

**Dossier accompagnant la demande de comparution devant le
Comité des finances de la Chambre des communes au sujet du projet de loi C-31**

A. RÉSUMÉ

Pour commencer, nous aimerions préciser que notre société n'a aucun intérêt politique dans les enjeux décrits ci-dessous. En outre, notre société n'a aucun intérêt économique et ne représente aucun contribuable en ce qui a trait à ces enjeux. Nous sommes simplement préoccupés par le fait que certaines dispositions importantes du projet de loi C-31 pourraient involontairement nuire aux Canadiens si elles ne sont pas modifiées.

Les dispositions de mise en œuvre relatives à la *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) des États-Unis dans le projet de loi C-31 doivent être améliorées. Le 5 février 2014, le Canada et les États-Unis ont signé un accord intergouvernemental concernant la FATCA (AIG canadien) qui libère les entités canadiennes assujetties à la FATCA de nombreuses obligations coûteuses auxquelles elles auraient autrement été confrontées aux termes de la FATCA¹. Le même jour, le ministère des Finances du Canada a publié un projet de loi, conformément aux exigences du droit canadien, pour mettre en œuvre l'AIG canadien, et a demandé des observations sur celui-ci. Notre société a présenté des observations sur le projet de loi au ministère des Finances avant le délai prescrit du 10 mars 2014.

Même s'il est bien intentionné, le projet de loi proposé par le ministère des Finances pour donner effet à l'AIG aggrave la situation. Qui plus est, le projet de loi prend la définition d'« institution financière », l'un des termes les plus importants – sinon *le plus* important – définis dans l'AIG canadien, et la détruit en la réduisant à une liste exclusive de 13 types d'entités. Ce faisant, le Canada a obscurci l'application de la FATCA par l'AIG canadien. Si le projet de loi devait être adopté, il pourrait soit : a) empêcher l'AIG canadien d'entrer en vigueur; b) entraîner trop de retenues à la source sur certains paiements aux entités canadiennes assujetties à la FATCA, en particulier aux fiducies d'intérêt privé canadiennes. En conséquence, les entités canadiennes touchées seraient confrontées à un fardeau administratif considérable pour récupérer les retenues d'impôt en trop. En définitive, le projet de loi place les institutions financières canadiennes devant un dilemme malheureux (et involontaire) : se conformer à la loi canadienne – et subir les conséquences de la FATCA – ou se conformer à la FATCA – et subir les conséquences de la loi canadienne. Dans les deux cas, l'entité canadienne touchée est perdante.

Ce projet de loi envoie également le mauvais message à la communauté internationale à la lumière de la nouvelle norme commune de déclaration de l'OCDE pour l'échange automatique de renseignements entre les autorités fiscales à travers le monde (NCD de l'OCDE), qui est basée sur les accords intergouvernementaux des États-Unis (AIG) concernant la FATCA². Autrement dit, ce projet de loi nuirait aux entités canadiennes touchées. Par conséquent, la loi devrait être modifiée pour être compatible avec l'AIG canadien.

B. INTRODUCTION À LA FATCA

La FATCA est l'une des lois modernes les plus controversées du droit fiscal américain. Elle est née des cendres du scandale fiscal d'UBS et vise à lutter contre l'évasion fiscale à l'étranger par des personnes des États-Unis grâce à l'utilisation d'entités financières et de structures d'investissement non américaines³. Ce type d'évasion fiscale fonctionnait auparavant en raison des solides lois sur le secret bancaire dans d'autres pays (notamment la Suisse). La FATCA fait disparaître cette pratique en imposant un régime innovateur de retenue à la source sur les paiements d'entités étrangères⁴ de certains types de revenus de source américaine si elles ne communiquent pas certains renseignements à l'Internal Revenue Service (IRS). La principale critique associée à la FATCA semble être qu'elle est unilatérale, extraterritoriale et qu'elle transfère indûment les coûts de la détection de l'évasion fiscale – traditionnellement assumés par le gouvernement – à des parties privées⁵.

En essence, la FATCA transforme certaines entités étrangères en collecteurs d'information pour l'IRS. La FATCA a été conçue pour lutter contre l'évasion fiscale à l'étranger, et elle le fait indirectement en imposant une retenue à la source vaste et puissante sur certains paiements de revenus passifs de source américaine à certaines entités étrangères qui ne respectent pas le régime de déclaration de la FATCA.

Selon les *Code Regulations* et les *Treasury Regulations* des États-Unis, la FATCA classe toute entité dans l'un des deux groupes mutuellement exclusifs : « institution financière étrangère » (IFE) ou « entité étrangère non financière » (EENF)⁶. Certaines IFE ou EENF

¹ Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique en vue d'améliorer l'observation fiscale à l'échelle internationale au moyen d'un meilleur échange de renseignements en vertu de la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune, disponible à <http://www.fin.gc.ca/treaties-conventions/pdf/FATCA-fra.pdf> [ci-après « AIG canadien »]

² OCDE, *Norme d'échange automatique de renseignements relatifs aux comptes financiers* (13 février 2014), p. 1 à 7, disponible à <http://www.oecd.org/fr/ctp/echange-de-renseignements-fiscaux/echange-automatique-de-renseignement-norme-commune-de-declaration.pdf> [ci-après « NCD de l'OCDE »].

³ Voir la *Hiring Incentives to Restore Employment Act*, droit public n° 111 à 147, article 501, 124 stat. 71 (2010) [ci-après « loi HIRE »].

⁴ Sauf indication contraire, le terme « étranger » est utilisé dans le présent dossier pour désigner les personnes non américaines. IRC, par. 7701a)(30).

⁵ Joshua D. Blank et Ruth Mason, *Exporting FATCA*, 142 *Tax Notes* 1245, 1246 (17 mars 2014).

⁶ IRC, alinéas 1471a) et 1472a).

doivent déclarer toute information concernant les comptes et autres droits de propriété des personnes des États-Unis, sans quoi elles sont assujetties à une retenue d'impôt de 30 % sur certains paiements de source américaine, y compris les intérêts, les dividendes, les redevances et le produit brut de la vente d'actifs qui peuvent produire des intérêts ou des dividendes de source américaine⁷. L'AIG canadien, qui offre de façon générale un régime plus favorable en remplaçant les règles par défaut de la FATCA dans les règlements du Code et du Trésor, utilise le terme « institution financière » pour désigner vaguement les IFE, et les EENF existent en application de l'annexe I(VI)(B)(2)⁸.

C. PARAGRAPHE PROPOSÉ 263(2) : LA DÉFINITION D'INSTITUTION FINANCIÈRE DÉSIGNÉE EST INCOMPATIBLE AVEC L'AIG CANADIEN ET DOIT ÊTRE MODIFIÉE

Le paragraphe proposé 263(2) réduit la définition d'« institution financière » qui se trouve dans l'AIG canadien, parce que seule une « institution financière désignée » au paragraphe 263(1) sera considérée comme une institution financière assujettie à la FATCA conformément aux exigences du droit canadien. Une institution financière désignée est définie en référence à une liste exclusive de treize entités, qui ne comprend pas les fiducies d'intérêt privé canadiennes, qui seraient autrement considérées comme des institutions financières en vertu de l'alinéa 1(1)g) de l'AIG canadien. En fin de compte, cette définition restrictive entraînera de la confusion pour les entités canadiennes exerçant des activités transfrontalières et qui ne sont pas classées comme des institutions financières selon le droit canadien, mais qui sont des institutions financières selon les *Code Regulations* et les *Treasury Regulations* ou d'un autre AIG⁹. Le résultat serait une retenue d'impôt inutile pour les fiducies d'intérêt privé canadiennes qui ont des comptes dans des institutions financières non canadiennes ou des actifs américains qui génèrent des paiements de source américaine.

Il est difficile de savoir si le Congrès américain souhaitait classer les fiducies comme des institutions financières soumises à la FATCA lorsque la loi a été présentée pour la première fois en 2009 et adoptée en 2010. Le terme « fiducie » n'est mentionné que six fois dans les sections pertinentes des *Code Regulations* et jamais dans le contexte d'une institution financière¹⁰. Les *Treasury Regulations* sont toutefois remplis de références aux fiducies, et deux exemples montrent explicitement que les fiducies peuvent être des institutions financières¹¹. Des fonctionnaires de l'IRS l'ont en outre confirmé¹². Les notes d'orientation du Royaume-Uni prévoient expressément que certaines fiducies seront classées comme des institutions financières¹³, et les notes d'orientation de l'Irlande font écho à cette conclusion¹⁴. En outre, un sous-comité du Sénat américain a déjà décrit les fiducies comme des « agents facilitateurs » de l'évasion fiscale et des abus, ce qui suggère que les fiducies sont soumises comme il se doit à la FATCA¹⁵. La NCD de l'OCDE confirme qu'un régime efficace de déclaration devrait « limiter les possibilités pour les contribuables de recourir à des entités juridiques ou à des mécanismes intermédiaires pour se soustraire à leurs obligations déclaratives » en demandant aux institutions financières d'examiner en profondeur les « sociétés-écrans, fiducies et structures analogues » afin de déceler qui se cache réellement derrière le compte ou le droit de propriété¹⁶.

1. Conséquences liées à la restriction de la définition d'« institution financière »

La FATCA appartient à une législation unique dont l'application ne repose pas sur l'action d'un souverain, mais plutôt sur des décisions économiques rationnelles faites par les acteurs du marché. La FATCA prévoit généralement qu'avant qu'un payeur ne transfère des paiements de source américaine assujettis à une retenue au bénéficiaire, le payeur doit vérifier le statut du bénéficiaire et déterminer si la retenue imposée par la FATCA est nécessaire¹⁷. Si le projet de loi devait être adopté, le résultat serait une définition d'« institution financière » différente de celle utilisée au Canada, aux États-Unis et dans d'autres pays. Lorsque le payeur et le bénéficiaire sont tous deux résidents canadiens, il y a peu de risques de confusion ou de retenues inutiles.

Toutefois, lorsque le payeur n'est pas un résident du Canada, la décision d'imposer une retenue ou non est plus complexe. Si le payeur n'effectue pas de retenue d'impôt lorsque requis, il est personnellement responsable de la retenue¹⁸. Ainsi, si un payeur est incertain du statut du bénéficiaire car, par exemple, le droit canadien limite la liste des entités soumises à la FATCA selon la loi, le payeur devrait en principe effectuer une retenue d'impôt puisque dans le cas contraire il serait responsable du montant non retenu. Le résultat ne serait pas souhaitable pour les investisseurs canadiens transfrontaliers, qui seraient alors confrontés à des retenues excédentaires et à des coûts de transaction inutiles pour le remboursement des retenues excédentaires.

En outre, le projet de loi pourrait avoir des conséquences beaucoup plus désastreuses pour les Canadiens dans le cadre de l'AIG canadien.

a. Restreindre la définition d'« institution financière » entraînera des retenues à la source excédentaires

⁷ IRC, division 1473(1)(A).

⁸ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéas 1(1)g) et q).

⁹ IRC, alinéas 1471a), 1472a) et div. 1473(1)(A) et 1474a); U.S. Dept. of the Treasury, *Model 1A IGA Reciprocal, Preexisting TIEA or DTC* (4 nov. 2013), alinéas 1(1)g) et j), disponible à <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Reciprocal-Model-1A-Agreement-Preexisting-TIEA-or-DTC-11-4-13.pdf>.

¹⁰ IRC, articles 1471-1474.

¹¹ IRC, subdivision 1.1471-5e)(4)(v), exemples 5 et 6.

¹² Lee A. Sheppard, *Who is a Manager Under FATCA*, 138 Tax Notes 1164 (11 mars 2013), p. 1165 (citation de Jesse Eggert, avocat-conseil associé en fiscalité internationale du Trésor); Jeremiah Coder et Lee A. Sheppard, *Officials Explain Final FATCA Reg Changes, Effect on Investment Funds*, 2013 Tax News Today 15-4 (23 janvier 2013).

¹³ ROYAUME-UNI, Notes d'orientation mises à jour, *Implementation of the International Tax Compliance Regulations*, article 2.36 (28 février 2014), disponible à <http://www.hmrc.gov.uk/drafts/uk-us-FATCA-guidance-notes.pdf> [ci-après « notes d'orientation du Royaume-Uni »].

¹⁴ IRLANDE, *Irish Revenue*, Notes d'orientation, *Implementation of FATCA in Ireland*, chapitre 2(2)(C) (17 janvier 2014) [ci-après « notes d'orientation de l'Irlande »].

¹⁵ ÉTATS-UNIS. Subcommittee on Homeland Security and Governmental Affairs, Permanent Subcommittee on Investigations, 108e cong., *Tax Haven Abuses: The Enablers, the Tools and Secrecy*, p. 1 (2006), disponible à <http://www.hsagc.senate.gov/imo/media/doc/TAXHAVENABUSESREPORT107.pdf?attempt=2>.

¹⁶ NCD de l'OCDE, note 2 ci-dessus, p. 7-8.

¹⁷ IRC, alinéas 1471a), 1472a) et div. 1473(1)(A); IRC, article 1.1471-3. Pour des raisons de simplicité, nous utiliserons les termes « bénéficiaire » et « payeur » pour référer aux entités soumises à la FATCA et aux agents de retenue, respectivement. Voir les articles de l'IRC 1.1471-1(b)(96), (140) et -3(a); règ. temp. IRC, sous-alinéa 1.1471-1T(b)(98).

¹⁸ IRC, alinéas 1471a), 1472a) et 1474a); IRC, article 1471-3.

Avant de faire un paiement assujéti à la FATCA, un payeur doit déterminer l'identité du bénéficiaire et son statut conformément à la FATCA¹⁹. Les fiducies d'intérêt privé canadiennes diront qu'elles sont des EENF selon les exigences du droit canadien et fourniront un certificat au payeur à cet effet²⁰. Le payeur est autorisé à s'appuyer sur ces certificats, à moins qu'il ne sache ou qu'il n'ait des raisons de croire que les renseignements fournis sont incorrects, ou encore qu'il reçoive un avis de l'IRS déclarant que la demande de statut du bénéficiaire est incorrecte²¹.

Le problème est que, d'après les *Treasury Regulations* et l'AIG canadien, une fiducie d'intérêt privé canadienne peut *ne pas* être une EENF, mais une institution financière. En raison de cette incompatibilité, les *Treasury Regulations* indiquent que les payeurs doivent présumer que le bénéficiaire est une IFE non participante, et doivent par conséquent effectuer une retenue à la source²². Le Code facilite la décision de retenir de l'impôt ou non dans cette situation, car il indemnise explicitement le payeur contre les réclamations et les demandes de toute personne pour les retenues imposées par la FATCA²³. En outre, si un payeur effectue une retenue parce qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'elle est requise, cette retenue est traitée comme si elle était requise à des fins d'indemnisation²⁴.

Selon la FATCA, il n'y a pas de sanctions pour les retenues excédentaires, et le payeur peut rembourser au bénéficiaire – mais n'est pas tenu de le faire – les montants qui ont été retenus en trop ou utiliser ces montants pour compenser l'impôt autrement requis²⁵. La combinaison de ces règlements – la responsabilité personnelle des retenues requises par la FATCA, l'absence de sanctions pour les retenues excédentaires et l'absence d'obligation de rembourser ou de compenser les montants retenus en trop – fait en sorte qu'en cas de doute, le payeur prend la décision sécuritaire par défaut de retenir l'impôt. Le seul frein à cette décision serait les conséquences économiques pour les payeurs provenant de leur politique sur les retenues en trop. Quand la poussière sera retombée, les bénéficiaires seront dans la position peu enviable de demander directement à l'IRS un remboursement des montants retenus en trop.

À terme, ces bénéficiaires canadiens mal classés seront déclarés à l'IRS conformément aux *Treasury Regulations* ou à un autre AIG²⁶, et l'IRS – en supposant qu'il reconnaît l'AIG canadien comme exécutoire – peut appliquer les procédures des articles 5 ou 8 de l'AIG, ou pire, mettre fin à l'AIG²⁷. Fait intéressant, le Canada serait tenu d'appliquer son droit interne – y compris les sanctions applicables – pour traiter toute non-conformité importante détectée dans un avis de l'IRS, et si cette non-conformité dépasse 18 mois, même les payeurs résidant au Canada seraient tenus de retenir un impôt de 30 % sur les paiements de source américaine assujétis à la retenue²⁸.

b. Restreindre la définition d'« institution financière » peut invalider l'AIG canadien

Il se peut aussi que les États-Unis voient ce projet de loi comme une mise en œuvre incorrecte de l'AIG canadien en vertu du paragraphe 10(1), empêchant ainsi l'entrée en vigueur de l'AIG canadien. Si c'est le cas, les Canadiens seraient soumis aux règlements par défaut plus stricts des *Code Regulations* et des *Treasury Regulations*, selon lesquels le régime de retenue à la source est beaucoup moins indulgent²⁹. En fin de compte, le projet de loi place les institutions financières canadiennes devant un dilemme où elles doivent choisir de se conformer à la loi canadienne – et subir les conséquences de la FATCA – ou se conformer à la FATCA – et subir les conséquences de la loi canadienne. D'un autre côté, les États-Unis pourraient invoquer l'article 8 de l'AIG canadien et demander une consultation pour résoudre les différences entre les dispositions législatives canadiennes et l'AIG.

Enfin, les États-Unis peuvent considérer ce projet de loi comme l'abrogation des obligations du Canada en vertu des articles 2 et 3 de l'AIG canadien, empêchant ainsi toutes les entités avec des classifications incompatibles avec la FATCA conformément au projet de loi – notamment les fiducies d'intérêt privé canadiennes – d'être considérées conformes à la FATCA et les soumettant à la retenue prévue au paragraphe 4(1). Les institutions financières canadiennes qui déclarent les renseignements requis seraient alors soumises aux règlements par défaut du Code et du Trésor.

2. La plupart des fiducies d'intérêt privé canadiennes devraient être classées comme des institutions financières

D'après l'AIG canadien, la plupart des fiducies d'intérêt privé canadiennes devraient être considérées comme une institution financière, en tant qu'établissement de garde de valeurs, qu'entité d'investissement, ou les deux. Cette hypothèse est étayée par le texte de l'AIG canadien, les *Treasury Regulations*, les notes d'orientation du Royaume-Uni, les notes d'orientation de l'Irlande, les rapports du sous-comité sénatorial américain sur les abus liés aux paradis fiscaux, la NCD de l'OCDE, les notes d'orientation antérieures de l'IRS sur la FATCA et les commentaires formulés par les responsables de l'IRS et du Trésor. En outre, la référence de l'AIG canadien aux recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) ne doit pas être utilisée comme support pour une lecture plus restrictive du terme « entité d'investissement » de l'AIG canadien et ne peut être utilisée pour restreindre la définition plus générale du terme « institution financière ».

a. La définition d'« institution financière » dans l'AIG canadien comprend les fiducies d'intérêt privé canadiennes

L'AIG canadien stipule que le terme « institution financière » désigne un établissement de garde de valeurs, un établissement de dépôt, une entité d'investissement ou une compagnie d'assurance particulière³⁰. Avant de plonger dans la définition de ces termes, il est nécessaire de lire l'ensemble de l'AIG canadien pour une meilleure perspective. Lorsqu'on le lit au complet, on comprend que le texte de l'AIG canadien appuie la conclusion que certaines fiducies d'intérêt privé sont des institutions financières. Pour définir le terme « titre de participation »

¹⁹ IRC, article règ. 1471-3.

²⁰ AIG canadien, note 1 ci-dessus, annexe I(IV)(D)(4), (V)(B), (VI)(B)(2); IRC, division règ. 1.1471-3d(12).

²¹ IRC, alinéas 1471-3d) et e); IRC, division règ. temp. 1.1471-3T e)(4) (fournit des normes pour les « raisons de savoir »).

²² IRC, divisions règ. temp. 1.1471-3T f)(4) et (9).

²³ IRC, alinéa 1474a); voir IRC, sous-division règ. 1.1471-3T f)(9)(i). Comparez avec l'article 1461 de l'IRC.

²⁴ IRC, alinéa règ. 1.1474-1f).

²⁵ IRS, proc. rév. 2014-13, 2014-3 IRB 419 (26 décembre 2013), article 10.01; IRC, divisions règ. 1.1474-2a)(1)-(4). Bien que le payeur puisse être passible de poursuites par le bénéficiaire si sa décision de retenir l'impôt était déraisonnable. Ibid. On peut se demander, toutefois, si un bénéficiaire engagerait des poursuites contre le payeur quand il peut plutôt demander un remboursement de l'IRS.

²⁶ IRC, alinéa règ. 1.1471-4c); modèle d'AIG 1A, note 9 ci-dessus, par. 4(1).

²⁷ AIG canadien, note 1 ci-dessus, par. 10(2).

²⁸ Ibid., alinéa 5(2)b).

²⁹ Comparez *ibid.*, par. 4(1) et 5(2) avec l'IRC, article règ. 1.1471-4.

³⁰ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)g).

l'article 1(1)v de l'AIG canadien prévoit que les fiducies constituent des institutions financières. Ce langage est vaste et s'applique à déterminer les titres de participation de toutes les fiducies, par seulement des fiducies qui sont largement détenues ou offertes au public³¹. Il est à noter également qu'une fiducie ne peut généralement pas se livrer à des activités aux États-Unis pour être classée comme une fiducie aux fins de l'impôt américain³².

En outre, l'AIG canadien indique qu'une « entité » désigne une « personne morale ou une construction juridique telle qu'une fiducie »³³. Pourquoi inclure les fiducies directement dans ces définitions si elles ne sont pas assujetties à la FATCA? Si le Trésor souhaitait exclure les fiducies de la définition d'« institution financière », il aurait pu facilement le faire en omettant de mentionner les fiducies dans la définition de ces termes. Il faut éviter d'interpréter les dispositions de l'AIG canadien d'une manière qui rendrait les autres dispositions ou textes inutiles ou qui irait à l'encontre de la politique de la FATCA. C'est pourtant précisément ce que font les dispositions législatives contenues dans le projet de loi C-31 en excluant toutes les fiducies d'intérêt privé de l'AIG canadien par sa définition restrictive d'« institution financière ».

Il est à noter également l'omission de l'exclusion à l'annexe II(IV)(A) du modèle d'AIG 1A de l'AIG canadien. Cette disposition crée une exclusion de la FATCA pour les fiducies documentées comme fiduciaires ou les fiducies dont certaines institutions financières sont des fiduciaires³⁴. Cette omission suggère également que les États-Unis ont l'intention de traiter certaines fiducies canadiennes comme des institutions assujetties à la FATCA.

i. Certaines fiducies d'intérêt privé canadiennes sont considérées comme des entités d'investissement selon l'AIG canadien

Dans l'alinéa 1(1)j) de l'AIG canadien, le terme « entité d'investissement » est défini ainsi :

Le terme « entité d'investissement » désigne toute entité qui exerce comme activité (ou qui est administrée par une entité qui exerce comme activité) une ou plusieurs des prestations ou opérations ci-après au nom ou pour le compte d'un client :

- a. transactions sur les instruments du marché monétaire (chèques, billets, certificats de dépôt, instruments dérivés, etc.); marché des changes; instruments sur devises, taux d'intérêt ou indices; valeurs mobilières négociables; ou marchés à terme de marchandises;
- b. gestion individuelle ou collective de portefeuille;
- c. autres opérations d'investissement, d'administration ou de gestion de fonds ou d'argent pour le compte de tiers.

Le présent alinéa 1) est interprété de façon compatible avec le libellé semblable de la définition d'« institution financière » qui figure dans les recommandations du Groupe d'action financière

Cette définition n'est pas destinée à être lue à la légère. Elle est formulée dans un langage dense et technique qui est plus facile à comprendre une fois décortiqué. Premièrement, on remarque que seules les entités peuvent être des entités d'investissement. De nombreux pays considèrent les fiducies comme des « relations juridiques », et non des entités. La FATCA considère toutefois les fiducies comme des entités³⁵. Deuxièmement, si on ignore la parenthèse dans la première division et la référence au GAFI dans le texte sous les divisions, il est relativement clair que les fiducies n'entrent pas dans la définition d'« entité d'investissement ». Les fiducies n'ont pas de clients, ils ont des bénéficiaires³⁶. En outre, les fiducies ne peuvent généralement pas se livrer à des activités pour être considérées comme des fiducies en conformité avec le droit fiscal américain³⁷. En conséquence, la parenthèse est nécessaire pour considérer une fiducie comme une entité d'investissement aux fins de l'impôt américain. Troisièmement, lorsque la définition est lue à la lumière de la parenthèse, les fiducies sont des entités d'investissement si elles sont administrées par une entité qui offre les trois services énumérés aux clients³⁸. Quatrièmement, que signifie l'expression « administrée par » dans le texte entre parenthèses? Bien que l'AIG canadien ne définisse pas cette expression, les *Treasury Regulations* la clarifient un peu en fournissant deux exemples montrant que son seuil n'est pas très élevé³⁹. La composante d'administration est satisfaite – et la fiducie est une entité d'investissement d'après les *Treasury Regulations* – si le fiduciaire administre lui-même la fiducie ou les actifs d'investissement de la fiducie⁴⁰. De simples conseils peuvent cependant ne pas être considérés comme de l'administration⁴¹.

En résumé, si on ignore la référence au GAFI, une fiducie d'intérêt privé canadienne sera considérée comme une entité d'investissement – et donc comme une institution financière – si :

1. (a) la fiducie a un fiduciaire professionnel ou (b) les actifs de la fiducie sont administrés par un gestionnaire professionnel;
2. le fiduciaire professionnel n'est pas un particulier⁴².

³¹ Voir les paragraphes proposés, alinéas 263((1))j) et k). Voir également l'IRC, division règ. 1.1473-1b(3)(ii) pour les règles applicables pour déterminer l'intérêt bénéficiaire d'une personne dans une fiducie.

³² IRC, alinéa règ. 301.7701-4b). Les fiducies commerciales peuvent être reclassées comme des sociétés ou des partenariats aux fins de l'impôt américain. Ibid. Voir aussi *Morrissey v. Commissioner*, 296 US 344 (1935).

³³ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)gg).

³⁴ Modèle d'AIG 1A, note 9 ci-dessus, annexe II(IV)(A).

³⁵ IRC, article règ. 1.1471-1b(39); AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)gg). IRC, division règ. 1.1471-1b(39) stipule qu'une « entité » est « toute personne autre qu'une personne physique ». Le terme « personne » est défini en référence à la division de l'IRC 7701a)(1), qui stipule qu'une personne est « un individu, une fiducie, une succession, une association, une entreprise ou une société » [traduction], IRC, sous-alinéa 1,1471-1b(100). Par conséquent, une entité comprend une fiducie d'après les *Treasury Regulations*.

³⁶ Voir IRC, alinéa règ. 301.7701-4a). Le terme « consommateur » n'est pas défini dans l'AIG canadien ni dans les *Treasury Regulations*.

³⁷ IRC, alinéa règ. 301.7701-4b). Les fiducies commerciales peuvent être reclassées comme des sociétés ou des partenariats aux fins de l'impôt américain. Ibid. Voir aussi *Morrissey v. Commissioner*, 296 US 344 (1935).

³⁸ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)j).

³⁹ IRC, sous-division 1.1471-5e(4)(v), exemples 5 et 6.

⁴⁰ Ibid., exemple 6.

⁴¹ Sheppard, note 12 ci-dessus, 1165 (citation de Jesse Eggert, avocat-conseil associé en fiscalité internationale du Trésor).

⁴² Voir aussi Roy A. Berg, *In FATCA-Land a Canadian Trust is a Bank*, blogue de Moodys Gartner (10 février 2014), disponible à <http://www.moodysgartner.com/in-FATCA-land-a-canadian-trust-is-a-bank/>;

Dans le contexte des fiducies d'intérêt privé canadiennes, cette conclusion est compatible avec les notes d'orientation émises par le Royaume-Uni et l'Irlande. Les notes d'orientation du Royaume-Uni indiquent spécifiquement que les fiducies sont des entités d'investissement si une institution financière l'administre en son nom⁴³. Les notes d'orientation de l'Irlande font écho à la position du Royaume-Uni⁴⁴. En outre, un responsable de l'IRS a indiqué que le terme « entité d'investissement » dans les AIG devrait être défini conformément au droit étranger. Ronald Dabrowski, adjoint de l'avocat-conseil associé de l'IRS (international), a déclaré qu'en définissant les entités d'investissement assujetties à la FATCA, le gouvernement n'avait pas l'intention qu'il y ait une grande différence entre les *Treasury Regulations* et les dispositions des AIG⁴⁵. Il a déclaré : « Gardez à l'esprit que les AIG relèveront du droit étranger et s'élaboreront d'eux-mêmes, mais leur portée devrait être la même⁴⁶ » [traduction].

Ainsi, certaines fiducies d'intérêt privé canadiennes seront considérées comme des entités d'investissement – et par conséquent comme des institutions financières assujetties à l'AIG canadien – à moins que la référence au GAFI ne modifie ce traitement. On ne peut, cependant, accorder autant d'importance à la référence au GAFI.

ii. Référence aux recommandations du GAFI dans les AIG

Rappelons que l'AIG canadien prévoit que la définition d'« entité d'investissement » doit être interprétée conformément et dans un langage similaire à la définition d'« institution financière » du GAFI⁴⁷. La référence au GAFI est présente dans la définition d'« entité d'investissement » de tous les modèles américains d'AIG, ainsi que dans l'AIG de l'Irlande et celui du Royaume-Uni⁴⁸. De récentes déclarations publiques faites par le ministère des Finances montrent qu'il croit que la référence au GAFI dans la définition d'« entité d'investissement » exclut les fiducies d'intérêt privé de cette définition, ce qui exclurait les fiducies d'intérêt privé de la FATCA si cette référence était lue dans la définition du terme plus général « institution financière »⁴⁹. Nous croyons que cette conclusion serait erronée dans le texte même de l'AIG canadien pour les raisons ci-dessous.

Un examen attentif de la définition d'« institution financière » du GAFI révèle qu'elle est trop vaste, contrairement à d'autres dispositions de l'AIG canadien, et incompatible avec les définitions fournies dans l'AIG. Par conséquent, la référence au GAFI ne contribue guère à dégager une compréhension limpide du terme « institution financière » et ne doit pas être invoquée, notamment comme soutien pour une interprétation plus restrictive d'« entité d'investissement » de l'AIG canadien, ou comme toute permutation d'« institution financière » conformément au projet de loi⁵⁰.

Selon le GAFI, les fiducies peuvent être des institutions financières si elles font l'échange de certains instruments financiers, s'engagent dans la gestion de portefeuilles, administrent de l'argent comptant ou des titres liquides pour le compte d'autrui, ou encore investissent, administrent ou gèrent des fonds ou de l'argent pour le compte d'autrui⁵¹. En outre, une fiducie d'intérêt privé doit exercer ses activités « pour un client ou en son nom » pour être considérée comme une institution financière par le GAFI⁵². Cette dernière exigence empêcherait de nombreuses fiducies d'être considérées comme des institutions financières par le GAFI (les fiducies ont des bénéficiaires, mais pas de clients), mais elle n'est pas présente dans la définition d'« entité d'investissement » de l'AIG canadien. Dans l'AIG canadien, une entité d'investissement n'a pas à mener d'activités pour un client ou en son nom si elle est gérée par une entité qui le fait⁵³.

Tout d'abord, la définition d'« institution financière » du GAFI est trop vaste et rend les autres dispositions de l'AIG canadien superflues. De nombreuses entités qui sont considérées comme des institutions financières dans la définition du GAFI n'entrent pas dans la définition d'« entité d'investissement » de l'AIG canadien, y compris les établissements de dépôt, les établissements de garde de valeurs et les compagnies d'assurance particulières⁵⁴. Le fait d'utiliser la définition d'« institution financière » du GAFI pour interpréter le sens d'« entité d'investissement » de l'AIG canadien serait incompatible avec le langage de l'AIG⁵⁵ et aboutirait à classer pratiquement tous les types d'entités bancaires comme des entités d'investissement, ce qui rendrait superflues les autres sous-catégories d'institutions financières se trouvant dans l'AIG canadien⁵⁶.

⁴³ Notes d'orientation du Royaume-Uni, note 13 ci-dessus, article 2.36.

⁴⁴ Notes d'orientation de l'Irlande, note 14 ci-dessus, chapitre 2(2)(C).

⁴⁵ Coder et Sheppard, note 12 ci-dessus.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)j) (texte sous les divisions).

⁴⁸ *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA*, (12 septembre 2012), alinéa 1(1)j), disponible à <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-UK-9-12-2012.pdf>; *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Ireland to Improve International Tax Compliance and to Implement FATCA*, (23 janvier 2013), alinéa 1(1)j), disponible à <http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Agreement-Ireland-1-23-2013.pdf>.

⁴⁹ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéas 1(1)g) et j); Dean DiSpalatro, *Finance Bites Back at FATCA*, advisor.ca (2 avril 2014), <http://www.advisor.ca/tax/news/finance-bites-back-at-FATCA-criticism-148790>.

⁵⁰ Paragraphe proposé 263(2) de la Loi : « institution financière canadienne », « institution financière canadienne déclarante », « institution financière canadienne non déclarante ». Ibid.

⁵¹ GAFI, *Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération : recommandations du GAFI*, p. 116-117 (15 février 2012), disponible à http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommandations/Recommandations_GAFI.pdf [ci-après « recommandations du GAFI »].

⁵² Ibid., 116-117.

⁵³ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)j) (parenthèse).

⁵⁴ Ibid., alinéas 1(1)g)-i) et k).

⁵⁵ Ibid., alinéa 1(1)j) (la définition d'« entité d'investissement » « doit être interprétée d'une manière compatible et avec un langage similaire à celui utilisé dans la définition d'institution financière dans les recommandations [du GAFI] » [traduction])

⁵⁶ Ibid., alinéa 1(1)g).

Puis, « entité » est définie dans l'AIG canadien comme « une personne morale ou une construction juridique telle qu'une fiducie⁵⁷ ». Le terme « personne morale » n'est pas défini dans l'AIG canadien (ni dans les *Treasury Regulations*)⁵⁸, mais puisque le terme « personne physique » est utilisé ailleurs dans l'article 1⁵⁹, il est raisonnable de conclure qu'une entité d'investissement dans l'AIG ne peut être une personne physique. En outre, les *Treasury Regulations* définissent une entité comme « toute personne autre qu'une personne physique⁶⁰ » [traduction]. Contrairement à la FATCA et aux AIG, les institutions financières dans le GAFI peuvent être des personnes physiques⁶¹, alors qu'il est généralement admis que les institutions financières dans la FATCA et les AIG doivent être des entités⁶². En raison de ces incohérences, il est difficile d'obtenir des éclaircissements significatifs sur le sens de l'expression « entité d'investissement » en se référant au GAFI. Il est encore plus difficile d'interpréter « entité d'investissement » d'une manière compatible avec le langage similaire à celui utilisé dans la définition d'« institution financière » du GAFI, comme l'indique l'AIG canadien⁶³.

Ensuite, le GAFI n'est mentionné que dans la définition d'« entité d'investissement »⁶⁴, et ne modifie pas autrement la définition que donne l'AIG canadien d'« institution financière » ou de sa descendance, y compris les établissements de garde de valeurs⁶⁵. Le projet de loi modifie la définition d'« institution financière »; elle ne se limite pas aux entités d'investissement⁶⁶.

Enfin, un ancien fonctionnaire du Trésor américain chargé de répondre aux questions concernant la FATCA est en désaccord avec l'interprétation que fait le Canada de la référence au GAFI. Jesse Eggert, avocat-conseil associé en fiscalité internationale du Trésor, a déclaré que les fiducies administrées seront des institutions financières soumises à la FATCA dans la mesure où elles sont administrées par une IFE, même si elles ne seraient pas considérées comme des institutions financières selon les critères du GAFI⁶⁷. Ainsi, la référence au GAFI ne doit pas être utilisée pour soutenir une interprétation plus restrictive d'« institution financière » d'après le paragraphe proposé 263(2).

iii. Certaines fiducies d'intérêt privé canadiennes sont considérées comme des établissements de garde de valeurs dans l'AIG canadien

En plus d'être classées comme des entités d'investissement, les fiducies d'intérêt privé canadiennes seront probablement des institutions financières assujetties à la FATCA en tant qu'établissements de garde de valeurs⁶⁸. Un établissement de garde de valeurs est défini comme « toute entité dont une part importante de l'activité consiste à détenir des actifs financiers pour le compte de tiers. La détention d'actifs financiers pour le compte de tiers représente une part importante de l'activité d'une entité si le revenu brut de celle-ci attribuable à la détention d'actifs financiers et aux services financiers connexes est égal ou supérieur à 20 p. 100 de son revenu brut » durant une certaine période de temps⁶⁹. Notamment, l'IRS a d'abord adopté la position selon laquelle les fiducies étrangères sont des établissements de garde de valeurs – et par conséquent des institutions financières – bien que les *Treasury Regulations* aient par la suite exclu cette position en réduisant de façon significative les types de revenus qui constituent « un revenu brut attribuable à la détention d'actifs financiers et aux services financiers connexes », qui sont une condition préalable pour que la fiducie puisse être considérée comme un établissement de garde de valeurs⁷⁰. L'AIG canadien ne contient toutefois pas la limitation des *Treasury Regulations* et le projet de loi ne prévoit pas la possibilité d'appliquer les définitions dans les règlements si elles sont plus favorables au paragraphe 4(7) de l'AIG canadien. En conséquence, de nombreuses fiducies d'intérêt privé devraient être considérées comme des établissements de garde de valeurs dans l'AIG canadien, puisqu'une part importante de l'activité des fiduciaires consiste à détenir des actifs financiers pour le compte de tiers et que le seuil de 20 p. 100 doit être respecté pour les fiducies détenant principalement des actifs financiers.

E. CONCLUSION

Comme mentionné, la tentative du ministère des Finances pour restreindre la définition d'« institution financière » au paragraphe 263(2) est bien intentionnée. Il semble que la volonté du Ministère est d'exempter les « petites fiducies » des implications de la FATCA ou de l'AIG. En réponse aux commentaires médiatiques récents sur les questions susmentionnées, le ministère des Finances a déclaré publiquement :

« Nous tenons à réaffirmer le soutien collectif de l'industrie [financière] pour restreindre ces définitions aux fins de l'accord entre le Canada et les États-Unis [...]. [Soumettre les fiducies personnelles à la FATCA] aurait été administrativement impraticable et extrêmement coûteux et fastidieux pour [les institutions financières], en plus d'être une source de confusion pour les clients⁷¹ » [traduction].

Malheureusement, ce n'est pas aussi simple que cela. Si certains groupes de l'industrie financière louangent la tentative de restreindre la définition d'« institution financière », il est possible, selon notre expérience, que ces groupes ne comprennent pas complètement ce qu'ils louangent. La tentative du Ministère de restreindre la définition d'« institution financière » ignore les conséquences inévitables – à savoir la

⁵⁷ Ibid., alinéa 1(1)gg).

⁵⁸ IRC, alinéa règ. 1.1471-1b).

⁵⁹ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéas 1(1)v) et mm).

⁶⁰ IRC, division règ. 1.1471-1b)(39).

⁶¹ Le GAFI réfère aux personnes individuelles comme des « personnes physiques », ce qui n'est pas défini dans les recommandations du GAFI. Toutefois, les « personnes morales » sont des entités autres que des personnes physiques, ce qui suggère fortement qu'une personne physique est un individu, une personne en chair et en os, d'après le GAFI. Recommandations du GAFI, note 51 ci-dessus, 116 et 119.

⁶² IRC, division règ. 1.1471-1b)(39); AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéas 1(1)g)-k) et gg).

⁶³ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)j).

⁶⁴ Ibid., alinéa 1(1)j).

⁶⁵ Ibid., alinéas 1(1)g)-i) et k).

⁶⁶ Paragraphe proposé 263(2) de la Loi

⁶⁷ Sheppard, note 12 ci-dessus.

⁶⁸ AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéas 1(1)g) et h).

⁶⁹ Ibid., alinéa 1(1)h).

⁷⁰ IRC, sous-alinéa 1.1471-5e)(3)(ii); sous-alinéa règ. temp. 1.1471-5T(e)(5)(ii); AIG canadien, note 1 ci-dessus, alinéa 1(1)h).

⁷¹ DiSpalatro, note 49 ci-dessus.

retenue d'impôt inutile, la confusion du marché et le décalage du Canada par rapport au reste du monde – relativement à la FATCA et au modèle de norme commune de déclaration récemment publié par l'OCDE.

Nous demandons respectueusement que la définition d' « institution financière » soit modifiée afin d'éviter de nuire inutilement aux Canadiens.