



SOCIÉTÉ DE COMPTABLES PROFESSIONNELS AGRÉÉS

BULLETIN DE FISCALITÉ

Yves Joly
CPA, CA, DESS Fisc.

Juin 2014

VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR D'UNE SOCIÉTÉ? PRUDENCE! PLANIFICATION SUCCESSORALE ET GEL SUCCESSORAL QU'EN DISENT LES TRIBUNAUX : LE REMBOURSEMENT POUR HABITATION NEUVE

VOUS ÊTES ADMINISTRATEUR D'UNE SOCIÉTÉ? PRUDENCE!

Si vous êtes inscrit au registre provincial ou fédéral des sociétés comme «**administrateur**» d'une société (comprenant un organisme sans but lucratif ou de bienfaisance) – même si vous n'êtes *pas* légalement un administrateur mais êtes effectivement responsable d'une société constituée en personne morale – vous devez être au courant des risques fiscaux **et des mesures que vous pouvez prendre pour vous mettre à l'abri**. Chaque année, l'Agence du revenu du Canada (ARC) et Revenu Québec (RQ) adressent à des milliers d'administrateurs des avis de cotisation leur réclamant des sommes dues par leur société. Dans nombre de cas, l'administrateur n'était pas au courant du risque et de ce qu'il aurait pu faire pour éviter cette dette personnelle. D'innombrables Canadiens ont vu leurs actifs confisqués et leur vie ruinée par ce genre d'erreur.

(Dans les paragraphes qui suivent, les mentions de l'ARC valent également pour RQ qui administre non seulement l'impôt sur le revenu provincial et la taxe de vente du Québec, mais également la TPS.)

Pour quels types de dettes fiscales de la société un administrateur peut-il être imposé?

Les principales dettes fiscales sont les suivantes :

- les **déductions salariales** (impôt sur le revenu, RPC/RRQ et AE) qui ont été effectuées à la source mais non remises, *ou qui auraient dû être retenues à la source*
- la **TPS ou la TVH** (et, au Québec, la TVQ) que la société a perçue, ou qu'elle aurait dû percevoir, diminuée des déductions applicables comme les crédits (remboursements) de taxe sur les intrants (soit, la «taxe nette» de la société)
- les **intérêts et pénalités** sur les montants ci-dessus payables par la société, plus les intérêts sur le montant qui vous est réclamé à compter du moment où l'ARC vous adresse un avis de cotisation comme administrateur.

Il y a aussi d'autres dettes possibles, comme les taxes de vente au détail provinciales non perçues, et certaines autres taxes fédérales et provinciales.

Il est intéressant de savoir qu'un administrateur n'est *pas* redevable de l'impôt sur le revenu normal de la société. Cependant, dans maintes situations, un administrateur qui a reçu quelque chose d'une société avec laquelle il a un lien de dépendance dans une

année postérieure à l'année au cours de laquelle la dette fiscale est apparue, notamment un dividende, peut faire l'objet d'un avis de cotisation en vertu de l'article 160 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR), la règle relative à un transfert de bien, ou de la règle parallèle en matière de TPS de l'article 235 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Nous avons étudié ces règles en détail dans notre Bulletin de fiscalité de décembre 2012, sous la rubrique «Vous pouvez être tenu responsable des dettes fiscales d'un membre de votre famille!» (Nous ne reviendrons pas sur ces règles dans le présent article.)

Qu'arrive-t-il si vous n'êtes pas un administrateur légal?

Si vous êtes un administrateur, vous êtes responsable des déductions salariales de la société et du montant net de la TPS/TVH, comme il a été mentionné ci-dessus, sous réserve de diverses défenses expliquées ci-dessus. Cependant, vous pouvez également être tenu responsable si vous êtes un **administrateur de fait**, c'est-à-dire un administrateur en pratique même si vous n'êtes pas *légalement* un administrateur.

Par conséquent, si vous participez à la gestion d'une entreprise, ou si la société est inactive mais que vous êtes la personne qui traite avec l'ARC au nom de la société et qui répond aux questions à son sujet, vous pourriez fort bien être réputé un administrateur de fait. En pareil cas, vous êtes tout autant responsable que si vous étiez légalement un administrateur.

Qu'en est-il des autres administrateurs?

Dans une situation où il y a de multiples administrateurs, l'ARC peut choisir celui qu'elle imposera. Elle peut imposer tous les administrateurs, ou n'importe lequel d'entre

eux. Si vous étiez, disons, l'un de trois administrateurs, il ne sert à rien de vous défendre en disant que les autres administrateurs sont tout aussi responsables que vous et qu'ils devraient être imposés plutôt que vous, ou tout comme vous. Tous les administrateurs qui sont responsables (c'est-à-dire qui ne peuvent être excusés au moyen des défenses décrites ci-dessus) sont **solidairement responsables**, ce qui signifie que n'importe lequel d'entre eux peut se voir attribuer 100 % de la dette.

En pratique, l'ARC peut s'en prendre à la personne qui semble avoir les poches les plus profondes (capacité de payer). Les administrateurs peuvent invoquer un «droit de contribution» les uns des autres, mais cela les oblige à poursuivre les autres administrateurs devant un tribunal civil provincial pour leur part de la dette, et ces autres administrateurs pourraient bien être en faillite ou n'avoir aucun actif saisissable, même si votre poursuite est accueillie.

Que doit prouver l'ARC?

Rien, à moins que le litige soit porté devant un tribunal (voir ci-dessus). Si vous en appelez de l'avis de cotisation, il vous appartient de prouver que vous n'êtes *pas* responsable parce que l'une des défenses ci-dessus s'applique.

Première défense : «Je n'étais pas un administrateur»

Si vous n'avez jamais consenti par écrit à être nommé administrateur, peut-être n'étiez-vous pas un administrateur et n'êtes-vous pas responsable. Comme il est mentionné ci-dessus, toutefois, vous étiez peut-être un administrateur «de fait», parce que vous faisiez des choses que font les admi-

nistrateurs (gestion de l'entreprise, signature de documents en son nom, ou représentation de la société).

Si vous n'étiez pas un administrateur ni un administrateur de fait **lorsque la dette de la société est apparue**, vous n'êtes pas responsable de cette dette. Par conséquent, si vous êtes devenu un administrateur à un moment où la société avait déjà une importante dette au titre des déductions salariales ou de la TPS/TVH, il se pourrait que vous échappiez à l'imposition.

Notez cependant que les sommes remises pendant que vous étiez un administrateur auront normalement été imputées par l'ARC aux dettes les plus anciennes (pour lesquelles vous n'auriez pas été responsable), à moins que la société ait demandé expressément à l'ARC de les imputer aux nouvelles dettes. Vous pourriez alors être responsable au titre des nouvelles obligations de remise même si la société avait fait des remises suffisantes, pendant que vous étiez un administrateur, pour s'acquitter de ces obligations.

Qu'arrive-t-il si vous démissionnez avant que la dette n'apparaisse (c'est-à-dire avant la date à laquelle la société était tenue de remettre les déductions salariales ou la TPS/TVH)? Vous n'êtes pas responsable, mais il pourrait être difficile de prouver que vous avez démissionné et n'avez pas continué d'agir comme un administrateur de fait. Cette question est abordée dans la «*Deuxième défense*» ci-dessous.

Deuxième défense : «J'ai démissionné plus de 2 ans avant l'avis de cotisation»

Si vous avez cessé d'être un administrateur plus de deux ans avant la date à laquelle l'avis

de cotisation vous a été délivré à titre d'administrateur, vous n'êtes pas responsable.

Cependant, si votre nom n'a pas été retiré du registre public des sociétés au moment où vous avez démissionné, il pourrait être difficile de prouver que vous avez démissionné. On comprendra que l'ARC se méfie des personnes qui prétendent avoir démissionné il y a plus de deux ans mais qui ne peuvent vraiment prouver qu'elles ont remis leur lettre de démission à la société à ce moment. Vous devrez démontrer à partir de toutes les circonstances pertinentes et d'autres documents que vous aviez réellement démissionné.

Même si vous avez démissionné, si vous avez continué d'agir comme un administrateur de fait, on ne vous donnera pas de chance.

Notez qu'il n'y a aucun délai de prescription. Même si le défaut de la société de remettre la TPS est survenu il y a 20 ans, au début des années 1990, vous pouvez être imposé à cet égard, avec des intérêts composés astronomiques qui dépasseraient largement le montant initial de taxe. Cela se produit toujours; l'ARC prend souvent des années à se retourner vers les sociétés en faillite et à en imposer les administrateurs qui pourraient avoir démissionné entre-temps mais demeurent responsables parce qu'ils ne l'ont pas fait.

Troisième défense : «L'avis de cotisation de la société était erroné»

Si vous pouvez démontrer que la société n'était pas responsable en fait du montant des déductions salariales ou de la TPS/TVH que l'ARC lui réclame, vous devriez être en mesure de faire réduire ou éliminer l'avis de cotisation. Trois jugements ont été rendus récemment par la Cour d'appel fédérale

(CAF) à l'effet qu'un avis de cotisation peut être réduit.

Quatrième défense : «J'ai satisfait le critère de diligence raisonnable»

L'ARC vous proposera cette défense lorsqu'elle vous écrira la première fois pour vous faire part de son intention de vous imposer comme administrateur, et vous demander si vous avez quelque chose à dire.

La défense s'établit comme suit : «Un administrateur d'une société n'encourt pas de responsabilité relativement au défaut de la société de remettre les sommes déduites au titre des salaires ou de la TPS/TVH s'il a agi avec autant de soin, de diligence et de compétence pour prévenir le manquement que ne l'aurait fait une personne raisonnablement prudente dans les mêmes circonstances.»

Conclusion

Si vous êtes un administrateur de société, assurez-vous que la société remet bien toutes les sommes déduites au titre des salaires et de la TPS/TVH qu'elle doit remettre. Soyez proactif : si vous ne gérez pas l'entreprise vous-même, prenez les mesures nécessaires pour vous assurer que les remises sont réellement effectuées. *Documentez* ce que vous faites : envoyer vos demandes par courriel est une façon de le faire. Si vous n'êtes pas certain que les remises sont effectuées, démissionnez et assurez-vous que votre démission est immédiatement consignée dans le registre gouvernemental des sociétés – et espérez que deux ans s'écoulent sans que vous soyez imposé.

PLANIFICATION SUCCESSORALE ET GEL SUCCESSORAL

Aperçu

La planification successorale englobe divers aspects :

- Vous devez avoir un testament qui tient compte de vos souhaits et aussi des aspects fiscaux.
- Vous pouvez, le cas échéant, souhaiter prendre des mesures pour minimiser les droits d'homologation (que l'on désigne comme l'*Estate Administration Tax* dans certaines provinces) à votre décès.
- Vous devez avoir suffisamment d'assurance pour que soient comblés les besoins de votre famille à votre décès.
- Si vous détenez des biens dans d'autres pays ou si vous êtes un citoyen des États-Unis, vous devez tenir compte des effets des droits successoraux étrangers.
- Si vous léguiez des biens à vos enfants qui sont mariés ou pourraient se marier, vous pouvez prendre en considération les lois familiales provinciales qui s'appliquent lors de l'échec d'un mariage.

Dans le présent article, nous mettons l'accent sur les **aspects fiscaux** de la planification successorale et, plus particulièrement, sur les techniques de «gel successoral» qui peuvent être utilisées pour réduire le coût fiscal du décès.

Impôts au décès

Le Canada ne lève pas d'impôt au décès ou de droits successoraux, bien qu'il existe certains droits d'homologation provinciaux (dans certaines provinces, un «*estate administration tax*») qui peuvent atteindre jusqu'à 1,5 % de la valeur de votre succession.

La première conséquence de votre décès en matière d'impôt sur le revenu est une **disposition réputée de vos immobilisations** à leur

juste valeur marchande. Toutes vos immobilisations (essentiellement, tous vos biens à l'exception du stock d'une entreprise) sont traitées comme si vous les aviez vendues immédiatement avant votre décès à leur valeur du moment. Par conséquent, tous les **gains en capital accumulés sont constatés et imposés** dans votre dernière déclaration de revenus, qui est produite par votre liquidateur.

La moitié des gains en capital est imposée, de telle sorte que le taux d'imposition de ces gains peut aller jusqu'à 25 %, selon votre province de résidence. Dans votre planification successorale, vous devez supposer que l'impôt qui résultera de la disposition réputée sera élevé.

Une façon de différer l'impôt à votre décès est de léguer vos biens à votre **conjoint** ou à une **fiducie en faveur du conjoint** admissible. À la condition que certaines exigences soient satisfaites, la disposition réputée au décès se fera alors à votre *coût* des biens plutôt qu'à leur *valeur* du moment, de telle sorte qu'il n'y aura pas d'impôt à payer. Ce coût sera alors transféré à votre conjoint (par voie de «roulement») de telle sorte que l'impôt différé sera effectivement payé lors du décès de celui-ci. (Les mêmes règles s'appliquent qu'il s'agisse d'un époux ou d'un conjoint de fait, dans ce dernier cas, si votre relation satisfait certaines conditions.)

Gel successoral

On emploie le terme **gel successoral** pour décrire les mesures prises pour «geler» certains de vos biens à leur valeur actuelle, de telle sorte que la croissance future puisse aller à vos enfants ou petits-enfants et qu'elle ne soit pas imposée à votre décès. Cela est particulièrement intéressant si vous avez une entreprise (ou un portefeuille de placements

détenu dans une société) susceptible de croître de façon importante dans les années futures.

Il y a de nombreuses formes de gel successoral, et la forme qui conviendra dans votre cas dépendra de nombreux facteurs différents, tels : la valeur et la nature de vos biens; la croissance prévue de votre succession; le nombre, l'âge et la situation familiale de vos enfants; votre âge; vos besoins financiers et ceux de votre conjoint, tant maintenant qu'à la retraite; et de nombreux autres facteurs.

Exemple – un gel en vertu de l'article 86

Il s'agit du gel successoral le plus simple. L'article 86 de la LIR permet d'échanger les actions d'une catégorie d'une société pour des actions d'une autre catégorie sans conséquences fiscales, dans la mesure où toutes les actions de la catégorie sont échangées.

Supposons que vous exploitez une entreprise constituée en personne morale, XYZ ltée. La société a 1 000 actions ordinaires émises, toutes immatriculées à votre nom. Vous avez investi au départ 1 000 \$ dans la société (1 \$ par action), et les actions valent maintenant 200 000 \$. Vous vous attendez à ce que, dans quelques années, elles puissent valoir jusqu'à un million de dollars. Vous avez une fille adulte qui travaille dans l'entreprise, et vous voulez qu'elle en hérite.

Si vous léguiez simplement vos actions à votre fille dans votre testament, la disposition réputée à votre décès fera apparaître un important gain en capital. Si les actions valent effectivement un million de dollars au moment de votre décès, votre succession pourrait devoir payer jusqu'à 250 000 \$ d'impôt.

Voyons comment vous pouvez utiliser un gel successoral dans cette situation.

Vous **échangez** vos 1 000 actions ordinaires de XYZ ltée pour **1 000 actions privilégiées** (comportant des conditions que nous expliquerons ci-dessous). Votre fille investit ensuite 100 \$ dans 100 nouvelles actions ordinaires de XYZ ltée, à 1 \$ chacune.

L'objectif est de «geler» la valeur de votre investissement à 200 000 \$, valeur des actions à ce moment. Toute augmentation de valeur *au-delà* du niveau de 200 000 \$ ira à votre fille, et non à vous. En conséquence, la valeur de vos actions privilégiées sera fixée à exactement 200 000 \$ – une valeur qui ne s'accroîtra pas même si la valeur de l'entreprise prise globalement s'accroît.

Vous souhaitez cependant conserver le contrôle de l'entreprise aussi longtemps que vous vivrez.

Avec ces données à l'esprit, voici comment vous pouvez libeller les actions privilégiées que vous détiendrez :

- Les actions privilégiées seront des **actions avec droit de vote**. Chaque action privilégiée devrait comporter un droit de vote, et chaque nouvelle action ordinaire devrait comporter un droit de vote. Comme vous détiendrez 1 000 droits de vote et votre fille, 100, vous pourrez élire les membres du conseil d'administration et ainsi continuer à contrôler l'entreprise.
- Les actions privilégiées devraient être **rachetables au gré du porteur** (vous), pour 200 \$ chacune, soit 200 000 \$ au total. En d'autres termes, vous aurez juridiquement le droit de forcer la société à vous payer 200 000 \$ pour vos actions à n'importe quel moment. Cela fait clairement ressortir ce que valent les actions – puisque vous pouvez les encaisser à n'importe quel moment.
- Les actions privilégiées devront prévoir un **dividende** qui aura priorité sur les actions ordinaires. Le montant du dividende pourrait être laissé à la discrétion du conseil d'administration de XYZ ltée, ou pourrait être fixé, disons, à 6 \$ par année par action (soit 3 % de leur valeur), payable trimestriellement. Le dividende pourrait être «non cumulatif» de telle sorte que, si XYZ ltée décidait de ne pas déclarer un dividende dans un trimestre donné, les dividendes non versés ne s'accumuleraient pas pour empêcher que des dividendes soient versés à votre fille sur les actions ordinaires.

Les détails précis devraient être déterminés avec vos conseillers professionnels dans le cadre de votre plan successoral personnalisé. Chaque situation est différente.

Qu'avez-vous accompli jusqu'ici?

- D'abord, en raison de l'article 86 de la LIR, il n'y a aucun coût associé à l'échange de vos actions ordinaires pour des actions privilégiées. En d'autres termes, le gain accumulé de 199 000 \$ sur vos actions n'est pas imposé pour le moment. (Les actions privilégiées reprennent le coût de base de vos actions ordinaires originales, de telle sorte qu'elles ont pour vous un coût réputé de 1 \$.)
- Deuxièmement, vous avez «gelé» la valeur de votre investissement à 200 000 \$, puisque les actions privilégiées n'auront que cette valeur dans l'avenir. (Elles ne pourraient prendre de la valeur en raison du dividende fixe.) Par conséquent, si la valeur de l'entreprise augmente, la croissance sera attribuée aux actions ordinaires. À votre décès, si l'entreprise vaut 1 000 000 \$, vous aurez un gain en capital d'un petit peu moins de 200 000 \$

plutôt que d'un petit peu moins de 1 000 000 \$, de sorte que le coût fiscal sera bien inférieur.

- Troisièmement, vous avez conservé le contrôle de l'entreprise. Vous pouvez continuer d'élire le conseil d'administration qui embauche les employés et gère l'entreprise. Et, vous pouvez continuer d'être le seul administrateur si vous le souhaitez.
- Quatrièmement, si vous avez besoin de revenu, vous pouvez amener les administrateurs de la société à déclarer des dividendes sur les actions privilégiées, en sus du salaire, de la prime ou des honoraires de consultation que la société peut vous verser. Comme les dividendes ne sont pas cumulatifs, vous pouvez également décider que la société ne les versera *pas*, dans la mesure où elle ne verse pas de dividendes sur les actions ordinaires au cours du même trimestre.
- Cinquièmement, si vous avez éventuellement besoin du capital, vous pouvez demander à la société de racheter les actions pour 200 000 \$. (Il en résultera pour vous un «dividende réputé» de 199 000 \$ sur lequel vous paierez l'impôt jusqu'à hauteur d'environ 40 %, selon la province.)

Les possibilités sont illimitées...

Ce qui précède n'est qu'un exemple. Les gels successoraux peuvent être beaucoup plus complexes, et peuvent prévoir des mécanismes tels que : fiducies familiales détenant les actions pour vos enfants; «roulements en vertu de l'article 85» par lesquels vous transférez les actions ou les actifs à une société de portefeuille; cristallisation de l'exonération de 800 000 \$ des gains en capital pour les actions admissibles de petite entreprise; et nombreux autres mécanismes.

Les pièges et écueils techniques à surveiller dans la LIR sont nombreux, toutefois : règles d'attribution, dividendes réputés, règles sur la minimisation des pertes, règles sur le dépouillement des bénéficiaires, règles sur le dépouillement des gains en capital, et autres trop nombreuses pour qu'elles soient mentionnées.

QU'EN DISENT LES TRIBUNAUX : LE REMBOURSEMENT POUR HABITATION NEUVE

La CCI commence à voir de nombreux appels concernant le remboursement pour habitation neuve. Ce remboursement est offert à l'acheteur d'une habitation neuve qui remplit certaines conditions. Le plus souvent, le remboursement est crédité par le constructeur au moment de la clôture de la transaction puis remboursé par l'acheteur au constructeur en vertu des conditions du contrat d'achat-vente – de telle sorte que l'acheteur ne voit jamais vraiment l'argent. L'ARC examine toutefois activement toutes ces demandes de remboursement que lui soumettent les constructeurs, et impose tout acheteur qu'elle estime ne pas avoir droit au remboursement.

Le crédit de **TPS** maximum pour habitation neuve n'a jamais dépassé 8 750 \$ et il est actuellement de 6 300 \$, et n'atteint ce niveau que lorsque le coût de l'habitation neuve est exactement de 350 000 \$ (entre 350 000 \$ et 400 000 \$, le remboursement est ramené progressivement à zéro).

Cependant, en vertu de la **TVH de l'Ontario**, la partie ontarienne du remboursement pour habitation neuve est fixée, pour toute habitation, à 6 points de pourcentage de la partie provinciale de 8 % de la TVH, jusqu'à une valeur de 400 000 \$ de l'habitation neuve, mais n'est pas éliminée progressivement au-delà de ce niveau comme l'est le rembourse-

ment de TPS. Par conséquent, toute habitation neuve coûteuse générera un **remboursement de 24 000 \$** – si l'acheteur est admissible. **En TVQ, le remboursement maximal est de 9 975 \$**, et est atteint lorsque le coût de l'habitation neuve est de 200 000\$. Entre 200 000\$ et 300 000\$, le remboursement est ramené progressivement à 0\$.

Considérant l'importance de l'enjeu et le fait que l'ARC délivre des avis de cotisation à de nombreux acheteurs pour récupérer un remboursement qu'ils n'avaient jamais vu au départ, des centaines d'acheteurs mécontents interjettent appel auprès de la CCI.

Un exemple type récent est celui des *Kukreja*. M. et M^{me} Kukreja ont acheté une habitation neuve de 500 000 \$ au nom de M^{me} Kukreja. Ils ont prétendu qu'ils avaient l'intention d'y emménager, mais ne l'ont pas fait en raison de revers financiers de leur entreprise familiale, et ils sont plutôt retournés en Inde. Ils ont vendu l'habitation moyennant un profit de 100 000 \$ après clôture de la transaction, avant que quiconque y ait emménagé.

L'une des conditions pour obtenir le remboursement est que l'acheteur (ou un membre de sa famille) **ait l'intention d'y habiter comme lieu principal de résidence**, au moment de la signature du contrat d'achat-vente.

L'ARC a imposé les Kukreja afin de récupérer le remboursement de 24 000 \$, et ces derniers ont interjeté appel. La CCI a rejeté l'appel. Le juge n'a pas cru que les Kukreja avaient effectivement l'intention d'occuper l'habitation. Il n'y avait aucune preuve ni aucun document ou courriel où il aurait été question du déménagement dans une habitation neuve.

Outre le fait de perdre le remboursement pour habitation neuve, les contribuables dans cette situation risquent aussi vraisemblablement de recevoir un avis de nouvelle cotisation de l'ARC pour l'impôt sur le gain réalisé sur l'habitation du fait qu'un tel gain est un revenu d'entreprise. L'exonération de résidence principale qu'ils prévoyaient aux fins de l'impôt sur le revenu ne s'applique pas si le bien est considéré comme un élément de stock (acheté avec au moins une intention secondaire de revente) plutôt qu'une immobilisation.

* * *

Le présent bulletin résume les faits nouveaux survenus en fiscalité ainsi que les occasions de planification qui en découlent. Nous vous recommandons, toutefois, de consulter un expert avant de décider de moyens d'appliquer les suggestions formulées dans la présente, pour concevoir avec lui des moyens adaptés à votre cas particulier.