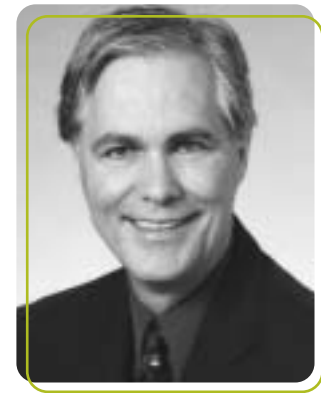




Fiducies : un peu de vocabulaire

IL EST IMPORTANT DE SAISIR TOUTES LES NUANCES CIVILES ET FISCALES PROPRES AUX FIDUCIES AFIN DE LES UTILISER À BON ESCIENT. IL EXISTE UN BON NOMBRE DE FIDUCIES : FIDUCIE AU PROFIT DU CONJOINT, FIDUCIE DE FONDS COMMUNS DE PLACEMENTS, FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME, FIDUCIE MIXTE AU PROFIT DE L'ÉPOUX OU DU CONJOINT DE FAIT, FIDUCIE PERSONNELLE, FIDUCIE COMMERCIALE, FIDUCIE TESTAMENTAIRE, FIDUCIE DISCRÉTIONNAIRE, FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS ET PLUS ENCORE! COMMENT S'Y RETROUVER?



par Claude Drapeau, notaire et planificateur financier

Les fiducies seront parfois définies au Code civil du Québec, à la Loi de l'impôt sur le revenu, à la Loi sur les impôts. Elles sont aussi définies par l'usage courant qu'en font les professionnels du droit des fiducies.

FIDUCIE PERSONNELLE VERSUS FIDUCIE FAMILIALE

Une fiducie sera qualifiée de personnelle au sens du Code civil du Québec et/ou au sens des Lois fiscales. Elle pourra également être qualifiée de fiducie personnelle dans le langage courant lorsqu'elle sera constituée au profit d'un seul bénéficiaire.

Au sens du Code civil du Québec, les fiducies seront constituées à des fins personnelles¹ si elles sont constituées à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être². La fiducie sera donc constituée à titre gratuit si les participations des bénéficiaires n'ont pas été acquises en contrepartie d'un apport par ces bénéficiaires à la fiducie. La plupart des fiducies de protection d'actifs, qu'elles soient constituées au profit d'une seule personne (*fiducie en faveur de soi-même*) ou de plusieurs personnes (*fiducies familiales*) seront des fiducies personnelles au sens du Code civil du Québec.

La fiducie personnelle est aussi définie aux lois fiscales³. Aux fins fiscales, il s'agit d'une fiducie testamentaire et/ou d'une fiducie dont les participations des bénéficiaires ont été reçues à titre gratuit. La fiducie personnelle, au sens des lois fiscales, réfèrera à une fiducie comportant un seul ou plusieurs bénéficiaires pourvu qu'elle réponde aux critères fiscaux pertinents. Dans un sens plus courant pour nos clients, la fiducie personnelle réfère à une fiducie qui ne comporte qu'un seul bénéficiaire.

La fiducie familiale n'est pas définie au Code civil du Québec ni aux lois fiscales. Une fiducie familiale est généralement une fiducie personnelle (*sens fiscal*) qui comporte plus d'un bénéficiaire.

FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME POUR LES 65 ANS ET PLUS

La notion de « fiducie pour soi-même » ou de « fiducie en faveur de soi-même » réfère parfois au sens courant de fiducie personnelle par le fait qu'il s'agit d'une fiducie constituée au profit d'un seul bénéficiaire et parfois au sens des Lois fiscales qui la définit⁴ comme suit :

La fiducie est une fiducie non testamentaire créée après 1999 par un constituant âgé de 65 ans ou plus;

Le constituant a le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus accumulés par la fiducie;

Le constituant est la seule personne qui peut recevoir, sa vie durant, la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie ou d'en obtenir l'usage.

FIDUCIE EN FAVEUR DE SOI-MÊME POUR LES 65 ANS ET MOINS

Qu'en est-il de nos clients qui n'ont pas atteint 65 ans et qui désireraient transférer, sans impact fiscal, des biens à une fiducie de protection d'actifs?

Bien que les lois fiscales ne prévoient pas expressément de « fiducie en faveur de soi-même » pour les constituants âgés de moins de 65 ans, l'analyse « in fine » des Lois fiscales permet d'identifier des fiducies en faveur de soi-même pour nos clients qui sont âgés de moins de 65 ans si la fiducie concernée répond aux critères suivants⁵ :

- La fiducie est une fiducie non testamentaire créée après 1999 par un constituant peu importe son âge;
- Le constituant a le droit de recevoir, sa vie durant, tous les revenus accumulés par la fiducie;
- Le constituant est la seule personne qui peut recevoir, sa vie durant, la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie ou d'en obtenir l'usage.
- Le transfert de biens à la fiducie concernée n'a pas pour effet de changer la propriété effective⁶ du bien transféré.
- Aucune personne, autre que le constituant, n'a de droit de bénéficiaire dans la fiducie.

Il s'est dit et s'est écrit beaucoup de choses sur la notion de propriété effective qui est absente de notre droit civil du Québec. Est-il possible, en droit québécois, de transférer un bien à une fiducie sans en changer la propriété effective⁷? Les propos qui suivent constituent un résumé très succinct de la problématique de « propriété effective ».

Nous citons Diane Bruneau⁸ : « la notion de propriété effective n'existe pas en droit civil et il n'existe pas de cadre analytique qui permette de déterminer si, d'un point de vue strictement civiliste, un transfert de biens à une fiducie dont le constituant est le seul bénéficiaire donne lieu à un changement de propriété effective ».

Pour harmoniser certains concepts fiscaux aux règles du droit québécois, l'article 248(3)f) LIR prévoit que « les biens sur lesquels une personne a... un droit de propriété... un droit de bénéficiaire dans une fiducie sont réputés... être la propriété effective de la personne à ce moment ».

La présomption de propriété effective de l'article 248(3)f) LIR permet donc un traitement fiscal équitable tant pour les fiducies constituées sous le Code civil du Québec que pour celles créées en vertu de la Common Law. Encore faut-il que la convention de fiducie constituée en vertu du Code civil du Québec ne crée pas de changement dans la propriété effective. À cet égard, des questions demeurent en suspens. Parmi elles, qu'en est-il du sort des biens en fiducie au décès du constituant? Les biens en fiducie doivent-ils retourner dans le patrimoine du constituant et être légués par son testament? Peuvent-ils faire l'objet de désignation de bénéficiaires subsidiaires nommés à la convention de fiducie mais ne prenant effet qu'au décès du constituant? Ce sujet fait l'objet d'études dans le cadre de programmes d'harmonisation de la législation fédérale aux droits civils du Québec. Si la convention de fiducie ne prévoit pas de bénéficiaire du capital après le décès du constituant, les biens reviendront forcément dans le patrimoine de ce dernier après son décès. Dans l'état actuel du droit, si la fiducie à soi-même pour un contribuable âgé de moins de 65 ans respecte les conditions ci-dessus et qu'aucun tiers n'a de droit, direct ou indirect, dans le patrimoine fiduciaire concerné, il est raisonnable de conclure qu'une telle fiducie permettrait un transfert de biens sans changement dans la propriété effective.

FIDUCIE PERSONNELLE VERSUS FIDUCIE COMMERCIALE

Nous avons vu précédemment qu'au sens fiscal⁹, les fiducies personnelles sont des fiducies, soit testamentaires, soit non testamentaires dans lesquelles aucun droit de bénéficiaire n'a été acquis pour une contrepartie payable à la fiducie ou à une personne qui a contribué à la fiducie.

Toute autre fiducie, dont les participations ont été acquises autrement qu'à titre gratuit, sera considérée comme une fiducie commerciale au sens des lois fiscales.

FIDUCIE TESTAMENTAIRE VERSUS FIDUCIE NON TESTAMENTAIRE

La fiducie testamentaire est définie aux lois fiscales¹⁰. Les fiducies testamentaires, de façon sommaire sont, soit la succession d'un défunt, soit les fiducies qui ont commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès. Les fiducies testamentaires seront généralement créées par testament.

Toute fiducie qui ne se qualifie pas de fiducie testamentaire sera une fiducie non testamentaire¹¹. Les fiducies non testamentaires sont généralement créées par une convention de fiducie constatant un don, par un constituant, au patrimoine fiduciaire et que des fiduciaires s'engagent à administrer conformément aux objectifs du constituant. Il peut aussi arriver qu'une fiducie constituée par testament ne se qualifie pas de fiducie testamentaire soit en raison de la rédaction des clauses testamentaires soit en raison du comportement des fiduciaires et/ou bénéficiaires. Nous y reviendrons dans une prochaine chronique.

Parmi les fiducies testamentaires, on retrouvera, entre autres, les fiducies au profit du conjoint qui bénéficie d'un traitement fiscal favorable en permettant le roulement du patrimoine du défunt à la fiducie exclusive créée dans le testament. La fiducie au profit du conjoint sera celle où :

- Les biens d'un défunt seront irrévocablement dévolus, dans les délais prescrits, à telle fiducie constituée par testament;
- Le conjoint survivant aura droit, sa vie durant, à tout le revenu de la fiducie.
- Nulle autre personne que le conjoint ne pourra recevoir ou obtenir de quelque façon que ce soit, l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie.
- Le conjoint résidera au Canada immédiatement avant le décès du testateur.

Les fiducies testamentaires, qui ne répondent pas aux exigences de « fiducie au profit du conjoint » sont, par exemple, les fiducies familiales constituées au profit du conjoint survivant et des enfants, les fiducies au profit des enfants, une fiducie « contaminée » au profit du conjoint, etc. En pratique, l'expression « fiducie contaminée » réfère souvent à toute fiducie qui n'est pas une fiducie exclusive au profit du conjoint. ☹️

1 1266 Code civil du Québec

2 1267 Code civil du Québec

3 248(1) LIR

4 248(1) LIR. Aussi appelée « alter ego trust »

5 73(1.01) et 73(1.02) LIR

6 « beneficial ownership »

7 BRENDER, Mark D., *Propriété effective dans la législation fiscale canadienne*, Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne (2003) vol 51 n° 1 : *L'expression propriété effective est utilisée en common law pour différencier les droits dont jouissent les personnes qui détiennent un droit de bénéficiaire dans un bien des droits dont jouit le détenteur du titre légal de propriété sur ce bien.*

8 BRUNEAU, Diane, (professeur titulaire – faculté de droit – U de M), *Symposium : Problématique de l'application en droit fiscal de la fiducie de droit civil*, Canadian Tax Journal / Revue Fiscale Canadienne (2003) vol. 51 n° 1.

9 248(1) L.I.R.

10 108(1) LIR

11 Fax Rés. : (450) 655-6232