

11.2

La réforme fiscale américaine : essai d'explication des régimes GILTI et FDII



Fanny KARAMAN

Avocat aux barreaux de New York et de Paris,
cabinet Kozusko Harris Duncan (New York)

La réforme fiscale américaine comporte de nombreuses mesures, dont la simplification des dispositions internationales du code des impôts fédéral ne fait pas partie. Loin de constituer les seules dispositions à caractère international de la réforme, les régimes dits « GILTI » et « FDII » figurent parmi les plus compliqués.

Ces deux régimes se contrebalancent en théorie, afin de combattre la localisation des droits de propriété intellectuelle dans des juridictions étrangères à basse imposition et d'inciter à leur localisation aux États-Unis. Autrement dit, de manière plus directe : les acteurs américains du secteur high-tech sont incités à conserver leurs droits de propriété intellectuelle aux États-Unis au lieu de les transférer en Irlande.

Introduction

1. Un fait bien connu par la communauté fiscale internationale est la réforme fiscale venue secouer les États-Unis en décembre 2017, alors que la dernière réforme en profondeur du système fiscal américain datait de 1986. Promulguée par la loi n° 115-97 et entrée en vigueur en 2018¹, elle a, entre autres, introduit plusieurs dispositions de fiscalité internationale, ne laissant quasiment aucune marge de manœuvre à toute technique de planification.

Cet article n'est pas une revue exhaustive de la nouvelle loi, mais plutôt une tentative d'expliquer de façon simple les régimes dits de « *Controlled Foreign Corporation* » (« CFC »)², « *Global Intangible Low-Taxed Income* » (« GILTI ») et « *Foreign Derived Intangible Income* » (« FDII »).

Même si le régime CFC n'est pas une nouveauté issue de la réforme fiscale, certaines mesures de cette réforme sont

venues en élargir le champ d'application. Au-delà de ces modifications, la présentation de ce régime est nécessaire ici (I) car il conditionne l'application du régime GILTI. En effet, afin que le régime CFC s'applique, il convient tout d'abord d'être en présence d'une entité qualifiée de CFC, dont la définition se trouve dans le régime CFC. Ce n'est qu'en présence d'une CFC que certains revenus passifs de la CFC vont être imposables entre les mains de certains actionnaires américains. Le régime GILTI, quant à lui, ne s'applique que lorsqu'une entité est qualifiée de CFC sous le régime CFC. À la différence du régime CFC qui s'applique aux revenus passifs, le régime GILTI va imposer les actionnaires américains de CFC sur certains revenus actifs de la CFC générés par la propriété intellectuelle détenue par la CFC. La logique de ce régime veut qu'une telle inclusion n'existe pas pour les revenus actifs non issus de la propriété intellectuelle détenue par la CFC. Ce régime décourage donc la détention de propriété intellectuelle en-dehors des États-Unis (II). Cette désincitation n'est que renforcée par le régime FDII, qui à l'inverse confère un avantage fiscal aux sociétés américaines ayant des revenus d'exportation générés par la propriété intellectuelle qu'elles détiennent (III).

1 Certaines dispositions étaient applicables dès 2017.

2 Cette législation est également appelée législation « *Subpart F* », comme la partie du code des impôts américain en traitant. En français, ce type de régime est désigné par l'expression « société étrangère contrôlée » (SEC).

I. Le régime CFC

2. Avant la mise en place de la législation CFC en 1962, il était possible pour les contribuables américains de créer une société de capitaux³ en-dehors des États-Unis, de faire investir cette société dans un portefeuille-titres et ainsi de différer l'imposition sur les revenus générés. En effet, lorsque la société de capitaux était correctement structurée, les revenus passifs générés par la société n'étaient imposables aux États-Unis qu'en cas de distribution effective au profit de ses actionnaires américains. Ceci était d'autant plus avantageux que les sociétés étaient généralement situées dans des juridictions à basse imposition, voire sans imposition.

La mise en place de la législation CFC y a mis fin.

3. **Définition** - Une CFC est caractérisée lorsque les conditions suivantes sont réunies⁴ :

- une société de droit non américain
- est détenue par des contribuables américains
- ces contribuables américains détiennent chacun au moins 10%⁵ de la société (valeur ou droits de vote) (les « actionnaires US »)

- et ces actionnaires US détiennent, ensemble (même s'il n'y a pas de lien entre eux), plus de 50% (valeur ou droits de vote) dans la société de droit non américain.

4. **Conséquences fiscales** - Avant l'entrée en vigueur de la réforme fiscale de 2017, un actionnaire US d'une CFC devait inclure dans ses revenus américains taxables certains revenus passifs de la CFC si cette dernière était caractérisée comme telle pendant au moins 30 jours consécutifs⁶. Cette inclusion se faisait même en l'absence de distribution effective. De plus, lorsque les actionnaires US étaient des personnes physiques, l'inclusion des revenus passifs n'était pas accompagnée par un crédit d'impôt au titre des impôts payés par la CFC sur ses revenus passifs. Plusieurs exceptions existaient, dont une exception pour les revenus passifs imposés à un taux effectif excédant 90% du taux de l'impôt sur les sociétés fédéral le plus élevé en vigueur. Comme la tranche la plus élevée de l'impôt sur les sociétés fédéral était de 35% avant la réforme, il fallait donc que la CFC soit imposée à un taux effectif de 31.5% ou plus pour que ses actionnaires US évitent les conséquences du régime CFC sur ces revenus passifs.

5. Depuis l'entrée en vigueur de la réforme, les revenus passifs d'une CFC sont inclus dans les revenus de ses actionnaires US même si la société non américaine ne constitue pas une CFC pendant 30 jours consécutifs au moins. De plus, une extension des règles d'attribution est venue accroître la

3 Aux fins du présent article, l'expression « société de capitaux » désigne une entité formée en-dehors des États Unis et conférant une responsabilité limitée à tous ses associés.

4 Art. 957 du code des impôts fédéral.

5 Des règles d'attribution complexes existent à cette fin, qui dépassent le cadre du présent article.

6 Art. 951 du code des impôts fédéral.

possibilité pour une entité de se voir qualifiée de CFC. En revanche, comme l'impôt sur les sociétés fédéral est désormais établi à un taux fixe de 21%, il suffit que les revenus passifs de la CFC soient soumis à un taux effectif excédant 18.9% pour être exclus des revenus passifs imposables des associés de la CFC (la nouvelle loi est donc plus favorable sur ce point). Enfin, la réforme est venue ajouter une inclusion supplémentaire dans les revenus des actionnaires US : celle des revenus dits « GILTI » de la CFC, même en l'absence de distribution effective.

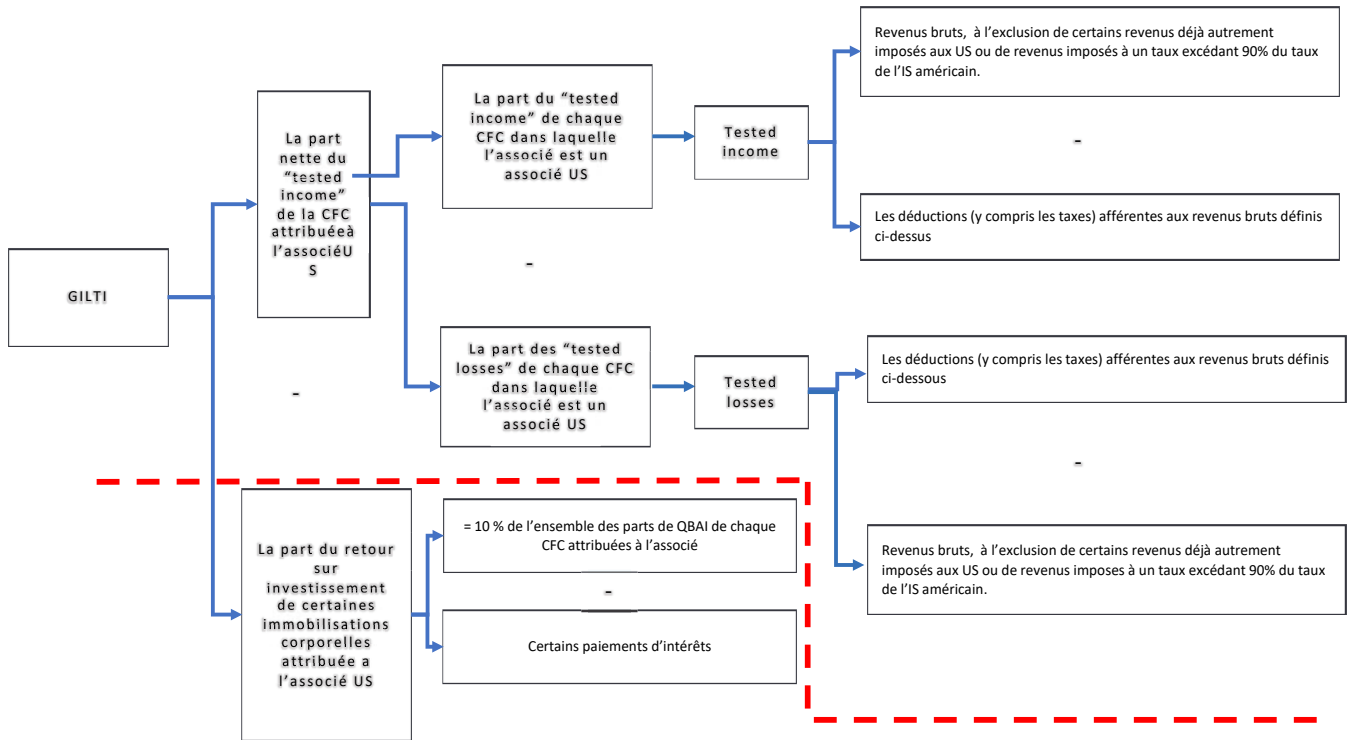
II. Le régime GILTI

6. Comme indiqué auparavant, si l'on résume le régime de façon simpliste, il vise à décourager la détention de la propriété intellectuelle en-dehors des États-Unis. En théorie, ce but est atteint par l'inclusion, dans un premier temps, de la quasi-totalité des revenus actifs de la CFC dans la base imposable de l'actionnaire américain, pour dans un second temps venir réduire ce montant par une fraction de la valeur nette comptable des actifs immobilisés, à l'exclusion de la propriété intellectuelle immobilisée, donnant naissance aux revenus actifs inclus (appelé « *Qualified Business Asset Investment* » ou QBAI).

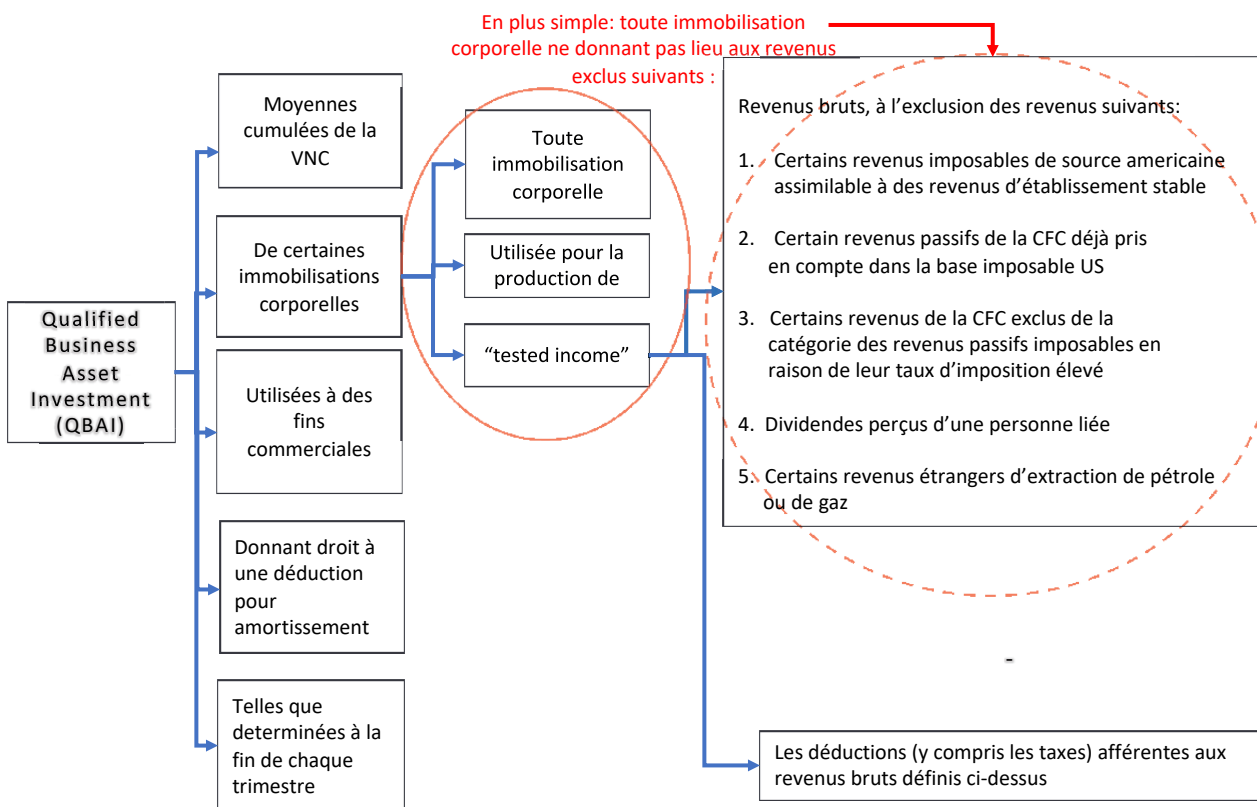
7. Plus techniquement parlant, pour le calcul des revenus GILTI, il faut partir des revenus provenant des activités commerciales d'une CFC. Comme le régime GILTI vise principalement les revenus d'activités commerciales, certains revenus sont exclus du régime GILTI, tels que tous revenus passifs déjà imposés sous le régime CFC ou encore les revenus passifs imposés à un taux effectif excédant 90% du taux de l'impôt sur les sociétés fédéral le plus élevé en vigueur. Ces revenus d'activité commerciale sont ensuite réduits par un retour sur investissement fictif de 10% du QBAI. Le montant QBAI se définit par la valeur nette comptable des actifs corporels immobilisés et amortissables affectés à la production desdits revenus⁷. Afin de bien cerner la logique du législateur, il est important d'attirer l'attention sur le fait que seuls les actifs corporels donnent droit à la diminution du montant GILTI. Ainsi, les actifs incorporels, tels que la propriété intellectuelle, ne donnent pas droit à cette réduction, étant rappelé que la logique d'ensemble est d'inciter les contribuables américains à garder leur propriété intellectuelle aux États-Unis (V. § 11 l'articulation avec le régime FDII).

7 Art. 951A et 250 du code des impôts fédéral.

8. Le schéma suivant sera préféré à une explication technique du mécanisme de calcul des revenus GILTI :



9. Le montant QBAI se définit comme suit :



10. Une fois le montant GILTI déterminé, une différence de régime fiscal existe entre les associés US personnes physiques et les associés US personnes morales.

> Les **associés US personnes morales** ont le droit à un crédit d'impôt dit « indirect » égal à 80% de l'impôt sur les sociétés encouru par la CFC sur la quote-part des revenus GILTI attribuée à cet associé. 100% de cet impôt sur les sociétés encouru par la CFC vient ensuite augmenter le montant GILTI de l'associé. Enfin, l'associé US personne morale a droit à une déduction de 50% de ce montant GILTI tel qu'augmenté par 100% de l'impôt sur les sociétés encouru par la CFC sur la quote-part de l'associé. Il en résulte donc, en théorie, une imposition effective de 10.5% au niveau fédéral. Cette imposition peut théoriquement être amenée à zéro si le taux de l'impôt sur les sociétés encouru par la CFC est de 13.125% minimum. Une distribution effective au profit des associés US personnes morales n'est pas imposable une seconde fois. L'auteur insiste bien sur la nature théorique des taux de 10.5% et de 13.125%. En effet, de par le mécanisme de calcul assez compliqué du montant GILTI, le taux de l'impôt sur les sociétés US encouru par l'associé US personne morale sur ses revenus GILTI est généralement plus élevé. Il en va de même de l'impôt sur les sociétés étranger : il convient généralement de prévoir un taux plus élevé que les 13.125% susmentionnés afin de ne pas être soumis à imposition sur les revenus GILTI.

Exemple simplifié⁸ : La société A, une société de droit A (non américain), constitue une CFC entre les mains de la société B, son actionnaire unique de droit américain.

A détient 1 bien immobilier à son actif qui génère des revenus locatifs annuels de \$100.000 imposés au taux effectif de 25%. De plus, A détient de la propriété intellectuelle lui permettant de produire des produits C et de les commercialiser sur le marché A. Les revenus annuels provenant des ventes de produits C sont également imposés au taux effectif de 25% en A et s'élèvent à \$1.000.000. La valeur nette comptable de la propriété intellectuelle est de \$100.000.

	Loyers	Ventes C
Montant	\$100,000	\$1,000,000
Nature	Passifs	Actifs
Taux effectif impôt étranger	25%	25%
Immobilisation associée	Immeuble	Propriété intellectuelle
Exclusion pour revenus passifs imposés à un taux effectif 18.9%	oui	non
Immobilisation associée - Valeur nette comptable (VNC)	N/A	\$100,000
Deduction 10% VNC Actifs Corporels	N/A	\$0
Imposition effective en A	N/A	\$250,000

8 Ces calculs sont très simplifiés, à des fins pédagogiques.

Crédit d'impôt U.S.(80%)	N/A	\$200,000
Montant imposable après déduction 10% VNC	N/A	\$1,000,000
Revenus imposables après réduction de 50%	N/A	\$500,000
Imposition US au taux IS de 21%	N/A	\$105,000
Imposition US après crédit d'impôt	N/A	0

> Les **associés US personnes physiques**, quant à eux, n'ont droit ni au crédit d'impôt indirect, ni à la déduction de 50%. Des solutions existent, notamment une option pour les associés personnes physiques afin d'être considérés comme une personne morale aux fins du GILTI. Cette option leur permet de bénéficier du crédit d'impôt indirect et de la déduction de 50% mais les soumet en revanche à une deuxième imposition en cas de distribution effective à leur profit. Une telle distribution sera imposée au taux de 23.8% lorsque la CFC est dans un pays avec lequel les États-Unis ont signé une convention d'élimination de la double imposition. Une imposition au taux de 37% aura lieu dans les autres cas. Ceci reste néanmoins souvent avantageux car l'imposition au niveau de l'actionnaire américain sera alignée sur une réelle distribution permettant le paiement de l'impôt associé.

Exemple simplifié⁹ : Nous reprenons les données de l'exemple précédent, mais B est une personne physique.

> **1^{re} hypothèse** :

Sans option		
	Loyers	Ventes C
Montant	\$100.000	\$1.000.000
Nature	Passifs	Actifs
Taux effectif impôt étranger	25%	25%
Immobilisation associée	Immeuble	Propriété intellectuelle
Exclusion pour revenus passifs imposés à un taux effectif 18.9%	oui	non
Immobilisation associée - Valeur nette comptable (VNC)	N/A	\$100.000
Deduction 10% VNC	N/A	\$0
Imposition effective en A	N/A	\$250.000
Crédit d'impôt U.S.(80%)	N/A	N/A
Montant imposable après déduction 10% VNC	N/A	\$1.000.000
Revenus imposables après réduction de 50%	N/A	N/A
Imposition US au taux de 37%	N/A	\$370.000
Imposition US après crédit d'impôt	N/A	\$370.000
Imposition d'une réelle distribution subséquente	0	0

9 Ces calculs sont très simplifiés, à des fins pédagogiques.

> 2^e hypothèse :

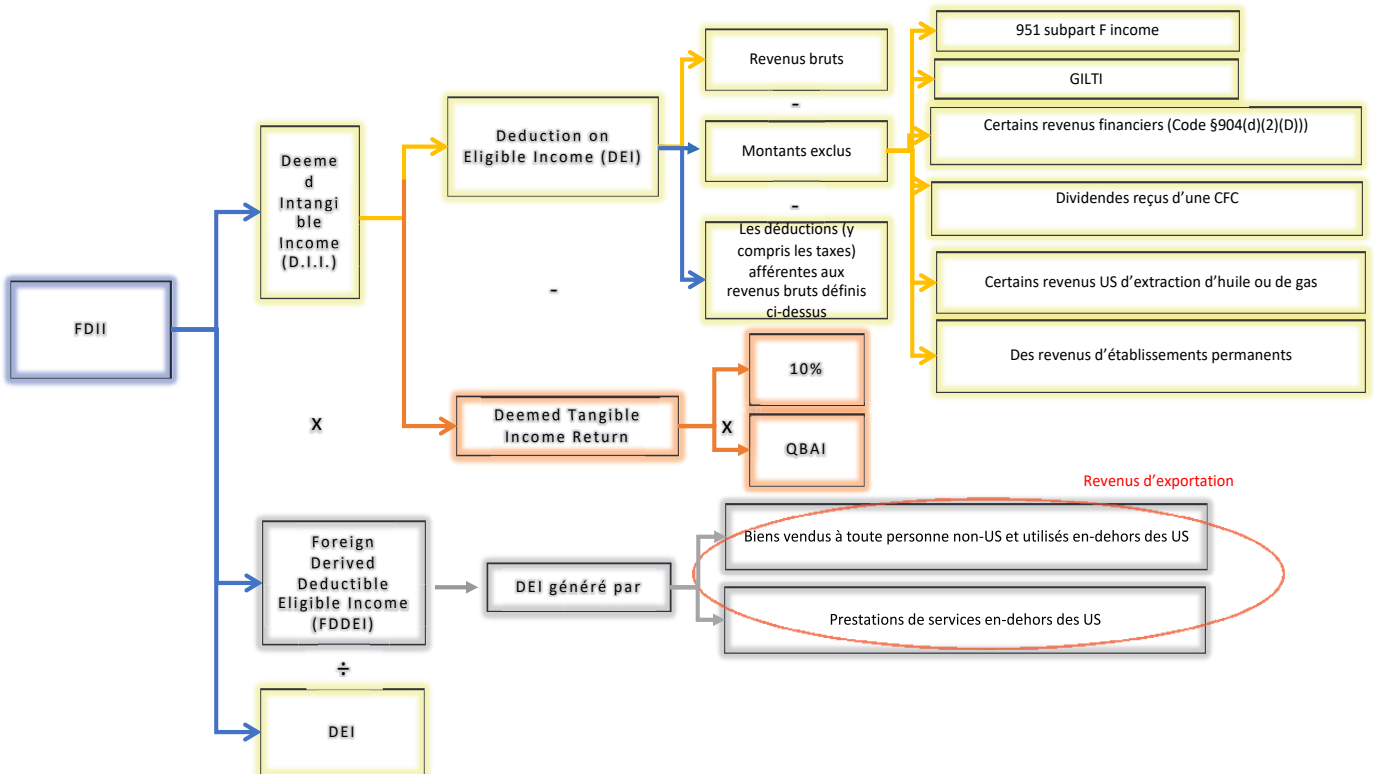
Avec option		
	Loyers	Ventes C
Montant	\$100.000	\$1.000.000
Nature	Passifs	Actifs
Taux effectif impôt étranger	25%	25%
Immobilisation associée	Immeuble	Propriété intellectuelle
Exclusion pour revenus passifs imposés à un taux effectif 18.9%	oui	non
Immobilisation associée - Valeur nette comptable (VNC)	N/A	\$100.000
Deduction 10% VNC	N/A	\$0
Imposition effective en A	N/A	\$250.000
Crédit d'impôt U.S.(80%)	N/A	\$200.000
Montant imposable après déduction 10% VNC	N/A	\$1.000.000
Revenus imposables après réduction de 50%	N/A	\$500.000
Imposition US au taux IS de 21%	N/A	\$105.000
Imposition US après crédit d'impôt	N/A	0
Imposition d'une réelle distribution subséquente (23.8% ou 37%)	0	\$238.000 ou \$370.000

III. Le régime FDII

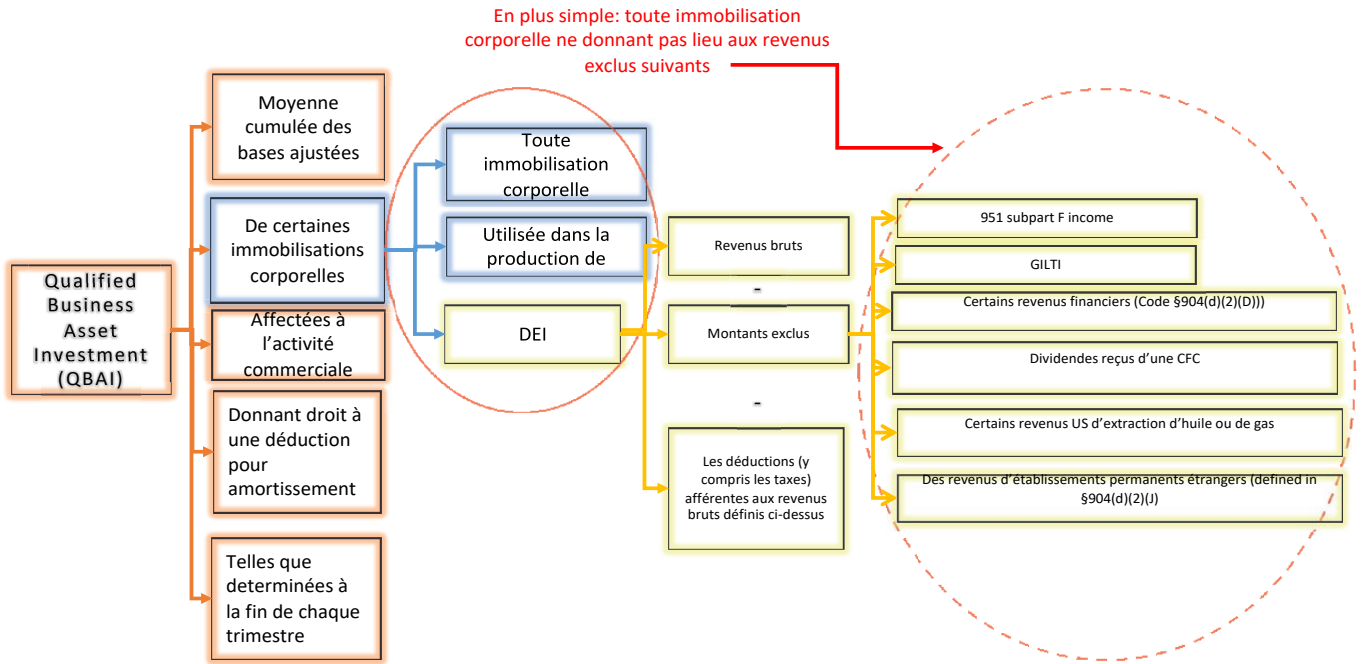
11. Le régime FDII est indissociable du régime GILTI, dans la mesure où il incite à la conservation de la propriété intellectuelle aux États-Unis. Comme indiqué auparavant, cette incitation se fait au travers d'une imposition favorable des revenus d'exportation issus de la propriété intellectuelle détenue aux US par une société américaine. Ainsi, les régimes GILTI et FDII se contrebalancent, dans la mesure où le premier décourage la détention de la propriété intellectuelle en-dehors des États-Unis (ainsi que la génération de revenus y afférant provenant de marchés étrangers) tandis que le second avantage les sociétés américaines ayant leur propriété intellectuelle située aux États-Unis et tirant les revenus associés de ces mêmes marchés étrangers. Le message est clair : les acteurs américains du secteur technologique sont incités à maintenir leur propriété intellectuelle aux États-Unis et non dans des juridictions à basse imposition.

Seules les personnes morales américaines peuvent bénéficier du régime FDII. Sous ce régime, une société américaine peut théoriquement diminuer son taux d'IS fédéral de 21% à 13,125% au travers d'une réduction de 37.5% de ses revenus d'exportation¹⁰. Ici encore, des schémas seront préférés à une explication technique du mécanisme de calcul des revenus FDII.

10 Art. 250 du code des impôts fédéral.



12. Le montant QBAI se définit comme suit :



13. Contrairement au régime GILTI sous lequel une réduction maximale du montant imposable est souhaitée, sous le régime FDII une réduction minimale du montant FDII bénéficiant du régime favorable est souhaitée. Comme 10% de la valeur nette comptable des immobilisations corporelles affectées aux revenus d'exportation (« QBAI ») vient réduire le montant soumis au taux favorable prévu par le régime FDII, les contribuables ayant des activités d'exportation dont les revenus sont générés par de la propriété intellectuelle sont en théorie incités à garder cette dernière aux États-Unis.

Exemple simplifié¹¹ : La société W, une société de droit américain, a acquis de la propriété intellectuelle dont elle se sert pour produire des biens qu'elle vend sur le marché américain et sur le marché étranger X. La valeur nette comptable de la propriété intellectuelle est de \$100.000. Les revenus générés par les ventes sur le marché américain sont nuls et les revenus générés par les ventes sur le marché X sont de \$1.000.000.

	Ventes U.S.	Ventes X
Revenus	\$0	\$800.000
VNC de la PI	\$100.000	\$100.000
Deduction 10% VNC	N/A	\$0
Montant imposable après déduction 10% VNC	N/A	\$800.000
Montant pouvant bénéficier du FDII	N/A	\$800.000
Réduction de 37,5%	N/A	\$300.000
Montant imposable à l'IS au taux de 21%	N/A	\$500.000
Impôt IS de 21%	N/A	\$105,000

11 Ces calculs sont très simplifiés, à des fins pédagogiques.

Conclusion

14. Bien que le but des régimes GILTI et FDII était d'inciter les contribuables américains à conserver, voire rapatrier, leur propriété intellectuelle aux États-Unis, les contribuables concernés ont été plutôt timides dans leurs démarches de restructuration afférentes à ces deux régimes. En effet, le mécanisme du crédit d'impôt indirect couplé avec la réduction du taux de l'impôt sur les sociétés fédéral permet dans beaucoup de cas de ne pas être fiscalement impacté par GILTI. Viennent s'y ajouter des discussions (non abouties à ce jour) visant à exclure du régime GILTI tous revenus imposés à un taux effectif excédant 18,9%, à l'image de certains revenus passifs imposés à ce taux et déjà exclus.

F. KARAMAN ■