

**Arbeitsgruppe Unternehmenssteuern
Groupe de travail Fiscalité d'entreprise**

Informations pratiques relatives au traitement fiscal des Limited Liability Companies américaines (USA) en matière d'impôts directs

(approuvées par le Comité de la Conférence suisse des impôts le 6.9.2011)

Dans le cadre de la taxation, on doit régulièrement traiter de cas de personnes physiques ou morales résidant en Suisse, qui détiennent des parts de Limited Liability Companies (LLC) américaines. Aux Etats-Unis, ces sociétés sont souvent traitées fiscalement comme transparentes, c'est-à-dire comme des sociétés de personnes. En Suisse, se pose la question de savoir si les parts sociales d'une LLC doivent être traitées fiscalement comme des parts sociales d'une Sarl suisse ou comme une participation à une société de personnes.

Réserve: les présentes informations pratiques ne s'appliquent qu'aux formes juridiques (droit civil) reconnues sur le plan fiscal également (s'agissant des conditions pour la levée du voile corporatif [Durchgriff], v. arrêt du Tribunal fédéral 2P.92/2005 du 30.1.2006, consid. 7.2 et références).

1. Examen sur la base du droit interne

En droit interne, deux questions se posent avant tout :

- Au niveau de l'impôt sur le revenu : l'associé résident en Suisse réalise-t-il sur sa participation à la LLC un rendement de la fortune au sens de l'art. 20 LIFD ou un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante (revenus provenant d'une société de personnes) au sens de l'art. 18 LIFD ?
- Au niveau de l'impôt sur le bénéfice : une société de capitaux ou une société coopérative établie en Suisse, qui détient des parts sociales d'une LLC, réalise-t-elle un rendement de participations au sens de l'art. 69 LIFD ou faut-il traiter sa part de la LLC comme une participation à une société de personnes ?

Selon l'art. 20 al. 1 lettre c LIFD, sont imposables comme rendement de la fortune les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et tous autres avantages appréciables en argent provenant de participations de tout genre. L'art. 20 al. 1^{bis} LIFD prévoit une imposition partielle à hauteur de 60% pour les dividendes, les parts de bénéfice, les excédents de liquidation et les avantages appréciables en argent provenant d'actions, de parts à des sociétés à responsabilité limitée, de parts à des sociétés coopératives et de bons de participation lorsque ces droits de participation équivalent à 10 % au moins du capital-actions ou du capital social d'une société de capitaux ou d'une société coopérative. Pour savoir s'il s'agit d'une participation étrangère respectivement d'un droit de participation étranger au sens de l'art. 20 al. 1 lettre c LIFD, respectivement de l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD, on peut se fonder *mutatis mutandis* sur l'art. 49 al. 3 LIFD. Selon cette disposition, les personnes morales étrangères sont assimilées aux personnes morales suisses dont elles se rapprochent le plus par leur forme juridique ou leur structure effective.

Il faut également se fonder *mutatis mutandis* sur l'art. 49 al. 3 LIFD pour décider s'il s'agit d'une participation au sens de l'art. 69 LIFD (circulaire AFC no 27, chiffre 2.3.2). En ce qui concerne la réduction pour participations, la LLC doit donc également être assimilée à la personne morale suisse dont elle se rapproche le plus par sa forme juridique ou sa structure effective.

En revanche, le traitement fiscal de la LLC par l'Etat où elle a son siège ne peut pas être le seul critère décisif (v. autre avis, Greter [Der Beteiligungsabzug im harmonisierten Gewinnsteuerrecht, p. 96]; il fonde son opinion sur le fait que l'imposition économique ne sera multiple que si l'entité juridique étrangère est imposée par l'Etat où elle a son siège comme une personne morale, auquel cas l'admission de la réduction pour participations serait justifiée. Tel n'est précisément pas le cas : si les associés sont imposés sur les revenus de la LLC par l'Etat où elle a son siège et qu'ils sont à nouveau imposés dans l'Etat où ils résident, il y a imposition économique multiple d'un même substrat fiscal, ce qui justifie sur un plan matériel l'admission de la réduction pour participations pour la personne morale, respectivement l'imposition partielle pour la personne physique). En outre, seule l'application *mutatis mutandis* de l'art. 49 al. 3 LIFD aux associés conduit à une imposition cohérente lorsque la LLC est elle aussi imposée en Suisse, de manière illimitée (en cas d'administration effective), ou limitée (établissement stable ou immeuble).

Comme son nom l'indique, la LLC est une société à responsabilité limitée (Sàrl), ce qui conduit à une comparaison avec cette forme de société. La comparaison est cependant difficile, étant donné que le droit des sociétés aux Etats-Unis est réglé par les Etats fédérés et que la plupart des dispositions légales sont de nature supplétive, ce qui signifie en pratique que les LLC peuvent être constituées de manière fort différente. On peut néanmoins retenir les caractéristiques communes suivantes :

- Comme la Sàrl du droit suisse, la LLC est composée de règles se rattachant aux sociétés de personnes et d'autres aux sociétés de capitaux. Comme pour la Sàrl, la LLC se situe entre la société de capitaux pure et la société de personnes pure.
- Comme pour la Sàrl, la responsabilité de la LLC se limite en principe à sa fortune. Quant à la fortune des associés (appelés souvent „members“ de la LLC), elle est en général soustraite à la poursuite des créanciers de la société. Les créanciers ne peuvent s'en prendre qu'aux apports souscrits, qui ne sont pas encore libérés (cf. par exemple Section 403.b du Revised Uniform Limited Liability Company Act [loi-modèle pour les Etats fédérés pour la réglementation de la LLC], qui peut être consultée à l'adresse www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ulca/2006act_final.htm); à cet égard aussi, il y a similitude avec la Sàrl, la responsabilité des associés étant en principe limitée au capital social non libéré (cf. art. 793-795d CO).
- Comme la Sàrl (cf. art. 779 CO), la LLC a la personnalité juridique (v. p. ex. § 18-201 b du Delaware Limited Liability Company Act, <http://delcode.delaware.gov/title6/c018/index.shtml> : “A limited liability company formed under this chapter shall be a separate legal entity, the existence of which as a separate legal entity shall continue until cancellation of the limited liability company's certificate of formation”).
- Comme la Sàrl, la LLC est conçue avant tout pour des relations de taille plus modeste, dans lesquelles une combinaison entre responsabilité limitée et participation personnelle et activité des associés est recherchée.

- Comme la Sàrl, qui n'acquiert la personnalité juridique qu'avec l'inscription au Registre du commerce (art. 779 CO), la LLC n'est pas considérée comme fondée par la conclusion du contrat entre associés, mais seulement une fois l'acte de fondation (certificate of formation) déposé auprès de l'Office du Secretary of State (p. ex. § 18-201 a et b du Delaware Limited Liability Company Act).
- Comme pour la Sàrl, la cession des parts sociales obéit à certaines conditions (cf. art. 786 CO: approbation de l'assemblée des associés et art. 785 CO : forme écrite; § 18-704 du Delaware Limited Liability Act : cession selon le LLC Agreement ou à défaut de disposition dans l'Agreement en cas d'approbation par tous les members; en revanche, les droits patrimoniaux peuvent dans la plupart des cas être transférés sans restriction).
- Comme pour la Sàrl, la gestion des affaires de la LLC est exercée en commun par les associés, à moins que les statuts ou une décision des associés n'en disposent autrement (cf. art. 809 CO et § 18-402 du Delaware Limited Liability Act).
- Comme pour la Sàrl, la sortie d'un associé ne conduit pas à la dissolution de la LLC (voir par exemple Section 603 du Revised Uniform Limited Liability Company Act).

En définitive, l'énumération précitée mène à la conclusion que la LLC est comparable à une Sàrl suisse. Selon le droit interne, elle devrait être traitée fiscalement comme une Sàrl, même si l'Etat du siège l'impose comme une société de personnes (cf. Oliver Untersander / Marianne Nufer, Aktuelle Probleme der Besteuerung von Aktiengesellschaft und Aktionär, séminaire IFF 2011, solution du cas 4a, p. 22f.). En théorie, il est certes possible qu'une LLC américaine soit dans un cas d'espèce conçue de telle manière qu'elle soit plus proche d'une société de personnes que d'une Sàrl. Le fardeau de la preuve d'une telle situation, qui se traduirait le plus souvent par une diminution de la charge fiscale, incomberait alors au contribuable. En général, les éléments analogues à ceux de la Sàrl, en particulier la personnalité juridique et la responsabilité limitée, auront plus de poids que ceux analogues à la société de personnes. Cela signifie que les cas dans lesquels une LLC devra être traitée comme une société de personnes sont pratiquement inexistantes.

Par conséquent, selon le droit interne, le traitement fiscal de la LLC est le suivant :

- **Impôt sur la fortune:** les parts sociales de la LLC, détenues par une personne physique résident en Suisse, sont soumises à leur valeur vénale à l'impôt sur la fortune.
- **Impôt sur le revenu:** les versements de la LLC constituent du rendement de la fortune au sens de l'art. 20 LIFD. Si la personne résident en Suisse détient une participation de plus de 10% à la LLC, l'imposition partielle selon art 20 al. 1^{bis} LIFD est applicable. Les bénéfices et les pertes de la LLC elle-même sont sans incidence fiscale sur l'associé en Suisse (parts de la LLC détenues dans la fortune privée).
- **Impôt sur le bénéfice:**
 - o La LLC elle-même peut être assujettie à l'impôt sur le bénéfice en Suisse (si elle a son administration effective, un établissement stable ou un immeuble en Suisse).
 - o Les parts sociales, détenues par une société de capitaux ou une société coopérative établie en Suisse, sont considérées comme des participations au sens de l'art. 69 LIFD.

2. Restrictions sur la base de la convention de double imposition avec les Etats-Unis

Dans un deuxième temps, il convient d'examiner dans quelle mesure l'imposition selon le droit interne est limitée par la CDI-USA.

2.1 Impôt sur la fortune

En matière d'impôt sur la fortune, aucune restriction ne résulte de la CDI-USA, puisque celle-ci ne s'applique qu'aux impôts sur le revenu et le bénéfice.

2.2 Impôt sur le revenu

En matière d'impôt sur le revenu, il faut examiner si une disposition de la CDI fait obstacle à l'imposition selon le droit interne. En effet, l'art. 23 al. 1 lettre a CDI-USA prévoit que la Suisse doit exempter les revenus d'une personne résident en Suisse, si la convention prévoit leur imposition aux Etats-Unis.

Comme les versements de la LLC constituent du rendement de la fortune selon le droit interne, il convient d'examiner en premier lieu si la disposition sur les dividendes (art. 10) de la CDI-USA est applicable. A ce sujet, il faut tenir compte du fait que l'art. 10 al. 4 CDI-USA contient une définition spécifique de la notion de dividendes. Selon cette disposition, ce sont les revenus provenant d'actions ou autres parts bénéficiaires à l'exception des créances, ainsi que les revenus d'autres parts sociales soumis au même régime fiscal que les revenus d'actions par la législation de l'Etat d'où proviennent ces revenus.

Les parts sociales de la LLC ne sont pas des actions („shares“). Il ne s'agit donc de dividendes qui si les distributions de bénéfice de la LLC sont traitées fiscalement aux Etats-Unis comme des revenus d'actions. Ce n'est le cas que lorsque la LLC est considérée aux Etats-Unis comme un sujet fiscal en tant que telle, à savoir qu'elle n'est pas imposée comme une société de personnes. Dans cette hypothèse, l'art. 10 CDI-USA est applicable et les distributions peuvent être imposées en Suisse sur la base de l'art. 10 al. 1 CDI-USA (avec imputation forfaitaire de l'impôt à la source prélevé aux Etats-Unis selon art. 10 al. 2 CDI-USA).

Si, en revanche, la LLC est considérée sur le plan fiscal aux Etats-Unis comme une société de personnes, l'art. 10 CDI-USA ne s'applique pas. Conformément à la CDI-USA, les distributions ne seront pas des revenus de dividendes (dans ce sens également Untersander / Nufer, loc. cit., p. 24).

Selon art. 7 al. 1 CDI-USA, les bénéfices d'une *entreprise d'un Etat contractant* ne sont imposables que dans cet Etat, à moins que l'entreprise n'exerce son activité dans l'autre Etat contractant par l'intermédiaire d'un établissement stable qui y est situé.

Selon l'art. 3 al. 1 lettre c CDI-USA, le terme « entreprise d'un Etat contractant » signifie une entreprise qui est exploitée par un *résident d'un Etat contractant*.

Selon l'art. 4 al. 1 lettre a CDI-USA le terme «résident d'un Etat contractant» désigne toute personne qui, en vertu de la législation de cet Etat, est assujettie à l'impôt dans cet Etat, en raison de son domicile, de sa résidence, de sa nationalité, de son siège de direction, de son lieu d'enregistrement ou de tout autre critère de nature analogue. La LLC, fiscalement transparente, n'est ainsi pas une personne résident aux Etats-Unis, puisqu'elle n'est pas assujettie à l'impôt.

Par conséquent, elle ne peut pas non plus être considérée comme une entreprise d'un Etat contractant au sens de l'art. 3 al. 1 lettre c et de l'art. 7 al. 1 CDI-USA.

Les LLC étant traitées fiscalement comme transparentes aux Etats-Unis, il faut plutôt considérer que l'exploitation de la LLC est assurée par les associés et non par la LLC elle-même. Si les associés ne sont pas tous dans le même Etat contractant (par exemple, 60% des parts sont détenues par des personnes qui résident aux Etats-Unis, 40% par des personnes qui résident en Suisse), il s'agit – puisque l'exploitation est assurée par les associés - d'une entreprise relevant en partie des Etats-Unis, en tant qu'Etat contractant, et en partie de la Suisse, autre Etat contractant (dans cet exemple, à raison de 60% pour les Etats-Unis et à raison de 40% pour la Suisse). Si cette répartition proportionnelle était refusée aux associés de la LLC, on arriverait à un résultat ne correspondant guère au but de la CDI : quand bien même la LLC aurait son siège et, le cas échéant, exercerait son activité commerciale aux Etats-Unis, et que certains de ses associés résideraient dans l'Etat contractant Suisse et d'autres dans l'Etat contractant Etats-Unis, l'exploitation de la LLC ne constituerait pas une entreprise d'un Etat contractant au sens de la CDI-USA. Partant, l'exploitation de la LLC ne serait pas soumise à la CDI-USA.

En raison du traitement fiscal transparent de la LLC, qui doit être pris en compte aussi à la lumière de la CDI-USA, l'art. 7 al. 1 CDI-USA est ainsi applicable indirectement, par le biais des associés, à l'exploitation de la LLC. A hauteur des parts de la LLC détenues par les associés résident en Suisse, il s'agit d'une entreprise de l'Etat contractant Suisse, ce qui signifie que la part proportionnelle du bénéfice de la LLC est en principe imposable en Suisse (à noter cependant qu'en raison de la qualification en droit interne, il ne s'agira pas d'un revenu provenant d'une activité lucrative indépendante, mais – après distribution du bénéfice aux associés – d'un rendement de la fortune). Si la LLC dispose d'un établissement stable aux Etats-Unis, la part du bénéfice qui lui est attribuée, respectivement qui lui revient, est imposable aux Etats-Unis et exonérée en Suisse selon art. 7 al. 1 CDI-USA. Comme l'existence d'un établissement stable aux Etats-Unis diminue en principe la charge fiscale, la preuve en incombe à l'associé, qui doit également apporter la preuve du montant du bénéfice à attribuer à l'établissement stable.

Si la LLC ne dispose d'aucun établissement stable, on en reste à l'imposition proportionnellement aux parts en Suisse. Le résultat est le même si la LLC n'exploite pas d'entreprise et qu'elle ne déploie, à titre d'exemple, qu'une activité de gestion de fortune. Dans ce cas, l'art. 7 CDI-USA n'est pas applicable, faute d'entreprise. Le droit d'imposition de la Suisse résulte dans ce cas de l'art. 21 al. 1 CDI-USA (cf. aussi Untersander / Nufer, loc. cit., p. 24s.).

Cette appréciation est en accord avec le traitement fiscal de la LLC par la section remboursement de l'impôt anticipé de l'AFC. De l'avis de l'AFC également, la LLC traitée fiscalement comme transparente en droit américain n'est pas assimilable à un résident aux Etats-Unis au sens de l'art. 4 al. 1 lettre a CDI-USA. Par conséquent, pour le remboursement de l'impôt anticipé, l'AFC considère la LLC comme fiscalement transparente. La LLC en tant que telle ne peut donc pas solliciter le remboursement de l'impôt anticipé selon art. 10 al. 2 CDI-USA; seuls les associés peuvent le faire pour leurs propres parts (Andreas Kolb, Abkommensberechtigung ausländischer Personengesellschaften und anderer Unternehmensstrukturen, FStR 2006, 137, 145f.).

Cette appréciation est aussi conforme à l'opinion de Tischbirek dans le commentaire sur les conventions de double imposition de Vogel / Lehner (Art. 10 N 190) et à un arrêt du Finanzgericht Baden-Württemberg (4 K 59/06 vom 17.3.2008; cet arrêt n'a cependant pas été confirmé par le Bundesfinanzhof allemand : cf. arrêt du BFH I R 34/08 du 20.8.2008, selon lequel la LLC est elle-même une „entreprise“ au sens de l'art. 7 al. 1; par conséquent, ce ne serait pas l'art. 7 al. 1, mais l'art. 21 CDI qui s'appliquerait aux revenus de l'associé; du même avis que le BFH, le Ministère des Finances allemand, BMF-Schreiben du 19 mars 2004, intitulé „Steuerliche Einordnung der nach dem Recht der Bundesstaaten der USA gegründeten Limited Liability Company“, chiffre 3b et l'autorité fiscale britannique, HM Revenue and Customs, voir www.hmrc.uk/manuals/dtmanual/DT19853A.htm). Pour la qualification comme société de capitaux d'une S-Corporation, traitée fiscalement comme transparente aux Etats-Unis, cf. l'arrêt de la commission de recours en matière fiscale I du canton de Zurich 1 ST.2006.238 du 29.1.2007; cette décision ne concernait cependant que le salaire de l'actionnaire unique versé par la S-Corporation).

2.3 Impôt sur le bénéfice

En matière d'impôt sur le bénéfice, les distributions de bénéfices de la LLC sont indirectement exemptées d'impôt par le biais de la réduction pour participations. Cela signifie qu'il n'y a en général, d'un point de vue économique, pas de double imposition. Néanmoins, les réflexions ci-dessus relatives à l'impôt sur le revenu (chiffre 2.2) s'appliquent *mutatis mutandis* à l'impôt sur le bénéfice. Par conséquent, les revenus d'une LLC, traitée comme fiscalement transparente par les Etats-Unis, doivent être attribués par le biais d'une répartition internationale aux Etats-Unis, si la société de capitaux ou la société coopérative assujettie à l'impôt apporte la preuve que ces revenus reviennent à l'établissement stable aux Etats-Unis. Par conséquent, la réduction pour participations n'est pas applicable à ces revenus attribués aux Etats-Unis.

3. Conclusions

Aucun arrêt de principe concernant le traitement fiscal de la LLC n'a jusqu'à ce jour été rendu en Suisse. Si l'on suit l'opinion défendue ici, soit l'application de l'art. 7 CDI-USA aux LLC traitées fiscalement comme transparentes par les Etats-Unis, puisqu'au regard de la systématique de la CDI ces LLC doivent être traitées comme des sociétés de personnes, les conclusions sont les suivantes :

- Selon le droit interne, les parts de LLC doivent être traitées de la même manière que les parts de sociétés de capitaux:
 - o En matière d'impôt sur le revenu, les distributions de bénéfices de la LLC doivent être imposées conformément au droit interne comme des revenus provenant de la fortune mobilière. Pour autant qu'il s'agisse de participations qualifiées, l'art. 20 al. 1^{bis} LIFD est applicable. Les pertes de la LLC ne peuvent pas être déduites en Suisse (selon le droit interne, il s'agit de pertes privées en capital sur une participation).
 - o En matière d'impôt sur le bénéfice, l'art. 69 LIFD est applicable aux parts de LLC.

- Concernant les LLC traitées comme fiscalement transparentes par les Etats-Unis, la réserve suivante découle de la CDI-USA en matière d'impôt sur le revenu et sur le bénéfice : le bénéfice de la LLC est attribué aux associés en fonction des parts. Dans la mesure où la distribution de bénéfices de la LLC porte sur des bénéfices attribués à un établissement stable aux Etats-Unis, cette distribution est attribuée fiscalement aux Etats-Unis au moyen d'une répartition internationale. Comme cette attribution de bénéfices de la LLC à un établissement stable aux Etats-Unis diminue la charge fiscale en Suisse, il incombe à l'associé d'en apporter la preuve.
- En revanche, l'art. 10 CDI-USA n'est pas applicable à des distributions de bénéfices de LLC traitées comme fiscalement transparentes par les Etats-Unis, comme il ne s'agit pas de dividendes au sens de l'art. 10 CDI-USA.
- Pour la fortune, il n'y pas lieu de procéder à une répartition, faute de disposition dans la CDI.
- La LLC elle-même est imposée comme une Sàrl en Suisse, si elle a son administration effective, un établissement stable ou un immeuble en Suisse.