *ZEW Discussion Paper No. 06-075*, 2006 (résultats à partir de données sur les investissements en Allemagne en provenance de l'étranger pour la période allant de 1996 à 2004, qui semblent indiquer : (i) une corrélation importante entre l'utilisation de la dette entre parties liées et les différences dans les taux d'imposition; (ii) une réduction importante de l'utilisation de la dette entre parties liées en réaction au resserrement des dispositions de l'Allemagne relatives à la capitalisation restreinte).
- 15 Voir à ce sujet Buettner et coll., supra note 14, p. 26 (« Il semble y avoir de bonnes raisons d'imposer des restrictions sur les déductions d'intérêts [...] une politique fiscale optimale devrait combiner une restriction sur la planification fiscale au moyen du financement par emprunt et une réduction du fardeau fiscal global sur les bénéfices des sociétés » [traduction]).
- 16 Mais voir Bev Dahlby, *Imposition de l'investissement direct de l'étranger : Principes économiques et considérations relatives à la politique de l'impôt* (Ottawa : rapport de recherche préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale, octobre 2008) (l'auteur modélise les taux effectifs d'imposition dans le pays de source d'après des hypothèses simplifiées au sujet des différentes structures financières possibles et des différents régimes d'imposition dans les pays de résidence et régimes de capitalisation restreinte).
- 17 Voir Andreas Haufler et Marco Runkel, « Firms' Financial Choices and Thin Capitalization Rules under Corporate Tax Competition », Oxford University Centre for Business Taxation, *Working Paper Series WP 08/15* (dans le contexte d'un modèle à deux pays où il y a une concurrence pour l'investissement direct mobile, les dispositions relatives à la capitalisation restreinte qui sont limitées aux dettes entre personnes liées devraient être déterminées de façon optimale de l'une des deux manières suivantes : (i) par la coordination d'un resserrement des dispositions afin d'intensifier la concurrence fiscale par les taux d'imposition prévus par la loi et de réaliser des gains mutuels lorsque les deux pays possèdent un nombre comparable de firmes nationales; (ii) en faisant défection et en abaissant les taux effectifs d'imposition sur les investissements directs en provenance de l'étranger en relâchant l'application des dispositions lorsqu'un pays possède un nombre relativement plus important de firmes nationales). Voir aussi Clemens Fuest et Thomas Hemmelgarn, « Corporate Tax Policy, Foreign Firm Ownership and Thin Capitalization », *Regional Science and Urban Economics*, vol. 35, n° 5 (2005), pp. 508-526 (le transfert de dettes amène les pays à réduire les taux d'imposition des sociétés sous les taux d'imposition des particuliers tout en élargissant l'assiette fiscale, et les pays tirent avantage d'une réponse coordonnée à l'établissement des taux d'imposition ou à la définition de l'assiette fiscale en présence de sociétés détenues de l'étranger).

normalisées des pays reflètent un compromis quant à la division de l'assiette fiscale sur le revenu en vertu duquel est attribué au pays dans lequel l'investisseur est un résident le principal droit juridictionnel de prélever un impôt sur le revenu de portefeuille. Les pays d'où l'on considère que les revenus proviennent se voient accorder la capacité limitée d'imposer des retenues d'impôt brutes sur les flux de revenu, et les pays de résidence doivent offrir un crédit à l'égard de ce genre d'impôts payés aux pays de source. À la différence du traitement du revenu de portefeuille, le principal droit de prélever un impôt sur les revenus provenant des investissements directs est attribué aux pays de source, et les pays de résidence des investisseurs doivent tenir compte de l'imposition dans les pays de source soit en accordant une exonération d'impôt sur ces revenus dans le pays de résidence, soit en accordant un crédit pour l'impôt prélevé dans un pays de source.

Cette division acceptée du pouvoir d'imposition se reflète dans la méthode générale d'imposition du revenu gagné par des non-résidents par l'entremise d'une société résidant dans le pays de source. Aux fins de l'impôt sur le revenu, le pays de source et le pays de résidence des investisseurs traitent généralement la société comme une entité distincte des investisseurs. Le pays importateur de capitaux, en fonction de la résidence de la société, se garde le droit de prélever un impôt sur tout revenu gagné par la société. En ce qui concerne les sommes distribuées sous forme de dividendes, le pays importateur de capitaux, en tant que pays de source, se garde le droit de prélever un impôt auprès des actionnaires non résidents, et il exerce ce droit en percevant une retenue d'impôt sur les dividendes. Le pays de résidence des actionnaires ne prélève généralement pas d'impôt sur le revenu gagné par la société avant que ce revenu ne soit distribué sous forme de dividendes, et un allègement est offert sous forme d'exonération ou d'un crédit pour l'impôt prélevé dans le pays de source (soit les retenues d'impôt sur les dividendes et/ou l'impôt des sociétés sur le revenu sous-jacent). À l'opposé de l'imposition des dividendes, l'intérêt payable par une société résidente à un non-résident peut généralement être déduit par le payeur dans le calcul de son revenu et est assujéti seulement à une retenue d'impôt sur le paiement des intérêts dans le pays de source. Le pays de résidence du détenteur des titres de créance prélève habituellement un impôt sur les revenus d'intérêts que ce dernier a touchés et fournit une certaine forme d'allègement pour la retenue d'impôt payée dans le pays de source.

Les risques fiscaux auxquels sont exposés les pays de source et qui sont attribuables au traitement différent des intérêts et des dividendes, ainsi que l'incitatif en faveur de la substitution du financement par capitaux propres par un financement par emprunts qui en résulte, sont évidents et sont reconnus depuis longtemps. La déduction des paiements d'intérêts par les sociétés élimine l'impôt sur le revenu des sociétés dans le pays de source, qui est remplacé par une retenue d'impôt dans le pays de source et l'impôt dans le pays de résidence sur les revenus d'intérêts. Du point de vue conceptuel, cette substitution entre capitaux propres et endettement se produit lorsqu'il existe des différences minimales entre les attributs non fiscaux associés à ces deux formes juridiques différentes. À l'extrême, elle permet de remplacer l'imposition dans le pays de source par un régime de non-imposition ou d'imposition à taux faible en versant les bénéficiaires imposables à un membre du groupe de sociétés situé dans un pays où ce genre de régime est en vigueur. Dans la mesure où les décisions à l'égard du financement entre personnes liées sont sensibles aux taux d'imposition du pays de source et du pays de résidence, le paiement des impôts dans le pays de source est grandement facultatif pour les groupes de sociétés multinationales en l'absence d'un quelconque type de restrictions relatives à la déductibilité des intérêts et en présence uniquement de niveaux modestes de retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts.

Bien que les incitatifs découlant des différences entre les taux d'imposition des pays ainsi que la direction des pertes de recettes potentielles soient clairs du point de vue conceptuel, les dimensions précises des effets au plan des recettes et de l'efficacité de la déduction des intérêts dans le contexte des investissements directs étrangers au moyen de structures de planification fiscale perfectionnées sont complexes et on ne fait que commencer à les explorer de façon empirique¹⁸. La nature compliquée de cette question est attribuable au fait que ces effets ne dépendent pas seulement du choix entre le financement par emprunts auprès de personnes liées et financement par capitaux propres provenant de personnes liées. Deux autres marges comportementales entrent également en jeu. La première est le choix du lieu où un groupe de sociétés multinationales contractera ses emprunts auprès de personnes non liées. La seconde est le choix de l'endroit où investir¹⁹. Le choix entre financement par dette ou capitaux propres de personnes liées ainsi que le choix du lieu où contracter des emprunts auprès de personnes non liées font baisser le taux effectif d'imposition sur les investissements directs étrangers, ce qui peut influencer sur le choix de l'endroit où investir²⁰.

-
- 18 De récents travaux empiriques menés par Grubert et Altshuler à l'aide de données des États-Unis indiquent une utilisation croissante des structures de financement perfectionnées exploitant la déductibilité des intérêts ou les instruments financiers hybrides (c'est-à-dire des instruments financiers qui sont traités comme une dette par un pays et comme des capitaux propres par un autre) ou les entités hybrides (c'est-à-dire des entités qui sont traitées comme entités imposables par un pays et comme des intermédiaires transparents ou des sociétés relais par un autre). Voir Rosanne Altshuler et Harry Grubert, « Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom », *Tax Notes International*, vol. 45, n° 5 (2006), pp. 459-474 (les auteurs constatent que l'adoption des règles américaines sur la classification des entités : (i) a affaibli le lien entre les taux d'imposition prévus par la loi des pays de source et les taux effectifs d'imposition des sociétés américaines; (ii) a mené à une augmentation importante des paiements inter-sociétés et des revenus des sociétés de holding à l'étranger; et (iii) a entraîné des économies d'impôt qui équivaudront à sept milliards de dollars par année en 2002, ce qui représente quatre pour cent de l'investissement direct à l'étranger et 15 pour cent du fardeau fiscal dans les pays de source) et Rosanne Altshuler et Harry Grubert, « Taxpayer Responses to Competitive Tax Policies and Tax Policy Responses to Competitive Taxpayers: Recent Evidence », *Tax Notes International*, vol. 34, n° 13 (2004), pp. 1349-1362 (les auteurs concluent que l'évolution des taux effectifs d'imposition entre 1998 et 2000 a été motivée davantage par une planification fiscale agressive des sociétés américaines que par la concurrence fiscale entre les pays de source). Voir aussi Mihir A. Desai, Fritz Foley et James R. Hines Jr., « The Demand for Tax Haven Operations », *Journal of Public Economics*, vol. 90, n° 3 (2006), pp. 513-531 (les auteurs constatent que 59 pour cent des sociétés américaines ayant des opérations importantes à l'étranger possédaient des filiales dans les paradis fiscaux en 1999, dont la principale utilité était le transfert de revenus à l'extérieur des pays de source). Martin Sullivan a suivi l'évolution des données américaines qui indiquent : (i) des taux effectifs d'imposition plus bas sur les investissements directs à l'étranger des multinationales américaines en raison des transactions de transfert de bénéficiaires; et (ii) une migration des activités d'investissement réel dans des territoires à faible taux d'imposition en réaction à des taux effectifs d'imposition plus bas. Voir, par exemple, Martin A. Sullivan, « Why Reported Effective Corporate Tax Rates Are Falling », *Tax Notes*, vol. 118, n° 10 (2008), pp. 977-985; Martin A. Sullivan, « A Challenge to Conventional International Tax Wisdom », *Tax Notes International*, vol. 44, n° 11 (2006), pp. 813-825; Martin A. Sullivan, « Large U.S. Banks Keeping More Profits in Tax Havens », *Tax Notes International*, vol. 34, n° 13 (2004), pp. 1379-1386; Martin A. Sullivan, « U.S. Multinationals Move More Profits to Tax Havens » *Tax Notes*, vol. 102, n° 6 (2004), pp. 690-693; Martin A. Sullivan, « Data Show Big Shift in Income to Tax Havens », *Tax Notes*, vol. 97, n° 7 (2002), pp. 880-882; et Martin A. Sullivan, « U.S. Firms Invest Heavily in Low-Tax Countries », *Tax Notes International*, vol. 21, n° 25 (2000), pp. 2756-2759. Les mêmes tendances ont été constatées dans une étude récente du Government Accountability Office des États-Unis, *U.S. Multinational Corporations: Effective Tax Rates Are Correlated with Where Income Is Reported* (Washington, DC : US Government Accountability Office, rapport au comité sur les finances, Sénat des États-Unis, août 2008). Pour des données semblables dans le contexte canadien, voir Canada, *L'investissement direct canadien dans les centres financiers offshore* (Ottawa : Statistique Canada, mars 2005).
- 19 Les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts impliquent une quatrième marge comportementale : la substitution de paiements déductibles d'impôt autres que des intérêts, comme les paiements de redevances, les paiements de loyers et les paiements pour des biens et services en général, en lieu et place des intérêts dont la déductibilité est par ailleurs limitée. Cette question est discutée dans la partie 8.A.4.
- 20 Il demeure incertain dans quelle mesure le choix du lieu où l'investissement direct à l'étranger est effectué est influencé par l'utilisation de structures de financement efficaces sur le plan fiscal. Voir, par exemple, OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment: Recent Evidence and Analysis* (Paris : OCDE, Étude de politique fiscale n° 17, 2007), pp. 144-146. Voir aussi États-Unis, *Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties* (Washington, DC : Department of the Treasury, novembre 2007), p. 24 (« les travaux empiriques existants ne règlent pas la question de savoir si le transfert de revenus augmente ou diminue les investissements dans les pays à taux d'imposition élevés » [traduction]). Pour un modèle simple à deux pays où l'on compare le coût du capital pour une structure de financement direct au coût pour une structure de financement indirect, voir Jack Mintz, « Conduit Entities: Implications of Indirect Tax-Efficient Financing Structures for Real Investment », *International Tax and Public Finance*, vol. 11, n° 4 (2004), pp. 419-434.

Comme proposition générale, il est probablement juste de dire que la documentation empirique tend à confirmer ce qui a toujours été connu de façon anecdotique au sujet des comportements le long de deux de ces marges²¹. En particulier, de plus en plus d'études semblent indiquer un degré élevé de substitution, motivée par des considérations fiscales, entre financement par capitaux propres et financement par emprunts auprès de personnes liées ainsi que du choix du lieu où contracter des dettes envers des personnes non liées²². Il y a aussi une documentation empirique substantielle qui confirme l'intuition selon laquelle il y a un degré élevé de substituabilité entre les intérêts, les dividendes et les paiements de redevances au niveau des stratégies de rapatriement dans le contexte des investissements directs à l'étranger²³. Prises en bloc, ces études confirment l'intuition selon laquelle les dettes entre personnes liées ou le financement par capitaux propres de personnes liées sont grandement substituables en réaction aux différences entre les taux d'imposition prévus par la loi. Bien qu'il y ait moins de données portant directement sur la capacité d'un groupe multinational

21 Pour un examen détaillé d'une grande partie de cette documentation dont il est fait mention dans les notes de bas de page ci-dessous, voir Dahlby, supra note 16.

22 Voir, par exemple, Lillian F. Mills et Kaye J. Newberry, « Do Foreign Multinationals' Tax Incentives Influence Their U.S. Income Reporting and Debt Policy », *National Tax Journal*, vol. 57, n° 1 (2004), pp. 89-107 (les auteurs comparent un échantillon apparié de multinationales étrangères et de sociétés américaines sous contrôle étranger et constatent que les multinationales étrangères assujetties à des taux d'imposition étrangers relativement bas déclarent moins de revenu imposable et utilisent davantage la dette au niveau de leurs sociétés sous contrôle étranger que celles qui sont assujetties à des taux moyens d'imposition étrangers relativement élevés) et Dan S. Dhaliwal, Kaye J. Newberry et Connie D. Weaver, « Corporate Taxes and Financing Methods for Taxable Acquisitions », *Contemporary Accounting Research*, vol. 22, n° 1 (2005), pp. 1-30 (les auteurs constatent, pour la période allant de 1987 à 1997, que l'utilisation de dettes par les firmes américaines pour financer des acquisitions a décliné au moment où les restrictions relatives aux crédits pour impôts étrangers sont devenues contraignantes, réduisant ainsi l'avantage fiscal marginal des emprunts). Voir aussi Rosanne Altshuler et Jack M. Mintz, « U.S. Interest Allocation Rules: Effects and Policy », *International Tax and Public Finance*, vol. 2, n° 1 (1995), pp. 7-35; Julie H. Collins et Douglas A. Shackelford, « Foreign Tax Credit Limitations and Preferred Stock Issuances », *Journal of Accounting Research*, vol. 30, suppl. (1992), pp. 103-124; Kenneth A. Froot et James R. Hines Jr., « Interest Allocation Rules, Financing Patterns, and the Operations of U.S. Multinationals », dans Martin Feldstein, James R. Hines Jr. et R. Glenn Hubbard, éd., *The Effects of Taxation on Multinational Corporations* (Chicago : University of Chicago Press, 1995), pp. 277-312; Harry Huizinga, Luc Laeven et Gaëtan Nicodème, « Capital Structure and International Debt Shifting », *IMF Working Paper 07/39*, Washington; Jog et Tang, supra note 14; et Fred Ramb et Alfons J. Weichenrieder, « Taxes and the Financial Structure of German Inward FDI », *Review of World Economics*, vol. 141, n° 4 (2005), pp. 670-692.

23 Voir, par exemple, Rosanne Altshuler et Harry Grubert, « Repatriation Taxes, Repatriation Strategies and Multinational Financial Policy », *Journal of Public Economics*, vol. 87, n° 1 (2002), pp. 73-107 (les auteurs constatent que l'endettement des sociétés étrangères contrôlées (SÉC) est une fonction hautement corrélative des taux d'imposition dans les pays de source). Voir aussi Rosanne Altshuler et Harry Grubert, « Where Will They Go if We Go Territorial? Dividend Exemption and The Location of U.S. Multinational Corporations », *National Tax Journal*, vol. 54, n° 4 (2001), pp. 787-809; Rosanne Altshuler et T. Scott Newlon, « The Effects of U.S. Tax Policy on the Income Repatriation Patterns of U.S. Multinational Corporations », dans Alberto Giovannini, R. Glenn Hubbard et Joel Slemrod, éd., *Studies in International Taxation* (Chicago : University of Chicago Press, 1993), pp. 77-115; Julie H. Collins et Douglas A. Shackelford, « Global Organization and Taxes: An Analysis of the Dividend, Interest, Royalty, and Management Fee Payments Between U.S. Multinationals' Foreign Affiliates », *Journal of Accounting and Economics*, vol. 24, n° 2 (1998), pp. 151-173; Harry Grubert, « Tax Planning by Companies and Tax Competition by Governments: Is There Evidence of Changes in Behavior? » dans James R. Hines Jr., éd., *International Taxation and Multinational Activity* (Chicago : University of Chicago Press, 2001), pp. 113-139; Harry Grubert, « Enacting Dividend Exemption and Tax Revenue », *National Tax Journal*, vol. 54, n° 4 (2001), pp. 811-827; Harry Grubert, « Taxes and the Division of Foreign Operating Income Among Royalties, Interest, Dividends and Retained Earnings », *Journal of Public Economics*, vol. 68, n° 2 (1998), pp. 269-290; James R. Hines Jr., « Lessons from Behavioral Responses to International Taxation », *National Tax Journal*, vol. 52, n° 2 (1999), pp. 305-322; et James R. Hines Jr. et R. Glenn Hubbard, « Coming Home to America: Dividend Repatriations by U.S. Multinationals » dans Assaf Razin et Joel Slemrod, éd., *Taxation in the Global Economy* (Chicago : University of Chicago Press, 1990), pp. 167-207. Voir aussi Commission des communautés européennes, *Rapport du Comité de réflexion des experts indépendants sur la fiscalité des entreprises* (Luxembourg : Office des publications officielles des Communautés européennes, 1992) (« rapport Ruding »), pp. 104-106 (les auteurs font état des résultats des données d'un sondage qui semblent indiquer que des différences nationales sur le plan de l'impôt sont un facteur important qui détermine la forme juridique des rapatriements des bénéfices provenant des investissements directs étrangers au sein de l'Union européenne).

de choisir le lieu où il contractera des dettes envers des personnes non liées, les données qui existent confirment encore une fois l'intuition selon laquelle, dans une vaste mesure, le choix le plus efficace sur le plan fiscal du lieu où seront effectués les paiements d'intérêts aux prêteurs non liés n'est pas contraint par des facteurs non fiscaux²⁴; et pourtant, ce choix n'est pas entièrement sans contraintes. En d'autres termes, le choix du lieu où seront contractées les dettes entre personnes non liées semblerait être relativement non contraint par les facteurs autres que fiscaux, quoique probablement pas dans la même mesure que le choix entre le financement par dettes ou capitaux propres auprès de personnes liées²⁵.

Les données empiriques disponibles semblent par conséquent indiquer que la substitution entre financement par capitaux propres et financement par dettes envers des personnes liées ainsi que le choix du lieu où contracter des dettes envers des personnes non liées se produisent dans des situations de substitution parfaite ou presque parfaite. Dans ces circonstances, les choix de financement impliqués par une déduction des frais d'intérêt dans le contexte des investissements directs étrangers donnent essentiellement lieu à des effets de revenus, et ont peu d'effets sur l'efficacité qui découlent directement de la substitution. Ces effets sur l'efficacité seraient principalement attribuables à la sensibilité du lieu où l'investissement est effectué aux

24 Une quantité considérable de documentation souligne l'effet des différences entre les attributs non fiscaux des marchés financiers locaux sur le coût du capital. Ces différences peuvent affecter la capacité d'un groupe multinational d'emprunter directement dans le marché où l'un des membres du groupe a des activités. Voir, par exemple, États-Unis, *Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Corporate Income Tax System for the 21st Century* (Washington, DC : Office of Tax Policy, Department of the Treasury, décembre 2007), p. 56 (les auteurs signalent que la neutralité relativement à l'importation du capital et la neutralité relativement à la propriété du capital, en tant que normes de bien-être, supposent que le capital est fourni à un taux fixe par un marché mondial intégré, mais pourtant, il y a très peu de données empiriques qui étayent cette hypothèse). L'étude empirique la plus complète sur la substitution de la dette entre personnes liées par une dette entre personnes non liées par les groupes multinationaux en présence de différences dans les attributs non fiscaux des marchés financiers locaux est celle de Mihir A. Desai, Fritz Foley et James R. Hines Jr., « A Multinational Perspective on Capital Structure Choice and Internal Capital Markets », *Journal of Finance*, vol. 59, n° 6 (2004), pp. 2451-2487 (les auteurs constatent, pour un échantillon de multinationales américaines, que : (i) une hausse des taux d'imposition de 10 pour cent est associée à une hausse de la dette par rapport à l'actif des sociétés affiliées de 2,8 pour cent; (ii) l'élasticité de la dette entre personnes liées vis-à-vis des taux d'imposition (0,35) est supérieure à celle de la dette entre personnes non liées (0,19); et (iii) des hausses des taux d'intérêts de un pour cent dans les marchés financiers locaux sont associés à une baisse de l'emprunt direct auprès de prêteurs non liés par des sociétés affiliées de 1,3 pour cent de l'actif, alors que l'emprunt auprès des sociétés mères augmente de l'ordre de 0,8 pour cent de l'actif). Voir aussi Buettner et coll., supra note 14 (les auteurs ont obtenu des résultats semblables pour un échantillon de multinationales allemandes); Huizinga et coll., supra note 22 (les auteurs ont calculé une élasticité de la dette entre personnes liées aux taux d'imposition de 0,27 pour un échantillon de sociétés européennes); Ramb et Weichenrieder, supra note 22 (les auteurs ont constaté, pour un échantillon de filiales allemandes sous contrôle étranger, que l'imposition n'explique pas entièrement le niveau d'endettement intra-groupe); et Jack Mintz et Alfons Weichenrieder, « The Indirect Side of Direct Investment: Multinational Company Finance and Taxation », *CESifo Working Paper Series No. 1612*, 2005 (les auteurs ont constaté que le niveau d'endettement, en ce qui concerne à la fois les dettes entre personnes non liées et les dettes entre personnes liées, des filiales étrangères de sociétés mères allemandes n'était pas touché par l'utilisation de structures de financement indirectes utilisant un pays tiers, mais ils ont constaté une forte relation entre le niveau d'endettement et la substitution des dettes entre personnes non liées par des dettes entre personnes liées dans les filiales où ce genre de structures n'est pas disponible).

25 Mais voir Theiss Buettner, Michael Overesch, Ulrich Schreiber et Georg Wamser, « Taxation and Capital Structure Choice — Evidence from a Panel of German Multinationals », *ZEW Discussion Paper No. 06-067*, 2006 (les auteurs ont constaté des élasticités fiscales comparables pour ce qui est des dettes entre personnes liées et des dettes entre personnes non liées pour un échantillon de multinationales allemandes). L'utilisation de garanties ou d'autres formes de cautionnement obtenues de parties liées permet une substituabilité étendue entre les dettes entre personnes liées et les dettes entre personnes non liées. Voir Buettner et coll., id. (les auteurs ont constaté une proportion moyenne entre les dettes entre personnes liées et les dettes entre personnes non liées de 0,68 pour un échantillon de multinationales allemandes) et Desai et coll., supra note 24 (les auteurs ont constaté que les dettes entre personnes non liées constituent la majorité des dettes pour un échantillon de multinationales américaines).

Le statut de la dette garantie aux fins des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts est discuté dans la partie 8.B.1.

différences dans le taux effectif d'imposition lorsque la déduction des frais d'intérêt n'est pas limitée²⁶. Les pertes d'efficacité attribuables aux biais créés relativement au choix de l'endroit où investir sont fonction des éléments suivants :

- la sensibilité de ce choix à l'égard des différences dans les taux effectifs d'imposition qui sont attribuables en partie à la déductibilité des frais d'intérêt;
- la mesure à laquelle des endroits spécifiques où investir sont des substituts parfaits ou imparfaits sur le plan de leurs attributs non fiscaux, tels que l'infrastructure publique et l'accès aux marchés.

Il existe maintenant plusieurs études empiriques portant sur la sensibilité à l'imposition des choix des endroits où effectuer une gamme d'investissements directs à l'étranger²⁷. Il y a aussi de plus en plus d'études empiriques à l'appui de l'idée que les investissements directs à l'étranger sont complémentaires aux investissements intérieurs²⁸, quoiqu'il demeure difficile de démêler les effets des conditions économiques générales sur le niveau des investissements directs à l'étranger et des investissements intérieurs et, par conséquent, d'isoler la relation entre les deux²⁹. Ces deux ensembles distincts d'études empiriques étayent la proposition selon laquelle une gamme d'investissements directs étrangers sont sensibles aux différences dans les taux d'imposition en ce qui concerne le choix de l'endroit où investir parmi les pays de source autres que le pays de résidence de l'exportateur de capitaux. Une déduction des intérêts fait baisser le taux effectif d'imposition sur les investissements directs étrangers et a des effets possibles sur le choix de l'endroit où investir. En fait, dans une situation de non-coopération dans laquelle les pays agissent stratégiquement, la concurrence fiscale pour les investissements mobiles ne se limite pas aux réductions des taux d'imposition prévus par la loi, mais elle peut

26 Les effets d'efficacité peuvent aussi survenir indirectement en présence d'une contrainte budgétaire qui exige le recours à d'autres impôts et taxes, qui engendrent des réactions comportementales, pour compenser la perte de recettes.

27 Cette documentation fait l'objet d'un examen détaillé dans le document de l'OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment*, supra note 20, pp. 46-66. Ce document fait état de constatations issues d'une méta-analyse, entreprise par de Mooij et Ederveen, de 31 études empiriques au sujet de l'effet des taux d'imposition sur le niveau d'investissement direct étranger. Voir Ruud A. de Mooij, « Explaining the Variation in Empirical Estimates of Tax Elasticities of Foreign Direct Investment », *Tinbergen Institute Discussion Paper 108/3*, 2005 (l'auteur a calculé une valeur de semi-élasticité moyenne de -3,72, ce qui indique qu'une baisse de un pour cent du taux d'imposition dans le pays de source entraîne une augmentation de 3,72 pour cent du niveau d'investissement direct de l'étranger). Voir aussi Ruud A. de Mooij et Sjeff Ederveen, « Taxation and Foreign Direct Investment: A Synthesis of Empirical Research », *International Tax and Public Finance*, vol. 10, n° 6 (2003), pp. 673-693 (les auteurs ont constaté, à partir d'une analyse de 25 études, une élasticité médiane de l'investissement direct étranger par rapport au taux d'imposition dans le pays de source de -3,3). Voir aussi Dana Hajkova, Giuseppe Nicoletti, Laura Vartia et Kwang-Yeol Yoo, *Taxation, Business Environment and FDI Location in OECD Countries* (Paris : OECD Economic Studies Paper, 2006).

28 Pour un bref examen de cette documentation, voir James R. Hines Jr., « Reconsidering the Taxation of Foreign Income », document de travail, novembre 2007, *Tax Law Review*, 2008 (à paraître), pp. 19-20. Voir aussi Mihir Desai, C. Fritz Foley et James R. Hines Jr., « Foreign Direct Investment and Domestic Economic Activity », *NBER Working Paper No. 11717*, 2005 (les auteurs se servent des taux de croissance du PIB à l'étranger en interaction avec les distributions géographiques décalées au niveau des entreprises des investissements étrangers pour affirmer qu'une hausse de 10 pour cent de l'investissement étranger en capital est associée à une hausse de 2,2 pour cent de l'investissement intérieur tandis qu'une hausse de 10 pour cent des compensations aux employés à l'étranger est associée à une hausse de quatre pour cent des compensations aux employés nationaux).

29 Hines, supra note 28, p. 20; *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, p. 25 (où il est signalé que les niveaux d'emploi nationaux dépendent davantage des facteurs nationaux comme la souplesse de la main-d'œuvre et des marchés des produits et la composition des effectifs que le niveau d'investissements directs en provenance de l'étranger, étant donné que toute augmentation (diminution) de ce niveau a tendance à être compensée par une diminution (augmentation) des investissements intérieurs); et OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment*, supra note 20, p. 68 (« Si les investissements directs étrangers déplacent les investissements intérieurs par un processus de concurrence entre les produits ou de concurrence pour les ressources limitées, il pourrait n'y avoir que peu d'effets positifs sur le stock de capital et l'emploi nationaux, à tout le moins à brève échéance » [traduction]).

prendre la forme de réductions des taux effectifs par le biais d'un relâchement des règles de déductibilité comme celles qui s'appliquent aux frais d'intérêt. Le résultat pourrait être à la fois des pertes de recettes et des pertes d'efficacité lorsque l'endroit choisi possède des attributs non fiscaux sous-optimaux (c'est-à-dire que l'endroit est un substitut imparfait à un autre endroit qui serait par ailleurs préférable et où les taux d'imposition sont plus élevés). La documentation théorique, de même que la documentation empirique, ne fait toutefois que commencer à tenir compte de la concurrence fiscale sous cette forme particulière³⁰; il n'y a pas non plus suffisamment d'études empiriques concernant directement les dimensions de tout effet de recettes et de tout effet sur l'efficacité attribuables aux changements dans les taux effectifs d'imposition découlant d'une déduction des frais d'intérêt³¹. Dans cet état d'ignorance empirique, il ne reste aux responsables des politiques fiscales que deux propositions générales en lesquelles ils peuvent avoir une certaine confiance :

- Le choix entre la dette entre personnes liées ou le financement par capitaux propres auprès de personnes liées et, dans une moindre mesure, le choix du lieu où contracter des dettes envers des personnes non liées, sont hautement influencés par les différences dans les taux d'imposition.
- Le choix de l'endroit où investir, pour une gamme d'investissements directs étrangers, est hautement influencé par les différences dans les taux d'imposition.

En ce qui concerne à la fois les pays de résidence et les pays de source, les effets de recettes et les effets d'efficacité sont associés de façon plausible aux deux types de substitutions. Dans une situation de non-coopération où les capitaux sont imparfaitement mobiles, le sens de la substitution de l'endroit où l'investissement direct sera effectué est probablement un facteur non reconnu, mais important, dans le choix des règles de la déductibilité des frais d'intérêt. Du point de vue des pays importateurs de capitaux/pays de source, l'une des questions empiriques importantes est celle de savoir si les investissements directs étrangers sont associés à la réalisation de bénéfices propres à un lieu³². Les investissements directs étrangers qui ne sont pas associés à la réalisation de ce genre de bénéfices ont des propriétés de mobilité beaucoup plus proches de celles des investissements de portefeuille qui, bien qu'ils soient soumis à une préférence indéterminée pour le pays de source en ce qui concerne les investissements à long terme³³, sont en général caractérisés par leur grande mobilité et leur degré de réponse face aux changements dans les taux de rendement après impôt à court terme. En ce qui concerne ce type d'investissement, l'orientation normale préconisée dans une situation de non-coopération pour un pays importateur de capitaux dont l'économie est petite et ouverte

30 Voir, par exemple, Altshuler et Grubert, « Governments and Multinational Corporations », supra note 18; et Qing Hong et Michael Smart, « In Praise of Tax Havens and Foreign Direct Investment », *CESifo Working Paper Series No. 1942*, mars 2007 (l'acceptation d'un certain niveau de transferts de revenus découlant des dettes entre personnes liées peut permettre une hausse des taux d'imposition prévus par la loi et une redistribution du fardeau fiscal aux entreprises nationales, tandis que certaines restrictions sont socialement optimales en présence de frais improductifs associés à la planification fiscale).

31 Un nombre de plus en plus grand d'études empiriques fondées sur des données allemandes donne une idée des dimensions de ces effets. Voir les sources citées aux notes 14, 22, 24 et 25 ci-haut.

32 Voir à cet égard Dahlby, supra note 16 (l'auteur passe en revue la documentation économique pertinente à propos de deux propositions de politique : (i) le gouvernement d'une petite économie ouverte ne devrait pas imposer à la source le revenu du capital s'il peut prélever d'autres impôts à leur valeur optimale; et (ii) le gouvernement d'une petite économie ouverte devrait lever un impôt positif à la source sur le revenu du capital s'il ne peut pas lever autrement un impôt de 100 pour cent sur les profits purs).

33 Pour un examen de l'intégration des marchés financiers et de la préférence continue pour investir au pays, voir Roger Gordon et Vitor Gaspar, « Home Bias in Portfolios and Taxation of Asset Income », *NBER Working Paper No. 8193*, 2001.

est la non-imposition des revenus générés sur les entrées de capitaux, sauf dans la mesure où les pays de résidence offrent des crédits pour l'impôt versé dans le pays de source. En l'absence de ce genre de crédits, tout impôt prélevé sur les capitaux importés crée un écart entre le rendement avant impôt et le rendement après impôt. Puisque les sociétés peuvent éviter de payer un tel impôt en investissant ailleurs, le rendement avant impôt dans le pays importateur de capitaux doit augmenter à un niveau équivalent à celui du rendement après impôt, ce qui a comme conséquence que l'impôt finit par être prélevé sur des facteurs immobiliers comme la main-d'œuvre. L'inégalité des rendements avant impôt signifie que les capitaux sont mal répartis, dans le sens où une nouvelle répartition de ces capitaux augmenterait le revenu mondial. Un impôt direct sur la main-d'œuvre est préférable, étant donné qu'il évite de fausser les décisions quant à l'endroit où un investissement est effectué³⁴.

En présence de capitaux mobiles, cette orientation normale préconisée pour un régime exclusivement fondé sur la résidence est dérivée de l'importance accordée aux flux de capitaux en provenance de l'étranger, du point de vue d'un pays de source qui est petit et ouvert. Néanmoins, ce sont à peu près les mêmes propositions qui émergent dans le cadre d'une hypothèse plus réaliste où les flux de capitaux sont bidirectionnels et simultanés. Par exemple, Slemrod, Hansen et Proctor³⁵ établissent un principe dit « balançoire » en ce qui touche l'établissement des taux d'imposition optimaux dans les pays de source et les pays de résidence. Selon ce principe, une augmentation du taux d'imposition sur les entrées de capitaux implique une réduction du taux d'imposition sur les exportations de capitaux et vice versa. Un régime exclusivement fondé sur la résidence émerge également de la documentation sur la concurrence fiscale en tant qu'orientation normale préconisée pour les investissements directs mobiles qui se déplacent en réaction aux différences dans les niveaux d'imposition. Dans une situation de non-coopération, les taux d'imposition sur le capital dans ces conditions sera réduit à de très bas niveaux qui, à l'extrême, approcheront de zéro lorsque les coûts marginaux associés à la présence d'investissements supplémentaires dans un territoire sont nuls. Quand l'objectif est la maximisation de la prospérité nationale, les responsables des politiques fiscales ont deux options de politique principales : ils peuvent convenir de coopérer pour fixer les taux d'imposition dans les pays de source à un niveau invariant (ou à l'intérieur d'une fourchette définie) ou ils peuvent éliminer l'impôt dans les pays de source au bénéfice d'une imposition dans les pays de résidence, comme c'est le cas pour le traitement des revenus provenant des investissements de portefeuille.

Pour ce qui est de la gamme d'investissements directs étrangers associés à la réalisation de bénéfices propres à un lieu, un régime exclusivement fondé sur la résidence ne s'avère toutefois pas être l'orientation normale préconisée³⁶. Dans cette catégorie d'investissements, l'imposition dans les pays de source peut être appliquée sans fausser le choix de l'endroit où investir; l'impôt ne devrait pas non plus être rejeté en aval, et dans ce cas, il ne serait pas non plus nécessairement supporté par les facteurs de production immobiliers dans les pays de source.

34 Voir Mark Gersovitz, « The Effect of Domestic Taxes on Foreign Private Investment » dans David M.G. Newbury et Nicholas H. Stern, éd., *The Theory of Taxation for Developing Countries* (New York : Oxford University Press, 1987), pp. 615-33; Roger Gordon, « Can Capital Income Taxes Survive in Open Economies? », *The Journal of Finance*, vol. 47, n° 3 (1992), pp. 1159-1180 et Roger Gordon, « Taxation of Investment and Savings in a World Economy », *American Economic Review*, vol. 76, n° 5 (1986), pp. 1086-1102.

35 Joel Slemrod, Carl Hansen et Roger Proctor, « The Seesaw Principle in International Tax Policy », *Journal of Public Economics*, vol. 65, n° 2 (1997), pp. 163-167.

36 Voir, par exemple, OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment*, supra note 20, pp. 77-79.

En effet, jusqu'à ce qu'une vaste gamme d'investissements directs ne devienne parfaitement mobiles, les pays ne sont pas substituables dans les faits, et les hypothèses sur lesquelles une grande partie de la documentation sur la concurrence fiscale est fondée ne sont pas valables³⁷. Dans ce contexte, il n'y a pas de raisons évidentes qui expliquent pourquoi les responsables des politiques fiscales devraient permettre le rapatriement du revenu sans prélever l'impôt dans le pays de source. Le bien-être national — qui se définit comme la somme des impôts et du revenu des nationaux — peut être maximisée en imposant un certain niveau d'imposition dans le pays de source.

En tant que facteur important de l'établissement du taux effectif d'imposition, la restriction relative à la déductibilité des intérêts devrait idéalement être limitée aux investissements directs étrangers qui sont relativement immobiles. Le taux effectif d'imposition sur ce genre d'investissement peut être haussé en limitant la déductibilité des intérêts tout en évitant les pertes d'efficacité attribuables à la migration des investissements directs mobiles motivée par des considérations fiscales. Le principal obstacle à la mise en œuvre de cette approche est le besoin d'un substitut législatif pour cette caractéristique particulière. Les investissements directs sont mobiles lorsque la structure de coûts est comparable dans un grand nombre de pays, de sorte que les entraves à l'entrée sont peu nombreuses et que les forces de la concurrence éliminent les profits supérieurs au coût d'option du capital³⁸. Les investissements directs immobiliers sont, par dérivation, des investissements qui n'ont pas ces caractéristiques. Étonnamment, il y a toutefois peu d'études empiriques systématiques suggérant l'emploi d'indicateurs approximatifs pour déterminer les caractéristiques relatives à la mobilité des investissements directs étrangers³⁹. À cet égard, l'extension de la portée des régimes visant les sociétés étrangères contrôlées (SÉC) au revenu provenant d'une gamme d'entreprises pourrait constituer le point de départ pour l'exclusion des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts ayant comme cible les investissements directs étrangers qui sont immobiliers. Par exemple, les revenus provenant des ventes et services des sociétés relais étrangères et les revenus provenant de certains services financiers sont déjà assujettis à certains régimes des SÉC. Les autres revenus susceptibles d'être inclus dans ces régimes sont les revenus provenant de services financiers extraterritoriaux en général et les revenus des sièges sociaux et des centres de coordination, qui servent de canal efficace sur le plan fiscal pour rapatrier les gains découlant des opérations commerciales actives des entités affiliées. Plus important peut-être, la mesure dans laquelle la définition de l'investissement direct étranger mobile devrait s'étendre aux revenus provenant d'une vaste gamme de services et d'activités de fabrication ou de production constitue une question empirique qui exige une étude plus poussée. Un éventail d'investissements dans ces secteurs est, en fait, dépendant du lieu, dans le sens où dans certains pays, des bénéfices supérieurs au coût d'option du capital sont disponibles en raison d'attributs uniques qui permettent des structures de coûts inférieures. L'investissement direct peut sembler mobile dans ces circonstances, mais ce n'est pas nécessairement en raison des

37 Id., pp. 25-44 (les auteurs étudient les différents modèles de déterminants de l'investissement direct étranger).

38 Id., pp. 30-31.

39 Id., p. 72 (« les travaux empiriques qui mettent en commun les investissements directs étrangers vers différents secteurs peuvent produire des résultats faussés » [traduction]). Voir aussi Dahlby, supra note 16 (l'auteur signale les difficultés d'identification qui rendent l'imposition à 100 pour cent des profits purs difficilement applicable).

différences dans les taux d'imposition. Les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts devraient s'appliquer à cet éventail d'investissements directs pour veiller à ce que l'impôt soit prélevé dans les pays de source sur les bénéficiaires propres à un lieu à peu près de la même manière que sur les bénéficiaires disponibles dans d'autres secteurs, comme celui des ressources naturelles, où les coûts sont élevés et les entraves à l'entrée sont nombreuses.

Une incapacité à résoudre ce problème d'identification nécessaire avec une quelconque précision législative ne laisse aux responsables des politiques fiscales que le choix d'appliquer de la même manière une certaine forme de règle de non-déductibilité aux frais d'intérêt dans le contexte des investissements directs mobiles et immobiliers en provenance de l'étranger. Bien qu'elle soit difficile à calibrer de façon précise, la hausse du taux effectif d'imposition dans le pays de source sur les investissements directs mobiles qui en résulterait pourrait, du moins en principe, être modérée en réduisant le taux prévu par la loi sur les investissements directs étrangers et les investissements intérieurs dans une même mesure⁴⁰. On ne sait toutefois pas bien si ce calibrage, qui entraînerait une perte de recettes sur les investissements immobiliers compensée par une hausse correspondante ou plus élevée du revenu des nationaux résultant d'un niveau accru d'investissements mobiles, est effectué en pratique. On ne sait pas bien non plus s'il existe les instruments empiriques nécessaires et les instruments théoriques suffisamment nuancés pour entreprendre un tel calibrage, même si la réalisation de ce calibrage était un objectif de politique explicite⁴¹. Les responsables des politiques fiscales semblent plutôt, et par nécessité, exercer un jugement critique en établissant un équilibre entre la nécessité de protéger l'assiette des recettes du pays de source issues des bénéficiaires propres à un lieu et la perte possible d'investissements directs qui sont influencés par la hausse des taux effectifs d'imposition attribuable à l'adoption de restrictions relatives à la déductibilité des intérêts. Pour les pays comme le Canada qui offrent diverses possibilités d'investissement direct produisant des bénéficiaires propres à un lieu, toute réduction de la prospérité nationale attribuable à la migration des investissements mobiles peut être tolérable en raison d'un gain de recettes compensateur attribuable à une hausse des taux effectifs d'imposition sur les investissements mobiles⁴².

40 Voir, par exemple, OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment*, supra note 20, pp. 134-144 (où sont étudiés les effets de la planification fiscale sur le calcul des taux effectifs d'imposition prospectifs afin d'évaluer les conséquences des réformes de l'impôt des sociétés sur les flux d'investissement direct étranger); et Haufler et Runkel, supra note 17 (les auteurs décrivent un modèle simple à deux pays illustrant la relation entre les hausses des taux effectifs d'imposition attribuables aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte et les gains ou les pertes de bien-être découlant de la concurrence pour les investissements mobiles). Voir aussi Dahlby, supra note 16; et Hong et Smart, supra note 30.

41 OCDE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment*, supra note 20, pp. 125-133 (où l'on signale la nécessité de recueillir d'autres données sur l'effet sur les taux effectifs d'imposition des techniques de planification fiscale, comme l'utilisation d'instruments financiers hybrides, d'entités hybrides et de sociétés de financement liées situées dans un pays tiers).

42 Voir, par exemple, *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 24-25 (où l'on signale le manque de données empiriques sur la relation entre la réduction des taux effectifs d'imposition des sociétés résultant d'une règle contre le dépouillement des gains et le niveau d'investissements directs en provenance de l'étranger, de même que les conséquences négligeables sur l'emploi global à moins qu'il n'y ait du chômage dans les marchés où de la main-d'œuvre est nécessaire pour le type d'investissement en question).

En fait, en ne possédant que des données empiriques incomplètes ou, au mieux, approximatives sur la mobilité de la gamme complète des investissements directs étrangers, les responsables des politiques fiscales ont, de façon compréhensible, mis l'accent sur l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert, ce qui concorde avec l'accent mis sur l'érosion possible de l'imposition dans les pays de source découlant des techniques de prix de transferts en général. L'hypothèse empirique apparente est celle selon laquelle tout changement dans les taux effectifs d'imposition associé à une réaction de type prix de transfert ne cause pas la migration des investissements influencés par l'imposition ou, si c'est le cas, toute perte de ce genre d'investissements est compensée par une augmentation des recettes fiscales provenant des bénéfices propres à un lieu associés aux investissements relativement immobiliers. Cette hypothèse empirique approximative semble être à la base de la cible traditionnelle des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts, comme les dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte, soit l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert. Le problème litigieux des régimes de capitalisation restreinte, en tant qu'approche particulière de type prix de transfert, a été l'utilisation d'un ratio d'endettement prescrit⁴³ comme facteur déterminant dans l'application de la norme de pleine concurrence relative aux emprunts auprès de personnes liées.

43 Sauf indication contraire, le terme « ratio d'endettement » est employé pour désigner soit un ratio dette-sur-actif soit un ratio dette-sur-capitaux propres, ainsi qu'à présenter ces ratios en relation avec les dettes entre personnes liées et les capitaux propres obtenus de personnes liées ou en relation avec l'ensemble des dettes et des capitaux propres d'une société.

3. L'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert

Les dettes entre personnes liées peuvent être utilisées de deux façons pour modifier la structure financière d'un membre d'un groupe et répartir les frais d'intérêt déductibles entre les pays de source. La première façon est qu'un membre du groupe emprunte des fonds auprès d'un prêteur non lié et prête ces fonds à un autre membre du groupe. Le prêt entre personnes liées déplace dans les faits les intérêts sur l'emprunt auprès d'une personne non liée à un autre membre du groupe. Un tel emprunt est parfois effectué de cette façon indirecte pour accéder au coût du capital moindre disponible pour le membre du groupe qui réaffecte le prêt. La seconde façon implique la création de frais d'intérêt au sein du groupe multinational en faisant en sorte qu'un membre du groupe prête à un autre membre du groupe des capitaux propres obtenus auprès de personnes non liées. Les paiements d'intérêts sur la dette entre personnes liées, déductibles pour le payeur dans le pays de source, servent à transférer le revenu au prêteur lié, évitant ainsi de payer l'impôt des sociétés dans le pays de source. Lorsque cette fonction de financement interne est assumée par un membre du groupe résidant dans un endroit où le taux d'imposition est faible, l'impôt dans le pays de résidence sur les bénéficiaires rapatriés peut être différé, voire même éliminé.

Conformément aux pratiques d'établissement des prix de transfert en général, le fisc tente de protéger l'assiette fiscale dans le pays de source en veillant à ce que le montant des intérêts chargés sur la dette entre personnes liées soit raisonnable. Il est toutefois reconnu depuis longtemps que ce genre de dette est différent des autres transactions entre personnes liées, car la modification de la forme de la transaction en modifie les conséquences fiscales. Par conséquent, le fisc doit aussi s'assurer que ce qui semble être une dette de par sa forme est également une dette en substance. La façon de déterminer que le montant des intérêts sur la dette entre personnes liées est raisonnable ne diffère pas de la façon de déterminer le caractère raisonnable des prix de transfert dans d'autres transactions entre personnes liées. En général, le fisc a tendance à se fonder sur des transactions comparables entre personnes non liées (ou, plus communément, sur des indicateurs de ces transactions comparables) pour décider des ajustements devant être apportés au montant du rendement. Les paiements d'intérêts dont les montants sont excessifs se voient refuser la déductibilité et sont traités généralement comme des dividendes. Le problème le plus difficile à résoudre est, en général, la classification de la dette entre personnes liées en tant que capitaux propres déguisés. Dans le cas de la dette entre personnes liées, le fait qu'un investisseur non résident contrôle l'emprunteur signifie que les droits et obligations précisés dans un engagement de paiement ne sont pas le résultat de négociations entre des parties ayant des intérêts économiques opposés. Bref, on ne peut pas présumer que les droits et obligations spécifiques seront respectés de la même façon qu'auprès d'un créancier non lié, et on peut plutôt présumer que l'investissement sous forme de dette dévie de sa réalité en tant que capitaux propres à paiements fixes.

Du moins sur le plan historique, la pratique des pays s'est inspirée de l'une des deux principales approches au problème de classification que présente la dette entre personnes liées : (i) une enquête multifactorielle⁴⁴ et (ii) une enquête quant à la capitalisation restreinte⁴⁵. L'articulation du principe de pleine concurrence aux fins de la classification de la dette entre personnes liées est peut-être plus étroitement associée à une enquête multifactorielle conçue pour déterminer sa « réalité économique » perçue. L'OCDE, par exemple, a invariablement jugé qu'une évaluation multifactorielle de la nature de la dette entre personnes liées en tant que capitaux propres déguisés était la meilleure expression du principe de pleine concurrence⁴⁶. Le but de l'enquête est de déterminer si une personne indépendante aurait fourni la créance dans les mêmes circonstances, auquel cas la forme juridique de cette créance peut être respectée à des fins fiscales. Sans donner aucune importance spéciale à un facteur particulier par rapport aux autres, les types de facteurs suivants sont examinés au moment de déterminer si la dette entre personnes liées représente une « capitalisation par fonds propres déguisée »⁴⁷:

- le ratio d'endettement de l'emprunteur avant et après le prêt;
- la mesure à laquelle le prêt est destiné à couvrir les besoins de financement à long terme de l'emprunteur;
- le fait que le prêt soit obtenu des actionnaires au pro rata des actions détenues ou que la participation au capital-actions soit conditionnelle à la participation au prêt;
- le fait que le prêt ait été contracté pour améliorer la situation financière de l'emprunteur des suites de pertes;
- le fait pour les intérêts payables d'être fonction des résultats de l'entreprise de l'emprunteur;
- le fait pour le prêt de pouvoir être converti en actions;
- la mesure à laquelle le taux d'intérêt dépasse un taux de rendement commercial normal;

44 L'approche multifactorielle est parfois aussi appelée « subjective », sans doute parce qu'aucun facteur individuel n'est déterminant en ce qui concerne la classification de la dette entre personnes liées en tant que capitaux propres déguisés. Voir le rapport Mintz, supra note 4, p. 6.31.

45 Les règles contre le dépouillement des gains sont une évolution qui est venue plus tard. Bien qu'il y ait des différences importantes entre cette approche et celle des règles relatives à la capitalisation restreinte, elles sont toutes les deux des expressions fondées sur un seul facteur du principe de pleine concurrence appliqué à la dette entre personnes liées.

46 Voir, par exemple, OCDE, *Thin Capitalisation: Taxation of Entertainers, Artists, and Sportsmen* (Paris : OCDE, 1987), pp. 8-36. Voir aussi Nathan Boidman, « Inversion, Earnings Stripping, Thin Capitalization and Related Matters — An International Perspective », *Tax Notes International*, vol. 29, n° 9 (2003), pp. 879-904, à la p. 897 (« Certains pays n'ont pas de règles ou de formules mécaniques, mais ils peuvent remettre en question la façon dont une filiale nationale est financée aux termes de l'approche de ce pays envers le principe de pleine concurrence [...] ou peut-être en vertu d'une loi générale ou spécifique anti-évitement ou contre les abus » [traduction]); et le rapport général, « International Aspects of Thin Capitalization », *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXXIb (Amsterdam : Kluwer, 1996), pp. 83-139, à la p. 102-104.

47 OCDE, *Thin Capitalization*, supra note 46, p. 30. Comme autre exemple de la méthode multifactorielle se trouvent les règlements sur la classification des dettes et des capitaux propres qui ont été proposés et rétractés ultérieurement par le Département du Trésor des États-Unis au début des années 1980 : États-Unis, Treasury Department, *Notice of Proposed Rulemaking*, 45 Fed. Reg. 18,957 (1980), Prop. Treas. Reg. section 1.385-6 (dans ce document sont présentés les facteurs indiquant la classification comme capitaux propres d'une dette détenue proportionnellement par un actionnaire).

- la subordination du remboursement du prêt aux droits d'autres créanciers;
- le fait que le remboursement du prêt soit fonction du montant des bénéficiaires ou de leur échelonnement;
- l'existence d'une échéance fixe pour le remboursement du prêt.

Le bien-fondé d'une méthode multifactorielle de classification de la dette entre personnes liées est souvent établi en comparant cette dernière à une méthode de capitalisation restreinte⁴⁸, qui n'est rien de plus qu'un exemple particulier d'enquête fondée sur un seul facteur⁴⁹ comme solution de rechange à une enquête multifactorielle sur la conformité de la structure financière d'une entreprise avec une structure conforme au principe de pleine concurrence. En vertu des dispositions sur la capitalisation restreinte, on considère qu'une dette entre personnes liées supérieure au ratio d'endettement prescrit n'est pas conforme au principe de pleine concurrence et l'on considère qu'elle est en réalité des capitaux propres déguisés. Parce qu'elle est appliquée aux faits et circonstances de toute situation particulière et qu'elle tient compte d'un certain nombre de facteurs différents, l'évaluation multifactorielle a, en règle générale, une application beaucoup plus souple qu'une disposition sur la capitalisation restreinte. Du moins en théorie, l'utilisation d'un seul facteur déterminant pour la classification peut avoir comme résultat le refus d'une déduction des intérêts sur une dette entre personnes liées qui serait sans doute considérée comme une dette par un créancier indépendant. Cela peut se produire si, par exemple, le ratio d'endettement applicable est fixé à un niveau trop bas. Si le ratio est fixé à un niveau trop élevé, le contraire peut se produire.

Comparativement à une méthode multifactorielle de classification de la dette entre personnes liées, une disposition sur la capitalisation restreinte pourrait être considérée comme préférable pour deux raisons principales. Premièrement, la souplesse d'une évaluation multifactorielle constitue à la fois son point fort et son point faible, car elle crée de l'incertitude autant chez les contribuables que chez les autorités fiscales. Plus il y a de facteurs considérés comme pertinents, plus il devient difficile de cerner une transaction entre personnes non liées comparable dans un ensemble spécifique de circonstances. Le défaut d'attribuer une importance relative aux divers facteurs ajoute à la difficulté, en particulier si les circonstances financières et économiques uniques à un créancier et à un débiteur doivent être prises en considération. L'incertitude impose un fardeau en matière d'observation de la loi, qui peut entraîner des coûts importants tant pour les contribuables que pour le fisc⁵⁰. De plus, l'incohérence du résultat est inévitable. L'incertitude quant à l'application peut aussi donner aux groupes multinationaux la possibilité de passer outre aux limites de la norme ou, par ailleurs, peut rendre la norme trop restrictive selon la façon dont le fisc la mettra en application. Les problèmes de ce genre ont toujours été évidents, par exemple, dans le cadre de l'expérience américaine de la classification des dettes détenues par un actionnaire dans

48 OCDE, *Thin Capitalisation*, supra note 46, p. 31.

49 Les méthodes fondées sur un seul facteur sont parfois appelées les méthodes « objectives », sans doute parce que l'accent mis sur un seul facteur est déterminant en ce qui a trait à la classification de la dette entre personnes liées en tant que capitaux propres déguisés. Voir Williamson et Garland, supra note 2, pp. 19-21 (les auteurs qualifient d'« objectives » les règles relatives à la capitalisation restreinte à un seul facteur employées au Canada, en Australie et en Allemagne).

50 Voir, par exemple, Rapport Mintz, supra note 4, p. 6.31 (où il est avancé que les méthodes subjectives ont tendance à accroître l'incertitude et entraînent des coûts administratifs et des coûts d'observations). Voir aussi Williamson et Garland, supra note 2, pp. 19-21 (les auteurs qualifient de « subjective » la méthode multifactorielle utilisée au Royaume-Uni et la méthode décrite dans la jurisprudence américaine en ce qui a trait aux dettes et aux capitaux propres).

le contexte des sociétés fermées, où les tribunaux américains ont élaboré une évaluation multifactorielle servant à déterminer la classification de ce genre de dettes. Le simple volume de la jurisprudence et son manque de constance quant à l'attention qu'elle accorde à un nombre quelconque de facteurs semble avoir créé un degré immense d'incertitude et de coûts d'observation connexes pour les contribuables et l'Internal Revenue Service (« l'IRS »).

Le besoin de souplesse dans la méthode de classification de la dette entre personnes liées est peut-être, lui aussi, quelque peu exagéré. Le financement des sociétés est devenu de plus en plus souple et complexe en ce qui a trait à la création de titres qui combinent des modalités formelles normalement associées aux dettes et aux capitaux propres. Une méthode de classification de ces types de titres hybrides en tant que dettes ou capitaux propres devra peut-être démontrer une souplesse semblable pour être considérée comme efficace du point de vue des contribuables et du fisc. La classification de la dette entre personnes liées en tant que capitaux propres déguisés est semblable à la classification de la dette détenue par un actionnaire, qui diffère notamment de la classification des instruments hybrides dettes-capitaux propres. Plus précisément, dans le cas d'une dette détenue par un actionnaire, on suppose que les modalités formelles des titres de créance confirment sa classification en tant que dette. La question est de savoir si les parties à la dette apparente veulent qu'elle serve de capitaux propres à des fins non fiscales, malgré les preuves fournies par les modalités formelles. Lorsque des contribuables tentent vraisemblablement de déguiser leurs intentions à des fins fiscales, la classification de leur relation fondée sur un facteur particulier ne semble pas aussi déraisonnable qu'elle le pourrait par ailleurs. Si les parties savent avec une certaine certitude où se situent les limites entre les dettes et les capitaux propres dans le cadre de l'utilisation de la dette entre personnes liées, on peut les laisser se régir elles-mêmes en conséquence. Les responsables des politiques fiscales peuvent aussi fixer beaucoup plus facilement un seul facteur déterminant à un niveau où il semble fournir un compromis acceptable entre la protection de l'assiette fiscale dans le pays de source et la capacité d'attirer des investissements directs étrangers.

De plus, bien qu'il ait traditionnellement été formulé comme un choix entre la certitude d'une méthode à un seul facteur et la souplesse d'une méthode multifactorielle, ce choix pourrait bien être en grande partie un faux choix en raison des pratiques des pays, qui ont eu tendance à réduire de façon significative les différences qui étaient autrement très marquées sur le plan du processus et des résultats entre une enquête multifactorielle et une enquête fondée sur un seul facteur relatif à la capitalisation restreinte. En particulier, certains pays qui utilisent un ratio d'endettement fixe comme seule expression du principe de pleine concurrence réduisent les ruptures de continuité au niveau des résultats en faisant une exception pour les sociétés sous contrôle étranger ayant une dette supérieure au ratio prescrit s'il peut être démontré que leur structure financière est dans la logique d'une méthode multifactorielle d'articulation du principe de pleine concurrence. En effet, la soi-disant rigidité des résultats associée à l'utilisation d'un seul facteur comme un ratio d'endettement prescrit est évitée en faisant des dispositions relatives à la capitalisation restreinte un régime de protection et en fournissant à une société sous contrôle étranger le choix de démontrer que son ratio d'endettement est conforme au principe de pleine concurrence dans ses circonstances particulières (par exemple, en montrant que son ratio correspond à celui de ses concurrents dans le même secteur et dans le même pays). À l'inverse, les coûts d'observation et les coûts administratifs associés à l'incertitude de l'application d'une enquête multifactorielle en tant qu'expression du principe de pleine concurrence peuvent être réduits en offrant un régime de protection prévu par la

loi aux sociétés sous contrôle étranger dont la structure financière se situe dans les limites d'un ratio d'endettement prescrit⁵¹. Dans le cadre des deux méthodes, la certitude offerte par une méthode à un seul facteur peut être obtenue sans sacrifier entièrement la souplesse procurée par une enquête multifactorielle. Les différences sur le plan du processus et sur le plan des résultats sont, par conséquent, réduites au minimum en adoptant l'une ou l'autre des méthodes suivantes :

- une règle relative à la capitalisation restreinte assortie d'une exception dans le cas des transactions conformes au principe de pleine concurrence, fondée sur une enquête multifactorielle pour les sociétés sous contrôle étranger dont le ratio d'endettement est supérieur au ratio prescrit; ou
- une enquête multifactorielle, qui sert d'expression du principe de pleine concurrence, pourvue d'un régime de protection pour les sociétés sous contrôle étranger dont le ratio d'endettement se situe dans les limites d'un ratio prescrit.

Les dispositions canadiennes existantes relatives à la capitalisation restreinte se distinguent par leur utilisation d'une méthode à ratio fixe, sans dispositions pour les structures financières qui sont conformes au principe de pleine concurrence exprimé sous forme d'enquête multifactorielle. Cette exigence est traditionnellement considérée comme nécessaire pour veiller à la conformité aux articles des convention sur la non-discrimination qui suivent le modèle de l'OCDE. Tel que discuté plus en détail dans la partie 9, la méthode employée par le Canada a été de fournir une exception précise en vertu d'une convention fiscale en ce qui concerne la contrainte procédurale imposée par le principe de non-discrimination dans le cas des dispositions relatives à la capitalisation restreinte. Si les dispositions du Canada devaient être modifiées de façon à suivre l'exemple de certains pays et à tenir compte du choix motivé par des considérations fiscales du lieu où seront contractées des dettes auprès de personnes non liées ainsi que de l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert, l'adoption d'une exception pour les transactions conformes au principe de pleine concurrence pourrait s'avérer nécessaire. Quoi qu'il en soit, on peut soutenir que ce genre d'exception, exprimée en tant qu'enquête multifactorielle sur la structure financière d'une société sous contrôle étranger dont le ratio d'endettement dépasse le ratio prescrit, devient un élément de fond important des dispositions sur la capitalisation restreinte indépendant de la contrainte procédurale imposée par le principe de non-discrimination. En particulier, une exception explicite pour les ratios d'endettement supérieurs au ratio prescrit peut être considérée comme une façon de tenir compte des différences intersectorielles qui est préférable à l'utilisation de ratios adaptés aux secteurs autres que le secteur financier. En effet, une tendance récente importante dans les pratiques des pays est l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational en tant que substitut plus rigoureux de l'exception pour les cas de pleine concurrence. Cette méthode possède des propriétés souhaitables en matière de certitude et peut être conçue de manière à offrir une certaine adaptation aux circonstances uniques de membres particuliers du groupe. Il sera à nouveau question de ces éléments dans les parties 7 et 9.

51 La méthode multifactorielle la plus élaborée se trouve probablement dans les pratiques administratives du Royaume-Uni, où un ratio d'endettement de 1:1 et un ratio de couverture des intérêts de 3:1 sont utilisés comme régime de protection. L'Autriche ainsi que les autres pays nordiques à l'exception du Danemark emploient des méthodes multifactorielles élaborées de façon beaucoup moins formelle.

4. Dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte

En raison du fait que les paiements de dividendes ne sont pas déductibles d'impôt pour le payeur, l'impôt canadien est payable au taux général des sociétés dans la mesure où une société sous contrôle étranger est financée par capitaux propres tandis que les dividendes versés à un non-résident sont également assujettis à la retenue d'impôt de la partie XIII (réduite en vertu des conventions)⁵² sans qu'aucun crédit à l'égard de l'impôt des sociétés sur le revenu sous-jacent ne soit accordé aux actionnaires non résidents. Sous réserve des dispositions relatives à la capitalisation restreinte, l'intérêt payé ou payable à un détenteur de titres de créance non résident est généralement déductible pour le payeur et est assujetti à la retenue d'impôt seulement, au taux prévu par la loi de 25 pour cent (réduit en vertu des conventions)⁵³.

En conformité avec les pratiques de la plupart des pays, ce traitement fiscal différent des intérêts et des dividendes crée un incitatif évident à ce qu'un non-résident finance une société canadienne au moyen de dettes. Cet incitatif a été reconnu par la Commission royale d'enquête sur la fiscalité⁵⁴ et par le gouvernement fédéral dans son livre blanc de 1969 intitulé *Propositions de réforme fiscale*⁵⁵ comme en fait foi l'extrait suivant :

Le fisc canadien considère que les non-résidents qui font des bénéfices commerciaux au Canada doivent verser au Canada des impôts sur le revenu aux taux applicables aux Canadiens. Si un étranger commerce au Canada, ses bénéfices sont imposés selon le tableau normal du barème progressif. Si une corporation étrangère commerce ici, ses bénéfices sont imposés au taux applicable aux corporations canadiennes, soit de 50 p. 100. Si la corporation étrangère constitue une filiale canadienne, la corporation canadienne est imposée sur les bénéfices à raison de 50 p. 100, à condition que la corporation étrangère effectue son investissement sous forme d'actions. Si, par contre, la corporation étrangère fait une partie de son investissement sous forme de prêt, les intérêts de ce prêt sont déduits lors du calcul de ses bénéfices commerciaux. La corporation épargne donc sur l'impôt de 50 p. 100, mais elle n'est assujettie à l'impôt canadien qu'au taux de retenue de 15 p. 100 (ou de 25 p. 100 si elle n'est pas protégée par une convention). Il est naturel que les corporations empruntent et il n'est pas anormal qu'elles empruntent de leurs actionnaires; mais la différence qui existe dans les taux d'impôt a poussé certaines d'entre elles à créer des corporations ayant un capital-actions très faible (par exemple 3 \$) et d'effectuer à peu près tous leurs investissements sous forme de prêts à intérêts.

Dans le livre blanc, le gouvernement a proposé de régler le problème perçu en limitant la « déductibilité des intérêts découlant de prêts non faits à des sociétés sans lien de dépendance dans les cas où le rapport entre la dette due à l'actionnaire et son avoir est de plus de trois à un »⁵⁶. En pratique, la dette détenue par des actionnaires non résidents qui ont un lien de dépendance avec une société résidente devait être considérée comme excessive lorsqu'elle

52 Le taux normal prévu aux conventions pour les dividendes de portefeuille étrangers est de 15 pour cent, tandis que le taux pour les dividendes directs étrangers est de cinq pour cent.

53 Mais voir note 5 ci-dessus (l'élimination inconditionnelle de la retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts sur une dette entre personnes non liées); et note 6 ci-dessus (l'élimination de la retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts pour les intérêts payés à des créanciers avec lien de dépendance résidant aux États-Unis).

54 Canada, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, vol. IV (« rapport Carter ») (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966), p. 74.

55 Canada, ministère des Finances, *Propositions de réforme fiscale* (le « livre blanc ») (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1969), p. 85, paragr. 6.41.

56 Id., p. 86, paragr. 6.42.

dépassait le ratio de 3:1. En proportion de l'excédent, la société devait être considérée comme une société faiblement capitalisée, et la dette excessive devait être considérée davantage comme des capitaux propres.

Malgré la critique et une certaine hésitation de la part du gouvernement⁵⁷, la proposition du livre blanc a constitué le fondement des dispositions relatives à la capitalisation restreinte qui ont été introduites en 1972. Par l'accent qu'ils mettent sur la dette entre personnes liées, les paragraphes 18(4) à (6) de la Loi reflètent la façon dont le problème de l'érosion de l'assiette fiscale posé par une déduction des frais d'intérêt dans le contexte des investissements directs étrangers était traditionnellement conçu. Comme réponse au problème de prix de transfert issu de l'utilisation de ce genre de dette, les dispositions relatives à la capitalisation restreinte sont l'expression à un seul facteur du principe de pleine concurrence, et un ratio d'endettement prescrit sert de facteur déterminant. En vertu du paragraphe 18(4), sous sa forme actuelle, la déduction des intérêts payables par une société canadienne à des non-résidents déterminés est refusée dans la mesure où le montant de la dette sous-jacente dépasse l'investissement en capitaux propres de ces personnes selon un ratio supérieur à 2:1⁵⁸. La portion des frais d'intérêt non déductibles est calculée à l'aide de la formule suivante :

$$\begin{array}{l} \text{frais d'intérêt pour l'année} \\ \text{sur les dettes impayées envers} \\ \text{des non-résidents déterminés} \end{array} \times \begin{array}{l} \text{moyenne des montants les plus} \\ \text{élevés des dettes impayées envers} \\ \text{des non-résidents déterminés au cours} \\ \text{de chaque mois, moins deux fois} \\ \text{les capitaux propres} \end{array} \frac{\quad}{\begin{array}{l} \text{moyenne des montants les plus} \\ \text{élevés des dettes impayées envers des} \\ \text{non-résidents déterminés au cours} \\ \text{de chaque mois} \end{array}}$$

Un « non-résident déterminé » se définit comme suit :

- un non-résident qui, seul ou avec d'autres personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance, est propriétaire d'actions du capital-actions d'une société canadienne totalisant 25 pour cent ou plus des droits de vote ou de la valeur de l'ensemble des actions (« actionnaire non résident déterminé »);
- un non-résident qui a un lien de dépendance avec un actionnaire qui, seul ou avec d'autres personnes avec lesquelles cet actionnaire a un lien de dépendance, est propriétaire d'actions du capital-actions d'une société canadienne totalisant 25 pour cent ou plus des droits de vote ou de la valeur de l'ensemble des actions (« actionnaire déterminé »).

57 Dans le livre blanc, id., le gouvernement a reconnu que la disposition proposée sur la capitalisation restreinte « est nécessairement arbitraire et difficile à appliquer » et qu'il est possible qu'il soit « amené à la modifier ultérieurement à la lumière de l'expérience ».

58 Les intérêts non déductibles ne sont pas reclassifiés comme dividendes pour les besoins de la Loi, y compris de la retenue d'impôt des non-résidents. *Tetrad Resources Ltd. c. La Reine*, [1996] 1 CTC 2622, 96 DTC 1808 (CCI) (les intérêts excédentaires ne peuvent pas être reclassifiés comme frais de gestion).

Les capitaux empruntés, que l'on définit comme des « dettes impayées envers des non-résidents déterminés », équivalent au total de tous les montants impayés en tant que, ou à titre de, dette ou autre obligation pour laquelle un montant d'intérêts autrement déductibles est payé ou payable à un non-résident déterminé. Comme mesure anti-évitement, le paragraphe 18(6) élargit la définition de dettes impayées à des non-résidents déterminés pour qu'elle comprenne tout prêt accordé par un non-résident déterminé à une autre personne à condition que le montant soit réaffecté à une société canadienne (« prêts adossés »).

Les capitaux propres d'une société canadienne constituent l'ensemble des éléments suivants :

- ses bénéfices non répartis au début de l'année (sauf dans la mesure où ces bénéfices comprennent les bénéfices non répartis d'une autre société);
- la moyenne mensuelle de ses surplus d'apport dans la mesure où ces montants ont été fournis par un actionnaire non résident déterminé;
- la moyenne mensuelle du capital versé pour des actions de toutes catégories détenues par un actionnaire non résident déterminé.

En grande partie, les dispositions relatives à la capitalisation restreinte sont demeurées essentiellement inchangées par rapport à leur formulation d'origine édictée en 1972. Dans son rapport de 1998, le comité Mintz considérait que les dispositions « fonctionnent bien »⁵⁹, sans doute en ce qui concerne leur fonction de protection du pouvoir du Canada, en tant que pays de source, de prélever des impôts sans que cela n'ait trop de conséquences néfastes sur les opérations commerciales. Le comité a émis les trois recommandations de réforme suivantes :

- l'adoption d'un ratio d'endettement de 2:1 plutôt que celui de 3:1 en vigueur au moment où le rapport a été rédigé;
- l'application des dispositions aux succursales, fiducies et sociétés de personnes;
- le renforcement des règles relatives aux prêts adossés pour qu'elles s'appliquent aux ententes comparables, comme les fonds mis en dépôt, lorsque l'endettement en question est adossé⁶⁰.

Dans le budget de février 2000, le gouvernement a accepté la première recommandation en raison, semble-t-il, du fait que certains pays ont adopté des ratios d'endettement inférieurs, soit de 2:1. De plus, selon les documents budgétaires, « le rapport dettes-capitaux propres autorisé de 3:1 est élevé par rapport aux rapports actuels observés dans l'économie canadienne, ce qui indique qu'un rapport de 3:1 donne lieu à un taux d'endettement exagérément élevé »⁶¹ et « ce nouveau rapport [2:1] permet de mieux mesurer le recours excessif au financement par endettement avec apparenté dans le contexte du niveau actuel des rapports dettes-capitaux propres observés dans l'industrie canadienne »⁶². Dans le Budget 2000, on propose aussi de se servir des moyennes mensuelles de la dette, du surplus d'apport et du capital versé au lieu

59 Rapport Mintz, supra note 4, p. 6.33.

60 Id., p. 6.32.

61 Budget 2000, supra note 3, p. 268.

62 Id., p. 269.

du montant le plus élevé dans une année d'imposition particulière⁶³. Le fardeau administratif et le fardeau en matière d'observation de la loi attribuables à la nécessité de conserver les documents à l'appui des calculs nécessaires ont, semble-t-il, été considérés comme justifiés compte tenu des éléments suivants :

- les résultats trop restrictifs pouvant découler de l'utilisation du montant le plus élevé de la dette impayée à des non-résidents déterminés dans une année d'imposition comme montant déterminant de cet endettement dans le calcul du ratio d'endettement;
- les résultats trop généreux pouvant découler de l'utilisation du surplus d'apport au début de l'année d'imposition et du montant le plus élevé de capital versé au début ou à la fin de l'année comme variables du montant de capitaux propres dans le calcul du ratio d'endettement.

De façon plus controversée, dans le Budget 2000 se trouvait également la proposition d'élargir la catégorie d'endettement assujetti aux règles pour qu'elle englobe toute dette d'une société canadienne garantie par un non-résident déterminé. Cette extension particulière, fondée sur la supposition que la dette garantie peut être considérée comme équivalente à la fourniture de capitaux empruntés d'un non-résident déterminé, a été rejetée par le comité Mintz⁶⁴ et n'a jamais été promulguée, vraisemblablement en raison du fait qu'elle interférerait trop avec les utilisations commerciales des ententes de garantie. Mais en s'appuyant sur une autre recommandation du comité Mintz, le Budget 2000 propose également une consultation sur l'extension de la portée des dispositions pour qu'elles s'appliquent aux succursales, fiducies et sociétés de personnes. Cette consultation proposée, ainsi que la proposition de tenir une consultation semblable sur l'extension de la portée des dispositions à certains mécanismes de substitution des dettes comme les crédits-bails⁶⁵, ont été mises en suspens.

Du moins en termes de caractéristiques structurelles de base, les dispositions canadiennes existantes relatives à la capitalisation restreinte sont généralement compatibles avec les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts des autres pays qui visent un objectif similaire. L'évaluation générale des dispositions canadiennes par le comité Mintz n'est donc pas surprenante. Le développement le plus important en pratique législative depuis le rapport du comité a été l'extension de la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans certains pays en vue de limiter la répartition des emprunts auprès de personnes non liées⁶⁶. Le fait que les dispositions canadiennes ne tiennent pas compte adéquatement de l'utilisation motivée par des considérations fiscales de ce genre de dette dans le contexte des investissements directs étrangers est sans doute leur faille la plus manifeste.

63 L'utilisation d'une moyenne pondérée pour mesurer le montant de l'endettement est suggérée dans Williamson et Garland, supra note 2, p. 28. L'utilisation de méthodes qui permettent d'éviter les pointes lors de la mesure de la dette et des capitaux propres est suggérée dans Edgar, supra note 2, pp. 44-46 et 48-49.

64 Rapport Mintz, supra note 4, p. 6.32.

65 Cette proposition particulière semble découler d'une recommandation tirée d'un rapport de recherche sur les dispositions relatives à la capitalisation restreinte préparé pour le comité Mintz. Voir Williamson et Garland, supra note 2, pp. 2 et 31.

66 Au moment où le rapport Mintz a été rédigé, seules les dispositions de la Nouvelle-Zélande sur la capitalisation restreinte s'appliquaient à la dette entre personnes non liées à des fins de déductibilité. La législation américaine contre le dépouillement des gains, promulguée en 1989, tient compte de toutes les dettes dans l'application du ratio d'endettement de 1,5:1 qui sert de régime de protection. On tient aussi compte de la dette entre personnes non liées dans le calcul du ratio de couverture des intérêts, mais la règle de la non-déductibilité se limite aux intérêts payables à une personne liée.

5. Options de réforme n^{os} 1 et 2 : Alternatives pour limiter la déductibilité des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes liées

Si la décision est prise de continuer à limiter les dispositions canadiennes existantes relatives à la capitalisation restreinte à l'utilisation motivée par des considérations fiscales de la dette entre personnes liées, il n'y a en fait que deux options de réforme dont la nature est nettement structurelle : une règle générale de non-déductibilité et une règle contre le dépouillement des gains. Tel qu'indiqué dans cette partie, il n'est pas certain que l'une ou l'autre de ces options permettrait d'améliorer sensiblement l'efficacité des dispositions existantes en termes d'atteinte de leur objectif.

A. Règle générale de non-déductibilité

Dans le contexte des investissements directs de l'étranger, une règle générale de non-déductibilité maintient le pouvoir du pays de source d'imposer le revenu d'entreprise en éliminant, et pas seulement en contraignant, l'utilisation de la dette entre personnes liées comme forme efficace sur le plan fiscal de financement par capitaux propres déguisé. Toutes les dettes entre personnes liées sont traitées de la même manière que les capitaux propres obtenus de personnes liées selon l'hypothèse que ces dettes sont utilisées exclusivement comme technique de prix de transfert. Cette supposition empirique sous-jacente porte à croire que le problème de classification de la dette entre personnes liées est mal formulé en tant qu'application du principe de pleine concurrence exprimée sous forme d'enquête multifactorielle. En fait, en l'absence d'un refus général de permettre la déduction des frais d'intérêt sur la dette entre personnes liées, les promoteurs de cette approche avancent qu'il n'y a pas de base normative évidente à laquelle on peut avoir recours pour déterminer le niveau d'endettement permis des suites d'une enquête multifactorielle ou à un seul facteur. L'absence de toute base normative peut être vue comme une fonction de la distinction que l'on trouve généralement dans le droit fiscal entre la dette et les capitaux propres grâce à une enquête sur l'intégrité de la dette détenue par un actionnaire fondée sur le principe de pleine concurrence au moyen de dispositifs de dépistage des substitutions motivées par des considérations fiscales de la dette entre personnes liées par des capitaux propres obtenus de personnes liées. En jouant le rôle de dispositif de dépistage, le principe de pleine concurrence exprimé sous forme d'enquête multifactorielle n'est pas plus défendable sur le plan normatif que toute autre norme possible, quoiqu'il ait des coûts et des avantages associés aux diverses solutions de rechange.

Une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées est suggérée dans certaines études⁶⁷, et il existe également quelques précédents législatifs limités. Par exemple, en vertu de la Income and Corporation Taxes Act de 1988 du Royaume-Uni, les intérêts payables par une société résidente sur une dette détenue par une société non résidente ont été traités comme des dividendes lorsque la société non résidente détenait 75 pour cent ou plus des actions de la société résidente ou lorsque les deux sociétés étaient des filiales d'une autre société et qu'elles étaient détenues à plus de 75 pour cent par cette société⁶⁸. Il a été déclaré dans le rapport Carter que « la solution la plus simple pour résoudre le problème que présenteraient les montants d'intérêt qu'une société canadienne pourrait verser à des placeurs de fonds non résidents, avec lesquels elle ne transigerait pas sans lien de dépendance, serait d'assimiler ces versements à des dividendes »⁶⁹. Le rapport poursuit ensuite sur cette voie et recommande l'adoption d'une règle générale de non-déductibilité, « tout au moins dans un certain nombre de cas bien définis »⁷⁰. L'exemple du Royaume-Uni était cité à l'appui de la recommandation.

En raison de la simplicité de ses principes empiriques sous-jacents, une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées semble beaucoup plus simple que toute autre solution de rechange. Cette simplicité apparente est toutefois trompeuse. En effet, le choix d'un seuil d'actionariat approprié au-delà duquel la règle de non-déductibilité serait appliquée est, en fin de compte, une question de savoir à quel point les responsables des politiques fiscales souhaitent être restrictifs en ce qui a trait à l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert. Le caractère restrictif de ce type de règle met une pression considérable sur la définition des emprunteurs concernés. De façon réaliste, le caractère restrictif de la règle signifie probablement que son utilisation devrait être limitée aux situations où la participation au capital-actions est relativement élevée, par exemple la détention de 75 pour cent ou plus de l'ensemble des actions de toutes catégories ou de l'ensemble des actions et de la totalité des droits de vote et de la valeur des actions. Il pourrait même être nécessaire d'offrir des avantages compensatoires comme les crédits d'imputation pour les dividendes de façon à ce que les intérêts non déductibles soient traités comme des dividendes admissibles au crédit. Cependant, la réticence traditionnelle du Canada à offrir un crédit d'impôt pour dividendes aux actionnaires non résidents en raison de préoccupations relatives aux recettes rend ce genre de compromis peu probable, même si le crédit ne

67 Voir, par exemple, Gary Clyde Hufbauer, *U.S. Taxation of International Income: Blueprint for Reform* (Washington, DC : Institute for International Economics, 1992), pp. 100-104 (l'auteur propose une règle de non-déductibilité pour les intérêts sur les dettes entre personnes liées dans le cadre du passage à un régime territorial avec répartition de la dette entre personnes non liées d'un groupe multinational au moyen d'une formule). Voir aussi Alex Easson, « Company Tax Reform and the Inter-Nation Allocation of Tax Jurisdiction », dans John G. Head et Richard Krever, éd., *Company Tax Systems* (Melbourne : Australian Tax Research Foundation, 1997), pp. 285-320, 315-316 et 319 (l'auteur suggère une règle de non-déductibilité pour les intérêts, les rentes et le paiement de redevances entre personnes liées qui correspond à l'imposition des dividendes dans le cadre d'un ensemble de mesures incluant l'élimination de la retenue d'impôt sur les dividendes). Dans le rapport de l'OCDE sur la concurrence fiscale nuisible, on fait allusion à une règle de non-déductibilité, mais elle n'est pas expliquée. Voir OCDE, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (Paris : OCDE, 1998), pp. 59-60.

68 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 21 (les auteurs signalent que la sévérité apparente de la règle du Royaume-Uni a été atténuée par la pratique d'y déroger dans les conventions fiscales). L'Irlande applique une règle de non-déductibilité comparable, qui se limite aux intérêts payés par une société résidente non bancaire à une société mère non résidente qui détient 75 pour cent de la société résidente ou à une autre succursale non résidente détenue à 75 pour cent si les deux conditions suivantes sont remplies : (i) le bénéficiaire n'est pas un résident d'un état membre de l'UE ou d'un pays signataire d'une convention; et (ii) le paiement a été fait autrement que dans le cours normal du commerce du payeur.

69 Rapport Carter, supra note 54, p. 73.

70 Ibid.

s'étendait qu'aux actionnaires visés par la règle de non-déductibilité. De plus, une autre forme de restriction relative à la déductibilité des intérêts continuerait d'être nécessaire pour les circonstances où une participation n'est pas suffisamment élevée pour que s'applique la règle de non-déductibilité, mais où cette participation est suffisante pour constituer un élément d'influence qui pourrait faciliter la substitution motivée par des considérations fiscales de la dette entre personnes liées par du financement par capitaux propres obtenus de personnes liées. Dans la mesure où ce type de restrictions secondaire est nécessaire, une règle générale de non-déductibilité échouerait vraisemblablement à fournir des gains significatifs en termes de simplicité et devrait être justifiée par d'autres motifs de politique en tant que meilleure réponse au problème de politique perçu.

À cet égard, trois considérations générales jettent un doute important sur la faisabilité et le caractère souhaitable d'une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées. En effet, une règle générale de non-déductibilité possède des propriétés indésirables qui affaiblissent sérieusement les arguments de politique en faveur de son adoption. Premièrement, tel que signalé précédemment, les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts augmentent le taux effectif d'imposition sur l'investissement direct étranger, ce qui peut avoir un impact sur le choix de l'endroit où faire une gamme d'investissements. Une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées aurait, parmi toutes les restrictions possibles, les conséquences les plus importantes sur les taux effectifs d'imposition et aurait donc l'impact le plus significatif sur le choix de l'endroit où investir. Bien qu'il soit difficile d'évaluer avec précision l'ampleur de cet impact, cette évaluation est inévitable, et la perte d'investissement doit être compensée par la hausse de recettes attribuables à une règle de non-déductibilité élargie.

Deuxièmement, une règle générale de non-déductibilité a sans doute une portée trop large quant à l'identification des cas d'utilisation motivée par des considérations fiscales de la dette entre personnes liées, essentiellement parce qu'elle interdirait la réaffectation déductible d'impôt de la dette entre personnes non liées lorsqu'une structure de ce genre peut être employée pour des raisons non fiscales, y compris l'obtention d'un coût du capital moins élevé. Les groupes multinationaux ont un nombre indéfini de postes de recettes et de dépenses qui doivent être répartis à des fins fiscales parmi les territoires où ils exercent leurs activités. Les intérêts ne constituent que l'une de ces dépenses. La question qui pose problème est celle de savoir quelle quantité des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes non liées d'un groupe multinational doit être attribuée à chaque pays de source et sur quoi se fonder pour effectuer cette répartition. Une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées interdirait l'utilisation de ce type de dette comme mécanisme de répartition. En présence de cette interdiction, un groupe multinational pourrait tout de même répartir ses frais d'intérêt sur ses dettes auprès de personnes non liées en s'assurant qu'une partie de sa dette provient d'emprunts directs par les membres du groupe. La mesure dans laquelle la dette entre personnes non liées et la dette entre personnes liées sont des substituts parfaits ou presque parfaits pour un groupe multinational constitue une question empirique. Tel que signalé dans la partie 2, quelques études suggèrent que le choix du lieu où les sociétés d'une multinationale contractent des dettes auprès de personnes non liées est influencé par l'impôt, ce qui indiquerait dans une certaine mesure sa substituabilité avec la dette entre personnes liées. L'ampleur de cette substituabilité atténuerait la portée trop large apparente de l'interdiction d'utiliser la dette entre personnes liées pour répartir les dettes auprès de personnes non

liées. Une supposition empirique plausible serait toutefois que le lieu où les sociétés d'une multinationale contractent des dettes auprès de personnes non liées n'est pas totalement non contraint par des facteurs autres que fiscaux⁷¹. La dette entre personnes liées peut donc être utilisée comme méthode convenable et défendable pour effectuer une répartition appropriée des frais d'intérêt sur la dette de personnes non liées⁷². En d'autres termes, la supposition empirique simplifiée qui sous-tend la règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées — soit que toutes les utilisations de ce genre de dette sont motivées par des considérations fiscales — est tout simplement incorrecte.

Sur la base d'hypothèses empiriques très différentes et plus complexes concernant l'utilisation de la dette entre personnes liées et de la dette entre personnes non liées, on avance dans la partie 6 ci-dessous que, dans le contexte des investissements directs de l'étranger, l'objectif principal d'une restriction relative à la déductibilité des intérêts cohérente sur le plan théorique est la répartition des emprunts auprès de personnes non liées. Dans la logique de cet objectif, l'utilisation de la dette entre personnes liées déductible aux fins fiscales devrait être acceptée dans la mesure où elle représente un moyen indirect de choisir le lieu où un groupe multinational contracte une dette auprès de personnes non liées et où, en ajout aux emprunts d'une société sous contrôle étranger auprès de personnes non liées, le montant permis se situe en deçà d'une limite maximale déterminée. Au même titre qu'une répartition excessive des dettes de personnes non liées, la conversion de capitaux propres obtenus auprès de personnes non liées par un groupe multinational consolidé en des dettes entre personnes liées avantageuses sur le plan fiscal constitue une cible appropriée pour les restrictions relatives à la déductibilité. Une règle générale de non-déductibilité échoue de façon critique en ne tentant pas de dépister cette utilisation de la dette entre personnes liées purement motivée par des considérations fiscales⁷³. En tentant d'assumer cette fonction, le principe de pleine concurrence possède en fait une base normative défendable. La question demeure celle de savoir comment exprimer ce principe et s'il faut en étendre la portée pour qu'il permette de dépister les cas de répartition motivée par des considérations fiscales des dettes de personnes non liées.

Enfin, tel que discuté davantage dans la partie 9 ci-dessous, le principe de non-discrimination, même aussi faiblement codifié que dans les conventions fiscales du Canada, présente très probablement une contrainte à une règle générale de non-déductibilité; cette contrainte la rend presque irréalisable, et ce, même s'il s'agissait de la meilleure réponse au plan de la politique. Puisque cette classification est au mieux problématique, les coûts associés au processus qui permettrait de surmonter l'application du principe de non-discrimination devraient probablement être évités.

71 Voir les sources citées, supra notes 24 et 25.

72 Lorsque les facteurs non fiscaux favorisent l'emprunt direct dans le marché financier local par une société sous contrôle étranger, l'offre de garanties par la société mère ou un autre membre du groupe peut représenter l'équivalent de la réaffectation des prêts entre personnes non liées. Voir partie 8.B.1.

73 Une règle généralisée de non-déductibilité des intérêts est peut-être défendable dans le contexte des investissements directs en provenance de l'étranger en tant que réponse aux transactions internationales d'arbitrage fiscal effectuées au moyen d'instruments financiers hybrides. Une règle de ce genre exige toutefois l'existence d'une règle parallèle qui traite toutes les entités comme des sociétés dans ce même contexte. Elle nécessite aussi l'acceptation par les pays de résidence de la non-déductibilité comme moyen d'augmenter l'imposition dans le pays de source. Voir Tim Edgar, « Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage », *Canadian Tax Journal*, vol. 51, n° 3 (2003), pp. 1079-1158, pp. 1142-1150. Les implications en matière de politique pour le régime d'imposition international s'étendent bien au-delà de l'attention prioritaire accordée à l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert ou même de restriction à la répartition des intérêts, qui est la raison d'être sous-jacente de l'application de la règle de la non-déductibilité aux intérêts sur la dette entre personnes non liées. Voir partie 6.

B. Dispositions contre le dépouillement des gains

En ce qui concerne les pratiques des pays axées sur l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert, les dispositions contre le dépouillement des gains ont tendance à être vues comme la principale approche de rechange aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte. Dans la mesure où les deux régimes législatifs partagent les mêmes objectifs, bon nombre de leurs caractéristiques conceptuelles sont semblables. La différence majeure est au niveau du facteur unique qui est employé comme substitut à une enquête multifactorielle en ce qui concerne la conformité au principe de pleine concurrence de la dette entre personnes liées. Au lieu du ratio d'endettement d'une société, les dispositions contre le dépouillement des gains spécifient un ratio de couverture des intérêts. On ne sait toutefois pas bien si l'utilisation de ce facteur différent produit des résultats considérablement différents dans la grande majorité des circonstances, bien qu'il y ait des différences importantes entre les résultats dans des circonstances limitées.

Les États-Unis ont été le premier pays à adopter des dispositions contre le dépouillement des gains pour limiter la déductibilité des intérêts dans le contexte des investissements directs étrangers⁷⁴. Ces dispositions ont été adoptées en 1989 en réaction à la préoccupation croissante envers le fait que l'enquête multifactorielle élaborée par voie judiciaire quant au statut de la dette détenue par un actionnaire en tant que capitaux propres déguisés était inadéquate pour régler le problème de l'érosion des recettes découlant du financement excessif des sociétés américaines par emprunt auprès de non-résidents. À l'alinéa 163(j) de l'Internal Revenue Code (IRC), la déduction des intérêts payés ou payables par une société américaine est refusée dans la mesure où : (i) les intérêts sont des « intérêts non admissibles »; et (ii) la société a des « intérêts excédentaires ». Les « intérêts non admissibles » sont définis comme l'ensemble des intérêts payés ou payables à une personne liée dans la mesure où aucun impôt sur les intérêts (que ce soit l'impôt général sur le revenu des sociétés ou la retenue d'impôt pour les non-résidents) n'est exigé en vertu de l'IRC. Les « intérêts excédentaires » sont définies comme l'excédent des « frais d'intérêt nets » d'une société par rapport à la somme représentant 50 pour cent de son « revenu imposable rajusté ». Les « frais d'intérêt nets » sont l'excédent de tous les intérêts sur la dette (qu'elle soit détenue par une personne liée ou non) qui sont payés ou payables par la société au cours de l'année d'imposition sur tous les intérêts pouvant être inclus dans son revenu brut pour l'année en question. Le « revenu imposable rajusté » est le revenu imposable de la société, calculé sans référence à toute déduction accordée à titre des frais d'intérêt nets, des pertes d'exploitation nettes, de la dépréciation, de l'amortissement ou de l'épuisement. Le concept des « intérêts excédentaires » a donc une fonction semblable à celle du ratio d'endettement aux termes des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte.

En utilisant un équivalent fiscal des bénéficiaires avant intérêts, impôts, dépréciation et amortissements (BAIIDA), la législation américaine contre le dépouillement des gains évite le problème de ciblage des règles sur la capitalisation restreinte attribuable à l'utilisation du bilan pour identifier les cas d'utilisation de la dette entre personnes liées motivée par des considérations fiscales. En particulier, la méthode du bilan est généralement fondée sur le

74 La France est l'autre pays important qui applique une règle contre le dépouillement des gains pour limiter la déduction des intérêts sur les dettes entre personnes liées. Par contre, les dispositions françaises s'appliquent également si une société possède un ratio d'endettement supérieur à 1,5:1, ce qui fait de la méthode française une combinaison entre une règle contre le dépouillement des gains et la méthode de la capitalisation restreinte.

coût d'origine des actifs, que les capitaux propres soient définis indirectement par la valeur de l'actif ou directement en tant que la somme du capital d'apport et des bénéficiaires non répartis. Que ce soit en application de l'une ou l'autre des méthodes définitionnelles, l'utilisation du coût d'origine des actifs comme montant de référence pour déterminer la capacité d'emprunt peut être vue comme trop restrictive lorsqu'une société a une capacité d'emprunt plus grande dû au fait que la juste valeur marchande de ses actifs est relativement plus élevée. Dans ces circonstances, le niveau d'endettement permis aux fins de l'impôt sur le revenu accuse un certain retard par rapport à la capacité d'emprunt réelle jusqu'à ce qu'une acquisition d'actifs soit effectuée et que le prix de base d'origine soit réévalué pour qu'il corresponde à la juste valeur marchande. Il n'y a toutefois aucune étude empirique sur les effets au plan de l'efficacité qui pourraient être attribuables à ce biais en faveur de l'acquisition d'actifs qui est intégré dans les dispositions relatives à la capitalisation restreinte. Dans une certaine mesure, toute réaction comportementale peut être atténuée par l'adoption de régime de protection fondé sur des ratios d'endettement trop généreux. Les acquisitions d'éléments d'actif auprès de personnes liées, de façon directe ou indirecte par l'achat d'actions, peuvent aussi être entreprises pour atténuer les effets d'une assiette d'actifs ayant un faible coût d'origine, mais une juste valeur marchande élevée. Pour éviter les frais de transaction non nécessaires engagés en lien avec des réévaluations obtenues par l'entremise d'opérations, certains pays permettent que la valeur de l'actif soit réévaluée conformément aux pratiques de la comptabilité générale⁷⁵. D'autres pays permettent précisément dans leur législation fiscale la réévaluation de certains actifs, en particulier les actifs incorporels, pour lesquels il peut y avoir de grandes différences entre le coût d'origine et la juste valeur marchande⁷⁶.

Bien que des dispositions permettant la réévaluation puissent, dans des circonstances limitées, atténuer l'effet d'une restriction relative à la déductibilité dans le cadre de règles sur la capitalisation restreinte attribuable à l'utilisation du coût d'origine des actifs, l'indépendance des règles contre le dépouillement des gains par rapport au bilan parvient de façon plus complète à assurer la cohérence dans le traitement des entreprises ayant un profil de valeur des actifs comparable. Cette cohérence dans le traitement vient au prix d'une incidence irrégulière sur les entreprises cycliques dont le flux de recettes peut varier sans que cela n'influe sur leur capacité d'emprunt. Cette propriété législative indésirable des règles contre le dépouillement des gains peut être mitigée grâce à l'offre d'un régime de protection prévu par la loi ainsi que des règles permettant le report des frais d'intérêt non admissibles⁷⁷. Plus particulièrement, même si une société américaine possédait des intérêts excédentaires dans une année d'imposition, la déduction ne sera pas refusée si le ratio d'endettement du payeur à la fin de l'année ne dépasse pas le ratio déterminé sous le régime de protection de 1,5:1⁷⁸. Les intérêts non déductibles

75 Les dispositions relatives à la capitalisation restreinte de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, par exemple, permettent de réévaluer les actifs conformément aux normes de comptabilité applicables. Mais voir, à cet égard, *Bulletin d'interprétation IT-59R3 : Intérêts sur des dettes non encore payées à des non-résidents déterminés*, 26 septembre 1984, paragraphe 8, dans lequel l'Agence du revenu du Canada (ARC) affirme que les principes de comptabilité générale doivent être utilisés dans le calcul des bénéficiaires non répartis et des surplus d'apport, mais que les bénéficiaires non répartis ne peuvent inclure les plus-values de réévaluations non réalisées.

76 Des modifications proposées à la législation australienne sur la capitalisation restreinte permettraient, par exemple, la prise en compte de certains actifs incorporels à des valeurs plus élevées que celles qui sont utilisées à des fins de comptabilité générale.

77 Williamson et Garland, *supra* note 2, p. 30.

78 À cette fin, le total de toutes les dettes (c'est-à-dire les dettes entre personnes liées et les dettes entre personnes non liées) est comparé à la somme de l'ensemble des effets monétaires et de la valeur comptable des actifs à des fins fiscales moins le montant des dettes.

pour une année d'imposition particulière peuvent aussi être reportés indéfiniment à un exercice ultérieur et être déduits dans cette année d'imposition ultérieure dans la mesure où les frais d'intérêt admissibles d'une société concernée sont moindres que la limite permise. De même, dans la mesure où les frais d'intérêt admissibles d'une société sont moindres que la limite permise pour une année d'imposition particulière, la capacité excédentaire peut être reportée aux trois exercices subséquents et ajoutée à 50 pour cent du revenu imposable rajusté de la société pour l'année suivante lors du calcul des intérêts excédentaires.

Les règles de report ajoutent une certaine complexité aux règles contre le dépouillement des gains et sont sans doute inutiles dans le cadre des règles relatives à la capitalisation restreinte⁷⁹. En tant qu'élément soi-disant caractéristique des dispositions contre le dépouillement des gains, la complexité législative empire lorsqu'un ratio d'endettement déterminé est utilisé comme régime de protection, nécessitant ainsi les mêmes particularités techniques que les règles relatives à la capitalisation restreinte⁸⁰. Ces coûts d'observation et coûts administratifs sont toutefois compensés dans une certaine mesure par le fait que les ratios de couverture des intérêts sont un concept qui tire son contenu des données disponibles dans le cadre de l'exercice d'observation fiscale. En comparaison, les indicateurs approximatifs fondés sur le bilan pour le principe de pleine concurrence, comme les ratios d'endettement, ont tendance à être fondés sur des informations issues de la comptabilité générale, qui sont indépendantes du régime d'imposition. Cette indépendance peut être problématique lorsqu'il y a une certaine souplesse dans les pratiques de comptabilité visées, y compris des différences dans les pratiques selon les pays, ce qui devient particulièrement problématique si, pour les types de raisons évoquées ci-dessous dans la partie 7, le ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational est utilisé comme référence à laquelle les ratios d'endettement de ses membres sont comparés⁸¹. Quand même, le choix d'un ratio de couverture des intérêts sera inévitablement arbitraire, mais peut-être pas autant que dans le cas du choix d'un ratio d'endettement, en supposant que le choix du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational en tant que référence correcte sur le plan conceptuel est défendable. Bien qu'en principe il n'y ait aucune raison pour laquelle le ratio de couverture des intérêts consolidé d'un groupe multinational ne pourrait pas être utilisé de la sorte en tant que référence, le BAIIDA, lorsqu'il est élaboré comme un concept unique au régime d'imposition, présente ce qui sont probablement des difficultés d'observation encore plus importantes lorsqu'il est question de calcul à l'échelle mondiale. En effet, la variation entre les pays en ce qui concerne

79 Williamson et Garland, supra note 2, pp. 30-31 (les auteurs signalent que l'application d'un critère fondé sur le bilan, comme un ratio d'endettement, n'est pas assujettie aux fluctuations cycliques et que le report des dépenses non déductibles est défendable seulement si la capacité d'emprunt d'une société sous contrôle étranger est mesurée pour la vie entière de la société plutôt qu'annuellement).

80 Voir, par exemple, le rapport Mintz, supra note 4, p. 6.31 (où les dispositions contre le dépouillement des gains sont qualifiées de trop complexes). Puisque le calcul applicable doit être fait également dans l'éventualité où un ratio d'endettement est utilisé comme régime de protection, il n'est pas clair si le fait d'exiger la conformité avec un ratio de couverture des intérêts et un ratio d'endettement, comme c'est le cas avec la méthode française, complique encore plus le processus.

81 Voir, par exemple, Les Nethercott et Andrew M.C. Smith, « New Zealand's Thin Capitalization Rules and the Adoption of International Financial Reporting Standards in New Zealand », document de travail n° 41, Victoria Centre for Accounting, Governance and Taxation Research, 2007; et Andrew M.C. Smith et Les Nethercott, « Thin Capitalization Rules and the Introduction of International Financial Reporting Standards: A New Zealand Perspective », *New Zealand Journal of Taxation Law and Policy*, vol. 12, n° 1 (2006), pp. 61-77. Idéalement, la variation entre les pays sera éliminée au fur et à mesure que les organismes comptables nationaux adopteront les Normes internationales d'information financière (NIIF) établies par le Conseil des normes comptables internationales (CNCI). Les NIIF ne seront pas adoptées au Canada avant le 1^{er} janvier 2011. Pour les besoins du régime de protection fondé sur un ratio d'endettement correspondant au ratio consolidé d'un groupe mondial, des pays comme l'Allemagne et les Pays-Bas permettent l'utilisation des principes comptables généralement reconnus (PCGR) des États-Unis ou des NIIF.

le BAIIIDA aux fins fiscales signifie que le calcul de ce dernier sur la base des états consolidés d'un groupe multinational engendrerait très certainement des coûts prohibitifs. Pourtant, la solution de rechange, qui est d'utiliser un concept fondé sur la comptabilité comme régime de protection, ne procure aucune économie en ce qui a trait aux coûts d'observation et aux coûts administratifs comparativement aux règles relatives à la capitalisation restreinte, qui se fondent sur l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational.

En fin de compte, l'écart, pour diverses raisons dont l'accès aux renseignements nécessaires, du ratio d'endettement consolidé ou du ratio de couverture des intérêts consolidé qui servent de référence signifie qu'il y aura inévitablement un caractère arbitraire au choix de l'un ou l'autre des ratios en tant que substituts pour le principe de pleine concurrence. Le caractère restrictif voulu des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts est un facteur déterminant important de ce choix, peu importe le facteur employé pour déterminer le niveau d'endettement permis. Le choix d'une approche de capitalisation restreinte ou d'une règle contre le dépouillement des gains semble donc se résumer en une évaluation des conséquences différentielles sur deux types d'investissements directs étrangers, soit les suivants : (i) les entreprises ayant un faible coût des actifs, mais une valeur élevée; et (ii) les entreprises pour lesquelles les flux de recettes connaissent des variations cycliques. Bien que les coûts d'observation associés à la complexité de la législation aient tendance à être perçus comme plus importants dans le cas d'une règle contre le dépouillement des gains, ces coûts ont probablement été exagérés. Bon nombre des mêmes problèmes, comme celui de l'identification de la dette entre personnes non liées qui peut être considérée comme une dette entre personnes liées déguisée (par exemple, la dette garantie et les prêts adossés), surviennent tout autant aux termes des dispositions relatives à la capitalisation restreinte qui limitent la portée de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées. Les coûts administratifs et les coûts d'observation, qui sont les attributs importants découlant de la complexité de la législation, sont les mêmes selon qu'il s'agit d'une méthode fondée sur des règles, comme celle qui caractérise les dispositions américaines contre le dépouillement des gains, ou d'une méthode fondée sur les normes, comme celle qui caractérise la pratique dans les autres pays⁸². Si l'utilisation d'un régime de protection déterminé fondé sur un ratio d'endettement est abandonnée, une approche contre le dépouillement des gains peut même permettre de gagner en simplicité pour quelques-unes des raisons indiquées dans ce texte.

En raison du fait que les dimensions précises des effets d'efficacité attribuables aux conséquences différentielles de la méthode de la capitalisation restreinte et des dispositions contre le dépouillement des gains sur différents types d'entreprises sont inconnues, on ne sait pas bien si cette dernière approche possède des propriétés suffisamment souhaitables pour abandonner la première approche sur laquelle sont présentement fondés les paragraphes 18(4) à 18(6)⁸³. Plus important encore, absolument rien ne permet de croire qu'une règle contre le dépouillement des gains permet d'atteindre un équilibre plus acceptable entre la nécessité de protéger l'imposition dans le pays de source des bénéfices propres à un lieu et la

82 Les gains en simplicité associés à une extension de la portée de la règle de la non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées sont mis en évidence dans les parties 6 et 8.B.1.

83 Voir, à cet égard, le rapport Mintz, supra note 4, p. 6.31 (où il est affirmé qu'une règle contre le dépouillement des gains n'est souhaitable que si la portée de la règle de non-déductibilité s'étend aux investisseurs nationaux exonérés d'impôts).

nécessité d'attirer un certain niveau d'investissements directs étrangers. Beaucoup de choses dépendront de la détermination d'un ratio de couverture des intérêts de la même manière que la détermination d'un ratio d'endettement est essentielle dans le cadre d'un régime relatif à la capitalisation restreinte. Le choix d'une méthode ou d'une autre pourrait bien dépendre de considérations historiques lorsque ce choix demeure axé sur l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert. Le fait que ce choix dépende de considérations historiques ne signifie pas que les responsables des politiques fiscales sont nécessairement prisonniers de ce qui constitue, en fait, l'option la moins souhaitable. Tel que discuté dans la prochaine partie, un choix de politique plus important est le choix d'étendre la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts — que ce soit sous la forme de dispositions sur la capitalisation restreinte ou contre le dépouillement des gains — aux dettes entre personnes non liées.

6. Option de réforme n° 3 : Étendre la portée des restrictions relatives à la déductibilité des frais d'intérêt aux intérêts sur les dettes entre personnes non liées

Étant donné la portée trop large d'une règle générale de non-déductibilité pour les dettes entre personnes liées, le problème structurel le plus important en ce qui a trait à la conception de restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans le contexte des investissements directs étrangers est probablement l'extension de leur portée aux dettes entre personnes non liées. Tel que reflété dans les pratiques des pays, ce problème se répercute autant sur les dispositions relatives à la capitalisation restreinte que sur celles contre le dépouillement des gains, en conséquence de quoi les nombreuses différences entre les deux méthodes décrites dans la partie 5 servent de fondement pour choisir entre l'une ou l'autre. L'extension de la portée des restrictions aux dettes entre personnes non liées peut prendre l'une des deux formes suivantes :

- l'application d'une règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées tout comme aux dettes entre personnes liées;
- l'inclusion des dettes entre personnes non liées aux fins du calcul du ratio d'endettement ou de couverture des intérêts prescrit, mais en limitant l'application de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées.

L'adoption de la première approche est une tendance relativement récente dans les pratiques des pays en tant que moyen global de protéger l'assiette fiscale d'un pays de source. La seconde approche trouve son expression dans les dispositions américaines contre le dépouillement des gains et a fait l'objet d'une recommandation dans un rapport de recherche sur les dispositions relatives à la capitalisation restreinte préparé pour le comité Mintz⁸⁴. Il est indiqué dans cette partie du rapport que le bien-fondé de l'extension de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées est assez différent du bien-fondé de son application aux dettes entre personnes liées⁸⁵. Une méthode qui tient compte des dettes entre personnes non liées dans le calcul du ratio d'endettement ou de couverture des intérêts prescrit mais qui limite la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées est en général cohérente avec l'objectif traditionnellement recherché par les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts applicables à l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert dans le contexte des investissements directs étrangers.

Il est remarquable que l'extension, dans certains pays de l'Union européenne (UE), de la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes non liées ait été motivée par le fait que la Cour européenne de justice ait défini les régimes de capitalisation restreinte limités aux dettes entre personnes liées dans le contexte des investissements directs

84 Williamson et Garland, supra note 2, p. 2. Voir aussi Edgar, supra note 2, pp. 39-40.

85 Voir, à cet égard, Christoph Kaserer, « Restricting Interest Deductions in Corporate Tax Systems: Its Impact on Investment Decisions and Capital Markets », *European Private Equity and Venture Capital Association Special Paper*, mars 2008, pp. 6-7 (l'auteur définit l'objectif des règles contre le dépouillement des gains qui s'appliquent de la même manière aux dettes entre personnes non liées comme étant l'endettement abusif des sociétés).

étrangers comme une violation du droit à la liberté d'établissement en vertu de la convention de la CE⁸⁶. Néanmoins, le contexte unique de l'UE ne doit pas éclipser la raison politique plus générale de cette extension comme réponse destinée à limiter la capacité d'un groupe de sociétés multinationales à répartir les frais d'intérêt sur les dettes entre personnes non liées entre les membres du groupe menant des affaires dans divers pays de source⁸⁷. Étant donné le degré de substituabilité du choix du lieu où contracter les dettes auprès de personnes non liées⁸⁸, la limitation des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes liées laisse une grande place à la réduction de l'imposition dans le pays de source. Tel que signalé précédemment dans la partie 2, l'utilisation croissante des structures de financement utilisant des pays tiers ou d'autres structures a permis le report ou l'élimination de l'impôt des pays de résidence sur le revenu rapatrié sous forme d'intérêts sur les dettes de personnes liées. En même temps, l'impôt du pays de source peut être éliminé en grande partie en combinant l'utilisation de dettes entre personnes liées déductibles aux fins de l'impôt dans des limites prescrites par la loi et l'absence de contraintes sur la répartition des dettes de personnes non liées. Visiblement, les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts qui sont limitées aux dettes entre personnes liées permettent que les dettes entre personnes non liées d'un groupe multinational soient attribuées sans limite à un pays de source où elles sont déductibles d'impôt. Dans les limites des contraintes posées par les restrictions relatives à la déductibilité applicables, les dettes entre personnes liées peuvent être utilisées comme autre forme de transaction pour répartir les dettes entre personnes non liées d'un groupe à un pays de source⁸⁹. Ces régimes permettent également, ce qui est peut-être un peu moins visible, que les dettes entre personnes liées soient utilisées, dans les limites des contraintes applicables, pour convertir les capitaux propres obtenus de personnes non liées par un groupe multinational en dettes déductibles d'impôt.

L'application des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes non liées dans le contexte des investissements directs étrangers est toutefois difficile à justifier en tant qu'expression du principe de pleine concurrence lors de la mise en œuvre d'une

86 Le démantèlement des régimes de capitalisation restreinte dans les pays de l'UE a commencé avec la décision dans l'affaire *Lankhorst-Horhorst*, (C-324/00) [2002] ECR I-11779 (l'ancienne législation allemande y a été trouvée être en violation du droit à la liberté d'établissement). La jurisprudence ultérieure a permis d'éclaircir la relation entre le droit aux mouvements libres des capitaux conféré par la convention de la CE et la liberté d'établissement impliquée par les règles sur la capitalisation restreinte applicables aux dettes entre personnes liées détenues par des non-résidents. Voir *Lasertec* (C-492/04) (parce qu'elles s'appliquaient aux investissements majoritaires ou aux investissements directs, les anciennes lois allemandes sur la capitalisation restreinte impliquaient un droit à la liberté d'établissement qui n'est accessible qu'aux nationaux de l'UE. Toute conséquence sur le droit aux mouvements libres des capitaux, qui est tout aussi accessible à ceux qui ne sont pas des nationaux de l'UE, a été caractérisée comme fortuite.). Voir aussi *Thin Cap GLO* (C-524/04) (les dispositions du Royaume-Uni relatives à la capitalisation restreinte impliquaient essentiellement le droit à la liberté d'établissement); et *Commission v. Netherlands (Golden Share)* (C-282/04 et C-283/04) (les règles spéciales sur les actions des Pays-Bas impliquaient essentiellement le droit aux mouvements libres des capitaux et avaient des conséquences secondaires sur le droit à la liberté d'établissement).

87 Voir, à cet égard, Kaserer, supra note 85, p. 5 (l'auteur affirme que l'adoption de règles contre le dépouillement des gains applicables autant aux dettes entre personnes non liées qu'aux dettes entre personnes liées a été motivée par des préoccupations quant au transfert de revenu par des groupes multinationaux et aux ratios d'endettement élevés qui découlent de l'acquisition de sociétés au moyen de fonds d'actions privés). Plutôt que d'adopter des restrictions globales à la déductibilité des intérêts, le Portugal et l'Espagne ont réagi à la jurisprudence de la Cour européenne de justice en excluant les sociétés résidentes de l'UE de l'application de leur régime de capitalisation restreinte.

88 Quelques-unes des études empiriques pertinentes sont citées dans les notes 24 et 25 ci-haut.

89 En Annexe 2 se trouve un exemple simple détaillé illustrant les différences de résultats entre une restriction aux termes de laquelle la règle de non-déductibilité s'applique de la même manière aux dettes entre personnes liées et aux dettes entre personnes non liées et une autre restriction aux termes de laquelle les dettes entre personnes non liées sont prises en compte dans le calcul d'un ratio prescrit, mais aux termes de laquelle l'application de la règle de non-déductibilité se limite aux dettes entre personnes liées.

réponse de type prix de transfert. Des restrictions globales, applicables autant aux dettes entre personnes non liées qu'aux dettes entre personnes liées, ont une justification plus défendable en tant que règle de répartition ou, plus précisément, en tant que limite extérieure sur la répartition des frais d'intérêt entre pays de source qui résulterait autrement de l'acceptation de l'intégrité en droit privé des transactions d'emprunt internes et externes d'un groupe multinational comme facteur déterminant. La fonction principale des régimes de capitalisation restreinte ou contre le dépouillement des gains est modifiée considérablement selon cette justification différente. Au lieu de servir de réponse de type prix de transfert à l'utilisation des dettes entre personnes liées, un régime législatif qui applique une règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées dans le contexte des investissements directs étrangers sert de complément à la répartition des frais d'intérêt sur de telles dettes par un groupe multinational. Aux termes de ce genre de restrictions élargies relatives à la déductibilité, l'application des règles sur la capitalisation restreinte ou contre le dépouillement des gains aux dettes entre personnes liées assume ses fonctions secondaires très différentes, à savoir :

- elle permet d'identifier la conversion motivée par des considérations fiscales des capitaux propres du groupe obtenus de personnes non liées en dettes entre personnes liées;
- elle limite la répartition des dettes entre personnes non liées du groupe conséquente à l'utilisation de dettes entre personnes liées⁹⁰.

En tant que limitation à la répartition des intérêts, l'application des restrictions relatives à la déductibilité des frais d'intérêt aux dettes de personnes non liées prend en compte le fait que les règles de répartition souffrent généralement d'un arbitraire normatif inévitable; les intérêts, à cet égard, ne sont pas différents des recettes et des dépenses plus généralement. En répartissant les recettes et les dépenses entre les pays de résidence et de source, les règles de répartition opérationnalisent la division acceptée du pouvoir de prélever un impôt. Idéalement, il devrait y avoir une certaine correspondance entre la justification de la revendication du pouvoir de prélever un impôt et les détails des règles de répartition qui opérationnalisent cette justification. Mais comme certains commentateurs l'ont souligné⁹¹, la notion d'une source géographique des recettes et des dépenses ne possède pas de contenu économique bien défini. Cette caractéristique est commune à toutes les tentatives de répartition du revenu net sous forme d'assiette de l'impôt entre les pays étant donné que, comme Ault et Bradford le font remarquer⁹², rien ne prouve que la source géographique d'un revenu soit un concept cohérent. Ce manque de cohérence peut être attribué au fait qu'il n'y a aucun lien évident ni aucune corrélation étroite entre la raison de politique pour répartir les revenus nets entre les pays et les détails des règles, y compris des règles de répartition, qui permettent la mise en œuvre de la répartition nécessaire⁹³. En d'autres mots, les facteurs sur lesquels les règles de répartition

90 Le choix de l'une de ces fonctions secondaires s'effectue en fait par la détermination d'un ratio d'endettement ou de couverture des intérêts prescrit. La conception de cette caractéristique des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts est discutée dans la partie 7.

91 Voir, par exemple, Stephen E. Shay, J. Clifton Fleming Jr. et Robert J. Peroni, « What's Source Got to Do With It? Source Rules and U.S. International Taxation », *Tax Law Review*, vol. 56, n° 1 (2002), pp. 81-155, et Hugh J. Ault et David P. Bradford, « Taxing International Income: An Analysis of the U.S. System and Its Economic Premises », dans Assaf Razin et Joel Slemrod, éd., *Taxation in the Global Economy* (Chicago : University of Chicago Press, 1990), pp. 11-46.

92 Ault et Bradford, supra note 91, p. 12.

93 Shay et coll., supra note 91, pp. 137-139.

sont fondées sont des indicateurs approximatifs de la fourniture de biens et services publics et, à ce titre, ils ne parviennent au mieux qu'à établir une vague corrélation entre la répartition de l'assiette fiscale et le montant des profits réalisés par un contribuable ayant une présence dans un pays donné.

À titre de proposition générale, la répartition des recettes et des dépenses d'un groupe multinational est le résultat d'une combinaison entre le concept du pays de résidence de la société et l'acceptation de l'intégrité en droit privé des transactions auxquelles participent les membres du groupe⁹⁴. Aux termes de cette approche axée sur les entités distinctes et les transactions, les recettes et les dépenses sont réparties aux territoires prélevant des impôts en fonction des transactions conclues entre un membre du groupe et des parties indépendantes ou d'autres membres du groupe. La répartition des recettes et des dépenses (et la répartition des profits qui découle de cette acceptation de l'intégrité des transactions en droit privé) est subordonnée à l'application du principe de pleine concurrence, dont l'origine remonte à la convention modèle de 1935 de la Société des Nations sur la répartition des revenus et au rapport Carroll commandé par le Comité des affaires fiscales de la Société des Nations⁹⁵. En conséquence, l'acceptation de l'intégrité des transactions en droit privé auxquelles prend part le membre d'un groupe de sociétés résidant dans un territoire donné détermine en premier lieu la répartition des recettes et des dépenses. La répartition des revenus découlant de cette acceptation peut toutefois être modifiée en changeant le prix associé aux transactions entre personnes liées pour qu'il soit conforme au principe de pleine concurrence.

La source des frais d'intérêt est couramment établie en retraçant physiquement l'utilisation des fonds empruntés par un contribuable (c'est-à-dire, en identifiant les documents écrits qui indiquent son utilisation particulière). Lorsque les fonds empruntés ont été utilisés pour gagner des revenus de source nationale, les frais d'intérêt associés sont caractérisés comme ayant leur source au pays et, en principe, doivent être déductibles de ces revenus. Lorsque les fonds empruntés ont été utilisés pour gagner des revenus de source étrangère, les frais d'intérêt sont caractérisés étant de source étrangère et, en principe, doivent être déductibles de ces revenus qui, s'ils sont exonérés, peuvent ou non supporter une déduction. Le fondement conceptuel de cet forme d'appariement en tant que règle de répartition n'est rien de plus qu'une extension au contexte transfrontalier de l'idée attrayante et intuitive dans un contexte purement national que l'objectif de l'utilisation des fonds empruntés doit être déterminé pour classer les frais d'intérêt comme déductibles (lorsque l'objectif est de gagner un revenu) ou non déductibles (objectif personnel). L'intuition sous-jacente à cet appariement des frais d'intérêt est que ces derniers ont une grande ressemblance avec tout autre paiement effectué pour l'usage d'un bien⁹⁶. Par analogie avec ces autres paiements de location dont la déductibilité est déterminée en examinant l'utilisation du bien en question, la déductibilité des frais d'intérêt est déterminée en examinant l'utilisation des fonds empruntés en question.

94 Richard J. Vann, « Reflections on Business Profits and the Arm's-Length Principle » dans Brian J. Arnold, Jacques Sasseville et Eric M. Zolt, éd., *The Taxation of Business Profits Under Tax Treaties* (Toronto : Canadian Tax Foundation, 2003), pp. 133-169.

95 Mitchell B. Carroll, *Méthodes de ventilation des revenus imposables*, vol. 4 de Société des Nations, *L'imposition des entreprises étrangères et nationales, étude sur la législation fiscale et les méthodes de ventilation des bénéfices des entreprises travaillant dans plusieurs pays*, document de la Société des Nations n° C.425(b).M2176(b).1933.II.A. (Genève : Société des Nations, 1933).

96 Voir, par exemple, Michael J. McIntyre, « An Inquiry into the Special Status of Interest Payments », *Duke Law Journal*, n° 5 (1981), pp. 765-810.

Dans le contexte des investissements directs étrangers, l'appariement en tant que règle de répartition a tendance à donner des résultats équivalents à une déduction des frais d'intérêt sans restrictions, puisque la quasi-totalité des revenus d'une société sous contrôle étranger proviendront généralement du pays importateur de capitaux. Comme solution de rechange à cet appariement, la source des frais d'intérêt peut être déterminée à partir d'une formule de répartition en fonction de facteurs comme la valeur de l'actif ou le revenu brut. Dans un sens général, la répartition au moyen d'une formule alloue les frais d'intérêt aux revenus de source nationale ou étrangère et, par conséquent, établit la source des dépenses en ayant recours aux règles de répartition qui sont utilisées pour l'actif ou le revenu brut. Dans la mesure où ces règles de répartition sont considérées comme ancrées dans un lien économique adéquat avec un pays, la répartition au moyen d'une formule a tendance à être caractérisée de la même manière positive. En fait, l'intuition sous-jacente à une classification favorable de la répartition au moyen d'une formule comme règle de répartition des frais d'intérêt est la perception selon laquelle cette répartition est moins vulnérable à la manipulation par les contribuables, essentiellement parce qu'elle ignore les transactions d'emprunt et de prêt des groupes de sociétés multinationaux. Cette intuition est bien connue et elle est évidente plus généralement dans la documentation sur le recours à une formule de répartition comme méthode pour répartir l'assiette fiscale sur le revenu associée aux transactions transfrontalières habituellement entre les pays. Dans ce contexte plus général de la répartition de l'assiette fiscale, cette approche est considérée comme préférable à l'approche de répartition axée sur les entités distinctes et les transactions, qui est considérée comme vulnérable à la manipulation par les contribuables parce qu'elle accepte l'intégrité en droit privé des transactions entre personnes liées, même lorsque subordonnée au principe de pleine concurrence.

En vérité, dans le contexte des investissements directs étrangers, il est assez évident que seule une certaine forme de répartition au moyen d'une formule peut servir à répartir efficacement à l'étranger une partie des frais d'intérêt sur les dettes entre personnes non liées d'une société sous contrôle étranger. Mais ce résultat ne peut être obtenu que si les actifs ou le revenu brut du groupe mondial sont utilisés aux fins de la répartition, étant donné, encore une fois, que la quasi-totalité des actifs et des recettes d'une société résidente sous contrôle étranger proviendront du pays importateur de capitaux. La nécessité de tenir compte des actifs ou des revenus bruts du groupe mondial entraîne une complexité sur le plan administratif et sur le plan de l'observation de la loi, qui est par ailleurs associée au rejet de l'intégrité en droit privé des transactions aux termes de la répartition au moyen d'une formule. Plus important encore, elle exigerait la transmission au fisc du pays de source de renseignements qui ne sont pas accessibles autrement, ce qui entraînerait des coûts. De plus, le rejet de la répartition au moyen d'une formule comme règle de répartition des frais d'intérêt signifie que son utilisation par un pays (ou un ensemble relativement restreint de pays) pourrait entraîner la double comptabilisation des frais d'intérêt à des fins de déductibilité ou leur non-déductibilité dans les pays de résidence et dans les pays de source, ce qui aurait une incidence indésirable sur les recettes et l'efficacité.

Comme solution de rechange à une application sans réserve de la répartition au moyen d'une formule à titre de règle de répartition, les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts employant soit une méthode de la capitalisation restreinte soit une règle contre le dépouillement des gains peuvent combiner la robustesse d'une répartition au moyen d'une formule comme rempart contre l'érosion des recettes avec les gains en simplicité autrement

associés à un respect de l'intégrité des transactions en droit privé et l'appariement comme facteur déterminant de la source des frais d'intérêt aux fins de la déductibilité. En effet, les deux types de restrictions peuvent être employés pour imposer une limite extérieure à la répartition des frais d'intérêt, soit indirectement par l'utilisation de la dette entre personnes liées ou directement par les choix d'où contracter une dette auprès de personnes non liées, sans entraîner toute la complexité sur le plan administratif et sur le plan de l'observation de la loi associée à l'application sans réserve d'une répartition au moyen d'une formule⁹⁷. Ce résultat peut être obtenu, par exemple, en utilisant le ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational comme indicateur de la structure financière d'une société résidente sous contrôle étranger qui est conforme au principe de pleine concurrence. Mais plutôt que de répartir les frais d'intérêt expressément en fonction de la composition relative d'actifs étrangers et d'actifs nationaux du groupe mondial, l'utilisation du ratio d'endettement du groupe comme facteur déterminant de la structure financière conforme au principe de pleine concurrence part du principe selon lequel la dette des membres nationaux supérieure à ce ratio a été ainsi répartie pour des raisons fiscales; dans les faits cette dette est réaffectée aux actifs étrangers en refusant la déduction des frais d'intérêt associés à cette dernière. Comme indicateur approximatif d'une structure financière conforme au principe de pleine concurrence, la caractéristique additionnelle d'un ratio d'endettement servant de régime de protection est de fournir des gains en simplicité pour un vaste ensemble de groupes de sociétés. Bref, l'intégrité en droit privé des transactions est respectée en ce qui concerne la répartition, dans la mesure du plus grand des deux éléments suivants : (i) le régime de protection prescrit ou (ii) le ratio d'endettement du groupe mondial concerné⁹⁸.

Cette méthode se reflète, d'une façon générale, dans les règles sur la capitalisation restreinte de la Nouvelle-Zélande, qui fût le premier pays à étendre la portée de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées d'une société résidente sous contrôle étranger. En termes de principes directeurs généraux, l'Australie suit l'exemple de la Nouvelle-Zélande en ce qui concerne les règles sur la capitalisation restreinte dans le contexte des investissements directs étrangers⁹⁹. À peu près la même extension des règles contre le dépouillement des gains aux dettes entre personnes non liées apparaît dans les lois allemandes et italiennes adoptées récemment. Avant l'adoption de ces règles, l'Allemagne et l'Italie avaient tous deux un régime

97 Tout effet négatif sur le coût du capital peut être atténué en limitant l'application d'une règle de non-déductibilité au choix du lieu où contracter les dettes de personnes non liées dans le contexte des investissements directs en provenance de l'étranger et en employant comme régime de protection le ratio d'endettement consolidé du groupe. Voir Kaserer, supra note 85, p. 21 (l'auteur reconnaît que les grandes sociétés multinationales peuvent atténuer l'effet des règles globales contre le dépouillement des gains en modifiant la localisation des dettes et des capitaux propres obtenus de personnes non liées).

98 Le bien-fondé de l'établissement du niveau d'endettement permis en fonction du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational est expliqué plus en détail dans la partie 7.

99 La Nouvelle-Zélande a récemment proposé de suivre l'exemple de l'Australie en ce qui a trait à l'application des dispositions sur la capitalisation restreinte dans le contexte des investissements directs à l'étranger. Voir Nouvelle-Zélande, *New Zealand's International Tax Review: Developing an Active Income Exemption for Controlled Foreign Companies* (Wellington : Inland Revenue, Policy Advice Division et Treasury Department, octobre 2007), pp. 57-68; Nouvelle-Zélande, *New Zealand's International Tax Review: A Direction for Change* (Wellington : Inland Revenue, Policy Advice Division, décembre 2006), pp. 39-51. Les propositions ont été incorporées à un ensemble de lois qui introduit également un régime d'exonération pour les bénéfices d'une entreprise active. Nouvelle-Zélande, Minister of Finance and Revenue, *Press Release: Tax Reform to Help New Zealand Companies Compete Overseas* (Wellington : The Treasury, juillet 2008). Dans le cadre d'un passage semblable à un régime d'exonération, le Royaume-Uni a aussi proposé d'employer le ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial comme référence pour limiter la répartition des intérêts à l'intérieur du pays dans le contexte des investissements directs à l'étranger. Voir Royaume-Uni, *Taxation of the Foreign Profits of Companies: A Discussion Document* (Londres : HM Treasury et HM Revenue and Customs, juin 2007), pp. 25-26.

typique sur la capitalisation restreinte limitée aux dettes entre personnes liées¹⁰⁰. En vertu de la nouvelle législation contre le dépouillement des gains, une société résidente allemande ou une société résidente italienne ne peut déduire des frais d'intérêt supérieurs à 30 pour cent des « gains rajustés » (c'est-à-dire du BAIIDA). Aux fins de la déductibilité, le montant de l'excédent n'est pas limité aux intérêts sur les dettes entre personnes liées. Les deux régimes législatifs prévoient un report indéfini sur les exercices ultérieurs des frais d'intérêt non déductibles, tandis que les dispositions allemandes prévoient un régime de protection pour les sociétés dont le ratio d'endettement est égal ou moindre au ratio consolidé du groupe mondial¹⁰¹. Bien que cette méthode globale contre le dépouillement des gains, tel que signalé précédemment, ait apparemment été considérée comme une réponse à la jurisprudence de la Cour européenne de justice en ce qui concerne la conformité des dispositions sur la capitalisation restreinte avec le droit à la liberté d'établissement en vertu de la convention de la CE, une extension aux dettes entre personnes non liées n'est pas nécessairement requise pour atteindre ce but particulier. Par exemple, les responsables des politiques de la France et du Royaume-Uni ont plutôt choisi d'étendre les restrictions relatives à la déductibilité dans un régime sur la capitalisation restreinte aux contribuables résidents liés à des sociétés emprunteuses résidentes. Les responsables des politiques fiscales de l'Allemagne et de l'Italie ont, semble-t-il, profité de l'occasion pour examiner de nouveau leurs restrictions relatives à la déductibilité des intérêts devant des études de plus en plus nombreuses indiquant une substituabilité au chapitre du lieu où les groupes multinationaux contractent des dettes auprès de personnes non liées¹⁰². Mais comme en témoignent les régimes de capitalisation restreinte de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, l'adoption d'une règle contre le dépouillement des gains n'est pas nécessaire pour parvenir à imposer une limite extérieure à la répartition des dettes entre personnes non liées. Il semblerait qu'une méthode de la capitalisation restreinte ait été choisie par les responsables des politiques fiscales de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande après avoir examiné bon nombre des facteurs qui ont été étudiés dans la partie 5.B.

Comme solution de rechange à une restriction globale à la déductibilité applicable autant aux dettes entre personnes liées qu'aux dettes entre personnes non liées, on peut tenir compte des dettes entre personnes non liées en appliquant le principe de pleine concurrence, mais sans les soumettre à une limitation de la déductibilité. Cette méthode est utilisée, par exemple, dans le cadre de la législation américaine contre le dépouillement des gains où le ratio d'endettement de 1,5:1 servant de régime de protection et le terme « intérêts excédentaires » sont appliqués respectivement à toutes les dettes impayées et à tous les frais d'intérêt. La restriction relative à la déductibilité des frais d'intérêt s'applique, mais seulement dans la mesure où les intérêts excédentaires comprennent les frais exigibles par une personne liée. Il en résulte une règle régissant l'ordre d'application par laquelle on considère que les dettes entre personnes non liées remplissent d'abord la capacité d'emprunt d'une société résidente sous contrôle étranger.

100 Le Danemark a aussi étoffé ses dispositions sur la capitalisation restreinte qui s'appliquent aux dettes entre personnes liées par l'ajout de limites contre le dépouillement des gains applicable aux intérêts sur toutes les dettes. Aux termes de deux critères supplémentaires, les intérêts d'une société danoise sont déductibles dans la mesure où ils ne dépassent pas les deux valeurs suivantes : (i) 6,5 pour cent de la valeur fiscale des « actifs admissibles »; et (ii) 80 pour cent du BAIIDA. Une exonération de minimis est prévue, d'un montant égal à 2,7 millions d'euros en intérêts nets. La valeur fiscale des actifs admissibles ne comprend que 20 pour cent du coût d'acquisition de filiales étrangères reconnu dans le calcul de l'impôt.

101 Une exonération de minimis est prévue pour une société résidente allemande qui n'est pas membre d'un groupe et qui engage des frais d'intérêt d'au plus un million d'euros par an.

102 L'extension aux dettes entre personnes non liées s'applique de la même manière dans le contexte des investissements directs à l'étranger, conformément aux règles sur la capitalisation restreinte de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande.

Les dettes auprès de personnes liées peuvent être utilisées pour combler le reste de cette capacité, permettant ainsi aux dettes entre personnes non liées du groupe multinational d'être attribuées à une filiale au moyen des dettes entre personnes liées. En général, les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts qui tiennent compte de l'ensemble des dettes d'une société résidente, mais sans s'appliquer aux dettes entre personnes non liées, peuvent être appuyées, car elles se rapprochent de la réalité économique d'une structure financière qui comprend les dettes détenues par un actionnaire majoritaire¹⁰³. Plus particulièrement, les dettes détenues par un actionnaire sont souvent subordonnées à l'ensemble des autres dettes et, par conséquent, se trouvent quelque part entre les dettes et les actions ordinaires en ce qui concerne le profil en matière de risques et de rendement. Dans l'hypothèse selon laquelle une société particulière a une capacité d'emprunt maximale, une partie de la dette détenue par un actionnaire peut servir de capitaux propres dans la mesure où elle est subordonnée à toutes les autres dettes et où elle dépasse le montant de la capacité maximale moins les dettes détenues par des personnes autres que des actionnaires. L'hypothèse relative à l'ordre d'application implicite dans les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts qui tiennent compte des dettes impayées à des personnes autres que des actionnaires importants semble concorder grosso modo avec cette réalité économique.

Le fait de tenir compte des dettes entre personnes non liées dans le calcul du ratio d'endettement prescrit, mais d'exclure les frais d'intérêt sur ces dettes de la règle de non-déductibilité ne résout évidemment pas la question de la répartition motivée par des considérations fiscales des dettes entre personnes non liées à un pays de source. Les dispositions sur la capitalisation restreinte qui suivent cette approche demeurent, par conséquent, axées sur l'utilisation des dettes entre personnes liées comme technique de prix de transfert, et un ratio d'endettement déterminé est utilisé pour identifier les cas de substitution motivée par des considérations fiscales de ces dettes par des capitaux propres obtenus de personnes liées. À cet égard, le statut de la dette entre personnes non liées d'une société sous contrôle étranger qui est garantie par une personne liée ou qui est accordée de façon « adossée » demeure un problème puisque la non-déductibilité se limite aux intérêts sur les dettes entre personnes liées. Bref, il faut déterminer si une portion des dettes adossées et garanties doit être traitée comme l'équivalent d'une dette entre personnes liées et, par conséquent, être assujettie à la règle de non-déductibilité. Tel que signalé précédemment dans la partie 4, le statut de la dette garantie s'est avéré être particulièrement litigieux dans le cadre de la seule tentative antérieure de réformer considérablement les dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte. Une caractéristique souhaitable des règles sur la capitalisation restreinte ou contre le dépouillement des gains en vertu desquelles le statut de non-déductibilité s'applique autant aux dettes entre personnes liées qu'aux dettes entre personnes non liées est l'élimination de la nécessité de déterminer le statut de la dette adossée et garantie en tant que l'une ou l'autre de ces dernières. On peut s'attendre à ce que les groupes multinationaux répartissent les dettes entre personnes non liées, soit par des emprunts directs par des membres du groupe ou par des transactions de réaffectation des prêts entre les membres du groupe, afin de s'assurer de la conformité avec le ratio d'endettement prescrit.

103 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 2. Voir aussi Edgar, supra note 2, pp. 39-40.

L'inclusion de toutes les dettes d'une société sous contrôle étranger dans le calcul du ratio d'endettement aurait à peu près les mêmes effets qu'une baisse du ratio et l'inclusion des dettes impayées aux non-résidents déterminés seulement. Les deux types de modifications rendraient l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte plus restrictive. Bien que les arguments puissent être quelque peu exagérés, il est permis de croire qu'une application plus restrictive de ces dispositions réalisée au moyen de la diminution du ratio de quelque manière que ce soit mènerait à une perte, à la marge, de certains investissements directs étrangers. Une position de compromis serait de tenir compte de toutes les dettes dues par une société sous contrôle étranger à n'importe quel non-résident et de continuer à refuser la déduction des intérêts seulement en ce qui concerne les intérêts dus à des non-résidents liés dont la valeur est supérieure au ratio. Le caractère défendable, en théorie, de ce type de position de compromis est néanmoins incertain. Il semblerait qu'il n'y ait aucune raison évidente de faire la distinction entre la dette entre personnes non liées due à des non-résidents et la dette entre personnes non liées due à des résidents dans le calcul du ratio d'endettement. Le fait que les revenus d'intérêts puissent ou non être entièrement imposables n'a aucune pertinence apparente en ce qui a trait au calcul du ratio. Au mieux, ce genre de compromis ferait en sorte que le calcul se rapprocherait davantage de la position théoriquement correcte sans peut-être avoir de conséquences négatives sur le niveau d'investissements directs étrangers.

7. Préciser le niveau d'endettement permis

Dans la partie 2, il a été souligné que, en vertu des règles sur la capitalisation restreinte, le ratio d'endettement prescrit sert d'expression à un facteur unique du principe de pleine concurrence appliquée aux dettes entre personnes liées employées comme technique de prix de transfert. Lorsque la portée de ces lois s'étend aux dettes entre personnes non liées, il est indiqué dans la partie 6 qu'un ratio d'endettement déterminé assume la fonction très différente de fournir une limite maximale à la répartition des frais d'intérêt à des fins de déductibilité. En fait, l'extension d'un régime de capitalisation restreinte aux dettes entre personnes non liées et l'application de la règle de non-déductibilité autant à ces dettes qu'aux dettes entre personnes liées modifie la nature fondamentale d'un tel régime dans le contexte des investissements directs étrangers. Au lieu de servir à identifier les cas d'utilisation des dettes entre personnes liées en tant que technique de prix de transfert, les règles limitent la répartition des dettes entre personnes non liées, qu'elle soit effectuée de façon directe par l'entremise d'emprunts par un membre du groupe résidant dans un pays donné ou indirecte par la réaffectation de prêts obtenus par le groupe de personnes non liées. Dans le cas d'une règle contre le dépouillement des gains, les mêmes fonctions sont assumées par le ratio de couverture des intérêts prescrit, quoiqu'un ratio d'endettement relativement strict puisse aussi être utilisé comme régime de protection. Dans leur façon de déterminer ces ratios, les régimes de capitalisation restreinte (ainsi que les régimes contre le dépouillement des gains dont les ratios servent de régime de protection) sont loin d'être constants. Cette inconstance peut être attribuable, en partie du moins, à une absence d'opinion claire quant au rôle joué par l'établissement de ces ratios.

Il semblerait qu'il y ait trois méthodes, défendables en théorie, d'établissement d'un ratio d'endettement¹⁰⁴. L'une de ces méthodes consiste à utiliser le ratio d'un groupe multinational calculé sur une base consolidée (c'est-à-dire, en ignorant les dettes entre personnes liées et les capitaux propres des personnes liées) comme ratio applicable à tous les membres du groupe. Cette méthode est fondée sur l'hypothèse selon laquelle la part appropriée de la dette entre personnes non liées d'un groupe multinational imputée à un membre particulier représente la proportion relative entre les dettes entre personnes non liées et les capitaux propres obtenus de personnes non liées du groupe en entier. Une autre méthode consiste à utiliser le ratio moyen ou médian pour toutes les sociétés résidentes à titre de facteur représentant la structure financière conforme au principe de pleine concurrence. Une norme fondée sur les ratios de l'ensemble des sociétés résidentes est plutôt générale; une norme fondée sur des ratios propres à chaque industrie tente de tenir compte des circonstances uniques à un secteur pertinent à différentes sociétés. La troisième méthode est fondée sur le principe selon lequel un ratio d'endettement est sans conteste un outil imprécis pour identifier les cas de répartition de la dette motivée par des considérations fiscales, et le niveau auquel les responsables des politiques fiscales fixent le ratio est le résultat de la résolution de la question de savoir à quel

104 Le ratio pourrait être fixé de façon totalement arbitraire, mais le fondement théorique justifiant cette façon de faire n'est pas clair. Une quatrième méthode consisterait à fixer le ratio à un niveau qui calibre précisément et qui compense les gains en recettes découlant d'une augmentation des taux effectifs d'imposition contre la perte de revenu national attribuable à la migration d'investissements directs étrangers influencés par des considérations fiscales. Quoique défendable sur le plan théorique, cette méthode n'est pas réalisable en l'absence de données empiriques suffisantes, en particulier en ce qui a trait au degré d'influence de l'impôt sur un éventail complet d'investissements directs étrangers. De plus, les techniques de modélisation existantes ne sont pas suffisamment nuancées dans le sens où elles ne tiennent habituellement pas compte de la gamme complète de techniques de planification fiscale ayant une incidence sur les taux effectifs d'imposition.

point ils veulent que les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts soient rigoureuses comparativement aux autres pays¹⁰⁵. Un ratio correspondant à la norme la plus indulgente tente d'empêcher un pays d'être l'endroit le moins souhaitable où un groupe multinational pourrait transférer ses frais d'intérêt, mais laisse ce pays vulnérable en comparaison à d'autres pays. Un ratio correspondant à la norme la plus restrictive tente de faire d'un pays l'endroit le moins souhaitable où transférer des frais d'intérêt, mais il peut avoir une influence sur le choix du lieu où des investissements seront effectués.

Lorsqu'un régime de capitalisation restreinte s'applique à toutes les dettes d'une société sous contrôle étranger, ces méthodes ne s'excluent pas nécessairement les unes des autres et, en fait, elles peuvent être combinées afin d'essayer de retenir les propriétés positives de chacune d'entre elles tout en réduisant au minimum leurs propriétés négatives. Une méthode combinée commence par la proposition selon laquelle la capitalisation globale d'un groupe mondial, sans tenir compte des transactions entre personnes liées, est un meilleur montant de référence¹⁰⁶. L'utilisation de cet outil d'identification se justifie par le fait que le ratio d'endettement consolidé du groupe reflète le niveau de risque acceptable pour les actionnaires, qui déterminent le niveau d'endettement acceptable au moyen du processus d'établissement du cours des actions. L'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational comme montant de référence pour le ratio d'endettement de chaque membre du groupe permet de répartir la dette entre personnes non liées du groupe dans divers pays de source, soit directement par des emprunts contractés par des filiales auprès de prêteurs non liés, soit indirectement par la réaffectation entre personnes liées des mêmes emprunts. Toute répartition supérieure au ratio consolidé du groupe est considérée comme une conversion de capitaux propres obtenus de personnes non liées en dette de personnes liées, qui est caractérisée de fait comme étant exclusivement motivée par des considérations fiscales et est, par conséquent, la cible de la règle de non-déductibilité.

L'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial comme seule expression du principe de pleine concurrence est toutefois équivalente à la répartition de l'actif et souffre des mêmes problèmes que ceux qui ont été signalés dans la partie 6. Plus important peut-être, elle entraîne des coûts administratifs et des coûts d'observation associés au besoin d'obtenir les renseignements nécessaires pour calculer le ratio consolidé du groupe¹⁰⁷. Ces propriétés négatives peuvent par contre être gérées par l'établissement d'un ratio servant de

105 L'Australie et la Nouvelle-Zélande offrent un exemple apparent d'une approche selon laquelle le niveau d'endettement permis est établi en fonction de celui d'autres pays ayant des attributs non fiscaux semblables et qui pourraient rivaliser pour certains des mêmes investissements directs en provenance de l'étranger. L'Australie a introduit des règles sur la capitalisation restreinte pour la première fois en 1987 et elles ne s'appliquaient qu'aux dettes entre personnes liées. La Nouvelle-Zélande a suivi son exemple en 1995 en adoptant des lois sur la capitalisation restreinte applicables aux dettes entre personnes non liées et aux dettes entre personnes liées. Cependant, le niveau d'endettement permis dans les règles de la Nouvelle-Zélande a été fixé à 75 pour cent des actifs nationaux, soit le même niveau que dans les règles australiennes. Lorsque l'Australie a réduit par la suite, en 1997, le niveau d'endettement permis à 66,6 pour cent, la Nouvelle-Zélande a proposé de faire de même. Voir Nouvelle-Zélande, *Interest Deductions for Companies: A Government Discussion Document* (Wellington : Inland Revenue, Policy Advice Division, septembre 1999), pp. 24-26. Mais avant que la proposition ne soit mise en œuvre, l'Australie a introduit ses règles actuelles en 2001, applicables à toutes les dettes d'une société sous contrôle étranger, et est revenue à un ratio dette-sur-actif de 75 pour cent. Avant ce changement, la Nouvelle-Zélande a abandonné sa proposition de passer à un ratio dette-sur-actif de 66,6 pour cent.

106 Mais voir, à cet égard, le rapport Mintz, supra note 4, p. 6.33 (où le comité conclut que les modifications techniques apportées aux définitions de la dette et des capitaux propres, y compris en ce qui concerne l'utilisation d'un ratio d'endettement global, sont de peu d'intérêt).

107 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 30 (les auteurs qualifient l'utilisation du ratio consolidé du groupe mondial d'« équitable », mais de complexe et difficile à appliquer).

régime de protection correspondant soit à la pratique dominante dans les autres pays, soit à un ratio médian ou moyen, général ou sectoriel. Ce type de méthode ressort des règles sur la capitalisation restreinte de la Nouvelle-Zélande, dans lesquelles est établi un ratio dette-sur-actif de 75 pour cent issu d'une tentative apparente de fournir un certain relâchement dans l'application qui soit conforme aux pratiques d'établissement des prix de transfert en général. Les sociétés résidentes sous contrôle étranger dont le ratio dépasse 75 pour cent peuvent justifier leur propre ratio si ce dernier est inférieur ou égal au ratio consolidé du groupe mondial auquel elles appartiennent. Par contre, les règles de la Nouvelle-Zélande prévoient également une majoration de 10 pour cent afin de tenir compte de toute circonstance unique justifiant une répartition des frais d'intérêt versés à des personnes non liées par le groupe dans une proportion plus grande que la répartition qui aurait lieu si le ratio d'endettement consolidé avait été mis en application. Par exemple, l'ampleur des opérations de la société sous contrôle étranger mesurée en fonction du revenu brut ou du salaire brut peut indiquer qu'une répartition différente serait appropriée, ou la société peut être engagée dans une ligne d'entreprise qui a traditionnellement un niveau d'endettement plus élevé que les autres lignes d'entreprise du groupe. Bien que les règles de la Nouvelle-Zélande ne soient pas si limitées, on peut soutenir que l'hypothèse empirique justifiant la disposition de majoration semble indiquer que cette dernière ne devrait être disponible que dans la mesure où la capacité d'emprunt d'une société sous contrôle étranger particulière sera comblée par des dettes émises directement à des prêteurs non liés. Essentiellement, la majoration ne devrait pas être disponible lorsque la capacité d'emprunt d'un membre particulier du groupe, mesurée en fonction du ratio consolidé du groupe, est déjà comblée par des dettes de personnes liées¹⁰⁸. Ces dettes seraient imputées en premier au ratio d'endettement applicable, et les dettes entre personnes non liées seraient imputées ensuite à la portion restante (s'il y a lieu) jusqu'au montant équivalant au ratio consolidé plus la majoration précisée¹⁰⁹.

Les coûts administratifs et les coûts d'observation associés à l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational sont vraisemblablement gérables en raison des circonstances limitées dans lesquelles ce ratio sert de montant de référence à partir duquel la répartition des dettes entre personnes non liées est mesurée¹¹⁰. De plus, à l'extérieur du secteur financier où les ratios d'endettement réglementaires peuvent être utilisés comme

108 Le régime de protection en vertu de la législation allemande contre le dépouillement des gains pour une société dont le ratio d'endettement ne dépasse pas celui du groupe mondial n'est disponible que si moins de 10 pour cent des intérêts nets sont payés à un actionnaire détenant 25 pour cent ou plus des actions et ne faisant pas partie du groupe. Ce critère doit être respecté par chaque membre du groupe.

109 Pour les besoins limités à cette règle régissant effectivement l'ordre d'application, les dettes entre personnes non liées d'une société sous contrôle étranger qui sont garanties par une personne liée devraient être caractérisées comme dettes entre personnes non liées ou comme dettes entre personnes liées. Voir partie 8.B.1 au sujet du statut de la dette garantie aux termes des dispositions relatives à la déductibilité des intérêts qui sont limitées aux intérêts sur les dettes entre personnes liées.

110 Les lois de l'Australie prévoient une exception pour une structure financière caractérisée comme conforme au principe de pleine concurrence. Dans le contexte des investissements directs à l'étranger, une exception est prévue pour les ratios d'endettement des sociétés résidentes qui ne dépassent pas 120 pour cent du ratio consolidé du groupe mondial. Les coûts associés à l'acquisition des renseignements requis pour le calcul du ratio consolidé d'un groupe mondial ont vraisemblablement été considérés comme gérables dans le cas d'une multinationale dont le siège est en Australie. L'application possible du principe de la non-discrimination a, semble-t-il, également été un facteur ayant influencé le choix d'adopter une exception pour les structures financières conforme au principe de pleine concurrence plutôt que les structures qui sont un multiple du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial. Voir partie 9.

une expression des ratios de pleine concurrence¹¹¹, des ratios adaptés à des secteurs précis de l'industrie ne sont pas aussi manifestement nécessaires lorsqu'une méthode combinant l'emploi d'un ratio fixe et une exception pour les ratios conformes au ratio consolidé d'un groupe mondial en plus d'une disposition de majoration est utilisée¹¹². Admettre un ratio d'endettement qui correspond au ratio consolidé d'un groupe mondial laisse toutefois la restriction relative à la déductibilité dans un régime de capitalisation restreinte exposée aux transactions de « transfert de la dette » par lesquelles la dette d'une société mère (ou un autre membre du groupe) non résidente est transférée à un membre du groupe résidant dans un pays de source donné. Dans les faits, cette méthode permet à un groupe multinational fortement endetté d'allouer une portion de sa dette entre personnes non liées pour des raisons purement fiscales, c'est-à-dire pour veiller à ce que la dette soit répartie de la façon la plus efficace possible sur le plan fiscal. Cette répartition motivée par des considérations fiscales peut être contrée en déterminant un ratio d'endettement fixe qui est relativement strict et indépendant du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational et en mettant en place des ratios adaptés au secteur financier et peut-être même à d'autres secteurs comme celui de l'immobilier. Cependant, tel que signalé brièvement dans la partie 2 et discuté plus en détail dans la partie 9, le fait de ne prévoir aucune exception pour les sociétés sous contrôle étranger dont le ratio d'endettement est conforme au principe de pleine concurrence peut faire en sorte qu'un régime de capitalisation restreinte soit exposé à l'application du principe de non-discrimination. L'idée présentée ici est que l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial peut être considérée comme l'équivalent d'une exception pour les transactions conformes au principe de pleine concurrence qui entraîne des coûts administratifs, des coûts d'observation et probablement des pertes de recettes inférieures à ceux qui sont entraînés par une exception qui dépend de l'application d'une enquête multifactorielle indéterminée. Les pertes de recettes découlant des transactions de transfert de dettes peuvent être évitées en adoptant des règles relatives à la création de dettes, quoique des problèmes d'identification rendent leur efficacité incertaine¹¹³.

111 Voir, par exemple, l'article 20.2 de la Loi où est stipulé un ratio dette-sur-actif pondéré pour le risque de 95 pour cent pour les succursales bancaires étrangères autorisées. Les règles sur la capitalisation restreinte de l'Australie spécifient le niveau d'endettement permis pour les institutions de dépôt autorisées (IDA) en fonction d'un capital de base requis équivalent à quatre pour cent des actifs pondérés pour le risque. En raison de leur équivalence fonctionnelle avec les banques réglementées, les principaux bailleurs de fonds des entreprises devraient probablement être assujettis environ au même ratio adapté. Cette méthode peut être préférée à l'application d'un même ratio unique pour les sociétés non financières sur la base des dettes entre personnes non liées diminuées des prêts accordés à des emprunteurs non liés. En particulier, cette méthode peut fournir des occasions d'évitement fiscale. Par exemple, les règles de la Nouvelle-Zélande contiennent une « exception relative à la réaffectation de prêts », qui était apparemment destinée à tenir compte des ratios d'endettement plus élevés des banques. Cette exception a sans doute été choisie au lieu de l'utilisation des ratios d'endettement réglementaires en raison du fait que les organismes de réglementation nationaux n'utilisent pas ce genre de ratios. Le secteur bancaire, qui est détenu presque exclusivement par des sociétés australiennes, s'est servi de son capital néo-zélandais pour financer les investissements dans des actions privilégiées de sociétés étrangères. Les dividendes des actions ont été traités comme un revenu exonéré pour les besoins de la Nouvelle-Zélande, et les intérêts étaient entièrement déductibles du revenu gagné en Nouvelle-Zélande. Ces transactions ont justifié l'introduction d'un régime sur la capitalisation restreinte spécifique au secteur bancaire de la Nouvelle-Zélande, cohérent avec les dispositions de l'Australie. Voir Nouvelle-Zélande, *Technical Development of a Thin Capitalization Calculation for Banks* (Wellington : Inland Revenue, Policy Advice Division, juin 2004).

112 Le Japon se sert de multiples raisonnables pour les secteurs non financiers. En 2002, l'administration Bush a proposé de remplacer le ratio d'endettement de 1,5:1 servant de régime de protection en vertu de la législation américaine contre le dépouillement des gains par des ratios adaptés aux différentes catégories d'actifs. Sept catégories d'actifs ont été proposées, avec des ratios dette-sur-actif allant de 0,98 à 0,50. Cette proposition a été abandonnée à cause de la complexité supplémentaire liée aux processus de définition et d'application des catégories d'actifs. La Suisse se sert de ratios adaptés à 12 différentes catégories d'actifs.

113 Voir partie 8.B.3.

Lorsqu'un régime de la capitalisation restreinte ne tient pas compte des dettes entre personnes non liées d'une société sous contrôle étranger, que ce soit à des fins de déductibilité ou dans le calcul d'un ratio d'endettement prescrit, il n'y a aucun fondement théorique évident à l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational comme référence à partir de laquelle une structure financière particulière peut être évaluée¹¹⁴. L'utilisation de ce point de référence est défendable principalement en tant que limite maximale de la répartition de la dette entre personnes non liées d'un groupe multinational. Les dettes entre personnes liées ne sont considérées que comme rien de plus qu'un mécanisme par lequel les dettes entre personnes non liées du groupe peuvent être réparties à un pays de source, et le ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial sert à l'identification des transactions par lesquelles une société tente de convertir des capitaux propres obtenus de personnes non liées en dettes entre personnes liées déductibles d'impôt. Les règles sur la capitalisation restreinte qui sont exclusivement axées sur les dettes entre personnes liées ne permettent pas de reconnaître leur utilisation motivée par des considérations fiscales de cette même façon. En effet, puisque l'on ne tient pas compte des dettes entre personnes non liées d'une société sous contrôle étranger, les dettes entre personnes liées peuvent être utilisées pour convertir des capitaux propres d'un groupe multinational obtenus de personnes non liées en dettes entre personnes non liées déductibles d'impôt, et ce, même lorsque le ratio d'endettement d'un groupe est utilisé. L'identification des cas d'utilisation des dettes entre personnes liées motivée par des considérations fiscales devrait plutôt être effectuée au moyen d'une expression du principe de pleine concurrence, que cette expression prenne la forme du ratio moyen de l'ensemble des sociétés résidentes dans un pays de source ou de celui des sociétés résidentes appartenant à un même secteur. Il n'est pas évident que l'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial comme forme de répartition de l'actif modifiée assume une fonction qui ajoute quoi que ce soit à une enquête sur la conformité des dettes entre personnes liées au principe de pleine concurrence.

Qu'un régime de capitalisation restreinte tienne compte ou non des dettes entre personnes non liées, le relâchement de l'application obtenu lorsqu'un ratio d'endettement généreux est établi permet une certaine conversion des capitaux propres obtenus de personnes non liées en dettes entre personnes liées déductibles d'impôt. La différence entre les deux méthodes en ce qui a trait à cette propriété particulière en est une de degré dans le sens où le même ratio utilisé pour chacune de ces deux méthodes offrira davantage de possibilités de conversion lorsque les dettes entre personnes non liées ne sont prises en compte d'aucune manière que ce soit. Quoi qu'il en soit, la réduction consécutive du taux effectif d'imposition dans le pays de source attribuable à l'utilisation d'un ratio peu rigoureux peut être vue comme une tentative de rivaliser pour attirer une gamme d'investissements directs étrangers¹¹⁵. Il existe quelques données empiriques utilisant des mesures à la fois générales et conservatrices du niveau d'endettement qui sont pertinentes en ce qui a trait à l'établissement d'un ratio

114 L'extension de la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux dettes entre personnes non liées, même si ce n'est qu'aux fins du calcul du ratio d'endettement, exige que les capitaux propres englobent à la fois les capitaux propres obtenus auprès des personnes liées et des personnes non liées afin de mesurer correctement la capacité d'emprunt d'une société sous contrôle étranger. Voir, par exemple, Williamson et Garland, supra note 2, p. 28. Cette méthode est suivie dans les règles sur la capitalisation restreinte de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande.

115 Voir, à cet égard, Altshuler et Grubert, « Governments and Multinationals », supra note 18 (les auteurs affirment que les pays où les taux d'imposition sont élevés se livrent concurrence pour attirer les investissements directs en permettant l'utilisation de structures de planification financière qui réduisent les taux effectifs d'imposition).

d'endettement¹¹⁶. Plus particulièrement, ces données indiquent, conformément à la proposition figurant dans le Budget de 2000, qu'un ratio fixe supérieur à 2:1 est non contraignant et constitue sans doute un mauvais indicateur d'une structure financière conforme au principe de pleine concurrence. Le manque de rigueur en matière d'application découlant de l'utilisation de ratios supérieurs à ce dernier peut certes être considéré comme excessif, mais une calibration précise des coûts et des avantages associés est impossible étant donné l'état actuel des connaissances empiriques sur la mobilité des investissements directs étrangers. Un équilibre plus acceptable entre le maintien des recettes et les préoccupations en matière de concurrence peut être obtenu en fixant un ratio d'endettement relativement strict, comme un ratio de 1,5:1, et en tenant compte des dettes entre personnes non liées au moins dans le calcul du ratio, à l'exception des ratios qui sont un multiple modeste du ratio consolidé d'un groupe mondial.

Les régimes de capitalisation restreinte dans certains pays, comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande, déterminent un niveau d'endettement permis en pourcentage de l'assiette des actifs nationaux d'une société sous contrôle étranger. En raison du fait que le ratio dette-sur-actif est fondé de façon analogue sur le bilan d'une société préparé aux fins comptables, il ne devrait y avoir aucune raison, en termes de résultats sur le fond, de préférer ce type de ratio à un ratio d'endettement qui utilise une mesure directe des capitaux propres d'une société. Un problème plus important pourrait bien être le choix des valeurs fiscales ou comptables comme fondement du calcul du ratio d'endettement¹¹⁷. Un ratio dette-sur-actif peut être préféré si, comme dans le cadre des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte, certains des éléments des capitaux propres sont pour fins fiscales¹¹⁸. Mais si les valeurs des actifs sont aussi pour fins fiscales, comme c'est le cas selon la législation américaine contre le dépouillement des gains, il n'y aurait encore là aucune raison, en termes de résultats réels, de préférer une mesure indirecte des capitaux propres¹¹⁹. Sinon, la principale raison de choisir une

116 Voir, par exemple, Shee-Boon Law, « The Choice of Fixed Accounting Ratios as Safe Harbours in Thin Capitalization Rules — Some Guidance from Commercial Debt Contracts », *Australian Tax Forum*, vol. 21, n° 2 (2006), pp. 363-386 (l'auteur compare les ratios d'endettement en vertu des règles de l'Australie, de la Nouvelle-Zélande et des États-Unis avec les ratios comptables utilisés dans les contrats de dette). Voir aussi Jen Baggs et James A. Brander, « Trade Liberalization, Profitability, and Financial Leverage », *Journal of International Business Studies*, vol. 37, n° 2 (2006), pp. 196-211 (les auteurs constatent, pour la période allant de 1984 à 1997, un ratio dette-sur-actif médian de 65 pour cent pour un échantillon de sociétés canadiennes); Tim Edgar, Jonathan Farrar et Amin Mawani, « Foreign Direct Investment, Thin Capitalization, and the Interest Expense Deduction: A Policy Analysis », *Canadian Tax Journal*, (à paraître) (les auteurs constatent, pour la période allant de 1996 à 2005, qu'un ratio d'endettement de 2:1 n'est pas contraignant pour la plupart des secteurs non financiers au Canada autres que le secteur de l'immobilier); et Andrew M. C. Smith et Paul V. Dunmore, « Double Tax Agreements and the Arm's Length Principle: The Safe Harbour Ratio in New Zealand's Thin Capitalization Rules », Working Paper No. 14, 2005, Victoria University Centre for Accounting, Governance and Taxation Research (les auteurs constatent que : (i) environ cinq pour cent seulement des sociétés de la Nouvelle-Zélande sous contrôle étranger avaient un pourcentage d'endettement supérieur au ratio dette-sur-actif de 75 pour cent servant de régime de protection en vertu des règles sur la capitalisation restreinte de la Nouvelle-Zélande pour la période allant de 1983 à 1992 avant la promulgation des règles en 1995; et (ii) les sociétés sous contrôle étranger ayant un pourcentage d'endettement supérieur au pourcentage prescrit n'ont pas tendance à reporter autant de dettes portant intérêt que les sociétés détenues en Nouvelle-Zélande).

117 Pour une étude des divers problèmes techniques attribuables à l'utilisation des valeurs fiscales dans le calcul des capitaux propres, voir Williamson et Garland, supra note 2, pp. 25-28. Voir aussi IT-59R3, supra note 75, paragraphe 8 (les principes de la comptabilité générale doivent être utilisés dans le calcul des bénéfices non répartis et du surplus d'apport, mais le montant des bénéfices non répartis ne peut avoir une valeur négative).

118 Voir, par exemple, Williamson et Garland, supra note 2, p. 25 (les auteurs signalent que le concept de capital versé dans la définition du capital social est un concept aux fins fiscales qui n'est pas adapté à un achat d'actions dans un marché secondaire).

119 L'utilisation du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial comme indicateur approximatif du principe de pleine concurrence exige idéalement l'utilisation de valeurs comptables dans le processus de mesure de la dette et des capitaux propres pour garantir la constance dans ce processus. Une disposition de majoration pourrait être utilisée afin de tenir compte des variations dans les mesures découlant de l'utilisation continue des valeurs fiscales lors du calcul du ratio d'endettement d'une société sous contrôle étranger sur une base non consolidée.

mesure plutôt que l'autre semblerait être les coûts administratifs et les coûts d'observation apparents. Rien ne prouve que ces coûts soient sensiblement différents selon l'une ou l'autre de ces mesures; rien ne prouve non plus que l'intégrité des renseignements comptables qui constituent la source de ces deux mesures soit préférable.

L'utilisation d'un ratio de couverture des intérêts en vertu des règles contre le dépouillement des gains est, bien entendu, considérablement différent à titre de substitut à facteur unique du principe de pleine concurrence telle qu'appliqué aux dettes entre personnes liées; cette utilisation est également une expression très différente de la limite maximale à la répartition des dettes entre personnes non liées en vertu de règles globales contre le dépouillement des gains applicables à ce genre de dettes. Du moins en principe, les méthodes pouvant être employées pour établir un ratio d'endettement peuvent être employées pour établir un ratio de couverture des intérêts. Il semblerait toutefois qu'il n'y ait pas beaucoup de données empiriques systématiques sur les ratios de couverture des intérêts en général ou dans des secteurs particuliers¹²⁰. Bien qu'il soit loin d'être complet, l'ensemble des données empiriques actuelles sur les ratios d'endettement semble être plus étendu. La quantité relativement faible de données empiriques peut signifier que l'établissement des ratios de couverture des intérêts est encore plus explicitement effectué selon le besoin d'équilibrer l'érosion des recettes par rapport au niveau d'investissements directs étrangers en fonction des taux effectifs d'imposition¹²¹. En outre, les ratios de couverture des intérêts sont peut-être même plus variables selon les secteurs, ce qui rend l'utilisation du ratio consolidé d'un groupe multinational avec majoration encore plus souhaitable. À cet égard, on signale dans la partie 5 que les contraintes informationnelles attribuables à la variation dans l'utilisation du BAIIDA aux fins fiscales d'un pays à l'autre peuvent être plus importantes que les mêmes contraintes attribuables à la variation dans l'utilisation des ratios d'endettement selon les administrations en fonction des pratiques de la comptabilité générale. Lorsque la portée d'une règle contre le dépouillement des gains est étendue aux dettes entre personnes non liées, en particulier dans le cadre de l'application de la règle de non-déductibilité, il peut être nécessaire de suivre l'exemple des règles allemandes et de prévoir un régime de protection déterminé en fonction du ratio d'endettement consolidé d'un groupe mondial.

120 Voir Law, supra note 116, pour un résumé de certaines des données empiriques portant sur l'utilisation des ratios d'endettement dans les contrats de dette. Il est remarquable que les règles contre le dépouillement des gains de l'Allemagne et de l'Italie précisent un ratio de couverture des intérêts de 2,33:1, tandis que la législation américaine spécifie un ratio de couverture des intérêts de 1:1. Il est difficile d'expliquer cette différence par le fait que les législations de l'Allemagne et de l'Italie appliquent la règle de non-déductibilité aux intérêts sur toutes les dettes, puisque la législation américaine tient compte de toutes les dettes dans le calcul du ratio. De plus, il semblerait qu'il n'y ait aucune différence appréciable entre les ratios de couverture des intérêts des sociétés non financières détenues à partir des États-Unis et de celles qui sont sous contrôle étranger. Voir *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 11-21 et Harry Grubert, « Debt and the Profitability of Foreign-Controlled Domestic Corporations in the United States », Department of the Treasury, Office of Tax Analysis, OTA Technical Working Paper 1, juillet 2008. La différence dans la spécification du niveau d'endettement permis peut refléter un plus grand endettement des entreprises américaines et un désir d'adapter la politique fiscale à cette pratique d'entreprise. Le ratio de couverture des intérêts généreux prévu par la législation danoise contre le dépouillement des gains semble suivre de près le même ratio d'endettement aux termes de ses lois sur la capitalisation restreinte applicable aux dettes entre personnes liées.

121 L'établissement d'un ratio de couverture des intérêts plus strict a été le point de mire de nombreuses propositions visant à resserrer la règle américaine contre le dépouillement des gains. Voir *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 27-28.

8. Option de réforme n° 4 : Réforme à la marge des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes

Une quatrième option de réforme est la modification de certaines caractéristiques au niveau de la conception des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes pour améliorer leur efficacité à limiter l'utilisation des dettes entre personnes liées motivée par des considérations fiscales. Tel que signalé précédemment dans la partie 4, certaines de ces modifications possibles ont été étudiées par le comité Mintz¹²² et certaines ont été proposées dans le Budget fédéral de 2000, mais n'ont jamais été adoptées. Chacune de ces possibilités ainsi que quelques autres sont examinées brièvement dans cette partie. En général, les modifications possibles rendraient les dispositions plus restrictives. Chaque modification est analysée en fonction de sa raison d'être, des problèmes possibles qui peuvent en découler et des avantages qu'elle procure. Le cas échéant, les évolutions sur le plan des pratiques des pays et de la pensée politique survenues depuis la publication du rapport Mintz et du Budget de 2000 sont signalées.

Les possibilités de réforme à la marge sont rassemblées dans les deux catégories générales des problèmes conceptuels de premier ordre et des problèmes conceptuels de second ordre. La première catégorie se compose des éléments essentiels des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts qui permettent la mise en œuvre de l'objectif de politique choisi. Ensemble, ces possibilités de réforme ciblent les restrictions en définissant les aspects suivants :

- la gamme d'émetteurs de titres de créance visés;
- la gamme de détenteurs de titres de créance visés;
- le niveau d'endettement permis;
- l'éventail des paiements visés.

En raison du fait que la question stratégique la plus importante au sujet des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte est la nécessité de prendre correctement en compte les dettes entre personnes non liées, la détermination du niveau d'endettement permis sous forme d'un ratio d'endettement a fait l'objet d'une discussion distincte dans la partie 7. Bien qu'il y ait des arguments crédibles en faveur de l'extension de la portée de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes non liées, une approche de ce genre constituerait un changement de politique fondamentale. L'option de réforme la plus conservatrice, en conformité avec des recommandations précédentes¹²³, tiendrait compte des dettes entre personnes non liées dans le processus d'établissement de la capacité d'emprunt d'une société, mais continuerait à les exclure de la règle de non-déductibilité. Lorsque les dettes entre personnes non liées sont prises en compte de cette façon, le ratio d'endettement consolidé d'un groupe multinational peut être utilisé comme équivalent d'une exception aux

122 Rapport Mintz, supra note 4, pp. 6.31-6.33. Voir aussi Williamson et Garland, supra note 2, pp. 25-33 et Edgar, supra note 2, pp. 32-54.

123 Williamson et Garland, supra note 2, pp. 2 et 25-26 et Edgar, supra note 2, pp. 39-40.

limitations causées par un ratio fixe dans le cas des transactions conformes au principe de pleine concurrence. À l'extérieur du secteur financier, un ratio de 2:1 peut être considéré comme un compromis acceptable entre la nécessité de maintenir l'assiette du revenu et celle d'attirer des investissements directs souhaitables en provenance de l'étranger, quoiqu'un ratio plus strict de 1,5:1 puisse être défendu. Mais si les dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes ne sont pas modifiées au moins de façon à ce que les dettes entre personnes non liées soient prises en compte dans le calcul du ratio d'endettement, un ratio de 2:1 est sans doute trop généreux. En effet, en l'absence d'une prise en compte appropriée des dettes entre personnes non liées dans la structure financière d'une société sous contrôle étranger, on ne sait tout simplement pas quel ratio est approprié étant donné que l'utilisation motivée par des considérations fiscales des dettes n'est plus définie en fonction de la conversion des capitaux propres du groupe obtenus de personnes non liées en dettes entre personnes liées autrement déductibles.

Les autres problèmes conceptuels de premier ordre étudiés dans cette partie sont les suivants :

- l'extension de la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte à diverses formes d'organisations autres que les sociétés;
- l'extension de la portée des dispositions à divers substituts à la dette;
- la modification de la définition d'investissement direct pour les besoins des dispositions.

On affirme que, bien qu'il n'y ait aucune preuve systématique de la substitution des succursales, sociétés de personnes résidentes et fiducies résidentes par des sociétés canadiennes en réaction aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte, l'exercice technique nécessaire pour parvenir à une uniformité du traitement vaudrait la peine d'être effectué, surtout si les dispositions sont plus strictes en ce qui concerne leur application aux sociétés dans le but de tenir compte des dettes entre personnes non liées. Toute tentative d'élargir l'éventail de paiements concernés en vue d'agir sur les substituts à la dette de même que toute tentative d'élargir la gamme de détenteurs de titres de créance concernés pour qu'elle comprenne les entités nationales exonérées d'impôt est beaucoup plus problématique. Il semblerait aussi qu'il n'y ait aucune raison convaincante de modifier le seuil de détention d'actions qui permet de différencier en pratique les investissements directs étrangers des investissements de portefeuille. Il pourrait toutefois y avoir des arguments en faveur de l'adoption des éléments suivants : (i) des règles plus complètes en ce qui concerne la détention indirecte et constructive d'actions; et (ii) une règle selon laquelle une société de personnes non résidente est considérée comme une personne aux fins de l'application du seuil de détention d'actions.

Les problèmes conceptuels de second ordre examinés dans cette partie du rapport consistent habituellement en des problèmes qui sont secondaires aux problèmes touchant la portée des règles; ils sont liés aux problèmes conceptuels de premier ordre, mais ils ne modifient pas les aspects fondamentaux de cette portée. Bien des réformes possibles dans cette catégorie sont axées sur les techniques potentielles d'évitement fiscal et sont de la nature des règles anti-évitement spécifiques, mais ce n'est pas le cas de toutes. Elles peuvent être préférées aux caprices de l'application judiciaire de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) se trouvant à l'article 245 de la Loi. Le problème de second ordre le plus important demeure le statut de

la dette garantie si la décision est prise de continuer à limiter la portée de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées. Même si les dettes entre personnes non liées sont prises en compte dans le calcul du ratio d'endettement déterminé, il faut déterminer si une certaine gamme des dettes garanties peut être considérée comme un substitut motivé par des considérations fiscales aux dettes entre personnes liées. L'autre problème conceptuel de second ordre qui mérite probablement qu'on lui porte une certaine attention est la nécessité de tenir compte des dettes et des capitaux propres des filiales canadiennes d'un groupe multinational sur une base consolidée. Un effet similaire peut être obtenu actuellement en regroupant l'ensemble des dettes et des capitaux propres dans une société de portefeuille canadienne. Il est nécessaire de tenir compte des dettes et des capitaux propres d'un sous-groupe canadien sur une base consolidée lorsque les coûts non fiscaux associés à la structure de la société de portefeuille sont considérés comme suffisamment importants pour justifier d'entreprendre l'exercice technique nécessaire de concevoir ce genre de règles en l'absence de la production générale de rapports consolidés en vertu de la Loi.

Qu'elles soient classées en tant que réformes de premier ordre ou de second ordre, certaines de ces réformes marginales auraient besoin d'être examinées de la même manière advenant que la décision soit prise d'étendre la portée de la règle de non-déductibilité aux intérêts sur les dettes entre personnes non liées. Cette extension éliminerait toutefois la nécessité d'apporter certaines de ces modifications, et cette conséquence est signalée le cas échéant.

A. Problèmes conceptuels de premier ordre

1. *Différencier l'investissement direct de l'investissement de portefeuille*

La définition d'« actionnaire déterminé » au paragraphe 18(5) différencie en pratique l'investissement de portefeuille en provenance de l'étranger de l'investissement direct étranger pour les besoins des dispositions relatives à la capitalisation restreinte. La distinction est faite par l'établissement d'un seuil de détention d'actions qui est vraisemblablement considéré comme suffisant pour permettre les substitutions motivées par des considérations fiscales des dettes entre personnes liées par des capitaux propres obtenus des personnes liées avec très peu de différences dans les attributs non fiscaux. Il semblerait qu'il y ait deux méthodes possibles pour résoudre ce problème de conception. La première méthode consiste en une comparaison de différents seuils de détention d'actions utilisés par divers pays dans leur législation comparable. Ce type de méthode comparative est fondé sur l'hypothèse voulant que peu importe le seuil de détention d'actions établi, il y aura un élément d'arbitraire normatif. Étant donné cette propriété inévitable, on peut établir la définition en mettant l'accent sur les effets relatifs d'une disposition relative à la capitalisation restreinte sur le problème général qu'une disposition de ce genre est conçue pour régler. La principale difficulté liée à ce genre d'évaluation qualitative est que les différences dans le caractère restrictif relatif des divers éléments des règles dans différents pays sont difficiles à quantifier, et une comparaison utile est difficile à obtenir, sauf lorsqu'il y a des différences extrêmes. Par exemple, non seulement les seuils relatifs de détention d'actions, mais aussi les ratios d'endettement relatifs (ou les ratios de couverture des intérêts utilisés dans la législation contre le dépouillement des gains) devraient être pris en compte, de même que si les restrictions relatives à la déductibilité

s'appliquent aux dettes entre personnes non liées et aux dettes entre personnes liées¹²⁴. Bien que le seuil de détention de 25 pour cent des actions employé dans les dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes soit, par comparaison, un concept relativement expansible de l'investissement direct¹²⁵, le caractère restrictif associé à l'application des dispositions est compensé dans une certaine mesure par le fait que les dettes entre personnes non liées ne sont pas prises en compte dans le calcul du ratio d'endettement déterminé, non plus que pour la règle de non-déductibilité. En effet, il se pourrait que ce défaut ait fait en sorte que le seuil de détention d'actions relativement bas soit en grande partie sans conséquence.

La solution de rechange à une méthode comparative est d'isoler un certain seuil de détention d'actions qui peut, en toute confiance, être considéré comme représentatif des investissements directs. Il existe un nombre infini de possibilités, et le principal problème est que, peu importe l'option, elle n'est au mieux qu'une vague approximation. L'absence d'une méthode complètement satisfaisante d'établissement du seuil de détention d'actions signifie peut-être que le maintien du statu quo est la solution de réforme la plus prudente, surtout s'il y a peu ou pas de preuves que le seuil actuel de 25 pour cent, appliqué sur les votes ou la valeur, est trop faible ou élevé. Dans d'autres dispositions de la Loi, notamment les règles sur les sociétés étrangères affiliées, la ligne entre les investissements de portefeuille étrangers et les investissements directs étrangers est tracée à un seuil de détention de 10 pour cent ou plus des actions de toute catégorie. Ce seuil de 10 pour cent pourrait être considéré comme représentatif du statu quo général dans un contexte transfrontalier et dans certains contextes intérieurs. Par souci de cohérence législative, les dispositions relatives à la capitalisation restreinte pourraient être modifiées de manière à ce qu'elles concordent avec cette norme inférieure. On ne sait toutefois pas bien si cette cohérence est nécessaire lorsque la définition d'un investissement direct est appliquée dans différents buts stratégiques.

Le seuil de 25 pour cent pourrait peut-être être resserré quelque peu en introduisant un autre critère fondé sur le contrôle de fait d'une société résidente (tel que défini au paragraphe 256(5.1)) ou en revenant à l'ancienne définition d'un actionnaire non résident déterminé, qui était fondée sur la détention de 25 pour cent ou plus d'actions de toute catégorie d'actions plutôt que sur les critères actuels de détention de votes ou de valeur. À cet égard, la définition d'un « non-résident déterminé » intègre efficacement la notion de détention par un groupe, qui se définit en fonction du concept du lien de dépendance (tel que défini au paragraphe 251(1)). Cette approche envers la détention d'actions empêche l'évitement des dispositions relatives à la capitalisation restreinte par le paiement d'intérêts à un non-résident qui ne possède pas directement d'actions de la société payante à un niveau égal ou supérieur au seuil de détention

124 Même une comparaison qualitative superficielle est difficile à faire en présence d'un manque de transparence au sujet du contenu substantif de la loi, qui est caractéristique de l'application du principe de pleine concurrence exprimée comme une méthode multifactorielle de classification de la dette détenue par un actionnaire en tant que capitaux propres. La façon dont cette méthode est appliquée au Royaume-Uni constitue une exception digne de mention.

125 Certains pays utilisent un seuil de « contrôle » plus élevé, et l'Australie se fonde sur sa définition d'une SÉC dans le contexte des investissements à l'étranger pour les besoins de ses règles sur la capitalisation restreinte applicables aux entités australiennes sous contrôle étranger. Voir Dourado et de la Feria, supra note 8, pp. 30-31 (les auteurs signalent le vaste éventail de seuils de détention d'actions utilisés par les pays membres de l'UE); et Kaserer, supra note 85, p. 6 (l'auteur fait observer que la distinction entre les investissements directs et les investissements de portefeuille a tendance à être établie en vertu des règles sur la capitalisation restreinte en fonction d'un seuil de détention de 50 pour cent des droits de vote, un seuil de 25 pour cent étant parmi les seuils les plus faibles).

de 25 pour cent des actions. Deux modifications générales, qui changeraient le concept de la détention d'actions, pourraient rendre les dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes plus restrictives. La première modification consisterait en un changement au concept de détention par un groupe pour qu'il comprenne, par exemple, deux personnes ou plus lorsque le lien qui les unit est aussi bas que le seuil de détention de 25 pour cent des actions employé dans la définition d'« actionnaire non résident déterminé ». L'autre modification fournirait un ensemble de règles relativement à la détention indirecte d'actions qui permettraient de faire abstraction d'une ou de plusieurs sociétés de personnes, fiducies ou sociétés de portefeuille afin de remonter jusqu'au véritable propriétaire¹²⁶. Ces règles pourraient être façonnées à partir des règles applicables à la détention indirecte d'actions figurant au paragraphe 256(1.2), qui s'appliquent dans le but de déterminer si deux sociétés sont associées.

À l'instar du seuil minimum de détention d'actions, le concept de détention d'actions devrait sans doute être modifié seulement s'il y a des preuves que les dispositions actuelles n'incluent pas ce qui peut être considéré comme des investissements directs étrangers ou si elles ont des conséquences sur ce qui peut être considéré comme des investissements de portefeuille en provenance de l'étranger. Mais il semblerait qu'il n'y ait aucune preuve systématique selon laquelle le concept actuel de la détention d'actions a, en fait, une portée trop restreinte ou trop large. En ce qui a trait à ce dernier, le concept de la relation, reposant sur un lien fondé sur la détention de plus de 50 pour cent d'actions avec droit de vote, est sans doute un concept relativement restreint de ce qu'est un groupe de sociétés. Il semble donc peu probable que le regroupement d'actions détenues par des personnes liées résulte en l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte à ce qui pourrait être considéré par ailleurs comme des investissements de portefeuille en provenance de l'étranger¹²⁷. En revanche, l'émergence de fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes non résidentes soulève la possibilité que la définition d'un non-résident déterminé ait une portée trop restreinte. En particulier, lorsque des fonds de ce genre sont structurés de sorte que les investisseurs sont en majorité des associés non résidents, il pourrait s'avérer nécessaire de considérer la société de personnes non résidente comme une personne pour les besoins des dispositions relatives à la capitalisation restreinte. Cette modification législative¹²⁸ de nature clarificatrice veillerait à ce que les acquisitions de sociétés canadiennes par des non-résidents financées par emprunt soient traitées comme des investissements directs lorsque la détention applicable de 25 pour cent des actions est mise en commun dans une forme corporative ou non-corporative tout en laissant en place le traitement comme intermédiaire transparent d'une

126 L'alinéa 18(5)c) contient des règles constructives relatives à la détention d'actions selon lesquelles on considère qu'un non-résident détient des actions dans certaines circonstances. Selon l'alinéa 18(5)d), on considère que des actions ont été rachetées dans certaines circonstances pour les besoins du critère de détention de 25 pour cent des votes ou de la valeur.

127 Le concept de lien de dépendance est, en fait, appliqué assez peu souvent; l'intégration de ce critère au concept de lien de dépendance n'aurait probablement qu'un effet négligeable sur le concept de groupe pour les besoins des règles sur la capitalisation restreinte.

128 Selon l'alinéa 96(1)a), le revenu ou les pertes d'un associé doivent être calculés comme si la société de personnes était une personne distincte résidant au Canada. Autrement, une société de personnes n'est pas une « personne » selon la définition figurant au paragraphe 248(1), car ce n'est pas une personne en vertu du droit privé. Bien qu'il y ait un concept d'actifs d'une société de personnes distinct des intérêts des associés dans une société de personnes, il semble nécessaire de considérer une société de personnes comme une personne lorsque ce statut est requis pour des besoins autres que le calcul des revenus ou des pertes à l'échelon de la société de personnes.

société de personnes non résidente aux fins du calcul des revenus et des dettes en général¹²⁹. L'application du concept d'investissement direct en ce qui concerne les fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes non résidentes serait surtout significative advenant que les dispositions relatives à la capitalisation restreinte étaient réformées de façon à ce que la portée de la règle de non-déductibilité s'étende aux dettes entre personnes non liées¹³⁰. Dans ce cas, les dispositions s'appliqueraient de la même manière aux acquisitions financées par emprunt, qu'elles soient structurées pour que les dettes entre personnes non liées soient contractées au Canada au moyen d'un emprunt direct par une société cible ou au moyen d'un emprunt indirect et d'une dette entre personnes liées d'une société de personnes non résidente acquéreuse. La limitation continue de la règle de non-déductibilité aux dettes entre personnes liées n'aurait une incidence que sur cette dernière structure si les dispositions existantes étaient modifiées de manière à ce qu'une société de personnes non résidente, en tant qu'instrument d'acquisition, soit considérée comme une personne non résidente.

L'extension de la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes non liées éliminerait la nécessité de définir les dettes entre personnes liées comme la catégorie de dettes concernée. Plus particulièrement, si la portée des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte était élargie de façon à limiter la déduction des intérêts sur toutes les dettes, la définition de non-résident déterminé pourrait être éliminée. La définition d'actionnaire non résident déterminé demeurerait toutefois nécessaire pour que les investissements directs étrangers soient reconnus comme situation de faits dans laquelle il est possible de répartir les dettes entre personnes liées et les dettes entre personnes non liées de façon à éliminer l'impôt canadien sur le revenu de source canadienne. On pourrait songer à accroître le seuil de détention d'actions indicateur d'investissements directs effectués en conséquence de la hausse de l'effet restrictif qui en résulterait¹³¹. Le critère du contrôle, défini en fonction de la détention de plus de 50 pour cent des actions avec droit de vote d'une société canadienne, correspondrait en général à la spécification des investissements directs étrangers dans les lois d'autres pays qui tiennent compte des dettes entre personnes non liées dans l'application de la règle de non-déductibilité ou dans le calcul du niveau d'endettement permis. Pour contrer l'évitement fiscal, le concept exigerait probablement d'être étendu au concept de contrôle de fait. Il demeure toutefois incertain d'un point de vue empirique qu'un seuil de

129 Dans le contexte de l'utilisation du critère du contrôle pour faire la distinction entre les investissements directs en provenance de l'étranger et les investissements de portefeuille en provenance de l'étranger, le Danemark, par exemple, a modifié ses lois sur la capitalisation restreinte de façon à ce que la détention d'actions soit prise en compte au niveau d'une société de personnes non résidente comme s'il s'agissait d'une entité distincte. Voir Arne Mollin Ottosen et Michael Norremark, « Private Equity Funds — Amendments to Denmark's Anti-Avoidance Legislation », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 60, n° 10 (2006), pp. 402-410. La modification était destinée à voir à ce que les fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes non résidentes respectent les limites des dispositions relatives à la capitalisation restreinte lors de l'acquisition d'intérêts majoritaires d'une société résidente danoise. Les règles du Danemark sur la capitalisation restreinte limitent toutefois la portée de la règle de la non-déductibilité aux dettes entre personnes liées. Selon la législation contre le dépouillement des gains qui a été promulguée récemment, la règle de la non-déductibilité s'applique autant aux dettes entre personnes liées qu'aux dettes entre personnes non liées.

130 Voir Kaserer, supra note 85, pp. 23-24 (l'auteur signale que les sociétés fortement endettées qui sont le résultat d'acquisitions par des fonds d'actions privés subissent grandement les effets de l'extension de la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts aux dettes entre personnes non liées).

131 Par exemple, lorsque l'Australie a étendu la portée de ses lois sur la capitalisation restreinte aux investissements directs à l'étranger et aux dettes entre personnes non liées, le seuil de détention d'actions dans le contexte des investissements directs en provenance de l'étranger est passé d'un critère de détention de 15 pour cent des bénéfices, des votes ou du capital social à un critère du contrôle.

détention de 25 pour cent des actions aurait une incidence sur une gamme d'investissements en provenance de l'étranger dont on pourrait considérer qu'ils n'ont aucune influence ou contrôle sur la répartition des dettes entre personnes non liées, que cette répartition soit effectuée de façon directe au moyen d'emprunts par une société canadienne auprès d'un prêteur non lié ou de façon indirecte au moyen de transactions de réaffectation de prêts entre un actionnaire non résident et une société canadienne.

2. *Extension aux succursales canadiennes, aux sociétés de personnes résidentes et aux fiducies résidentes*

Lorsqu'un non-résident exerce des activités commerciales au Canada par l'entremise d'une succursale ou contribue au capital d'une société de personnes résidente ou à une fiducie résidente, le revenu de source canadienne qui y est associé est généralement imposé de la manière suivante :

- dans le cas d'une succursale, le revenu est imposé en vertu de la partie I de la Loi au moment où il est gagné, et aussi en vertu de la partie XIV sur la portion des gains qui ne sont pas réinvestis au Canada;
- dans le cas d'une société de personnes, le revenu est imposé en vertu de la partie I de la Loi à titre de revenu entre les mains des associés non résidents;
- dans le cas d'une fiducie, le revenu est imposé en vertu de la partie I ou XII.2 de la Loi au moment où gagné par la fiducie, mais aussi en vertu de la partie XIII (retenue d'impôt pour les non-résidents) lorsque le revenu est distribué à un bénéficiaire non résident.

En comparaison, lorsqu'un non-résident prête à une société de personnes résidente ou à une fiducie résidente, les frais d'intérêt sont généralement déductibles lors du calcul du revenu au niveau de la société de personnes ou de la fiducie et ne sont assujettis qu'à la retenue d'impôt de la partie XIII lorsqu'ils sont payés à un détenteur de titres de créance non résident¹³². La même différence de traitement est valable dans le cas d'une succursale canadienne dans la mesure où un prêt entre personnes liées est fourni par un membre du groupe de sociétés distinct sur le plan légal au membre qui exerce des activités commerciales par l'entremise de la succursale ou dans la mesure où un prêt notionnel est accordé par la société non résidente à sa succursale canadienne¹³³.

132 Voir « Table ronde de Revenu Canada » dans *Report of Proceedings of the Forty-Fourth Tax Conference*, 1992 Conference Report (Toronto : Canadian Tax Foundation, 1993), pp. 54:1-75, question 12 aux pp. 54:8-9 (l'exigence selon laquelle le revenu d'une société de personnes doit être calculé comme s'il s'agissait d'une personne distincte résidant au Canada n'implique pas l'hypothèse selon laquelle la société de personnes est une société assujettie aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte, même lorsque tous les associés sont des sociétés canadiennes). L'ARC a affirmé que cette position ne s'applique que si la société de personnes est une société de personnes authentique et si les associés sont responsables conjointement et solidairement des dettes encourues par la société de personnes. Voir, par exemple, *Impôt sur le revenu — Nouvelles techniques* n° 16, 8 mars 1999.

133 La reconnaissance des transactions notionnelles, en particulier, entre une succursale et le siège social d'une société et l'application du principe de pleine concurrence lors de l'attribution du revenu à un établissement stable sont au cœur d'un projet récent de l'OCDE. Voir OCDE, *Rapport sur l'attribution de bénéfices aux établissements stables — Partie I (Considérations générales)* (Paris : OCDE, août 2006).

Ce traitement favorable de la dette, de même que la non-application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux succursales, aux sociétés de personnes et aux fiducies, peut inciter la substitution de ces formes d'organisations pour des sociétés canadiennes. Tel que signalé précédemment, l'uniformité du traitement de ces formes d'organisations potentiellement substituables aux fins des dispositions sur la capitalisation restreinte a déjà été étudiée. Du moins sur le plan conceptuel, il serait relativement facile de parvenir à cette uniformité en appliquant les dispositions relatives à la capitalisation restreinte à l'échelon d'une société de personnes résidente, d'une fiducie résidente ou d'une succursale canadienne. Mais pour ce qui est des détails législatifs importants, il a également été reconnu que quelques modifications techniques complexes seraient nécessaires¹³⁴. Par exemple, la définition d'un non-résident déterminé devrait être élargie de manière à inclure les associés non résidents ayant droit à 25 pour cent ou plus des bénéfices ou du capital. Cette définition devrait aussi être élargie de manière à inclure les bénéficiaires non résidents ayant droit à 25 pour cent ou plus du revenu ou du capital d'une fiducie résidente. Les non-résidents ayant des liens de dépendance avec ces personnes devront aussi être inclus. Le même traitement favorable de la dette dans le cas d'une succursale pourrait être visé en appliquant les dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux non-résidents qui gagnent des revenus de source canadienne autrement qu'à titre d'associé dans une société de personnes ou de bénéficiaire d'une fiducie. Des frais d'intérêt sur une dette autrement déductibles et supérieurs au ratio d'endettement applicable ne seraient pas déductibles dans la mesure où ils sont attribuables au gain de revenus de source canadienne et où ils sont dus à un non-résident déterminé. De même, la définition de capitaux propres pour les besoins du ratio d'endettement devrait être modifiée parce que certains montants, comme le capital déclaré et le surplus d'apport, sont uniques au contexte des sociétés. Pour ce qui est des sociétés de personnes et des fiducies, les capitaux propres pourraient être globalement définis comme le montant du capital de la société de personnes ou de la fiducie. Quant aux succursales canadiennes, les capitaux propres pourraient être définis comme le montant qui serait inscrit dans un bilan en tant que capitaux propres en ce qui concerne les activités qui produisent des revenus non exonérés provenant de sources canadiennes. Ce problème particulier en matière de définitions est, bien entendu, évité si un ratio dette-sur-actif est utilisé.

L'uniformité dans l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte à des formes d'organisations par ailleurs substituables possède un attrait intuitif évident qui est confirmé par une telle application selon des restrictions comparables relatives à la déductibilité des intérêts dans d'autres pays. Néanmoins, le choix d'assumer les coûts associés au projet législatif nécessaire qui consiste à étendre la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux succursales canadiennes, aux sociétés de personnes résidentes et aux fiducies résidentes dépend de façon critique de l'évaluation faite de la substituabilité de ces formes d'organisations comme moyen d'éviter l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte. En présence de différences dans les attributs non fiscaux qui contraignent leur substitution motivée par des considérations fiscales dans le contexte des investissements directs étrangers, l'uniformité dans l'application n'est rien de plus qu'une question de forme

134 Voir, par exemple, rapport Mintz, supra note 4, p. 6.32 (où sont signalés certains aspects de la complexité législative liés à l'extension de la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte aux succursales, aux sociétés de personnes et aux fiducies, notamment en ce qui a trait aux problèmes de répartition du revenu et de statut majoritaire que l'on rencontre couramment dans le cas des fiducies discrétionnaires). Voir aussi Williamson et Garland, supra note 2, p. 31 (les auteurs affirment que les dispositions nécessaires seraient complexes et qu'il faudrait songer à voir s'il y a suffisamment d'investissements dans des entités autres que des sociétés pour justifier l'extension de la portée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte).

législative creuse¹³⁵. L'absence de données empiriques systématiques sur la substituabilité de ces formes d'organisations en réaction à l'application limitée des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes aux sociétés canadiennes est donc une question qui revêt une certaine importance¹³⁶. Le phénomène récent des fiducies de revenu a toutefois mis en évidence leur substituabilité motivée par des considérations fiscales, quoique principalement dans un contexte national¹³⁷. De plus, des données non scientifiques et des données empiriques indirectes prouvant l'utilisation motivée par des considérations fiscales de plus en plus importante des entités qui sont traitées différemment par le pays de résidence et le pays de source (« entités hybrides ») indiqueraient un degré de substituabilité supérieur à ce qui a pu être le cas dans le passé¹³⁸. Même si la substitution est motivée par d'autres différences dans le traitement fiscal¹³⁹, le fait de ne pas appliquer les dispositions relatives à la capitalisation restreinte de la même manière aux succursales canadiennes, aux sociétés de personnes résidentes et aux fiducies résidentes offre la possibilité considérablement non contrainte d'utiliser les dettes entre personnes liées, en particulier, pour éroder davantage l'imposition dans le pays de source.

Le besoin d'appliquer les dispositions relatives à la capitalisation restreinte de façon uniforme à ces formes d'organisations pourrait être encore plus impérieux si la portée de ces dispositions est étendue aux dettes entre personnes non liées à des fins de déductibilité. La hausse des taux effectifs d'imposition pour les sociétés qui découlerait d'une extension des dispositions aux dettes entre personnes non liées pourrait en soi entraîner un degré plus élevé de substitution vers les succursales canadiennes, les sociétés de personnes résidentes ou les fiducies résidentes en tant que formes de transactions à imposées plus faiblement. La substituabilité entre ces deux dernières formes d'organisations en particulier et une société de portefeuille canadienne lors d'acquisitions financées par emprunt pourrait devenir particulièrement attrayante dans le cas où, tel que suggéré précédemment dans la partie 8.A.1, les fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes non résidentes étaient assujetties aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte en considérant ce genre de sociétés de personnes comme des personnes non résidentes pour les besoins des dispositions.

135 Mais voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 31 (les auteurs sont en faveur de l'uniformité du traitement des succursales et des sociétés, mais pas des sociétés de personnes, des fiducies et des sociétés en l'absence de l'utilisation considérable de ces formes d'entités en lieu et place de sociétés dans le contexte des investissements directs en provenance de l'étranger).

136 Voir, par exemple, Roger Gordon et Jeffrey MacKie-Mason, « Tax Distortions to the Choice of Organizational Form », *Journal of Public Economics*, vol. 55, n° 2 (1994), pp. 279-306. Voir aussi le rapport Ruding, supra note 23, pp. 104-106 (ce rapport rend compte des résultats d'une enquête selon lesquels les considérations fiscales jouent un rôle important dans la structure légale des investissements directs à l'étranger).

137 La substitution entre entités de même que la substitution des dettes subordonnées à haut rendement et à haut risque pour des capitaux propres étaient aussi au cœur de la structure des fiducies de revenu en tant que véhicules pour l'acquisition d'entreprises américaines. Pour une étude de certaines de ces structures et une analyse des conséquences sur l'impôt sur le revenu au Canada et aux États-Unis, voir Andrew W. Dunn et Dennis M. Metzler, « Cross-Border Income Trusts » dans *Report of Proceedings of the Fifty-Fifth Tax Conference*, 2003 Conference Report (Toronto : Canadian Tax Foundation, 2004), pp. 28:1-45.

138 Voir, par exemple, les sources citées dans la note 18 ci-dessus. La structuration efficace sur le plan fiscal des investissements directs à l'étranger, y compris l'utilisation d'entités hybrides dans des « structures étagées », est le point central des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans la section 18.2. Canada, ministère des Finances, Communiqué 2007-041, 14 mai 2007.

139 Il semblerait que ce soit le cas, par exemple, en ce qui a trait aux fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes dont les associés sont des investisseurs non résidents. Lorsqu'une société de personnes résidente est substituée pour une société résidente de portefeuille à titre de véhicule d'acquisition, les dispositions relatives à la capitalisation restreinte peuvent être évitées lorsque la dette passe par le véhicule d'acquisition pour se rendre à la société cible. Les règles applicables à la détention indirecte d'actions peuvent être utilisées en plus du traitement comme entité distincte pour attribuer les dettes et les capitaux propres d'une société cible à des associés non résidents. Voir partie 8.A.1.

3. *Extension aux investisseurs résidents exonérés d'impôts*

La restriction à la déductibilité des frais d'intérêt peut être utilisée comme un outil d'intervention pour atténuer tout traitement avantageux apparent des intérêts par rapport aux dividendes. Dans le cas des investisseurs résidents imposables, la déduction pour dividendes entre sociétés et le crédit d'impôt pour dividendes réduisent l'impôt au niveau des actionnaires de sorte qu'il ni l'un ni l'autre n'est assujetti à un traitement favorable. Mais ce n'est pas le cas en ce qui concerne les entités exonérées d'impôt comme les caisses de retraite. Comme les dividendes ne sont pas déductibles pour une société résidente et comme le crédit d'impôt pour dividendes n'est pas remboursable, les actionnaires nationaux exonérés d'impôt sont en fait assujettis à l'impôt des sociétés pour ce qui est des revenus sous-jacents à partir desquels les dividendes sont payés. Comme les frais d'intérêt sont généralement déductibles pour une société résidente, le rendement sur les dettes détenues par des investisseurs nationaux exonérés d'impôts n'est pas assujetti à l'impôt des sociétés pour le payeur ou à tout autre impôt au niveau de l'investisseur.

Dans le contexte des investissements directs dans les sociétés cotées en bourse, les dispositions récemment promulguées sur les entités intermédiaires de placement déterminées (EIPD) en pratique traitent les distributions d'intérêts déductibles comme étant des dividendes, atténuant ainsi le traitement avantageux des investissements sous forme de dettes par des entités nationales exonérées d'impôt¹⁴⁰. Plus important encore peut-être, ces dispositions n'ont aucune incidence sur les dettes accordées par des sociétés privées, qu'elles soient détenues de façon directe par des entités nationales exonérées d'impôt ou de façon indirecte par des fonds d'actions privés. La même distorsion continue d'exister en ce qui a trait aux investissements de portefeuille dans les sociétés canadiennes pour les investisseurs non résidents exonérés d'impôt comme les fonds d'investissement souverains. Cette distorsion en faveur de la dette dans le contexte des capitaux propres privés pourrait être atténuée en étendant la portée des restrictions relatives à la capitalisation restreinte aux frais d'intérêt payables à des entités nationales ou non résidentes exonérées d'impôt. Une méthode de ce genre a été adoptée en vertu de la règle américaine contre le dépouillement des gains, qui s'applique aux intérêts sur les dettes détenues par des entités nationales exonérées d'impôt liées à l'émetteur. Mais le bien-fondé sous-jacent d'une disposition concernant la capitalisation restreinte axée sur les dettes entre personnes liées ne reflète habituellement pas les aspects économiques et juridiques de la relation entre une société émettrice et un investisseur exonéré d'impôt¹⁴¹. En particulier, les dettes d'une société canadienne détenues directement par une entité nationale exonérée d'impôt ont tendance à prendre la forme de ce qui pourrait être considéré comme de l'investissement de portefeuille. Dans le contexte des restrictions à la déductibilité axées sur les dettes entre personnes liées,

140 Articles 197 et 122.1.

141 L'application de la législation américaine contre le dépouillement des gains aux dettes détenues par des entités nationales exonérées d'impôt liées à l'émetteur a apparemment été adoptée pour tenter de parvenir à un traitement uniforme des résidents et des non-résidents dans des circonstances semblables et, par conséquent, éviter l'application du principe de non-discrimination dans les conventions fiscales des États-Unis. Voir, par exemple, Mary C. Bennett, « Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle », *Tax Law Review*, vol. 59, n° 4 (2006), pp. 439-485, à la p. 453. Le contexte législatif de l'alinéa 163(j) du IRC indique aussi que cette position s'ajoute à l'argument selon lequel le principe de non-discrimination ne serait pas bafoué en raison de la reclassification juridique possible de la dette détenue par un actionnaire en tant que capitaux propres, et ce, pour les résidents autant que pour les non-résidents. Voir, par exemple, Shay et coll., supra note 91, pp. 114-115. La contrainte pour une réforme des dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte que présente le principe de non-discrimination, tel qu'intégré dans le réseau de conventions fiscales du Canada, est étudiée dans la partie 9.

une entité exonérée d'impôt sera rarement une personne liée (défini en fonction d'un niveau déterminé de détention d'actions). En effet, on peut supposer que ce qui semble être une dette est réellement une dette¹⁴².

Tel que signalé précédemment, l'Allemagne, l'Italie ainsi que le Danemark ont édicté une législation contre le dépouillement des gains applicable aux intérêts sur toutes les dettes des sociétés résidentes, qu'elles soient sous contrôle étranger ou non. Cependant, lorsque la portée des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts s'étend aux dettes entre personnes non liées pour empêcher leur répartition motivée par des considérations fiscales, le bien-fondé de cette extension se limite aux investissements directs étrangers. Tel qu'indiqué dans la partie 8.A.1, il est permis de croire que l'acquisition d'un investissement direct dans une société canadienne par une société de personnes non résidente devrait être traitée de la même façon qu'une acquisition financée par emprunt effectuée par une société de portefeuille non résidente. L'obtention de ce résultat, qui peut se faire en considérant une société de personnes non résidente comme une personne pour les besoins des définitions de « non-résident déterminé » et d'« actionnaire non résident déterminé » peut être considérée comme généralement cohérente avec l'accent mis sur les investissements directs étrangers. À ce titre, ce processus peut être qualifié de réforme marginale, même s'il aurait des conséquences sur les investissements par des entités exonérées d'impôt effectués par l'entremise de fonds d'actions privés. L'extension d'une réforme comparable dans le contexte national — c'est-à-dire aux investissements des entités nationales exonérées d'impôt dans des sociétés privées par l'entremise de fonds d'actions privés nationaux — implique des considérations de politiques très différentes. Bref, le bien-fondé de l'application d'une restriction relative à la déductibilité en général dans le contexte des investissements intérieurs par des entités nationales exonérées d'impôt, de façon directe ou indirecte et à titre majoritaire ou non majoritaire, met en jeu toutes les formes d'investissements où la dette est assujettie à un traitement fiscal avantageux¹⁴³. À ce titre, ce type d'initiative de réforme fondamentale dépasse le mandat du Groupe consultatif.

4. *Substituts à la dette*

Le revenu du capital se compose généralement de :

- la rendement normal de l'attente ou, alternativement, du prix exigé pour reporter la consommation¹⁴⁴;
- d'une prime pour l'acceptation de risques ne pouvant être diversifiés (aussi appelé le rendement sur la prise de risque);
- des rentes économiques ou, également, des rendements extraordinaires générés par une position dominante sur le marché.

142 Mais voir la note 129 ci-haut en ce qui concerne l'extension de la portée des règles sur la capitalisation restreinte du Danemark aux fonds d'actions privés structurés comme des sociétés de personnes non résidentes même si la non-déductibilité est limitée aux intérêts sur les dettes entre personnes liées. En traitant les sociétés de personnes non résidentes comme des entités distinctes, l'acquisition d'intérêts majoritaires dans une société résidente danoise est traitée comme un investissement direct étranger.

143 Voir, par exemple, Kaserer, supra note 85, p. 21 (l'auteur souligne l'effet négatif de l'extension de la portée d'une restriction globale relative au dépouillement des gains aux investisseurs nationaux non liés sur le coût du capital des petites et moyennes entreprises).

144 Le rendement normal comprend aussi la compensation en prévision de l'inflation escomptée.

Selon la documentation portant sur la politique fiscale internationale, le premier élément, ainsi qu'une partie du second, est identifié aux investissements de portefeuille et aux investissements directs mobiles. Les trois éléments sont souvent associés aux investissements directs non-mobiles. Qui plus est, comme il est mentionné à la section 2, les profits propres à un lieu générant des rendements extraordinaires peuvent être imposés dans le pays de source sans que cela n'engendre de distorsion relativement au choix du lieu d'investissement.

La raison d'être des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dont l'application s'étend aux dettes entre personnes non liées est d'assurer l'imposition dans le pays de source des trois éléments constituant le revenu sur les capitaux propres obtenus de personnes non liées investis dans le pays par un groupe multinational. En pratique, le rendement total des capitaux propres du groupe peut être imposé dans le pays de source, à condition que le ratio d'endettement consolidé du groupe international serve de base pour fixer la limite maximale de la déductibilité des frais d'intérêt sur la dette du groupe, soit directement par le truchement d'emprunts par les membres du groupe auprès de personnes non liées, ou indirectement par le recours à l'endettement entre personnes liées. Dans les cas où un ratio fixe supérieur au ratio d'endettement du groupe est utilisé, les fonds propres du groupe peuvent être convertis en dette entre personnes liées déductible du revenu imposable, ce qui permet de soustraire le rendement normal qui leur est associé, ainsi que tout rendement lié à la prise de risque, à l'imposition dans le pays de source. Une restriction relative à la déductibilité des intérêts limitée à la dette entre personnes liées et qui ne tient pas compte de la dette entre personnes non liées dans le calcul du ratio d'endettement permet de rapatrier, sous forme de frais d'intérêt déductibles, une partie encore plus importante des profits. En pratique, à l'intérieur des limites fixées par ce ratio il est possible de substituer la dette entre personnes liées aux capitaux propres obtenus de personnes liées pour fin de déductibilité fiscale. Dans la mesure où il est possible d'avoir recours à une gamme de substituts à la dette pour éviter l'application de l'une ou l'autre des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts, une partie additionnelle du rendement normal et du rendement sur la prise de risque des capitaux investis peut également être rapatriée. Il est même possible d'éviter que les rendements extraordinaires soient imposés dans le pays de source, selon le type de substituts à la dette choisi.

Il est dit dans partie 4 que le recours à des substituts à la dette pour éviter l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte a été décrit, dans le Budget de 2000, comme une source de préoccupation, bien qu'aucune consultation publique ne s'ensuivit, et, qu'en fin de compte, aucune réforme ne fut proposée. La définition très limitée donnée aux notions d'endettement et d'intérêt, notions qui servent de base pour déterminer les types de paiements autrement déductibles, rend l'utilisation de substituts à la dette particulièrement préoccupante dans un contexte où s'appliquent les dispositions relatives à la capitalisation restreinte¹⁴⁵. Tels qu'habituellement interprétés par les tribunaux aux fins de la Loi, les concepts « intérêts » et « endettement » ont une portée assez limitée. L'interprétation donnée au concept d'« intérêt » est conforme à son sens aux fins du droit privé, à savoir qu'un montant

145 Cette question est abordée par Williamson et Garland, supra note 2, p. 28, relativement aux baux et aux produits financiers dérivés, sans commentaires.

d'intérêt doit être calculé sur la base du principal et doit s'accumuler quotidiennement¹⁴⁶. De même, les concepts d'«endettement» et de « dette » semblent avoir une portée très restreinte, limitée à toute transaction donnant lieu à l'établissement d'une relation débiteur-créancier conformément aux exigences du droit privé¹⁴⁷ et excluant toute transaction qui pourrait être définie comme constituant un substitut à la dette, dans le sens où elle génère des rendements équivalents à un rendement normal de l'attente sans toutefois donner naissance à une relation débiteur-créditeur conformément aux exigences du droit privé. En fait, la portée limitée des concepts d'« intérêt » et d'« endettement » semble exclure une gamme de produits financiers générant pareils rendements, y compris, à titre d'exemple :

- la dette à terme fixe avec dérivés incorporés dont le rendement est incertain (« dette à rendement incertain »);
- les instruments financiers dérivés, tels que les options profondément dans le cours et les contrats à terme prépayés, comportant un élément de dette incorporé qui génère un retour sur l'attente;
- les actions privilégiées à paiements fixes;
- les contrats de location-acquisition générant un retour sur l'attente et remboursant un prêt intégré.

Du point de vue des principes généraux, il apparaît évident que la méthode à utiliser dans les cas des substituts à la dette consiste à considérer que toute transaction qui génère des frais d'intérêt déductibles (ou l'équivalent) selon les dispositions prévues généralement par la Loi est une dette. Cependant, il est nettement plus difficile de traduire pareille proposition pour ainsi dire fort simple en dispositions législatives. Les règles relatives à la capitalisation restreinte appliquées en Nouvelle-Zélande, selon lesquelles, aux fins de ces règles, est défini comme une dette tout instrument dont l'utilisation donne lieu à une déduction pour emprunts en vertu du régime d'impôt sur une base de comptabilité d'exercice en vigueur, illustrent cette possibilité. Bref, tous les instruments classifiés comme dette selon le régime d'impôt sur une base de comptabilité d'exercice sont traités comme des titres de dette selon les dispositions de la capitalisation restreinte. Les règles sont à peu près semblables en Australie, pays qui a adopté un régime exhaustif en vertu duquel un ensemble important d'instruments financiers sont classifiés aux fins de l'impôt et des dispositions portant sur la capitalisation restreinte, soit dans la catégorie dette, soit dans la catégorie capitaux propres¹⁴⁸. Mais en l'absence d'un ensemble de dispositions législatives selon lesquelles les dettes et un ensemble de substituts à la dette seraient traités de façon équivalente aux fins de la comptabilisation du revenu et de la reconnaissance des charges, il demeure difficile de s'inspirer d'un pareil exemple dans la pratique. En effet, le fait qu'il n'existe pas de méthode permettant de classer de façon exhaustive les instruments financiers entre dettes et capitaux propres constitue un problème qui déborde du cadre des dispositions législatives relatives à la capitalisation

146 Voir, de façon générale, Tim Edgar, « The Concept of Interest Under the Income Tax Act » *Canadian Tax Journal*, vol. 44, n^o. 2 (1996), pp. 277-347. Dans *The Queen c. Thyssen Canada Limited*, [1987] 1 CTC 112; 87 DTC 5038 (CAF), il fut jugé que les frais de retard de paiement relativement à l'achat d'acier par une filiale canadienne de la société mère allemande étaient des intérêts selon le paragraphe 18(4).

147 Voir, par exemple, *Uddelholm c. The Queen*, [1987] 2 CTC 236; 87 DTC 5431 (C.F. 1^{re} inst.) et *The Queen c. Thyssen*, supra note 146.

148 *Income Tax Assessment Act 1997* (ITAA), Division 970.

restreinte. Si des règles relatives à la classification devaient être élaborées, il vaudrait la peine qu'elles le soient aux fins de la Loi et non pas uniquement aux fins des règles relatives à la capitalisation restreinte.

En l'absence de règles de classification exhaustives, le mieux que nous puissions faire est probablement d'élargir un peu la définition relativement limitée donnée aux notions d'« intérêt » et de « dette » pour y inclure, sur une base exclusivement ad hoc, certaines transactions ou certains instruments expressément mentionnés qui peuvent être utilisés couramment en tant que substituts à la dette. Il semble que l'ajout d'une formulation législative pour inclure les montants versés « tenant lieu d'intérêts » n'élargirait pas de façon significative la portée de la notion d'intérêt, même si la portée de la notion de dette était élargie de la même manière. L'expérience nous apprend que l'ajout, à d'autres dispositions de la Loi, d'une formulation législative comparable visant l'élargissement de leur portée respective n'aurait qu'un effet insignifiant tout au plus¹⁴⁹. De plus, bien qu'il existe, en vertu des dispositions de la Loi, une gamme de titres et de transactions pouvant être, quant à leur équivalence fonctionnelle, considérés comme des dettes aux fins autres que celles des dispositions portant sur la capitalisation restreinte, il semble qu'en l'absence de dispositions relatives à la classification aux fins de la loi, ces titres et ces transactions ne peuvent être considérés comme des dettes. Dans la plupart des cas, le droit privé continue d'en déterminer la forme et la substance et, par conséquent, leur classification aux fins de l'impôt, et ce, en l'absence d'une règle précise ou déterminative générale¹⁵⁰.

Des règles de classification de la dette et des capitaux propres exhaustives ont tendance à s'appliquer aux instruments financiers hybrides, c'est-à-dire, à la combinaison de deux ou de plusieurs instruments financiers considérés comme formant un seul instrument selon les dispositions du droit privé. Des questions relatives à la classification sont aussi soulevées par les instruments financiers synthétiques et des transactions qui ne sont pas habituellement associés au rendement sur l'attente, mais qui peuvent générer un rendement équivalent. Les dispositions relatives à la capitalisation restreinte ne permettent pas de traiter le recours à cette catégorie de substituts à la dette qui donne naissance à ce qui équivaut à des frais d'intérêt déductibles, bien que, aux fins de l'impôt, ces substituts ne soient, d'aucune façon, nécessairement considérés comme une dette. Par exemple, il est possible de soutenir que les déboursés effectués à l'égard d'instruments financiers dérivés devraient demeurer déductibles dans les cas où pareils instruments servent à couvrir le risque. Toutefois, pareil statut de déductibilité peut permettre la création d'un instrument financier synthétique (c'est-à-dire, par la combinaison de deux ou de plusieurs instruments financiers juridiquement distincts) qui permet de rendre déductible le rendement non-déductible d'un instrument unique sans

149 Voir, par exemple, les alinéas 12(1)c) et 212(1)b) où la définition juridique du terme « intérêt » apparaît comme l'élément central déterminant l'étendue de ces dispositions d'imposition en dépit de l'élargissement de la définition pour inclure les paiements au compte ou tenant lieu d'intérêt. Ce libellé n'a été que très rarement interprété pour inclure les substituts aux intérêts. Une méthode restrictive semblable a été appliquée au paragraphe 16(1) et au paiement combiné du principal et des intérêts en vertu de ce paragraphe. Voir Edgar, supra note 146.

150 Un exemple probant est le traitement des contrats de location-financement visés par la Loi. Dans certains pays, ce type de transaction est classifié comme acquisition financée par emprunt aux fins de l'impôt conformément au traitement comptable. Mais soumis à la reclassification indéterminée selon la jurisprudence, on arrive au même résultat par l'application des dispositions de la Loi relatives au crédit-bail sans qu'il soit nécessaire de traiter les transactions comme des acquisitions d'actifs financées par un emprunt comportant un élément incorporé eu égard à l'intérêt. Voir les règlements 1100(1.1)-(1.3) et l'article 16.1; et Roger D. Ashton, « Leasing: Recent Developments » dans *Current Issues in Corporate Finance*, 1997 Corporate Management Tax Conference (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998), pp. 11:1-45, aux pp. 11:2-17.

qu'il ne soit lui-même traité comme une créance. De la même façon, dans les cas où les frais de gestion et les frais de licence (ou les loyers de façon plus générale) demeurent déductibles, ces paiements peuvent servir à répartir les bénéfices, au moins à hauteur du rendement normal, et même une restriction relative à la capitalisation restreinte telle que celles en place en Nouvelle-Zélande et en Australie qui s'étendent à un ensemble important d'instruments générant des déductions pour emprunt ne s'appliquera pas dans pareil cas. Parce que ce type de paiements ne sont habituellement pas associés à une dette, seule leur inclusion explicite aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte peut avoir pour effet de les soumettre à la règle de non-déductibilité dans le contexte des investissements directs étrangers. La solution de rechange consiste à continuer de s'en remettre aux règles et aux pratiques d'établissement des prix de transfert, plutôt qu'aux dispositions relatives à la capitalisation restreinte, pour déterminer l'état de déductibilité de la gamme complète de déductions qui ne sont pas considérées comme des dettes.

En fait, chaque fois que l'on établit une distinction entre les paiements déductibles et ceux qui ne le sont pas, une pression sera exercée sur les règles et les pratiques relatives à l'établissement des prix de transfert dans le but de maintenir une certaine contrainte sur le processus de substitution des paiements non déductibles en paiements déductibles motivé par des considérations fiscales¹⁵¹. Mais même dans le cas extrême d'une structure financière entièrement composée de dettes, où la dette entre personnes liées a presque entièrement remplacé les capitaux propres obtenus de personnes liées, les rendements extraordinaires et l'ensemble des rendements sur la prise de risque ne peuvent en être dépouillés comme frais d'intérêt déductibles. À cet égard, le paiement de redevances entre personnes liées dans le but de les utiliser comme substituts déductibles en remplacement des dividendes demeure un problème important eu égard à l'imposition, dans le pays de source, des rendements extraordinaires et des rendements sur la prise de risque¹⁵². Les règles relatives à la capitalisation restreinte, qui utilisent le ratio d'endettement comme expression d'une exigence de pleine concurrence envers la répartition des frais d'intérêt résultant des transactions de droit privé conclues par un groupe de sociétés multinationales, peuvent difficilement permettre d'aborder la question du recours aux redevances entre personnes liées. Notamment, il peut, dans la pratique, s'avérer difficile de convertir des redevances en une forme de capitalisation notionnelle comportant un retour sur l'attente, un rendement sur la prise de risques et un rendement extraordinaire. Une façon d'améliorer la fiscalité dans le pays de source serait d'élargir l'utilisation de la méthode contre le dépouillement des gains à toute forme d'intérêts (c'est-à-dire, à l'intérêt relatif à la dette entre personnes non liées et à la dette entre personnes liées) ainsi qu'aux paiements de redevance versés aux personnes liées. En principe, du moins, il est beaucoup plus simple d'appliquer le ratio de couverture des intérêts utilisé selon cette

151 Voir, à cet égard, Andrew M.C. Smith et Paul V. Dunmore, « Tax Avoidance and the Financial Structures of Non-Resident Controlled Companies in New Zealand », *Australian Tax Forum*, vol. 13, n° 3 (1997), pp. 277-309 (on y émet l'hypothèse que, durant la période 1983-1992, la faiblesse des règles relatives aux prix de transfert a fourni aux sociétés étrangères établies en Nouvelle-Zélande de multiples possibilités de transférer des revenus et a ainsi permis que le financement de ces sociétés repose sur un avoir moindre que celui assurant le financement des sociétés sous contrôle néo-zélandais, mais il y avait de fortes chances que leur dette soit assumée par des apparentés et ne porte pas intérêt).

152 À cause de l'existence de contraintes non fiscales, il ne semble pas que les considérations fiscales soient aussi déterminantes relativement à la répartition des paiements de redevances que dans le cas de la répartition de la dette entre personnes non liées. Ainsi, le bien-fondé pour l'élargissement de l'application des restrictions relatives à la déductibilité est probablement plus convaincant dans le cas du paiement de redevances entre parties liées. Voir, par exemple, *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, p. 7 (où l'on établit une distinction entre le recours à la déduction des intérêts sur la dette entre personnes liées motivé par des considérations fiscales et le recours à d'autres formes de paiements déductibles, du fait que les premiers « ... n'exige pas vraiment le déplacement d'actifs ou des modifications aux opérations d'une société ... » [traduction]).

méthode aux paiements de redevances entre personnes liées, ainsi qu'aux intérêts versés sur la dette entre personnes non liées et à celle contractée entre personnes liées. Mais le principe de non-discrimination examiné à la partie 9 impose une contrainte potentiellement contraignante à l'élargissement de l'application de ce type de restriction applicable à la déductibilité des intérêts relativement aux paiements de redevances et aux déductions non-imputables aux dettes. Il est à prévoir que les pays qui se situent au premier rang parmi les grands exportateurs de capitaux, tels que les États-Unis, s'appuieront sur ce principe pour faire valoir, de façon énergique, la compétence du pays de résidence eu égard à l'imposition des paiements de redevances¹⁵³.

B. Problèmes conceptuels de second ordre

1. *Traitement des dettes garanties, de la dette sans intérêts, et des dépôts de compensation*

Le statut des emprunts auprès de personnes non liées par une société sous contrôle étranger qui sont garantis, ou autrement assortis d'une garantie consentie par un autre membre du groupe, doit être abordée dans les restrictions portant sur la déductibilité des intérêts dont l'application est limitée à la dette entre personnes liées utilisée comme technique de prix de transfert. Tel qu'indiqué ci-dessus dans la partie 4, les règles relatives à la capitalisation restreinte en vigueur au Canada ne s'appliquent, en ce qui a trait au calcul du ratio d'endettement, qu'à la dette détenue par des non résidents déterminés et ne s'appliquent pas à la dette entre personnes non liées, qu'elle soit garantie ou non, bien que le Budget de 2000 comprenait une proposition visant à inclure un ensemble de dettes entre personnes non liées garanties par un non-résident déterminé. Il convient de souligner que la réglementation américaine contre le dépouillement des gains comporte des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dont la portée, tout en étant limitée à la dette entre personnes liées, permet néanmoins l'annulation des déductions pour intérêts sur la dette garantie.

Le fait de ne pas inclure la dette garantie ou autrement assortie d'une garantie fournie par un membre du groupe non-résident est probablement fondé sur le raisonnement que les frais d'intérêt qui lui sont associés n'entraînent pas de diminution de recettes pour le pays importateur de capitaux. Dans le cas où le prêteur non lié est un résident, les frais d'intérêt sont assujettis à l'impôt en vigueur, conformément aux règles de calcul du revenu appliquées dans ce pays. Dans le cas où le prêteur non lié n'est pas un résident, on peut supposer que les intérêts opposés des parties feront en sorte que les termes et les conditions de la dette seront respectés. Autrement dit, on peut supposer que la dette ne constituera pas des capitaux propres déguisés. L'ajout d'une garantie consentie par un membre du groupe ne semble pas devoir modifier les raisons permettant la déductibilité des intérêts dans cette situation. Une

¹⁵³ Il serait possible d'encourager l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte, sans mettre en cause le principe de non-discrimination, en imitant l'approche italienne qui limite l'application de la règle de non-déductibilité à tout type de redevances, de frais de gestion et de paiements similaires payés aux résidents d'un paradis fiscal, à moins que les bénéficiaires n'exploitent activement une entreprise dans le pays ou parce qu'il existe un objectif commercial prédominant. Pareille règle, favorable à cette démarche, pourrait même être liée à l'initiative relative aux paradis fiscaux pour soutenir pareille initiative relativement aux investissements directs en provenance de l'étranger. Voir le Budget de 2007, supra note 5, Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu, résolutions (31)-(33) (qui proposent l'élargissement des surplus exonérés pour y inclure les revenus d'entreprise d'une société étrangère affiliée dans un pays non-signataire d'une convention qui a conclu un accord d'échange d'information et qui se proposent de traiter pareil revenu comme un revenu étranger accumulé, tiré de biens, assujetti à l'impôt canadien sur une base de comptabilité d'exercice en l'absence d'un tel accord).

dette garantie équivaut toutefois, dans une certaine mesure, à un emprunt contracté par le garant et à une réaffectation des prêts correspondants. Sous cette forme, la transaction serait l'équivalent d'une dette entre personnes liées. Pareille équivalence est d'autant plus apparente dans le cas d'un emprunt qui n'aurait pas été consenti à l'emprunteur, aux conditions précisées, sans qu'une garantie soit fournie par un autre membre du groupe. Par conséquent, selon certaines conditions, il est possible qu'une dette garantie puisse servir, pour des raisons fiscales, de substitut à un prêt entre personnes liées consenti à une société sous contrôle étranger.

L'inclusion de la dette garantie aux fins des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts est un sujet litigieux en premier lieu à cause du besoin de distinguer entre son utilisation motivée pour des raisons fiscales et son utilisation à des fins commerciales, pour éviter que dans ce deuxième cas des effets non souhaités ne se manifestent¹⁵⁴. Dans le cas où il serait impossible d'établir pareille distinction avec un degré minimal de certitude, l'option législative à privilégier est l'inclusion complète ou l'exclusion complète de la dette garantie aux fins de la déductibilité¹⁵⁵. Les règles relatives à la capitalisation restreinte qui s'appliquent à la dette entre personnes non liées et qui détermine une limite à la répartition de cette dette motivée par des considérations fiscales permet de trancher ce choix en incluant ce type de dette sur une base bien différente de celle constituée par la formulation des arguments concernant le statut de la dette garantie aux fins de règles qui mettent l'accent sur l'utilisation de la dette entre personnes liées comme technique de prix de transfert. Dans les cas où l'application des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts est limitée à la dette entre personnes liées, l'exclusion de toutes les dettes garanties aux fins de la déductibilité s'avère le choix qui s'impose seulement s'il peut être démontré, avec un degré minimal de certitude, que l'incidence négative sur l'utilisation commerciale de pareil type de dette serait plus dommageable que toute perte de revenus attribuable à son utilisation motivée par des considérations fiscales. Il n'existe pas de données empiriques sur ce sujet, bien que la pratique des pays confirme l'inclusion de la dette garantie dans les cas où les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts sont limitées à la dette entre personnes liées¹⁵⁶.

Comme il est mentionné à la partie 6, l'inclusion à part entière de la dette entre personnes non liées dans le calcul du ratio d'endettement mais non aux fins de la règle de non-déductibilité (qui s'appliquerait seulement aux intérêts sur la dette entre personnes liées) constitue un compromis entre l'inclusion et l'exclusion de la dette garantie aux fins de la déductibilité. Selon cette approche qui reflète l'importance accordée à la dette entre personnes liées, la règle de non-déductibilité ne s'appliquerait pas à la dette garantie, considérée comme un type particulier de dette entre personnes non liées; pareille dette serait, en revanche, prise en compte dans la détermination de la capacité d'emprunt de toute entreprise sous contrôle étranger disponible pour l'utilisation de la dette entre personnes liées en tant que mécanisme permettant l'affectation, au pays de source, de la dette entre personnes non liées d'un groupe multinational.

154 Williamson et Garland, supra note 2, p. 29 (suggérant que la dette garantie ne devrait pas être comprise dans le calcul du ratio d'endettement aux fins de la capitalisation restreinte, à l'exception des situations où il apparaît certain qu'une entreprise sous contrôle étranger n'aurait pu emprunter sans disposition de garantie ou dans le cas où le ratio d'endettement consolidé dépasse certaines limites définies).

155 Rapport Mintz, supra note 4, p. 6.32 (formulant apparemment la question comme étant le même choix entre tout ou rien et privilégiant l'exclusion pour éviter de perturber le recours à la dette garantie motivé par des raisons commerciales).

156 Le statut de la dette garantie demeure problématique eu égard à la législation américaine contre le dépouillement des gains, certaines modifications législatives proposant d'en modifier les règles d'inclusion aux fins de la non-déductibilité. Voir *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 30-31.

Mais tel qu'il est mentionné à la partie 6, il serait toujours possible d'utiliser une dette garantie comme moyen de se soustraire à l'application de la règle de non-déductibilité. Dans la mesure où la dette garantie est substituée, à cette fin, à la dette entre personnes liées, pareille dette devrait être reconnue comme une dette entre personnes liées. Une façon possible d'envisager cette question d'identification serait de présumer que toute dette garantie constitue une dette entre personnes liées dans la mesure où le ratio d'endettement d'un membre du groupe, calculé sur la base de la dette entre personnes non liées et de l'ensemble des capitaux propres du membre, dépasse le ratio consolidé du groupe en question. Pareille règle déterminative, eu égard à l'application de la règle de non-déductibilité, mettrait la dette garantie au premier rang devant la dette personnes non liées. Dans la mesure où la dette garantie comble la balance de la capacité d'emprunt admissible d'un membre d'un groupe, déterminée sur la base du ratio d'endettement consolidé du groupe mondial, l'utilisation de la dette garantie serait considérée comme non motivée par des considérations fiscales, ce qui lui permettrait de conserver sa qualité de dette entre personnes non liées aux fins de la déductibilité.

Contrairement à ce qui se passe dans le cas de la dette garantie, tenir compte de toute la dette aux fins du calcul du ratio d'endettement ne prend pas nécessairement en compte de manière appropriée le statut de la dette sans intérêts. Parce que ce type de dette ne génère pas d'intérêt, il est évident qu'elle ne peut être utilisée pour soustraire des revenus de l'assiette fiscale du pays de source (du moins dans le cas d'une émission séparée). Il est ainsi intuitivement attrayant d'exclure pareille dette du calcul du ratio d'endettement, une approche cohérente avec les dispositions relatives à la capitalisation restreinte et règles comparables en vigueur dans la plupart des autres pays. En fait, parce qu'une règle contre le dépouillement des gains repose sur l'utilisation d'un ratio de couverture des intérêts comme méthode à facteur unique pour identifier les cas où la dette non liée est répartie pour des raisons fiscales, la dette sans intérêts se trouve automatiquement exclue. Selon cette façon de procéder, l'exclusion survient par défaut, et d'inclure ce type de dette exigerait, aux fins du calcul du ratio de couverture des intérêts, d'imputer des frais d'intérêt sur cette dette. Selon les dispositions relatives à la capitalisation restreinte, le fait que la dette sans intérêts soit considérée comme dette signifie que l'inclusion est automatique et des frais d'intérêt sont imputés automatiquement étant donnée l'application proportionnelle de la règle de non-déductibilité aux frais d'intérêt. Le fait pour les dispositions relatives à la capitalisation restreinte de ne s'appliquer qu'à la dette portant intérêt a pour effet d'exclure la dette sans intérêts de la même façon que le fait la législation contre le dépouillement des gains.

Il existe, en fait, trois traitements possibles applicables à la dette ne portant pas intérêt pour calculer le niveau de dette permis en vertu des dispositions relatives à la capitalisation restreinte et des règles contre le dépouillement des gains¹⁵⁷ :

- l'inclusion en tant que dette;
- l'exclusion en tant que dette et l'inclusion en tant que capitaux propres;
- l'exclusion en tant que dette, mais sans l'inclusion en tant que capitaux propres.

¹⁵⁷ Voir, par exemple, Williamson et Garland, supra note 2, p. 28 (concluant que la dette ne portant pas intérêt devrait être traitée en tant que capitaux propres ou, au pire, exclue en tant que dette du calcul du ratio d'endettement).

Bien que les coûts administratifs et d'observation des règles relatifs à chaque traitement puissent connaître certaines variations, le choix peut être déterminé essentiellement en fonction du degré de contrainte imposé par la règle de non-déductibilité (et de l'augmentation du taux effectif d'imposition qui lui est associé). L'inclusion de la dette sans intérêts dans le calcul du niveau d'endettement permis constitue le choix le plus limitatif. En pratique, l'inclusion entraînerait à peu près le même effet de priorisation que l'inclusion de la dette garantie dans le calcul du ratio d'endettement sans refuser la déductibilité de l'intérêt sur cette dette. Mais contrairement à ce qui se passe dans le cas de la dette garantie portant intérêt, le recours à pareille règle de priorisation pour le calcul du ratio d'endettement serait suffisant, même dans le cas où la règle de non-déductibilité ne s'applique qu'à la dette entre personnes liées. En comparaison, l'inclusion de la dette sans intérêts en tant que capitaux propres dans le calcul du niveau de dette permis constitue le moins limitatif des traitements¹⁵⁸. L'exclusion en tant que dette, mais sans l'inclusion en tant que capitaux propres, est un traitement basé sur un compromis qui, intuitivement, présente un attrait indéniable¹⁵⁹.

L'exclusion de la dette sans intérêts entraîne des conséquences fiscales différentes pour des transactions économiquement équivalentes, ce qui veut dire que pareille dette pourrait être utilisée comme technique d'évitement fiscal. Par exemple, il serait possible de diviser une seule obligation portant intérêt pour former deux instruments, l'un ne portant pas intérêt, l'autre portant intérêt à un taux d'intérêt plus élevé pour un même risque et rendement que pour l'instrument unique. Pareille forme transactionnelle permettrait d'éviter l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte par l'intégration, dans les faits, d'une partie du principal de l'instrument unique à une obligation ne portant pas intérêt qui est exclue à la fois de la règle de non-déductibilité et du calcul du ratio d'endettement. L'inclusion de toute la dette ne portant pas intérêt dans le calcul du ratio pourrait fournir une solution systémique à ce type de transaction et aux transactions comparables, mais il se peut que cela entraîne des effets non désirés relativement à l'utilisation de la dette ne portant pas intérêt à des fins commerciales. La solution de rechange à l'inclusion (comme réponse aux utilisations motivées par un avantage fiscal) est le recours aux règles de prix de transfert dans le but de limiter l'intérêt sur la dette qui est émise en combinaison avec une dette ne portant pas intérêt comme technique d'évitement fiscal. On ne se sait pas au juste si l'élaboration d'une règle précise, dictée par le besoin de lutter contre l'évitement fiscal est nécessaire vu l'existence de la RGAÉ.

158 Selon les règles relatives à la capitalisation restreinte qui précisent le niveau de dette permis en fonction d'un ratio dette-sur-actif, l'inclusion en tant qu'actif résulte de l'exclusion de la dette ne portant pas intérêt en tant que dette. L'inclusion survient par défaut et l'exclusion des capitaux propres exigerait une réduction compensatoire des actifs. La même chose se produit dans le cas de la législation contre le dépouillement des gains, à moins que les recettes ne soient attribuées à la dette ne portant pas intérêt et exclues de l'application du ratio de couverture des intérêts. Consulter Andrew M.C. Smith, « New Zealand's Thin Capitalization Rules », *Canadian Tax Journal*, vol. 44, n° 6 (1996), pp. 1525-1551, à la page 1547 (prenant note que le traitement de la dette ne portant pas intérêt conformément aux règles en vigueur en Nouvelle-Zélande constitue le point faible, puisqu'il est relativement facile de modifier le ratio d'endettement en recourant à pareille dette).

159 Les mêmes problèmes se posent relativement au statut de divers instruments, telle la dette à paiement incertain, qui peut être considérée comme une dette selon le droit privé, mais qui n'engendre pas de charges d'intérêts déductibles. Par exemple, il se peut qu'une dette comportant un élément de participation aux profits (c'est-à-dire un montant d'intérêt conditionnel au rendement des actifs sous-jacents de l'émetteur) puisse ou ne puisse pas engendrer des charges d'intérêts déductibles. De la même manière, en l'absence de règles de classification exhaustives prévoyant la division de la dette comprenant des instruments dérivés incorporés en ses diverses composantes (c'est-à-dire, une dette à paiement fixe et un instrument financier dérivé séparé), la même classification comme dette ou capitaux propres doit se faire en appliquant la méthode du cas par cas pour la classification des instruments, aux fins de la capitalisation restreinte. Consultez la partie 8.A.4.

Pareille difficulté eu égard à l'établissement d'une distinction entre l'utilisation de la dette garantie et de la dette ne portant pas intérêt motivée par des considérations fiscales ou des fins commerciales ne se présente pas dans le cas des prêts adossés et de transactions similaires. Il est possible d'émettre l'hypothèse que ces types de transactions n'ont aucune utilité commerciale et qu'elles sont entièrement motivées par des considérations fiscales. Parce que nous pouvons avancer, de façon quasi certaine, qu'elles constituent en fait des dettes entre personnes liées, les restrictions touchant la déductibilité des intérêts limitées à la dette entre personnes liées devraient s'appliquer dans pareils cas. À cet égard, tel qu'il est mentionné dans la partie 4, on reconnaît depuis un certain temps déjà que la règle relative aux prêts adossés au paragraphe 18(6) devrait être amendée pour permettre l'inclusion de toute dette conclue entre un non-résident déterminé et une autre personne sous condition qu'un montant représentant la totalité ou une partie de la dette doive être reprêtée ou autrement transférée à une société canadienne. Il semble que l'interprétation conventionnelle utilisée dans le cas des dépôts compensatoires et des autres mécanismes qui équivalent en fait à des prêts adossés et qui ne sont pas compris dans le libellé actuel du paragraphe 18(6) rend ce type d'amendement nécessaire, parce que ces mécanismes donnent naissance à des relations débiteur-crancier, mais non pas à des relations prêteur-emprunteur¹⁶⁰. L'absence de données relatives à l'utilisation de ces techniques d'évitement peut être attribuable, du moins en partie, à l'application possible de la RGAÉ¹⁶¹. Comme pour la dette garantie, l'élargissement de la règle de non-déductibilité à la dette entre personnes non liées éliminerait la nécessité d'identifier, aux fins de la déductibilité, les prêts adossés et arrangements comparables.

2. *Endettement net et prêts circulaires*

Lorsqu'il s'agit de déterminer le montant impayé de la dette ou de l'intérêt dû par une société étrangère, la pratique qui a cours dans la plupart des pays est de permettre le calcul de la dette ou de l'intérêt dû à la société sur une base nette. Cette approche diffère de celle utilisée en vertu des dispositions relatives à la capitalisation restreinte existantes selon lesquelles aucun montant dû par non-résidents déterminés à une société canadienne n'est inclus dans le calcul du montant de la dette due à ces personnes. Le calcul de la dette sur une base nette est apparemment justifiée en fonction de l'une de deux raisons. Une justification possible est que l'inclusion des revenus d'intérêts dus sur une dette entre personnes liées (ou sur toute dette lorsque la limite à la déductibilité s'applique à la dette entre personnes non liées) compense l'érosion de l'assiette fiscale autrement imputable à la déduction par une société résidente de l'intérêt dû sur la dette entre personnes liées (ou sur la dette entre personnes non liées dans le cas où les dispositions relatives à la règle de non-déductibilité s'appliquent à pareille dette). Le fait que les recettes fiscales tirées des rentrées d'intérêt ne puissent équilibrer la perte de revenu attribuable aux

160 *Minister of National Revenue c. T.E. McCool Ltd.*, [1949] CTC 39; 49 DTC 700 (CSC).

161 Bien que l'on ne sache pas pourquoi, il se peut que l'application de la RGAÉ explique le fait que l'on n'ait pas élargi l'application de la règle relative aux prêts adossés, bien que le rapport Mintz le recommande, supra note 4, p. 6.33. Voir aussi Williamson et Garland, supra note 2, pp. 28-29. L'ARC a adopté une interprétation relativement restrictive du paragraphe 18(6), même dans le cas des prêts adossés. Pareille interprétation restrictive est basée, en partie, sur l'exigence selon laquelle le premier prêt consenti doit l'être à condition que les fonds soient reprêtés à une entreprise canadienne pertinente. Voir IT-59R3, supra note 75, paragraphe 3 (mentionnant que le paragraphe 18(6) s'appliquera seulement si l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte est autrement évitée); et *Nouvelles techniques en matière d'impôt sur le revenu* n° 15, 18 décembre 1998 (indiquant que le paragraphe 18(6) ne s'appliquera pas dans le cas d'un deuxième prêt où : (i) le montant des deux prêts est identique; (ii) l'intérêt généré par le deuxième dépasse l'intérêt dû sur le premier; et (iii) un actionnaire non résident déterminé à l'égard du premier prêt a plein droit sur l'entreprise canadienne à laquelle le premier prêt a été consenti, ainsi que sur l'entreprise canadienne qui reçoit les fonds reprêtés).

frais d'intérêt est le problème principale lié à pareille justification. Mis à part les différences au niveau des taux d'intérêt, la raison principale pouvant expliquer un manque à gagner réside dans le fait que les dépenses et toute forme d'allègement, tel que le crédit eu égard à l'impôt sur les revenus d'intérêts payé par un contribuable dans le pays de source, ne sont pas inclus dans l'assiette fiscale du pays de résidence. En comparaison, la déduction des intérêts donne lieu à une perte de l'impôt sur les sociétés dans le pays de source dans la mesure où les frais d'intérêt remplacent les dividendes non déductibles. Ainsi, il se peut qu'un pays importateur de capitaux subisse une perte de revenu net dans les cas où il existe une exception applicable aux restrictions de déductibilité pour les intérêts reçus dans le but d'équilibrer le revenu en intérêts, bien qu'il soit possible que la perte ne soit pas aussi importante qu'elle pourrait l'être. En l'absence d'une raison permettant de conclure que la dette contractée envers une société résidente peut modifier le statut accordé à la dette contractée par la société envers un non-résident, il semblerait qu'il n'existe aucune raison convaincante de calculer le montant impayé de la dette sur une base nette.

La nécessité de tenir compte des ratios d'endettement plus élevés des banques et des institutions de dépôts constitue une autre raison pouvant justifier un calcul de la dette sur une base nette. Cela vaut, toutefois, en premier lieu dans le cas d'une restriction à la déductibilité qui tient compte de la dette entre personnes non liées¹⁶². Un calcul sur une base nette circonscrit l'application d'une restriction générale à la déductibilité à la partie du capital d'une banque ou d'une institution de dépôts qui est utilisée à des fins autres que de consentir des emprunts à des personnes non liées. Comme il est mentionné dans la partie 7, une approche plus spécifique permettant d'arriver au même résultat consiste à permettre l'utilisation pour le secteur financier de ratios réglementaires adaptés. Le statut des principaux prêteurs aux entreprises et des quasi-banques constitue une difficulté liée à la définition de la portée d'application de cette méthode. Bien que présentant certaines difficultés, il ne semble pas que la résolution de cette question présente un degré de difficulté pouvant justifier le recours à un calcul de la dette sur une base nette, dont on sait qu'il entraîne une tolérance exagérée relativement à l'inclusion.

Tout comme dans le cas du montant de la dette impayée due à des non-résidents déterminés, les capitaux propres d'une société canadienne attribuables à un actionnaire non résident déterminé sont calculés sur une base brute, c'est-à-dire qu'on ne doit pas soustraire des capitaux propres attribuables à un non-résident déterminé tout montant dû à une société canadienne par un non-résident déterminé. Du moins en tant que proposition initiale, les capitaux propres d'une entreprise résidente devraient être calculés sur une base brute compatible avec le calcul du montant de la dette entre personnes liées. Mais le calcul des capitaux propres sur une base brute permet de créditer une contribution aux capitaux

162 Le fait que l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte soit limitée à la dette entre personnes liées expliquerait que l'application des règles n'impose aucune restriction unique aux succursales des banques étrangères. L'imposition d'une restriction à la répartition des dettes entre personnes non liées, tel qu'à l'article 20.2 dans le cas des succursales des banques, nécessiterait l'ajout d'une disposition particulière par le truchement d'une concession pour la réaffectation de prêts (application à l'endettement net) ou l'utilisation des ratios d'endettement réglementaires tel que suggéré ici et dans la partie 7. Voir également Grubert, supra note 120, p. 21 (où l'auteur indique que l'application de l'alinéa 163(j) du IRC sur une base nette pourrait expliquer le lien important observé entre, d'une part, le montant des revenus d'intérêt et des flux de trésorerie et, d'autre part, des frais d'intérêt supérieurs des sociétés nationales sous contrôle étranger).

propres qui n'est effectuée qu'au plan formel¹⁶³. La partie des capitaux propres d'une société sous contrôle étranger obtenus de personnes liées peut être gonflée, par exemple lorsque le capital obtenu est reprêté par la société. Bien que le capital ainsi obtenu soit en réalité reprêté au non-résident lié, il est toujours formellement inclus aux capitaux propres de la société. Pareille technique, somme toute simple, peut être utilisée pour faire en sorte que le montant de la dette entre personnes liées dû par une société résidente demeure à l'intérieur des limites du ratio d'endettement prescrit.

Une manière de contrer ces structures de prêts circulaires est d'exiger que tout montant dû par un actionnaire non résident, ou par toute personne liée à cet actionnaire, soit soustrait des capitaux propres d'une société canadienne. À titre de disposition anti-évitement plus limitée, une exception pourrait être offerte relativement au calcul des capitaux propres sur une base brute quand les faits et circonstances particulières indiquent l'existence d'un lien entre l'utilisation des fonds d'une société et leur provenance, et que ce lien est pertinent pour la question de la classification. À titre d'exemple, une règle anti-évitement spécifique pourrait exiger qu'un montant équivalent à tous les montants dus à une société canadienne par un non-résident déterminé soit soustrait des capitaux propres dans le cas où il est possible d'établir de façon raisonnable que l'accroissement de la dette est survenu en lien avec l'apport de capital fournis par le non-résident et non du fait de transactions commerciales régulières. Pareille règle anti-évitement assurerait le maintien du calcul des capitaux propres sur une base brute, tout en constituant une solution possible à l'utilisation des prêts circulaires dans le but de gonfler les capitaux propres. Afin de préciser l'application de la règle, il pourrait être envisagé de définir une période de temps au cours de laquelle l'apport de capitaux et le prêt devraient survenir pour être affectés par la règle, par exemple dans les deux années suivant un ajout au capital versé, aux bénéfices non répartis ou au surplus d'apport. Le calcul des capitaux propres sur une base brute et le recours à la RGAÉ ou à une règle anti-évitement spécifiquement conçue pour s'appliquer aux transactions faites dans le but de manipuler la détermination de la dette ou des capitaux propres constituerait une solution de remplacement possible à une règle anti-évitement contre les prêts circulaires.

3. Règles sur la création de dettes

Un ratio d'endettement qui détermine de façon précise le niveau de dette admissible crée une ligne de démarcation très nette en deçà de laquelle la dette entre personnes liées est déductible. L'utilisation d'une telle démarcation, que ce soit à des fins de classification ou à titre de régime de protection, peut encourager une société sous contrôle étranger dont le financement de la dette est inférieur au ratio admissible, à accroître son niveau d'endettement dans le pays de source jusqu'à la limite permise par la loi. Dans un groupe multinational, par exemple, un membre du groupe résident d'un pays peut contracter un emprunt auprès d'une société mère non-résidente ou auprès d'un autre membre du groupe afin d'acquérir un actif du groupe. La création de la nouvelle dette interne au groupe peut servir à minimiser l'imposition dans le pays de source du revenu associé. Les règles relatives à la création de dettes sont conçues dans le but de limiter le recours à ce genre de transactions entre personnes liées.

163 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 27 (où il est convenu qu'il est possible que la réduction du montant des capitaux propres dans le cas des prêts circulaires puisse permettre d'évaluer plus fidèlement l'ampleur des investissements en capitaux propres d'un non-résident, mais où il est avancé que les articles 15 et 17 décourageraient normalement leur utilisation).

Ces règles s'appliquent d'abord dans le cas de l'acquisition d'un actif lorsqu'un actionnaire non-résident majoritaire détient une participation dans le vendeur ou l'acheteur, ou lorsque l'un ou l'autre de ces derniers est un actionnaire non-résident majoritaire. Quand elles s'appliquent, ces règles relatives à la création de dettes ont préséance sur l'application d'une disposition relative à la capitalisation restreinte pour interdire l'admissibilité de la dépense d'intérêt, en fonction d'une formule qui tient compte du pourcentage de propriété du vendeur dans l'actif cédé et de la participation d'un actionnaire non-résident majoritaire dans l'une ou l'autre ou dans les deux parties à la transaction¹⁶⁴.

L'hypothèse soutenant les règles relatives à la création de dettes est discutable, bien que ces règles semblent viser la création artificielle de dettes entre personnes liées autrement déductibles. Lorsqu'une ligne de démarcation nette est précisée, on peut à juste titre s'en remettre aux groupes multinationaux pour structurer leurs affaires en conformité avec cette limite. Dans certains cas, cela peut prendre la forme d'une réduction de la dette entre personnes liées ou d'un accroissement des capitaux propres obtenus de personnes liées. Il n'est pas clair que l'on doive interdire aux contribuables d'accroître leurs dettes entre personnes liées, même dans le cadre d'une vente d'actifs entre personnes liées. En réalité, il n'existe aucun motif de limiter les règles relatives à la création de dettes aux seules dettes entre personnes liées résultant de la vente d'actifs. En théorie, toute transaction effectuée dans le but d'accroître l'endettement d'une société sous contrôle étranger et de maximiser la déduction permise des intérêts devrait être ignorée¹⁶⁵. Lorsque l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte est limitée à la dette entre personnes liées, une réglementation contre la création de dettes de portée plus générale devrait s'appliquer principalement à la création de dettes entre personnes liées. Lorsque l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte est élargie à la dette entre personnes non liées, soit dans l'application d'une règle de non-déductibilité ou dans le calcul du ratio d'endettement, les règles relatives à la création de dettes devraient s'appliquer de façon similaire à la création de dettes entre personnes non liées en résultat de transactions de « transfert de dettes » dans lesquelles la dette entre personnes non liées est déplacée d'un membre du groupe à un autre, par exemple par une vente d'actif entre personnes liées.

Une disposition anti-évitement de portée générale de ce genre créerait des problèmes d'identification liés au besoin de distinguer les cas où l'endettement accru est motivé par des considérations fiscales de ceux où il est motivé par d'autres raisons¹⁶⁶. Elles fixent aussi

164 L'ancienne disposition australienne sur les capitalisations restreintes, limitée à la dette des parties liées, contenait une règle relative à la création de dette qui visait les ventes d'actifs entre parties liées. Voir *Income Tax Assessment Act 1936*, ancienne division 16 G.

165 Une conception large des transactions pouvant générer des dettes comprendrait les acquisitions et les recapitalisations par recours à l'emprunt. Des exemples évidents de ces cas sont fournis par les transactions d'« inversion » aux États-Unis qui impliquent la conversion d'une société mère américaine en une filiale sous contrôle étranger, ainsi que son refinancement par des capitaux empruntés jusqu'au niveau maximal permis par la règle américaine contre le dépouillement des gains. Ces transactions constituent la raison pour laquelle le Congrès a commandé une étude au Treasury Department sur le dépouillement des gains. Voir *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 7-31. Voir aussi Jim A. Sieda et William F. Wempe, « Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion », *National Tax Journal*, vol. 57, n° 4 (2004), pp. 805-828 (constatant une baisse importante du taux effectif d'imposition et des transferts de revenus substantiels hors des États-Unis par les sociétés « inversées »); et Mihir A. Desai et James R. Hines, Jr., « Expectations and Expatriations: Tracing the Causes and Consequences of Corporate Inversions », *National Tax Journal*, vol. 55, n° 3 (2002), pp. 409-440 (il est suggéré que la réaction du marché aux annonces d'expatriation indique qu'une réduction de l'imposition des revenus de sources américaines est anticipée).

166 Il y a eu quelques tentatives de l'ARC d'appliquer le paragraphe 95(6) aux suites de transactions d'importation d'emprunts dans le contexte d'investissements directs à l'étranger. Voir, de façon générale, Elizabeth J. Johnson, Geneviève C. Lille et James R. Wilson, « A Reasoned Response to the CRA's Views on the Scope and Interpretation of Paragraph 95(6)(b) », *Canadian Tax Journal*, vol. 54, n° 6 (2006), pp. 571-632.

les ratios d'endettement aux niveaux qui existaient au moment de la mise en place des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts (ou aux ratios supérieurs subséquentment prescrits), dans la mesure où toute modification peut être considérée comme motivée par des considérations fiscales. L'emphase mise sur les ventes d'actif entre personnes liées pourrait se révéler un indicateur efficace, au plan administratif, pour reconnaître les hausses de ratios d'endettement motivées par des raisons fiscales. Dans plusieurs pays, la solution de rechange privilégiée à l'emploi de tels indicateurs est de fixer le niveau d'endettement permis à un niveau suffisamment restrictif pour préserver un certain équilibre entre la protection des revenus et le besoin d'attirer le niveau souhaité d'investissements directs de l'étranger¹⁶⁷. L'intégrité de cette caractéristique structurelle des dispositions relatives à la capitalisation restreinte se trouve améliorée lorsqu'on tient compte de la dette entre personnes non liées autant que celle entre personnes liées. En réalité, la répartition des deux types de dette peut être motivée par des considérations fiscales, et une limite supérieure à l'endettement permet d'établir une limite maximale où une telle répartition peut être tolérée.

4. *Dividende réputé ou report des frais d'intérêt non déductibles*

Le concept de capitalisation restreinte, élaboré de façon conventionnelle, est utilisé dans le cadre d'une tentative de déterminer les cas où des dettes entre personnes liées peuvent être considérées comme des capitaux propres déguisés. En conséquence, les frais d'intérêt non déductibles devraient être traités comme un dividende aux fins fiscales, y compris aux fins de la retenue d'impôt des non-résidents¹⁶⁸. Le report des frais d'intérêt non déductibles peut servir de solution de rechange au traitement comme dividende réputé, une déduction pouvant être accordée dans l'année du report dans la mesure où les frais d'intérêt du payeur sont inférieurs au maximum autorisé. Cette approche, utilisée dans le cadres des dispositions américaines contre le dépouillement des gains ainsi que dans les règles du Danemark, de l'Allemagne et de l'Italie, applique effectivement une disposition relative à la capitalisation restreinte à la période de report visée plutôt qu'à une année d'imposition donnée.

Toutefois, il est difficile d'appliquer un mécanisme de report dans le contexte d'une disposition relative à la capitalisation restreinte qui est fonction du montant de la dette impayée par rapport aux capitaux propres d'une société sous contrôle étranger. Pour toute année d'imposition au cours de laquelle le ratio d'endettement est plus élevé que le maximum admissible, il est nécessaire de déterminer le montant des frais d'intérêt qui peuvent être attribués à la dette maximale admissible moins le montant impayé pour l'année. Selon la terminologie des règles américaines contre le dépouillement des gains, ce montant inutilisé du principal représente la capacité d'endettement excédentaire qu'une société résidente pourra reporter à une autre année d'imposition. Le montant de capital inutilisé devra alors être converti en frais d'intérêt,

167 À cet égard, voir Vann, supra note 94, p. 156 (« L'Australie a essayé de résister à l'érosion de son assiette fiscale (de façon moins justifiée) dans le cas où une société mère étrangère est l'objet d'une acquisition par obligation à haut risque, et qu'une tentative est faite de transférer la dette à ses filiales » [traduction]). Certains pays refusent la déduction des intérêts dans le cas d'acquisitions financées par emprunt. Ces règles sont indépendantes des règles plus générales relatives à la capitalisation restreinte ou aux restrictions contre le dépouillement des gains. Elles peuvent être qualifiées de règles individualisées portant sur la création de dettes. Indépendamment de l'aspect litigieux de la politique sur laquelle reposent de telles règles, ces dernières font face à des problèmes d'identification invariablement difficiles, ce qui compromet leur efficacité.

168 Voir Lars-Erik Wenehed, « Thin Capitalization and EC Law », *Tax Notes International*, vol. 30, n° 4 (2003), pp. 1145-1155 (l'auteur met l'accent sur le fardeau fiscal supplémentaire imposé par les charges d'intérêts non déductible qui ne sont pas considérées comme une dividende, à la fois par le pays source et par le pays de résidence).

puisqu'il s'agit d'une dépense autrement non déductible qui doit être reportée pour être admissible à la déduction. Comme une disposition relative à la capitalisation restreinte n'a pas le même impact négatif sur les entreprises cycliques que la méthode contre le dépouillement des gains fondée sur un ratio de couverture des intérêts, il n'est pas facile de déterminer s'il vaut la peine d'adopter des règles de report et de s'exposer aux frais d'administration et d'observance de ces règles¹⁶⁹. En outre, compte tenu de la convergence des taux de retenue d'impôt sur les paiements d'intérêts et de dividendes aux non-résidents, il est également difficile de déterminer si le traitement comme dividende réputé des frais d'intérêt non déductibles est d'une grande importance. Cependant, si une règle de non-déductibilité était élargie à la dette entre personnes non liées, le traitement comme dividende réputé pourrait avoir des effets plus considérables. Par exemple, il pourrait être invoqué pour refuser l'exemption de retenue d'impôt sur l'intérêt portant sur une dette de portefeuille. Il pourrait également permettre aux créanciers résidents non liés d'obtenir un traitement libre d'impôt au niveau des dividendes intersociétés.

5. *Application à un groupe de sociétés nationales sur une base consolidée*

Les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts devraient idéalement s'appliquer à tout groupe consolidé de sociétés résidentes sous contrôle étranger afin d'assurer la cohérence dans l'application de ces restrictions à une vaste gamme de structures organisationnelles. Les règles existantes relatives à la capitalisation restreinte s'appliquent toutefois aux sociétés résidentes du Canada sur une base non consolidée, conformément aux règles de calcul du revenu généralement définies par la Loi. Lorsqu'un groupe multinational regroupe ses activités canadiennes sous le couvert d'une société de portefeuille résidente et d'une ou de plusieurs filiales en exploitation, l'application de ces règles sur une base non consolidée tend à forcer le groupe à financer les filiales par dette par l'entremise de la société de portefeuille. Autrement, le prêt fourni directement par un non-résident à une filiale augmenterait le ratio d'endettement au-delà de la limite permise. L'interposition de la société de portefeuille empêche la filiale de se voir reconnaître le montant de capitaux propres attribuables à un actionnaire non-résident.

Ce problème technique peut être résolu en permettant une forme limitée de consolidation aux fins des règles relatives à la capitalisation restreinte. Par exemple, les capitaux propres de la société de portefeuille résidente pourraient être pris en compte au niveau des filiales en exploitation dans le cas où la société de portefeuille et les filiales sont détenues à 100 pour cent. Cependant, le besoin d'une telle approche a sans doute été limité par la capacité de structurer les investissements directs étrangers d'une façon qui assure la conformité aux règles relatives à la capitalisation restreinte tout en réalisant une forme d'auto-consolidation. Nous ne savons pas jusqu'à quel point le transfert des dettes des personnes liées par l'entremise d'une société de portefeuille canadienne occasionne des pertes d'efficacité. Sans connaître le montant de

169 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 30 (« La préoccupation relative aux reports à un exercice ultérieur est peut-être de peu d'importance lorsque la règle s'attaque à l'endettement et aux intérêts excessifs par un test basé sur le bilan » [traduction]). L'élimination ou la restriction du report prévu à la règle américaine contre le dépouillement des gains a été un des éléments proposés pour resserrer les règles. Voir *Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties*, supra note 20, pp. 27-28.

ces pertes, il n'est pas possible de déterminer si les coûts d'observations des règles et les frais d'administration afférents à un régime de consolidation autonome qui ont été encourus dans le seul but de satisfaire aux règles relatives à la capitalisation restreinte sont souhaitables¹⁷⁰.

L'élargissement des règles de capitalisation restreinte à la dette entre personnes non liées, soit dans le but d'appliquer une règle de non-déductibilité ou encore de calculer un ratio d'endettement prescrit, pourrait accroître les pertes d'efficacité attribuables au besoin de transférer toutes les dettes, pas seulement celles entre personnes liées, par l'entremise d'une structure de société de portefeuille canadienne. Par ailleurs, le recours à des garanties de la part des personnes liées ou à d'autres titres peut atténuer de telles pertes. En réalité, un élargissement des règles de capitalisation restreinte à la dette entre personnes non liées peut réduire la nécessité de transférer la dette par l'entremise d'une structure de société de portefeuille. Comme il a été souligné¹⁷¹, une conséquence importante d'un tel élargissement est que l'ensemble des capitaux propres serait alors pris en compte dans le calcul du ratio d'endettement. Il est possible d'obtenir à peu près le même effet que dans l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte sur une base consolidée sans avoir recours à des dispositions législatives explicites, pourvu que les capitaux propres inter-sociétés ne soient comptabilisés qu'une seule fois¹⁷².

170 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 26 (les auteurs notent que l'approche existante, selon les dispositions canadiennes relatives à la capitalisation restreinte, favorise la simplicité tout en forçant les contribuables à structurer leurs investissements pour éviter les irrégularités attribuables à l'absence d'un régime de consolidation aux fins fiscales pour les groupes de sociétés canadiennes sous contrôle étranger).

171 Ibid.

172 Ibid. (les auteurs proposent de modifier la définition de capitaux propres, aux fins des dispositions relatives à la capitalisation restreinte, pour tenir compte de tous les capitaux propres autres que les investissements inter-sociétés dans le cas des sociétés affiliées à un actionnaire non résident déterminé spécifique).

9. Non-discrimination comme contrainte

Bien qu'il soit appliqué de façon irrégulière¹⁷³, le principe de non-discrimination est un principe fondamental du droit fiscal international. Certains commentateurs ont cependant soutenu, après un examen approfondi du principe tel qu'il est utilisé en droit fiscal, qu'il est étonnamment difficile de le justifier selon tout principe normatif reconnu¹⁷⁴. Il peut être vu, de façon superficielle, comme une entrave aux états importateurs de capitaux à s'engager relativement à « l'exportation de la fiscalité », en raison des inefficacités qui en découlent relativement au niveau et aux modalités de la fourniture de biens et services publics¹⁷⁵. Le principe de non-discrimination, même considéré selon cette logique assez étroite plutôt que selon la justification plus large de l'UE, semble encore l'emporter sur l'application sélective des règles de déductibilité en fonction du lieu de résidence du bénéficiaire. Mais l'approche canadienne unique concernant l'inclusion de ce principe dans ses conventions fiscales bilatérales en affaiblit légèrement le facteur limitatif, en particulier dans la mesure où elle compromet la possibilité de réformer des règles existantes relatives à la capitalisation restreinte en tant que forme particulière de restriction à la déductibilité des intérêts dans le contexte d'investissements directs de l'étranger. Il peut tout de même être nécessaire de suivre la pratique de certains pays et de prévoir une dérogation à la législation interne pour les cas des entreprises dont le ratio excède la limite permise, mais qui peuvent démontrer que leur capitalisation est conforme au principe de pleine concurrence. Le besoin d'incorporer une telle dérogation est probablement le plus pressant dans l'éventualité où la non-déductibilité serait élargie aux intérêts sur la dette entre personnes non liées.

Selon son articulation propre, le principe de non-discrimination peut agir comme une contrainte active à l'adoption des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts visant les investissements directs étrangers. Plus spécifiquement, le paragraphe 24(4) de la convention modèle de l'OCDE exige un traitement cohérent des résidents et des non résidents relativement à la déductibilité des intérêts, des redevances et des autres déboursés. Le caractère de la déductibilité doit donc être élargi aux paiements effectués entre une entreprise d'un état contractant à un résident d'un autre état contractant aux mêmes conditions que celles en vigueur dans le cas de paiements entre résidents d'un même état contractant. À cet égard, des discussions sont en cours concernant le statut des dispositions relatives à la capitalisation restreinte et au dépouillement des gains qui ont recours à un ratio fixe pour exprimer de façon unique et déterminante le principe de pleine concurrence¹⁷⁶. Un point de vue qui semble être la position officielle de l'OCDE, stipule que cette sorte de disposition ne respecte pas

173 Voir, par exemple, Lara Friedlander, « The Role of Non-Discrimination Clauses in Bilateral Income Tax Treaties After GAAT 1994 », *British Tax Review*, n° 2 (2002), pp. 71-118. Voir aussi Bennett, supra note 141 (faisant la différence entre l'interprétation étroite des articles relatifs à la non-discrimination dans les conventions fiscales et l'interprétation plus large de la Cour européenne de justice des dispositions relatives à la non-discrimination de la convention de la CE).

174 Voir, à cet égard, Alvin C. Warren, Jr., « Income Tax Discrimination Against International Commerce », *Tax Law Review*, vol. 54, n° 2 (2001), pp. 131-169.

175 Voir, par exemple, Bennett, supra note 141, pp. 465-466 (qui mentionne la réduction des obstacles aux échanges et aux investissements frontaliers comme une justification possible, mais souligne la nature incomplète des articles relatifs à la non-discrimination pour atteindre ce but). Voir aussi Shay et coll., supra note 91, p. 112 (qui met l'accent sur le traitement réciproque et la libre circulation internationale des biens et des services comme bases normatives du principe de non-discrimination).

176 Pour un aperçu plus complet de ces arguments, voir Boidman, supra note 46, pp. 897-898; et Geerten M.M. Michielse, « Treaty Aspects of Thin Capitalization », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 51, n° 12 (1997), pp. 565-573.

la dérogation énoncée au paragraphe 9(1) qui permet le rajustement des paiements entre entreprises associées résidant dans différents états contractants afin qu'ils soient conformes au principe de pleine concurrence¹⁷⁷. Sans les avantages de cette dérogation, les expressions du principe de pleine concurrence fondées sur des ratios fixes pourraient être considérées comme contrevenant au principe de non-discrimination tel qu'il est exprimé au paragraphe 24(4)¹⁷⁸. Comme il est indiqué dans la partie 2, un certain nombre de pays ont essayé d'éviter cette contrainte en incluant dans leur législation nationale une dérogation à l'égard des ratios qui sont cohérents avec le principe de pleine concurrence, exprimé comme une enquête multifactorielle de la réalité économique perçue de la dette entre personnes liées¹⁷⁹.

Conformément au paragraphe 24(1) de la convention modèle de l'OCDE, les conventions fiscales du Canada exigent habituellement que les ressortissants de l'autre état contractant fassent l'objet d'un traitement cohérent avec celui imposé aux ressortissants du Canada dans les mêmes circonstances, ou du moins pas plus onéreux. Le Canada accepte aussi parfois, en ce qui concerne les entreprises sous contrôle étranger ou détenues de l'étranger, d'accorder un traitement fiscal qui n'est pas plus onéreux que celui accordé aux entreprises détenues ou contrôlées par des résidents d'un état tiers¹⁸⁰. Toutefois, le Canada n'inclut généralement pas de disposition comparable à celles que l'on trouve au paragraphe 24(4) de la convention modèle de l'OCDE. Une exception importante cependant figure au paragraphe XXV(7) de la convention fiscale¹⁸¹ entre le Canada et les États-Unis qui exige que le Canada permette la déduction des intérêts payables par un débiteur résident canadien à un créancier résident américain aux mêmes conditions que si l'intérêt avait été payable à un résident canadien¹⁸². Selon l'énoncé de l'alinéa XXV(8)a), une dérogation particulière est alors accordée relativement aux dispositions

177 Voir, par exemple, Bennett, supra note 141, p. 453 (« S'il est vrai que les références au principe de pleine concurrence dans le paragraphe sur la déductibilité [paragraphe 24(4)] s'appliquent à la question de la capitalisation restreinte, la controverse entourant les régimes de capitalisation restreinte semble être axée sur la question de savoir si les normes d'un régime particulier sont cohérentes avec le principe de pleine concurrence » [traduction]).

178 Voir, à cet égard, *Specialty Manufacturing Ltd. c. The Queen*, [1999] 3 C.T.C. 82; 99 DTC 5222 (CAF) où l'avocat du contribuable a soutenu que le paragraphe IX(1) de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis garantit que les dispositions relatives à la capitalisation restreinte ne s'appliquent pas à la filiale canadienne d'une société mère américaine lorsque la structure de capital de la filiale peut être qualifiée de conforme au principe de pleine concurrence. Cet argument, ainsi que l'argument supplémentaire voulant que la dérogation spécifique de l'alinéa XXV(8)a) concernant les dispositions relatives à la capitalisation restreinte soit insuffisante pour en préserver l'application n'ont pas été retenus, puisque la Cour a conclu que la structure de capital dans ce cas particulier (ratio d'endettement de 100 000:1) n'était en aucune façon conforme au principe de pleine concurrence. Cette argumentation est étudiée de façon détaillée dans Joel A. Nitikman, « The Interaction of Canada's Thin Capitalization Rule and the Canada-United States Tax Treaty », *International Tax Journal*, vol. 26, n° 1 (2000), pp. 20-64. M. Nitikman était l'avocat du contribuable dans la cause *Specialty Manufacturing*.

179 Cette position est fondée sur l'hypothèse que le fait de traiter des investisseurs non résidents différemment des investisseurs résidents ne peut être justifié en invoquant que les deux catégories d'investisseurs ne sont pas en fait dans les mêmes circonstances, comme l'exige l'article habituel sur la non-discrimination. Voir par exemple Shay et coll., supra note 91, pp. 114-115 (qui soutiennent que le traitement différent des sociétés sous contrôle étranger en vertu des dispositions américaines contre le dépouillement des gains peut s'appuyer sur le fait qu'elles sont en situation substantiellement différente des entreprises détenues par des Américains, si la société et les investisseurs sont pris en compte conjointement). Cette approche analytique justifierait l'application des expressions à facteur unique du principe de pleine concurrence, telles que les dispositions relatives à la capitalisation restreinte ou au dépouillement des gains, sans devoir recourir à une dérogation explicite pour les structures de capital qui peuvent être considérées conformes au principe de pleine concurrence par une vérification multifactorielle.

180 Voir Brian J. Arnold, *Tax Discrimination Against Aliens, Non-Residents, and Foreign Activities: Canada, Australia, New Zealand, the United Kingdom, and the United States* (Toronto : Canadian Tax Foundation, 1991), pp. 135-137.

181 À la ratification du cinquième protocole modifiant la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, les paragraphes XXV(3) à (10) ont été renommés en raison de la suppression du paragraphe 2. Pour faciliter la référence, l'ancienne numérotation est ici conservée. Le texte des articles pertinents n'a pas été modifié.

182 Il existe d'autres conventions contenant des dispositions comparables à celles des paragraphes XXV(7) et (8) de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis. Voir, par exemple, les conventions signées avec le Danemark, le Liban, le Portugal, la Slovaquie et la Suède.

fiscales portant sur la déductibilité des intérêts qui étaient en vigueur à la date de signature de la convention, y compris toute modification subséquente qui ne change pas la nature générale des dispositions en question¹⁸³.

Il est très improbable que cette dérogation spécifique à la convention, visant apparemment à exclure les règles relatives à la capitalisation restreinte du Canada, permette l'adoption d'une règle générale de non-déductibilité des intérêts aux personnes liées. Le statut de l'élargissement des règles relatives à la capitalisation restreinte visant des changements à la déductibilité des intérêts sur la dette entre personnes non liées dans le contexte des investissements directs étrangers est moins clair. Tel que mentionné dans la partie 6, un tel élargissement vise à imposer une limite extérieure quant à la répartition des frais d'intérêt sur la dette entre personnes non liées et l'on peut soutenir qu'il diffère, de par sa nature même, du motif qui justifie l'application des règles de la capitalisation restreinte aux dettes entre personnes liées en tant qu'expression du principe de pleine concurrence. Par ailleurs, la facilité avec laquelle il est possible de localiser dans un pays ou un autre la dette entre personnes non liées crée un problème d'érosion des revenus qui n'est pas différent de celui posé généralement par l'établissement des prix de transfert, et l'élargissement d'une règle de non-déductibilité aux intérêts sur la dette entre personnes non liées aux mêmes conditions que celles qui prévalent dans le cas de la dette entre personnes liées peut être considéré comme une différence de degré plutôt qu'une différence de nature. En réalité, dans le cadre des restrictions conventionnelles à la déductibilité limitées à la dette entre personnes liées d'une entreprise sous contrôle étranger, le rejet de la forme juridique d'une telle dette comme étant déterminant de son traitement fiscal peut être perçu comme tolérable et même cohérent avec le principe de pleine concurrence, compte tenu de la perte potentielle de revenus qui pourrait résulter de l'absence de toute restriction à la déductibilité applicable à pareille dette. Il se peut que l'élargissement de ce type de restriction à la dette entre personnes non liées, en ce qu'elle représente aussi une restriction à la répartition des frais d'intérêt associés basée sur la forme juridique de l'emprunt, puisse ne pas présenter une différence conceptuelle suffisante pour constituer une différence de nature. En résumé, il se peut que le fait de définir les enquêtes relatives à la capitalisation restreinte ou au dépouillement des gains comme étant des enquêtes sur la conformité au principe de pleine concurrence de la dette entre personnes liées, ainsi que visant la répartition de la dette entre personnes non liées, peut faire ressortir un niveau de ressemblance suffisant eu égard au mécanisme de modification des prix entre parties liées pour que pareille définition soit considérée être en harmonie avec des prix de pleine concurrence. Dans ces conditions, il n'est pas tout à fait invraisemblable de présenter l'élargissement de l'application des règles de non-déductibilité à la dette entre personnes non liées comme s'il s'agissait d'une modification des règles relatives à la capitalisation restreinte existantes au Canada qui ne change pas leur nature générale et est ainsi en conformité avec la dérogation à l'alinéa XXV(8)a) de la convention entre le Canada et les États-Unis¹⁸⁴.

183 À cet égard, voir *Ramada Ontario Limited c. Sa Majesté la Reine*, [1994] 1 CTC 2130; 94 DTC 1071 (CCI) (la modification des dispositions relatives à la capitalisation restreinte pour inclure uniquement le capital versé attribuable aux actions détenues par des actionnaires non résidents déterminés était une modification technique cohérente avec la nature générale des dispositions). La Nouvelle-Zélande inclut généralement une dérogation relative au principe de non-discrimination pour des « dispositions anti-évitement raisonnables » visant les non-résidents.

184 Mais voir *Ramada Ontario Limited*, supra note 183, p. 1078 (qui laisse entendre que l'incidence ou que la formulation des dispositions relatives à la capitalisation restreinte doit être changée de façon substantielle avant qu'une modification puisse être considérée comme affectant la nature générale des dispositions).

Cette façon plutôt nuancée de décrire l'élargissement de l'application de la règle de non-déductibilité à la dette entre personnes non liées pourrait ne pas offrir une assise très solide lorsqu'il s'agit de défendre un tel changement fondamental apporté à la règle de capitalisation restreinte par rapport à l'article de non-discrimination de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis. Quant à la position de repli, à savoir que la méthode à facteur unique servant à exprimer le principe de pleine concurrence est cohérente avec ce principe ou qu'il existe une différence fonctionnelle importante relativement au statut des entreprises sous contrôle étranger ou sous contrôle national, elle est peut-être encore moins sûre. La première position présente en effet un problème particulier dans l'éventualité où la règle de non-déductibilité est élargie à la dette entre personnes non liées¹⁸⁵. On peut toutefois soutenir qu'un tel élargissement garantirait la conformité avec le paragraphe XXV(7), peu importe la disponibilité de la dérogation explicitement prévue à l'alinéa XXV(8)a). En particulier, en appliquant une règle de non-déductibilité également à la dette détenue par des non résidents et résidents non liés, le caractère déductible des frais d'intérêt d'une société canadienne résidente ne serait pas fonction du lieu de résidence du créancier. Même si la règle de non-déductibilité ne s'appliquerait qu'aux sociétés sous contrôle étranger, le paragraphe XXV(5) n'exige qu'un traitement cohérent au traitement des sociétés détenues ou contrôlées par des résidents d'un pays tiers. Il n'est pas clair que le fait pour une société résidente d'être sous contrôle étranger constitue le genre de statut différentiel au plan de la déductibilité qui est visé par le paragraphe XXV(7).

Pour assurer la non-application de la supplantation possible par le principe de non-discrimination, l'adoption d'une mesure dérogatoire explicite pourrait être ajoutée aux règles relatives à la capitalisation restreinte qui serait applicable dans des circonstances où le ratio d'endettement prescrit est excédé mais qui peuvent être considérée en conformité au principe de pleine concurrence exprimé par une enquête multifactorielle¹⁸⁶. Cette méthode permettrait effectivement de renoncer au recours à une dérogation spécifique prévue à une convention en faveur d'un rapprochement habituel du principe de non-discrimination et des dispositions relatives à la capitalisation restreinte. L'adoption d'une mesure dérogatoire relativement à l'application de ratios d'endettement qui sont cohérents avec le ratio consolidé global du groupe multinational auquel appartient une entreprise canadienne constituerait une solution de remplacement à une dérogation pour les structures de capital conformes au principe de pleine concurrence. Ainsi qu'on le laisse entendre dans la partie 7, l'utilisation d'un ratio consolidé d'un groupe multinational, jumelé à une disposition augmentant ce ratio, peut être considérée comme l'équivalent, en pratique, d'une dérogation à l'application du calcul du ratio fixe fondée sur le principe de pleine concurrence¹⁸⁷. Pourtant, cela permet

185 Voir, par exemple, Andrew M.C. Smith et Paul V. Dunmore, « New Zealand's Thin Capitalisation Rules and the Arm's Length Principle », *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 57, n° 10 (2003), pp. 503-510, à la p. 507 (« ... les contribuables qui sont placés devant des sanctions selon les règles en vigueur en Nouvelle-Zélande auraient de bonnes raisons de faire valoir que les règles ne sont pas cohérentes avec le principe de pleine concurrence » [traduction]).

186 Voir, par exemple, Australian Taxation Office (ATO), *Taxation Ruling* TR 2003/1, 5 mars 2003 (qui donne l'interprétation de l'ATO au sujet de la vérification multifactorielle exigée aux fins de la dérogation fondée sur le principe de pleine concurrence dans les dispositions australiennes relatives à la capitalisation restreinte applicables aux investissements directs en provenance de l'étranger). Voir aussi, Vann, supra note 94, pp. 155-156 (qui note que l'interprétation de l'ATO a été « habilement rédigée pour tenter de limiter les problèmes » [traduction]).

187 Mais voir Smith et Dunmore, supra note 185, p. 507 (qui concluent que l'application des dispositions relatives à la capitalisation restreinte de la Nouvelle-Zélande viole l'article sur la non-discrimination et s'interrogent à savoir si les dispositions relatives aux ratios d'endettement qui se situent à moins de 110 pour cent du ratio consolidé d'un groupe multinational constituent un indicateur valable d'une enquête multifactorielle pour qualifier la dette entre personnes liées de capitaux propres déguisés).

d'économiser les coûts d'administration et d'observance des règles attribuables aux incertitudes d'application d'une telle dérogation, et cela évite également une perte possible de revenus attribuable à la flexibilité d'application de cette dérogation. En incorporant l'une ou l'autre dérogation, il serait possible de se conformer au principe de non-discrimination en tant que facteur limitatif, sans faire appel aux questions de politique plus générales associées à des restrictions de déductibilité exhaustives s'appliquant à la fois dans des contextes domestiques et transfrontaliers.

L'élargissement des règles relatives à la capitalisation restreinte du Canada à la dette entre personnes non liées aux seules fins du calcul du ratio d'endettement d'une entreprise canadienne semblerait vraisemblablement être compris dans les limites de la dérogation de l'alinéa XXV(8)a) de la convention entre le Canada et les États-Unis. Notamment, cette option de réforme est cohérente avec les dispositions américaines contre le dépouillement des gains, car la dette entre personnes liées y est effectivement donnée priorité vis-à-vis la dette entre personnes non liées lors de l'application d'une règle de non-déductibilité à la première forme de dette seulement. Le fait qu'une règle de non-déductibilité demeure limitée à la dette entre personnes liées semblerait soutenir l'interprétation selon laquelle cette autre réforme est généralement cohérente avec le but poursuivi par l'application des règles relatives à la capitalisation restreinte. En outre, cette interprétation ne semble pas être touchée par l'élargissement d'une règle de non-déductibilité à une gamme limitée de dettes garanties et à une gamme plus vaste de prêts adossés qui sont considérés comme des substituts à la dette entre parties liées motivés par des considérations fiscales et sont de ce fait traités de la même manière.

10. Interaction avec les restrictions relatives à la déductibilité des intérêts dans le contexte de l'investissement direct à l'étranger

Les restrictions touchant la déductibilité des intérêts qui s'appliquent à la dette entre personnes liées ainsi qu'à la dette entre personnes non liées dans le contexte des investissements directs de l'étranger peuvent aussi s'appliquer dans le contexte des investissements directs à l'étranger, en vertu d'une justification quelque peu différente. Cette sorte d'application symétrique d'une restriction générale touchant la déductibilité des intérêts est caractéristique, par exemple, des dispositions relatives à la capitalisation restreinte de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, ainsi que des dispositions contre le dépouillement des gains du Danemark, de l'Allemagne et de l'Italie. Une cohérence d'application totale signifie qu'il n'est pas nécessaire de faire la distinction entre les investissements directs de l'étranger et ceux faits à l'étranger. En fait, lorsque la distinction n'entraîne aucune conséquence fiscale, la question devient dépourvue de pertinence et un élément de conception important est éliminé. Par contre, s'il existe des différences mineures dans l'application des restrictions touchant la déductibilité des intérêts, la distinction entre investissements directs de l'étranger et à l'étranger doit être maintenue.

Les règles canadiennes relatives à la capitalisation restreinte s'appliquent exclusivement dans le contexte d'investissements directs de l'étranger dans le but de limiter la déduction des frais d'intérêt qui serait autrement accordée selon la Loi. Lorsqu'une entreprise sous contrôle étranger a des actifs à la fois au Canada et à l'étranger, l'article 18.2 peut s'appliquer pour refuser la déduction des intérêts relatifs aux actifs à l'étranger. Les règles relatives à la capitalisation restreinte s'appliqueraient uniquement dans la mesure où la déductibilité des frais d'intérêt n'est pas autrement refusée au sens de cette disposition qui s'applique dans le contexte d'un nombre de cas limité d'investissements directs à l'étranger. La portée limitée de l'article 18.2, dont l'application est de fait limitée aux frais d'intérêt d'une entreprise canadienne ayant servi à gagner des revenus de provenance étrangère par le truchement de certaines transactions fiscalement avantageuses effectuées par une filiale étrangère — signifie qu'il est possible pour une entreprise canadienne sous contrôle étranger d'obtenir la pleine déductibilité des frais d'intérêt lorsqu'elle possède à la fois des actifs au Canada et à l'étranger. Cette possibilité soulève un problème quant à la relation entre les règles ayant trait à la capitalisation restreinte et le caractère très différent et plus limité de la restriction formulée à l'article 18.2 concernant la déduction des frais d'intérêt dans le contexte de l'investissement direct à l'étranger.

Les règles relatives à la capitalisation restreinte, dans le contexte des investissements directs provenant de l'étranger, sont conçues pour limiter le niveau d'endettement qui peut être utilisé relativement aux capitaux propres investis dans des actifs nationaux générant des revenus qui sont autrement imposables dans le pays de source. Les dispositions contre le dépouillement des gains imposent une limite comparable, fondée sur le ratio des frais d'intérêt par rapport aux revenus d'une entreprise sous contrôle étranger. L'une ou l'autre méthode limite effectivement le dépouillement des gains dû aux frais d'intérêt déductibles qui feraient autrement l'objet

d'une imposition dans le pays de source¹⁸⁸. Dans la mesure où les capitaux propres d'une entreprise sous contrôle étranger peuvent être imputés à des actifs étrangers générant des revenus qui ne sont pas imposés de la même façon que ceux de provenance intérieure, ces capitaux propres devraient sans doute être exclus de la base qui peut être financée par emprunt et supporter une déduction du revenu imposable¹⁸⁹. En résumé, les capitaux propres ne devraient être inclus dans cette base que dans la mesure où ils peuvent être considérés comme générant des revenus qui, autrement, sont pleinement imposés dans le pays de source.

L'avoir net des actionnaires d'une entreprise sous contrôle étranger possédant à la fois des actifs nationaux et étrangers peut être réparti entre les deux sortes d'actifs selon une formule tenant compte des valeurs relatives des actifs, seuls les capitaux propres attribués aux actifs nationaux étant compris dans le calcul du ratio d'endettement. Lorsque l'actif de la société sous contrôle étranger est utilisé au lieu des capitaux propres dans le calcul du ratio, les actifs étrangers sont simplement exclus de l'actif total. Pour des raisons d'administration et de conformité aux règles cependant, la répartition requise des capitaux propres, ou l'exclusion des actifs étrangers, peuvent être limitées à ces cas où le niveau des actifs étrangers d'une société sous contrôle étranger est important relativement à l'ensemble de ses actifs nationaux. Par exemple, une répartition ou l'exclusion des actifs étrangers pourrait être limitée à ces cas où l'ensemble des actifs domestiques est inférieur à « tous ou à presque tous » les actifs de l'entreprise. Une autre solution, qui est cohérente avec la pratique juridique de certains pays, serait d'exclure les participations dans des sociétés étrangères contrôlées ou dans des sociétés étrangères affiliées non-contrôlées. Bien qu'il devienne alors impossible pour une entreprise étrangère de déduire une partie des frais d'intérêt relativement aux gains sur le revenu provenant de l'étranger imposé de façon plus favorable, l'exclusion des capitaux propres investis dans des actions de sociétés étrangères contrôlées ou dans des filiales étrangères (ou l'exclusion d'actifs étrangers) du calcul du ratio d'endettement demeure défendable à titre de composante structurelle des restrictions relatives à la déductibilité des intérêts applicables exclusivement dans le cas des investissements directs de l'étranger. Cette conséquence pourrait sûrement être évitée par la modification de la composition relative des actifs domestiques et étrangers ou, autrement, en évitant le statut d'entreprise sous contrôle étranger. Mais il peut exister d'autres contraintes qui ne sont pas d'ordre fiscal et qui limitent la capacité de modifier l'une ou l'autre des options ci-dessus afin de bénéficier de déductions de frais d'intérêt supplémentaires.

188 Comme les dispositions relatives à la capitalisation restreinte applicables dans le contexte de l'investissement direct à l'étranger visent à obtenir à peu près le même résultat, les capitaux propres attribués aux actions d'une filiale étrangère (ou les actifs étrangers) sont, de la même façon, exclus du calcul du ratio prescrit.

189 Voir Williamson et Garland, supra note 2, p. 28 (« Si la loi a pour but d'empêcher les pratiques comme le recours à l'emprunt d'une société canadienne pour investir dans une société étrangère affiliée, une simple déduction des prêts aux apparentés dans le calcul des capitaux propres serait insuffisante et les règles devraient être élargies pour englober les capitaux propres des apparentés. »)

Annexe 1 — Sommaire de la législation des pays sélectionnés¹⁹⁰

Restriction globale relative à la capitalisation restreinte applicable à la dette entre personnes liées et à la dette entre personnes non liées

	Australie	Belgique	Nouvelle- Zélande
Application à des entités non constituées en société	oui	succursales	oui
Ratio d'endettement	dette-sur-actif : 75 %	dette-sur-capitaux propres : 7:1*	dette-sur-actif : 75 %
Règles de classification	législation exhaustive re dettes et capitaux propres	forme juridique	déductions relatives aux emprunts dans le cadre des règles sur les frais courus
Application aux intérêts nets	oui	non	oui
Règles sur la création de dettes	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique
Dividende réputé	non	non	non
Report	non	non	non
Consolidation/allègement relatif au groupe	oui	non	oui
Régime de protection/dérogation lorsque conformité au principe de pleine concurrence	oui	oui	110 % de la moyenne du groupe
Règles sectorielles	oui — institutions financières	non	oui — institutions financières

* La restriction relative à la déductibilité, bien qu'elle s'applique également à la dette entre personnes liées et non liées, est limitée aux paiements d'intérêts à des sociétés situées dans des paradis fiscaux.

190 Les sommaires s'appuient sur les documents suivants: Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L., *Dispositions relatives à la capitalisation restreinte dans des pays sélectionnés*, rapport préparé pour le Groupe consultatif sur le régime canadien de fiscalité internationale (mai 2008); Ana Paula Dourado et Rita de la Feria, « Thin Capitalization Rules in the Context of the CCCTB », Oxford University Centre for Business Taxation, *Working Paper Series WP 08/04*; et Bruno Gouthiere et coll., « A Comparative Study of the Thin Capitalization Rules in the Member States of the European Union and Certain Other Countries », *European Taxation*, vol. 45, n° 9/10 (2005), pp. 367-451.

Restriction globale contre le dépouillement des gains applicable à la dette entre personnes liées et à la dette entre personnes non liées

	Danemark	Allemagne	Italie
Application à des entités non constituées en société	non	oui	succursales
Ratio de couverture des intérêts	BAIIDA : 80 %	BAIIDA : 30 %	BAIIDA : 30 %
Règles de classification	règles incomplètes	réalité économique	réalité économique
Application aux intérêts nets	oui	oui	oui
Règles sur la création de dettes/anti-évitement	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique
Dividende réputé	non	oui	non
Report	oui	non	oui
Consolidation/allègement relatif au groupe	oui	oui	oui
Régime de protection/dérogation lorsque conformité au principe de pleine concurrence	non	ratio dette-sur-capitaux propres — moyenne du groupe	non
Règles sectorielles	non	non	non

Restriction relative à la capitalisation restreinte limitée à la dette entre personnes liées

	Belgique	Canada	Danemark	France
Application à des entités non constituées en société	succursales	non	non	oui
Ratio d'endettement	dette-sur-capitaux propres : 1:1*	dette-sur-capitaux propres : 2:1	dette-sur-capitaux propres : 4:1	dette-sur-capitaux propres : 1,5:1
Dette entre parties non liées incluse au calcul du ratio	non	non	oui	non
Règles de classification	avances	forme juridique	règles incomplètes	réalité économique
Dette garantie	non	non	oui	non
Application aux intérêts nets	non	non	non	oui
Règles sur la création de dettes / anti-évitement	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique
Dividende réputé	oui	non	non	non
Report	non	non	incertain	oui
Consolidation/allègement relatif au groupe	non	non	oui	non
Régime de protection/dérogation lorsque conformité au principe de pleine concurrence	oui	non	oui	moyenne du groupe
Règles sectorielles	non	oui – succursales de banques étrangères	non	exclusion pour institutions financières et quasi institutions financières

* Les restrictions relatives à la déductibilité s'appliquent aux actionnaires qui sont des particuliers, aux administrateurs de sociétés (résidents ou non résidents) et aux personnes physiques ou sociétés autres que des sociétés résidentes de la Belgique qui sont assujetties à l'impôt régulier sur le revenu d'intérêt. Cependant, voir à cet égard, NV Lammers & Van Cleef (C-105/07) (la non-déductibilité de l'intérêt payé à un directeur qui est une société étrangère viole le droit à la liberté d'établissement).

Restriction relative à la capitalisation restreinte limitée à la dette entre personnes liées

	Japon	Pays-Bas	Suisse
Application à des entités non constituées en société	succursales	succursales	oui
Ratio d'endettement	dette-sur-capitaux propres : 3:1	dette-sur-capitaux propres : 3:1	ratios adaptés fondés sur l'actif
Dette entre parties non liées incluse au calcul du ratio	non	oui	oui
Règles de classification	oui	contrats de location financement	règles incomplètes
Dette garantie	oui	oui	oui
Application aux intérêts nets	non	oui	non
Règles sur la création de dettes/anti-évitement	aucune règle spécifique	oui	aucune règle spécifique
Dividende réputé	oui	non	oui
Report	non	non	non
Consolidation/allègement relatif au groupe	non	oui	non
Régime de protection/dérogation lorsque conformité au principe de pleine concurrence	dette-sur-capitaux propres de 3:1 (global) ou moyenne de l'industrie	moyenne du groupe	oui
Règles sectorielles	non	non	oui — entreprises de financement — dette-sur-actif : 85 %

Restriction contre le dépouillement des gains limitée à la dette entre personnes liées

	France	États-Unis
Application à des entités non constituées en société	oui	succursales
Ratio de couverture des intérêts	BAIIDA : 25 %	BAIIDA : 50 %
Dette entre parties non liées incluse au calcul du ratio	non	oui
Règles de classification	réalité économique	jurisprudence relative à la classification dette vs capitaux propres
Dette garantie	non	oui
Application aux intérêts nets	oui	oui
Règles sur la création de dettes	aucune règle spécifique	aucune règle spécifique
Dividende réputé	non	non
Report	oui	oui
Consolidation	non	oui
Régime de protection/dérogation lorsque conformité au principe de pleine concurrence	moyenne du groupe	dette-sur-capitaux propres : 1,5:1
Règles sectorielles	exclusion pour institutions financières et quasi institutions financières	non

Approche multifactorielle fondée sur le principe de pleine concurrence

	Royaume-Uni
Application à des entités non constituées en société	sociétés de personnes et succursales
Ratio de couverture des intérêts	BAIIDA : 25 %
Ratio d'endettement	dette-sur-capitaux propres : 1:1
Ratios sectoriels	oui
Règles de classification	forme juridique
Dette garantie	oui
Application aux intérêts nets	non
Règles sur la création de dettes / anti-évitement	dispositions législatives anti hybrides, règle de « l'objet non admissible »
Dividende réputé	non (sauf en ce qui concerne les retenues d'impôt sur les non résidents)
Report	non (mais le garant indépendant peut réclamer)
Consolidation	oui
Régime de protection	non (mais les ratios servent de normes)

Annexe 2 — Exemple détaillé illustrant l'application d'une limitation à la capitalisation restreinte dont la portée s'étend à la dette entre personnes non liées

La société mère (MèreCo) et sa filiale étrangère (FilialeCo) possèdent des actifs qui ont une valeur comptable de 1 500 \$ sur une base mondiale consolidée. Ces actifs sont financés par : (i) une émission de titres de dette du groupe de 1 125 \$ à des prêteurs non liés; (ii) une émission d'actions de 375 \$ à des actionnaires non liés. Le tiers des actifs est utilisé par MèreCo dans son pays de résidence (Pays R). Les deux autres tiers sont utilisés par FilialeCo dans le Pays S.

L'imposition des revenus de FilialeCo dans le Pays S est décrite ci-après selon quatre structures financières différentes : (i) MèreCo fournit 100 pour cent du financement sous forme de capitaux propres; (ii) MèreCo fournit 100 pour cent du financement sous forme de prêts; (iii) MèreCo fournit 70 pour cent du financement sous forme de prêts et 25 pour cent sous forme de capitaux propres, et cinq pour cent provient directement d'emprunts par FilialeCo auprès de prêteurs non liés; (iv) MèreCo fournit cinq pour cent du financement sous forme de prêts et 25 pour cent sous forme de capitaux propres, et 70 pour cent provient directement d'emprunts par FilialeCo auprès de prêteurs non liés. On fait de plus les hypothèses suivantes : (i) le taux annuel d'intérêt sur la dette est de six pour cent; (ii) FilialeCo gagne un revenu de 70 \$ sur ses actifs, avant intérêts et impôts; (iii) le taux d'imposition sur le revenu des entreprises dans le Pays S est de 30 pour cent.

En l'absence de restriction à la déductibilité des intérêts, les structures de financement à 100 pour cent par dettes de parties liées et par capitaux propres de parties liées servent de points de comparaison aux résultats fiscaux pour chacune des deux structures de financement plus réalistes où le financement est obtenu par une combinaison d'emprunts auprès de personnes liées et non liées et de capitaux propres. Ces résultats sont présentés pour trois différents régimes relatifs à la capitalisation restreinte : (i) une règle de non-déductibilité limitée à la dette entre personnes liées en excès d'un ratio d'endettement de 2:1 (calculé d'après la dette totale); (ii) une règle de non-déductibilité qui s'applique à toute dette en excès d'un ratio d'endettement de 2:1; (iii) une règle de non-déductibilité qui s'applique à toute dette en excès du plus élevé de deux ratios, soit un ratio d'endettement de 2:1 et le ratio d'endettement consolidé du groupe multinational auquel l'entreprise sous contrôle étranger appartient.

Financement à 100 % par capitaux propres	
revenu d'exploitation de FilialeCo (avant intérêts et impôts)	70
impôt dans le Pays S (@ 30 %)	21
dividende après impôt	49
Financement à 100 % par emprunts auprès de personnes liées	
revenu d'exploitation de FilialeCo (avant intérêts et impôts)	70
frais d'intérêt	60
revenu d'exploitation après déduction des intérêts	10
impôt dans le Pays S (@ 30 %)	3
Financement à 70 % par emprunts auprès de personnes liées, 5 % par emprunts auprès de personnes non liées, et 25 % par capitaux propres provenant de personnes liées	
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 tenant compte de la dette totale mais où seuls les intérêts sur la dette envers des parties liées sont assujettis à la restriction 	
intérêts non déductibles soit intérêts de 6 % sur le plus grand de : (i) 83,33 de dette excédentaire et (ii) 700 de dette envers des personnes liées impôt dans le Pays S (@ 30 %)	5 1,50
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 applicable à la dette totale 	
intérêts non déductibles soit intérêts sur 83,33 de dette excédentaire impôt dans le Pays S (@ 30 %)	5 1,50
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 applicable à la dette totale, sauf lorsque le ratio d'endettement est égal au ratio d'endettement moyen du groupe consolidé 	
intérêts non déductibles puisque le ratio d'endettement de 3:1 de FilialeCo est égal au ratio d'endettement moyen du groupe de 3:1	NIL
Financement à 5 % par emprunts auprès de personnes liées, 70 % par emprunts auprès de personnes non liées, et 25 % par capitaux propres provenant de personnes liées	
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 tenant compte de la dette totale mais où seuls les intérêts sur la dette envers des parties liées sont assujettis à la restriction 	
intérêts non déductibles soit intérêts de 6 % sur le plus grand de : (i) 83,33 de dette excédentaire et (ii) 50 de dette envers des personnes liées impôt dans le Pays S (@ 30 %)	3 0,90
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 applicable à la dette totale 	
intérêts non déductibles soit intérêts sur 83,33 de dette excédentaire impôt dans le Pays S (@ 30 %)	5 1,50
<ul style="list-style-type: none"> Scénario d'une limite à la capitalisation restreinte dans le Pays S fondée sur un ratio d'endettement de 2:1 applicable à la dette totale, sauf lorsque le ratio d'endettement est égal au ratio d'endettement moyen du groupe consolidé 	
intérêts non déductibles puisque le ratio d'endettement de 3:1 de FilialeCo est égal au ratio d'endettement moyen du groupe de 3:1	NIL