



**Raymond Chabot
Grant Thornton**

**La transmission d'entreprises :
problématique et pistes de solution**

Rapport

Décembre 2010

Avant-propos

La relève entrepreneuriale est assurément un élément clé de la compétitivité et de la croissance du Québec et du Canada. Raymond Chabot Grant Thornton a à cœur la réussite des entrepreneurs et des entreprises d'ici. Puisque la pérennité de ces dernières se révèle essentielle au développement des économies du Québec et du Canada et qu'il est dans notre intérêt de rendre plus attrayant et avantageux le transfert d'entreprises vers des intérêts familiaux, Raymond Chabot Grant Thornton s'est penché sur cette question et propose aux autorités gouvernementales des pistes de solution. Ce rapport a été élaboré par Suzanne Landry, associée universitaire chez Raymond Chabot Grant Thornton et professeure titulaire en comptabilité et fiscalité Roland-Chagnon à HEC Montréal, avec l'appui de plusieurs professionnels et associés en fiscalité du réseau Raymond Chabot Grant Thornton.

À propos de Raymond Chabot Grant Thornton

Fondé en 1948, le cabinet Raymond Chabot Grant Thornton figure aujourd'hui parmi les chefs de file dans les domaines de la certification, de la fiscalité, des services-conseils, du redressement d'entreprises et de l'insolvabilité. Cette force repose sur une équipe de plus de 2 000 personnes, dont plus de 220 associés, réparties dans plus de 90 bureaux au Québec, dans l'est de l'Ontario et au Nouveau-Brunswick. L'étendue de son réseau en fait le leader de son secteur d'activités. Soulignons également que depuis plus de 30 ans, Raymond Chabot Grant Thornton est membre de Grant Thornton International Ltd, offrant à sa clientèle l'accès à l'expertise de cabinets membres et de cabinets représentant dans plus de 100 pays.

Table des matières

Introduction	1
A. Article 84.1 LIR : problématique et conséquences fiscales.....	3
B. Concept de lien de dépendance selon l'article 84.1 LIR	4
C. Position des autorités fiscales sur le lien de dépendance	7
1. Agence du revenu du Canada.....	7
2. Revenu Québec	8
D. Pistes de solution	9
Conclusion	14
Annexe 1 – Illustration de l'iniquité	
Annexe 2 – Jurisprudence portant sur le concept de « lien de dépendance »	
Annexe 3 – Interprétations techniques sur le lien de dépendance de fait	

Introduction

La pérennité des entreprises canadiennes constitue un élément clé de la croissance de notre économie et de la création d'emplois. Elle est au cœur des préoccupations des entrepreneurs, des autorités gouvernementales, des financiers et des autres organismes intéressés par le développement économique du Canada. D'ailleurs, plusieurs intervenants du milieu offrent aux entrepreneurs toute une gamme de services afin de les aider dans la planification et la réalisation du transfert de leur entreprise. Par exemple, en avril 2009, Développement économique Canada a annoncé le lancement d'un fonds de démarrage et de relève d'entreprises dont l'objectif était d'accroître l'accès au capital de risque dans les régions du Québec en vue de soutenir le démarrage d'entreprises et le transfert du contrôle juridique et opérationnel d'entreprises pour maintenir la pérennité des centres décisionnels et conserver des emplois dans les régions du Québec.

Le transfert d'une entreprise peut s'effectuer par la vente d'une entreprise à un tiers, par l'intégration d'employés clés ou par le transfert de l'entreprise à des membres de la famille ou à la prochaine génération. Selon une étude publiée en 2006 par la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante¹ (ci-après « FCEI »), plus de 34 % des propriétaires des PME canadiennes prévoient se retirer au cours des cinq prochaines années. Ce pourcentage est de 66 % sur un horizon de dix ans et de 82 % sur une période de 15 ans. Toujours selon cette étude, ce sont les propriétaires de PME de la Colombie-Britannique (73 %), de l'Alberta (71 %) et de la Saskatchewan (71 %) qui sont les plus susceptibles de se retirer de leurs entreprises au cours des dix prochaines années. Ce pourcentage est de 61 % au Québec. Une autre étude publiée en 2006, cette fois par l'Institut québécois des familles en affaires², annonce un pourcentage légèrement plus élevé, soit 67 % des entreprises québécoises qui feront l'objet d'un changement d'actionariat au cours de la prochaine décennie.

L'importance de la contribution des PME canadiennes dans l'économie est indéniable : elles génèrent, à elles seules, environ 45 % du produit intérieur brut. Il est donc impératif que les gouvernements, canadien et provinciaux, s'assurent de mettre en place tous les outils visant à favoriser la rentabilité des entreprises familiales, accélérer leur croissance et surtout faciliter leur continuité. Le succès du transfert d'une entreprise repose en grande partie sur un plan de relève stratégique et une structure de financement optimale. Si l'on reconnaît que la fiscalité est un élément clé d'une structure de financement optimale et qu'elle constitue un levier important pour stimuler l'économie, nous pensons toutefois que les considérations fiscales ne devraient pas entrer en ligne de compte quand vient le moment pour un entrepreneur de choisir ses successeurs. Or, il appert que notre système fiscal actuel favorise le transfert d'une entreprise à des tiers plutôt que le transfert à la famille. En effet, l'article 84.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³ (ci-après « LIR ») considère le gain en

¹ Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, <http://www.fcei.ca/researchf/reports/rr3007f.pdf>.

² Institut québécois des familles en affaires, <http://www.iqfa.ca/FRANCAIS/apropos/contexte.html>.

³ L.R.C. 1985 (5^e suppl.), telle que modifiée. À moins d'indication contraire, toute référence à la LIR implique nécessairement une référence à la disposition concordante à la *Loi sur les impôts* (Québec), L.R.Q., c. I.3, telle que modifiée (ci-après « LI »).

capital comme un dividende présumé lorsqu'un particulier dispose, pour une contrepartie monétaire, d'actions d'une société qui réside au Canada en faveur d'une autre société avec laquelle il a un lien de dépendance et que la société dont les actions ont été cédées est rattachée à l'acheteur après la transaction, faisant perdre ainsi le bénéfice de la déduction pour gains en capital. Dans la perspective où, selon une étude publiée en 2005 par la FCEI, 90 % des propriétaires de petite entreprise considèrent le produit de la vente de leur entreprise, leurs épargnes personnelles et la déduction pour gains en capital comme très importants pour le financement de leur retraite et que, dans 82 % des cas, la retraite est la principale raison pour laquelle ces derniers prévoient quitter leur entreprise, on comprend pourquoi l'accès à la déduction pour gains en capital est un élément clé du montage financier d'un transfert d'entreprise⁴.

Ce rapport expose, dans un premier temps, la problématique entourant l'article 84.1 LIR. Plus précisément, nous faisons un bref rappel de l'objectif de cette disposition et de ses conséquences fiscales. Nous discuterons ensuite des concepts de « personnes liées » et de « lien de dépendance » aux fins de l'article 84.1 LIR en faisant ressortir les problèmes qu'entraîne l'application de ces derniers, notamment en termes de neutralité et d'équité du système fiscal. Enfin, nous concluons en formulant des pistes de solution destinées aux autorités gouvernementales. Plus précisément, nous proposons des solutions qui visent à corriger le manque d'adéquation entre la réalité du monde des affaires et la fiscalité actuellement en vigueur.

Les pistes de solution proposées encouragent la neutralité du système fiscal et favorisent l'équité horizontale, laquelle exige que les personnes se trouvant dans une situation économique comparable paient le même impôt. La neutralité implique que les impôts et les taxes ne fassent pas en sorte de modifier les comportements des différents acteurs économiques. En d'autres mots, il ne faut pas que ces derniers cessent d'agir de manière qui serait profitable à l'économie canadienne et à la société dans le but d'éviter de payer de l'impôt. À cet égard, l'OCDE⁵ mentionne ce qui suit :

« Un impôt considéré de manière générale comme injuste ou arbitraire sur le plan de l'incidence peut susciter chez le contribuable des réticences à respecter ses obligations fiscales. La neutralité est importante non seulement en raison de son impact positif sur l'efficacité et sur l'efficacité horizontale, mais aussi parce qu'elle contribue à rendre les règles fiscales claires et simples à comprendre, réduisant à la fois les coûts d'administration et de respect de la fiscalité. La neutralité limite également l'incitation des contribuables à réorganiser leurs affaires financières afin de minimiser le montant de leurs impôts, et elle réduit les actions des groupes de pression et le contentieux que suscitent les décisions limites sur la qualification fiscale de certaines catégories de revenus ou de biens. (p. 25)

Comme l'indique l'OCDE, la neutralité et l'équité horizontale sont des caractéristiques essentielles d'un bon système fiscal.

⁴ Ibid, note 1.

⁵ Fiscalité et économie : analyse comparative des pays de l'OCDE.

A. Article 84.1 LIR : problématique et conséquences fiscales

En vertu de la LIR, un particulier bénéficie d'une déduction pour gains en capital de 750 000 \$ lors de la disposition d'actions admissibles de petites entreprises (ci-après « AAPE »). Au moment de la disposition, les AAPE doivent se qualifier d'actions du capital-actions d'une société exploitant une petite entreprise (ci-après « SEPE »). À cela s'ajoutent deux autres conditions, l'une liée à la détention des actions et l'autre à l'utilisation des actifs. D'une part, les AAPE ne doivent pas avoir été détenues par une personne autre que le vendeur ou des personnes liées à ce dernier tout au long de la période de 24 mois précédant la disposition. D'autre part, au cours de cette même période, plus de 50 % de la juste valeur marchande des éléments d'actif de la société doit être constituée 1) d'actifs utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement au Canada par la société ou une société liée ou 2) d'actions ou de dettes de sociétés rattachées admissibles. Le calcul du montant de déduction pour gains en capital qu'un particulier peut réclamer tient également compte d'autres facteurs qui dépassent la portée de ce document.

La règle anti-évitement spécifique prévue à l'article 84.1 LIR vise à prévenir la conversion de surplus (dividendes) imposables en remboursements de capital non imposables lors de la vente d'actions à une société avec lien de dépendance.

En bref, l'article 84.1 LIR s'applique lorsque les conditions suivantes sont respectées⁶ :

- Le vendeur n'est pas une société et réside au Canada. Il s'agit généralement d'un particulier;
- Les actions cédées sont des actions d'une société résidant au Canada et doivent être des immobilisations du vendeur. Par conséquent, la disposition de ces actions entraîne un gain (ou une perte) en capital pour le vendeur;
- La disposition des actions a lieu en faveur d'une autre société avec laquelle le vendeur a un lien de dépendance. Le concept de lien de dépendance est défini à l'article 251 LIR. L'alinéa 84.1(2)b) LIR et le paragraphe 84.1(2.2) LIR élargissent ce concept.
- Immédiatement après la disposition, la société dont les actions ont été cédées est rattachée⁷ à la société acheteuse.

Lorsque les dispositions de l'article 84.1 LIR s'appliquent, il peut en résulter l'une ou l'autre, ou les deux, parmi les conséquences suivantes⁸ :

- il y aura réduction du capital versé des actions de la société cessionnaire;
- la société cessionnaire peut être réputée avoir versé un dividende au cédant.

⁶ Paragraphe 84.1 (1) LIR.

⁷ Paragraphe 186(4) LIR selon la définition élargie du paragraphe 186(2) LIR.

⁸ Bulletin d'interprétation IT-489R Vente d'actions en cas de lien de dépendance.

En somme, l'application de l'article 84.1 LIR fait en sorte que la société acheteuse est réputée avoir payé un dividende imposable à l'actionnaire vendeur si la contrepartie autre qu'en actions excède le montant le plus élevé entre le capital versé et le « prix de base rajusté modifié » des actions cédées. Le « prix de base rajusté modifié » correspond au prix de base rajusté des actions, déduction faite de la plus-value accumulée au 31 décembre 1971 et de la déduction pour gains en capital réclamée à l'égard des actions par le cédant ou un particulier avec lequel le cédant a un lien de dépendance lors de la disposition antérieure des actions. Cette application de l'article 84.1 LIR est documentée dans une interprétation technique publiée en 2001⁹. L'Agence du revenu du Canada (ci-après l'« ARC ») a conclu à l'application de l'article 84.1 LIR dans un cas visant la cristallisation de la déduction pour gains en capital. Selon les faits énoncés dans cette interprétation, deux particuliers non liés détiennent, à parts égales, la totalité des actions d'une société, ABco. L'un d'eux, A, désire effectuer une réorganisation afin de cristalliser sa déduction pour gains en capital. À cette fin, il transfère les actions qu'il détient dans ABco à une société de gestion détenue majoritairement par lui en échange d'un billet ayant une juste valeur marchande égale à celle des actions. Selon l'ARC, la transaction respecte les conditions d'application de l'article 84.1 LIR et, par conséquent, A doit s'imposer sur un dividende réputé puisque la contrepartie autre qu'en actions reçue excède le montant le plus élevé entre le capital versé et le prix de base rajusté modifié des actions. L'ARC considère qu'il y a dépouillement de surplus, même si ce dernier a lieu dans le cadre de la cristallisation de la déduction pour gains en capital.

Ainsi, tout en respectant le principe inhérent à l'article 84.1 LIR voulant qu'un contribuable ne puisse utiliser la déduction pour gains en capital afin de retirer en franchise d'impôt les surplus imposables, on constate que l'article 84.1 LIR empêche également l'actionnaire d'une société de monnayer sa déduction pour gains en capital lors de certains transferts d'entreprises, notamment entre des personnes ayant un lien de dépendance au sens de l'article 84.1 LIR. L'annexe 1 présente un exemple illustrant l'impact fiscal qui résulte d'un transfert d'entreprises intergénérationnel et le compare à une vente en faveur d'une personne n'ayant pas de lien de dépendance avec le vendeur. Comme on peut le constater, l'impact financier de ne pas monnayer la déduction pour gains en capital s'élève à plus de 270 000 \$. Ce désavantage va à l'encontre des principes de neutralité et d'équité horizontale.

B. Concept de lien de dépendance selon l'article 84.1 LIR

Une des conditions d'application de l'article 84.1 LIR est qu'il y ait disposition d'actions en faveur d'une société avec laquelle le contribuable a un lien de dépendance. Le concept de lien de dépendance a une portée très étendue aux fins de l'article 84.1 LIR. En effet, l'alinéa 84.1(2)b) LIR et le paragraphe 84.1(2.2) LIR élargissent ce concept pour y inclure le lien de dépendance réputé.

⁹ Interprétation technique 2001-0067135F.

L'article 251 LIR donne une définition du concept de « lien de dépendance ». Le paragraphe 251(1) LIR prévoit que :

« Pour l'application de la présente loi :

- a) des personnes liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance;
- b) un contribuable et une fiducie personnelle (sauf une fiducie visée à l'un des alinéas *a*) à *e.1*) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1)) sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance dans le cas où le contribuable, ou une personne avec laquelle il a un tel lien, aurait un droit de bénéficiaire dans la fiducie si le paragraphe 248(25) s'appliquait, compte non tenu de ses subdivisions *b*)(iii)(A)(II) à (IV);
- c) en cas d'inapplication de l'alinéa *b*), la question de savoir si des personnes non liées entre elles n'ont aucun lien de dépendance à un moment donné est une question de fait. »¹⁰

Aux fins de l'article 84.1 LIR, les alinéas 251(1)a) et c) LIR représentent un défi pour les praticiens. D'une part, l'alinéa 251(1)a) LIR présume que des personnes liées¹¹ ont un lien de dépendance entre elles. Cette présomption de l'alinéa 251(1)a) LIR a pour effet d'assujettir à l'article 84.1 LIR la plupart des transferts d'entreprises familiales (parents vers enfants, frères vers sœurs), incluant ceux qui pourraient constituer des transactions basées sur une réalité économique. À cet égard, un coup d'œil sur l'actualité financière est suffisant pour constater qu'en affaires la rivalité entre un frère et une sœur peut provoquer des comportements très semblables à ceux adoptés par des personnes non liées. Dans ces cas, l'auteur du transfert, généralement l'actionnaire fondateur, peut préférer vendre son entreprise à un tiers afin de pouvoir monnayer sa déduction pour gains en capital.

D'autre part, l'alinéa 251(1)c) LIR indique que la question de savoir si des personnes non liées entre elles ont lien de dépendance à un moment donné est une question de faits. Or, l'application pratique des critères élaborés par les tribunaux n'est pas simple. Elle a d'ailleurs conduit à plusieurs reprises à des différends entre les contribuables et les autorités fiscales.

Les critères élaborés par les tribunaux pour déterminer si une transaction avait été réalisée entre des personnes « sans lien de dépendance » sont les suivants :

1. un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction « *common mind* »;
2. les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts;
3. il y a exercice effectif (de fait) du contrôle.¹²

¹⁰ Article 251 LIR.

¹¹ Nous n'abordons pas en détail la notion de personnes liées définie au paragraphe 251(2) LIR.

¹² Ces critères ont été élaborés dans Peter Cundill & Associates Limited c. La Reine, 91 DTC 5543. Ils ont été confirmés dans McClarty c. La Reine, 2008 DTC 6354 (CSC).

Nous commentons chacun de ces critères dans les paragraphes qui suivent.

1. Un seul cerveau dirige les négociations pour les deux parties à une transaction

Les tribunaux ont statué que lorsqu'une personne ou un groupe de personnes est l'agent négociateur pour le compte des parties à une transaction, il est impossible que les parties traitent sans lien de dépendance entre elles. Ce principe s'applique en tenant compte du concept « d'action concertée » en ce qui a trait à un intérêt commun. Ainsi, même lorsqu'il y a deux parties distinctes à une transaction, mais que ces parties agissent de façon très interdépendante quand il s'agit d'une transaction d'intérêt commun, on suppose que les parties, même si elles ne sont pas liées, agissent ensemble et qu'elles ont entre elles un lien de dépendance.

2. Les parties à une transaction agissent de concert sans intérêts distincts

Lorsqu'un but commun est visé, une transaction ne constitue pas forcément une transaction avec lien de dépendance si l'intérêt des parties diffère. Dans ce contexte, on considère que les parties ont des intérêts différents lorsque chacune d'elles a un intérêt indépendant des autres parties à une transaction, bien que chaque partie puisse avoir le même but, par exemple un gain économique.

En conséquence, il importe de savoir s'il existe des intérêts économiques distincts correspondant à une opération commerciale courante entre parties ayant des intérêts distincts. Le cas où une partie à une transaction ne fait qu'accommoder l'autre partie en vue d'obtenir un certain résultat fiscal peut être un cas où ces parties ont un lien de dépendance parce qu'elles n'ont pas d'intérêts économiques distincts correspondant à une opération commerciale courante entre des parties qui agissent chacune en fonction de ses propres intérêts.

3. Il y a exercice effectif (de fait) du contrôle

Les tribunaux ont également statué que, dans certains cas, une influence, un avantage ou un pouvoir excessif peut constituer un contrôle de fait, c'est-à-dire un contrôle réel mais non juridique. Dans ce cas, il peut se créer un lien de dépendance entre les parties. Il est important de souligner qu'il n'est pas nécessaire que cet avantage soit exercé pour qu'il constitue un facteur à prendre en considération. Il suffit de pouvoir l'exercer. Il pourrait y avoir contrôle de fait dans une situation où une personne détient une partie importante, mais moins de 50 %, des droits de vote assurant le contrôle d'une société et où le reste des droits de vote est largement réparti entre de nombreux employés de la société ou est détenu par des personnes pouvant raisonnablement être considérées comme agissant à l'égard de la société selon les vœux de cette personne¹³. Le contrôle de fait peut aussi se traduire par le pouvoir que possède une personne de changer le conseil d'administration d'une société ou de revenir sur ses décisions¹⁴. Il peut également se manifester par la détention d'un placement important en actions privilégiées rachetables au gré du détenteur ou par la demande de

¹³ Bulletin d'interprétation IT-458R2 Société privée sous contrôle canadien.

¹⁴ Bulletin d'interprétation IT-64R4 Sociétés : association et contrôle, paragr. 21.

paiement d'un billet à ordre ayant une juste valeur marchande importante. Ainsi, il pourrait y avoir un lien de dépendance entre des parties à une transaction si une personne peut influencer, directement ou indirectement, l'autre partie à la transaction.

Nous avons mis à l'annexe 2 une analyse de certains arrêts de jurisprudence portant sur le concept de lien de dépendance. La discussion fait ressortir le caractère nébuleux de ce concept et de ses difficultés d'application au niveau de l'article 84.1 LIR et dans d'autres contextes. De la même façon, nous avons consigné à l'annexe 3 certaines interprétations techniques portant sur le lien de dépendance de fait dans le contexte de l'application de l'article 84.1 LIR et dans d'autres contextes.

C. Position des autorités fiscales sur le lien de dépendance

1. Agence du revenu du Canada

L'ARC a retenu les critères élaborés par les tribunaux pour déterminer si une transaction avait été réalisée entre des personnes « sans lien de dépendance ».¹⁵ De plus, les autorités fiscales considèrent que le défaut de réaliser une transaction à la juste valeur marchande peut être une indication qu'il s'agit d'une transaction entre parties ayant un lien de dépendance. En revanche, une transaction réalisée à la juste valeur marchande entre personnes non liées n'indique pas nécessairement une absence de lien de dépendance.

L'ARC utilise également le concept d'« accommodateur » pour déterminer s'il y a un lien de dépendance de fait entre deux parties. Ainsi, le cas où une partie à une transaction ne fait qu'accommoder l'autre partie en vue d'obtenir un certain résultat fiscal peut être un cas où ces parties ont un lien de dépendance parce qu'elles n'ont pas d'intérêts économiques distincts correspondant à une opération commerciale courante entre des parties qui agissent chacune en fonction de ses propres intérêts. Cette façon de faire permet aux autorités fiscales de proscrire tout transfert effectué par un particulier envers une personne détenant certains liens avec ce dernier. Cela a pour effet de limiter considérablement le transfert graduel d'une société en faveur de ses employés-clés. (Voir à l'annexe 3 pour des exemples d'interprétations techniques où le concept d'accommodateur a été invoqué.)

L'ARC a d'ailleurs précisé sa position à la table ronde du congrès de l'APFF en 2004¹⁶ en indiquant qu'il pouvait y avoir un lien de dépendance entre un actionnaire et ses employés lors d'une transaction visant la disposition partielle d'actions en faveur d'une société détenue par des employés. Selon l'ARC, l'actionnaire et l'employé n'ont pas d'intérêts économiques distincts : 1) si l'actionnaire conserve une participation importante dans la société et 2) si l'acquéreur, dans ce cas-ci la société détenue par les employés, n'a pas de ressources financières et que les fonds reçus par le vendeur proviennent de la société acquise. La prise de position à l'égard de la conservation d'une participation importante par le vendeur est cohérente avec celle énoncée dans la Circulaire

¹⁵ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-419R2, *Sens de l'expression « sans lien de dépendance »*, 8 juin 2004.

¹⁶ Le même type de transaction a été revu dans le Congrès 2004 de l'APFF lors des tables rondes sur la fiscalité fédérale, question 2.4.

d'information 88-2, Supplément 1, selon laquelle l'ARC précise qu'un actionnaire et un employé ont des intérêts économiques distincts si l'actionnaire dispose de la totalité de sa participation. Au congrès de l'APFF en 2007¹⁷, l'ARC a maintenu sa position selon laquelle il n'y aurait probablement pas de lien de dépendance entre l'actionnaire vendeur et les employés si les fonds nécessaires à l'acquisition des actions de la société sont empruntés auprès d'une institution financière et que le remboursement est effectué à partir de fonds qui proviennent des bénéfices futurs de la société acquise.

Cette application du concept d'«intérêts économiques distincts» réduit considérablement les transferts graduels d'entreprises en faveur d'employés-clés ou de membres de la famille. Par exemple, les autorités fiscales acceptent les planifications dont l'objectif est d'effectuer un transfert de l'entreprise en faveur des enfants (ou d'employés-clés) lorsque le parent (ou l'auteur du transfert) dispose de la totalité de ses actions. Toutefois, les mêmes planifications dont l'objectif est un transfert par exemple entre frère et sœur ne sont pas acceptées et l'ARC a mentionné qu'elle invoquerait la règle générale anti-évitement¹⁸. Cela nous paraît très illogique étant donné que généralement le comportement en affaires d'un frère et d'une sœur s'apparente davantage à celui de personnes n'ayant pas de lien de dépendance. Il y aurait donc lieu d'assujettir ces transferts aux règles fiscales applicables aux personnes n'ayant pas de lien de dépendance.

Dans une interprétation technique datant de 1997¹⁹, l'ARC a confirmé que l'actionnaire vendeur sera présumé avoir un lien de dépendance avec la société avec laquelle il fait des affaires si cette dernière est détenue également par son fils et son neveu. Dans une autre interprétation technique où un actionnaire minoritaire transférerait sa participation à son frère grâce à une série d'opérations²⁰, l'ARC a indiqué qu'elle invoquerait l'article 245 LIR. Toutefois, dans une interprétation technique datant de 2005²¹, l'ARC a conclu qu'il n'y aurait pas application de l'article 84.1 LIR et de l'article 245 LIR dans le cas où les actions sont transférées aux enfants d'un contribuable, qui les transfèrent ensuite à une société de gestion. Il importe de noter que, dans ce cas, le père quittait son poste d'administrateur de la société. Cette position diffère grandement des deux précédentes.

2. Revenu Québec

Les interprétations de Revenu Québec sont peu nombreuses dans ce domaine, car ces dispositions fiscales relèvent davantage des autorités fiscales fédérales. En 2007, Revenu Québec a conclu qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre les parties à une transaction²². Le cas visait l'achat, par des

¹⁷ Question 10, APFF. Voir aussi Interprétations techniques 2004-0106161E5, 2007-0243171C6 et 2005-0118601E5.

¹⁸ *Ibid*, note 17.

¹⁹ Interprétation technique 9727315.

²⁰ Interprétation technique 2008-0269441E5.

²¹ Interprétation technique 2005-0134731R3.

²² Revenu Québec, 06-0101763 « Règle générale anti-évitement – Cristallisation de l'exemption du gain en capital – Clause de non-concurrence – Transactions entre personnes ayant un lien de dépendance – Rachat d'actions – Dépouillement de surplus – Contrôle de fait – Avantage fiscal – Dividende réputé – Abus », 27 juin 2007.

actionnaires non liés, des actions d'un actionnaire qui désirait se retirer de la société. Ce dernier avait, au cours des années antérieures, cristallisé sa déduction pour gains en capital sur une partie de ses actions. Les actionnaires non liés avaient par la suite transféré les actions nouvellement acquises à une société de gestion, laquelle procédait au rachat des actions moyennant une contrepartie monétaire. Revenu Québec a conclu que les actionnaires non liés avaient des intérêts distincts de celui qui s'est retiré, même si le rachat des actions avait été financé à même les surplus de la société et non par du financement externe.

Comme on peut le constater, le concept de lien de dépendance a une portée très large et limite passablement les transferts de sociétés entre les membres d'une même famille. Si les autorités fiscales acceptent les transferts intergénérationnels à certaines conditions, la situation se complique lorsqu'il s'agit d'un transfert à des membres de la famille qui ne sont pas les enfants. La complexité entourant les transferts (totaux ou partiels) intergénérationnels de même que ceux effectués en faveur des membres d'une même famille est, selon nous, injustifiée. Une enquête par entrevues menée en 2005 auprès de praticiens en fiscalité²³ a révélé que l'un des problèmes incitant l'actionnaire vendeur à céder son entreprise à un tiers plutôt qu'aux membres de sa famille et à des employés-clés lors du transfert de celle-ci est la difficulté de pouvoir bénéficier de la déduction pour gains en capital. Selon nous, les autorités fiscales auraient tout intérêt à corriger cette iniquité, particulièrement lorsqu'il s'agit d'un véritable transfert d'entreprise.

D. Pistes de solution

Le concept de « lien de dépendance » prévu à l'article 84.1 LIR a une portée très large. La définition inclut non seulement les liens du sang, du mariage ou de l'adoption, mais aussi celui de dépendance de fait²⁴. L'application du concept de « lien de dépendance » a pour conséquence de mettre en péril certains transferts d'entreprise intergénérationnels et de complexifier inutilement le financement d'autres transactions de transmission d'entreprise; c'est pourquoi nous croyons que les gouvernements devraient apporter des correctifs aux lois fiscales. Nous ne remettons pas en cause son application dans le cas où les parties s'engagent dans des transactions sans motif économique, car il s'agit de transactions de dépouillement de surplus, ce qui est l'objectif premier de cette disposition. Cependant, nous sommes d'avis que l'application de l'article 84.1 LIR aux transferts réels d'une société à la famille ou aux employés est inappropriée car ces transferts favorisent le développement économique régional et permettent d'assurer la pérennité des entreprises canadiennes. Préserver le contrôle canadien des entreprises au Canada est plus qu'un objectif souhaitable, cela permet surtout de conserver les profits de ces sociétés en territoire canadien plutôt que de les voir partir à l'étranger.

D'une part, nous croyons que des allègements devraient être apportés à la législation fiscale afin de faciliter les transferts d'entreprises entre personnes liées et ainsi créer un climat plus propice au

²³ St-Cyr, L. et S. Landry, *Étude sur l'établissement des meilleures pratiques pour la transmission des entreprises au Québec : aspects financiers et fiscaux*, Chaire de développement et de relève de la PME, HEC Montréal, 2005, 112 pages.

²⁴ Article 251 LIR.

transfert d'entreprises entre générations et entre les membres d'une même famille ou aux employés. D'autre part, nous croyons que les règles fiscales devraient restreindre l'interprétation du concept de lien de dépendance de fait à certains types de transactions. Nous comprenons que les autorités fiscales veulent éviter que des distributions de surplus sans impôt soient faites aux actionnaires, toutefois, un assouplissement de ce concept favoriserait la transmission d'entreprises à des personnes ayant un lien de dépendance et permettrait d'assurer la pérennité d'un certain nombre d'entreprises.

À la lumière de cette analyse, nous fournissons, dans cette section, des pistes de solution qui pourraient aider les autorités fiscales à atténuer l'impact de la problématique entourant les transferts d'entreprises entre générations ou autres. Ces pistes de solution sont le fruit de la réflexion d'un ensemble d'experts en fiscalité du réseau RCGT. La mise en œuvre de l'une ou l'autre de ces dernières nécessiterait une réflexion plus en profondeur.

Piste de solution n° 1 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les transferts d'entreprises qui répondent à un critère de réalité économique (transferts réels).

Le transfert intergénérationnel est celui qui pose le plus de problème en pratique fiscale. Nous proposons d'intégrer aux dispositions de l'article 84.1 LIR un test relatif à la réalité économique d'une transaction donnée. Plus précisément, un transfert d'entreprises entre générations devrait être facilité s'il y a, au plan économique, un transfert réel de l'entreprise. Selon nous, bien que l'actionnaire vendeur puisse continuer à travailler au sein de la société, un test sur le transfert réel de l'entreprise devrait être réussi même s'il y a transfert du contrôle de la société en faveur des enfants sur un certain nombre d'années. À cette fin, en s'inspirant de la réalité économique d'une transaction effectuée en faveur d'un tiers, l'instauration d'une règle concernant la détention d'un maximum d'actions de contrôle, par exemple 49 %, permettrait de corriger cette situation.

Piste de solution n° 2 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les transferts d'entreprises entre frères et sœurs.

Une autre situation causant des problèmes en pratique est le transfert d'entreprises familiales impliquant des frères et des sœurs. Si l'actionnaire vendeur est le frère ou la sœur de la personne désireuse de se porter acquéreur de la société, la transaction est assujettie aux dispositions de l'article 84.1 LIR car il s'agit de personnes liées. La loi fiscale fédérale contient des précisions pour assujettir des frères et des sœurs à des dispositions spécifiques. Par exemple, l'alinéa 55(5)f) LIR précise qu'un frère et une sœur ne sont pas des personnes liées aux fins du paragraphe 55(2) LIR. Une solution possible serait de modifier la loi fiscale pour préciser qu'aux fins de l'article 84.1 LIR les frères et les sœurs sont réputés ne pas être liés et ne pas avoir de lien de dépendance. Cette modification, qui faciliterait les transferts d'entreprises entre les membres d'une même famille, se justifie par le fait que le comportement des frères et des sœurs en affaires n'est pas vraiment différent de celui de personnes n'ayant pas de lien de dépendance.

Piste de solution n° 3 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les transferts d'entreprises lorsque l'acquéreur satisfait à une période de détention obligatoire.

Les autorités fiscales peuvent encourager les transferts intergénérationnels ou entre membres de la même famille en insérant dans la loi fiscale un délai de détention des actions obligatoire pour que l'actionnaire vendeur puisse bénéficier d'une exemption à l'article 84.1 LIR. Les règles fiscales pourraient être modifiées de façon à permettre une exemption partielle ou totale de l'application de l'article 84.1 LIR dans le cas où l'acquéreur conserve les actions pour une période donnée, par exemple cinq ans. Au terme de cette période de cinq ans, l'actionnaire vendeur pourrait monnayer un montant équivalant à la déduction pour gains en capital.

Piste de solution n° 4 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les dispositions d'actions admissibles de petites entreprises de sociétés exploitant une petite entreprise.

Une autre piste de solution serait d'exclure de l'application de l'article 84.1 LIR les ventes d'actions qui se qualifient d'AAPE de SEPE à la date de la transaction. Cette piste de solution offre plusieurs avantages. Le premier est que les SEPE dont les actions sont des AAPE ont, en général, peu de placements. Elles exploitent une entreprise de façon plutôt active. Le deuxième est qu'il serait possible de fixer une limite (ou un plafond) au montant qui serait non assujéti à l'application de l'article 84.1 LIR si les autorités fiscales le désirent.

Piste de solution n° 5 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR la première portion de 750 000 \$ de plus-value sur les actions faisant l'objet de la disposition.

Dans les cas de transfert d'entreprise intergénérationnel, les autorités fiscales pourraient exempter de l'application de l'article 84.1 LIR la première portion de 750 000 \$ de plus-value, l'excédent étant caractérisé comme un dividende réputé. Cette mesure permettrait aux autorités fiscales de s'assurer que la première portion de 750 000 \$ est imposée sous la forme d'un gain en capital admissible à la déduction pour gains en capital, tandis que l'excédent sera considéré comme un dividende réputé.

Piste de solution n° 6 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les sociétés d'une certaine taille ou ayant une certaine valeur

Afin d'encourager les transferts de PME, il serait également possible d'exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les sociétés d'une certaine taille, notamment au moyen d'un test sur le capital imposable ou autres. Cette piste de solution encouragerait les actionnaires des sociétés de plus petite taille à transférer leurs actions à la prochaine génération plutôt que de les vendre à des intérêts étrangers. Cette mesure pourrait prévoir des règles anti-évitement tenant compte d'un plafond pour les sociétés associées et du fait qu'une transaction puisse être réalisée en série pour contourner les règles.

Piste de solution n° 7 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR certains secteurs d'activité

Nous sommes conscients de l'importance pour les autorités fiscales de limiter les dépouillements de surplus. Par contre, il nous paraît primordial que le problème indiqué dans la première partie de ce

rapport soit corrigé afin de faciliter les transferts d'entreprises. À cette fin, nous proposons que les sociétés évoluant dans certains secteurs de l'économie soient exemptées de l'application de l'article 84.1 LIR. Des règles particulières existent pour les entreprises évoluant dans le secteur agricole. Les autorités fiscales pourraient cibler des secteurs d'activité et les exempter, en tout ou en partie, de l'application de l'article 84.1 LIR.

Piste de solution n° 8 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR le montant qui excède les bénéfices non répartis fiscaux de la société

Les transferts d'entreprises pourraient être exemptés de l'application de l'article 84.1 LIR pour tout montant qui excède les bénéfices non répartis fiscaux de la société et ainsi être considérés comme un gain en capital. La plus-value inférieure aux bénéfices non répartis fiscaux serait considérée comme un dividende, mais les montants excédentaires demeurerait un gain en capital. Cette piste de solution permettrait de n'appliquer l'article 84.1 LIR qu'au montant qui correspond vraiment à du dépouillement de surplus, le reste étant traité comme du gain en capital.

Piste de solution n° 9 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les dispositions d'actions qui ont reçu un rendement minimal

Nous comprenons que les autorités fiscales veulent éviter les dépouillements de surplus et nous adhérons à cette position. Toutefois, nous croyons que les autorités fiscales pourraient faciliter les transferts d'entreprises en mettant en place un test basé sur le rendement moyen des actions visées par le transfert. Ainsi, pour profiter de sa déduction pour gains en capital, l'actionnaire vendeur d'une société devrait démontrer que les actions visées ont permis la réalisation d'un rendement moyen reflétant le taux du marché au cours de la période de détention. Autrement dit, l'actionnaire pourrait monnayer sa déduction pour gains en capital seulement si la société a versé dans le passé un rendement sur les actions reflétant celui du marché. Ce test pourrait être vérifié en prenant en compte le paiement de dividendes sur les actions visées et les salaires et bonis payés à l'actionnaire. Le rendement moyen versé sur les actions ne représenterait pas un dépouillement de surplus car ces montants auraient été déjà inclus dans la déclaration de revenus de l'actionnaire. Cette piste de solution est différente de ce qui est prévu au paragraphe 110.6(8) LIR, lequel refuse la déduction pour gains en capital s'il est raisonnable de conclure qu'une partie du gain en capital est attribuable à des dividendes qui n'auraient pas été payés sur des actions.

Piste de solution n° 10 : Exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les dispositions d'actions d'une société pour laquelle un « plan de relève » reconnu existe

Les autorités fiscales pourraient exempter de l'application de l'article 84.1 LIR les transferts à l'égard desquels un « plan de relève », reconnu par un organisme comme Investissement Québec, la Banque de développement du Canada ou les Fonds régionaux de solidarité FTQ, a été mis en place. Cette piste de solution assurerait que l'allégement fiscal est accordé uniquement dans les cas où le transfert de l'entreprise est encadré par un plan de relève augmentant ainsi les chances de succès du transfert. Le plan de relève devrait répondre à certaines exigences afin de se qualifier et de rendre le transfert admissible à l'exemption. Un sondage effectué en 2010 auprès de personnes travaillant pour des

sociétés privées au Canada révèle que seulement 28 % de ces dernières ont élaboré un plan de relève (11 %) ou ont un plan de relève en cours d'élaboration (17 %)²⁵.

²⁵ ICCA et RBC, Tendances conjoncturelles, 2010 (www.cicarbctendancesconjoncturelles.com).

Conclusion

L'application de l'article 84.1 LIR, en particulier le concept de lien de dépendance, complexifie inutilement la fiscalité et le financement de certains transferts intergénérationnels d'entreprises et de certains autres transferts. Cette complexité exige que l'actionnaire vendeur prenne des risques financiers importants étant donné qu'il doit renoncer à sa participation dans la société, sans compter qu'un transfert graduel de propriété est un facteur-clé de réussite. Avec l'objectif d'encourager la pérennité des entreprises et la création d'emploi, nous croyons que les deux paliers de gouvernement devraient modifier les lois fiscales de façon à corriger le manque d'adéquation entre la réalité du monde des affaires et la fiscalité actuellement en vigueur. Notre rapport propose des pistes de solution qui permettraient d'atteindre cet objectif.

Annexe 1

Illustration de l'iniquité

L'exemple ci-dessous illustre de façon succincte l'impact fiscal résultant de l'application des dispositions de l'article 84.1 LIR lors d'un transfert d'entreprise graduel entre générations.

M. Lavoie détient la totalité des 1 000 actions de XYZ ltée, une société constituée en 1986 et exploitant une petite entreprise. Les 1 000 actions ont une juste valeur marchande de 2 M\$ ainsi qu'un prix de base rajusté et un capital versé de 1 000 \$. Ces actions se qualifient comme actions admissibles de petites entreprises. Âgé de 62 ans, M. Lavoie songe sérieusement à la retraite. Un retrait progressif serait souhaitable car cela lui permettrait d'intégrer son fils, Paul, aux activités de la société. Paul travaille avec son père depuis deux ans et désire prendre la relève de son père au moment où ce dernier sera prêt. La très grande majorité du capital de retraite de M. Lavoie est constitué des actions de XYZ ltée. Il aimerait donc pouvoir retirer 751 000 \$ de la société au moment de la transaction. Il n'a jamais utilisé sa déduction pour gains en capital et le solde des pertes nettes cumulatives sur placement est nul.

Il existe plusieurs façons de réaliser cette transaction. Si on privilégie le transfert des actions ordinaires de M. Lavoie à une société de gestion en utilisant les dispositions du paragraphe 85(1) LIR et la souscription, simultanément, à des actions avec droit de vote et participantes du capital-actions de XYZ ltée par M. Lavoie et Paul, les conséquences fiscales de la transaction pour M. Lavoie seraient les suivantes :

Intégration de Paul	Conséquence \$	Impôts \$
Somme convenue (85(1))	751 000	
Dividende réputé (84.1(1)b) LIR (36,4 % du dividende brut, déduction faite du crédit d'impôt pour dividende)	750 000	273 000
Gain en capital		
■ Gain en capital imposable (38a) LIR	0	
■ Déduction réclamée (110.1(6) LIR)	0	
Caractéristiques des actions reçues (85(1) LIR)		
■ Juste valeur marchande	1 249 000	
■ Coût des actions (85(1)g) LIR	nul	

Intégration de Paul	Conséquence \$	Impôts \$
<ul style="list-style-type: none"> ■ Capital versé <ul style="list-style-type: none"> • Réduction du capital versé de 1 249 000 \$ (84.1(1)a) LIR • Impôts s'il y a rachat (36,4 % du dividende brut, déduction faite du crédit d'impôt pour dividende) 		<u>454 636</u>
Total		<u>727 636</u>
Vente à une personne sans lien de dépendance		
Si M. Lavoie vendait ses 1 000 actions ordinaires à une personne sans lien de dépendance, il réaliserait un gain en capital de 1 999 000 \$ et pourrait réclamer 750 000 \$ de déduction pour gains en capital		
<ul style="list-style-type: none"> ■ Impôts sur le gain en capital (24,1 %) 		<u>301 009</u>
Impôts différentiels		<u>426 627</u>
153 627 \$ [1 249 000 \$ x (36,4 % – 24,1 %)] + 273 000 \$ [750 000 \$ x (36,4 % – 0 %)]		

On constate qu'à cause de l'article 84.1 LIR, M. Lavoie ne peut pas annuler l'imposition de son gain en capital de 750 000 \$ en utilisant sa déduction pour gains en capital. Il doit plutôt s'imposer sur un dividende de 750 000 \$, lequel génère des impôts de 273 000 \$. Des impôts de 454 636 \$, en dollars d'aujourd'hui, sont également payables sur le dividende qui découle du rachat progressif des actions reçues lors de la transaction. Au total, les impôts s'élèvent à 727 636 \$, comparativement à 301 009 \$ si la vente avait eu lieu en faveur d'une personne avec laquelle M. Lavoie n'a pas de lien de dépendance.

Annexe 2

Jurisprudence portant sur le concept de « lien de dépendance »

Nous commençons cette analyse par des arrêts qui portent spécifiquement sur le concept de lien de dépendance de fait dans le contexte de l'article 84.1 LIR. Nous poursuivons ensuite avec des arrêts faisant ressortir les difficultés d'application de ce concept dans d'autres contextes que celui de l'article 84.1 LIR.

L'arrêt Brouillette²⁶ est un arrêt important qui illustre bien la problématique associée à l'application de ces critères aux fins de l'article 84.1 LIR. Dans cette affaire, la Cour a examiné si la transaction entre le contribuable et les acquéreurs de la société Brouillette Auto Ltée, des personnes non liées, était réputée avoir été réalisée entre des personnes ayant un lien de dépendance. L'ARC argumentait qu'il y avait un lien de dépendance de fait étant donné que la transaction avait été organisée par un seul conseiller (un seul cerveau). La Cour a conclu qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre les parties et qu'en conséquence l'article 84.1 LIR ne s'appliquait pas. En effet, malgré le fait que le même conseiller représentait toutes les parties, il n'était pas l'âme dirigeante des sociétés qu'il conseillait et ne participait pas à la prise de décisions au sein des sociétés. Il était donc impossible de conclure qu'un seul cerveau dirigeait toutes les négociations. La Cour a également analysé si les parties agissaient de concert sans intérêts distincts. Elle note que les intérêts de chacune des parties étaient opposés et qu'en conséquence, elles ne pouvaient agir de concert. En effet, M. Brouillette désirait obtenir le meilleur prix possible pour ses actions alors que les acheteurs (non liés) désiraient acheter au prix le plus bas.

L'arrêt McMullen²⁷ porte également sur le concept de lien de dépendance de fait. Dans cette affaire, les contribuables ont procédé à une transaction ayant pour but de scinder les activités d'une société, de sorte que chaque actionnaire puisse continuer l'exploitation d'une succursale de façon autonome. L'une des étapes de la transaction prévoyait un transfert d'actions à une société en échange d'un billet. C'est ce transfert qui a été contesté par les autorités fiscales, sous prétexte qu'il y avait un lien de dépendance de fait entre les parties et que l'article 84.1 LIR s'appliquait. La Cour a conclu qu'il n'y avait aucun lien de dépendance entre les parties puisque, à partir du moment où l'un des deux actionnaires avait décidé de mettre fin à leur relation d'affaires, ils ne pouvaient plus agir de concert, dans un intérêt commun. En effet, la vente avait été effectuée de façon à ce que chacun conserve ses propres intérêts. Cet arrêt est important, car il établit une démarcation entre la notion d'agissement de concert et le fait que des parties soient avantagées lors d'une transaction. La Cour a énoncé qu'il ne pouvait y avoir agissement de concert parce que l'entente à laquelle les parties adhèrent leur est mutuellement bénéfique. De plus, la Cour revient sur l'arrêt Brouillette pour réitérer que le fait

²⁶ CarswellNat 742 (C.C.I.), 2005.

²⁷ CarswellNat 5923 (C.C.I.), 2007.

d'avoir un seul conseiller pour toutes les parties n'est pas suffisant pour conclure à des agissements de concert. En somme, il semble que les parties n'agissent pas de concert si elles ont un but commun mais des intérêts distincts.

L'arrêt McNichol²⁸ discute aussi du concept de lien de dépendance de fait. Dans cette affaire, les contribuables, quatre avocats, ont vendu les actions de leur société à une autre société non liée, détenue par un de leurs clients. Les deux sociétés ont ensuite été fusionnées afin de faciliter le financement. À la date de la vente des actions, l'actif de la société consistait en des liquidités d'un peu plus de 300 000 \$. La société détenait un immeuble, lequel a été vendu avant la cession des actions à la société non liée. La vente de l'immeuble a généré un gain en capital et la portion non imposable portée au compte de dividende en capital a été répartie entre les contribuables. À la vente des actions, les contribuables ont réclamé leur déduction pour gains en capital et ont évité l'application du paragraphe 84(2) LIR, lequel se serait appliqué si la société avait été liquidée. L'ARC avait, entre autres, conclu à l'existence d'un lien de dépendance entre les contribuables et la société acquéreur et, donc, à l'application de l'article 84.1 LIR si le paragraphe 84(2) LIR ne s'appliquait pas. Après avoir analysé en détail le concept de lien de dépendance, la CCI a conclu qu'il n'y avait pas de lien de dépendance entre les parties aux fins de l'article 84.1 LIR étant donné que le prix des actions avait fait l'objet d'une vraie négociation entre personnes sans lien de dépendance. Selon le juge, chaque partie à la transaction avait des intérêts divergents.

L'arrêt Côté-Létourneau²⁹ examine une transaction visant à cristalliser la déduction pour gains en capital pour les actionnaires, soit un couple qui détenait, à parts égales, les actions d'une société. Les actionnaires avaient échangé, sommairement, leurs actions ordinaires contre des actions privilégiées. L'échange avait été réalisé à la juste valeur marchande afin de déclencher un gain en capital et de permettre l'utilisation de la déduction pour gains en capital. Une fiducie, ayant comme fiduciaires les deux contribuables et une tierce personne, détenait les nouvelles actions ordinaires de la société. L'acte de fiducie prévoyait que les décisions devaient être prises de façon unanime par les fiduciaires. Les contribuables ont ensuite transféré leurs actions privilégiées à une nouvelle société de gestion contre un billet à demande. La Cour a conclu qu'il y avait un lien de dépendance de fait entre les deux contribuables et la nouvelle société de gestion détenue par la fiducie. La fiducie a le pouvoir d'élire les membres du CA, puisqu'elle détient la totalité des actions ordinaires de la société de gestion, mais ce sont les fiduciaires qui prennent réellement les décisions. Dans cette transaction, ce sont les deux contribuables qui exerçaient le contrôle réel. Le tiers ne participait aucunement à la prise de décision étant donné que ce dernier jouait un rôle totalement passif et qu'il n'exerçait aucun pouvoir de décision dans la fiducie.

L'arrêt McLarty³⁰ porte sur le lien de dépendance de fait dans le contexte du paragraphe 69(1) LIR. La Cour devait décider si, lors de l'acquisition d'un bien, il existait un lien de dépendance entre

²⁸ McNichol DTC 111 (C.C.I.), 1997.

²⁹ CarswellNat 1125 (C.C.I.), 2007.

³⁰ CarswellNat125 (C.C.I.), 2005, CarswellNat 2805 (C.A.F.), 2006 et CarswellNat 1381 (C.S.C.), 2008.

l'acquéreur et le vendeur. Selon les autorités fiscales, c'est la relation entre le vendeur et l'acquéreur au moment de l'acquisition qui doit être examinée, et non leur relation à quelque autre moment que ce soit. L'ARC argumentait que le contribuable avait acheté un intérêt dans des données sismiques dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance parce que la société qui agissait à titre de mandataire et qui contrôlait l'exploitant de la coentreprise était également le mandataire du contribuable. De l'avis de l'ARC, le fait que le vendeur était aussi le mandataire de l'acquéreur faisait en sorte que la transaction était conclue entre personnes ayant un lien de dépendance. La Cour suprême du Canada a plutôt conclu que lorsque l'acquisition est effectuée par un mandataire de l'acquéreur, l'analyse de la question à savoir s'il existe un lien de dépendance entre le vendeur et l'acquéreur nécessite que l'on considère la convention entre le mandataire et l'acquéreur, laquelle sera normalement antérieure à la date d'acquisition du bien. Il faut regarder qui prend réellement les décisions afin de déterminer s'il y a agissement de concert ou non. Dans ce cas-ci, le même état d'esprit n'orientait pas les négociations entre les deux parties puisque chacun avait, en effet, des intérêts distincts dans cette transaction.

L'arrêt *Baxter*³¹ porte sur le lien de dépendance de fait dans un contexte autre que celui de l'article 84.1 LIR. Les autorités fiscales ont soutenu qu'il y avait un lien de dépendance de fait entre les parties car il n'y avait pas eu de négociation du prix de vente. La Cour a plutôt donné raison au contribuable. En effet, il a été démontré que même si les parties collaboraient pour atteindre un objectif commercial qui apporte à chacun des avantages mutuels, elles n'avaient pas d'intérêts communs. Chaque partie agissait dans son propre intérêt. Il n'y avait pas non plus de volonté commune dictant les conditions de l'entente qui a été signée par les parties. Cela était suffisant pour statuer que les parties n'agissaient pas de concert.

L'arrêt *Ellen Remai*³² ne porte pas sur l'application de l'article 84.1 LIR. Elle présente, toutefois, une analyse fort intéressante des trois conditions énoncées par les tribunaux et utilisées par les autorités fiscales pour conclure qu'il y a un lien de dépendance de fait entre les parties. Dans cet arrêt, l'appelant détenait une société à laquelle il rendait des services de gestion contre des billets à demande. Ces billets ont ensuite été transférés à un organisme de bienfaisance, dont l'un des dirigeants était le contribuable, contre des reçus pour dons de bienfaisance. Les billets à demande ont été ensuite vendus à la société détenue par le neveu du contribuable. L'ARC a contesté le crédit pour don sous prétexte que le contribuable avait un lien de dépendance de fait avec l'organisme de bienfaisance. La Cour a analysé les faits antérieurs et postérieurs à la transaction pour déterminer si un seul cerveau dirigeait les négociations pour toutes les parties. La Cour a spécifié qu'il était évident que chacune des parties avait des intérêts distincts et veillait à maximiser ses propres intérêts.

Enfin, la Cour a précisé que même si la société du contribuable et celle du neveu entretenaient des relations mutuellement avantageuses depuis plusieurs années, chaque partie agissait dans ses propres intérêts. Chaque partie était libre de nouer ou non une relation sans subir le contrôle de l'autre.

³¹ CarswellNat 5701 (C.C.I.), 2006.

³² CarswellNat 2834 (C.C.I.), 2008.

Annexe 3

Interprétations techniques sur le lien de dépendance de fait

Nous commençons cette analyse par des interprétations techniques qui portent spécifiquement sur le concept de lien de dépendance de fait dans le contexte de l'article 84.1 LIR. Nous poursuivons ensuite avec des interprétations techniques qui font ressortir les difficultés d'application de ce concept dans d'autres contextes que celui de l'article 84.1 LIR

L'ARC utilise régulièrement le concept d'accommodateur pour déterminer s'il y a ou non un lien de dépendance de fait entre deux parties. Cette façon de faire permet aux autorités fiscales de proscrire tout transfert effectué par un particulier à une personne détenant certains liens avec ce dernier. Cela a pour effet de limiter considérablement le transfert graduel d'une société en faveur d'employés-clés de cette dernière.

L'ARC a utilisé le concept de facilitateur dans une interprétation technique décrivant une transaction de gel successoral ayant permis d'intégrer un employé-clé³³. À la suite de la transaction, l'auteur du gel détient des actions privilégiées et des actions ordinaires lui permettant de conserver le contrôle de la société ayant fait l'objet du gel, alors que la société de gestion de l'employé-clé détient le reste des actions ordinaires. L'auteur du gel dispose ensuite de ses actions privilégiées en faveur de la société de gestion de l'employé-clé. Cette disposition devrait entraîner la réalisation d'un gain en capital plutôt qu'un dividende car elle est effectuée en faveur d'une personne non liée à l'auteur du gel. Toutefois, selon l'ARC, il s'agit d'une transaction de dépouillement de surplus et, en conséquence, les dispositions de l'article 84.1 LIR. L'ARC considère que l'auteur du gel et la société de gestion de l'employé-clé sont réputés avoir un lien de dépendance³⁴ même s'il s'agit de personnes non liées. L'employé-clé agit comme facilitateur dans la transaction car il accepte, par l'intermédiaire de sa société de gestion, d'acquiescer les actions privilégiées de l'auteur du gel afin que ce dernier obtienne un certain résultat fiscal. En conséquence, les deux parties n'ont pas d'intérêts économiques distincts. L'ARC arrive à la même conclusion dans le cas où la vente des actions est effectuée en faveur d'une société détenue par une tierce partie (et non un employé)³⁵. Les actions font ensuite l'objet d'un rachat; c'est l'auteur du transfert qui a prêté à la société les sommes nécessaires au paiement du rachat. L'ARC a indiqué que l'article 84.1 LIR s'appliquait à la transaction parce qu'il y avait un lien de dépendance entre les parties étant donné qu'une des parties à l'opération ne faisait qu'accommoder l'autre en vue d'obtenir un résultat fiscal.

L'ARC a également eu à se prononcer sur un cas semblable dans une autre interprétation technique³⁶. Dans le cadre d'un gel successoral, un contribuable échange les actions ordinaires de sa

³³ Interprétation technique 2007-0243171C6 et 01-0111245.

³⁴ Alinéa 251(1)c) LIR.

³⁵ Interprétation technique 2004-0106161E5.

³⁶ Interprétation technique 2004-0086771C6.

société exploitante contre des actions privilégiées de gel. Le contribuable et l'employé, par l'intermédiaire d'une société nouvellement créée, souscrivent aux actions de la société exploitante à la hauteur de 85 % et de 15 % respectivement. Par la suite, le contribuable vend à la société de l'employé 15 % de ses actions de gel en contrepartie d'un billet. La société exploitante rachète les 15 % d'actions de gel au fur et à mesure qu'elle a les liquidités. L'ARC a conclu qu'il y avait un lien de dépendance entre les parties car, d'une part, l'auteur du gel conservait une participation importante dans la société et, d'autre part, la société de l'employé-clé ne faisait qu'accommoder le contribuable en achetant les actions privilégiées de gel. L'ARC a également souligné le fait que les fonds pour financer le rachat provenaient de la société exploitante.

Dans un autre cas où les employés sont aussi actionnaires d'une société exploitante, l'ARC n'a pas retenu le concept d'accommodation³⁷. La convention entre les employés-actionnaires prévoyait que si l'un d'eux quittait la société exploitante, il pouvait vendre ses actions à une filiale de cette dernière et utiliser sa déduction pour gains en capital. Cela était possible si aucun autre employé-actionnaire ne voulait se porter acquéreur des actions du vendeur. La société exploitante rachetait ensuite les actions détenues par la filiale. Selon l'ARC, il n'y a pas de lien de dépendance de fait entre les employés-actionnaires et la société exploitante étant donné que la transaction visait à ne pas pénaliser l'actionnaire qui quittait la société. L'ARC considérait que les parties avaient des intérêts économiques distincts.

L'ARC a aussi utilisé le concept d'accommodateur pour justifier sa position dans le cas où l'actionnaire qui se retire d'une société vend, contre un billet, ses actions à une nouvelle société détenue par les deux autres actionnaires, actions qui sont ensuite rachetées par la société³⁸. L'ARC a considéré que les actionnaires restants avaient accommodé celui qui partait en lui permettant de vendre, contre un billet, ses actions à une entité avec laquelle il n'avait pas de lien de dépendance. L'ARC est parvenue à cette conclusion même s'il y avait eu des négociations pour déterminer le prix des actions.

Dans une interprétation technique datant de 2004³⁹, l'ARC a conclu à l'application de l'article 84.1 LIR sous prétexte que la société ayant acquis les actions jouait le rôle d'accommodateur. La situation visait la vente des actions qu'une société de personnes détenait dans une société à une autre société par actions détenue par un des trois associés de la société de personnes. Le produit de la vente des actions a par la suite été distribué aux associés.

³⁷ Interprétation technique 2003-0181713.

³⁸ Interprétations techniques 1999-008945, 2002-016655 et 2004-0106161E5.

³⁹ Interprétation technique 2004-0103061E5.