

EYB2014REP1557

Repères, Août 2014

Marc-Antoine DESCHAMPS*

Chronique – Les bonis, les dividendes et l'impôt dans une entreprise familiale

Indexation

Fiscal ; revenu d'une charge ou d'un emploi ; corporations ; dividendes ; revenu ou perte provenant d'une entreprise ou d'un bien ; inclusions spécifiques ; dividendes en action

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I– LES SALAIRES ET BONIS « FAMILIAUX »

II– LES DIVIDENDES AUX MEMBRES DE LA FAMILLE

- A. Les actions à dividendes discrétionnaires
- B. La renonciation aux dividendes
- C. Les dividendes en actions
- D. Les dividendes et l'article 160 LIR

CONCLUSION

Résumé

L'auteur explique, analyse les méthodes de rémunération et de versement de sommes à des membres d'une famille sous forme de boni, de salaires ou de dividendes et certains écueils fiscaux pouvant se présenter.

INTRODUCTION

Les entreprises dites « familiales » occupent une place prépondérante dans l'économie canadienne. Selon certaines études¹, de 75 à 90 % des entreprises canadiennes constitueraient des entreprises de

* M^c Marc-Antoine Deschamps, associé chez Morency, Société d'avocats, sencl, concentre sa pratique en droit fiscal, civil et commercial.

¹ Tammi S. FELTHAM, Glenn FELTHAM et James J. BARNETT, « Are Canadian Family Businesses Ready for Succession? », (2001) 2(4) *Isuma: Canadian Journal of Policy Research* 116-22 ; Glenn FELTHAM, Tammy FELTHAM et Robert MATHIEU, « The Use of Estate Freezes by Family-Owned Businesses », (2003) 51(4) *Canadian Tax Journal* 1520-1541 ; Eleni T. STAVROU et Paul Michael SWIERCZ, « Securing the Future of the Family Enterprise: A Model of Offspring Intentions To Join the Business », (1998) 23(2) *Entrepreneurship Theory and Practice* 19-39 ; Grant THORNTON, « Succession Planning for Family-Owned Businesses – Making the Tough Calls », *Catalyst*, septembre 1993, citées dans G. FELTHAM, T.S. FELTHAM et R. MATHIEU, « The Use of Estate Freezes by Family-Owned Businesses », (2003) 51(4) *Canadian Tax Journal* 1520-1541, notes 2 et 4.

type « familial ». Celles-ci se présentent sous la forme de micro-entreprises jusqu'aux grands conglomérats familiaux bien connus.

Les présentes réflexions visent à discuter de certains écueils et difficultés à l'égard de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada)² et aiguiller les praticiens du droit familial dans le but de relever des situations potentiellement problématiques pour leurs clients, notamment pour le versement des sommes provenant des sociétés familiales.

Les réflexions touchent principalement des sociétés privées résidant au Canada et qui ne sont pas cotées sur une bourse de valeurs ou une autre société « publique ». En somme, des sociétés dont les actions sont détenues par des particuliers et leur famille immédiate ou proche.

Les points abordés toucheront deux axes et les choix offerts à la famille :

1. le versement de salaires et bonis à la famille ; et
2. les dividendes aux membres de la famille.

Le texte tentera de soulever les principaux points généraux à prendre en compte lors de ces choix.

I– LES SALAIRES ET BONIS « FAMILIAUX »

Un point souvent abordé avec les autorités fiscales réside dans le traitement et le versement de salaires ou de bonis à des membres de la famille par la société. Quelle société ne désire pas remercier généreusement la famille ayant contribué à son succès !

Le versement de la rémunération demeure fréquemment utilisé pour diminuer le revenu imposable de la société admissible à la « déduction aux petites entreprises » (« **DPE** »)³. Ceci permet également de fractionner le revenu familial, mais la dépense doit être engagée ou effectuée dans le but de gagner un revenu d'entreprise ou de bien⁴ par la société. L'on doit être en présence d'un apport véritable et réel du membre de la famille pour éviter les problèmes :

In the context of an owner-managed business it is not uncommon to find family members legitimately employed in the business. However, given the non-arm's-length relationship with relatives, it is imperative that the amount of salary paid be reasonable under the circumstances and for services actually rendered in assisting the business to earn its income. Otherwise, Revenue Canada could deny the deduction as not incurred for the purpose of gaining or producing income from property under paragraph 18(1)(a) or not reasonable in the circumstances under section 67.⁵

Contrairement au dividende qui ne nécessite aucun apport⁶, la réception d'un salaire ou d'un boni

₂ *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (« **LIR** »).

₂ Art. 125(1) LIR : fréquemment désigné comme le taux réduit d'impôt des sociétés et le « plafond du 500 000 \$ ».

₂ Art. 18(1)a) LIR.

₂ Lawrence TELTSCHER, CA, CPA, « Loans to Shareholder-Employees: Salary Versus Dividends », Report of Proceedings of Forty-Eighth Tax Conference, (1996) *Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997), 53:1-74, p. 69.

₂ *Neuman c. Minister of National Revenue*, 98 D.T.C. 6297, , par. 55 et s. Nous reviendrons sur ce point.

sous-entend un certain travail effectué par le membre de la famille⁷.

Lorsque le salaire ou le boni est déraisonnable considérant la prestation sous-jacente, la dépense peut être réduite ou refusée à la société⁸. La jurisprudence abonde de situations où la dépense de salaire ou de boni a été déniée, en totalité ou en partie, considérant la prestation fictive ou très familiale.

Les principes généraux à retenir pour la détermination du caractère raisonnable des salaires ou des bonis aux membres de la famille :

It is not a question of the Minister or this Court substituting its judgment for what is a reasonable amount to pay, but rather a case of the Minister or the Court coming to the conclusion that no reasonable business man would have contracted to pay such an amount having only the business consideration of the appellant in mind [...]⁹

Ce critère fut repris dans une multitude de décisions par la suite¹⁰. Lorsque la société verse des salaires ou des bonis, elle aura intérêt à s'assurer :

1. que le « salaire » ou le « boni » est engagé dans le but de gagner du revenu d'entreprise ou de bien (par exemple du loyer)¹¹ ;
2. que les services ont été réellement et valablement rendus par le membre de la famille¹² ; et
3. que la rémunération payée et réellement versée¹³ aux membres de la famille se mesure similairement à une rémunération qui aurait été versée à des personnes sans lien de dépendance pour des travaux semblables¹⁴.

À la lecture de ces décisions, les balises demeurent floues et quelque peu fluides. L'ARC a publié des lignes directrices¹⁵ afin de permettre aux sociétés une certaine flexibilité et une certitude lorsqu'elles

▬ Art. du *Code civil du Québec*.

▬ Art. 67 LIR, qui énonce que « [d]ans le calcul du revenu, aucune déduction ne peut être faite relativement à une dépense à l'égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où cette dépense était raisonnable dans les circonstances ».

▬ *Gabco Ltd. c. M.R.N.*, 68 D.T.C. 5210 (Cour de l'Éch.).

▬ À titre d'exemple, voir l'affaire *Mépalex c. R.*, 2002 CarswellNat 4727 (C.C.I.) [procédure générale], où la Cour mentionne que des bonis importants à des enfants mineurs furent refusés étant donné que leur travail donnait droit à une rémunération minimale. À l'inverse, dans l'affaire *Ambulances B.G.R. inc. c. R.*, 2004 CarswellNat 1054 (C.C.I.) [procédure générale], des bonis relativement élevés aux enfants majeurs furent acceptés pour reconnaître les apports importants des enfants.

▬ Un « salaire » ou un « boni » au conjoint ou à un enfant pour des travaux effectués sur la résidence personnelle ne répondrait pas à ce critère.

▬ Une simple « entrée comptable » pour du travail non effectué ne satisfait pas cette exigence. Pour une illustration, voir : *Les Entreprises Rejean Goyette inc. c. R.*, 2009 CCI 351 [procédure générale].

▬ Elle doit l'être dans les 180 jours de la fin de l'année fiscale pour que la société conserve sa déduction : art. 78(4) LIR.

▬ À cet égard, un contrat d'emploi écrit détaillant les services à être rendus peut être utile : *Campbell c. R.*, 80 D.T.C. 6239, et *Goyette*, précitée, note 12.

▬ *Nouvelles Techniques* 22, 11 janvier 2002 (archivée).

versent des salaires ou des bonis à des membres de la famille qui sont *actionnaires* et *actifs* dans la gestion de la société pour réduire le revenu de la société soumis à la DPE :

Question 1

À la lumière de ce qui précède, l'ADRC énoncera-t-elle les critères à respecter en ce qui concerne la structure de propriété et de gestion d'une SPCC avant d'appliquer sa politique sur le caractère raisonnable des traitements et des primes ?

Réponse 1

En règle générale, toutes les dépenses sont assujetties à l'article 67. Toutefois, en nous basant sur le cas particulier présenté au cours de la Table ronde de 1981, nous avons affirmé que nous ne remettrions pas en question le caractère raisonnable des traitements ou primes dans le cas d'une SPCC qui verse une prime à un gestionnaire/actionnaire afin de réduire le revenu imposable de la SPCC jusqu'au plafond de la déduction accordée aux petites entreprises. Il importe de souligner qu'en 1981, nous parlions des primes versées au gestionnaire/actionnaire principal. C'était pour nous assurer que les traitements seraient imposés au Canada. Cette position s'applique toujours aujourd'hui.

Question 5

L'ADRC se préoccupe-t-elle du caractère raisonnable des traitements et des primes quand d'autres membres de la famille possèdent des actions de la SPCC, que ce soit directement ou par l'entremise d'une société de portefeuille ou même d'une fiducie ?

Réponse 5

Non. Tant que les bénéficiaires des traitements et des primes sont des gestionnaires/actionnaires actifs qui résident au Canada, nous ne mettrons pas en doute le caractère raisonnable du montant versé.

Afin d'éviter les questionnements, les sociétés de type « familial » doivent conserver à l'esprit que les rémunérations versées à des membres de la famille tombent sous le joug d'une restriction plus élargie que lors de versement à des employés traitant à distance. Une appréciation objective, sans jugement biaisé, de la rémunération pour les services rendus demeure le meilleur guide.

II– LES DIVIDENDES AUX MEMBRES DE LA FAMILLE

La seule mention de la notion de dividendes¹⁶ et l'imbrication des membres de la famille dans son engrenage amènent la majorité des acteurs à situer l'analyse sur le terrain des célèbres actions à « dividendes discrétionnaires »¹⁷.

La discussion en traite, mais nous amènerons le lecteur sur divers autres aspects, notamment sur les renoncements aux dividendes, le dividende en actions et le problème de l'article 160 LIR¹⁸.

⌋ En argent, en bien ou en actions : *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1, art. .

⌋ Nous rassurons le lecteur ! Le présent texte ne commente pas l'évolution jurisprudentielle et doctrinale sur les dividendes discrétionnaires. À cet égard, l'excellent ouvrage : Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Wilson et Lafleur, 2009, p. 19-37 et s. sur cette pratique.

⌋ Plus largement sur l'article 160 LIR : Marc-Antoine DESCHAMPS, *Le transfert de biens entre conjoints, les obligations familiales et le fisc : objectifs asymétriques*, .

À titre préliminaire, soulignons que le droit aux dividendes, qu'il soit discrétionnaire ou non, ne nécessite aucun apport, travail, contribution ou autre de la part de l'actionnaire, membre de la famille : il ne s'agit que d'un fruit civil¹⁹ attaché au capital représenté par la propriété des actions dûment souscrite par le détenteur pour une contrepartie en argent, biens ou services.

La position majoritaire en jurisprudence confirme abondamment ce principe :

Selon moi, il est erroné de laisser entendre qu'il peut y avoir une exception à la règle selon laquelle le par. 56(2) ne s'applique pas à un revenu de dividendes lorsque le bénéficiaire du revenu de dividendes, dans une opération effectuée avec lien de dépendance, n'a fourni aucun « apport légitime » à la société. En affirmant cela, je tiens pour acquis, bien sûr, qu'une contrepartie suffisante a été donnée pour les actions au moment de leur émission. Je ne connais aucun principe de droit des sociétés qui exige en outre qu'un actionnaire ait fourni un soi-disant « apport légitime » pour avoir droit à un revenu de dividendes, et il est reconnu que le droit fiscal comporte des principes de droit des sociétés à moins que ces principes ne soient expressément écartés par la loi fiscale en cause.²⁰

La question de l'article 67 LIR ne trouve aucun écho à l'égard des dividendes : il importe uniquement de s'attacher aux transactions par lesquelles le membre de la famille a reçu ses actions.

A. Les actions à dividendes discrétionnaires

Les lois corporatives ne codifient aucune référence sur la notion d'actions à « dividendes discrétionnaires ». Il s'agit d'une faculté octroyée par les statuts de la société au conseil d'administration de déterminer la catégorie d'actions et le montant de tel dividende selon leur discrétion.

Les autorités fiscales ont tenté pendant plus de 10 ans²¹ de stopper cette pratique des dividendes discrétionnaires principalement aux membres de la famille²² dans des sociétés à capital fermé.

Les actions à dividendes discrétionnaires existent valablement dans notre droit corporatif. Les problèmes proviennent souvent de la mise en place de telles actions et des transactions menant à leur émission.

La juste valeur marchande des actions à dividendes discrétionnaires

Un des pièges fréquents trouve sa source dans la juste valeur marchande au moment de la souscription à des actions à dividendes discrétionnaires alors que la société a une juste valeur marchande élevée. La question de l'évaluation revêt un caractère primordial.

Habituellement, le membre de la famille souscrit des actions directement, par une société de gestion ou par l'entremise d'une fiducie. Le paragraphe 15(1) LIR guette alors le souscripteur puisqu'il peut souscrire des actions pour un montant sous la juste valeur marchande des actions²³. Si cette disposition trouve application, le membre de la famille peut devoir inclure dans son revenu la juste valeur

▬ Art.

▬ *Neuman*, précitée, note 6, par. 60 et *Gestion André Pomerleau inc. c. R.*, 2008 CCI 539 [procédure générale] et toute la jurisprudence y citée.

▬ *McClurg c. R.*, [1990] 3 R.C.S. 1020, et *Neuman*, précitée, note 6.

▬ Une des réponses législatives fut l'introduction en l'an 2000 de l'article 120.4 LIR de la « Kiddie tax » pour les dividendes reçus par des enfants mineurs et renforcé par les amendements de 2011.

marchande de « l'avantage » reçu de la société.

Par exemple, si un membre de la famille souscrit des actions à dividendes discrétionnaires pour 100 \$, mais qu'au moment de l'émission, ces actions ont une juste valeur marchande de 50 000 \$, un avantage de 49 900 \$ va potentiellement trouver application²⁴.

La juste valeur marchande pour la souscription d'actions à dividendes discrétionnaires est d'une importance capitale.

B. La renonciation aux dividendes

Dans certaines structures, les membres de la famille détiennent des actions de la même catégorie. Or, les détenteurs d'une même catégorie d'actions sont égaux et le conseil d'administration ne peut verser un dividende « à tel actionnaire » de la catégorie en fonction de son identité. Le droit au dividende s'attache à la catégorie et non à l'individu-actionnaire²⁵.

Les membres de la famille effectuent dans ces circonstances une « renonciation » aux dividendes pour qu'un ou des membres précis aient droit à ce dividende²⁶. Bien que cette technique soit valide en droit²⁷, elle comporte une incertitude : que les actionnaires, membres de la famille, ayant renoncé à « leur dividende » se fassent tout de même imposer sur ce montant. La doctrine a mentionné avant l'affaire *Neuman* :

In some circles, the waiver of dividends is common practice and one that is to be avoided since it opens the door to an assessment under subsection 56(2). Revenue Canada has stated that subsection 56(2) is normally applicable to the waiver of dividends in closely held companies where the waiver is undertaken for the purpose of transferring income to other shareholders. The waiver of dividends should be avoided both in arm's-length and non-arm's-length situations.²⁸

Le même résultat peut être obtenu par la mise en place structurée de façon appropriée d'actions à dividendes discrétionnaires. La renonciation aux dividendes comporte certaines difficultés inhérentes que les membres de la famille doivent prendre en considération, notamment sur le moment de la renonciation.

▬ AGENCE DU REVENU DU CANADA, *Interprétation technique externe 2010-0364131E5 – Issuance – discretionary shares*, 19 mai 2010.

▬ Plusieurs autres questions peuvent surgir, notamment si le parent actionnaire « dispose » en faveur de son enfant d'une « valeur d'un intérêt économique » à son bénéficiaire. À titre illustratif, si les actions du parent ont une juste valeur marchande de 1 000 000 \$ avant la souscription des actions par l'enfant et que par la suite, ces actions du parent ont une juste valeur marchande de 950 000 \$, le parent peut se voir imputer une « disposition » de 50 000 \$ de la valeur d'un intérêt « économique ». Voir plus largement *R. c. Kieboom*, 92 D.T.C. 6382 (C.A.F.) et *Romkey c. R.*, [2000] D.T.C. 6047 (C.A.F.).

▬ *Bowater Canada Ltd. c. R.L. Crain inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752.

▬ À noter que ceci ne s'applique que pour une seule catégorie d'actions. La LSA permet dorénavant d'avoir plusieurs catégories d'actions aux droits identiques, ce qui permet d'éviter tout le processus des renonciations : art. .

▬ Les actionnaires majeurs peuvent renoncer à des droits qui ne sont pas d'ordre public tel le droit au dividende. La renonciation par un actionnaire mineur est plus discutable.

▬ Catherine A. BRAYLEY, « Life Pending *Neuman* » dans *Report of Proceedings of Forty-Ninth Tax Conference, 1997 Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1998), 15:1-21.

C. Les dividendes en actions

Bien que plus rare en pratique corporative, les dividendes en actions ouvrent la voie à une multitude de transactions en matière fiscale. De manière générale, il est possible de verser un dividende en actions à des membres de la famille avec une valeur de rachat élevée et un bas capital émis et payé²⁹. Le montant du dividende à inclure dans le revenu de l'actionnaire est le « montant »³⁰ versé au compte de capital émis et payé et non la juste valeur des actions reçues lors du dividende.

Lorsqu'une société verse un dividende en actions et qu'il est raisonnable de considérer que l'un des motifs du versement est de modifier de façon sensible la valeur de la participation d'un « actionnaire déterminé »³¹ de la société, la juste valeur marchande des actions émises est incluse dans le revenu de tel actionnaire, plutôt que le « montant » versé au compte de capital émis et payé³². Ceci peut avoir des conséquences très graves.

À titre de précaution, les contribuables ont intérêt à prendre en considération cette disposition lorsque la société se propose de déclarer et de verser un dividende en actions à un seul individu ou à une catégorie particulière d'actionnaires et non à l'ensemble des détenteurs.

D. Les dividendes et l'article 160 LIR

Nous avons précédemment discuté en abondance du mécanisme de l'article 160³³. Lorsqu'il y a un dividende, il y a habituellement un « transfert » de la société à l'actionnaire³⁴.

Le mode de rémunération sous forme de dividende emporte un impôt moins élevé que du salaire ou des bonis pour l'actionnaire membre de la famille. Habituellement, un membre de la famille a un lien de dépendance avec la société puisqu'ils sont liés³⁵. L'outil draconien de l'article 160 trouve application si, dans l'année du dividende ou pour les années antérieures, la société avait une dette fiscale qui demeure impayée.

À ce moment, le membre de la famille peut être responsable de l'impôt de la société jusqu'à concurrence du montant du dividende puisqu'il ne procure aucune contrepartie à la société pour la réception du dividende. Le membre de la famille qui soupçonne des écueils fiscaux au niveau de la société aura tendance à se rémunérer sous forme de bonis ou de salaires n'étant pas visés par l'article 160 puisqu'une contrepartie a été donnée par l'apport et le travail³⁶.

▫ Voir à cet égard l'article , al. 2 LSA. La pratique en vertu de la loi fédérale est plus controversée en doctrine.

▫ Au sens entendu par le paragraphe 248(1) LIR.

▫ Généralement un actionnaire détenant, directement ou par le biais d'une ou plusieurs entités, plus de 10 % des actions émises et en circulation : art. 248(1) LIR.

▫ Art. 15(1.1) LIR.

▫ DESCHAMPS, *op. cit.*, note 18.

▫ *Algoa Trust c. la Reine*, [1993] 1 C.T.C. 2294 [procédure générale].

▫ Art. 251(2)b) LIR.

▫ *Waugh c. R.*, 2008 F.C.A. 152, où la Cour mentionne que le récipiendaire aura intérêt à donner la preuve des services et inclure les montants à titre de salaire. Dans cette affaire, le contribuable ne fut pas en mesure d'établir ces services.

CONCLUSION

Les transactions de versement de sommes entre une société et la famille des actionnaires comportent bon nombre d'autres règles débordant le présent texte. Le lecteur conservera à l'esprit que le choix du salaire/boni ou du dividende demeure une question constante pour les membres familiaux et que des réflexes de base en cette matière peuvent éviter plusieurs incertitudes fiscales !