

Mise à jour concernant l'utilisation des actions à dividendes discrétionnaires



François Drouin
CPA, CA, M. Fisc.
Fiscalliance inc.
fdrouin@fiscalliance.ca

Roxane Boisclair-Vandal
BAA, M. Fisc.
Fiscalliance inc.
rboisclair@fiscalliance.ca

Depuis les arrêts *McClurg c. La Reine*, [1991] 1 C.T.C. 169, 91 D.T.C. 5001 (C.S.C.) (« *McClurg* ») et *Neuman c. La Reine*, [1998] 3 C.T.C. 177, 98 D.T.C. 6297 (C.S.C.) (« *Neuman* ») de la Cour suprême du Canada, la popularité des actions à dividendes discrétionnaires ne cesse de croître. Certaines planifications avantageuses peuvent être utilisées sans nécessiter, par exemple, l'implantation plus coûteuse et plus complexe d'une fiducie familiale discrétionnaire. Que ce soit pour protéger les actifs d'une société, faciliter l'obtention de la déduction pour gains en capital (« DGC ») ou fractionner le revenu avec les membres de la famille, les actions à dividendes discrétionnaires sont certainement un outil supplémentaire que les fiscalistes peuvent considérer pour leurs clients.

Bien que les actions à dividendes discrétionnaires ne permettent généralement pas de possibilités supplémentaires par rapport aux fiducies, les autorités fiscales semblent les percevoir avec plus d'agressivité que les fiducies. Encore récemment à la table ronde sur la fiscalité fédérale (question 13) du Congrès 2012 de l'Association de planification fiscale et financière, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») réitérait les possibles dangers de l'utilisation de ces actions. L'objet du présent texte est de répertorier certains aspects à prendre en considération lors de l'implantation d'une structure utilisant les actions à dividendes discrétionnaires. Ainsi, nous allons distinguer les deux types d'actions à dividendes discrétionnaires : celles qui sont participatives quant au reliquat des biens en cas de liquidation et celles qui ne le sont pas. Comme nous le verrons plus loin, les difficultés liées à l'utilisation d'actions à dividendes discrétionnaires sont particulières à chaque type.

Les dangers reliés à la juste valeur marchande de ces actions

À plusieurs reprises, l'ARC a mentionné que des conséquences fâcheuses découleraient de l'émission ou de l'annulation d'actions à dividendes discrétionnaires pour une valeur différente de leur juste valeur marchande (« JVM ») (voir les interprétations techniques 9516317, 30 octobre 1995, 2002-0179095, 11 mars 2003, 2010-0364131E5, 19 mai 2010 et 2010-0388821E5, 12 janvier 2011). Par exemple, plusieurs interprétations techniques mentionnent que le paragraphe 69(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« L.I.R. ») pourrait s'appliquer tel qu'il a été prévu dans l'arrêt *La Reine c. Albert Kieboom*, [1992] 2 C.T.C. 59, 92 D.T.C. 6382 (C.A.F) (« *Kieboom* »), entraînant une double imposition. Cela pourrait notamment se produire si la souscription d'actions à dividendes discrétionnaires s'effectuait pour un montant moindre que la JVM de ces actions. Selon ces interprétations, il y aurait à ce moment un transfert d'un intérêt économique indirect de l'actionnaire actuel vers le détenteur des actions émises. De plus, si le nouveau détenteur était le conjoint de l'actionnaire actuel, les règles d'attribution prévues aux paragraphes 74.1(1) et 74.2(1) L.I.R. s'appliqueraient, étant donné que les formalités prévues au paragraphe 74.5(1) L.I.R. ne seraient certainement pas respectées. Les revenus de dividendes générés par ces actions ainsi que tout gain en capital potentiel seraient donc attribués à l'actionnaire principal et la stratégie de fractionnement du revenu serait alors inefficace.

Également, l'ARC pourrait invoquer le paragraphe 15(1) L.I.R. et prétendre que c'est la société qui confère un avantage au nouvel actionnaire plutôt que l'actionnaire actuel. Dans ce cas, la stratégie de fractionnement serait fonctionnelle bien que des impôts pussent découler de l'inclusion au revenu du montant de l'avantage établi.

Finalement, l'ARC a déjà évoqué la possibilité que le paragraphe 110.6(7) L.I.R. trouve application si le rachat des actions à dividendes discrétionnaires s'effectuait pour un montant bien inférieur à leur JVM. Dans cette situation, les contribuables ne pourraient pas bénéficier de la DGC lors de la vente de leurs actions si celle-ci fait partie de la même série d'opérations que le rachat.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* est très claire sur les dangers d'effectuer des transactions à une valeur différente de la JVM. Mais quelle est donc la JVM d'une action à dividende discrétionnaire?

La JVM des actions à dividendes discrétionnaires

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas l'expression « juste valeur marchande ». La définition utilisée par l'ARC, dans la *Circulaire d'information* 89-3, « Exposé des principes sur l'évaluation de biens mobiliers », au 25 août 1989, énonce au paragraphe 3 ce qui suit :

« [L]a juste valeur marchande est le prix le plus élevé, exprimé en dollars, qui puisse être obtenu sur un marché ouvert qui n'est soumis à aucune restriction, lorsque les parties à la transaction sont bien informées, qu'elles agissent avec prudence, qu'elles n'ont aucun lien de dépendance entre elles et que ni l'une ni l'autre n'est forcée de quelque manière de conclure la transaction. » (Notre soulignement)

Dans le cas de la valeur d'une action, cette valeur est essentiellement déterminée en fonction des flux de trésorerie futurs que l'action produira compte tenu de l'incertitude associée quant à la matérialisation de ceux-ci. En ce qui concerne les actions à dividendes discrétionnaires qui sont non participatives et habituellement sans droit de vote, leur valeur peut difficilement excéder leur valeur d'émission, surtout si ces mêmes actions ne sont pas rachetables au gré du détenteur, mais bien de la société. Un acquéreur **sans lien de dépendance** avec la société ne souhaiterait pas payer un montant important pour ces actions, car les chances qu'ils reçoivent des dividendes substantiels sont nulles si cet acquéreur n'a aucun pouvoir au sein du conseil d'administration. Même dans le cas où l'acquéreur dispose d'un pouvoir au sein du conseil d'administration, ces actions n'ont pas plus de valeur, car l'acquéreur en question n'a qu'à s'émettre de nouvelles actions à dividendes discrétionnaires au lieu d'acquiescer celles d'un autre actionnaire. Comme personne ne désire investir un dollar pour retrouver un dollar, surtout s'il ne peut le retrouver à son gré, la valeur de ce type d'actions peut difficilement être supérieure à une valeur nominale.

Néanmoins, même s'il est difficile d'attribuer une valeur aux dividendes futurs que ces actions peuvent générer, certains fiscalistes se demandent si l'existence d'un recours en oppression pour les actionnaires minoritaires permettrait de justifier une valeur plus élevée pour ces actions que leur valeur nominale. Dans le cas où les autres actionnaires ne possèdent pas également des actions participatives de la société, nous croyons qu'il serait très embêtant pour ces actionnaires d'alléguer qu'ils ont été lésés par la non-déclaration de dividendes sur ces actions puisqu'ils ont souscrit volontairement, et pour un montant nominal, à celles-ci alors qu'elles n'offraient aucune garantie de revenus de dividendes futurs. Cela est encore plus vrai dans un contexte familial où le but premier est le fractionnement de revenu. Dans une telle situation, convaincre un juge que les enfants ont été lésés ne sera pas facile. Si, en plus, on considère les coûts reliés à cette démarche, il sera très surprenant qu'un investisseur indépendant soit prêt à payer une prime pour ce recours. Dans le cas où les autres actionnaires ont des actions participatives, leur chance de succès semble meilleure bien qu'elle soit entièrement incertaine.

Finalement, des praticiens prétendent que ces actions ont une valeur, car des dividendes importants seront versés, ou ont même déjà été versés, sur ces actions. Si l'on devait appliquer cette même logique aux actions émises après un gel successoral classique, il serait alors impossible de prétendre que celles-ci n'avaient alors qu'une valeur nominale. Cette même logique s'appliquerait aussi à la valeur d'une participation discrétionnaire dans une fiducie alors qu'il est plus que prévisible que certains bénéficiaires recevront des sommes importantes dans le futur. Il est pourtant accepté qu'aucune valeur ne soit attribuable à une telle participation étant donné que les fiduciaires peuvent changer d'avis à tout moment avant l'attribution de sommes aux bénéficiaires. Quand on parle de la juste valeur d'une action, il n'est malheureusement pas permis de considérer plus tard des faits qui n'étaient pas survenus au moment de l'évaluation. Si tel était le cas, ce serait tout le système fiscal qu'il faudrait repenser.

Au sujet des actions qui possèdent le droit de participer au reliquat des biens en cas de liquidation, la question est plus complexe. Le droit de participer dans le reliquat a certainement une valeur, mais celle-ci est plus difficilement déterminable lorsque des actions discrétionnaires sont en circulation. En fait, dans tous les cas où des actions à dividendes discrétionnaires sont en circulation, que celles-ci soient participatives ou non, la détermination de la valeur des actions participatives en circulation peut poser un sérieux problème d'évaluation.

Traditionnellement, les profits étaient distribués aux actionnaires participants au prorata du nombre d'actions détenues, que celles-ci aient droit de vote ou non. La quote-part d'une action dans les flux de trésorerie futurs était déterminable, ce qui permettrait de calculer la valeur de celle-ci en fonction des flux de trésorerie futurs estimés. Cette situation ne tient plus dès le moment que des actions discrétionnaires sont en circulation. La quote-part d'un actionnaire, élément essentiel du calcul de la JVM, est alors indéterminée. La présence de droits de vote, et plus précisément du pouvoir de contrôler le conseil d'administration de la société, prend alors toute son importance. À moins d'être en présence d'une convention unanime entre actionnaires qui restreint la déclaration des dividendes et qui protège les actionnaires minoritaires, la valeur des actions détenues par un minoritaire dépendra de la répartition des droits de vote dans la société. Ainsi, lorsque les droits de vote sont répartis de manière que la collaboration d'un grand nombre d'actionnaires soit nécessaire pour nommer le conseil d'administration, la valeur des actions participatives ne devrait pas être touchée significativement par rapport au modèle traditionnel. À l'inverse, lorsqu'un autre actionnaire contrôle seul la société, la présence d'actions à dividendes discrétionnaires n'est certainement pas un élément banal quand vient le temps de déterminer la valeur des actions participatives détenues par un actionnaire minoritaire.

En situation de gel successoral ou de cristallisation de la DGC, la détermination de la valeur des participations pourrait être hasardeuse et causer des problèmes. Celle-ci pourrait aussi mettre en danger le statut de société rattachée lorsque le pourcentage de détention d'actions participatives à dividendes discrétionnaires d'une société n'est pas significativement supérieur à 10 % des actions participatives.

Les dangers reliés à la détermination du revenu protégé

Dans plusieurs interprétations techniques (2002-158885, 4 novembre 2002, 2010-0388821E5, 12 janvier 2011 et 2012-0448651E5, 3 juillet 2012), l'ARC met en garde les contribuables quant à l'application potentielle du paragraphe 55(2) L.I.R. lorsque des dividendes sont versés sur des actions à dividendes discrétionnaires détenues par une autre société. Selon la position de longue date de l'ARC (voir Robert J.L. READ, « Section 55 : A Review of Current Issues », dans *1988 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1989, pp. 18:1-28), la répartition du revenu protégé entre les différentes classes d'actions devrait s'effectuer de la même manière que les bénéfices seraient

distribués dans le cadre de la liquidation de la société. Pour ce qui est des actions participatives à dividendes discrétionnaires, la position de l'ARC est que la répartition s'effectuera proportionnellement au nombre d'actions participatives. En ce qui a trait aux actions qui ne sont pas participatives, c'est sans surprise que l'ARC précise qu'il ne sera vraisemblablement pas possible d'accumuler du revenu protégé sur ces actions. Si parfois cela peut causer des problèmes, est-ce vraiment si catastrophique?

Tout d'abord, le concept de revenu protégé n'est généralement pertinent que lorsqu'un des éléments prévus à l'alinéa 55(3)a) L.I.R. survient. Par exemple, dans un contexte de purification et de protection d'actifs en continu, que ces actions puissent accumuler du revenu protégé ou non n'est généralement pas pertinent. Également, il faut demeurer prudent à ne pas faire le lien simpliste entre le revenu protégé attribuable à une action et la possibilité de verser des dividendes intersociétés libres d'impôt sur ces mêmes actions. La législation requiert que l'on détermine si un **revenu protégé** suffisant existe **sur l'action dont le gain en capital est diminué**, et non pas sur l'action sur laquelle le dividende est versé. Lorsqu'un dividende est versé sur une action non participative à dividendes discrétionnaires, ce n'est donc pas le revenu protégé de cette action que l'on doit regarder, mais bien celui des actions dont le versement diminue la valeur. Si cela semble surprenant à première vue, c'est néanmoins l'interprétation la plus raisonnable que l'on puisse effectuer en analysant les mots précis du texte de loi, surtout la version anglaise qui utilise les termes *any share*. L'ARC a elle-même pris cette position dans l'interprétation technique 2002-0158885 du 4 novembre 2002.

Application du paragraphe 245(2) L.I.R. aux actions à dividendes discrétionnaires

La dernière mise en garde mentionnée dans toutes les interprétations techniques portant sur les actions à dividendes discrétionnaires est celle de l'application possible du paragraphe 245(2) L.I.R. selon les faits et circonstances. On pourrait accuser les auteurs du présent texte de manquer gravement d'imagination, mais ceux-ci ont de la difficulté à concevoir les faits et circonstances où l'utilisation d'actions à dividendes discrétionnaires constituerait, en elle-même, un abus de la loi lue dans son ensemble. L'ARC ne mentionne pas l'application potentielle de la règle générale antiévitement dans chaque interprétation technique portant sur les fiducies discrétionnaires, pourquoi le fait-elle pour ces actions si ce n'est pas simplement pour tenter de freiner l'hémorragie? Effectuer de la protection d'actifs, du fractionnement de revenu et de la purification n'est pas abuser de la loi. Si multiplier la DGC à l'aide d'une fiducie discrétionnaire était accepté, il serait très surprenant que le fractionnement de quelques milliers de dollars de dividendes par année constitue un abus de la loi, que ce soit en utilisant une fiducie ou des actions à dividendes discrétionnaires. Ce n'est pas parce que l'on peut atteindre les mêmes objectifs à moindre coût que le résultat est plus abusif pour autant.

Choisir le bon type d'actions à dividendes discrétionnaires

En règle générale, les deux types d'actions à dividendes discrétionnaires permettent d'arriver aux mêmes résultats. L'avantage d'utiliser des actions participatives est certainement la possibilité de multiplier la DGC lors de la vente de l'entreprise. Toutefois, il ne sera pas aussi facile de protéger l'actionnaire principal en cas de conflit avec les autres membres de la famille qui sont actionnaires. À l'inverse, des actions non participatives et rachetables au gré de la société permettent à l'actionnaire principal de conserver une protection totale en cas de conflit. Certains fiscalistes prétendent que seules les actions participatives devraient être utilisées, étant donné que c'est ce type d'actions qui fut jugé par la Cour suprême dans les arrêts *McClurg* et *Neuman*. La Cour a toutefois mentionné qu'il faut d'abord regarder si ces actions sont autorisées par les lois relatives aux sociétés, ce qui est aussi le cas des actions non participatives. Également, il existe plusieurs interprétations techniques où les actions non participatives sont utilisées et jamais l'ARC n'a remis en doute la légalité de ce type d'actions. La fiscalité étant dépendante du droit applicable et de la validité des transactions juridiques, il nous est difficile de prétendre que les actions non participatives ne devraient pas être utilisées si celles-ci sont valides en droit sur les sociétés.

Conclusion

Il existe certainement des dangers à utiliser les actions à dividendes discrétionnaires. Du moment où les transactions ont comme conséquence de transférer indirectement une valeur déjà accumulée à un nouvel actionnaire, les autorités fiscales auront raison d'attaquer ces transactions en se basant sur l'arrêt *Kieboom*. Pour minimiser ce risque, il pourrait être préférable d'effectuer d'abord un gel successoral avant d'émettre ces actions ou d'inscrire dans les statuts des sociétés une clause limitant le versement de dividendes sur ces actions au montant de bénéfice généré depuis leur émission. Avec ces

précautions, il ne serait pas raisonnable de prétendre que ces actions ont une valeur plus grande qu'une valeur nominale au moment de leur émission. À la suite de l'émission, les actions participatives pourront augmenter de valeur alors que la valeur de celles qui ne sont pas participatives devrait demeurer stable. Les plus prudents pourraient aussi privilégier la création de ces actions sous forme de dividendes aux actionnaires participants. L'actionnaire devrait alors inclure dans son revenu le montant de capital versé attribué à ses actions. Dans cette situation, la question de leur souscription à la JVM perdrait alors son importance. Il ne suffirait ensuite que de vendre ses actions au nouveau détenteur pour arriver au résultat souhaité.

Il importe également de rappeler que le fractionnement de revenus sera efficace seulement si l'utilisation de ces actions ne constitue pas un simulacre où les membres de la famille ne sont que des intermédiaires utilisés pour permettre à l'actionnaire principal d'extraire des fonds de la société. Cette précaution s'applique aussi aux fiducies discrétionnaires.

Finalement, il n'y a aucune raison pour laquelle les actions à dividendes discrétionnaires devraient être perçues comme plus « agressives » que les fiducies discrétionnaires, ces dernières étant même beaucoup plus bénéfiques dans certaines situations. Si les autorités fiscales désirent vraiment mettre un terme à l'utilisation de ces actions, elles devraient convaincre les gouvernements de modifier les lois sur les sociétés par actions. Le jour où ces actions ne seront pas valides en droit sur les sociétés, les fiscalistes devront immédiatement cesser leur utilisation. D'ici là, ces actions continueront d'être d'excellents outils pour permettre aux praticiens d'exprimer tous leurs talents dans la conception de structures fiscalement avantageuses pour leurs clients. ●

4^e SYMPOSIUM sur la RS & DE

*La RS & DE à la croisée des chemins :
une nouvelle dynamique s'installe*

Le RENDEZ-VOUS ANNUEL
par EXCELLENCE pour les
professionnels
de la recherche
scientifique
et du développement
expérimental

21 ET 22 FÉVRIER 2013
Hôtel Hilton Montréal Bonaventure

Consultez le programme et inscrivez-vous
sur le site Internet de l'APFF.

www.apff.org