
**INTERRELATION ENTRE LES FIDUCIES ENTRE VIFS
ET LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE, ET LIVRE DE FIDUCIES**

par

Me Marc Jolin, M.Fisc., T.E.P.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
1. BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE TESTAMENTAIRE.....	2
1.1. MÉCANISMES APPLICABLES AU DÉCÈS DE SON BÉNÉFICIAIRE PRINCIPAL ..	2
1.2. PROBLÈMES ASSOCIÉS À CHAQUE MÉCANISME.....	3
1.2.1. Situation 1	3
1.2.2. Situation 2	4
1.2.3. Situation 3	6
1.2.4. Situation 4	6
1.3. PERTE DE STATUT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE ».....	6
1.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE ENTRE VIFS.....	8
1.4.1. Analyse de la position de l'ARC.....	8
1.4.2. Situations où des biens remis par une fiducie entre vifs à une fiducie créée par testament n'a pas pour effet de faire perdre à la fiducie créée par testament son statut de fiducie testamentaire.	13
2. BIENS DÉTENUS EN FIDUCIES ENTRE VIFS.....	14
2.1. ASPECTS À EXAMINER.....	14
2.2. SITUATIONS RENCONTRÉES	16
2.2.1. Fiducies dans un contexte de gel.....	16
2.2.2. Fiducies de type protection.....	17
2.2.3. Fiducies détenant des créances.....	18
2.2.4. Partage tenant compte de deux patrimoines distincts	19
2.2.5. Revenu minimum provenant de deux patrimoines	21
3. LIVRE DE LA FIDUCIE.....	22
3.1. DIVISION 1 « ACTE DE FIDUCIE »	22
3.2. DIVISION 2 « FIDUCIAIRES »	23
3.3. DIVISION 3 « BÉNÉFICIAIRES »	24
3.4. DIVISION 4 « DÉCISIONS »	25
3.5. DIVISION 5 « TRANSACTIONS »	28
3.6. DIVISION 6 « REDDITION DE COMPTE ».....	29
3.7. DIVISION 7 « CONTACTS ».....	29
3.8. DIVISION 8 « AUTRES »	29
4. NOUVEAUTÉS EN MATIÈRE DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE DEPUIS 2010	33
4.1. ROULEMENT A UN REEI	33
CONCLUSION	36

INTERRELATION ENTRE LES FIDUCIES ENTRE VIFS ET LA PLANIFICATION TESTAMENTAIRE, ET LIVRE DE FIDUCIES

Par Me Marc Jolin, M.Fisc., T.E.P.

Marc Jolin Fiscaliste inc.

INTRODUCTION

Avec la multiplication des fiducies, tant entre vifs que testamentaires, surtout depuis une vingtaine d'années, la proportion des actifs détenus pour plusieurs de nos clients dans une ou plusieurs fiducies augmente. Certains clients ont hérité de biens souvent importants qui sont détenus par des fiducies testamentaires pour leur bénéficiaire ainsi que pour celui des membres de leur famille. D'autres clients ont effectué des gels successoraux utilisant une fiducie entre vifs qui détient plus la plus-value future de certains de leurs actifs, souvent des actions participantes de sociétés privées. Il n'est pas rare que la valeur des biens appartenant à ces fiducies entre vifs dépasse de beaucoup la valeur des autres biens que le client peut posséder personnellement. Des actifs importants sont aussi détenus dans des fiducies en faveur de soi-même¹, des fiducies exclusives au bénéfice du conjoint², des fiducies mixtes au profit du conjoint³, des fiducies pour soi⁴ et des fiducies discrétionnaires.

Plusieurs s'imaginent que suite à leur décès les legs contenus dans leur testament vont déterminer comment sera distribué le capital détenu par les diverses fiducies constituées à leur bénéficiaire. Souvent, les testaments ont été rédigés avant la constitution de la ou des fiducies constituées à leur bénéficiaire. Trop souvent, les testaments ont été rédigés sans prendre connaissance des modalités des diverses fiducies.

La présente conférence se propose, dans une première partie, d'examiner, souvent à l'aide de cas pratiques, quelques problèmes concernant l'interrelation entre la planification testamentaire et les biens détenus dans diverses variétés de fiducies constituées pour le bénéficiaire d'un client et des membres de sa famille. Nous soulèverons les pièges les plus fréquents et nous soulignerons les façons de les gérer et de les prévenir. Même si la convention entre actionnaires est évidemment un contrat important qui doit être aussi harmonisé avec toute fiducie entre vifs et le testament, cet aspect n'est pas couvert dans le présent texte.⁵

¹ Par. 248 (1) « fiducie en faveur de soi-même » *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985», (5^e suppl., c. 1) et mod. (ci-après « L.I.R. ») et article 1 *Loi sur les impôts*, L.R.Q., c. I-3 et mod. (ci-après « L.I. »).

² Par. 248 (1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » L.I.R.

³ Par. 248 (1) « fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait » L.I.R.

⁴ S.-al. 73 (1.01) c) (ii) et (1.02) b) (ii) L.I.R.

⁵ Sur cette question, voir l'excellent texte suivant. Luc MARTEL, « Interaction de la convention entre actionnaires, du testament, des contrats d'assurances et de la fiducie entre vifs dans un contexte de planification successorale » dans *Congrès 2007*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2008, pp. 22 : 1-58.

Le présent texte se propose dans une deuxième partie de présenter un modèle de livre de fiducie, avec ses principales parties et leur contenu. Finalement, nous soulignerons les quelques modifications législatives proposées depuis le dernier congrès et qui affectent la planification testamentaire.

1. BIENS DETENUS EN FIDUCIE TESTAMENTAIRE

1.1. MÉCANISMES APPLICABLES AU DÉCÈS DE SON BÉNÉFICIAIRE PRINCIPAL

Avec la multiplication des fiducies testamentaires de longue durée, c'est-à-dire dont la liquidation n'est pas obligatoire à un âge graduel plutôt jeune du type 1/3 du capital à 25 ans, 1/3 à 30 ans et le solde à 35 ans, plusieurs fiducies testamentaires détiennent pendant longtemps des biens pour le bénéfice de nos clients. Or, tout dépendant de la rédaction de ces fiducies testamentaires, les mécanismes applicables au décès de son bénéficiaire principal sont différents.

Prenons le cas d'une fiducie testamentaire créée par Yvette, mère de Luc et qui se compose de placements très conservateurs, disons diverses variétés d'obligations. Les bénéficiaires du revenu de la fiducie sont Luc (le client) ainsi que son conjoint et ses enfants. Luc et ses enfants sont bénéficiaires discrétionnaires du capital. Luc est cofiduciaire de ladite fiducie avec son comptable.

situation 1

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le capital de la fiducie sera remis selon les modalités de son testament entre ses descendants aux termes de la faculté d'élire⁶ que la testatrice lui laisse et qui lui permet de déterminer à qui et dans quelle proportion seront remis le résidu de la fiducie suite à son décès.

situation 2

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie constitué à son bénéfice sera remis conformément aux modalités prévues à son testament.

situation 3

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie créé à son bénéfice sera partagé entre les enfants de Luc, avec représentations en faveur des enfants de celui ou ceux qui seraient alors décédés.

situation 4

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu de la fiducie constitué à son bénéfice sera réparti, en pleine propriété ou en fiducie, selon les termes d'une faculté d'élire devant être exercée par acte notarié ou devant deux témoins parmi les descendants de la testatrice.

⁶ Il existe deux facultés d'élire : celle qui permet de déterminer qui seront les bénéficiaires et celle qui permet de déterminer les parts parmi les bénéficiaires. Généralement, les deux facultés sont accordées à la même personne. Pour alléger le texte, la simple référence à une faculté d'élire vise les deux types de facultés.

situation 5

Le testament prévoit qu'au décès de Luc, le résidu du capital de la fiducie constitué à son bénéfice continuera d'être détenu par la fiducie mais pour le bénéfice des personnes désignées par Luc aux termes d'une faculté d'élire lui permettant de désigner un ou plusieurs des descendants de la testatrice comme Bénéficiaires subséquents de la fiducie constituée à son bénéfice.

Avec ces cinq situations, nous en couvrons la grande majorité que nous rencontrons. Malgré les grandes ressemblances entre les cinq situations, nous verrons rapidement l'éventail des problèmes tant civils que fiscaux susceptibles de se présenter à l'égard des cinq situations décrites.

1.2. PROBLÈMES ASSOCIÉS À CHAQUE MÉCANISME

1.2.1. Situation 1

Dans la situation 1, nous sommes en présence d'une faculté limitée d'élire permise par l'article 1282 du *Code civil* qui se lit comme suit :

« Le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. En cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminé dans l'acte constitutif ».

Formulation 1

Si le testament de Luc se lit simplement comme suit : « Je lègue la moitié du résidu de mes biens à mon fils Yves et l'autre moitié en parts égales entre mes deux autres enfants Pierre et Pierrette. », s'agit-il de l'exercice d'une faculté d'élire à l'égard de la fiducie constituée pour le bénéfice de Luc par sa mère?

Le constituant de la fiducie peut valablement exiger que la faculté d'élire soit exercée dans un écrit revêtant la forme testamentaire. Ceci ne signifie pas que la faculté d'élire s'exerce par un legs. En effet, le legs porte généralement sur des biens appartenant au testateur⁷ alors que les biens détenus en fiducie n'appartiennent pas à leurs bénéficiaires. La fiducie est un patrimoine autonome et distinct.⁸ L'exercice d'une faculté d'élire n'est pas soumise en soi aux formalités des testaments. Les seules formalités à respecter, le cas échéant, sont celles prévues à l'acte qui a constitué la fiducie qui permet la faculté d'élire.

Formulation 2

La formulation 1 ci-dessus serait valable si le testament contenait une définition élargie de « Résidu de mes biens » qui incorpore un texte comme le suivant : « ... y compris tous mes

⁷ Germain BRIÈRE, *Les successions*, Traité de droit civil, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1994, à la p. 560 : « Les principales dispositions que l'on peut insérer dans un testament ont pour objet la transmission des biens du testateur; on les appelle des « legs ».»

⁸ Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, La collection bleu, Wilson & Lafleur ltée, 2005, p. 39.

droits personnels, faculté d'élire ou droit de disposer, ... ». Comme les biens détenus en fiducie n'appartiennent pas à Luc, un simple legs (sans extension de sens) ne peut pas être considéré comme l'exercice d'une faculté d'élire prévue aux termes d'un acte de fiducie.

Formulation 3

La formulation suivante insérée dans le testament de Luc serait cependant acceptable : « Je demande aux fiduciaires de la fiducie constituée par ma mère aux termes de son dernier testament reçu devant Me *** notaire, le ***, sous le numéro *** de ses minutes de remettre le capital de ladite fiducie à mes enfants et dans les proportions suivantes, à savoir : 50 % à Yves et le solde en parts égales entre Pierre et Pierrette. »

Comme Luc est bénéficiaire de la fiducie constituée par sa mère, c'est donc en sa qualité de fiduciaire qu'il peut exercer la faculté d'élire selon les dispositions de l'article 1282 C.c.Q. Ceci implique qu'une faculté d'élire de façon générale comme avec l'extension du concept de « résidu des biens » [situation 1 – formulation 2] ou comme dans la formulation 3 ne peut pas être valide si elle est exercée avant que la fiducie en question ne soit constituée. Donc, si le testament de Luc a été rédigé avant le décès de sa mère ou encore si son testament a été rédigé à un moment où il n'occupe pas la fonction de fiduciaire, l'exercice de la faculté d'élire peut être invalide. Donc, toujours s'assurer que la faculté d'élire exercée par testament ou autrement, est exercé à un moment où le titulaire de la faculté d'élire (qui est aussi bénéficiaire) est fiduciaire en fonction.

Formulation 4

Observons que la faculté d'élire décrite dans la situation 1 ne permet pas à Luc d'exercer ladite faculté pour le bénéfice de fiducies. En d'autres termes, si le testament de Luc contenait une phrase comme la suivante : « Je demande aux fiduciaires de la fiducie constituée par ma mère selon les termes de son dernier testament reçu devant Me *** notaire, le ***, sous le numéro *** de ses minutes de remettre le capital de ladite fiducie à une fiducie que je crée aux termes de mon présent testament pour le bénéfice de mes enfants. », le résultat d'une telle clause est douteux. Toute situation douteuse est susceptible de contestations par toute personne qui s'estime lésée. À mon avis, si la faculté d'élire accordée par le constituant vise aussi des patrimoines fiduciaires au bénéfice d'un ou plusieurs des bénéficiaires du capital déterminés par ailleurs, le texte permettant l'exercice de la faculté d'élire doit le spécifier.

1.2.2. Situation 2

Dans la situation 2, nous sommes en présence d'une faculté illimitée d'élire contraire aux dispositions de l'article 1282 C.c.Q. et donc nulle de nullité absolue. Dans un tel cas, il faut alors interpréter le testament comme si la faculté d'élire n'avait pas été exercée.

Dans un article antérieur sur cette question,⁹ nous pouvons lire:

Deux jugements récents de la Cour d'appel du Québec ont confirmé la nullité absolue des clauses conférant à un fiduciaire ou à un bénéficiaire le mandat de désigner la ou les personnes qui recevraient

⁹ Dans Marc JOLIN, « Faculté d'élire et planification testamentaire », dans *La lettre fiscale québécoise*, Thompson Canada, octobre 1991, vol I, no 10, à la p. 73.

le capital de la fiducie au décès d'un bénéficiaire d'une fiducie. De plus, cette nullité est opposable aux autorités fiscales.

Dans l'affaire Brodie (Succession de), CA. Montréal, 500-09-001123-868, 26 juin 1989, la Cour d'appel du Québec a eu à se prononcer sur la légalité d'une clause se lisant comme suit : « Au décès d'un tel enfant, sa part de ladite portion non remise devra être disposée conformément aux termes du testament de tel enfant. À défaut d'un tel testament, cette partie sera divisée en parts égales par souche entre ses descendants... » [traduction de l'auteur].

La Cour d'appel déclare :

« Une clause semblable est nulle et sans effet. En vertu de l'article 838 C.Civ., les bénéficiaires des legs doivent être suffisamment identifiés. Par ailleurs, le testament lui-même doit examiner la volonté du testateur. L'on ne saurait, en règle générale, tester valablement en s'en remettant à la volonté d'un tiers pour définir ses volontés...

Même dans le cadre d'une fiducie testamentaire, il faut au minimum définir la catégorie de bénéficiaires à l'intérieur desquels les fiduciaires ou légataires choisiront...

Si la discrétion du fiduciaire ou de l'exécuteur s'exerce à l'intérieur d'une catégorie déterminée, la clause de faculté d'élire peut être valide. En l'absence d'une clause de création de catégorie de bénéficiaires, la clause de faculté d'élire est considérée comme nulle...

Telle que rédigée, la clause en litige [précitée] confère à ... le droit de tester au lieu et place du testateur. Ce n'est qu'à défaut de tel testament que les biens sont attribués aux petits-enfants. La clause est donc nulle et sans effet. »

La Cour d'appel se prononce aussi sur le legs subsidiaire, c'est-à-dire la deuxième partie de la clause qui vise la remise aux petits-enfants au cas où le testateur décède sans testament, en ces termes :

L'article 660 C. civ. prévoit qu'une disposition illégale, contraire à l'ordre public, dans un testament est réputée non écrite. Toutefois, le legs subsidiaire aux enfants et lié étroitement à la faculté d'élire. Il est inséré dans la même disposition testamentaire et il ne saurait lui survivre. »

La totalité de la clause a donc été déclarée nulle et sans effet. Nous pouvons dégager de cette décision que la deuxième partie de la clause aurait été valable si la première partie avait porté une faculté limitée d'élire.

La Cour d'appel a de plus mentionné que les intimés ne pouvaient renoncer à cette faculté de tester. En conséquence, la renonciation subséquente à la faculté d'élire illimitée par le bénéficiaire de cette faculté ne peut rendre légale par la suite une clause nulle ab initio.

Dans *The Royal Trust c. Québec (Le Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 36, la Cour d'appel du Québec, dans un jugement portant sur une cotisation établie en vertu de la Loi sur les droits successoraux a eu à interpréter la clause suivante :

« À l'égard du capital des biens en fiducie, ma fille Dorothy pourra en disposer de la moitié selon qu'elle jugera à propos par son testament; à défaut de testament, ledit capital sera remis à ses héritiers légaux. »

Même s'il s'agit d'une cotisation établie en vertu d'une loi fiscale, la Cour d'appel affirme qu'elle ne peut éviter de s'interroger sur la validité en droit civil québécois du pouvoir général de disposer ou de la faculté générale énoncée au testament en litige.

Se basant sur le jugement précédent, la Cour d'appel n'a eu aucune hésitation à conclure que la clause était nulle et sans effet. Dans cette clause, le ministère du Revenu du Québec a invité la Cour d'appel, en raison de la nature et des objectifs particuliers des lois fiscales, à se prononcer sur le fait que le législateur a voulu par la Loi sur les droits successoraux relier des conséquences fiscales à droit ou à une faculté que les tribunaux reconnaissent comme nuls en vertu du droit civil québécois.

Se basant sur un extrait du livre « Rédaction et interprétation des lois » de Louis-Philippe Pigeon statuant que « les lois ne sont pas présumées déroger au droit commun », la Cour d'appel conclut que la référence dans la Loi sur les droits successoraux à la faculté d'élire « a été adoptée pour couvrir les situations où le testament qui confère ce droit ou cette faculté a été fait dans un territoire où ce droit ou cette faculté peut être valablement conféré.

Dans une décision récente de la Cour supérieure, Béique c. Clément, [1990] R.J.Q. 1327, la Cour a reconnu la validité en droit civil québécois de la faculté limitée d'élire accordée aux grevés (bénéficiaires du revenu)».

De toute façon, il est toujours souhaitable que les termes de l'acte de fiducie prévoient à qui seront distribués le capital de la fiducie advenant le cas où la personne qui pouvait exercer une faculté d'élire les bénéficiaires ne l'a pas fait, ne serait-ce que pour s'assurer que les intentions initiales du client soient respectées.

1.2.3. Situation 3

Dans la situation 3, la formulation utilisée ne permet pas à Luc d'exercer une faculté d'élire étant donné que le testament de sa mère a déjà prévu comment doit se partager le résidu du capital de la fiducie constituée au bénéfice de Luc à compter de son décès et ledit testament n'accorde aucune faculté d'élire à Luc.

1.2.4. Situation 4

Dans la situation 4, nous sommes en présence d'une faculté limitée d'élire permettant de donner des instructions afin que le résidu de la fiducie constituée au bénéfice de Luc soit remis par les fiduciaires de ladite fiducie à un ou des patrimoines fiduciaires constitués aux termes du testament de Luc. Ici les termes du testament de la mère de Luc précisent que la faculté doit être exercée « par acte notarié ou devant deux témoins ». Ainsi, une faculté d'élire exercée par testament olographe ne serait pas valide.

1.3. PERTE DE STATUT DE « FIDUCIE TESTAMENTAIRE »

La situation 4 soulève de plus une question fiscale particulièrement importante. Les biens remis par la fiducie testamentaire établie aux termes du testament de la mère de Luc à la fiducie constituée par le testament de Luc pour le bénéfice de ses enfants ont-ils pour effet de faire perdre à la fiducie constituée aux termes du testament de Luc son statut fiscal de « fiducie testamentaire ? »¹⁰ Dans la définition de fiducie testamentaire au paragraphe 108 (1) L.I.R. précisant qu'il s'agit d'une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès¹¹, se trouvent les exceptions suivantes : « a) d'une fiducie créée après le 12 novembre 1981 par une personne autre que le particulier; » « b) d'une fiducie créée si, avant la fin de l'année d'imposition, des biens ont été remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès; »

Au décès de Luc, les biens de sa succession seront remis à une fiducie constituée aux termes de son testament et qui a commencé à exister à son décès. Mais comme la fiducie créée par la mère de Luc ne peut pas être considérée comme un « particulier lors de son décès » et qu'il ne s'agit

¹⁰ Par. 104 (1) L.I.R., 248 (1) « fiducie testamentaire » L.I.R. et par. 108 (1) « fiducie testamentaire » L.I.R.

¹¹ Al. 248 (8) a) L.I.R.

pas non plus d'une remise par suite de ce décès (celui de la mère de Luc), il s'ensuit que la fiducie testamentaire constituée aux termes du testament de Luc pour le bénéfice de ses enfants et qui reçoit des biens de la fiducie créée par la mère de Luc ne posséderait pas le statut fiscal de fiducie testamentaire. Et c'est doublement malheureux parce que d'une part non seulement le revenu produit par le capital initialement détenu en fiducie testamentaire créée aux termes du testament de la mère de Luc ne sera plus imposé à des taux d'impôts progressifs¹² mais tous les revenus générés par les autres biens légués par Luc à la fiducie constituée par son testament au bénéfice de ses enfants ne se qualifieront pas non plus à une imposition aux taux d'impôts progressifs, mais ils seront imposés au fédéral au taux d'impôt maximum¹³.

Remarquons que si au décès de Luc, la fiducie constituée à son bénéfice continue d'exister et que Luc lègue une partie de ses propres biens à la fiducie constituée à son bénéfice par sa mère, cette dernière fiducie ne semble pas perdre son statut fiscal de fiducie testamentaire parce que la remise par Luc n'a pas pour effet de créer une fiducie et il s'agit d'une remise à la fiducie par un particulier (Luc) lors de son décès ou postérieurement et par suite de son décès. En effet, à l'alinéa b) du paragraphe 108(1) « fiducie testamentaire » L.I.R., la référence à « un particulier » n'implique pas qu'il s'agisse du même particulier que celui auquel il est référé dans le générique du paragraphe.

La technique suivante peut être utilisée pour au moins faire en sorte que la fiducie constituée par le testament de Luc au bénéfice de ses enfants et se composant exclusivement des biens qu'il possédait personnellement avant son décès ne perde pas son statut fiscal de fiducie testamentaire. Il s'agit d'utiliser la technique des fiducies « miroirs ». Cette technique consiste à constituer dans le testament de Luc et pour le bénéfice de chacun ses trois enfants, deux fiducies. La première fiducie pour le bénéfice des enfants de Luc se composera exclusivement de biens appartenant à Luc au moment de son décès, alors que la deuxième fiducie pour le bénéfice des mêmes enfants se composera du legs d'une somme d'argent minime, disons 10 \$. De plus, Luc donnera dans son testament des instructions aux fiduciaires de la fiducie à son bénéfice constitué par le testament de sa mère afin qu'ils remettent directement les biens de cette dernière fiducie à la deuxième fiducie créée dans son testament à même le legs de 10 \$. Le legs de la somme d'argent minime ou de tout autre biens de peu de valeur est essentiel pour valablement constituer la fiducie au sens civil. Il est important que les biens provenant de la fiducie créée par la mère de Luc ne soit pas remis à la succession de Luc pour être ensuite remis à la fiducie créée à même le legs de dix dollars (10 \$) parce que la perte de statut de fiducie testamentaire que l'on voulait éviter risque de ne pas être atteint. En effet, si la succession ne se qualifie pas de fiducie testamentaire parce qu'elle est contaminée par une remise non permise, les fiducies créées par testament qui recevront les biens d'une succession qui a perdu son qualificatif de fiducie testamentaire auront le même statut fiscal que celui de la succession, c'est-à-dire celui de « fiducie non testamentaire »¹⁴.

¹² Par. 117 (2) L.I.R.

¹³ Par. 122 (1) L.I.R.

¹⁴ Par. 248 (1) « fiducie non testamentaire » L.I.R.

1.4. FIDUCIE TESTAMENTAIRE BÉNÉFICIAIRE D'UNE FIDUCIE ENTRE VIFS

1.4.1. Analyse de la position de l'ARC

Dans la Table ronde sur la fiscalité fédérale du Congrès 2008¹⁵, l'ARC mentionne :

« Même si la fiducie [établie par le testament] commence à exister lors du décès du particulier ou par suite du décès d'un particulier, nous considérons que le droit au capital ou au revenu de la fiducie entre vifs provient des dispositions de l'acte de fiducie entre vifs qui a été établi lorsque le particulier était vivant et n'a donc pas été remis par le particulier lors de son décès au postérieurement et par suite de ce décès. Par conséquent, la fiducie créée par le testament n'obtiendrait pas son statut de fiducie testamentaire lorsque l'acte de fiducie d'une fiducie entre vifs prévoit qu'elle sera bénéficiaire de cette fiducie. Les montants versés par la fiducie entre vifs reçus en raison de cette participation au revenu (montant provenant du dividende versé à l'égard des actions) et au capital de la fiducie (montant provenant du rachat des actions) serait donc versé à une fiducie non testamentaire ».

Il ne fait aucun doute qu'à compter du moment où des biens seraient remis par la fiducie constituée par la mère de Luc à la fiducie constituée aux termes du testament de Luc pour le bénéfice de ses propres enfants, cette dernière fiducie perd son statut de fiducie testamentaire.

Je ne partage cependant pas l'opinion de l'Agence selon laquelle une fiducie établie par testament et qui pourrait devenir bénéficiaire selon les termes d'un acte de fiducie entre vifs perd de ce seul fait son statut de « fiducie testamentaire » sur la base qu'elle aurait obtenu au moment de son établissement un bien qui est une participation dans la fiducie entre vifs. L'extrait pertinent de la position de l'Agence est le suivant¹⁶ :

« Si la fiducie établie par le testament est un bénéficiaire selon l'acte constituant la fiducie familiale discrétionnaire entre vifs, elle obtiendra au moment de son établissement un bien qui est la participation dans la fiducie entre vifs. Ce bien est remis à titre gratuit et augmente le capital de la fiducie ».

En effet, il ne faut pas confondre le concept de « remis » avec celui de droit de bénéficiaire

L'expression « droit de bénéficiaire »¹⁷ que l'on retrouve dans la L.I.R. peut porter à confusion. En effet, elle peut donner l'impression que les personnes réputées avoir un tel droit possèdent ou ont obtenu contre leur gré un bien en ce sens qu'elles seraient propriétaires de quelque chose. Même s'il est exact que certains droits font l'objet d'une propriété encore faut-il que la propriété de ce droit ait été remis par la fiducie entre vifs (ou par une personne) à la fiducie créée par testament.

¹⁵ « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 2008*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2009, pp 48 :1-98, question 9, à la p. 48 :31.

¹⁶ *Id.*

¹⁷ Al. 248 (25) a) L.I.R.: « Les règles suivantes s'appliquent dans le cadre de la présente loi :

a) comptent parmi les personnes ou sociétés de personnes ayant un droit de bénéficiaires ou dans une fiducie donnée celles qui ont le droit-immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par une personne ou une société de personnes- à titre de bénéficiaire une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie donné, soit directement celle-ci, soit indirectement par l'entremise d'une ou de plusieurs fiducies ou sociétés de personnes;... » Art 7.11.1 L.I.

Il existe (comme nous le verrons plus loin) des situations précises où les fiducies constituées par testament détiennent au sens civil une participation au capital dans une fiducie entre vifs.

Prenons un deuxième exemple basé sur la situation 1 – Formulation 6. Le testament prévoit qu’au décès de Luc, le capital de la fiducie créée par sa mère doit être remis à une ou plusieurs fiducies testamentaires constituées aux termes du testament de Luc. Même dans cette situation, comme la mère de Luc ne peut pas contrôler les termes du testament de Luc, rien ne garantit que le testament de Luc aura établi des fiducies pour le bénéfice de ses enfants. Or, comme le mentionne l’alinéa b) » de la définition de « fiducie testamentaire », le changement de statut de celui de fiducie testamentaire à celui de fiducie non testamentaire s’opère au moment de la remise et non avant. Le simple fait qu’une fiducie est présumée détenir un droit de bénéficiaire par l’effet de la présomption à l’alinéa 248(25) a) L.I.R. signifie-t-il que des biens ont été remis à cette fiducie ? Comme nous le verrons, pour être en présence d’une remise, certaines exigences sont requises.

Dans *Greenberg Estate c. La Reine*,¹⁸ le Juge Bowie affirme:

«The word « contributed » in its plain meaning signifies a voluntary payment made to increase the capital of the estate... (I find the payment in question to be a voluntary payment into the estate), made for no consideration and for the purpose of increasing the capital of the estate so that it could, in turn, increase its capital investment in the partnership».

Nous devons donc examiner le sens du mot « paiement » tel que ce terme a déjà été défini par les tribunaux fiscaux.

Dans *Gillette Canada Inc. v. R.* le juge Rip fait siennes les définitions suivantes¹⁹ :

« **Black’s Law Dictionary**

« Pay : To discharge a debt by tender of payment due; to deliver to a creditor the value of a debt, either in money or in goods, for his acceptance.

Payment: The fulfillment of a promise, or the performance of an agreement. A discharge of an obligation or debt, and part payment, if accepted, is a discharge pro tanto.

In a more restricted legal sense payment is the performance of a duty, promise, or obligation, or discharge of a debt or liability, by the delivery of money or other value by debtor to a creditor, where the money or other valuable thing is tendered and accepted as extinguishing debt or obligation in whole or in part. Also the money or other thing so delivered. »

70 Corpus Juris Secundum

«Payment: In its legal sense, “payment” may be defined as the discharge in money or its equivalent of a debt or obligation; it involves the actual or constructive delivery by a debtor to his creditor of money or its equivalent, with the intent thereby to extinguish the debt, and the acceptance thereof by the creditor with the same intent.»

Le Nouveau Petit Robert – Dictionnaire de la langue française

Paiement : Action de payer, exécution d’une obligation. . . . »

¹⁸ 97 D.T.C. 1380 ; [1997] 3 C.T.C. 2859.

¹⁹ [2001] 4 CTC 2884; 2001 DTC 895.

La définition de paiement qui nous vient du Corpus Juris Secundum contient les éléments essentiels d'un paiement dans un contexte d'une remise. Ces éléments essentiels étant :

«by the delivery of money or other value by debtor (...) and accepted as extinguishing debt or obligation.»

[les soulignés sont les miens]

Le terme «delivery» dans son sens juridique et financier signifie tradition, délivrance (sens juridique) ou cession et remise (sens financier)²⁰.

Le sens juridique de «tradition» implique d'une part que l'auteur du transfert se départisse d'un bien et que le bénéficiaire du transfert accepte le paiement.

Examinons maintenant brièvement la doctrine civile applicable aux transferts par décès ainsi qu'aux transferts à titre gratuit entre vifs.

Dans le texte suivant de Me Brière, nous pouvons lire : ²¹

« **160. Point de départ du délai d'option.** L'article 632 C.civ. dispose que le successible a six mois pour délibérer et exercer son option, à compter du jour où son droit s'est ouvert [...] pour l'appelé à une substitution où le bénéficiaire d'une fiducie, le délai ne commence à courir qu'à l'ouverture de son droit [...] pendant la période de délibération, le successible ne peut être condamné à titre d'héritier à moins qu'il n'ait déjà accepté la succession (art. 632 al. 2 C. civ.) [...]

166 Situation du successible. Une fois écoulé le délai légal de délibération. L'article 633 C. civ, fait, dans cette hypothèse, une distinction, qui est nouvelle; il distingue en effet selon que le successible connaît ou non sa qualité. Les diverses mesures que l'on a prises en la matière sont destinées à accélérer le règlement des successions tout en favorisant la certitude du droit; elles sont de nature à inciter les successibles à exercer leurs options dans le délai impartie, tout en préservant leurs intérêts.

167. Cas du successible qui connaît sa qualité. Le successible qui connaît sa qualité ne renonce pas dans le délai légal de délibération est présumé avoir accepté la succession, à moins que le tribunal ne renonce pas dans le délai qui connaît sa qualité. Le successible qui connaît sa qualité ne renonce pas dans le délai légal de délibération est présumé avoir accepté la succession, à moins que le tribunal n'ait prolongé ce délai.

171. Caractère d'ordre public. Le droit d'option est d'ordre public, en ce sens que le de cujus ne peut, par testament, en priver son successeur et que le successible ne peut y renoncer [...]

Nous pouvons lire ce qui suit dans un autre ouvrage de Me Brière²²:

«La succession est acquise à l'héritier sans qu'il ait besoin d'accomplir quelque formalité que ce soit; cette acquisition se réalise de plein droit, soit par le seul effet de la loi qu'il s'agit d'une succession ab intestat, soit pas l'effet du testament et de la loi dans le cas de la succession testamentaire; en effet, la loi intervient indirectement dans la seconde hypothèse puisqu'elle attache au testament l'effet de transmettre l'hérédité. Toutefois, la loi n'admet pas que l'on impose une succession à un successible qui n'en voudrait pas pour une raison quelconque; elle permet, en effet, à tout successible d'accepter la succession ou d'y renoncer (art. 630 al. 1 C. civ.). Le légataire à titre particulier bénéficie de la même option à l'égard du legs qui lui est fait (art. 741 C. civ.) [...]

²⁰ Harrap's Shorter Dictionary french-english/anglais-français dictionnaire, London, Harrap's Books Ltd, 1991, p. 219.

²¹ Germain BRIÈRE, « L'option des successibles » dans *Les successions*, Collection traité de droit civil, Centre de recherches en droit privé et comparé du Québec, 1994.

²² *Op. cit.*, note 7, à la p. 195.

Si l'héritier accepte la succession, il consolidera la transmission qui s'était opérée de plein droit dès le décès du de cujus; [...] L'héritier peut, au contraire, renoncer à la succession, donc abandonner l'actif et se soustraire au passif.[...]

Dans le cas du légataire particulier, l'option se justifie du fait que nul ne peut être gratifié malgré lui: un intérêt moral est susceptible de s'opposer à l'acceptation d'un legs;»

D'après la doctrine civile²³, le contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre au bénéfice de cette dernière et sans en retirer d'avantage en retour. Il est donc, *a priori*, un contrat *intuitu personae*, c'est-à-dire un contrat où la considération de la personne avec laquelle on contracte constitue un élément essentiel de l'engagement.

L'article 1386 C.c. Q. se lit comme suit : « L'échange de consentements se réalise par la manifestation, expresse ou tacite, de la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne ». L'article 1388 C.c. Q. définit en ces termes l'offre de contracter : « Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »

Quant au moment où le contrat est formé, l'article 1387 C.c. Q. précise : « Le contrat est formé au moment où l'offrant reçoit l'acceptation... ». L'acceptation à laquelle réfère l'article 1387 C.c. Q. est l'acceptation de l'offre de contracter.

Sommairement, nous pouvons dégager de ces règles civiles, appliquées à la situation où une personne constitue une fiducie pour bénéfice d'un particulier donné, que ce dernier ne sera lié par l'offre du constituant ou indirectement du fiduciaire de la fiducie qu'à compter du moment où il aura manifesté de façon expresse ou tacite sa volonté d'accepter le bien que le constituant, par le biais des fiduciaires de la fiducie qu'il a créé, se propose de lui remettre. Comme une participation au capital est un bien, distinct des éléments d'actifs appartenant à une fiducie, le moment à compter duquel un particulier ou un patrimoine acquiert une participation au capital d'une première fiducie (désignée « fiducie principale ») peut être différent (plus précisément antérieur) au moment où des biens sont transférés par la fiducie principale au particulier ou à la sous-fiducie qui en est bénéficiaire. Un exemple simple d'une acceptation expresse par un particulier ou par une fiducie serait la situation où le bénéficiaire (particulier ou fiducie) fait parvenir un écrit à la fiducie principale aux termes duquel l'intention d'accepter les biens ou d'être considéré comme bénéficiaire est clairement manifesté.

Si un bénéficiaire d'une fiducie ne manifeste pas dans un délai raisonnable son refus d'être considéré comme un bénéficiaire de la fiducie principale, le délai commençant normalement ici à compter du moment où le bénéficiaire est informé qu'il est susceptible de recevoir du capital de la fiducie principale, il pourra s'agir d'un élément important dans la détermination de ce qui pourrait être considéré comme une acceptation tacite. De même, le fait d'exiger la reddition de compte ou de se comporter comme un bénéficiaire de la fiducie principale sera certainement une acceptation tacite et pourrait faire en sorte qu'une personne ou une fiducie serait considérée détenir une participation au capital de la fiducie principale.

²³ BEAUDOIN J.-L. et P.G. JOBIN, « Classification des contrats » dans *Les obligations*, 6e édition, 2005, EYB 2005 obl.2.

Les concepts analysés ci-dessus impliquent donc un double geste pour compléter une remise ou un paiement. D'une part, celui de l'auteur du paiement ou du transfert (l'offre) et, d'autre part, celui du bénéficiaire du paiement ou du transfert (l'acceptation).

Prenons un exemple. Un contribuable dérangé constitue une fiducie dont l'objectif principal est la promotion de la haine raciale et de l'idéologie nazie. Parmi les bénéficiaires discrétionnaires de ladite fiducie, l'acte de fiducie prévoit divers groupements poursuivant des objectifs similaires ainsi que l'Agence du revenu du Canada (« ARC »), section des interprétations techniques. Peut-on raisonnablement prétendre que ladite fiducie a remis des biens à l'ARC qui n'a effectivement rien reçu et qui ne recevra (espérons-le) aucun bien de ladite fiducie?

L'analyse des concepts utilisés nous porte à croire que la remise, tel que le concept a été élaboré par la jurisprudence fiscale et par la doctrine civile, n'est complété qu'au moment de l'acceptation par le bénéficiaire. Le simple fait qu'un acte de fiducie stipule qu'une personne donnée est susceptible de recevoir du revenu ou du capital de la fiducie n'est pas suffisant pour faire en sorte qu'une remise de biens a été effectuée.

Nous sommes en présence ici de deux interprétations possibles, à savoir que la remise a lieu au moment de l'application de la présomption prévue à l'alinéa 248(25)a) L.I.R. ou au moment où, au sens fiscal, la remise est complétée. Un survol rapide de la jurisprudence fiscale en matière d'interprétations absurdes est de mise. Dans *Haltrecht v. R.*²⁴ le juge Bowman s'exprime ainsi :

« Where there are two interpretations of a statute, one of which leads to an absurdity and one of which leads to a sensible conclusion, one should reject the interpretation that leads to an absurdity and adopt the one that leads to a sensible interpretation »

Dans *LGL Ltd v. R.*²⁵ :

«Even if the result is absurd, if the words are clear the court must give effect to them.

«In my opinion, the rule has always been this:-the words of an Act admit of two interpretations, then they are not clear; and if one interpretation leads to an absurdity, and the other does not, the Court will conclude that the legislature did not intend to lead to an absurdity, and will adopt the other interpretation. “And Lord Halsbury in *Cooke v. Charles A. Vogeler Co.* (4) said: “But a court of law has nothing to do with the reasonableness or unreasonableness of a provision, except so far as it may help them in interpreting what the legislature had said. “Which necessarily means that for this latter purpose it is legitimate to take into consideration the reasonableness or unreasonableness of any provision of a statutes »

«Again a section of a statutes should, if possible, be construed so that there may be no repugnancy or inconsistency between its different portions or members»

Dans *Jay-Zee Food Products Ltd*²⁶, la cour de l'Échiquier affirme:

«Attorney General v. Carlton, [1899] 2 Q.B. 158 at 164, said “in respect to a taxing statute, as in the case of any other statute, the duty of the court is to give effect to the intention of the legislature as that intention is to be gathered from the language employed, having regard to the context in connection with which it was employed... in *City of Victoria v. The Bishop of Vancouver*, [1921] 2 A.C. 384 at

²⁴ [2000] 2 C.T.C. 2749 à la p. 2751.

²⁵ [1999] 2 C.T.C. 2482, 99 D.T.C. 675, à la p. 2495-2496, 681-682.

²⁶ *Jay-Zee Food Products Ltd. v. Deputy M.N.R. for Customs and Excise*, [1965] C.T.C. 336, 65 D.T.C. 5179, [1966] Ex. C.R. 307, at 338, 5180, 309.

388... if the words of a statute admit of two interpretations, and if one interpretation leads to an absurdity and the other leads to reasonable result, the latter is to be preferred.»

Dans le cas d'un acte de fiducie où la possibilité de recevoir soit du revenu ou du capital de la fiducie dépend de l'exercice ou non d'un pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires, un tel bénéficiaire présumé par les dispositions fiscales détenir un droit de bénéficiaire est exactement dans la même situation qu'un particulier en relation avec son voisin. En effet, le voisin pourrait décider de lui donner un bien n'importe quand. Cette possibilité pour lui que le voisin lui donne quelque chose n'est certainement pas un droit et encore moins une remise. Le fait que le voisin transfère un tracteur à une fiducie dans laquelle, en plus de ses enfants et petits enfants, toutes les personnes résident sur une rue donnée sont désignées comme étant des bénéficiaires discrétionnaires, n'a certainement pas pour effet de faire en sorte qu'un tracteur a été remis à toutes les personnes qui habitent sur la rue donnée. À cause de la présomption prévue à l'alinéa 248 (25) a) L.I.R., toutes les personnes résidents sur la rue sont présumées, aux fins fiscales, détenir un droit de bénéficiaire mais il est peu probable que les tribunaux canadiens concluent dans de telles situations qu'il y aurait eu une remise de biens en faveur des personnes qui résident sur la rue à laquelle fiducie réfère.

1.4.2. Situations où des biens remis par une fiducie entre vifs à une fiducie créée par testament n'a pas pour effet de faire perdre à la fiducie créée par testament son statut de fiducie testamentaire.

1.4.2.1. Unités d'un fond mutuel.

L'exemple le plus simple est celui où le testateur détient des unités dans un fond mutuel²⁷ dont la forme juridique est une fiducie. Si le testateur Denis lègue un fond mutuel à une fiducie constituée aux termes de son testament pour le bénéfice de son petit-fils Marcel et que par la suite le fond mutuel effectue une distribution de revenus ou de capital à la fiducie constituée par testament pour le bénéfice de Marcel, il ne s'agit pas d'une situation où la fiducie pour le bénéfice de Marcel perd automatiquement son statut de fiducie testamentaire. La raison principale ne consiste pas dans le fait qu'il existerait dans la L.I.R. une distinction à faire entre une fiducie personnelle²⁸ et une fiducie commerciale²⁹. Le fondement plus précis réside dans le fait que la seule remise de capital à la fiducie constituée par testament provient de biens qui ont été légués par le testateur constituant de la fiducie testamentaire. Rappelons en effet la définition du terme « *contributed* » par le juge Bowie³⁰ où ce dernier mentionne qu'une remise est un paiement volontaire effectué dans le but d'augmenter le capital de la fiducie. Or, le legs à la fiducie est certainement une remise. Mais lorsque le fond mutuel remet du revenu ou du capital au propriétaire des unités, à savoir la fiducie créée aux termes du testament de Denis, il ne s'agit certainement pas d'un paiement volontaire effectué dans le but d'augmenter le capital de la fiducie. Il s'agit plutôt d'un paiement effectué en satisfaction d'une obligation incorporée dans une convention de fiducie commerciale.

²⁷ Par. 132(6) « fiducie de fonds commun de placement » L.I.R.

²⁸ 248(1) « fiducie personnelle » L.I.R..

²⁹ 248(1) « fiducie d'investissement à participation unitaire » L.I.R.

³⁰ *Supra*, note 18.

1.4.2.2. Fiducie dont toutes les participations sont irrévocablement dévolues.

La deuxième situation est celle où le testateur détient une participation au capital et au revenu dans une fiducie dont toutes les participations lui sont dévolues irrévocablement.³¹ Si un testateur lègue ses droits dans une fiducie entre vifs dont toutes les participations sont irrévocablement dévolues à une fiducie qu'il crée dans son testament et que la fiducie entre vifs est subséquemment liquidée dans la fiducie constituée par son testament, cette dernière fiducie ne perd pas non plus son statut de fiducie testamentaire mais pour des raisons légèrement différentes de celles mentionnées au paragraphe précédent. En effet, tout comme dans le cas des unités d'un fond mutuel, la seule remise de capital à la fiducie constituée par testament provient de biens qui ont été légués par un testateur, à savoir ses participations dans la fiducie entre vifs. De plus, la liquidation de la fiducie entre vifs, pas plus que s'il s'agissait de la liquidation d'une société, n'a aucunement pour effet d'augmenter le capital de la fiducie créée par testament mais elle ne fait simplement que changer la nature des biens qu'elle détient au moment où les biens sont remis en satisfaction de la participation au capital qui lui a été remise par testament, biens détenus en fiducie entre vifs.

2. BIENS DETENUS EN FIDUCIES ENTRE VIFS

2.1. ASPECTS À EXAMINER

Les aspects à examiner sont les suivants :

- Tout ce qui a été expliqué à la section 1.1 à l'égard des fiducies testamentaires s'applique, *mutatis mutandis*, aux fiducies entre vifs.
- En général, les biens détenus en fiducie entre vifs devraient plutôt être remis aux enfants du testateur qu'à son conjoint. En effet, dans un contexte de gel, une remise des actions détenues par une fiducie de gel au conjoint aura pour effet de rendre inefficace la planification si son objectif principal était d'effectuer un gel.
- En présence d'un enfant relève, il est préférable de remettre une partie plus importante des actions participantes à l'enfant le plus susceptible de continuer la croissance de l'entreprise.
- Si le client désire avantager un organisme de bienfaisance à son décès, l'avantage fiscal sera plus important si un leg est fait à l'organisme de bienfaisance³² que si la fiducie entre vifs remet du capital au même organisme.

³¹ Par. 108(1) « fiducie », al. g) L.I.R. Voir aussi, Marc JOLIN, « Panel sur les fiducies-Partie D. Dévolution irrévocable de toutes les participations », dans *Congrès 2003*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2004, p. 39 : 1-76, à la p. 39 : 62.

³² Par 118.1(5) L.I.R.

-
- Si le client a des enfants majeurs encore aux études et que le capital détenu par la fiducie entre vifs est suffisamment important pour générer un niveau de revenu suffisant pour couvrir toutes les dépenses d'éducation des enfants, la fiducie entre vifs pourra être utilisée pour réaliser cet objectif, et il sera moins nécessaire de créer des fiducies testamentaires pour fins d'éducation ou encore une fiducie familiale de fractionnement dont le but principal est de fractionner le revenu avec les enfants aux études.³³
 - Si le client a des enfants mineurs et qu'une fiducie de gel a été constituée, se rappeler que les dividendes versés à un enfant mineur sur des actions léguées par un de ses parents ne sont pas assujettis à l'impôt sur le revenu fractionné. En effet, selon le paragraphe 120.4(1) « montant exclu » L.I.R., un revenu tiré d'un bien acquis par un enfant mineur, ou pour son compte, par suite du décès de son père ou de sa mère³⁴ est considéré comme un montant exclu, lequel ne fait pas partie du revenu fractionné³⁵. Comme un dividende reçu par une fiducie entre vifs établie par l'auteur du gel ne peut être considéré comme un bien acquis pour le compte de l'enfant par suite du décès de son père ou de sa mère, un dividende versé par une fiducie entre vifs, sera considéré comme du revenu fractionné après le décès du père ou de la mère de l'enfant mineur mais un dividende reçu par une fiducie testamentaire suite au décès du père ou de la mère de l'enfant et payé à l'enfant ne sera pas du revenu fractionné. Comme les clients ayant un conjoint auront généralement tendance à vouloir léguer les actions de gel à leur conjoint ou à une fiducie exclusive au bénéfice de leur conjoint³⁶, dans les situations où le client possède peu de biens productifs de revenu à l'exclusion d'actions de sociétés privées et des régimes différés, la solution serait alors d'émettre quelques catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires au client suite au gel successoral afin que lesdites actions puissent être léguées à chacun de ses enfants mineurs en pleine propriété, à des fiducies testamentaires d'éducation pour le bénéfice des enfants ou encore à une fiducie testamentaire familiale de fractionnement.

³³ Marc JOLIN, « L'examen testamentaire- liste de contrôle », dans *Congrès 2009*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2010, p. 21 : 1-70, à la p. 21 : 13.

³⁴ Al. 252 (2) a) L.I.R..

³⁵ Par 120.4(1) « revenu fractionné » L.I.R..

³⁶ Al. 70(6) b) L.I.R..

-
- Malgré le deuxième point mentionné ci-dessus, lorsque les biens détenus initialement en fiducie représentent une valeur de plus en plus importante par rapport à la valeur marchande des biens personnels du client et que la valeur des biens personnels du testateur ne sont pas suffisants pour assurer au conjoint survivant un niveau de revenus adéquat compte tenu de l'importance du capital par ailleurs et de l'espérance de vie du conjoint survivant, les clients seront enclins à faire en sorte qu'une partie du capital de la fiducie entre vifs soit remise au conjoint survivant.
 - Une façon alternative de ne pas défaire partiellement le gel successoral tout en permettant au conjoint survivant d'avoir accès au revenu sur les biens détenus initialement en fiducie entre vifs depuis la date de la mise en place du gel successoral serait, par exemple, de faire en sorte que le testateur lègue une catégorie distincte d'actions à dividendes discrétionnaires, émises au testateur au moment du gel, au conjoint ou à une fiducie exclusive à son bénéficiaire. Une autre solution, si la fiducie entre vifs détient quelques catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires, est d'en remettre une au conjoint survivant. Idéalement, une convention entre actionnaires devrait déterminer le niveau de dividendes que les administrateurs devraient déclarer et payer sur les diverses catégories distinctes d'actions à dividendes discrétionnaires.

2.2. SITUATIONS RENCONTRÉES

2.2.1. Fiducies dans un contexte de gel

Un particulier effectue une transaction de type gel successoral à l'égard d'actions qu'il détient dans le capital-actions d'une société de telle sorte que la plus value future s'accroît au bénéfice d'une fiducie entre vifs.

Dans cette situation, nous rencontrons les variantes suivantes : les biens détenus par la fiducie entre vifs représentent un pourcentage plus ou moins élevé du patrimoine du testateur hors fiducie. Si la transaction de gel est effectuée au moment de la constitution de la société ou à un moment où la société possède une valeur marchande peu importante et que le potentiel de croissance est très élevé, il peut se produire que la valeur marchande des biens détenus en fiducie sera beaucoup plus importante que la valeur marchande des biens appartenant au testateur. À l'inverse, si la société à l'égard de laquelle une transaction de type gel a été effectuée ne représente qu'une petite partie du patrimoine du testateur et que le taux de croissance est modéré, alors la valeur du patrimoine de ladite fiducie représentera un pourcentage minime par rapport à la valeur marchande de l'ensemble des biens du testateur.

Qu'advient-il des biens détenus par la fiducie entre vifs quelques mois précédant le jour qui tombe 21 ans après la date de la constitution de la fiducie? Le capital de la fiducie généralement composé d'actions sera-t-il remis aux enfants du testateur en totalité, sera-t-il remis en totalité à l'auteur du gel ou à son conjoint ou sera-t-il réparti entre l'auteur du gel, son conjoint s'il en a un et ses enfants? Et dans ce dernier cas dans quelle proportion?

Le principal inconvénient de la solution qui consiste à recommander de modifier les testaments chaque fois que survient une modification dans le patrimoine est le danger d'une inaptitude du testateur l'empêchant de rectifier la situation par la rédaction d'un testament subséquent et le fait que plusieurs personnes négligent ou retardent longtemps la révision de leur testament. C'est la raison pour laquelle je préfère une approche plus flexible qui consiste à anticiper le plus possible les principales éventualités.

2.2.2. Fiducies de type protection

Un particulier transfère une partie importante de ses biens, dans un contexte de protection de patrimoine, dans un des types de fiducie suivants, à savoir : fiducie discrétionnaire à plusieurs bénéficiaires (le client, ses conjoint et descendants), à une fiducie en faveur de soi-même³⁷, à une fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait³⁸, ou à une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieur à 1971³⁹ ou à une fiducie pour soi⁴⁰.

Si le constituant s'est réservé une faculté illimitée d'élire les bénéficiaires suite à son décès ou suite au deuxième décès dans le cas de la fiducie mixte, la question suivante se pose : un testament signé par un constituant avant la constitution d'une fiducie entre vifs aux termes de laquelle il s'est réservé la faculté d'élire les bénéficiaires et de déterminer leurs parts est-il valable à l'égard d'une fiducie qui n'existait pas au moment de la rédaction du testament?

L'article 1282 C.c.Q. se lit comme suit : « Le constituant peut se réserver ou conférer aux fiduciaires ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. »

Par exemple, si le constituant a déjà un testament signé avant la constitution d'une fiducie en faveur de soi-même, lequel testament prévoit un partage de ses biens entre quelques légataires selon des pourcentages déterminés et que son testament ne contient aucune clause particulière spécifique, il est évident que son testament ne pourrait être considéré comme l'exercice d'une faculté d'élire à moins que l'acte de fiducie mentionne expressément que par son testament signé antérieurement, le constituant a exercé sa faculté d'élire. Examinons une situation un peu plus limite. Dans un testament signé avant la constitution de la fiducie entre vifs, la définition de résidu de la succession utilisée dans le testament contient une clause ayant pour effet d'élargir la portée du « résidu de ma succession » comme comprenant toute faculté d'élire ou droit de disposer. Une première difficulté est que le testateur au moment de la rédaction de son testament n'était pas encore le constituant de la fiducie qu'il a créée subséquentement.

Dans l'ouvrage de Me Beaulne, nous pouvons lire :

³⁷ Par. 248 (1) « fiducie en faveur de soi-même » L.I.R..

³⁸ Par. 248 (1) « fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait » L.I.R..

³⁹ Par. 248 (1) « fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait postérieure à 1971 » L.I.R..

⁴⁰ S.-al. 73 (1.01) c) (ii) et (1.02) b) (ii) L.I.R..

« Lorsque le disposant se réserve la faculté pour lui-même, cette dernière sert de mécanisme souple, destinée à s'adapter au futur, en fonction des circonstances et autres facteurs qui pourront être pris en considération par le disposant à cet époque à venir. »⁴¹

Je partage l'avis du professeur Beaulne. Dans les situations où une fiducie entre vifs et un testament sont rédigés à la même époque, et que par sa planification testamentaire le testateur souhaite exercer sa faculté d'élire, je m'assure que le testament est signé après la constitution de la fiducie.

2.2.3. Fiducies détenant des créances

Dans certaines situations, les biens du particulier sont grevés d'une hypothèque détenue par une fiducie entre vifs discrétionnaire qui détient une créance due par le testateur, fiducie dont les bénéficiaires sont le client, son conjoint et ses descendants. Le particulier conserve la propriété des biens (sauf pour les régimes différés) mais ils sont grevés d'une hypothèque mobilière, immobilière ou les deux, selon la nature des biens appartenant au particulier. La créance peut atteindre 90% de la valeur marchande des biens du particulier. Si le testateur lègue le résidu de ses biens à des fiducies testamentaires pour le bénéfice de son conjoint et/ou de ses enfants, les biens ainsi détenus par les fiducies testamentaires seront grevés de l'hypothèque détenu par la fiducie entre vifs discrétionnaire. Si les fiducies testamentaires peuvent être désignées bénéficiaires de la fiducie entre vifs et que cette dernière remet, *au prorata* des legs, la créance hypothécaire aux fiducies créées par testament, il s'agit ici d'une situation où à compter de cette remise les fiducies testamentaires perdront pour toujours leur statut fiscal de « fiducie testamentaire »⁴². S'il est souhaité qu'un bénéficiaire d'une fiducie créée par testament continue de profiter d'un régime de protection de patrimoine, il est recommandé d'éviter que la fiducie entre vifs lui remettre en pleine propriété sa quote-part de la créance hypothécaire. Si une fiducie créée par testament, dans ce contexte, désire disposer d'une bien grevé d'une telle hypothèque, rien n'empêche que la fiducie entre vifs accorde une main levée de l'hypothèque tout en conservant la créance. Une main levée de l'hypothèque n'équivaut pas à une remise de dette.

Comme une remise de dette est certainement une remise de biens au sens fiscal du terme et qu'un liquidateur ou fiduciaire non avisé pourrait être enclin à faire en sorte que non seulement les hypothèques grevant les biens légués aux fiducies créées par testament soient annulées mais que la créance soit finalement éteinte, il est recommandé d'inclure une clause spécifique dans les fiducies détenant de telles créances à l'effet que le fiduciaire devra en tout temps consulter un fiscaliste afin de s'assurer que telle remise n'aura pas pour effet de faire perdre à toute fiducie constituée aux termes du testament du particulier leur statut fiscal de fiducie testamentaire. Même si les fiducies créées par testament ne sont pas et ne peuvent pas devenir bénéficiaires de la fiducie discrétionnaire entre vifs, le risque de perte de statut de « fiducie testamentaire » demeure entier si la fiducie entre vifs remet la créance à ses bénéficiaires en pleine propriété et au *prorata* de la portion du patrimoine du particulier que chaque fiducie créée par testament a reçue, et que, par la suite, le bénéficiaire de la fiducie constituée par testament à son bénéfice annule la créance qu'il détient et qui lui est dû par cette dernière. Pour cette raison, une clause appropriée devrait aussi être incluse dans les fiducies testamentaires susceptibles de recevoir des

⁴¹ *Supra*, note 8.

⁴² *Supra* partie 1.4.

biens grevés d'une hypothèque détenue par une fiducie entre vifs pour s'assurer que la remise ne survienne pas prématurément.

Nous rencontrons de telles situations dans certaines structures de protection de patrimoine.

2.2.4. Partage tenant compte de deux patrimoines distincts

Certains testateurs souhaitent répartir, après leur décès, entre certaines personnes (le plus souvent des enfants), le capital de la fiducie entre vifs constituée dans un contexte de « gel » en tenant compte de leur patrimoine propre dans des pourcentages spécifiques.

Voici un exemple (simplifié) de clause incluse dans une fiducie entre vifs pour un client qui souhaite répartir le plus également possible le capital d'une fiducie entre vifs, à compter de son décès, tenant compte de la valeur marchande de ses biens personnels (hors fiducie).

«Malgré ce qui précède, à compter du décès de Pierre (client), le capital de la fiducie à ce moment doit être partagé ainsi qu'il suit :

.si la juste valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et légués à Julie (conjointe) est supérieure à cinquante pour cent (50%) de la valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et de la juste valeur marchande du patrimoine fiduciaire, tout le capital de la fiducie doit être détenu pour le bénéfice de Nathalie (fille de Pierre);

.si la juste valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et légués à Nathalie est supérieure à 50% de la valeur marchande des biens de Pierre (à l'exception de ses meubles meublants et effets personnels immédiatement avant son décès) et de la juste valeur marchande du patrimoine fiduciaire, tout le capital de la fiducie doit être détenu pour le bénéfice de Julie.

Dans tous les autres cas, le capital de la fiducie doit être partagé entre Nathalie et Julie dans une proportion faisant en sorte que, au total, et en tenant compte de la valeur marchande des biens légués à Julie et à Nathalie (à l'exception de la juste valeur marchande des meubles meublants et effets personnels de Pierre immédiatement avant son décès), leur quote-part respective soit la plus égale possible.

Aux fins de calculer la juste valeur marchande de biens sujets à impôts, tels REÉR, FERR, actions détenues par la fiducie (prenant pour acquis qu'elles font l'objet d'un rachat), le taux d'impôt à utiliser est de trente-cinq pour cent (35%). »

Exemple de l'application de la clause:

Biens personnels de Pierre	
FERR (avant impôt)	900 000 \$
Autres placements (plein PBR)	500 000 \$
TOTAL	1 400 000 \$
Biens de la fiducie	
Actions (avant impôt) [PBR : 0 \$]	200 000 \$

Selon le testament de Pierre, son REÉR est légué à Julie et le résidu à Nathalie.

JVM des biens après impôt	
FERR	585 000 \$ ⁴³
Actions en fiducie	165 000 \$ ⁴⁴
Autres placements :	500 000 \$
TOTAL :	1 250 000 \$

JVM nette d'impôt des biens légués à Julie	
• FERR (ou 46.8% du total) :	585 000 \$
JVM nette d'impôt des biens légués à Nathalie	
• Autres placements (ou 40% du total) :	500 000 \$
Capital de la fiducie après impôt :	165 000 \$
Part totale de chaque copartageant, après impôt : [50% X 1 250 000 \$]	625 000 \$
Part de Julie après impôt dans le capital de la fiducie : [625 000\$ - 585 000 \$]	40 000 \$
Part de Nathalie après impôt dans le capital de la fiducie : [625 000\$ - 500 000 \$]	125 000 \$

Avant impôt, lesdits montants représentent respectivement 48 485 \$ et 151 515 \$. Le capital de la fiducie serait donc partagé sur la base de ces derniers montants, donc 24.2% pour Julie et 75.8% pour Nathalie.

⁴³ 900 000 \$ - [35% x 900 000 \$].

⁴⁴ 200 000 \$ - [35% x 50% x 200 000 \$]=165 000 \$.

2.2.5. Revenu minimum provenant de deux patrimoines

Certains clients effectuent une transaction de type « gel » à l'égard d'actions d'une société privée qu'ils détiennent et le même client lègue en fiducies familiales de fractionnement (une par enfant) tous ses biens. Malgré le fait que la fiducie entre vifs et les fiducies testamentaires soient discrétionnaires à l'égard de la remise ou non des revenus, les remises de capital à l'enfant bénéficiaire par chaque fiducie testamentaire peuvent être limitées dans le temps (par exemple, un 1/4 à 25 ans; un 1/4 à 35 ans, un 1/4 à 50 ans et le solde à 65 ans (ou plus)) limitées, ne serait-ce que pour s'assurer que les petits-enfants du testateur soient susceptibles de recevoir des biens au décès de l'enfant bénéficiaire principal de la fiducie familiale à son bénéfice. Que faire si de plus le testateur souhaite un mécanisme de prélèvements sur le capital automatique dans l'éventualité où le revenu de la fiducie n'atteint pas un certain niveau?

Dernièrement, un de mes clients me demandaient d'incorporer dans une fiducie familiale testamentaire constituée pour le bénéfice de son enfant et de ses descendants une telle clause dans l'éventualité où les revenus de toute provenance c'est-à-dire tant ceux provenant du patrimoine légués en fiducie testamentaire que ceux provenant des actions participantes détenues par une fiducie entre vifs suite à un gel n'atteignaient pas la somme de 100 000 \$ par année. Dans une situation similaire, il faut tout d'abord examiner la composition en termes de type d'actifs détenus d'une part par chaque fiducie testamentaire et d'autre part par la fiducie entre vifs. Si la fiducie entre vifs ne détient actuellement et ne détiendra éventuellement que des actions participantes d'une société privée, le fait de prévoir le prélèvement sur le capital à partir de la fiducie entre vifs ne permet pas vraiment d'atteindre l'objectif recherché par le client surtout si les actions ordinaires pouvant être remises à un bénéficiaire de la fiducie entre vifs ne peuvent pas être facilement monétisées, ce qui sera le cas le plus souvent. De toute façon, peu de temps avant l'arrivée du jour qui tombe 21 ans après le jour de la constitution de la fiducie entre vifs, son capital risque fort bien d'être remis à ses bénéficiaires qui sont les enfants du testateur et ce même si la remise survient plusieurs années après le décès du testateur. Nous voyons immédiatement que le mécanisme de prélèvement sur le capital a beaucoup plus avantage à être prévu dans les modalités de chaque fiducie testamentaire.

Dans la rédaction de la clause, cette dernière doit faire référence aux trois sources de revenus suivants, à savoir :

- a) tout revenu produit par la fiducie testamentaire;
- b) tout revenu produit par la fiducie entre vifs et payé au bénéficiaire principal de la fiducie testamentaire;
- c) tout revenu reçu par le bénéficiaire des biens antérieurement détenus par la fiducie entre vifs.

3. LIVRE DE LA FIDUCIE

Je partage les conclusions d'une analyse sommaire concernant les registres de fiducie plus précisément sur la nécessité par une fiducie de tenir des registres.. Même si le C.c.Q. ne prévoit pas, comme les lois corporatives une liste détaillée des divers livres et registres qu'un fiduciaire doit tenir, selon une analyse du Code civil du Québec et la jurisprudence québécoise⁴⁵, la tenue de livres et registres de la fiducie fait partie d'une bonne administration d'une fiducie.

Le LIVRE DE LA FIDUCIE comporte normalement les divisions suivantes :

3.1. DIVISION 1« ACTE DE FIDUCIE »

Dans cette division, nous retrouvons les documents et avis suivants :

- copie de l'acte de fiducie ou du testament, accompagnée, le cas échéant, des procurations utilisées;
- copie des modifications à l'acte de fiducie approuvées par la Cour supérieure;
- les 3 publicités au Registre des droits personnels et réels mobiliers (« RDPRM ») requises au moment de la constitution de la fiducie, à savoir :
 - o Publicité du don constitutif;
 - o Publicité des clauses d'insaisissabilité;
 - o Publicité des clauses d'incessibilité;
- modification au nom de la fiducie;
- copie des avis du fiduciaire modifiant la juridiction⁴⁶;
- copie des publicités subséquentes au RDPRM des clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité [voir DIVISION 3. « BÉNÉFICIAIRES »];
- changement de la résidence fiscale de la fiducie à une autre province ou à un autre pays⁴⁷;
- si le bien constituant la fiducie est un lingot, une éprouve numismatique ou un bien semblable (de petite taille), l'original peut être conservé dans cette division;
- inventaire initial des biens de la fiducie (bilan d'ouverture);

⁴⁵ Borianna CHRISTOV, « Les registres de fiducie : une nécessité ? », dans *Bulletin CCH fiscalité* d'avril 2010, Volume 12, No 4, (en ligne : <http://www.cchfiscalite.com/2010/04/les-registres-de-fiducie-une-necessite.html>).

⁴⁶ Si l'acte de fiducie le permet.

⁴⁷ *Id.*

-
- avis juridique préparé par le conseiller juridique de la fiducie, lequel est requis par plusieurs institutions financières.

3.2. DIVISION 2 « FIDUCIAIRES »

Dans cette division, nous retrouvons pour chaque fiduciaire les renseignements suivants, à savoir :

- nom complet;
- occupation;
- adresse résidentielle;
- date d'entrée en fonction;
- date de cessation de la fonction.

Nous retrouvons aussi les avis suivants, à savoir :

- avis de démission de la charge de fiduciaire;
- avis d'acceptation de la charge de fiduciaire;
- liste subséquente de nouveaux fiduciaires remplaçants⁴⁸ par une personne;
- avis écrit de la renonciation à sa charge ou de la démission par un fiduciaire;
- copie des jugements de la Cour supérieure nommant ou destituant un ou des fiduciaires;
- dissidence d'un fiduciaire à l'égard de la décision prise à la majorité;
- avis par lequel un fiduciaire est démis de ses fonctions;
- délégations spécifiques de certains pouvoirs par un fiduciaire à un autre fiduciaire;
- dénonciations des situations de conflit d'intérêt;
- documentation à l'égard de toute décision résultant de l'exercice d'un droit ou d'un pouvoir donné aux fiduciaires autre qu'une décision prévue aux autres divisions;
- registre des curateurs à tout bénéficiaire non conçu.

Nous retrouvons aussi les décisions suivantes :

- décisions de nommer un fiduciaire en cas de vacances;

⁴⁸ Si l'acte de fiducie le prévoit.

-
- désignation du fiduciaire chargé de la garde des documents;
 - décisions de procéder à une modification du nombre de fiduciaires, par exemple, de 2 à 3, ou de 1 à 3⁴⁹.

3.3. DIVISION 3 « BÉNÉFICIAIRES »

Dans cette division, nous retrouvons pour chaque bénéficiaire les renseignements suivants, à savoir :

- nom complet;
- date et lieux de naissance;
- adresse résidentielle.

La liste ne comprend généralement pas les bénéficiaires pouvant être désignés aux termes d'une faculté de désignation. À l'inverse, un bénéficiaire discrétionnaire pouvant recevoir ou non du revenu ou du capital de la fiducie est clairement un bénéficiaire.

NOTE : Techniquement, au fur et à mesure qu'une fiducie compte un nouveau bénéficiaire (pensons par exemple, à un nouvel enfant), les clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité devraient être publiées au RDPRM par rapport à ce nouveau bénéficiaire dans la mesure où il est désiré que lesdites clauses leurs soient opposables ou qu'elles soient opposables aux tiers à leur égard. En pratique, tant qu'un bénéficiaire est en minorité, la non-publication d'une clause d'insaisissabilité ou d'incessibilité aura peu d'impact. Donc, plutôt que de procéder à la publication au RDPRM desdites clauses à chaque fois qu'un nouveau bénéficiaire est né, les fiduciaires pourraient procéder à la publication des clauses susdites à chaque 17 ans et à ce moment, publier la clause à l'égard de tous les nouveaux bénéficiaires nés au cours des 17 dernières années.

Nous retrouvons aussi les documents, avis et décisions suivants, à savoir :

- actes d'exercice de facultés de désigner un bénéficiaire;
- actes d'exercice de facultés d'élire un bénéficiaire accordées à un tiers;
- actes de dévolution ou actes d'attribution irrévocable de l'ensemble des participations quant à la totalité des bénéfices présents et futurs résultant de l'acte de fiducie (par. 108(1) « fiducie », al. v) L.I.R.)⁵⁰.

Nous retrouvons aussi les décisions suivantes :

- décisions d'attribuer la totalité des participations (au revenu et au capital) de façon irrévocable⁵¹;
- décisions de transformer une part discrétionnaire en une part fixe⁵²;

⁴⁹ Lorsque l'acte de fiducie le permet.

⁵⁰ Si l'acte de fiducie le prévoit.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

-
- décisions de révoquer un bénéficiaire⁵³;
 - décisions d'appliquer les modalités particulières de la fiducie concernant un bénéficiaire inapte, soit selon le *Code civil* ou soit selon une définition particulière à l'acte de fiducie.

3.4. DIVISION 4 « DÉCISIONS »

Revenus :

Dans cette division, nous retrouvons les décisions des fiduciaires visant toutes les transactions concernant le revenu; en particulier, les suivantes :

- décisions de payer du revenu et à qui;
- décisions d'attribuer du revenu;
- décisions de rendre payable un revenu à un bénéficiaire (interprétation technique 2004-0093661E5, 30 septembre 2005)
- décisions à l'égard des formes de paiements à chacun des bénéficiaires;
- décisions de créditer à un compte de revenu attribué non payé⁵⁴;
- décisions de payer directement une dette ou une dépense d'un bénéficiaire plutôt que de lui remettre l'argent directement;
- lorsque la définition de « revenu » est partiellement flexible (à la discrétion du fiduciaire), décisions quant à la définition de « revenu » au cours d'une année donnée;
- décisions d'effectuer des paiements indirects⁵⁵;
- décisions concernant la détermination de l'étendu au concept de revenu à payer (ex. : pouvoir de réputer le gain en capital comme du revenu);
- détermination des montants attribués selon le paragraphe 104(18) L.I.R., c'est-à-dire les montants mis de côté pour le bénéfice des bénéficiaires âgés de moins de 21 ans;
- décisions de déterminer qu'une somme reçue ou déboursée est de nature « revenu » ou de nature « capital »;
- directives concernant la répartition du revenu de l'acte de fiducie laissées à un fiduciaire ou à l'ensemble des fiduciaires⁵⁶;

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Si l'acte le prévoit.

⁵⁶ Si l'acte de fiducie le permet.

-
- décisions de payer du revenu à un enfant ou au conjoint du bénéficiaire par l'application d'une clause « gicleur »;
 - décisions concernant la répartition des sources de revenu;
 - décisions de ne pas payer un revenu à un bénéficiaire pas application d'une des conditions prévues à l'acte de fiducie comme, par exemple, clauses de drogue, de problème psychiatrique, de secte, etc.;
 - décisions des fiduciaires de limiter les droits (revenu) de certains bénéficiaires suite à l'application d'une clause d'affectation des biens de la fiducie;
 - choix fiscaux à l'égard du revenu;
 - remboursements des dépenses aux fiduciaires.

Capital :

Nous retrouvons les décisions des fiduciaires visant toutes les transactions concernant le capital, entre autres, les décisions, actes et documents suivants :

Augmentation du capital

- actes d'apport par lesquels une personne transfère des biens à la fiducie, accompagné de la décision des fiduciaires d'accepter les biens;
- décisions de ne pas accepter un bien d'une personne et le motif de la non-acceptation;
- avis des fiscalistes à l'égard des apports (si requis ou conseillés).

Gestion et remise du capital

- actes d'attribution (total ou partiel) en satisfaction d'une participation au capital⁵⁷;
- actes de prélèvements sur le capital, comprenant les motifs, le quantum, la description du capital remis et l'identité du ou des bénéficiaires;
- actes de transfert de biens par la fiducie aux bénéficiaires;
- actes de partage des biens en fiducie;
- quittances données par le bénéficiaire qui reçoit certains les biens de la fiducie;
- formulaires TX19 complétés;

⁵⁷ Si l'acte de fiducie le permet.

-
- formulaires MR14A ou MR 14B complétés;
 - formulaires TX21 obtenus de l'Agence du Revenu du Canada;
 - autorisations à distribuer les biens obtenues du ministère du Revenu du Québec;
 - compte final (article 1363 C.c.Q.);
 - exercices de faculté d'élire par toute personne autorisée;
 - compte rendu des décisions :
 - o décisions concernant la détermination du moment de la liquidation de la fiducie⁵⁸;
 - o décisions de ne pas remettre certaines actions d'une société à un bénéficiaire ayant refusé de signer une convention entre actionnaires⁵⁹;
 - o décisions à l'égard d'une remise de capital conditionnelle⁶⁰;
 - o raisons démontrant qu'un prélèvement sur le capital est pour l'avantage d'un bénéficiaire donné si l'acte de fiducie restreint les prélèvements à cette situation;
 - o décisions quant à la remise du capital en cas de décès d'un, de plusieurs ou de tous les bénéficiaires de la fiducie;
 - o choix fiscaux à l'égard du capital. Si un choix fiscal donné peut avoir pour effet d'avantager un ou plusieurs bénéficiaires au détriment des autres, les décisions devraient être motivées davantage;
 - o décisions concernant la détermination de la proportion des dépenses devant être imputées sur le compte-capital et celles devant être imputées sur le compte-revenu;
 - o décisions des fiduciaires de limiter les droits (capital) de certains bénéficiaires suite à l'application d'une clause d'affectation des biens de la fiducie.

Peuvent être incluses dans la présente division :

- décisions par lesquelles les fiduciaires acceptent les états financiers produits par le comptable ou par les fiduciaires;
- déclarations fiscales [T3 et TP-646] produites auprès des autorités fiscales.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Id.*

3.5. DIVISION 5 « TRANSACTIONS »

Dans cette division, nous retrouvons les opérations de gestion des biens de la fiducie de même que toute les transactions par lesquelles la fiducie achète ou dispose (autrement que par la remise de capital à un bénéficiaire) d'un bien lui appartenant :

Ainsi, nous pouvons retrouver les documents, contrats et avis suivants, à savoir :

- emprunts par la fiducie;
- contrats de gestion;
- contrats d'assurance sur les biens appartenant à la fiducie;
- contrats d'assurance par lesquels la vie d'un bénéficiaire est assurée;
- assurance-responsabilité;
- prêts à un bénéficiaires;
- cautionnements d'un emprunt d'un bénéficiaire;
- hypothèques consenties sur un bien appartenant à une fiducie;
- paiements des impôts;
- délégation de certaines tâches à certaines institutions financières;
- mandats de gestion des placements à des gestionnaires de portefeuille, conseillers en valeurs, institutions, fonds, sociétés de fiducie, autres organismes similaires⁶¹;
- consentement du fiscaliste pour certaines transactions si l'acte de fiducie le requiert;
- convention d'engagement des conseillers ou autres professionnels;

Nous pouvons aussi retrouver les décisions suivantes, si elles ne sont pas incluses à la DIVISION 4. « DÉCISIONS » :

- décision de regrouper les biens de plusieurs fiducies en une seule fiducie⁶²;
- décisions du choix d'institution financière;
- décisions à l'égard de la réparation, amélioration ou reconstruction d'un immeuble;
- décisions à l'égard de l'exercice de droit de vote sur des actions appartenant à la fiducie et détermination du fiduciaire qui exercera le droit de vote;
- décisions à l'égard de la constitution de toute personne morale;

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

-
- décisions d'intenter ou d'être partie à une action en justice;
 - changement de juridiction.

3.6. DIVISION 6 « REDDITION DE COMPTE »

Dans cette division, nous retrouvons les comptes annuels de gestion de la fiducie.

Selon les dispositions de l'article 1351 du C.c.Q., les fiduciaires ont l'obligation de faire annuellement une reddition de compte aux bénéficiaires majeurs et aptes de la Fiducie ou, si un bénéficiaire n'est pas majeur ou s'il est inapte, à son tuteur ou à son curateur. Ce rapport sommaire doit indiquer la description des biens détenus par la Fiducie à la fin de l'année. Le rapport doit aussi indiquer les revenus gagnés par la Fiducie, les dépenses effectuées par la Fiducie pour gagner les revenus, les dépenses d'administration de la Fiducie, le cas échéant, et, finalement, les montants payés aux différents bénéficiaires.

Selon un auteur civil ⁶³:

« En second lieu, les règles, quant à la forme du compte sont, pratiquement, inexistante. Ainsi, le compte n'a pas à revêtir de forme particulière, et il n'est pas exigé qu'il soit vérifié par un comptable. À la rigueur, un simple relevé de recettes et de déboursés suffit. Ce qui importe, c'est qu'il soit suffisamment détaillé pour qu'on puisse en vérifier l'exactitude. »

La reddition de compte annuelle est généralement produite en même temps que la déclaration d'impôt sur le revenu de la fiducie si une telle déclaration est produite.

3.7. DIVISION 7 « CONTACTS »

Dans cette division, nous retrouvons les noms, adresses, numéros de téléphones des personnes qui transigent fréquemment avec la fiducie, telles : juriste, comptable, institution financière, fiscaliste, assureurs, planificateurs financiers, courtiers en valeurs mobilières, etc.

Si la fiducie détient des immeubles, les mêmes informations peuvent être obtenues à l'égard des personnes suivantes, à savoir : policier, concierge, plombier, électricien, contracteur, toute autre personne qui rend habituellement des services ou vend certains biens en relation avec l'exploitation des immeubles, etc.

3.8. DIVISION 8 « AUTRES »

Dans cette division, nous pouvons inclure d'autres documents non spécifiquement visés par les autres divisions, tels : achat de biens, rapport d'évaluation, correspondances, etc.

⁶³ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 8, p 331.

NOTES :

Tout avis ou écrit quelconque devant être communiqué au constituant, aux fiduciaires, à un bénéficiaire ou à la fiducie doit être inclus dans la division appropriée. Par exemple, s'il s'agit d'un avis visant un fiduciaire, ledit avis devrait être dans la division « Fiduciaires ». S'il s'agit d'un avis visant un bénéficiaire, l'avis devrait plutôt être dans la division « Bénéficiaires ».

Tout comme dans un Livre de compagnie, les décisions sont généralement insérées dans leur ordre chronologique. De plus en plus, les autorités fiscales demandent à consulter le Livre de la fiducie.

Compte tenu de l'importance des jours de dispositions⁶⁴ présumées, immédiatement après la page couverture du livre de la fiducie, j'ajoute sur une feuille de papier coloré le texte suivant :

« Premier jour de disposition

(28 janvier 2030)

Selon les lois fiscales, dans le cas de FIDUCIE FAMILIALE ***, le premier de disposition présumée de ses biens aura lieu le 28 janvier 2030 et à tous les 21 ans par la suite.

Si aucune planification n'est opérée, la fiducie sera alors réputée avoir disposé de tous ses biens et en avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande des biens à ce moment. Il pourrait en résulter la réalisation d'un gain en capital important.

À cet effet, vous trouverez ci-après un texte intitulé « Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans) » qui a fait l'objet d'une publication dans la revue de l'Institut québécois de planification financière. Pour un texte plus technique et surtout destiné aux fiscalistes, demandez à votre fiscaliste de consulter le document ayant la référence suivante : Marc JOLIN, « Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans) », Colloque # 138 : Les fiducies : nouveautés et opportunités de planification, Association de planification fiscale et financière, Montréal, février 2004. Ce texte est aussi disponible sur le site Internet www.marcjolin.com, à la rubrique « Scénarios et documents » ».

⁶⁴ Par 104(4) L.I.R.

Planification à l'égard de la gestion des jours de disposition présumée (21 ans)

Les lois fiscales prévoient pour les fiducies ordinaires entre vifs une disposition présumée des immobilisations, amortissables ou non, détenues par une fiducie, 21 ans après le jour où la fiducie a été constituée et à tous les 21 ans du dernier jour de disposition par la suite.

Le gain en capital imposable à ajouter dans le revenu de la fiducie ne peut pas faire l'objet d'une déduction dans le calcul de son revenu. Il ne peut donc pas être fractionné à l'aide de paiements à un ou à plusieurs des bénéficiaires.

Parmi les raisons invoquées par les clients pour maintenir la détention des biens en fiducie au-delà de la 21^e année après sa constitution, voici les plus fréquentes :

- mésentente entre les enfants bénéficiaires de la fiducie;
- instabilité matrimoniale d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- difficulté financière d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- immaturité d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- inaptitude légale d'un ou plusieurs des bénéficiaires de la fiducie;
- bénéficiaires sous mauvaise influence;
- bénéficiaires fragiles psychologiquement;
- bénéficiaires avec des problèmes de consommation.

Les actes de fiducie entre vifs ne devraient donc pas forcer la liquidation d'une fiducie au cours de la 20^e année de son existence.

La presque totalité des techniques efficaces visant à gérer adéquatement les incidences fiscales potentielles résultant de l'application des règles de la disposition présumée au jour de disposition (21 ans) doit être prévue dans l'acte de fiducie au moment de sa constitution.

Lorsque l'acte de fiducie contient les clauses appropriées, il sera alors possible d'éviter les impôts au moment de la disposition présumée et, dans plusieurs situations, d'assurer une flexibilité à l'égard des revenus futurs et de la totalité de la plus-value future des biens après un jour de disposition, et finalement d'assurer une certaine protection à l'égard des biens qui pourraient être remis à certains des bénéficiaires de la fiducie.

Les principales clauses qu'un acte de fiducie doit prévoir sont les suivantes :

- celles prévoyant des remises à charge ;
- celles prévoyant diverses réorganisations, comme le pouvoir de procéder à un échange des actions participantes détenues par la fiducie contre des actions non participantes et non votantes de la même compagnie qui seront remises avant le moment de disposition présumée aux bénéficiaires, la fiducie souscrivant alors aux

nouvelles actions votantes et participantes lui assurant toute la flexibilité future après le moment de disposition ;

- celles prévoyant des remises aux conjoints des bénéficiaires ou à une fiducie au bénéfice d'un bénéficiaire ;
- celles obligeant tout bénéficiaire de la fiducie d'adhérer à toute convention entre actionnaires avant une remise d'actions ;
- celles permettant de faire en sorte que, par la signature d'un acte de dévolution irrévocable, l'ensemble des participations quant à la totalité des bénéfices présents et futurs résultant de l'acte de fiducie devienne dévolu irrévocablement, faisant en sorte que la fiducie ne soit plus sujette aux règles de disposition présumée ; par cet ensemble de clauses, la fiducie cesse de devenir discrétionnaire pour se transformer en une fiducie dont toutes les participations tant au capital qu'au revenu sont fixes et précisément dévolues. À compter du moment de la signature de l'acte de dévolution, le statut de chacun des bénéficiaires de la fiducie ressemble à celui d'un contribuable qui détiendrait une participation dans une fiducie de fonds mutuels. Les biens appartenant à la fiducie continuent donc d'être gérés par les fiduciaires sans impôt à payer au jour de disposition.

Le choix de la méthode à utiliser dépend de plusieurs facteurs dont les principaux sont les raisons pour lesquelles le client ne désire pas remettre le capital à un ou certains des bénéficiaires. En effet, la technique retenue ne sera pas la même si le motif est plutôt une question d'immatunité psychologique du bénéficiaire que si le motif est que le bénéficiaire est à ce moment dans une situation où il est ou risque de devenir insolvable. Dans certaines situations, le client voudra s'assurer que la propriété des biens en fiducie ne soit pas remise au bénéficiaire alors que dans d'autres situations, le client désire surtout que le bénéficiaire ne soit pas en mesure d'administrer les biens qu'il reçoit.

La planification en prévision des jours de disposition présumée à chaque 21 ans est d'autant plus facile et permet de rencontrer les objectifs de nos clients si l'acte de fiducie a été rédigé avec soin.

Heureusement, plusieurs mécanismes différents permettent de bien gérer le moment de la disposition des biens au jour appelé « jour de disposition ».

4. NOUVEAUTES EN MATIERE DE PLANIFICATION TESTAMENTAIRE DEPUIS 2010

4.1. ROULEMENT A UN REEI

Au dernier congrès de l'APFF, une conférence synthèse a été présentée sur la planification testamentaire⁶⁵. Depuis cette date, la seule modification législative proposée ayant un impact sur la planification testamentaire a été introduite dans le Budget fédéral 2010⁶⁶. Le 27 août 2010, le ministre des Finances a ensuite déposé les Propositions législatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur le droit pour la sécurité des passagers du transport aérien, la Loi de 2001 sur l'accise et la Loi sur la taxe d'accise (les Propositions 2010). Les Propositions 2010 ont été introduites par le Communiqué 2010-074, du 27 août 2010.

Pour les décès survenant après le 3 mars 2010, les remboursements de primes⁶⁷ d'un régime enregistré d'épargne retraite (REÉR), la prestation désignée⁶⁸ provenant d'un fonds enregistré de revenu de retraite (FERR) ainsi que les montants provenant d'un régime de pension agréée (RPA) pourront être transférés sans incidence fiscale à un régime enregistré d'épargne invalidité (REEI) pour le bénéfice d'un enfant ou d'un petit-enfant ayant une déficience et qui était financièrement à la charge⁶⁹ du particulier décédé⁷⁰. Ce nouveau roulement est introduit par un nouvel alinéa 60 m) L.I.R.⁷¹, et par l'ajout du nouvel article 60.02 L.I.R. et de l'alinéa d) au paragraphe 146.4 (1) « cotisation » L.I.R.

⁶⁵ M. JOLIN, « L'examen testamentaire- liste de contrôle », *loc. cit.*, note 33.

⁶⁶ CANADA, ministre des Finances, Budget fédéral 2010, 3 mars 2010, Annexe 5- *Avis de motion de voies et moyens visant à modifier la Loi de l'impôt sur le revenu et le Règlement de l'impôt sur le revenu* (désigné « l'Avis »), article 5.

⁶⁷ Par. 146(1) « remboursement de primes » L.I.R

⁶⁸ Par. 146.3(1) « prestation désignée » L.I.R.

⁶⁹ Marc JOLIN, *Les impôts sur le revenu et le décès*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, partie II, chapitre 4, section 4.

⁷⁰ Ce mécanisme ne fonctionne pas pour les sommes provenant de RPA parce que le choix prévu au paragraphe 104 (27) L.I.R. ne fonctionne pas si le RPA est reçu par une succession qui le remet à une fiducie au bénéfice de l'enfant, laquelle le remet à ou pour le compte de l'enfant. Contrairement à la formulation utilisée au paragraphe 146 (8.1) L.I.R. le concept de « droit de bénéficiaire » n'est pas utilisé dans le contexte du RPA.

⁷¹ Selon le paragraphe 61(1) des Propositions 2010, l'alinéa 60 m) L.I.R. sera remplacé par ce qui suit : « m) la somme que permet l'article 60.02 au titre de paiements à un régime enregistré d'épargne invalidité; ». Ce paragraphe s'applique à compter du 4 mars 2010.

Pour que le roulement soit possible, les huit conditions suivantes devront être satisfaites :

1. Le particulier admissible⁷² était l'enfant⁷³ ou le petit-enfant du contribuable décédé et était, au moment du décès de celui-ci, financièrement à sa charge en raison d'une déficience mentale ou physique.
2. la déduction ne doit pas dépasser le « produit admissible »⁷⁴ Un produit admissible est défini comme une somme qu'un particulier admissible reçoit par suite du décès, après le 3 mars 2010 d'un de ses parents ou grands-parents et qui constitue, selon le cas :
 - a) Un remboursement de primes d'un REÉR;
 - b) Un montant admissible d'un FERR;
 - c) Un paiement provenant d'un RPA.⁷⁵
3. Le montant doit être payé au REEI cours de l'année de l'encaissement ou dans les 60 jours suivant la fin de l'année⁷⁶;
4. Le titulaire du REEI et le particulier admissible désignent la cotisation au REEI dans le formulaire prescrit, au moment où elle est versée⁷⁷;
5. Le paiement de REEI déterminé est conforme aux conditions énoncées aux alinéas 146.4(4)f) à h) L.I.R.⁷⁸ Ces conditions visent certaines clauses que les modalités du REEI doivent prévoir aux fins d'obtenir l'enregistrement. Il s'agit des suivantes. Le régime doit prévoir que des cotisations ne puissent être versées si au moment du versement, le bénéficiaire n'est pas un particulier admissible au CIPH⁷⁹ ou s'il est décédé avant ce moment. Le bénéficiaire ne doit pas être âgé de 60 ans ou plus et doit résider au Canada au moment du versement de la cotisation. Le total de la cotisation à verser et des autres cotisations versées antérieurement au plus tard au moment du versement d'une cotisation au REEI ou à toute autre REEI du bénéficiaire ne doit pas dépasser 200 000 \$. De plus, le régime ne peut permettre que des cotisations y soient versées par une entité qui n'est pas un titulaire⁸⁰, sauf par consentement écrit d'un titulaire du régime.

⁷² Par. 60.02(1) « particulier admissible » L.I.R.

⁷³ Par. 252(1) L.I.R.

⁷⁴ Par. 60.02(1) « produit admissible » L.I.R.

⁷⁵ Sauf un paiement afférent à un surplus actuariel ou faisant partie d'une série de paiements périodiques.

⁷⁶ S-al. 60.02(2) a) (i) L.I.R. Le texte prévoit « ou au cours de toute période plus longue suivant la fin de l'année que le ministre estime acceptable, »

⁷⁷ Par. 60.02(1) « paiement de REEI déterminé », alinéa d) L.I.R.

⁷⁸ Par. 60.02(1) « paiement de REEI déterminé », alinéa b) L.I.R.

⁷⁹ Par. 146.4(1) « particulier admissible au CIPH » L.I.R. Plus spécifiquement, un particulier à l'égard duquel une somme est déductible en application de l'article 118.3 L.I.R., c'est-à-dire à l'égard du crédit d'impôt pour déficience mentale ou physique.

⁸⁰ Par. 146.4 (1) « titulaire » L.I.R. Un titulaire d'un REEI est une des trois entités suivantes : 1- toute entité qui a des droits à titre d'entité avec laquelle l'émetteur a établi le REEI; 2- toute entité qui a des droits à titre de

6. Le paiement de REEI déterminé est fait après juin 2011⁸¹;

7. Le paiement de REEI déterminé qui se qualifie à la déduction ne peut être supérieur au total des produits admissibles qui sont inclus dans le calcul du revenu du contribuable (le particulier admissible) pour l'année.

8. La déduction n'est pas permise à l'égard de toute somme qui a été déduite dans le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition antérieure.⁸²

Comme le montant qui peut être transféré à un REEI⁸³ se limite au droit de cotisation au REEI du bénéficiaire et que ce montant est susceptible de varier (par les cotisations versées à tous REEI du bénéficiaire antérieurement ou par une hausse éventuelle des plafonds des cotisations), une autre solution simple consiste à laisser des directives au liquidateur pour que ce dernier remette au REEI du bénéficiaire⁸⁴, à même les REÉR, FERR et RPA provenant du parent ou grand-parent décédé du bénéficiaire, la somme d'argent correspondant au moindre des montants ainsi légués au bénéficiaire et sa limite au droit de cotisation au REEI.

Le paiement de REEI déterminé à même un REÉR, un FERR ou un RPA du particulier décédé au REEI dans le cadre d'un roulement réduira le plafond de cotisations cumulatives du bénéficiaire, ne donnera pas droit à des versements au titre des subventions canadiennes d'épargne invalidité (SCEI)⁸⁵ et sera incluse dans le revenu du bénéficiaire au moment où elle est retirée du REEI⁸⁶.

Comme le concept de « paiement de REEI déterminé » n'exige pas que le paiement soit effectué par le particulier admissible, pour le testateur qui a prévu un legs à une fiducie de prestations à vie pour son bénéficiaire, il sera possible et plus souple d'ajouter une clause dans une telle fiducie, permettant au fiduciaire de prélever sur le capital de la fiducie, une somme aux fins du versement, à même les sommes reçues de REÉR et de FERR, d'un paiement de REEI déterminé du bénéficiaire.

successesseur ou cessionnaire de l'entité visée en 1 ci-devant; 3- le bénéficiaire, en d'autres termes, il s'agit d'un bénéficiaire non visé précédemment et qui a le droit aux termes du régime de prendre des décisions.

⁸¹ Par. 60.02(1) « paiement de REEI déterminé », alinéa c) L.I.R.

⁸² Al. 60.02(2) b) L.I.R.

⁸³ S.-al. 146.4(4) g) (iii) L.I.R.

⁸⁴ Dans ce cas, si le montant provient de REÉR, le choix prévu au paragraphe 146 (8.1) L.I.R. doit être effectué ; si les sommes proviennent de FERR, étant des prestations désignées [par. 146.3 « prestation désignée» L.I.R.], un choix similaire à celui prévu au paragraphe 146 (8.1) L.I.R. pour les REÉR doit être effectué. Si la somme provient du RPA du testateur, le choix prévu au paragraphe 104(27) L.I.R. doit être effectué.

⁸⁵ CANADA, ministre des Finances, *op. cit.*, note 66, Annexe 5, « Mesures fiscales : Renseignements supplémentaires ».

⁸⁶ En effet, selon l'article 10 de l'Avis, la cotisation au REEI provenant des régimes ne peut être ajoutée à la partie non imposable d'un paiement d'aide à l'invalidité visé au paragraphe 146.4 (7) L.I.R. En conséquence, selon le paragraphe 146.4 (6) L.I.R., le paiement à un bénéficiaire provenant d'une cotisation ayant fait l'objet d'un roulement d'un REÉR, d'un FERR ou d'un RPA aura pour effet d'augmenter la proportion du paiement qui sera incluse dans le calcul de son revenu pour l'année au cours duquel le paiement est effectué.

CONCLUSION

Comme le présent texte l'a démontré, les interactions entre les fiducies entre vifs et la planification testamentaire sont nombreuses, et plusieurs pièges civiles et fiscaux guettent les praticiens non avertis. Souhaitons que le présent texte aura ciblé les situations les plus problématiques et les plus fiscalement dangereuses.

L'organisation d'un livre de fiducie ne correspond pas à un cadre législatif ou réglementaire imposé soit par les dispositions du Code civil ou par des lois fiscales. Cependant, la structure présentée dans le présent texte utilisée par l'auteur depuis plusieurs années, a fait ses preuves et est facile à consulter par les fiduciaires et par les bénéficiaires.

La possibilité de pouvoir transférer sans impôt une partie de ses REÉR, FERR ou RPA au REEI d'un enfant ou petit-enfant financièrement à la charge du testateur en raison d'une déficience mentale ou physique et ce jusqu'à concurrence du solde de son droit de cotisation sera une possibilité intéressante et ce, malgré la perte de la petite subvention gouvernementale, chaque fois que l'inclusion de la valeur marchande du remboursement de primes du REÉR, de la prestation désignée provenant d'un FERR ou d'un inclusion d'un montant provenant d'un RPA aurait été imposé à des taux d'impôt élevés.⁸⁷

⁸⁷ Dans les situations où le particulier décédé a un niveau de pertes disponibles [perte autre qu'une perte en capital selon le paragraphe 111(8) L.I.R.] pour l'année d'imposition de son décès en quantité suffisante pour annuler complètement l'impôt à payer résultant de l'inclusion de la valeur marchande des sommes provenant de ses REÉR et FERR, le titulaire du REEI et le bénéficiaire ne devraient pas compléter le formulaire prescrit (condition numéro 5) et de ne pas faire une telle cotisation afin que ladite somme n'ait pas pour effet de limiter le montant des subventions disponibles par ailleurs et de faire en sorte qu'une plus grande partie des futurs paiements d'aide à l'invalidité [par. 146.4 (1) « paiement d'aide à l'invalidité » L.I.R.] soit à inclure dans le revenu du bénéficiaire [par. 146.4 (6) L.I.R.].