



Émission d'actions en faveur d'une fiducie familiale discrétionnaire : l'article 75(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu



par Claude Drapeau, notaire et planificateur financier

GEL SUCCESSORAL

De nombreux gels successoraux sont réalisés dans un contexte où des actions sont souscrites par une fiducie familiale créée à cette fin et qui lui sont par la suite émises pour une somme nominale de 100 \$. L'auteur du gel aura préalablement reçu des « actions de gel » pour un montant équivalent à la juste valeur marchande des actions de la société concernée au moment de la réorganisation. Une telle réorganisation vise généralement les objectifs suivants :

1. Permettre un fractionnement du revenu provenant des dividendes payés par la société entre les bénéficiaires (discrétionnaires) de la fiducie.
2. Fractionner le revenu provenant du gain en capital à la suite de la vente des actions détenues par la fiducie entre les bénéficiaires et ainsi permettre que chaque bénéficiaire utilise son droit à l'exonération des gains en capital prévue lors de la disposition d'actions admissibles de petite entreprise.

OBJECTIFS DE L'ARTICLE 75(2) L.I.R.

L'un des objectifs de l'article 75(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu (L.I.R.) est de permettre que le revenu tiré d'un bien transféré (ou un bien substitué) par une personne à une fiducie soit réputé être le revenu de l'auteur du transfert si le bien¹ peut « revenir » à la personne qui a transféré le bien ou si la personne qui a transféré le bien peut, en sa qualité de fiduciaire, contrôler l'identité des bénéficiaires à qui le bien concerné sera ultimement attribué.

CONGRÈS 2005 DE L'APFF – QUESTIONS DE LA TABLE RONDE SUR LA FISCALITÉ FÉDÉRALE

Au congrès 2005 de l'APFF, l'Agence de Revenu du Canada (ARC) a répondu de la façon suivante à une question posée² : « De façon générale, l'ARC considère que la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. est rencontrée [sic] lorsque la personne, incluant une société, de qui les biens ont été reçus directement ou indirectement par une fiducie détient une participation au capital de cette fiducie. Le fait que cette participation au capital soit assujettie à une discrétion ne saurait avoir pour effet d'empêcher l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. dans un tel cas, puisque le simple fait que les biens soient susceptibles de revenir à la personne de qui les biens ont été

reçus directement ou indirectement, suffit à rencontrer [sic] la condition énoncée au sous-alinéa 75(2)a)(i) L.I.R. »

RÉDACTION DES CONVENTIONS DE FIDUCIE

Les conventions de fiducie sont souvent rédigées en désignant, parmi les bénéficiaires discrétionnaires, « toute société par actions constituée ou à être constituée et dont les seuls actionnaires seront l'une ou l'autre ou plusieurs des personnes ou patrimoines fiduciaires désignés aux termes du présent paragraphe incluant la fiducie »³. Cette rédaction offre la flexibilité recherchée pour créer, au moment opportun, la société par actions concernée et permettre ainsi que cette société devienne automatiquement bénéficiaire de la fiducie.

Cette rédaction a généralement pour effet de prévoir, par exemple, qu'une société de gestion à être constituée et dont le seul actionnaire serait l'auteur du gel, devienne automatiquement bénéficiaire de la fiducie de façon à pouvoir y transférer les actifs excédentaires de la société concernée et ce, sans impact fiscal.

APPLICATION DE NON SOUHAITÉE DE L'ARTICLE 75(2) L.I.R.

Une telle rédaction impliquait cependant que la société visée par le gel devienne bénéficiaire de la fiducie détentrice des nouvelles actions participantes souscrites à même son capital.

Selon l'ARC, l'article 75(2) L.I.R. devait trouver application dans de nombreux cas de gel successoraux à cause de la désignation de bénéficiaire mentionnée ci-dessus.

Lorsque l'article 75(2) L.I.R. s'applique, le fractionnement du revenu souhaité par le gel successoral impliquant une fiducie est mis en péril. En plus des problèmes liés au fractionnement du revenu, l'application de cette disposition à un moment donné de la fiducie entraîne la perte du roulement fiscal⁴ lors de l'attribution des biens concernés aux bénéficiaires. Cela compromet donc la sortie des biens, sans impact fiscal, avant l'échéance des 21 ans.

L'APFF est intervenue dans cette épineuse question en faisant parvenir à l'ARC, le 21 décembre 2006, une lettre suivant laquelle « cette prise de position de l'ARC va certainement engendrer des répercussions négatives et imprévues pour un grand nombre de contribuables ». La lettre de l'APFF fait état d'une analyse fort intéressante des gels successoraux impliquant des fiducies familiales discrétionnaires et de certaines dispositions fiscales afférentes à de telles réorganisations corporatives.

À la question « est-ce que le paragraphe 75(2) de la Loi s'applique à une société qui émet des actions en faveur d'une fiducie dont elle pourrait devenir bénéficiaire en vertu d'une faculté d'élire? », l'ARC répondait de la façon suivante :

« Suite à [sic] notre révision de la position énoncée par l'ARC en réponse à la question 3 de la table ronde du Congrès de l'APFF d'octobre 2005 et à la question 16 de la table ronde du Congrès de l'APFF d'octobre 2006, nous sommes d'avis que le paragraphe 75(2) de la Loi ne devrait pas trouver application lorsqu'une fiducie souscrit à des actions d'une société pour une contrepartie égale à leur juste valeur marchande (JVM) et ce, nonobstant le fait que la société émettrice des actions soit bénéficiaire ou susceptible de devenir bénéficiaire de la fiducie ou qu'elle

détienne l'un ou l'autre des pouvoirs décrits au sous-alinéa 75(2)a)(ii) ou à l'alinéa 75(2)b) de la Loi. À notre avis, le paragraphe 75(2) de la Loi ne devrait trouver application qu'à l'égard d'une personne qui avait la propriété du bien avant que ce dernier ne soit détenu par une fiducie selon l'une ou l'autre des conditions stipulées [sic] au paragraphe 75(2) de la Loi. Or, compte tenu qu'une société n'est pas propriétaire de ses propres actions avant leur émission, il s'ensuit que le paragraphe 75(2) ne s'appliquera pas à une société qui émet des actions à une fiducie pour une contrepartie égale à leur JVM. Selon l'arrêt *La Reine c. Kieboom* [...], le paragraphe 75(2) pourrait cependant trouver application lorsque les actions ne sont pas souscrites pour une contrepartie égale à leur JVM. »

Au soutien de son changement de position, l'ARC ajoute :

« Le paragraphe 75(2) de la Loi s'applique à la personne qui était propriétaire du bien avant sa détention par la fiducie. Comme une société n'est pas propriétaire de ses propres actions avant leur émission, il s'ensuit que le paragraphe 75(2) de la Loi ne s'appliquera pas lorsqu'une société émet des actions en faveur d'une fiducie dont elle est ou pourrait devenir bénéficiaire ou encore lorsque la société détient l'un ou l'autre des pouvoirs décrits à 75(2) a)(ii) et b). »

CONCLUSION

L'application ou non de l'article 75(2) L.I.R. est une question complexe et ce court bulletin ne permet pas de traiter de cette problématique de façon approfondie. Plusieurs auteurs y ont consacré d'excellents textes. Nous invitons les lecteurs à consulter ces ouvrages spécialisés.

Le changement de position de l'ARC semble être de nature à rassurer la communauté juridique spécialisée en rédaction de conventions de fiducie. Cependant, puisque l'ARC a déjà émis deux opinions contraires à leur position administrative du 9 mars 2007, il est possible que cette opinion cache des pièges qui pourront être décelés par un examen plus attentif des entrelignes de la position énoncée.

Il faudra donc être vigilant dans la rédaction des conventions de fiducie de façon à ce que l'article 75(2) L.I.R. ne trouve pas application en vertu d'autres dispositions de la convention de fiducie ou par l'acceptation de biens transférés par des tiers après la création de la fiducie concernée ou autrement. Une bonne convention de fiducie devra, bien sûr, être rédigée « sur mesure » pour les besoins de la réorganisation en cours. Sachant que nos clients (ou par l'entremise de leurs conseillers fiscaux) nous solliciteront peut-être, dans plusieurs années, pour nous demander si la convention prévoit, par exemple, l'ajout d'autres bénéficiaires, une bonne rédaction permettra également d'offrir la flexibilité souhaitée plus ou moins consciemment par nos clients... Encore faut-il connaître les pièges fiscaux et éviter de s'y laisser prendre...

1. Ce pourrait être le cas si la « personne » est bénéficiaire de la fiducie.
2. Question 3. L'APFF avait réitéré la même position à la table ronde de 2006 (question 16).
3. Voir table ronde sur la fiscalité fédérale, Congrès APFF 2006, question 16.
4. Voir 107(2) et 107(4.1) L.I.R.

