



Contamination d'une fiducie testamentaire

par Claude Drapeau, notaire, planificateur financier



En mars 2005, je rédigeais une chronique concernant certains éléments qui peuvent contaminer le caractère « testamentaire » d'une fiducie créée par testament. Dans cette chronique, j'illustrais deux cas pratiques où il faudra être vigilant dans la rédaction des clauses testamentaires relatives aux fiducies.

Rappelons qu'en vertu du paragraphe 248 de la *Loi sur les impôts*, une « fiducie testamentaire » s'entend au sens du paragraphe 108(1), soit une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès. Ainsi, une fiducie créée par testament perdra son caractère de fiducie testamentaire si des biens ont été remis à la fiducie autrement que par le testateur (succession) lors de son décès ou postérieurement et par suite du décès du testateur.

Dans une récente interprétation technique (2003-0046171E5 – 1^{er} décembre 2004) concernant une fiducie testamentaire au profit du conjoint, l'ARC a confirmé que lorsqu'un revenu est payable au conjoint et que le conjoint avise les fiduciaires qu'il ne veut pas recevoir le revenu de la fiducie afin qu'il soit capitalisé dans la fiducie, ce revenu est réputé lui avoir été payé et, par la suite, est réputé avoir été ajouté à la fiducie à titre de contribution volontaire par le conjoint. Il en résultera une augmentation du patrimoine de la fiducie. Puisque certains biens auront été remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite du décès du particulier qui a créé la fiducie, cette fiducie pourrait être disqualifiée à titre de fiducie testamentaire.

PREMIER CAS DE DISQUALIFICATION POSSIBLE : UNE FIDUCIE EXCLUSIVE AU PROFIT DU CONJOINT

Une fiducie exclusive au profit du conjoint est créée. Le testament notarié prévoit que le conjoint a droit à tout le revenu de la fiducie, sa vie durant, et que nulle autre personne que le conjoint ne peut recevoir ou obtenir, directement ou indirectement, l'usage du revenu ou du capital de la fiducie tant que le conjoint est vivant. La fiducie répond donc aux critères de fiducie exclusive au profit du conjoint.

Louise est la veuve de Pierre. Pierre a légué son FERR en pleine propriété à Louise et le résidu des biens au moyen d'une fiducie exclusive à Louise. Les revenus de Louise et du FERR que lui a légué son défunt conjoint lui suffisent pour assumer son bien-être et sa sécurité. Elle souhaite capitaliser le revenu de la fiducie dont elle n'a pas besoin pour augmenter le capital de la fiducie qui sera distribué, à son décès, à ses enfants et à ses petits-enfants.

L'interprétation technique concernée prévoit expressément ceci : « *Where the trust instrument provides that the spouse can*

elect not to receive the income of a trust for a specific year before the amount becomes payable, the election will result in a disposition of property for the spouse when that right is exercised. However, such release or surrender would not generally be viewed as increasing the capital of the trust nor will it be considered as a contribution to the trust. Where an amount becomes payable and the beneficiary advises the trustee that he or she does not want to receive the income of the trust, such action would result in a contribution to the trust. An amount payable by the trust is property to the beneficiary, which disposition in favor of the trust results in an increase in the capital of the trust. »

Il faut en conclure que, selon la rédaction du testament fiduciaire, il y aura contamination ou non du caractère « testamentaire » de la fiducie au profit du conjoint. Selon l'interprétation technique, si Louise désirait capitaliser, dans la fiducie, le revenu annuel non nécessaire à son bien-être et à sa sécurité, tel revenu serait présumé lui avoir été attribué et, par la suite, Louise serait réputée avoir fait un apport à la fiducie avec le résultat de la disqualifier à titre de fiducie testamentaire si le testament ne prévoit pas le pouvoir exprès qu'elle puisse choisir de renoncer au paiement du revenu afin qu'il soit capitalisé dans la fiducie.

Ainsi, je suis d'avis que la rédaction suivante éviterait la disqualification d'une fiducie au profit du conjoint si une partie ou si la totalité du revenu était capitalisé dans la fiducie à la demande du conjoint qui est bénéficiaire de telle fiducie :

« Consécutivement à une demande expresse par ma conjointe, les fiduciaires conserveront et capitaliseront la totalité ou la partie du revenu que ma conjointe désirera capitaliser dans la fiducie exclusive concernée sans que tel revenu capitalisé ne soit considéré comme un apport par ma conjointe à la fiducie exclusive à son profit ».

Si le testament ne prévoyait pas une telle option, il faut présumer que la fiducie pourrait perdre son caractère testamentaire et ainsi perdre la taxation propre aux taux progressifs des particuliers.

DEUXIÈME CAS DE DISQUALIFICATION POSSIBLE : FIDUCIE AU PROFIT D'UN ENFANT À CHARGE

Selon les circonstances et l'importance de son patrimoine, le testateur divorcé pourra prévoir une fiducie au profit de son enfant à charge. Telle fiducie permettra d'éviter, par la nomination de fiduciaires appropriés, que l'ex-conjoint ne s'imisce dans l'administration de l'héritage de l'enfant. De plus, telle fiducie permettra des économies fiscales importantes puisque le revenu de l'héritage légué en fiducie pourra être fractionné entre la fiducie, imposée au taux progressif des particuliers, et l'enfant concerné.

Luc est divorcé de Chantale qui a la garde des 2 enfants nés de leur mariage. Le testament de Luc prévoit une fiducie testamentaire au profit des enfants. Au décès de Luc, les enfants ont respectivement 8 ans et 10 ans. La fiducie testamentaire prévoit que le revenu annuel devra être versé aux enfants. La liquidation de la succession étant terminée, les liquidateurs remettent un chèque de 500 000 \$ à la fiducie Alexandra et un chèque de 500 000 \$ à la fiducie Hugo. Le capital, investi à 5 %, rapporte un revenu d'intérêt de 30 000 \$ pour chaque fiducie. Les besoins des enfants étant évalués à 15 000 \$ annuellement, les fiduciaires font le choix de capitaliser le revenu non utilisé (10 000 \$) dans le patrimoine fiduciaire.

Bien que l'interprétation technique 2003-0046171E5 concerne une fiducie au profit du conjoint, je crois qu'il est probable que les autorités fiscales considéreraient que le revenu devant être versé aux enfants mineurs est réputé leur être versé même si une partie du revenu non nécessaire à leur bien-être et à leur sécurité est capitalisé dans la fiducie. Le revenu capitalisé serait alors réputé être une contribution (apport) du bénéficiaire à la fiducie testamentaire. La fiducie Alexandra et la fiducie Hugo auraient donc acquis des biens autrement que par le décès de Luc ou postérieurement et par suite du décès de Luc, soit par une tierce personne (Alexandra ou Hugo, selon le cas).

En supposant – bien que cela ne procurerait pas nécessairement une fiscalité optimale de l'imposition du revenu concerné – qu'Alexandra aura un revenu net de 15 000 \$ et qu'elle utilisera les crédits d'impôts personnels (en 2004 : 8 012 \$ au fédéral et 6 275 \$ au provincial), il en résulterait un taux effectif d'impôt d'environ 0,3 % pour Alexandra, soit un impôt presque nul sur un tel revenu.

Si la fiducie Alexandra se qualifie à titre de fiducie testamentaire, le revenu net de la fiducie sera de 10 000 \$ et le taux effectif sera d'environ 15 % (taux des particuliers sans les crédits personnels) soit un impôt approximatif de 1 500 \$.

Si la Fiducie Alexandra ne se qualifie pas, vu l'apport présumé après le décès de Luc, à titre de fiducie testamentaire, telle fiducie paiera un impôt égal au taux d'imposition le plus élevé (en 2004 : 24,2 % au fédéral et 24 % au provincial = 48,2 %). Il en résultera une perte fiscale appréciable de plusieurs milliers de dollars, d'où l'intérêt de rédiger les dispositions testamentaires relatives à l'attribution du revenu de façon appropriée.