

# Les transferts intergénérationnels : quelles modifications pouvons-nous attendre du Projet de loi C-208?



**Marc Pietro Allard**  
Avocat  
Davies Ward Phillips & Vineberg  
s.e.n.c.r.l., s.r.l.  
mpallard@dwpv.com



**Dahlia Hodge**  
Étudiante en droit  
Davies Ward Phillips & Vineberg  
s.e.n.c.r.l., s.r.l.  
dhodge@dwpv.com

Le Projet de loi C-208, *Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu (transfert d'une petite entreprise ou d'une société agricole ou de pêche familiale)* (« PL C-208 »), a été adopté le 29 juin 2021 afin de répondre à l'iniquité du traitement fiscal dans un contexte de transfert intergénérationnel d'une entreprise par voie d'actions. Dans cet objectif, le Parlement a modifié l'article 84.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (« L.I.R. ») pour permettre le même traitement fiscal lors d'une vente par un particulier des actions d'une société à une autre société contrôlée soit par un tiers, soit par un membre de sa famille.

L'entrée en vigueur du PL C-208 était controversée. Certains détracteurs suggéraient que celui-ci présentait des occasions de planification fiscale permettant le dépouillement des surplus. Autrement dit, le PL C-208 ouvrait la porte trop large aux planifications, ce qui ne reflète pas l'intention du législateur d'exempter les « véritables » transferts d'entreprise de l'application de l'article 84.1 L.I.R.

Ainsi, à la suite de son entrée en vigueur, le ministère des Finances du Canada (« Ministère ») a annoncé que des modifications éventuelles répondraient aux lacunes du PL C-208. Dans son Budget de 2022, le gouvernement fédéral a indiqué qu'il s'engageait à présenter les mesures législatives requises pour régler ce problème, celles-ci pouvant être incluses dans un projet de loi déposé à l'automne 2022 après le processus de consultation. Ainsi, il est opportun d'analyser l'effet du PL C-208 en comparant la mesure fédérale avec l'exception prévue au Québec, celle-ci étant beaucoup plus restrictive, pour prévoir les restrictions qui pourront être introduites par le législateur.



## L'objectif du PL C-208 : répondre à l'iniquité fiscale

Les fiscalistes sont bien au fait que l'article 84.1 L.I.R. est une règle anti-évitement spécifique qui refuse le traitement du gain en capital pour les transferts d'actions admissibles de petite entreprise (« AAPE ») (ou des actions d'une société agricole ou de pêche familiale) entre personnes avec lien de dépendance. Lorsque les critères d'application sont satisfaits, l'article 84.1 L.I.R. transforme un gain en capital en dividende réputé. Essentiellement, cette règle vise à empêcher les situations où un contribuable peut bénéficier des surplus d'une société en profitant des taux d'imposition réduits s'appliquant au gain en capital et de l'exonération cumulative des gains en capital (« ECGC »). Pourvu qu'il existe une distinction du traitement fiscal entre le gain en capital et les autres formes de revenus, tels que les dividendes, il y aura une incitation pour les contribuables de structurer leurs transactions en déclenchant un gain en capital afin de profiter du surplus d'une société.

Cette mesure s'applique de façon automatique lorsque les critères à l'article 84.1 L.I.R. sont satisfaits. Comme l'a expliqué le juge en chef Noël dans l'arrêt *Pomerleau c. Canada*, 2018 CAF 129, l'interprétation de l'objet et de l'esprit de l'article 84.1 L.I.R. ne révèle pas « une intention de faire exception à son application lorsqu'il s'agit d'un transfert intergénérationnel d'entreprises familiales ». Il n'existe rien dans le libellé de l'article ou dans son objet et son esprit « qui ne laisse entrevoir une quelconque intention d'écarter de sa portée de tels retraits lorsqu'ils sont orchestrés par les membres d'une même famille ». Puisqu'il n'y a aucun critère d'intention, l'article 84.1 L.I.R. a un effet punitif sur les particuliers qui effectuent des transferts intergénérationnels « véritables » par rapport à ceux qui vendent leur entreprise à une partie sans lien de dépendance.

Le PL C-208 tente alors de résoudre ce problème en prévoyant une exception à la règle spécifique anti-évitement en réputant que le vendeur et l'acheteur des actions n'ont pas, entre eux, un lien de dépendance lorsque les critères suivants sont remplis :

- les actions transférées sont des AAPE (ou des actions d'une société agricole ou de pêche familiale);
- la société acheteuse est contrôlée par un ou plusieurs enfants ou petits-enfants du vendeur;
- les enfants ou les petits-enfants qui contrôlent la société acheteuse doivent avoir au moins 18 ans; et
- la société acheteuse ne peut pas disposer des actions concernées dans les 60 mois après l'acquisition (pour une raison autre qu'un décès).

Le contribuable doit aussi fournir une évaluation indépendante de la juste valeur marchande (« JVM ») des actions transférées ainsi qu'un affidavit signé par lui et par un tiers attestant de la disposition des actions (cette exigence présente certains problèmes d'interprétation qui seront abordés ci-dessous). Si la société acheteuse dispose des actions concernées, pour une raison autre que le décès, avant les 60 mois suivant l'acquisition, le contribuable est réputé avoir disposé des actions directement en faveur de la personne qui les a acquises de la société acheteuse.

Notons que l'application des nouvelles règles introduites par le PL C-208, qui soustraient le transfert intergénérationnel

aux effets indésirables de l'article 84.1 L.I.R., est mécanique ou « automatique ». Cette approche mécanique est au centre de la problématique de l'application de la mesure anti-évitement prévue à l'article 84.1 L.I.R. : son application automatique crée des distorsions en s'attaquant à des transactions à l'extérieur de son objectif. Voilà notre critique du PL C-208 – les nouvelles règles peuvent s'appliquer mécaniquement dès qu'elles sont satisfaites sans qu'un transfert « véritable » ait eu lieu.

## L'évaluation indépendante et l'affidavit

Cette exigence présente deux problèmes d'interprétation : i) quel type d'évaluation indépendante de la JVM des actions transférées est nécessaire pour satisfaire aux règles; et ii) que doit contenir l'affidavit? Lors de la table ronde de la Conférence for Advanced Life Underwriting (CALU) en mai 2022, l'Agence du revenu du Canada (« ARC ») a indiqué que des directives ont été publiées sur leur site (« Affidavits et évaluations relatifs au transfert d'une petite entreprise ou d'une société agricole ou de pêche familiale ») pour répondre à ces questions (voir le document de l'ARC 2022-0928721C6).

Premièrement, l'évaluation doit être fournie par une personne qui possède de l'expérience et des connaissances suffisantes en matière d'évaluation et elle ne doit avoir aucun lien avec la société ou le vendeur (et n'a aucun intérêt financier en lien avec les transactions). Le contenu du rapport dépendra de la nature de la société, mais comprendra généralement : les calculs de la valeur des actions; l'analyse de l'entreprise, du secteur d'activité, de l'emplacement et de l'économie afin d'évaluer le risque; l'explication des calculs ainsi que la justification relative à la méthodologie; l'évaluation du matériel agricole et du bétail; l'évaluation des biens immobiliers, dans le cas où la valeur de la société est fondée sur des biens; l'analyse des droits et des restrictions relatifs aux actions de la société et des autres conventions (par exemple, les conventions d'actionnaires); et la description des hypothèses formulées en effectuant l'analyse. Finalement, l'ARC précise qu'« un rapport qui répond aux normes de l'Institut des experts en évaluation d'entreprise répondra aux attentes de l'ARC ».

En ce qui concerne l'affidavit, l'ARC ne fournit pas de formulaire, mais indique les informations qu'il doit comprendre :

- le nom, l'adresse complète et le numéro d'assurance sociale (« NAS ») du vendeur;
- le nom et le numéro d'entreprise de l'entité dont les actions ont été vendues;
- le nom et le numéro d'entreprise de la société acheteuse;
- la date de disposition;
- une attestation indiquant que les actions sont des AAPE (ou d'une société agricole ou de pêche familiale);
- une attestation indiquant que les enfants ou les petits-enfants du particulier contrôlent la société acheteuse et ont au moins 18 ans (incluant le nom et le NAS de ceux-ci);
- la signature du commissaire à l'assermentation ou du notaire public; et
- la signature du particulier qui dispose des actions.

L'ARC fournit aussi un exemple d'un affidavit pour les contribuables.

## Exemples de planification fiscale problématique

Lors de la troisième lecture par le Sénat du PL C-208, les représentants du Ministère ont souligné des préoccupations quant à l'absence d'un test substantiel permettant d'évaluer si une entreprise était véritablement transférée à la prochaine génération d'une famille. Ainsi, certains exemples permettent d'illustrer les faiblesses de la législation fédérale.

Prenons, par exemple, un scénario où un parent détient la totalité des actions se qualifiant d'AAPE d'une société (« Canco »). Le parent souhaite dépouiller les surplus de Canco en bénéficiant du traitement du gain en capital, tout en conservant sa participation dans la croissance économique de l'entreprise. Le parent pourrait vendre ses actions à la société de son enfant (« Acquisico »), ce qui déclencherait un gain en capital sur lequel il pourra utiliser son ECGC. Ensuite, le parent pourrait souscrire à des actions sans droit de vote et avec droit de participation d'Acquisico pendant que son enfant conserve les actions avec droit de vote et sans droit de participation d'Acquisico. En procédant ainsi, les critères établis par le PL C-208 semblent être satisfaits puisque l'enfant détient le contrôle de droit d'Acquisico, même si le Parent continue de participer dans la croissance économique de Canco. Bien entendu, les dispositions québécoises (discutées ci-dessous) ne seraient pas satisfaites dans un tel cas, ce qui suggère soit que les règles fédérales sont trop permissives, soit que les règles provinciales sont trop restrictives.

Le critère de détention de 60 mois des actions vendues à la société acheteuse (« actions concernées ») est autant problématique que le critère de contrôle. Si nous reprenons l'exemple illustré ci-dessus, rien n'empêche l'enfant de transférer ses actions avec droit de vote et sans droit de participation après l'acquisition des actions concernées par Acquisico. Selon la mesure introduite par le PL C-208, la restriction s'applique à la détention des actions concernées par Acquisico : « au cours de la période de [60] mois suivant l'achat, l'acheteur ne dispose pas des actions concernées » (notre soulignement). Ainsi, après les différentes étapes de la transaction, le parent retient non seulement sa participation dans la croissance économique de Canco, mais aussi le contrôle de cette dernière par l'entremise d'Acquisico.

Dans un autre contexte, le critère de détention de 60 mois est autant problématique : comme l'acheteur ne peut pas disposer des actions acquises pendant 60 mois, il ne semble pas être possible de faire une fusion d'Acquisico et de Canco. Une telle fusion serait permise dans une vente entre tiers. Ainsi, puisqu'il faut qu'Acquisico paie 40 % du prix de vente dans les 30 jours pour satisfaire les règles québécoises, Acquisico devra probablement lever du financement pour acquitter ce paiement. Les intérêts sur cet emprunt ne seront pas déductibles dans Acquisico, ce qui augmente le coût de l'acquisition des actions et l'acheteur devra supporter inutilement la gestion de deux sociétés distinctes plutôt qu'une seule.

Ces exemples simples démontrent clairement les préoccupations du Ministère ainsi que les lacunes du texte de la mesure prévue par le PL C-208. Toutefois, il y a un risque d'application de la règle générale anti-évitement (« RGAÉ ») puisque ces transactions semblent contourner la mesure anti-évitement de l'article 84.1 L.I.R. en abusant du texte de l'exemption à l'alinéa 84.1(2)e

L.I.R. Ces transactions n'ont clairement pas le but de transférer l'entreprise du parent à son enfant, surtout dans le cas où l'enfant transfère ses actions avec droit de vote et sans droit de participation immédiatement après l'acquisition des actions concernées.

De plus, en ce qui concerne le critère du **contrôle**, les autorités fiscales peuvent appliquer la RGAÉ en soulevant comme argument le fait que l'enfant ne détient pas le véritable contrôle d'Acquisico selon les transactions illustrées ci-dessus, puisque le parent détient la totalité de l'intérêt économique. On peut aussi imaginer l'argument selon lequel l'enfant n'est qu'un facilitateur pour que le parent puisse contourner l'application de la mesure anti-évitement de l'article 84.1 L.I.R.

À la lumière de ces exemples, il semble probable que le législateur modifiera l'article 84.1 L.I.R. soit en établissant des définitions concrètes des critères introduits par le PL C-208, soit en introduisant de nouveaux critères. Généralement, le législateur n'est pas satisfait de se reposer sur la RGAÉ pour attaquer les transactions qui semblent tirer avantage des lacunes textuelles d'une disposition lorsqu'elle peut facilement modifier ladite disposition. Ainsi, il ne serait pas surprenant si le législateur fédéral s'inspire de la législation du Québec à cet égard.

## L'exemption québécoise

Depuis le 16 mars 2016, une exemption sur les « véritables » transferts intergénérationnels existe au Québec, prévue aux articles 517.5.5 à 517.5.11 de la *Loi sur les impôts*. Par contre, l'exemption québécoise est beaucoup plus restrictive que l'exemption fédérale. Les critères principaux d'admissibilité à l'exemption se résument ainsi :

- Le particulier-vendeur des actions, ou son conjoint, doit avoir pris une **part active** dans l'entreprise admissible exploitée par la société (« société donnée ») durant les 24 mois immédiatement avant le transfert. Ce même contribuable ou conjoint, généralement, **ne doit pas prendre une part active**, sous réserve de certaines exceptions, dans l'entreprise à la suite du transfert;
- La **part active** du vendeur, ou de son conjoint, doit se limiter au transfert de la connaissance que possède le particulier, ou son conjoint, relativement à l'entreprise à la suite du transfert;
- Le transfert ne sera pas admissible à l'exemption si, après 30 jours de l'aliénation des actions, le particulier ou son conjoint contrôle, directement ou indirectement, la société donnée;
- Au moins une personne (autre que le particulier ou son conjoint), qui détient des actions de l'acquéreur, prend une **part active** dans une entreprise exploitée par la société donnée ou par une société dans laquelle la société donnée avait une participation importante lors de la vente;
- Le vendeur doit **limiter sa participation financière résiduelle** après le transfert. Le montant de la participation financière résiduelle du particulier, ou de son conjoint, ne doit pas excéder 60 % (80 % dans le cas d'une entreprise agricole ou de pêche) de la JVM de l'ensemble des actions de la société acquise. Les modalités de remboursement ou de rachat des participations financières résiduelles sont aussi réglementées. Au plus tard 10 ans après l'aliénation des actions, le montant de la participation ne peut pas excéder 30 % de la JVM des actions de la société acquise.

Il est évident que ces critères applicables aux transferts intergénérationnels sont beaucoup plus restrictifs que ceux de l'exemption fédérale. Par contre, il appert du critère de la **part active** que le Québec a pris la position qu'un transfert intergénérationnel ne peut être « véritable » que si le vendeur cesse de participer activement à l'exploitation de l'entreprise et que la relève y participe activement à sa place. Cela étant dit, ce critère pose lui-même un problème puisqu'il porte nécessairement un élément subjectif dans l'analyse de la participation des actionnaires.

## La « part active » : un critère flou

Comme mentionné, l'expression « part active » est utilisée à maintes reprises dans l'exemption prévue par la *Loi sur les impôts*, sans définitions ou explications. Ce critère est alors nécessairement sujet à interprétation. Selon la législation et la jurisprudence fédérale et provinciale, prendre une part active ou participer activement désigne une participation qui est régulière, continue et importante. C'est le cas si un particulier travaille pour l'entreprise au moins 20 heures par semaine pendant une partie de l'année au cours de laquelle l'entreprise est exploitée. Nous pouvons établir un parallèle avec les actions des entreprises admissibles d'agriculture ou de pêche. La législation fédérale mentionne une participation active dans ce milieu comme prendre part à la gestion ou aux activités quotidiennes. D'ailleurs, simplement fournir du financement ne semble pas suffisant pour participer activement dans une entreprise – c'est plutôt un geste passif.

La traduction anglaise de **part active** dans la législation fédérale, *actively engaged*, a reçu davantage d'interprétation. Selon la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *King Georges Hotels Ltd. v. The Queen*, [1981] C.T.C. 87, il n'y a pas de test ou de méthode pour déterminer si un contribuable satisfait à un standard minimal quelconque pour être considéré comme étant *actively engaged* – c'est plutôt une question de fait. Certaines décisions de la Cour canadienne de l'impôt ne considèrent pas qu'une continuité absolue est requise pour qu'une participation soit active dans le contexte de l'emploi; une participation fréquente, sur une période substantielle de temps, sans être de nature passagère, serait suffisante. De plus, il semble aussi y avoir une distinction entre une activité qui serait *carried on by him* d'une activité dans laquelle un individu serait *actively engaged* (par exemple, voir *Levy v. Minister of National Revenue*, [1990] 2 C.T.C. 83).

Finalement, un document administratif de l'ARC discute le sens de l'expression « prendre une part active, de façon régulière » dans le contexte du revenu fractionné. Selon l'ARC, l'existence d'une **part active** est une question de fait. L'ARC indique que l'expression doit être interprétée selon son sens ordinaire et à la lumière des faits propres à chaque dossier.

## Dernières observations

L'entrée en vigueur du PL C-208 était nécessaire pour répondre à une iniquité dans le traitement fiscal d'un transfert intergénérationnel d'une entreprise par voie d'actions. Par contre, selon le Ministère, le texte du PL C-208 semble ouvrir la porte aux planifications fiscales qui ne reflètent pas l'intention du législateur d'exempter les « véritables » transferts d'entreprise de l'application de l'article 84.1 L.I.R. Ainsi, le Ministère a indiqué son intention de modifier l'article 84.1 L.I.R.

Puisque la problématique de l'article 84.1 L.I.R. semble découler, en partie, d'une application automatique des critères d'assujettissement, il serait intéressant de voir si le Ministère inclura un critère pour prendre en considération la raison d'être de la transaction. Selon les commentaires des représentants du Ministère lors de la troisième lecture du PL C-208 devant le Sénat, il se peut qu'un critère permettant d'évaluer la participation substantielle de la relève d'une entreprise soit introduit. À cet effet, le Ministère a indiqué, dans un communiqué de presse, que les problèmes ci-dessous seraient traités par les modifications au PL C-208 (« Le gouvernement du Canada clarifie les règles relatives à l'imposition des transferts intergénérationnels d'actions de petites entreprises », 19 juillet 2021) :

- l'obligation de transférer le contrôle juridique et le contrôle de fait de la société exploitant l'entreprise du parent à son enfant ou à son petit-enfant;
- le niveau de propriété de la société exploitant l'entreprise que le parent peut conserver pendant une période raisonnable suivant le transfert;
- les obligations et le calendrier pour que le parent transfère sa participation dans l'entreprise à la génération suivante; et
- le niveau de participation de l'enfant ou du petit-enfant à l'entreprise suivant le transfert.

Cette approche concorderait avec l'approche du Québec qui a prévu, dans son exemption équivalente, le critère de la **part active**. Bien que cela puisse répondre aux craintes du Ministère, il faudrait aussi s'assurer que le test ne soit pas subjectif afin d'introduire de l'ambiguïté dans son interprétation. Plutôt, il est nécessaire que les critères permettant à un contribuable de bénéficier de l'exemption à l'alinéa 84.1(2)e) L.I.R. soient flexibles, mais aussi clairs, sans introduire de nouveaux problèmes d'interprétation. Autrement dit, il faut que les critères suivent les principes « de prévisibilité, de certitude et d'équité ». De plus, il faudra se méfier de critères trop restrictifs qui empêcheraient les réels transferts intergénérationnels d'entreprises.

Nous attendons avec impatience les modifications du législateur à l'article 84.1 L.I.R.