



APFF
COLLOQUE PLANIFICATION SUCCESSORALE
Les fiducies et le décès

31 janvier 2013

Me Caroline Rhéaume, avocate, M.fisc,TEP, Adm.A. Pl.fin.

AGENDA

- Introduction
- Certaines notions théoriques sur les types de fiducies
 - Fiducie testamentaire vs fiducie entre vifs
 - Fiducie familiale discrétionnaire
 - Fiducie entre vifs- protection d'actif : fiducie pour soi, fiducie alter ego, fiducie mixte au profit du conjoint
- La fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématiques
- La fiducie testamentaire au profit du conjoint vs la substitution
- Liens entre les différentes fiducies et le décès incluant la fiducie de protection d'actifs
- La fiducie familiale testamentaire

Fiducie testamentaire vs fiducie entre vifs

■ Fiducie testamentaire

- Choix de la fin d'exercice
- Taux d'imposition progressifs
- Pas d'acomptes provisionnels

■ Fiducie non testamentaire (entre vifs)

- Fin année – 31 décembre
- Imposition au taux marginal
- Pas d'acomptes provisionnels – selon politique administrative



La Fiducie testamentaire

- Créée dans le testament-ne prend effet qu'au décès
- Au niveau fiscal : succession ou fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès à l'exception d'une fiducie créée par une personne autre que le particulier ou d'une fiducie à laquelle des biens ont été remis autrement que par le particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint

- Permet un roulement fiscal des biens si le testateur fait un legs en faveur d'une fiducie au profit du conjoint
 - Certaines conditions doivent être remplies
- Réduction des impôts – taux progressifs
- Protection des actifs
- Non assujettie à la règle des 21 ans – disposition réputée



Fiducie familiale

■ Testamentaire :

- Souvent utiliser pour décrire une fiducie dont les enfants et petits-enfants du testateur sont les bénéficiaires
- Fractionnement du revenu entre la fiducie et les bénéficiaires; protection d'actifs

■ Entre vifs

- Fractionnement du revenu, multiplication de la DGC, protection d'actifs



Fiducie de protection d'actifs

- Alter ego – dont le constituant a 65 ans ou plus
- Pour soi – dont le constituant est âgé de moins de 65 ans
- Mixte au profit du conjoint – constituant 65 ans ou plus
- Roulement lors du transfert des biens; impôt au décès du constituant ou du conjoint survivant, ou si vente des biens



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint

- Conditions à remplir – 70(6) LIR:
 - Tout le revenu net annuel doit être payé au conjoint
 - Nulle autre personne que le conjoint ne peut avoir accès au capital
 - Les biens doivent être dévolus irrévocablement à la fiducie
 - La fiducie doit résider au Canada immédiatement après la dévolution irrévocable des biens
- Nécessite la nomination de fiduciaires dont un non bénéficiaire
 - 1275 CcQ



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint

- Résidence de la fiducie :
 - Depuis l’Affaire *Thibodeau Family Trust* rendue en 1978 le principe reconnu était que la résidence de la fiducie était située dans le pays de résidence de la majorité des fiduciaires
 - L’affaire *Garron* (aussi connue comme *St-Michael Trust Corp.* et *Fundy Settlement*) a modifié ce principe en établissant que le lieu de résidence est le lieu où sont exercés la gestion et le contrôle de la fiducie (voir IT-447, Résidence d’une fiducie ou succession, 30 mai 1980)



- PROBLÈMES CONCRETS LIÉS AUX FIDUCIES TESTAMENTAIRES AU PROFIT DU CONJOINT



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- Tout le revenu net annuel doit être payé au conjoint
 - Attention à la définition du terme *revenu* dans le testament
 - La LIR réfère à la notion civile de revenu sous 108(1) LIR
 - Le gain en capital est du capital
 - Le produit de disposition ou produit provenant d'un rachat d'actions (dividende réputé) est du capital
 - Le dividende est un revenu
 - 108(3) LIR précise que le dividende en capital ne fait pas partie du revenu devant être payé à la fiducie au profit du conjoint



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- Nulle autre personne que le conjoint ne peut avoir droit au capital de la fiducie du vivant du conjoint
 - N'entraîne pas une obligation de verser du capital
 - Si les fiduciaires ont un pouvoir discrétionnaire – importance de donner des balises
 - Intérêts opposés conjoint vs enfants fiduciaires
 - Familles recomposées



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- La dévolution des biens doit être irrévocable
 - Expression non définie dans la LIR
 - Réfère au droit incontestable de propriété d'un bien
 - Clause de survie – prévoir une exception pour AAPE



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- La dévolution des biens doit être irrévocable
 - Le bien remis à la fiducie doit être le même bien que celui détenu par le testateur à son décès
 - Attention si des actions léguées à la fiducie doivent en partie servir à payer les dettes de la succession
 - Attention si des actions d'une catégorie sont converties ou échangées en une autre catégorie avant la remise



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- Assurance vie

- L'ARC a comme position que si une police d'assurance vie est léguée ou transférée à une fiducie testamentaire au profit du conjoint, cela peut la contaminer car le paiement de la prime peut être considéré comme permettant à une autre personne que le conjoint de recevoir une partie du revenu ou du capital de la fiducie
- Stratégie parfois utilisée pour couvrir l'impôt au décès du conjoint bénéficiaire
- Voir notamment 2006-0174041C6, 2006-0185551C6



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématique

- Assurance vie
 - L'ARC a récemment indiqué que s'il s'agit d'une police dont le décédé était propriétaire, dont la prestation est payable au deuxième décès mais dont les primes cessent au premier décès, ce type de police, si elle est léguée à la fiducie, ne devrait pas contaminer la fiducie au profit du conjoint
 - Voir Table ronde sur la fiscalité des stratégies financières et des produits financiers – question 1 - Congrès annuel de l'APFF 2012.
 - Police autofinancée - ???




La Fiducie testamentaire au profit du conjoint – problématiques

- Il est recommandé de continuer la fiducie suite au décès du conjoint bénéficiaire – réclamation de pertes, dons
- Bien vérifier les pouvoirs donnés aux fiduciaires car certains peuvent contaminer la fiducie (prêt aux conditions du marché, vente à la JVM...) – re: Affaire Balaz 2009 CanLII 17973 (C.S. de l'Ontario) et Blanca Esther Robinson 2010 ONSC 3484.
- Attention si une seule liste de pouvoirs vise le Liquidateur et Fiduciaire; ou si un seul terme définit les 2 ex. *Administrateur*



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint vs la substitution

- Lorsque les conjoints veulent bénéficier des économies d'impôt sans impliquer un 2^e fiduciaire, la substitution peut être une option
- Roulement fiscal et fractionnement du revenu
- Attention à ne pas mêler les biens du conjoint avec ceux de la fiducie – administration distincte
- Souvent il s'agit d'une substitution *de residuo*
- Implique un grevé et un ou des appelés
- Voir 1218 à 1255 CcQ



La Fiducie testamentaire au profit du conjoint vs la substitution

- Au niveau fiscal la substitution est traitée comme une fiducie
- Permet un fractionnement du revenu entre la substitution et le conjoint et le roulement fiscal des biens
- Le résidu peut être distribué à des fiducies familiales pour les enfants



- LIENS ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES DE FIDUCIES ET LE DÉCÈS

Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Une fiducie peut avoir été créée pour remplacer ou compléter un mandat pour cause d'inaptitude
- Une fiducie pour soi (moins de 65 ans) ou une fiducie alter ego ou mixte au profit du conjoint (65 ans et plus) peut avoir été mise en place pour une question de protection d'actifs
- Une fiducie de gel peut avoir été mise en place – laquelle détient des actions d'une société privée
 - Impacts au décès de « l'auteur »

Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Il n'est pas possible de capitaliser une fiducie prévue au testament avec des biens venant d'une fiducie entre vifs sans la disqualifier à titre de fiducie testamentaire aux fins fiscales
 - Si les biens de la fiducie entre vifs sont distribués directement à la fiducie testamentaire – ne peut pas être une fiducie testamentaire au sens fiscal
 - 2011-0423291^{E5}

Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Avec la fiducie pour soi ou alter ego – disposition réputée des biens lors du décès du contribuable
- Il ne semble pas possible de prévoir **qu'immédiatement avant** le décès du contribuable que les biens appartenant à la fiducie seront remis au contribuable pour faire partie de son patrimoine afin de bénéficier du roulement fiscal et de capitaliser une fiducie testamentaire – l'ARC se fonde sur l'arrêt *Nussey estate c. la Reine* (2002) CTC 2284
 - 2011-0411851C6 (F)

Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- La fiducie alter ego et mixte au profit du conjoint peuvent prévoir des bénéficiaires ultimes
- Problématique en droit civil au niveau de la fiducie pour soi – il ne doit pas y avoir de changement de la propriété effective du bien et aucune autre personne que le particulier ne peut avoir de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie
 - Il ne semble pas possible de pouvoir désigner un bénéficiaire ultime du capital
 - Faculté d'élire limitée vs illimitée

Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Toutefois, si les biens de la fiducie pour soi ou alter ego font partie du patrimoine successoral des conjoints ou de l'un d'eux ou du patrimoine successoral du décédé dans le cas d'une fiducie pour soi – cela n'empêche pas la fiducie d'être une fiducie testamentaire au sens de 108(1) LIR
- De façon générale, s'en remettre à 1297 CcQ notamment dans le cadre de la fiducie pour soi
- Limite à la protection d'actifs toutefois
 - 2011-0423291^{E5}
 - 2011-0411851C6 (F)



Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Si une fiducie entre vifs, de gel par exemple, réfère au testament de l'auteur du gel quant à la répartition finale des actions – s'assurer de faire référence au fait que les dispositions du testament s'appliquent mutatis mutandis à la fiducie entre vifs, mais que les actions appartenant à la fiducie entre vifs ne sont pas transférées aux fiducies testamentaires mais bien aux bénéficiaires de la fiducie



Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Selon l'ARC, dès qu'une fiducie créée par testament a un droit de bénéficiaire dans une fiducie entre vifs, elle perd son statut de fiducie testamentaire
 - Ex. toute fiducie entre vifs ou testamentaire au profit d'un des bénéficiaires nommés ci-avant et désignée à ce titre par les fiduciaires
- Ceci s'applique même si la fiducie testamentaire doit d'abord être désignée par les fiduciaires à titre de bénéficiaire de la fiducie entre vifs



Fiducie entre vifs vs Fiducie testamentaire

- Référence à l'expression *droit de bénéficiaire* sous 248(25) LIR
 - 2008-0285431C6
 - 2011-0417391E5



Fiducie de protection d'actifs vs testament

- La plupart des types de biens peuvent être transférés à la fiducie de protection d'actifs – mais si une hypothèque grève un immeuble – cela complique la situation
- Si le constituant a une dette fiscale – les autorités fiscales peuvent questionner le transfert
- Les biens de la fiducie de protection d'actifs ne peuvent pas bénéficier du roulement en faveur du conjoint – un choix est à faire
- Les biens de la fiducie de protection d'actifs pourront servir à capitaliser une fiducie testamentaire dans la mesure où les biens reviennent dans le patrimoine du décédé



La Fiducie testamentaire familiale

- Généralement préférable de prévoir une fiducie discrétionnaire dont l'enfant et les petits-enfants nés et à naître sont bénéficiaires vs une fiducie où l'enfant est bénéficiaire suivi de ses propres enfants en cas de décès ou prédécès – notamment pour des questions de fractionnement du revenu
 - Clause gicleur
 - Importance de comprendre les avantages de la fiducie – pourquoi vouloir la liquider dès qu'un enfant atteint 21 ans, 25 ans, par exemple
 - Donner la possibilité au bénéficiaire de continuer la fiducie



La Fiducie testamentaire familiale

- Selon une position récente de l'ARC, puisqu'en droit civil le décès a un effet rétroactif, la fiducie familiale qui en principe prend effet suite au décès du conjoint survivant est réputée créée au décès du testateur
- Problème au niveau de la règle de disposition réputée au 21^e anniversaire de la fiducie – résultat différent en *common law*
- Le ministère des finances doit évaluer si cette position est en accord avec la politique fiscale sous-jacente



La Fiducie testamentaire familiale

- La fiducie à 100 \$
 - Peut être considérée s'il est raisonnable de croire que la fiducie testamentaire pourrait souscrire des actions d'une société privée pour un montant nominal
 - À considérer notamment si le testateur est âgé ou malade
- Pourrait-elle souscrire des actions participantes d'une société dans le cadre d'un gel – ne constitue pas une contribution à la fiducie



La Fiducie testamentaire familiale

- Fiducies multiples et 104(2) LIR
 - Il peut être avantageux de prévoir plusieurs fiducies testamentaires afin de maximiser le fractionnement du revenu
 - Voir récente interprétation technique de l'ARC à ce sujet- 2011-0430261E5, 28 décembre, 2011



■ QUESTIONS