

NOTE DE RECHERCHE

Les pièges fiscaux de l'investissement immobilier aux États-Unis au moyen d'une société à responsabilité limitée américaine (*Limited Liability Company*)

No 2026/02

Gabriel Langelier

9 septembre 2026



BOURSE D'EXCELLENCE POUR LA PRÉPARATION ET LA PUBLICATION D'UNE NOTE DE RECHERCHE

La Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques offre la possibilité aux étudiantes et étudiants sélectionnés d'obtenir une bourse pour souligner la qualité d'un essai, d'une part, et de permettre sa transformation en vue d'une publication sur le site de la Chaire, d'autre part, et sous la forme d'une note de recherche.

Gabriel Langelier, LL. B., M. Fisc, Deloitte s.e.n.c.r.l./s.r.l. a rédigé cette note de recherche pour la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke.

L'auteur remercie la Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques pour le soutien financier qui a rendu possible la réalisation de cette étude.

Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques

École de gestion, Université de Sherbrooke

2500, boulevard de l'Université

Sherbrooke (Québec) J1K 2R1

cffp.eg@usherbrooke.ca

L'Association de planification fiscale et financière (APFF) et la Chaire en fiscalité et en finances publiques de l'Université de Sherbrooke ont convenu de publier ce texte à la fois dans la Revue de planification fiscale et financière et comme « note de recherche » dans les documents de la Chaire. La référence complète dans Revue de l'APFF est : Gabriel LANGELIER, « Les pièges fiscaux de l'investissement immobilier aux États-Unis au moyen d'une société à responsabilité limitée américaine (Limited Liability Company) », (2026), vol. 46, n° 2 *Revue de planification fiscale et financière* 409-460.

Merci de citer ainsi :

Gabriel LANGELIER (2026), « Les pièges fiscaux de l'investissement immobilier aux États-Unis au moyen d'une société à responsabilité limitée américaine (Limited Liability Company) », *Note de recherche* 2026-02, Chaire de recherche en fiscalité et en finances publiques, 35 p.

TABLE DES MATIÈRES

1. Présentation générale	1
2. Concepts généraux.....	3
2.1. Le concept de résidence fiscale.....	3
2.2. Le régime des « sociétés étrangères affiliées »	5
2.3. Le concept de « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (RÉATB)	8
2.4. Le concept des comptes de surplus	13
3. Étude de cas : détention d'une LLC américaine par une société canadienne	17
3.1 La résidence d'une LLC et l'application de la Convention fiscale entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune	17
3.2 Application du régime des « sociétés étrangères affiliées »	21
3.3 Rapatriement des fonds au Canada	24
3.4 Les solutions envisageables pour atténuer la double imposition	27
Conclusion.....	34

1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

Le concept de la résidence fiscale d'une société, bien qu'en apparence technique, revêt une grande importance puisqu'il établit la compétence d'un pays à imposer un contribuable et détermine la portée de ce pouvoir d'imposition.

En droit canadien, le critère de résidence fiscale délimite le champ d'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹. Le fondement canadien de la résidence fiscale repose notamment sur le principe d'équité fiscale « voulant que ceux qui bénéficient des avantages juridiques » offerts par le Canada doivent contribuer, en contrepartie, au financement des charges publiques².

Dans le cadre de la présente analyse, une attention particulière sera portée aux facteurs permettant d'établir la résidence d'une société, tant selon les règles du droit fiscal canadien que selon les normes internationales. Lorsqu'une société canadienne détient une participation dans une société étrangère, il peut arriver que le Canada, en tant que pays de résidence, ainsi que le pays étranger, en tant que lieu de provenance du revenu, revendiquent chacun le droit d'imposer le même revenu simultanément. Ce chevauchement de compétences fiscales peut entraîner une double imposition du contribuable canadien, et ce, sans nécessairement pouvoir bénéficier d'un mécanisme d'allègement fiscal efficace. Afin de prévenir ces situations, le Canada a prévu diverses mesures afin d'atténuer ce fardeau fiscal, comme la conclusion de conventions fiscales internationales avec de nombreux pays, lesquelles ont notamment pour objectif de coordonner les systèmes fiscaux afin d'éviter que le même revenu soit imposé dans les deux juridictions de manière concomitante. Toutefois, leur efficacité dépend de plusieurs facteurs.

En effet, une considération essentielle réside dans la nature juridique de l'entité en cause. La qualification d'une entité selon un régime fiscal donné n'est pas toujours uniforme à l'échelle internationale, ce qui peut engendrer des asymétries importantes. Ce problème se manifeste lorsque la structure adoptée dans un pays n'a pas la même qualification que celle prévue par le droit fiscal d'un autre pays, entraînant des divergences quant à son traitement fiscal. Les sociétés à responsabilité limitée américaines (*Limited Liability Company* – LLC) illustrent parfaitement cette asymétrie. Selon le régime fiscal des États-Unis, ce type de société peut être considéré soit comme une entité fiscalement transparente, soit comme une société opaque et distincte. À l'inverse, le Canada, suivant une approche axée sur la personnalité juridique, considère généralement une société à responsabilité limitée comme une société à part entière aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³, d'où découle la qualification d'une LLC en tant qu'entité à caractère « hybride ». Cette discordance relativement à la qualification de ce type de société entraîne des risques importants de double imposition.

Dans le même ordre d'idées, afin d'éviter que les contribuables canadiens utilisent des sociétés étrangères pour reporter ou éviter l'impôt, le législateur canadien a instauré le régime des « sociétés

¹ L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (« L.I.R. »).

² *Fundy Settlement c. Canada*, 2010 CAF 309, par. 52 (« *Fundy CAF* »).

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9326015, « Société à responsabilité limitée du Texas », 1^{er} janvier 1993; Bradley THOMPSON, « Canada – US Cross-Border Joint Ventures », dans *2015 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, p. 28:6.

étrangères affiliées » (SÉA)⁴. Ce régime vise notamment à protéger l'assiette fiscale canadienne et à prévenir le report indéfini de l'impôt sur des revenus passifs générés par une SÉA sans rapatrier ces revenus au Canada. Cela fera l'objet d'une analyse détaillée à la section 2 du présent texte, afin de bien comprendre à quel moment une entité étrangère, telle qu'une LLC américaine, est considérée comme une SÉA au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Plusieurs considérations fiscales démontreront la complexité de concilier la protection de l'assiette fiscale canadienne avec les impératifs de compétitivité et de neutralité.

L'objectif du présent texte est de démontrer que, dans le cadre d'un investissement immobilier aux États-Unis par un contribuable canadien, l'utilisation d'une LLC nécessite généralement soit l'exercice d'un choix visant à traiter la LLC comme une société opaque aux fins de l'impôt américain (communément appelé le choix « *check-the-box* »), soit la mise en place d'une SÉA intermédiaire, afin d'atténuer les risques de double imposition découlant de la qualification hybride de cette entité.

Dans une perspective appliquée, nous ferons, à la section 3 du présent texte, l'étude d'un cas visant à illustrer concrètement les implications fiscales de la détention d'une LLC américaine par une société canadienne. Ce cas permettra de mettre en lumière les conséquences fiscales réelles de la qualification d'une telle entité, notamment lorsqu'elle est considérée comme une société à part entière aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais comme une entité fiscalement transparente aux États-Unis. L'analyse pratique portera sur les risques de double imposition, l'application du régime du « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (RÉATB)⁵, l'application de la législation internationale et les limites des allègements fiscaux canadiens. Elle portera aussi sur les stratégies de planification qui pourraient être envisagées pour atténuer ces effets.

⁴ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R.

⁵ Par. 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens » L.I.R.

2. CONCEPTS GÉNÉRAUX

Avant d'aborder l'analyse spécifique de l'application du régime fiscal canadien dans le cadre de l'étude de cas qui sera faite à la section 3, il apparaît essentiel de revoir les concepts formant l'assise théorique nécessaire pour comprendre les implications fiscales liées à ce cas.

2.1. LE CONCEPT DE RÉSIDENCE FISCALE

En matière de fiscalité internationale, la détermination de la résidence fiscale d'un contribuable représente le point d'ancrage de son assujettissement à l'impôt dans un pays donné. En conséquence, l'analyse de la question de la résidence revêt une grande importance.

Principes directeurs du régime fiscal canadien

À titre de rappel, le principe général en matière d'imposition du revenu au Canada est bien établi, à savoir qu'une société résidente du Canada est imposable sur l'ensemble de ses revenus mondiaux⁶, tandis qu'une société non-résidente n'est imposée que sur certains types de revenus de source canadienne⁷, d'où l'importance de déterminer la résidence fiscale de la société visée. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas expressément la notion de « résidence » pour une société. Cependant, elle prévoit une présomption législative selon laquelle une société constituée au Canada après le 26 avril 1965 est réputée avoir résidé au Canada tout au long de l'année d'imposition⁸. Cette présomption n'a toutefois pas une portée absolue.

En effet, une société peut être présumée résidente du Canada, mais être considérée comme non-résidente en vertu d'une convention fiscale conclue entre le Canada et un autre pays. Dans un tel cas, le contribuable qui est une société est réputé ne pas résider au Canada si, en vertu d'une convention fiscale, il est considéré comme un résident fiscal du pays étranger en question⁹.

En l'absence d'une définition législative, l'administration fiscale canadienne¹⁰ s'est appuyée sur le principe de la « gestion centrale et du contrôle », lequel est issu de la jurisprudence britannique¹¹. La Cour suprême du Canada a confirmé cette approche dans l'arrêt *Fundy Settlement c. Canada*¹², où elle a étendu ce principe au contexte des fiducies, en précisant que la résidence d'une entité dépend du lieu où sont prises les décisions stratégiques quant à son administration et à la gestion de ses affaires :

« [8] Bien qu'il existe peu de décisions judiciaires sur le lieu de résidence des fiducies, il a par contre été établi qu'une société réside là où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle. Dans *De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe*, [1906] A.C. 455 (H.L.), lord Loreburn a dit ceci, à la p. 458 :

“[TRADUCTION] En appliquant la notion de résidence à une société, nous devrions, à mon avis, procéder autant que possible par analogie avec un particulier. Une société ne peut manger ou dormir, mais elle peut avoir pignon sur rue et faire des affaires. Nous devons donc nous demander où elle a réellement pignon sur rue et fait réellement des affaires. [...] [P]our les besoins de l'impôt sur le revenu, une société réside là

⁶ Par. 2(1) L.I.R.

⁷ Par. 2(3) L.I.R.

⁸ Par. 250(4) L.I.R.

⁹ Par. 250(5) L.I.R.

¹⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-391R (archivé), « Statut des corporations », 14 septembre 1992.

¹¹ *De Beers Consolidated Mines, Ltd. c. Howe*, [1906] A.C. 455, 458 (H.L.).

¹² 2012 CSC 14, [2012] 1 R.C.S. 520 (« *Fundy CSC* »).

où sont exercées ses activités véritables. [...] Je considère qu'il s'agit là de la vraie règle, et les activités véritables sont exercées là où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle."

Le critère de la gestion centrale et du contrôle servant à déterminer le lieu de résidence d'une société a été adopté dans un certain nombre de décisions au Canada, et il y est bien établi [...]¹³. » (Notre soulignement)

En d'autres termes, les tribunaux ont notamment soulevé que la détermination de la résidence fiscale d'une société repose essentiellement sur une analyse factuelle cherchant à identifier le lieu où se situe le centre de gestion et de contrôle de l'entreprise¹⁴. Il devient alors impératif de déterminer qui, au sein de la structure de société, détient effectivement le pouvoir décisionnel, tant sur le plan stratégique qu'opérationnel, ainsi que de déterminer le lieu à partir duquel ces décisions sont prises et mises en œuvre. Par exemple, si la gestion et le contrôle sont en fait exercés par une personne située dans un autre pays, il pourrait en découler que la société est fiscalement résidente dans le pays de résidence de cette personne où elle se situe au moment de prendre les décisions en question¹⁵. En résumé, la gestion centrale et le contrôle d'une société sont généralement présumés s'exercer à l'endroit où son conseil d'administration se réunit et s'acquitte de ses fonctions décisionnelles¹⁶. Il s'agit d'une question de fait qui exige une analyse rigoureuse des circonstances entourant l'exercice du pouvoir décisionnel.

Principes directeurs des normes internationales

Dans un contexte international, il est essentiel d'analyser à la fois les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, celles du pays étranger concerné, ainsi que la convention fiscale conclue par le Canada avec ce pays, le cas échéant, afin de déterminer adéquatement le régime fiscal applicable. L'intervention d'une convention fiscale entre deux pays vise notamment à éliminer la double imposition, laquelle occasionne des conséquences négatives sur les échanges commerciaux¹⁷. Ainsi, le rôle des conventions fiscales relativement à la détermination de la « résidence » devient fondamental dans notre analyse. Une convention fiscale comporte généralement des dispositions qui sont des « règles de départage », destinées à établir dans quel pays un contribuable est réputé être résident aux fins de l'imposition. Ces règles varient selon qu'il s'agit d'un particulier ou d'une société¹⁸.

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) propose un *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*¹⁹, lequel constitue une référence incontournable dans le cadre des négociations visant la conclusion d'une convention fiscale entre différents pays. Il convient toutefois de faire preuve de prudence. Les critères établis dans le Modèle de l'OCDE ne constituent pas des normes universelles. Chaque convention fiscale doit être étudiée individuellement afin d'analyser les dispositions spécifiques qu'elle contient, notamment quant à la détermination de la résidence fiscale d'une société. Il convient de noter que l'interprétation d'une convention fiscale doit s'effectuer conformément aux principes du droit international codifiés par la *Convention de Vienne sur*

¹³ *Id.*, par. 8.

¹⁴ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Guide, « Statut de résidence d'une société », 26 mai 2025; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9822230, « Residence Under an Income Tax Convention », 23 septembre 1998.

¹⁵ *Unit Construction Co., Ltd. c. Bullock (Inspector of Taxes)*, [1960] A.C. 351 (H.L.); *Fundy CAF*, précité, note 2, par. 56.

¹⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-391R, précité, note 10, n° 15.

¹⁷ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune 2017*, Paris, 2019, p. 15 (« Modèle de l'OCDE »).

¹⁸ Nous nous référons au paragraphe 2 de l'article 4 du Modèle de l'OCDE.

¹⁹ ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, précité, note 17.

le *droit des traités*²⁰, laquelle précise que les dispositions d'une convention fiscale doivent être interprétées « de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »²¹.

En résumé, l'analyse de la résidence d'une société s'articule autour de trois étapes distinctes. Premièrement, il convient d'établir si la société est résidente du Canada en vertu de la législation fiscale canadienne. Deuxièmement, il faut déterminer si cette même société est également qualifiée à titre de résidente selon la législation interne du pays étranger. Finalement, dans l'éventualité où la société est réputée résidente de deux pays, nous devons analyser les dispositions de la convention fiscale conclue entre les deux pays, le cas échéant²².

2.2. LE RÉGIME DES « SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES AFFILIÉES »

Les concepts de société étrangère affiliée (SÉA) et de société étrangère affiliée contrôlée (SÉAC) constituent des piliers importants en matière de fiscalité internationale et dans l'application de la législation fiscale en vigueur au Canada. Ces concepts sont relativement importants dans le cadre de l'analyse des conséquences fiscales applicables à un contribuable canadien qui est actionnaire d'une SÉAC, notamment en ce qui concerne l'application des règles du RÉATB et l'utilisation des soldes des comptes de surplus.

Société étrangère affiliée (SÉA)

Tout d'abord, une société étrangère non-résidente du Canada sera qualifiée de SÉA lorsque les conditions suivantes sont réunies : i) l'entité en question est une société qui n'est pas résidente du Canada; ii) le contribuable canadien détient un pourcentage d'intérêt d'au moins 1 % dans la société non-résidente; et iii) le total du pourcentage d'intérêt détenu par le contribuable canadien et par chacune des personnes qui lui sont liées²³ est équivalent à au moins 10 %²⁴. L'un des éléments importants de la définition est notamment le concept de « pourcentage d'intérêt »²⁵, correspondant à la somme de deux composantes : le **pourcentage d'intérêt direct**²⁶ que le contribuable détient dans ladite société étrangère et le **pourcentage d'intérêt indirect** (soit le produit du pourcentage d'intérêt direct détenu par le contribuable dans une société intermédiaire et du pourcentage d'intérêt direct détenu par cette dernière dans la SÉA visée). Autrement dit, le « pourcentage d'intérêt » d'un contribuable canadien correspond généralement à la proportion qu'il détient, directement ou indirectement, dans le capital-actions d'une SÉA.

²⁰ R.T. Can. 1980, No 37 (« Convention de Vienne »).

²¹ Art. 31 de la Convention de Vienne.

²² Marie-Pierre ALLARD et Chantal BÉLANGER, « Résidence au Canada », dans Jean-Pierre VIDAL, dir., *Introduction à la fiscalité internationale au Canada*, 14^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2025, p. 8/55.

²³ La présente analyse ne traite pas de la notion de lien de dépendance. Pour une étude détaillée, le lecteur est invité à consulter les paragraphes 251(1) L.I.R. et suivants.

²⁴ Par. 95(1) « société étrangère affiliée » L.I.R.; Bertrand LEMIEUX, « Une petite histoire de financement », (2009), vol. 29, n° 3 *Revue de planification fiscale et financière* 419-482, p. 422.

²⁵ Par. 95(4) « pourcentage d'intérêt » L.I.R.

²⁶ Par. 95(4) « pourcentage d'intérêt direct » L.I.R.

Société étrangère affiliée contrôlée (SÉAC)

La SÉAC est une SÉA d'un contribuable résident du Canada qui, à un moment donné, est contrôlée, directement ou indirectement, par ce contribuable ou qui serait réputée contrôlée par lui. Plus précisément, une SÉA est considérée comme une SÉAC lorsqu'elle est soit effectivement contrôlée par le contribuable canadien, soit réputée l'être si ce dernier détenait non seulement ses propres actions, mais également celles appartenant : i) aux personnes ayant un lien de dépendance²⁷ avec lui; ii) à un groupe restreint d'au plus quatre « actionnaires canadiens intéressés », c'est-à-dire des personnes résidentes du Canada qui ne sont ni le contribuable ni des personnes liées à celui-ci, mais qui possèdent elles-mêmes des actions du capital-actions de ladite société; et iii) aux personnes ayant un lien de dépendance avec l'un ou l'autre de ces actionnaires canadiens intéressés²⁸. Plus précisément, lors de l'analyse de la notion de contrôle, il existe une présomption selon laquelle le contribuable concerné est réputé détenir, en plus de ses propres actions, toutes les actions appartenant aux personnes mentionnées aux points i) à iii). La Cour suprême du Canada a établi de manière claire, dans l'arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*²⁹, qu'il faut analyser le contrôle *de jure*³⁰ :

« [35] Il est bien reconnu que, sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le “contrôle” d'une société s'entend normalement du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. Notre Cour a cité et approuvé à maintes reprises le critère suivant, énoncé par le président Jaccett dans *Buckerfield's*, [1964] C.T.C. 504 (C. de l'É.), à la p. 507 :

[TRADUCTION] [...] Le mot “contrôle” pourrait peut-être s'entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu'ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d'avis cependant que, dans l'article 39 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [l'ancien article traitant des sociétés associées], le mot “contrôlées” évoque le droit de contrôle auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d'actions tel qu'il confère la majorité des voix à leur détenteur dans l'élection du conseil d'administration³¹. »

Comme confirmé par la jurisprudence, il faut déterminer si un actionnaire détient un pouvoir décisionnel sur les affaires et les destinées de la société, qui lui permet d'exercer un contrôle effectif³². Ce pouvoir se manifeste principalement par la détention d'un nombre suffisant d'actions conférant la majorité des voix lors de l'élection des administrateurs, ce qui permet de contrôler la composition du conseil d'administration³³ et, par extension, l'orientation stratégique de l'entreprise³⁴.

Le sens attribuable au terme « société »

À la lumière des définitions décortiquées précédemment, l'application du régime relatif à une SÉA exige que l'entité visée soit une « société ». De manière générale, la *Loi de l'impôt sur le revenu* propose une définition du terme « société » comme suit : « [s]auf dans l'expression société de personnes, s'entend d'une personne morale, y compris une compagnie »³⁵. La définition demeure relativement sommaire.

²⁷ *Supra*, note 23.

²⁸ Par. 95(1) « société étrangère affiliée contrôlée » L.I.R.

²⁹ [1998] 1 R.C.S. 795 (« *Duha Printers* »).

³⁰ *Id.*, par. 35, soulignement par la Cour.

³¹ *Id.*

³² Angelo NIKOLAKAKIS, « Investissements directs canadiens à l'étranger : À la recherche d'un juste équilibre depuis 25 ans – Les paramètres du triangle canadien, du sablier canadien et de l'assiette fiscale canadienne », (2013), vol. 61 (supp.) *Revue fiscale canadienne* 271-309, p. 280.

³³ *Duha Printers*, précité, note 29, par. 36.

³⁴ Les paragraphes 93.1(1), 95(2.01) et 95(2.02) L.I.R. établissent des règles de transparence permettant de « regarder à travers » certaines entités intermédiaires, afin de déterminer si une société non-résidente est une SÉA. Ces règles excèdent le périmètre de notre étude.

³⁵ Par. 248(1) « société » L.I.R.; B. LEMIEUX, précité, note 24, p. 219.

La jurisprudence canadienne ne fournit pas non plus de définition claire quant aux attributs essentiels d'une société aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Toutefois, il est reconnu qu'une société possède généralement une personnalité juridique distincte³⁶.

À cet égard, l'Agence du revenu du Canada (ARC) applique habituellement une approche en deux étapes distinctes pour évaluer le statut fiscal d'une entité étrangère. Tout d'abord, il faut examiner les attributs juridiques conférés à l'entité en vertu de la législation interne du pays étranger visé. Ensuite, ces attributs doivent être mis en parallèle avec ceux d'une société par actions, d'une société de personnes ou d'une fiducie, au Canada, afin de déterminer à laquelle de ces formes l'entité étrangère s'apparente le plus aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁷. L'ARC a par ailleurs précisé que détenir une personnalité juridique distincte ne suffisait pas, en soi, à déterminer le statut fiscal d'une entité. Il faut également appliquer l'approche en deux étapes indiquées ci-dessus³⁸. La détermination de la classification appropriée d'une entité étrangère en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* constitue une question d'interprétation législative et de qualification factuelle.

La qualification d'une « société à responsabilité limitée » (LLC)

Selon la législation fiscale américaine³⁹, en l'absence de choix, une LLC est considérée comme une entité transparente sur le plan fiscal, c'est-à-dire que ses revenus sont directement imposés entre les mains de ses membres et non au niveau de la LLC elle-même, comme si la société n'existait pas ou qu'il s'agissait uniquement d'un conduit, d'où le terme « transparente »⁴⁰. En revanche, l'administration fiscale canadienne voit la LLC comme une entité à part entière, dotée de sa propre personnalité juridique distincte⁴¹, sous réserve de l'approche en deux étapes de l'ARC⁴². Elle est donc, aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, assimilée à une société⁴³.

Une LLC peut exercer un choix quant à son traitement fiscal, à savoir être traitée comme une société assujettie à l'impôt sur le revenu fédéral américain ou comme une entité fiscalement transparente,

³⁶ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-343R (archivé), « Signification du terme -corporation- », 26 septembre 1977, par. 2; *Economics Laboratory (Canada) SGC v. MNR*, 70 D.T.C. 1208 (C.A.I.); Denis ROUSSEAU, « Impôt américain des sociétés », dans *Colloque 170 – L'ABC de la fiscalité internationale : ce que toute PME doit savoir lorsqu'elle fait affaire à l'étranger*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2007, p. 9.

³⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2010-0388621I7, « Entity Classification – Liechtenstein Anstalt », 15 juillet 2011; 2024-1014251I7, « Classification of Arizona Limited Partnerships », 28 novembre 2024; 2024-1007541C6, « Foreign Entity Classification », 15 mai 2024.

³⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques, n° 38 (archivé), « Classification des entités étrangères », 22 septembre 2008, p. 10-11; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2015-0581511C6, « Entity Classification », 28 mai 2015.

³⁹ Aux fins de la présente analyse, nous nous en tiendrons aux positions exprimées par l'administration fiscale canadienne et confirmées par la jurisprudence canadienne, sans analyser davantage la législation fiscale américaine ni les fondements de celle-ci.

⁴⁰ Andrew MORREALE et Andrew SOMERVILLE, « Structuring Outbound Foreign Expansion for Owner Managed Business », dans *2017 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2017, p. 21.

⁴¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2017-0693381C6, « Single-member disregarded U.S. LLC », 13 juin 2017.

⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2010-0388621I7, précité, note 37; interprétation technique 2024-1014251I7, précité, note 37; interprétation technique 9326015, précité, note 3.

⁴³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2016-0642051C6, « Classification of U.S. LLPs & LLLPs », 26 mai 2016; Kim C. BASS, Ryan PALMER et Nadia VIRANI, « Cross-Border Tax Consideration for the Owner-Managed Business », dans *2023 Conference Report, Prairie Provinces Tax Conference*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2023, p. 9:6.

c'est-à-dire comme une entité intermédiaire ou une entité ignorée, dont les revenus sont directement attribués à ses membres⁴⁴. Lorsque la LLC exerce le choix de ne pas être traitée comme une entité fiscalement transparente, elle est alors assimilée à une société par actions et est imposée comme une entité distincte, au même titre qu'une société américaine ordinaire⁴⁵. En l'absence de choix, la LLC conserve son statut d'entité transparente⁴⁶. La Cour canadienne de l'impôt a reconnu et expliqué cette distinction dans l'affaire *TD Securities (USA) LLC c. La Reine*⁴⁷, en y décrivant la LLC comme une entité transparente, soit une structure pour laquelle l'imposition a lieu non pas au niveau de l'entité elle-même, mais directement chez ses membres :

« [13] En vertu du Code américain, une SPRL [société privée à responsabilité limitée] peut effectuer un choix en vue d'être traitée (i) comme une société assujettie à l'impôt sur le revenu fédéral des É.-U. comme toute autre société interne des É.-U., ou (ii) comme une entité intermédiaire ou une entité dont on fait abstraction et dont le revenu sera imputé à son membre ou à ses membres. Si elle choisit d'être traitée comme une entité intermédiaire et qu'elle compte plus d'un membre, la SPRL sera considérée comme une société de personnes aux fins de l'impôt sur le revenu fédéral des É.-U. Selon le Code américain, tout comme la Loi canadienne, le revenu d'une société de personnes doit être réparti parmi ses associés et être inclus dans le revenu des associés. Si une SPRL choisit d'être traitée comme une entité intermédiaire et qu'elle ne compte qu'un seul membre, ses activités seront traitées de la même façon qu'une entreprise individuelle, une succursale ou une division du membre. La SPRL qui ne présente pas de choix en vertu du règlement dit des "cases à cocher" sera réputée avoir choisi d'être une entité intermédiaire dont on fait abstraction.

[14] Selon le Code américain, une société de personnes et une SPRL dont on fait abstraction sont toutes deux traitées comme une entité intermédiaire ou "*pass-through*", c'est-à-dire comme une entité qui n'est pas imposée au niveau de l'entité, mais qui est imposée au niveau des propriétaires de l'entité⁴⁸. »

Étant donné que les États-Unis n'imposent pas directement une LLC fiscalement transparente, la charge fiscale, en l'espèce, se retrouve plutôt sur le résident canadien qui est un membre de la LLC américaine.

2.3. LE CONCEPT DE « REVENU ÉTRANGER ACCUMULÉ, TIRÉ DE BIENS » (RÉATB)

Le régime du RÉATB est reconnu comme l'un des mécanismes fiscaux les plus complexes du droit canadien⁴⁹. Les revenus qui se qualifient à titre de RÉATB incluent notamment les intérêts, loyers, redevances et dividendes ayant une nature passive. À l'inverse, les gains en capital réalisés lors de la disposition de « biens exclus » ne sont pas inclus dans le calcul du RÉATB, sauf dans certaines situations particulières de réorganisation d'une SÉAC⁵⁰. Le RÉATB d'une SÉAC est réputé être un revenu du contribuable canadien dans l'année où il est gagné par la SÉAC⁵¹, indépendamment de toute distribution. Cette inclusion immédiate au revenu du contribuable vise à contrer le report indéfini de

⁴⁴ Communément désigné comme étant le choix « *check-the-box* ».

⁴⁵ D. ROUSSEAU, précité, note 36, p. 8.

⁴⁶ Bradley THOMPSON, « Avoidance, Evasion, and the Problem Client », dans *2015 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2015, p. 4.

⁴⁷ 2010 CCI 186 (« *TD Securities* »).

⁴⁸ *Id.*, par. 13 et 14; Julie COLDEN et Éric LÉVESQUE, « An In-Depth Look at the Hybrid Rules in the Fifth Protocol », dans *2017 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2017, p. 19:9; Albert BAKER et Sara MCCracken, « Statut de résidente accordé à une s.r.l. des É.-U. », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Fondation canadienne de fiscalité, mai 2010, p. 1.

⁴⁹ En raison de la complexité dudit régime, l'analyse du présent texte se limite à une présentation générale du régime. Certaines subtilités d'ordre technique ou jurisprudentiel seront volontairement écartées afin de préserver la clarté et la cohérence de la présente analyse.

⁵⁰ Par. 95(1) « revenu étranger accumulé, tiré de biens » L.I.R.; par. 95(1) « bien exclu » L.I.R.

⁵¹ Par. 91(1) L.I.R.

l'impôt canadien sur les revenus passifs générés dans des juridictions à faible taux d'imposition. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*⁵², a d'ailleurs réaffirmé cette finalité en soulignant que le régime du RÉATB vise à refuser aux contribuables canadiens « l'avantage du report d'impôt » sur les bénéfices non distribués de la SÉAC :

« [30] Puisque le REATB est calculé selon la méthode de la comptabilité d'exercice, le régime prévoit une exception à la méthode du report qui s'applique à l'imposition des actionnaires. Habituellement, les actionnaires ne paient pas d'impôt sur le revenu gagné par la société dont ils possèdent des actions tant que ce revenu n'est pas distribué sous forme de dividendes. Selon le régime du REATB, toutefois, les actionnaires sont imposés sur les bénéfices non distribués gagnés par leur SEAC au fur et à mesure qu'ils sont gagnés. Ils se voient ainsi refuser l'avantage du report d'impôt [...].

[31] Fait important à signaler, le régime du REATB ne s'applique pas à tous les types de revenus. De façon générale, la LIR considère le revenu passif (p. ex., les dividendes, les intérêts, les redevances et les gains en capital) comme un REATB et ne considère pas le revenu actif comme un REATB. Cette distinction s'explique par l'interaction entre le principe de la neutralité des exportations de capitaux et le maintien de la compétitivité des entreprises canadiennes actives à l'étranger [...]. La neutralité des exportations de capitaux vise à faire en sorte que [TRADUCTION] “[l]es investisseurs [...] so[ie]nt assujettis au même taux d'imposition sur le revenu tiré d'investissements à l'étranger que sur le revenu tiré d'investissements dans le pays d'origine” [...]. Par conséquent, les contribuables ne sont ni favorisés ni défavorisés, qu'ils investissent localement ou à l'étranger, car le résultat est le même sur le plan fiscal dans les deux cas. Toutefois, si l'on appliquait ce principe de façon absolue, on nuirait à la compétitivité des entreprises canadiennes et on affaiblirait la prospérité économique du Canada. En effet, alourdir le fardeau fiscal canadien des entreprises canadiennes qui font des affaires à l'étranger et qui doivent en plus payer des impôts étrangers risque de les placer dans une situation désavantageuse sur le plan de la concurrence par rapport aux autres sociétés étrangères qui ne paient que l'impôt étranger dans le pays d'origine [...].

[...]

[33] Le régime du REATB comprend quatre grandes catégories de revenus gagnés par les SEAC : (1) les revenus de biens; (2) les revenus tirés d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement; (3) les revenus provenant d'une entreprise non admissible; (4) les gains en capital imposables réalisés lors de la disposition de biens non exclus (par. 95(1) “revenu étranger accumulé, tiré de biens”) [...]⁵³. »

Lorsqu'un contribuable canadien inclut un montant de RÉATB à son revenu⁵⁴, il peut généralement réclamer une déduction compensatoire correspondant à l'impôt étranger accumulé (IÉA) payé par la SÉAC sur ce revenu⁵⁵. Le montant de cette déduction est calculé selon un facteur fiscal approprié (FFA) qui reflète la portion des impôts étrangers réellement attribuable au RÉATB⁵⁶. Par ailleurs, le contribuable peut majorer le prix de bas rajusté (PBR) de ses actions dans la SÉAC du montant du RÉATB inclus, moins toute déduction réclamée au titre de l'IÉA⁵⁷ afin d'éviter la double imposition de cette somme en cas de rapatriement ultérieur.

Le concept de l'« impôt étranger accumulé » (IÉA)

De la même manière que le régime du RÉATB attribue au contribuable le revenu généré par une SÉA, l'IÉA permet de reconnaître, à titre de déduction, l'impôt payé par cette SÉA sur le revenu ainsi attribué⁵⁸. Ce mécanisme vise à atténuer les effets de la double imposition en assurant une certaine symétrie entre l'inclusion du revenu étranger et la reconnaissance de l'impôt payé à l'étranger.

⁵² 2021 CSC 51, [2021] 3 R.C.S. 687 (« *Loblaw* »).

⁵³ *Id.*, par. 30 à 33.

⁵⁴ Par. 91(1) L.I.R.

⁵⁵ Par. 91(4) L.I.R.

⁵⁶ Par. 95(1) « facteur fiscal approprié » L.I.R.

⁵⁷ Par. 92(1) L.I.R.

⁵⁸ Par. 91(4) L.I.R.; *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945, par. 5907(1.3) (« R.I.R. »).

L'IEA correspond notamment à l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices payés par une SÉA à l'égard du RÉATB inclus dans le revenu d'un actionnaire canadien⁵⁹. Pour qu'un impôt étranger soit admissible à titre d'IEA, il doit être sensiblement similaire à l'impôt sur le revenu prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou être visé par une convention fiscale conclue entre le Canada et le pays étranger, et ce, comme confirmé par l'ARC :

« 1.7 Le nom donné à l'impôt par l'administration étrangère n'est pas un facteur déterminant quant à savoir si un impôt étranger constitue ou non un impôt sur un revenu ou sur des bénéfices. Il faut plutôt comparer le mode d'application de base de l'impôt étranger au mode d'application des impôts sur le revenu et sur les bénéfices prélevés selon la Loi [de l'impôt sur le revenu]. En règle générale, si l'assiette d'imposition est sensiblement similaire à celle du Canada, l'impôt étranger est admis à titre d'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices. Pour cela, à moins qu'il ne s'agisse d'un impôt analogue à celui prévu à la partie XIII de la Loi, l'impôt étranger doit être prélevé sur un revenu ou sur les bénéfices nets, lesquels n'ont pas à être calculés nécessairement de la même façon qu'aux fins de l'impôt canadien. Étant donné que les gains en capital imposables sont inclus dans le revenu d'un contribuable aux fins de l'impôt canadien sur le revenu, un impôt étranger sur ce qui serait considéré comme un gain en capital selon la Loi est également considéré comme un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices pour l'application de l'article 126.

1.8 L'article sur l'élimination de la double imposition d'une convention fiscale entre le Canada et un autre pays désigne les impôts pour lesquels le Canada doit accorder une déduction des impôts canadiens. Un tel impôt prélevé par l'autre pays sur les bénéfices, le revenu ou les gains qui y sont réalisés est admissible comme un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices pour l'application de l'article 126, conjointement avec l'article de la convention. C'est le cas, par exemple, des impôts des États-Unis d'Amérique dont il est question à l'alinéa 2a) de l'article XXIV de la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, tel qu'il a été modifié par la suite de protocoles⁶⁰. » (Notre soulignement)

Le concept du « revenu étranger accumulé, tiré d'une entreprise » (RÉATE)

Le RÉATE constitue une introduction récente au régime canadien de fiscalité internationale, afin de corriger certaines incohérences découlant des modifications apportées à la définition du FFA⁶¹ et à l'application du régime du RÉATB.

Lorsqu'un contribuable canadien doit inclure un montant à titre de RÉATB dans son revenu, il peut généralement demander une déduction correspondant à l'IEA payé par sa SÉAC, multiplié par le FFA, ou encore profiter d'autres mécanismes d'allègement lors du rapatriement des sommes, afin de tenir compte de l'impôt étranger déjà acquitté par la SÉA. Avant la récente réforme, le FFA applicable au RÉATB était fixé à 4, de sorte qu'une inclusion du RÉATB pouvait être entièrement neutralisée lorsque le taux d'imposition étranger atteignait 25 %. Ce résultat contrastait avec le taux d'imposition d'environ 50,17 % qui aurait généralement été applicable au revenu de placement total d'une source canadienne gagné directement par une société privée sous contrôle canadien (SPCC)⁶², une SPCC en substance⁶³ ou une société de personnes visée.

Le FFA applicable auxdites sociétés est donc passé d'un facteur de 4 à un facteur de 1,9. Cette révision législative vise à refléter plus fidèlement le taux d'imposition effectif qui se serait appliqué au revenu

⁵⁹ Par. 95(1) « impôt étranger accumulé » L.I.R.

⁶⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Folio de l'impôt sur le revenu S5-F2-C1, « Crédit pour impôt étranger », 30 novembre 2015, n^{os} 1.7 et 1.8.

⁶¹ Le facteur fiscal approprié (FFA) occupe une place centrale dans la détermination de la déduction pour l'impôt étranger accumulé (IEA) ainsi que dans le calcul des déductions pour dividendes prévues à l'article 113 L.I.R., aspects qui seront approfondis dans l'étude de cas présentée à la section 3 du présent texte.

⁶² Par. 125(7) « société privée sous contrôle canadien » L.I.R.

⁶³ Par. 248(1) « SPCC en substance » L.I.R.

d'investissement si celui-ci avait été gagné directement par une SPCC. Concrètement, cette mesure réduit de moitié la valeur d'abri fiscal conférée par chaque dollar d'impôt étranger accumulé (IÉA), resserrant ainsi la correspondance entre le revenu passif étranger et l'imposition interne canadienne sur le revenu de placement total⁶⁴.

Pour pallier certains effets restrictifs du nouveau FFA, le législateur a introduit un régime d'allègement optionnel, soit le régime du RÉATE, permettant de préserver le FFA de 4 sur certains montants de revenu étranger qui, bien qu'inclus dans le RÉATB d'une SÉA, ne correspondraient pas à du revenu de placement total s'ils étaient gagnés directement au Canada par une SPCC, une SPCC en substance ou une société de personnes visée⁶⁵, le tout sous réserve de la production du choix prescrit⁶⁶. Le revenu de placement total comprend notamment les revenus tirés de biens, les gains en capital nets et le revenu provenant d'une entreprise de placement déterminée exploitée au Canada⁶⁷. Bien que la réduction du FFA ait été annoncée dans le budget fédéral du 7 avril 2022, la mesure n'a été officiellement adoptée que dans une *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2025* qui a reçu la sanction royale le 26 mars 2026, mais demeure sujette à s'appliquer aux années d'imposition commençant à compter du 7 avril 2022, sous réserve de la production du choix prescrit⁶⁸.

Le concept de « bien exclu »

La notion de « bien exclu » constitue un autre élément important du régime du RÉATB. Elle permet de distinguer les actifs qui génèrent un revenu d'entreprise exploitée activement, et qui échappent donc à l'application du régime du RÉATB, de ceux qui produisent un revenu passif⁶⁹. En résumé, un bien sera généralement considéré comme exclu lorsque la totalité ou presque de ce bien contribue directement à l'exploitation active d'une entreprise étrangère. Selon la position administrative de l'ARC, « la totalité ou presque de » correspond généralement à environ 90 %⁷⁰, bien que la jurisprudence ait reconnu qu'un seuil inférieur, entre 75 % et 90 %⁷¹, puisse suffire selon les circonstances. Chaque situation est évaluée au cas par cas, en fonction des faits, de la nature des biens et de leur utilisation économique réelle.

Le concept d'« entreprise exploitée activement »

La notion d'« entreprise exploitée activement »⁷² désigne toute entreprise exploitée par une SÉA, à l'exclusion d'une entreprise de placement, d'une entreprise réputée ne pas être exploitée activement ou d'une entreprise non admissible de la SÉA. L'arrêt de la Cour suprême du Canada *Ensité c.*

⁶⁴ Par. 129(4) L.I.R.

⁶⁵ Par. 93.4(1) L.I.R.

⁶⁶ Par. 93.4(2) et 93.4(3) L.I.R.

⁶⁷ Par. 129(4) L.I.R.

⁶⁸ *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2025*, L.C. 2026, ch. 3, sanctionnée le 26 mars 2026, par. 29(3) modifiant la définition de « facteur fiscal approprié » au par. 95(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*; CANADA, ministère des Finances, *Le budget 2022 – Le plan budgétaire*, 7 avril 2022, p. 49.

⁶⁹ Par. 95(1) « bien exclu » L.I.R.

⁷⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2013-0495631C6, « Actions admissibles de petites entreprises – 110.6(15) », 11 octobre 2013.

⁷¹ *Wood (D.) c. M.N.R.*, [1987] 1 C.T.C. 2391, 2393 (C.C.I.); *Keefe c. La Reine*, 2003 CCI 791, par. 19 à 30.

⁷² Par. 95(1) « entreprise exploitée activement » L.I.R.

*La Reine*⁷³ constitue une référence jurisprudentielle pionnière pour distinguer le revenu tiré de biens du revenu d'une entreprise exploitée activement. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a reconnu que le revenu provenant de biens peut être requalifié comme revenu d'entreprise active lorsque ces biens sont utilisés ou exposés à un risque réel dans le cadre des activités commerciales du contribuable. Cette distinction a été précisée comme suit dans le résumé officiel publié avec cet arrêt :

« Le critère qui permet de distinguer entre un revenu tiré de l'exploitation d'une entreprise et un revenu provenant d'un bien est de savoir si le bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui doit être remplie pour que l'entreprise puisse être exploitée et non pas de savoir si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé dans l'exploitation de son entreprise. Le bien doit être réellement employé et risqué dans l'entreprise et le terme "risqué" doit impliquer plus qu'un risque éloigné et plus que l'utilisation du bien à des fins commerciales. On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait "un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie". Une distinction peut donc être faite entre le placement de bénéfices provenant d'activités commerciales afin d'atteindre quelque but accessoire et un placement effectué pour satisfaire à une condition qui doit obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales⁷⁴. »

L'expression « entreprise exploitée activement »⁷⁵ renvoie à une activité commerciale véritable, exercée par une société de façon soutenue et organisée, à l'exclusion des activités purement passives de placement ou de prestation de services personnels, comprenant un risque ou une affaire de caractère commercial.

La première étape de l'analyse consiste à déterminer si les activités en cause constituent une « entreprise ». Selon le paragraphe 248(1) L.I.R., une entreprise comprend notamment toute activité professionnelle, commerciale ou industrielle, ainsi que tout projet comportant un risque ou une visée commerciale. La question de savoir si une activité constitue une entreprise demeure néanmoins essentiellement factuelle.

Une fois la nature commerciale de l'activité établie, il faut ensuite déterminer si l'entreprise est effectivement exploitée. L'expression « exploiter une entreprise » évoque la mise en œuvre concrète, continue et organisée d'activités commerciales. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Timmins c. La Reine*⁷⁶, a souligné que cette notion implique la poursuite réelle et constante d'un projet d'affaires, et non une simple détention passive d'actifs.

Enfin, même si une société est reconnue comme exploitant une entreprise, elle ne sera considérée comme exerçant une entreprise exploitée activement que si cette dernière n'est ni une entreprise de placement déterminée ni une entreprise de prestation de services personnels⁷⁷.

En complément, la *Loi de l'impôt sur le revenu* définit l'« entreprise de placement » comme une entreprise exploitée par une SÉA dont l'objet principal consiste à tirer un revenu de biens, y compris des intérêts, dividendes, loyers, redevances, ou tout autre rendement de nature similaire, ou encore des profits tirés de la disposition de biens de placement⁷⁸. En contrepartie, la législation canadienne prévoit notamment comme exception qu'une entreprise n'est pas considérée comme une « entreprise

⁷³ [1986] 2 R.C.S. 509.

⁷⁴ *Ensite c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 509, p. 510.

⁷⁵ Par. 125(7) « entreprise exploitée activement » L.I.R.

⁷⁶ [1999] 2 C.F. 563 (C.A.F.), p. 564 et par. 9 à 13.

⁷⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2018-0768881C6, « Entreprise exploitée activement – Revenu de location », 5 octobre 2018.

⁷⁸ Par. 95(1) « entreprise de placement » L.I.R.

de placement » si, tout au long de l'année, plus de cinq employés à temps plein participent activement à son exploitation⁷⁹. La juge Côté, pour la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Loblaw*, a d'ailleurs traité de la définition d'« entreprise de placement » :

« [35] [...] La définition d'« entreprise de placement » a été ajoutée lors des modifications apportées en 1995 au régime du REATB. Avant ces modifications, la distinction entre revenus actifs et revenus passifs était laissée à l'appréciation des tribunaux, une situation que le vérificateur général a déplorée dans un rapport de 1992 en faisant valoir que « nous n'avons pas l'assurance que les règles [relatives au REATB] s'appliqueront dans les circonstances voulues » (Bureau du vérificateur général, p. 61). Le Parlement a réagi en introduisant le concept d'« entreprise de placement » dont les revenus devaient être inclus dans les revenus de biens. La définition de l'« entreprise de placement » est large et englobe toute « [e]ntreprise exploitée par une société étrangère affiliée [...] dont le principal objet consiste à tirer un revenu de biens (y compris des intérêts, dividendes, loyers, redevances et tous rendements semblables et montants de remplacement) » (par. 95(1), définition du terme « entreprise de placement »).

[...]

[48] Le contexte du régime du REATB rend mon interprétation difficilement ébranlable, car le régime a pour fonction intégrale de classer les revenus des sociétés étrangères affiliées. Dans le cas du revenu d'entreprise, le Parlement a choisi d'aller plus loin en scindant les activités des sociétés étrangères affiliées en « entreprises » distinctes selon le type de revenu qu'elles génèrent. Le revenu de certaines entreprises est inclus dans le REATB, alors que le revenu d'autres entreprises ne l'est pas. Toutefois, le fait que le Parlement a choisi de scinder les entreprises en fonction de leurs secteurs d'activité ne change rien au fait que le régime du REATB vise essentiellement à classer les revenus. C'est pourquoi le Parlement a défini l'« entreprise de placement » comme toute entreprise dont le principal objet consiste à « tirer un revenu de biens (y compris des intérêts, dividendes, loyers, redevances et tous rendements semblables et montants de remplacement), un revenu de l'assurance ou de la réassurance de risques, un revenu provenant de l'affacturage de comptes clients ou des bénéfices de la disposition de biens de placement » [...] » (Soulignement par la Cour)

Il est à noter que l'arrêt *Loblaw* est également venu confirmer que les institutions financières qui répondent à certaines exigences bénéficient d'une exception aux règles sur le REATB qui figure dans la définition de l'expression « entreprise de placement »⁸¹.

Quant à la notion d'« entreprise non admissible »⁸², celle-ci est définie comme étant une entreprise exploitée par l'intermédiaire d'un établissement stable situé dans un pays « non admissible » à la fin de l'année d'imposition de la SÉA. Un pays est généralement considéré comme « non admissible » lorsqu'il n'a ni convention fiscale ni accord d'échange de renseignements fiscaux (AÉRF) en vigueur avec le Canada ou lorsqu'un AÉRF est en négociation depuis plus de 60 mois sans aboutir. Le revenu provenant d'une entreprise non admissible est systématiquement traité comme du REATB⁸³.

2.4. LE CONCEPT DES COMPTES DE SURPLUS

Le traitement fiscal applicable aux dividendes reçus par une société résidente du Canada par l'intermédiaire de sa SÉA est principalement régi par le mécanisme des « comptes de surplus ». Ce régime permet notamment d'éliminer ou d'atténuer l'impôt canadien sur des dividendes versés par une SÉA à sa société mère canadienne, et ce, par le biais de déductions⁸⁴. Il convient de noter qu'en règle

⁷⁹ Par. 95(1) « entreprise de placement » c)(i) L.I.R.; Jack BERNSTEIN, « Investir dans l'immobilier aux États-Unis : Des erreurs fréquentes », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Fondation canadienne de fiscalité, novembre 2013, p. 1.

⁸⁰ *Loblaw*, précité, note 52, par. 35 et 48.

⁸¹ *Id.*, par. 48 *in fine*.

⁸² Par. 95(1) « entreprise non admissible » L.I.R.

⁸³ Par. 95(1) « pays non admissible » L.I.R.

⁸⁴ Art. 113 L.I.R.

générale, une SPCC peut majorer son compte de revenu à taux général des montants déductibles en vertu de l'article 113 L.I.R., ce qui ouvre la porte à la distribution de dividendes déterminés⁸⁵. De plus, il importe également de souligner que les dividendes provenant d'une SÉA ne peuvent en aucun cas accroître le compte de dividendes en capital d'un contribuable canadien⁸⁶. Lorsqu'un dividende est déclaré par une SÉA en faveur de son actionnaire canadien, il faut déterminer à partir de quel compte de surplus ce dividende est réputé être versé. La législation fiscale canadienne reconnaît quatre comptes de surplus, soit le surplus exonéré, le surplus hybride, le surplus imposable et le surplus antérieur à l'acquisition. Chaque compte correspond à une catégorie distincte de bénéfices accumulés à l'étranger, à l'exception du compte de surplus antérieur à l'acquisition, qui est un compte notionnel servant uniquement aux calculs et qui ne reflète pas un solde réel de bénéfices, mais plutôt le PBR des actions de l'actionnaire⁸⁷.

Le compte de surplus exonéré

Le surplus exonéré est la catégorie la plus favorable du point de vue canadien. De façon générale, il correspond au revenu d'une SÉA qui réside dans un « pays désigné » et qui provient d'une entreprise exploitée activement⁸⁸. Un pays désigné signifie un pays avec lequel le Canada a conclu une convention visant l'élimination de la double imposition du revenu, comme une convention fiscale ou un accord général d'échange de renseignements fiscaux⁸⁹. Lorsqu'une SÉA exploite une entreprise exploitée activement dans un pays désigné, les bénéfices générés par cette activité s'accumulent normalement dans son surplus exonéré. Par la suite, lorsqu'un dividende est versé au contribuable canadien qui est une société et qu'il est réputé provenir de ce surplus exonéré, la *Loi de l'impôt sur le revenu* permet généralement une déduction intégrale du dividende⁹⁰.

L'ARC a d'ailleurs adopté une approche fondée sur un test en deux volets pour déterminer si une SÉA peut être considérée comme résidente d'un pays désigné. Premièrement, la SÉA doit être résidente d'un pays désigné aux termes d'une convention fiscale, selon les principes de la common law canadienne, lesquels ont été expliqués précédemment⁹¹. Deuxièmement, la société doit être reconnue comme résidente du pays désigné en vertu de la convention fiscale applicable ou être réputée y résider si elle était traitée comme une personne morale aux fins de l'impôt de ce pays⁹². Enfin, une société remplit également cette condition si la convention ou l'accord était déjà en vigueur à la date donnée lorsqu'elle était considérée comme résidente du pays désigné en vertu des critères précédents⁹³. En

⁸⁵ Par. 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R.

⁸⁶ Tim BARRETT et Kevin DUXBURY, « Corporate Integration: Outbound Structuring in the United States After Tax Reform », dans *2018 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2018, p. 18:64.

⁸⁷ A. MORREALE et A. SOMERVILLE, précité, note 40, p. 2.

⁸⁸ Par. 5907(1) « gains » R.I.R.; par. 5907(1) « gains nets » R.I.R.; par. 5907(1) « gains exonérés » d) R.I.R.; par. 5907(1) « surplus exonéré » R.I.R.

⁸⁹ Par. 5907(11) R.I.R.

⁹⁰ Al. 113(1)a) L.I.R.

⁹¹ *Fundy CSC*, précité, note 12, par. 8.

⁹² À noter que lorsqu'une convention conclue avant 1995 aurait entraîné l'exclusion d'une société uniquement en raison d'une disposition non modifiée depuis 1994, cette société serait tout de même réputée y résider.

⁹³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2022-0929501C6, « Exempt Earnings and Residency Info », 17 mai 2022; par. 5907(11.2) R.I.R.

résumé, le surplus exonéré d'une SÉA, relativement aux actions détenues par une société canadienne, correspond au cumul :

- du revenu d'une SÉA qui réside dans un pays désigné et qui provient d'une entreprise exploitée activement par la SÉA au Canada ou dans un pays désigné;
- des dividendes reçus avant ce moment par la SÉA d'une autre SÉA du contribuable, dans la mesure où ces dividendes ont été versés à même le surplus exonéré de cette autre SÉA;
- des dividendes imposables reçus de sociétés résidentes du Canada qui auraient été déductibles⁹⁴ si ces dividendes avaient été reçus directement par la société canadienne⁹⁵; et
- du revenu d'une SÉA qui réside dans un pays désigné et qui est réputé être du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement⁹⁶, dans la mesure où ce revenu est lié à une entreprise exploitée activement dans un pays désigné.

Le compte de surplus hybride

De façon générale, le surplus hybride d'une SÉA correspond essentiellement au cumul des gains en capital réalisés lors de la disposition d'actions d'une autre SÉA ou d'une participation dans une société de personnes, lorsque ces biens sont des biens exclus⁹⁷, auquel s'ajoutent les dividendes de surplus hybride reçus d'une autre SÉA et dont sont soustraits les pertes en capital sur des biens exclus ainsi que les impôts étrangers payés sur ces gains ou dividendes⁹⁸. Lorsqu'un contribuable canadien reçoit un dividende réputé versé à même ce surplus, il doit l'inclure dans son revenu imposable, mais bénéficie généralement de deux déductions : i) déduction de 50 % du montant du dividende reçu; et ii) déduction additionnelle fondée sur les impôts étrangers sous-jacents et les retenues à la source applicables à la portion restante du dividende⁹⁹.

Le compte de surplus imposable

Le surplus imposable correspond essentiellement aux bénéfices d'une SÉA qui ne sont ni exonérés ni hybrides. En règle générale, le surplus imposable comprend les gains imposables réalisés au fil des années et les dividendes de surplus imposable reçus d'autres SÉA, déduction faite des pertes imposables, des impôts payés sur ces dividendes et des dividendes de surplus imposable versés¹⁰⁰. Lorsque la société canadienne reçoit un dividende réputé tiré du surplus imposable d'une SÉA, elle peut techniquement réclamer une déduction partielle selon les circonstances, essentiellement pour refléter les impôts étrangers déjà payés¹⁰¹.

⁹⁴ Art. 112 L.I.R.

⁹⁵ Byron S. BESWICK et Michael DOLSON, « International Tax for Owner-Managers », dans *2020 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2020, p. 10:57.

⁹⁶ AL. 95(2)a) L.I.R.

⁹⁷ Par. 95(1) « bien exclu » L.I.R.

⁹⁸ Par. 5907(1) « surplus hybride » R.I.R.; B. S. BESWICK et M. DOLSON, précité, note 95.

⁹⁹ AL. 113(1)a.1) L.I.R.

¹⁰⁰ Par. 5907(1) « surplus imposable » R.I.R.

¹⁰¹ AL. 113(1)b) et 113(1)c) L.I.R.

La notion de « gains imposables » englobe plusieurs éléments, dont les gains nets réalisés par la SÉA au titre de son RÉATB pour l'année¹⁰².

Le compte de surplus antérieur à l'acquisition

Le concept de surplus antérieur à l'acquisition n'est pas défini dans le *Règlement de l'impôt sur le revenu* et aucune règle codifiée ne précise sa méthode de calcul. Ce surplus correspond généralement au PBR des actions de la SÉA, sans que cette corrélation soit systématique. La partie du dividende provenant de ce surplus est entièrement déductible¹⁰³ lors de son inclusion au revenu¹⁰⁴. Toutefois, le PBR des actions doit être réduit du dividende reçu¹⁰⁵ et si cette réduction entraîne un PBR négatif, ce montant est réputé constituer un gain en capital lors de la disposition des actions¹⁰⁶.

Principes généraux en matière de calcul des comptes de surplus

Il convient de noter que l'ARC a réitéré à plusieurs reprises que des calculs détaillés sont requis et que l'absence de justification adéquate des soldes de surplus peut entraîner le refus desdites déductions¹⁰⁷. De plus, lorsqu'une SÉA verse un dividende à sa société mère canadienne, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le *Règlement de l'impôt sur le revenu* établissent un ordre obligatoire d'imputation entre les différents comptes de surplus, soit 1) le surplus exonéré; 2) le surplus hybride; 3) le surplus imposable; et 4) le surplus antérieur à l'acquisition¹⁰⁸. Toutefois, la société canadienne actionnaire peut faire un choix pour modifier cet ordre d'imputation, notamment afin de désigner qu'un dividende ou une partie de celui-ci provient d'un autre compte de surplus¹⁰⁹.

¹⁰² Bien que la définition complète des gains imposables soit prévue par le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, elle ne sera pas analysée davantage dans le cadre du présent texte.

¹⁰³ Al. 113(1)d) L.I.R.

¹⁰⁴ Par. 90(1) L.I.R.

¹⁰⁵ Par. 92(2) L.I.R.

¹⁰⁶ Par. 40(3) et al. 53(2)b) L.I.R.

¹⁰⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2019-0821311C6, « Surplus Documentation », 11 octobre 2019; Tim BARRETT et Andrew MORREALE, « Foreign Affiliate Update », dans *2019 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2019, p. 15.

¹⁰⁸ Conformément au paragraphe 5901(1) R.I.R.

¹⁰⁹ Par. 5901(2) et 5901(3) R.I.R.

3. ÉTUDE DE CAS : DÉTENTION D'UNE LLC AMÉRICAINE PAR UNE SOCIÉTÉ CANADIENNE

Afin de bien cerner les conséquences fiscales que peut entraîner la détention d'une entité hybride, telle qu'une LLC américaine, nous proposons l'élaboration d'une étude de cas. Cette approche permettra de contextualiser les enjeux théoriques et de mettre en lumière les interactions complexes entre la législation internationale et les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les faits pertinents du cas à l'étude sont exposés ci-dessous.

Une société par actions résidente du Canada (Canco), qui est une SPCC constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*¹¹⁰, détient la totalité des parts d'une LLC (USLLC), organisée selon la législation américaine. Sur le plan organisationnel, USLLC emploie deux personnes basées aux États-Unis, qui siègent toutes deux au conseil d'administration de l'entité et qui assument la responsabilité de la gestion quotidienne, de la prise de décisions stratégiques et de la supervision des opérations immobilières. L'unique actionnaire de Canco agit à titre de troisième administrateur, ce dernier étant un résident du Canada. Dans les faits, les décisions stratégiques et opérationnelles de USLLC sont prises aux États-Unis en personne ou par visioconférence.

USLLC détient un portefeuille d'immeubles commerciaux et résidentiels situés aux États-Unis, qui génère un revenu locatif brut annuel de 1 M\$ US à l'année 1, lesquels proviennent de contrats de location passive. La société USLLC n'exploite aucune autre entreprise et son activité se limite exclusivement à la détention des immeubles. Elle ne génère aucun autre revenu que celui provenant de la location desdits immeubles. De plus, USLLC n'offre aucun type de service à ses locataires, à l'exception de leur permettre l'occupation des lieux. Aux fins de la législation fiscale américaine, USLLC n'a pas effectué le choix dit « *check-the-box* ». Par défaut, USLLC est donc considérée comme une entité fiscalement transparente et ignorée aux fins fiscales américaines.

À la fin de l'année 2, USLLC distribue à Canco 700 000 \$ US, sous forme de dividende.

3.1 LA RÉSIDENCE D'UNE LLC ET L'APPLICATION DE LA CONVENTION FISCALE ENTRE LE CANADA ET LES ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE EN MATIÈRE D'IMPÔTS SUR LE REVENU ET SUR LA FORTUNE

Comme détaillé précédemment, la détermination de la résidence fiscale de USLLC s'effectue selon une démarche en trois étapes. Il faut d'abord déterminer si USLLC est résidente du Canada au sens du droit canadien. Ensuite, il faut vérifier si elle est résidente des États-Unis au regard du droit américain. Finalement, nous devons vérifier si USLLC est résidente au sens de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*¹¹¹.

Comme expliqué précédemment, en droit fiscal canadien, la résidence d'une société est, *prima facie*, établie selon le principe jurisprudentiel de la « gestion centrale et du contrôle »¹¹². Une société

¹¹⁰ L.R.C. (1985), ch. C-44.

¹¹¹ *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, signée à Washington le 26 septembre 1980, et modifiée par les Protocoles signés le 14 juin 1983, le 28 mars 1984, le 17 mars 1995, le 29 juillet 1997 et le 21 septembre 2007 (« Convention CAN-ÉUA »).

¹¹² *Fundy CSC*, précité, note 12, par. 8.

constituée dans une juridiction étrangère peut être considérée comme résidente du pays où s'exercent effectivement sa gestion centrale et son contrôle¹¹³. En l'espèce, USLLC compte deux administrateurs américains, tandis que le troisième administrateur est un résident canadien. Les décisions clés sont prises à la majorité des administrateurs aux États-Unis en personne ou par visioconférence, illustrant un contrôle effectif exercé depuis les États-Unis. La participation de l'administrateur canadien n'altère pas ce constat. Ainsi, selon la jurisprudence canadienne, USLLC n'est pas résidente du Canada. Aux fins de l'étude de cas, nous présumerons que USLLC satisfait aux critères lui permettant d'être considérée comme résidente des États-Unis. Elle sera donc traitée comme telle dans le cadre des développements subséquents¹¹⁴.

La résidence de USLLC ayant été établie, il convient dès lors de déterminer si USLLC est visée par la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* relativement au revenu qu'elle génère. Tout d'abord, l'interprétation des conventions fiscales internationales ne saurait être abordée sans référence à la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans l'arrêt *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*¹¹⁵ :

« [37] Les traités fiscaux étant des traités, leur interprétation est régie par la *Convention de Vienne sur le droit des traités*, R.T. Can. 1980 n° 37 ("*Convention de Vienne*"). La méthodologie prescrite n'est toutefois pas diamétralement opposée au principe moderne qui s'applique aux lois nationales du Canada, à savoir qu'il faut examiner le sens ordinaire du texte dans son contexte et à la lumière de son but [...]. Cela dit, contrairement aux lois, les traités doivent être interprétés "de manière à appliquer les véritables intentions des parties" [...]. L'intérêt national de *chaque* État contractant doit être pris en compte dans le processus d'interprétation afin de donner plein effet à l'entente codifiée dans le traité. Ce principe s'applique tout autant lorsqu'une cour est appelée à déterminer "l'objet et l'esprit" d'un traité dans le cadre de l'analyse fondée sur la RGAÉ.

[38] L'article 31 de la Convention de Vienne permet aux tribunaux de tenir compte de facteurs contextuels tels que les autres accords et instruments conclus par les parties ayant rapport à un traité. À mon avis, le Modèle de convention de l'OCDE et les Commentaires qui s'y rapportent sont pertinents pour l'interprétation des traités fondés sur ce modèle. D'ailleurs, on peut lire dans l'introduction de ce dernier que les Commentaires "peuvent [...] être très utiles dans l'application et l'interprétation des conventions et en particulier dans le règlement des différends éventuels", et notre Cour a confirmé que le Modèle de convention de l'OCDE et les Commentaires s'y rapportant étaient "fort convaincant[s]"¹¹⁶. »

Les commentaires de l'OCDE éclairent l'intention des pays quant au sens et à la portée des clauses prévues dans une convention fiscale. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Canada c. Hutchison Whampoa Luxembourg Holdings S.À R.L.*¹¹⁷, a récemment réitéré cette position, soulignant que les tribunaux doivent prendre en considération la véritable intention des parties lors de l'interprétation d'un traité fiscal¹¹⁸.

En l'espèce, la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* s'applique, de manière générale, aux personnes qui sont fiscalement résidentes de l'un ou l'autre des pays contractants, ou des deux, soit en l'espèce le Canada et les États-Unis

¹¹³ *Fundy CAF*, précité, note 2, par. 56.

¹¹⁴ L'analyse des critères permettant à USLLC de se qualifier à titre de résidente des États-Unis dépasse la portée du présent texte et ne sera pas abordée.

¹¹⁵ 2021 CSC 49, [2021] 3 R.C.S. 590 (« *Alta Energy* »).

¹¹⁶ *Id.*, par. 37 et 38.

¹¹⁷ 2025 CAF 176.

¹¹⁸ *Id.*, par. 74 et 76.

d'Amérique¹¹⁹. Selon cette convention, une personne réside dans un État contractant ou deux États contractants si, en vertu de la législation de l'État en question, elle « est assujettie à l'impôt dans cet État en raison de son domicile, de sa résidence, de son siège de direction, de son lieu de constitution ou de tout autre critère de nature analogue »¹²⁰. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Crown Forest Industries Ltd. c. Canada*¹²¹, s'est penchée sur la question de savoir si une société était « assujettie à l'impôt » et a précisé ce qui suit :

« [40] À cet égard, les critères applicables pour déterminer le lieu de résidence à l'article IV, paragraphe 1 impliquent plus que le simple fait d'être redevable d'un impôt à l'égard d'une part de revenu (assujettissement fondé sur la source), ils comportent l'assujettissement fiscal le plus complet qu'un État puisse imposer. Aux États-Unis et au Canada, cette imposition complète vise les revenus mondiaux [...]»¹²². »

La position administrative de l'ARC sur la notion d'« assujettissement à l'impôt » s'appuie directement sur les principes établis par la Cour suprême du Canada. Selon l'ARC, pour qu'une personne soit considérée comme « assujettie à l'impôt » au sens des dispositions d'une convention fiscale relatives à la détermination de la résidence, elle doit être soumise à la forme d'imposition la plus complète existant dans le pays concerné, c'est-à-dire à un assujettissement fiscal intégral sur ses revenus mondiaux, et non simplement sur ses revenus de source locale¹²³. Dans l'arrêt *Alta Energy*, la Cour suprême du Canada a réaffirmé les principes directeurs énoncés dans l'arrêt *Crown Forest* concernant la notion de « résident » au sens des conventions fiscales :

« [54] S'agissant des sociétés, l'exigence relative à "l'assujettissement à l'impôt" qui est prévue dans la Convention est respectée lorsque les lois nationales d'un État contractant font en sorte qu'une société est entièrement assujettie à l'impôt sur ses revenus mondiaux du simple fait qu'elle est résidente de cet État (voir *Crown Forest*, par. 40 et 45). L'assujettissement intégral à l'impôt est établi en fonction du lien entre cet État et le statut de résident de la société. Or, l'exigence relative à "l'assujettissement à l'impôt" est souvent décrite en des termes qui peuvent sembler trompeurs tels que "imposition complète" ou "assujettissement intégral à l'impôt". Ces expressions transmettent le message que les résidents qui sont exonérés d'impôt sont plus suspects que les autres. En réalité, cette exigence n'a rien à voir avec la question de savoir si la personne qui réclame des avantages est en fait assujettie à l'impôt. Être assujetti à l'impôt signifie plutôt être [traduction] "susceptible d'être assujetti à l'impôt", c'est-à-dire qu'une personne pourrait être imposée, qu'elle paie ou non des impôts [...]. Ainsi, les sociétés résidentes qui bénéficient de certaines exonérations fiscales, sur les gains en capital par exemple, ne perdent pas automatiquement leur statut de résident au titre de la Convention du fait qu'elles ne sont pas assujetties à toutes les formes possibles d'imposition [...]. Cette situation est bien différente de celle des entités transparentes sur le plan fiscal, comme les sociétés de personnes, lesquelles ne sont pas assujetties à l'impôt — et non exonérées de l'impôt —, puisque leurs revenus sont plutôt imposés une fois entre les mains des associés¹²⁴. »

Nous devons ainsi déterminer si USLLC est une personne qui est assujettie à l'impôt d'un des pays signataires de la convention fiscale¹²⁵. La position de l'ARC est amplement connue selon laquelle une LLC constituée aux États-Unis et considérée comme fiscalement transparente ne peut pas être reconnue comme étant une résidente d'un des pays signataires au sens de la *Convention entre le*

¹¹⁹ Art. I de la Convention CAN-ÉUA.

¹²⁰ Art. IV, par. 1 de la Convention CAN-ÉUA; *Alta Energy*, précité, note 115, par. 55.

¹²¹ [1995] 2 R.C.S. 802 (« *Crown Forest* »).

¹²² *Id.*, par. 40.

¹²³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Impôt sur le revenu – Nouvelles techniques, n° 35 (archivé), « Treaty Residence – Resident of Convenience », 27 février 2007.

¹²⁴ *Alta Energy*, précité, note 115, par. 54.

¹²⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 9520405, « Treaty ("Residence") Statuts of a "S" Corporation », 22 août 1995.

*Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*¹²⁶. Cette position repose sur le fait que la LLC, en tant qu'entité, n'est pas elle-même assujettie à l'impôt aux États-Unis, et ce, malgré la position adoptée par la Cour canadienne de l'impôt dans l'affaire *TD Securities*¹²⁷, qui allait à l'encontre de cette interprétation en reconnaissant qu'une LLC fiscalement transparente pouvait bénéficier des avantages de la convention à l'égard d'un revenu de source canadienne, pour autant que ce revenu ait été pleinement imposé aux États-Unis dans les mains d'une ou de plusieurs personnes résidentes des États-Unis. Dans l'affaire *TD Securities*, la LLC avait comme seul membre une société américaine dont le revenu était imposé aux États-Unis. En l'occurrence, ce mécanisme ne peut s'appliquer ici, étant donné qu'il n'existe aucune société intermédiaire entre Canco et USLLC.

En conséquence, USLLC ne peut pas bénéficier des avantages offerts par la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*¹²⁸, laquelle prévoit explicitement que ce type de structure ne permet pas de bénéficier des avantages de la convention fiscale¹²⁹. Ce traitement asymétrique entre les deux juridictions engendre un risque de double imposition économique, puisque les mêmes bénéfices peuvent être imposés à la fois aux États-Unis et au Canada, sans possibilité de recours aux mécanismes de la convention¹³⁰.

Dans le cas présent, aux fins de la législation américaine, USLLC n'a pas exercé le choix dit « *check-the-box* ». Elle est donc traitée comme une entité fiscalement transparente. Autrement dit, pour les autorités fiscales américaines, USLLC est ignorée aux fins de l'imposition américaine. Le revenu généré par USLLC est donc réputé être gagné directement par Canco. Du point de vue canadien, USLLC est considérée comme une société pleinement distincte.

En principe, la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* propose divers mécanismes d'allègements fiscaux relativement aux revenus générés aux États-Unis. Or, USLLC, puisqu'elle est fiscalement transparente aux États-Unis, n'est pas une personne distincte ni une résidente des États-Unis aux fins de la convention, étant donné qu'elle n'est pas pleinement assujettie à l'impôt aux États-Unis. Par conséquent, USLLC ne peut pas invoquer les avantages de la convention et Canco ne peut pas non plus bénéficier de ces avantages relativement aux impôts acquittés liés aux revenus de USLLC. Canco sera tout de même assujettie à l'impôt fédéral américain, tant sur les revenus de location générés par les biens immeubles que sur les gains réalisés lors de leur disposition. Les revenus locatifs générés par USLLC sont généralement soumis à une retenue à la source fédérale de 30 %¹³¹ sur le montant brut des paiements versés au non-résident, sans

¹²⁶ AGENCE DU REVENUE DU CANADA, interprétations techniques 2012-0462881C6, « Treaty US », 30 octobre 2012; 2010-0369271C6, « Canada-US Tax Convention – Treatment of LLCs », 16 juin 2010.

¹²⁷ Précité, note 47.

¹²⁸ B. THOMPSON, précité, note 3, p. 4; Manon THIVIERGE, « Traitement fiscal des entités hybrides canadiennes et américaines », dans *Congrès 2013*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2014, p. 8:1-28, à la page 8:6.

¹²⁹ Art. IV, al. 7a) de la Convention CAN-ÉUA; voir le 5^e Protocole de 2007 de la Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique et le *US Technical Explanation of this Protocol*, p. 7-8-9. Voir aussi J. COLDEN et É. LÉVESQUE, précité, note 48, p. 19:9.

¹³⁰ T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 18:28.

¹³¹ *Internal Revenue Code of 1986*, tel qu'amendé, 26 U.S.C. (2025), § 881(a)(1) (I.R.C.).

possibilité de déduire les dépenses engagées pour générer ces revenus¹³². Il convient toutefois de préciser qu'un choix peut, dans certaines circonstances, permettre une imposition sur le revenu net aux États-Unis, mais que ce mécanisme n'est pas analysé en l'espèce. La *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* reconnaît d'ailleurs expressément le droit premier d'imposition à l'État de la source, c'est-à-dire les États-Unis, pour tout revenu tiré de biens immobiliers situés sur son territoire. Cette approche est conforme tant à la législation fiscale américaine qu'à la pratique internationale, laquelle accorde une priorité au pays où se trouve le bien immeuble générateur du revenu¹³³.

Un autre élément à prendre en considération lorsqu'un contribuable canadien fait affaire aux États-Unis est la notion d'« établissement stable »¹³⁴. En effet, les bénéfices réalisés par un résident canadien ne sont imposables aux États-Unis que dans la mesure où ils sont attribuables à un établissement stable situé sur le territoire américain. En raison de la complexité relative à l'analyse de cette notion, nous nous limiterons au présent cas pratique. La notion d'établissement stable trouve généralement son application dans le cadre de bénéfices d'entreprise et non en matière de revenus passifs tirés de la simple détention d'actifs immobiliers¹³⁵. En résumé, puisque USLLC tire exclusivement des revenus locatifs passifs, l'analyse de l'établissement stable n'est pas nécessaire. Les revenus immobiliers sont imposables dans le pays où les biens immeubles sont situés, indépendamment de l'existence d'un établissement stable¹³⁶.

3.2 APPLICATION DU RÉGIME DES « SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES AFFILIÉES »

Selon la législation canadienne, USLLC est considérée comme une SÉAC de Canco, étant donné que Canco détient l'ensemble des participations dans USLLC et en exerce le contrôle. En conséquence, Canco doit inclure annuellement dans son revenu canadien le RÉATB gagné par USLLC¹³⁷. L'objectif principal de USLLC consiste à générer un revenu de biens, principalement des loyers, par l'intermédiaire de ses immeubles situés aux États-Unis. Le revenu locatif de 1 M\$ US provenant de ces immeubles est donc assimilé, selon la *Loi de l'impôt sur le revenu*, à celui d'une « entreprise de placement », c'est-à-dire une entreprise dont l'activité principale est de tirer un revenu de biens¹³⁸. USLLC ne satisfait à aucune des exceptions prévues par la législation canadienne, telle que la participation active de plus de cinq employés à temps plein, qui permettrait de requalifier ses activités comme une entreprise exploitée activement. Par conséquent, il faut conclure que le revenu généré par USLLC est entièrement considéré comme du RÉATB. Il ne s'agit donc pas d'un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, mais bien d'un revenu passif soumis aux règles strictes sur le RÉATB.

¹³² Catherine A. BRADLEY et Sidhartha RAO, « Expanding to the U.S. the Right Way – Know Before You Go », dans *2019 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2019, p. 6; T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 3.

¹³³ Jack BERNSTEIN, « Les Canadiens et l'immobilier aux États-Unis », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Fondation canadienne de fiscalité, juin 2006, p. 1.

¹³⁴ Art. V de la Convention CAN-ÉUA.

¹³⁵ Art. VI de la Convention CAN-ÉUA.

¹³⁶ Art. IV de la Convention CAN-ÉUA.

¹³⁷ Par. 91(1) L.I.R.

¹³⁸ *Loblaw*, précité, note 52, par. 48.

Ce point est central pour deux raisons. Premièrement, il entraîne une imposition canadienne immédiate sur un revenu que Canco n'a pas encaissé. Deuxièmement, cette inclusion intervient alors que les États-Unis, simultanément, imposent déjà ce revenu entre les mains de Canco du simple fait que USLLC est une entité ignorée. À cette étape du raisonnement, on pourrait s'attendre à ce que la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* corrige la double imposition. Cependant, celle-ci ne trouve pas application, pour les raisons invoquées précédemment.

Du point de vue fiscal canadien, l'impôt américain payé par Canco à l'égard du revenu attribué de USLLC est généralement considéré comme un impôt sur un revenu autre qu'un revenu d'entreprise¹³⁹. Étant donné la nature de USLLC du point de vue des autorités fiscales américaines, la position de l'ARC est claire, à savoir que l'impôt américain payé par Canco à l'égard du revenu généré par USLLC ne constitue pas un impôt étranger accumulé (IÉA)¹⁴⁰. En conséquence, Canco n'est pas en mesure de réclamer la déduction pour l'IÉA pour l'année 1 lors de l'inclusion du RÉATB dans son revenu¹⁴¹. L'IÉA vise les impôts sur le revenu payés par une SÉA qui peuvent raisonnablement être considérés comme se rapportant à un montant inclus dans le calcul du revenu du contribuable à titre de RÉATB de cette SÉA pour l'année, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque USLLC n'a aucune obligation fiscale de payer de l'impôt aux États-Unis. Or, étant donné que l'impôt est payé par Canco, et non par USLLC, cette condition n'est pas remplie.

L'ARC partage cette interprétation et précise que lorsque l'impôt américain est payé directement par le contribuable canadien et non par la LLC américaine, il ne peut être reconnu comme un IÉA, puisque l'IÉA doit être payé par une SÉA pour être admissible. Il est implicite que tout impôt payé par une SÉA doit être un impôt qui lui est propre, et non simplement un paiement effectué pour s'acquitter de l'obligation fiscale d'une autre personne. Ainsi, structurer les affaires de manière que USLLC paie l'impôt relatif aux obligations fiscales de Canco ne permettrait pas de qualifier cet impôt à titre d'IÉA¹⁴². Les conséquences fiscales de Canco pour l'année 1 sont donc les suivantes :

¹³⁹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2014-054811E5, « U.S. tax paid in respect of an LLC's income », 3 février 2016.

¹⁴⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2013-0480321C6, « US LLCs – FAPI », 11 juin 2013.

¹⁴¹ Par. 91(4) L.I.R.; T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 49.

¹⁴² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2013-0480321C6, précité, note 140.

Étape 1 : Imposition de Canco par les États-Unis

Revenu généré par la société USLLC :	1 000 000 USD
(×) Taux d'imposition des États-Unis sur le revenu de USLLC ¹⁴³ :	30 %
Impôt total de Canco payable aux États-Unis :	300 000 USD

Étape 2 : Conversion de l'impôt payable aux États-Unis en devise canadienne¹⁴⁴

Impôt total de Canco payable aux États-Unis :	300 000 USD
(×) Taux de conversion utilisé ¹⁴⁵ :	1,35
Impôt total de Canco payable aux États-Unis en CAD :	<u>405 000 CAD</u>

Étape 3 : Conversion du revenu généré par USLLC aux États-Unis en devise canadienne¹⁴⁶

RÉATB généré par USLLC :	1 000 000 USD
(×) Taux de conversion utilisé ¹⁴⁷ :	1,35
RÉATB total généré par USLLC en CAD :	1 350 000 CAD

Étape 4 : Inclusion du RÉATB généré par USLLC dans le revenu de Canco¹⁴⁸

RÉATB généré par USLLC :	1 350 000 CAD
Déduction relativement à l'IEA ¹⁴⁹ :	(0 CAD)
Revenu imposable de Canco ¹⁵⁰ :	1 350 000 CAD

Étape 5 : Imposition de Canco par Canada

Revenu imposable de Canco :	1 350 000 CAD
(×) Taux d'imposition du Canada sur le revenu de USLLC ¹⁵¹ :	50,17 % ¹⁵²
Impôt total de Canco payable au Canada :	<u>677 295 CAD</u>
Impôt total de Canco pour l'année 1¹⁵³ :	<u>1 082 295 CAD</u>

Cette étape démontre l'importance de la déduction pour l'IEA¹⁵⁴. Le taux combiné global atteint **80,17 %**, soit une charge fiscale nettement supérieure à la moyenne canadienne ou américaine.

¹⁴³ § 881(a)(1) I.R.C.; C. A. BRADLEY et S. RAO, précité, note 132, p. 6; T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 3.

¹⁴⁴ Al. 95(2)f), 95(2)f.14) et 95(2)f.15) L.I.R.

¹⁴⁵ BANQUE DU CANADA, Taux de change quotidiens, en ligne : <https://www.banqueducanada.ca/taux/taux-de-change/taux-de-change-quotidiens/>.

¹⁴⁶ Al. 95(2)f), 95(2)f.14) et 95(2)f.15) L.I.R.

¹⁴⁷ *Supra*, note 145.

¹⁴⁸ Par. 91(1) L.I.R.

3.3 RAPATRIEMENT DES FONDS AU CANADA

Il convient désormais de se pencher sur la seconde phase de l'étude de cas, soit celle du dividende de USLLC en faveur de Canco au cours de l'année 2. Dans le cadre de cette étape, une attention particulière doit être portée aux mécanismes d'atténuation relativement à la double imposition ainsi qu'au compte de surplus de la SÉA, puisque la nature du surplus influence directement la possibilité pour Canco de bénéficier desdites déductions.

Les mécanismes d'atténuation de la double imposition internationale

Le crédit pour impôt étranger

Afin d'atténuer les effets de la double imposition, le contribuable pourrait avoir recours à un crédit pour impôt étranger (CIÉ), prévu dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁵⁵. Ce crédit permet à la société canadienne de soustraire de son impôt fédéral l'impôt payé à un gouvernement étranger sur le revenu généré dans ce pays. Toutefois, ce crédit est plafonné au moindre de l'impôt payé à l'étranger ou de l'impôt canadien applicable à ce même revenu¹⁵⁶. Le CIÉ peut s'appliquer de manière autonome ou conjointe avec les conventions fiscales conclues par le Canada, lesquelles visent également à réduire les cas de double imposition¹⁵⁷.

Pour être admissible à l'obtention d'un CIÉ, l'impôt doit d'abord être versé à un gouvernement étranger, que ce soit celui d'un pays, d'un État, d'une province ou d'une autre subdivision politique. Il ne doit pas être subordonné à l'octroi d'un CIÉ au Canada ni à une déduction pour dividende reçu d'une SÉA en vertu de l'article 113 L.I.R. Enfin, il doit s'agir d'un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices, lequel doit être de nature substantiellement similaire à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁵⁸.

La déduction pour impôt étranger sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise

Une déduction pour l'impôt étranger payé sur un revenu autre qu'un revenu d'entreprise, que ce soit par un particulier ou par une société, à l'égard d'un revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, est également disponible à certaines conditions¹⁵⁹. Cette déduction ne peut être réclamée que dans la mesure où l'impôt étranger n'est pas déjà déductible en vertu du paragraphe 20(11) L.I.R. et qu'aucun

¹⁴⁹ Par. 91(4) L.I.R.

¹⁵⁰ Le PBR de la participation de Canco dans USLLC augmentera du même montant, et ce, en vertu de l'alinéa 92(1)a) et du sous-alinéa 92(1)b)(i) L.I.R.

¹⁵¹ A. MORREALE et A. SOMERVILLE, précité, note 40, p. 16.

¹⁵² En 2025, une SPCC qui tire des revenus de location (considérés comme des revenus de placement) est généralement assujettie à un taux d'imposition combiné de 50,17 % au Québec. Ce taux comprend : i) 38,67 % au fédéral (incluant l'impôt de la partie I et l'impôt de la partie IV remboursable sur le revenu de placement); ii) 11,5 % au provincial (Québec); BDO CANADA, Taux d'imposition des sociétés pour 2025, 1^{er} juillet 2025, en ligne : <https://www.bdo.ca/fr-ca/insights/corporate-income-tax-facts>.

¹⁵³ 405 000 CAD + 677 295 CAD = 1 082 295 CAD.

¹⁵⁴ Par. 91(4) L.I.R.

¹⁵⁵ Par. 126(1) L.I.R.

¹⁵⁶ Al. 126(1)b) L.I.R.

¹⁵⁷ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Folio de l'impôt sur le revenu S5-F2-C1, précité, note 60, n° 1.2.

¹⁵⁸ *Id.*, n° 1.6.

¹⁵⁹ Par. 20(12) L.I.R.

CIÉ n'est demandé à l'égard de ce même impôt. Cette déduction ne s'applique également pas à l'impôt étranger payé sur le revenu qu'une société résidente du Canada tire des actions d'une SÉA, puisque ce revenu bénéficie déjà, généralement, du régime prévu à l'article 113 L.I.R.¹⁶⁰. Cela dit, cette déduction ne s'applique pas à l'impôt étranger payé sur le revenu gagné par une société canadienne sur des actions d'une SÉA¹⁶¹. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Emergis Inc. c. Canada*¹⁶², met en évidence les limites de son application dans des structures d'investissement complexes, notamment celles impliquant une LLC. Dans cet arrêt, la cour a insisté sur la nécessité d'un lien suffisant entre l'impôt étranger et le revenu du contribuable canadien pour que le paragraphe 20(12) L.I.R.¹⁶³ s'applique. En l'espèce, un membre (qui est une société) d'une LLC transparente qui est une SÉA, ne serait pas en droit de réclamer la déduction pour impôt étranger sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise, car l'impôt acquitté par Canco serait considéré comme étant relatif au revenu provenant d'une action d'une SÉA¹⁶⁴.

Le montant déductible à l'égard de dividendes reçus

Le contribuable canadien qui reçoit un dividende provenant du surplus imposable d'une SÉAC peut déduire le RÉATB, déjà imposé antérieurement¹⁶⁵, de cette distribution. Comme ce revenu a déjà subi une imposition lors de son inclusion initiale et que le dividende tiré du surplus imposable est lui aussi imposable¹⁶⁶, une double imposition surviendrait si la présente déduction n'était pas disponible. Le montant déduit doit ensuite être soustrait du PBR des actions de la SÉAC¹⁶⁷. Pour les sociétés, cette déduction n'est permise que dans la mesure où le montant du dividende excède la portion déductible en vertu de l'alinéa 113(1)b) L.I.R. Dans le cas d'une LLC américaine fiscalement transparente, celle-ci n'est pas elle-même assujettie à l'impôt sur le revenu ou sur les bénéfices aux États-Unis. Il s'ensuit qu'aucun impôt étranger n'est réputé avoir été payé sur le revenu généré par cette entité. Ainsi, le membre canadien qui est une société ne peut revendiquer la déduction prévue à l'alinéa 113(1)b) L.I.R., ce qui permet la pleine utilisation de la déduction prévue au paragraphe 91(5) L.I.R. sous réserve que les critères soient respectés¹⁶⁸.

Application au cas à l'étude

Dans le cas présent, les revenus de loyers ne proviennent pas d'une entreprise exploitée activement, ni de la disposition d'un bien exclu, ni d'un dividende reçu d'une autre SÉA. Ainsi, le revenu de USLLC, étant du RÉATB, doit s'ajouter au solde du compte de surplus imposable¹⁶⁹.

En principe, les impôts américains payés par une société canadienne en lien avec le revenu d'une LLC ne sont ni déductibles en vertu du paragraphe 20(12) L.I.R., ni admissibles au CIÉ qui ne s'applique que

¹⁶⁰ B. S. BESWICK et M. DOLSON, précité, note 95, p. 10:20.

¹⁶¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2013-0480321C6, précité, note 140.

¹⁶² 2023 CAF 78 (« *Emergis* »).

¹⁶³ *Id.*, par. 28 et 45.

¹⁶⁴ T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 13.

¹⁶⁵ Par. 91(5) L.I.R.

¹⁶⁶ Par. 90(1) L.I.R.

¹⁶⁷ S.-al. 92(1)b)(ii) L.I.R.

¹⁶⁸ T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 16; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 982145, « Foreign Affiliates – Foreign Tax / LLCs », 15 décembre 1998.

¹⁶⁹ Par. 5907(1) « surplus imposable » R.I.R.

lorsque le contribuable est directement assujéti à l'impôt étranger sur son propre revenu, ce qui n'est pas le cas pour une LLC¹⁷⁰. Cela étant dit, lorsqu'un membre canadien qui est une société détient directement une participation dans une LLC américaine, il peut réclamer la déduction prévue à l'alinéa 113(1)c) L.I.R.¹⁷¹ uniquement à l'égard de l'impôt américain payé sur les dividendes versés à même le surplus imposable¹⁷². En l'espèce, aucun impôt américain n'a été retenu par les États-Unis, étant donné que USLLC est une entité ignorée. En conséquence, la seule déduction véritablement disponible semble être celle prévue lorsqu'une SÉA verse un dividende à même son compte de surplus imposable à son actionnaire canadien. Dans un tel cas, le contribuable qui reçoit un dividende provenant du surplus imposable d'une SÉAC peut déduire le RÉATB déjà imposé antérieurement¹⁷³. En effet, comme ce revenu a déjà été inclus et imposé une première fois au moment de l'année 1, et que le dividende tiré du surplus imposable est lui aussi imposable, l'absence de cette déduction entraînerait une double imposition économique. Cela étant dit, les conséquences fiscales de Canco pour l'année 2 sont les suivantes :

¹⁷⁰ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2013-0480321C6, précité, note 140; 2017-0693381C6, précité, note 41.

¹⁷¹ Al. 113(1)c) L.I.R.

¹⁷² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétations techniques 2013-0480321C6, précité, note 140; 9 703 535, « Foreign Affiliates – Dividend Deduction », 10 mars 1998.

¹⁷³ Par. 91(5) L.I.R.

Étape 1 : Conversion du revenu généré par Canco en devise canadienne¹⁷⁴

Dividende versé par USLLC :	700 000 USD
(×) Taux de conversion utilisé ¹⁷⁵ :	1,35
Revenu total généré par Canco en CAD :	945 000 CAD

Étape 2 : Inclusion du dividende dans le revenu de Canco¹⁷⁶

Revenu de Canco :	945 000 CAD
Déduction relativement à l'IEA ¹⁷⁷ :	(0 CAD)
Déduction relativement à l'inclusion du RÉATB déjà imposé ¹⁷⁸ :	(945 000 CAD)
Revenu imposable de Canco :	0 CAD

Étape 3 : Imposition de Canco par le Canada

Revenu imposable de Canco :	0 CAD
(×) Taux d'imposition du Canada sur le revenu de USLLC :	50,17 % ¹⁷⁹
Impôt total de Canco payable au Canada :	<u>0 CAD</u>
Impôt total de Canco pour l'année 2 :	0 CAD

Malgré la disponibilité de certaines déductions, la structure impliquant USLLC fiscalement transparente demeure peu efficace sur le plan fiscal, puisque le taux d'imposition global de Canco dépasse 80 %. Ce déséquilibre met en évidence la nécessité de reconsidérer l'utilisation d'une entité transparente dans une stratégie d'investissement transfrontalier.

3.4 LES SOLUTIONS ENVISAGEABLES POUR ATTÉNUER LA DOUBLE IMPOSITION

Le désalignement entre le régime fiscal canadien et celui des États-Unis peut entraîner une double imposition économique substantielle, comme démontré ci-dessus. Face à cette asymétrie, quelques options peuvent être envisagées afin d'atténuer la charge fiscale du contribuable canadien.

¹⁷⁴ Al. 95(2)f), 95(2)f.14) et 95(2)f.15) L.I.R.

¹⁷⁵ *Supra*, note 145.

¹⁷⁶ Par. 90(1) L.I.R.

¹⁷⁷ Al. 113(1)c) L.I.R. : Déduction de tout impôt retenu à la source lors du versement de la partie du dividende provenant du surplus imposable × le FFA = 0 CAD × 1,9 = 0 CAD.

¹⁷⁸ Par. 91(5) L.I.R.

¹⁷⁹ *Supra*, note 152.

Choix « *check-the-box* » aux fins américaines

La solution la plus couramment utilisée consiste à éliminer la transparence américaine en effectuant un choix dit « *check-the-box* » auprès des autorités fiscales américaines, et ce, pour que la LLC soit considérée comme une entité imposable distincte plutôt que comme une entité transparente et ignorée¹⁸⁰. En procédant à ce choix dit « *check-the-box* », la société devient une entité imposée de manière autonome aux États-Unis, éliminant ainsi la divergence de qualification. Du point de vue canadien, cette transformation a pour effet de rendre la LLC résidente des États-Unis au sens de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*¹⁸¹, puisqu'on peut désormais présumer qu'elle est soumise à l'impôt américain dans une situation comparable à celle présentée dans le cas étudié¹⁸². Ainsi, en vertu du paragraphe 91(4) L.I.R., les impôts américains acquittés par USLLC à l'égard du RÉATB ouvrent droit à une déduction partielle au Canada¹⁸³, réduisant d'autant le montant de l'inclusion du RÉATB dans le revenu de la société canadienne¹⁸⁴. En l'espèce, les charges fiscales de Canco pour l'année 1 se présentent comme suit :

¹⁸⁰ S.-al. 301.7701-3(c)(1)(iii) I.R.C.

¹⁸¹ Art. IV, par. 3a) de la Convention CAN-ÉUA.

¹⁸² AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2017-0693381C6, précité, note 41.

¹⁸³ Par. 91(4) L.I.R.

¹⁸⁴ Par. 91(1) L.I.R.

Étape 1 : Imposition de USLLC par les États-Unis

Revenu généré par la société USLLC :	1 000 000 USD
(×) Taux d'imposition des États-Unis sur le revenu de USLLC ¹⁸⁵ :	26 %
Impôt total de USLLC payable aux États-Unis :	260 000 USD

Étape 2 : Conversion de l'impôt payable aux États-Unis en devise canadienne¹⁸⁶

Impôt total de USLLC payable aux États-Unis :	260 000 USD
(×) Taux de conversion utilisé ¹⁸⁷ :	1,35
Impôt total de USLLC payable aux États-Unis en CAD :	<u>351 000 CAD</u>

Étape 3 : Conversion du revenu généré par USLLC aux États-Unis en devise canadienne¹⁸⁸

RÉATB généré par USLLC :	1 000 000 USD
(×) Taux de conversion utilisé ¹⁸⁹ :	1,35
RÉATB total généré par USLLC en CAD :	1 350 000 CAD

Étape 4 : Inclusion du RÉATB généré par USLLC dans le revenu de Canco¹⁹⁰

RÉATB généré par USLLC :	1 350 000 CAD
Déduction relativement à l'IEA ¹⁹¹ :	(666 900 CAD)
Revenu imposable de Canco ¹⁹² :	683 100 CAD

Étape 5 : Imposition de Canco par le Canada

Revenu imposable de Canco :	683 100 CAD
(×) Taux d'imposition du Canada sur le revenu de USLLC ¹⁹³ :	50,17 % ¹⁹⁴
Impôt total de Canco payable au Canada :	<u>342 711 CAD</u>

Impôt total de Canco et de USLLC pour l'année 1¹⁹⁵ : 693 711 CAD

Cette étape illustre clairement l'importance de la déduction du paragraphe 91(4) L.I.R. dans le calcul du fardeau fiscal global de Canco. Grâce à cette déduction, la charge fiscale totale de Canco s'établit

¹⁸⁵ § 11(b) I.R.C. Aux États-Unis, le taux d'imposition fédéral des sociétés est fixé à 21 %. Lorsqu'on y ajoute l'impôt sur le revenu applicable au niveau des États, le taux combiné atteint généralement autour de 26 %; C. A. BRADLEY et S. RAO, précité, note 132, p. 6; T. BARRETT et K. DUXBURY, précité, note 86, p. 35:42.

à environ **51 %**, un taux qui, bien que toujours élevé, demeure considérablement plus raisonnable que celui qui résulterait d'une absence de mécanisme d'allègement.

Lorsqu'une SÉAC déclare un dividende à son actionnaire canadien qui est une société, ce dernier peut bénéficier d'une déduction lorsque le dividende est versé à même le surplus imposable et une déduction supplémentaire équivalente au revenu net du RÉATB qui avait été inclus antérieurement dans son revenu imposable et qui ne pouvait être déduit¹⁹⁶. De plus, un autre élément à analyser dans une telle circonstance est l'application d'une convention fiscale. En l'espèce, au moment du versement du dividende, une retenue à la source sera également applicable au taux de 5 %¹⁹⁷. Les charges fiscales de Canco pour l'année 2 se présentent comme suit. Étant donné que l'étape 1 demeure identique, l'analyse reprend à compter de l'étape 2 :

¹⁸⁶ AL. 95(2)f), 95(2)f.14) et 95(2)f.15) L.I.R.

¹⁸⁷ *Supra*, note 145.

¹⁸⁸ AL. 95(2)f), 95(2)f.14) et 95(2)f.15) L.I.R.

¹⁸⁹ *Supra*, note 145.

¹⁹⁰ Par. 91(1) L.I.R.

¹⁹¹ Par. 91(4) L.I.R.; Impôt étranger payé × FFA : 351 000 CAD × 1,9 = 666 900 CAD.

¹⁹² Le PBR de la participation de Canco dans USLLC augmentera du même montant, et ce, en vertu de l'alinéa 92(1)a) et du sous-alinéa 92(1)b)(i) L.I.R.

¹⁹³ A. MORREALE et A. SOMERVILLE, précité, note 40, p. 16.

¹⁹⁴ *Supra*, note 152.

¹⁹⁵ 351 000 CAD + 342 711 CAD = 696 237 CAD.

¹⁹⁶ Par. 91(5) L.I.R.

¹⁹⁷ Art. X de la Convention CAN-ÉUA.

Étape 2 : Inclusion du dividende dans le revenu de Canco¹⁹⁸

Revenu de Canco : 945 000 CAD

(-) Déduction al. 113(1)b) L.I.R.¹⁹⁹, soit le moindre de :

i) montant intrinsèque d'impôt étranger²⁰⁰ × (FFA / 1)²⁰¹; (315 900 CAD)

ii) portion provenant du surplus imposable²⁰².

(-) Déduction relativement à l'inclusion du RÉATB (629 100 CAD) déjà imposé²⁰³ :

(-) Déduction al. 113(1)c) L.I.R., soit le moindre de : S. O.

i) l'impôt ne provenant pas d'une entreprise × 1,9²⁰⁴;

ii) l'excédent de la partie du dividende qui est réputée avoir été versée à même le surplus imposable sur le montant déduit à l'alinéa 113(1)b) L.I.R.²⁰⁵

Inclusion nette du dividende : 0 CAD

Étape 3 : Imposition de Canco par le Canada

Revenu imposable de Canco : 0 CAD

(×) Taux d'imposition du Canada sur le revenu de USLLC : 50,17 %²⁰⁶

Impôt total de Canco payable au Canada : 0 CAD

Impôt total de Canco pour l'année 2 : 0 CAD

Cette étape met en évidence à quel point l'accès à l'ensemble des déductions peut réduire le fardeau fiscal d'une société canadienne de façon importante. Lorsque ces mécanismes s'appliquent

¹⁹⁸ Par. 90(1) L.I.R.

¹⁹⁹ Al. 113(1)b) L.I.R.

²⁰⁰ Art. 5900 à 5909 R.I.R. Il s'agit en résumé de l'impôt étranger payé.

²⁰¹ 351 000 CAD × (1,9-1) = 315 900 CAD.

²⁰² 945 000 CAD.

²⁰³ Par. 91(5) L.I.R. Le PBR des actions de Canco dans USLLC serait réduit du même montant.

conjointement, la charge fiscale effective se rapproche d'un taux d'imposition normal, reflétant une véritable intégration entre les régimes canadien et américain. En permettant la reconnaissance des impôts étrangers et la déduction des montants déjà imposés à l'étranger, le système assure une neutralité fiscale internationale et prévient la double imposition économique. Ainsi, le taux global d'environ 51 % observé dans ce scénario traduit un équilibre cohérent entre les deux juridictions, démontrant l'efficacité des déductions prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu* lorsque la structure de société est optimisée.

Société étrangère affiliée (SÉA) intermédiaire

Une autre option intéressante consiste à interposer une société américaine non transparente intermédiaire entre la société canadienne et la LLC (USCO), plutôt que d'investir directement dans une LLC. Cette société américaine agit comme une SÉAC du contribuable canadien. En sa qualité de contribuable américain, c'est USCO qui assume la responsabilité du paiement de l'impôt aux États-Unis, ce qui permet d'éviter toute discordance transfrontalière entre le revenu sous-jacent et l'impôt correspondant. Lorsque la LLC ne constitue pas elle-même une SÉAC du contribuable, USCO ne reconnaît aucun revenu au Canada tant qu'aucun dividende n'a été distribué par la LLC.

Comme il a été expliqué précédemment, les dividendes versés constituent alors du RÉATB et doivent être inclus dans le revenu du contribuable canadien au moment de leur versement²⁰⁷. L'ARC reconnaît que les impôts américains payés par USCO peuvent être considérés comme applicables aux dividendes de la LLC²⁰⁸. Ces impôts sont donc considérés comme de l'IEA et donnent droit à une déduction afférente pour le contribuable canadien²⁰⁹. Lorsqu'une LLC tire un revenu passif, les montants distribués à USCO s'ajoutent à son surplus imposable. Le *Règlement de l'impôt sur le revenu* prévoit que les impôts américains payés par USCO relativement au revenu de la LLC sont réputés être des impôts étrangers sous-jacents²¹⁰ de USCO. Ces impôts ouvrent droit à une déduction en vertu de l'alinéa 113(1)b) L.I.R. lorsque USCO verse un dividende à la société canadienne à même son surplus imposable. De plus, toute retenue d'impôt américaine sur ces dividendes est déductible²¹¹, complétant ainsi le mécanisme d'allègement et assurant une neutralité fiscale quasi totale.

Enfin, lorsque la LLC est elle-même une SÉAC du contribuable et qu'elle génère du RÉATB, la société canadienne doit inclure le RÉATB lui étant attribuable dans son revenu de l'année²¹². Dans ce scénario, les impôts américains payés par USCO sont imposés sur le même revenu que celui donnant lieu à l'inclusion au Canada. Par conséquent, ils sont réputés être directement applicables au montant de

²⁰⁴ $(5 \% \times 945\,000 \text{ CAD}) \times 1,9 = 47\,250 \text{ CAD}$

²⁰⁵ $945\,000 \text{ CAD} - 315\,900 \text{ CAD} = 629\,100 \text{ CAD}$

²⁰⁶ *Supra*, note 152.

²⁰⁷ Par. 90(1) L.I.R.

²⁰⁸ AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2003-003729117, « US LLC and Regulation 5907(1.3)-91(4), 95(1) foreign accrual tax », 8 avril 2004; Manjit SINGH et Andrew SPIRO, « The Canadian Treatment of Foreign Taxes », dans *2014 Conference Report*, Toronto, Fondation canadienne de fiscalité, 2014, p. 19.

²⁰⁹ Par. 91(4) L.I.R.

²¹⁰ Par. 5907(1 092) R.I.R.

²¹¹ Al. 113(1)c) L.I.R.

²¹² Par. 91(1) L.I.R.

RÉATB et être de l'IEA²¹³. La société canadienne peut alors réclamer une déduction²¹⁴, évitant toute double imposition effective sur le même flux de revenu²¹⁵. De plus, les avantages de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune* peuvent être accordés à l'égard de montants tirés par une personne résidente des États-Unis par l'intermédiaire d'une LLC fiscalement transparente, si le traitement fiscal américain de ces montants équivaut à celui qui aurait été appliqué si la personne les avait perçus directement²¹⁶.

En somme, l'interposition d'une société américaine non transparente constitue une stratégie de planification fiscale efficace, puisqu'elle favorise une intégration harmonieuse entre le régime fiscal canadien et le régime fiscal américain.

²¹³ Par. 95(1) « impôt étranger accumulé » a)(ii) L.I.R.

²¹⁴ Par. 91(4) L.I.R.

²¹⁵ Charles C. GAGNON, « Aspects fiscaux des transactions transfrontalières d'acquisition et de vente d'entreprises », (1997), vol. 19, n° 3 *Revue de planification fiscale et financière* 611-654, p. 613.

²¹⁶ Par. 4(6) de la Convention CAN-ÉUA; AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2017-0724081C6, « ULC-LLC structures & Treaty », 21 novembre 2017; Jack BERNSTEIN, « Les SRL et le protocole Canada/ÉU », dans *Faits saillants en fiscalité canadienne*, Fondation canadienne de fiscalité, juin 2009, p. 1.

CONCLUSION

L'analyse menée dans le cadre du présent texte met en lumière les conséquences fiscales potentielles qui découlent de la détention d'une LLC américaine par une société résidente du Canada en l'absence d'une structure de sociétés efficiente. Cette étude de cas illustre notamment les défis posés par les divergences quant à la qualification de la nature juridique d'une LLC entre les régimes fiscaux nationaux et quant à la détermination de la résidence fiscale d'une société. En effet, lorsque la LLC est fiscalement transparente aux États-Unis, elle est ignorée aux fins fiscales comme entité imposable et ses revenus sont directement attribués à ses membres. En revanche, le Canada, suivant une approche fondée sur la personnalité juridique, considère la LLC comme une société distincte, ce qui peut entraîner l'application du régime des SÉA et, le cas échéant, du RÉATB. Cette divergence de traitement, fondée sur des principes juridiques et fiscaux distincts, peut entraîner des conséquences fiscales importantes au contribuable canadien. En effet, elle peut entraîner une double imposition économique significative, comme nous l'avons montré. En l'espèce, les revenus passifs générés par USLLC sont imposés aux États-Unis entre les mains de Canco, puis inclus dans son revenu imposable en vertu du régime du RÉATB, sans possibilité de réclamer une déduction pour l'IEA, et ce, puisque l'impôt n'est pas payé par USLLC elle-même. De plus, USLLC ne peut pas bénéficier des avantages de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, faute d'être elle-même assujettie à l'impôt américain. Ce traitement asymétrique prive le contribuable canadien des mécanismes d'allègement fiscal, imposant un lourd fardeau fiscal sur ce dernier.

L'étude de cas révèle que, dans un scénario sans planification fiscale adéquate, le taux d'imposition combiné peut atteindre une charge fiscale largement supérieure à celle normalement applicable au Canada ou aux États-Unis. Ce résultat met en évidence l'importance cruciale d'une structuration fiscale rigoureuse dans les opérations internationales. Pour régler ce problème, le présent texte propose deux stratégies de planification fiscale efficaces : i) le choix « *check-the-box* » ; et ii) l'interposition d'une société étrangère intermédiaire. Ces solutions démontrent que la planification fiscale internationale exige une compréhension fine des règles nationales, des conventions fiscales, des positions administratives et des implications économiques. Le fiscaliste responsable de la mise en place de la structure de sociétés transfrontalières doit non seulement maîtriser les outils juridiques, mais aussi anticiper les zones de friction entre les régimes sur le plan international, et ce, afin de limiter les effets financiers sur le contribuable.

La position rigide de l'ARC, qui refuse de reconnaître une LLC fiscalement transparente comme un résident des États-Unis au sens de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, soulève des questions quant à la cohérence du régime et quant à sa capacité à s'adapter aux réalités économiques contemporaines. Bien que certaines décisions jurisprudentielles laissent entrevoir une ouverture, cette orientation demeure incertaine. Dans la mesure où une évolution législative vers une approche plus flexible à l'égard des entités hybrides s'inspirerait des pratiques internationales ou des recommandations de l'OCDE en matière de

neutralité fiscale²¹⁷, il serait impératif de reconnaître que le régime canadien repose sur une logique juridique stricte et ferme visant à préserver l'assiette fiscale nationale.

Dans ce contexte, il n'existe pas de solution parfaite. En effet, l'ARC pourrait notamment inclure une reconnaissance conditionnelle des entités transparentes, ainsi qu'une révision des critères d'admissibilité aux déductions pour impôt étranger. En intégrant une logique de substance économique, le régime canadien gagnerait probablement en cohérence et en efficacité, tout en respectant les principes de bonne foi et d'équité fiscale. La complexité des interactions entre les différents régimes fiscaux impose un devoir rigoureux d'analyse et de planification afin de limiter les conséquences fiscales pour le contribuable. Comprendre la position de l'ARC, motivée par la volonté de prévenir le report d'impôt sur les revenus passifs étrangers et de protéger la base imposable canadienne, est essentiel pour naviguer efficacement dans ce cadre. Une planification proactive des structures et des opérations demeure la clé pour atténuer les risques de double imposition économique et assurer la conformité, comme nous l'avons démontré.

En définitive, bien que le régime fiscal canadien présente des limites lorsqu'il est appliqué sans planification adéquate, une approche méthodique permet non seulement de réduire les tensions fiscales, mais aussi d'offrir aux fiscalistes un cadre pertinent pour structurer les investissements transfrontaliers. En mettant en relief les limites du régime canadien, les risques de double imposition et les stratégies de planification disponibles, le présent texte se veut être un outil d'analyse pertinent pour évaluer les structures de sociétés à l'étranger, tout en appelant à une réflexion sur l'adaptation du régime fiscal canadien aux réalités économiques.

²¹⁷ Voir OCDE (2017), *Neutraliser les effets des dispositifs hybrides, Action 2 – Rapport final 2015*.