

Stratégies de réduction des frais d'homologation : conseils et pièges

Novembre 2014
Jeffrey H. Waugh, LL. B., AVA
Directeur, Fiscalité et planification de l'assurance
Financière Sun Life

La vie est plus radieuse sous le soleil

Financière 
Sun Life

Stratégies de réduction des frais d'homologation : conseils et pièges

Beaucoup de contribuables déploient beaucoup d'initiatives pour réduire les frais d'homologation¹ pour leurs ayants droit. Bien que cette pratique représente de toute évidence un avantage financier immédiat, elle n'est pas dans toujours dans l'intérêt premier du client. Le présent article résume les stratégies visant à réduire les frais d'homologation les plus populaires et présente certaines astuces utiles et pièges à éviter. Il faut toutefois se souvenir qu'en matière de succession, le conseil d'un juriste d'expérience s'avère souvent indispensable.

Les faits

Un bien transmis directement à un bénéficiaire par l'effet de la loi (p. ex. en copropriété indivise avec droit de survie²) ou à la suite d'une désignation (p. ex. une assurance-vie) est habituellement soustrait à l'homologation puisqu'il est exclu de la succession. Toutefois, il est aussi vrai que, si l'homologation est nécessaire pour traiter ne serait-ce qu'un seul bien, les frais d'homologation devront, dans la plupart des cas, être payés sur la valeur de l'ensemble de la succession. Lorsqu'une demande d'homologation est présentée au tribunal, il faut confirmer sous serment la valeur totale de la succession transmise par testament, et les frais d'homologation sont calculés sur cette valeur.

En plus des frais effectivement versés au tribunal pour l'octroi de l'homologation (allant jusqu'à environ 1,5 % en Ontario et en Nouvelle-Écosse), il s'ajoute souvent des frais pour la liquidation de la succession (entre 2,5 et 5 %, selon les normes provinciales en vigueur et le niveau de complexité de la succession) et des frais juridiques. Les contribuables ont tendance à s'inquiéter de ces frais et y voient une raison supplémentaire d'essayer de réduire les frais d'homologation au minimum.

Certains contribuables estiment, à tort, que les frais d'homologation avoisinent les 10 % et parfois même plus. Il est clair que si les contribuables fondent leur planification sur ces chiffres erronés. Ainsi, ce manque de renseignements cruciaux pourraient faire en sorte que ces derniers mettent en œuvre des stratégies plus nuisibles qu'avantageuses.

Minimisation des frais d'homologation

Échapper aux frais d'homologation est une notion simple et attrayante à première vue. De fréquents articles dans les journaux et les « bons conseils » de non-professionnels viennent parfois renforcer l'opinion erronée du contribuable qui s'imagine qu'éviter les frais d'homologation est un objectif de première importance. Pour les successions importantes, les frais d'homologation peuvent sembler très élevés, mais ils sont minimes comparativement au taux marginal qui s'applique au revenu et aux gains en capital. Le tableau ci-dessous montre comment le calcul des frais d'homologation relatifs à une succession d'un million de dollars varie d'une province à l'autre.³

¹ En Ontario, les contribuables ne paient plus de frais d'homologation, mais ils sont, en revanche, assujettis à la *Loi de 1998 de l'impôt sur l'administration des successions* (« LIAS »), passée en réponse à l'arrêt *Succession Eurig (Re)*, [1998] 2 R.C.S. 565 de la Cour suprême du Canada qui a jugé que les anciens frais d'homologation constituaient un impôt introduit illégalement. Cette loi imposait rétroactivement un impôt valide qui équivalait précisément aux frais d'homologation perçus depuis 1950. Malgré les quelques variations mineures dans la terminologie des différentes provinces, les termes homologation et frais d'homologation sont utilisés dans le présent article.

² À la mort de l'un des propriétaires d'un bien détenu en copropriété indivise avec droit de survie, celui-ci est transféré directement au propriétaire survivant. Les contrats d'assurance-vie en copropriété ne prévoient pas automatiquement des droits de survie, les copropriétaires étant considérés tenants en commun. Lorsque le gain de survie est souhaité, on doit nommer un titulaire subrogé. Il convient de noter que le concept de « titulaire conjoint avec droits de survie » n'existe d'aucune façon dans le *Code civil du Québec* et qu'il n'est donc jamais applicable dans cette province.

³ Des frais administratifs ou cléricaux additionnels peuvent s'appliquer dans certaines provinces. Les taux indiqués sont ceux en vigueur en novembre 2013. Voir la *Loi* en vigueur pour tout changement.

Province	Taux	Frais sur un actif d'un million de dollars
Ontario	5 \$ par 1 000 \$ sur la première tranche de 50 000 \$; 15 \$ par 1 000 \$ sur l'excédent.	14 500 \$
Colombie-Britannique	Pas de frais sur la première tranche de 25 000 \$; 6 \$ par tranche de 1 000 \$ pour les successions se situant entre 25 000 \$ et 50 000 \$; 14 \$ par tranche de 1 000 \$ sur l'excédent.	13 450 \$
Alberta	25 \$ pour les successions allant jusqu'à 10 000 \$; 100 \$ pour les successions allant de 10 000 \$ jusqu'à 25 000 \$; 200 \$ pour les successions allant de 25 000 \$ jusqu'à 125 000 \$; 300 \$ pour les successions allant de 125 000 \$ jusqu'à 250 000 \$; 400 \$ pour les successions de plus de 250 000 \$.	400 \$
Saskatchewan	7 \$ par tranche de 1 000 \$.	7 000 \$
Manitoba	70 \$ sur la première tranche de 10 000 \$; 7 \$ par tranche de 1 000 \$ sur l'excédent.	7 000 \$
Québec	Le Québec ne prélève aucuns frais d'homologation en fonction de la valeur de la succession. Un montant forfaitaire est plutôt déterminé selon que le demandeur est une personne physique ou morale. Les testaments notariés n'entraînent aucuns frais au Québec.	102 \$/114 \$
Nouveau-Brunswick	25 \$ pour les successions allant jusqu'à 5 000 \$; 50 \$ pour les successions allant de 5 000 \$ jusqu'à 10 000 \$; 75 \$ pour les successions allant de 10 000 \$ jusqu'à 15 000 \$; 100 \$ pour les successions allant de 15 000 \$ jusqu'à 20 000 \$; 5 \$ par tranche de 1 000 \$ sur l'excédent.	5 000 \$
Terre-Neuve-et-Labrador	60 \$ pour la première tranche de 1 000 \$; 0,5 \$ par tranche de 100 \$ sur l'excédent.	5 055 \$
Nouvelle-Écosse	83,10 \$ pour les successions allant jusqu'à 10 000 \$; 208,95 \$ pour les successions allant de 10 000 \$ jusqu'à 25 000 \$; 347,70 \$ pour les successions allant de 25 000 \$ jusqu'à 50 000 \$; 973,45 \$ pour les successions allant de 50 000 \$ jusqu'à 100 000 \$; 16,45 \$ par tranche de 1 000 \$ sur l'excédent.	15 778 \$
Île-du-Prince-Édouard	50 \$ pour les successions allant jusqu'à 10 000 \$; 100 \$ pour les successions allant de 10 000 \$ jusqu'à 25 000 \$; 200 \$ pour les successions allant de 25 000 \$ jusqu'à 50 000 \$; 400 \$ pour les successions allant de 50 000 \$ jusqu'à 100 000 \$; 4 \$ par tranche de 1 000 \$ sur l'excédent.	4 000 \$

De toute évidence, la pertinence d'utiliser certaines stratégies de réduction des frais d'homologation varie amplement d'une province à l'autre. Dans l'analyse des avantages et des inconvénients de chacune des solutions possibles, les conseillers devraient examiner tous les aspects des éléments d'actif et la façon dont ils se combinent dans l'optique de répondre aux besoins spécifiques du client. Ainsi, les contribuables auraient la possibilité d'aborder la planification sous différents angles et d'en arriver à des solutions plus judicieuses.

Le rôle d'un conseiller est d'aider le contribuable à faire des choix éclairés. Dans ce contexte, il est particulièrement important de prendre en note les avis exprimés au cours des discussions avec lui sur les risques et les avantages associés à la transmission de biens. Souvenez-vous que ce ne sera pas le client qui remettra en question les conseils que vous aurez donnés, mais souvent les héritiers, qu'ils soient satisfaits ou déçus.

Désignation de bénéficiaire : assurance-vie

Désigner un bénéficiaire autre que la succession permet de verser la prestation de décès d'une assurance-vie sans donner lieu à des frais d'homologation. Il ne faut cependant pas oublier que ces sommes contribuent parfois à d'autres objectifs de la planification successorale, notamment à l'établissement d'une fiducie testamentaire pour un conjoint ou un mineur. Le contribuable peut aussi avoir souscrit l'assurance-vie précisément pour verser immédiatement certaines sommes à la succession dans le but de pouvoir rembourser certains créanciers, évitant ainsi la vente forcée d'éléments d'actif.

Désignation de bénéficiaire : régimes enregistrés

À moins qu'une clause de transfert en franchise d'impôt comme celle s'appliquant aux époux et conjoints de fait ne s'applique, désigner un bénéficiaire pour un FERR ou un REER fait en sorte que les fonds enregistrés n'entrent pas dans la succession, tout en laissant la responsabilité du paiement des impôts à la succession. Au décès du titulaire du contrat, les sommes dues sont réglées directement au bénéficiaire désigné, sans aucune retenue ni déduction. Souvent, les contribuables ne savent pas qu'un feuillet fiscal est alors établi au nom des ayants droit du titulaire décédé, de sorte que les bénéficiaires du reliquat de la succession devront s'acquitter de l'impôt sur le revenu exigible sur des fonds reçus par un tiers.

La désignation du conjoint à titre de bénéficiaire direct peut aussi rendre impossible tout fractionnement du revenu après le décès. Par exemple, supposons que le contribuable C décède le 1^{er} janvier d'une année et qu'il ait légué simplement par testament tous ses biens à son conjoint. Le contribuable C n'aura pratiquement pas de revenus imposables pour cette année civile.

Si C a désigné ses ayants droit comme bénéficiaires de la totalité ou d'une partie des fonds de son régime, les frais d'homologation seront payables sur les fonds du régime revenant aux ayants droit. Toutefois, les divers crédits personnels de C, son taux marginal d'imposition, les reports de pertes qui peuvent être déclarés et une foule d'autres facteurs pourraient certainement permettre que les fonds soient transmis aux ayants droit en franchise d'impôt ou moyennant des impôts très peu élevés. Le conjoint toucherait alors le solde de la succession à titre de capital net. (Cette formule est particulièrement avantageuse si le contribuable C fait un don substantiel par testament à un organisme de bienfaisance.) L'acceptation et le paiement des frais d'homologation pourraient dans ce cas donner lieu à un plus faible taux d'imposition que la plupart des autres formes de planification.

Par ailleurs, il se pourrait que le contribuable décède vers la fin de l'année ou que d'autres revenus importants s'ajoutent aux fonds enregistrés. C'est ici que la souplesse de la désignation des ayants droit entre en jeu. Un choix exercé conjointement par le fiduciaire successoral (habituellement le conjoint lui-même) et le conjoint (à titre personnel) pourrait permettre qu'une partie, voire la totalité, des fonds soit transférée au conjoint, ou à son régime enregistré, plutôt que d'être imposable en tant qu'élément de la succession. Selon la structure de frais d'homologation en vigueur dans la province du contribuable, cette souplesse pourrait être très rentable.

Les dons purs et simples

Les contribuables savent en général que s'ils ne sont pas propriétaires d'un bien à leur décès, il n'y aura pas de frais d'homologation à payer sur ce bien. Il s'ensuit que l'un des moyens simples de réduire les frais d'homologation consiste à se départir de ses biens. La manière la plus facile de le faire est de les donner à un bénéficiaire du vivant du donateur. Cette situation est fréquente lorsque ce dernier estime qu'il lui reste peu de temps à vivre. Il n'y a certes rien qui s'oppose à ce qu'un contribuable en phase terminale fasse don de ses biens.

Toutefois, certains appliquent cette stratégie beaucoup trop tôt, cédant leurs biens parce qu'ils sont malades ou déprimés, et à leur étonnement et à celui des autres, ils en viennent à se rétablir. Ces donateurs peuvent avoir de graves difficultés à récupérer leurs biens, particulièrement si l'héritage touché par anticipation a été dépensé.

Le risque le plus tangible que comportent les dons de ce genre provient du fait que le donateur pourrait se retrouver en difficulté financière. Certains contribuables font volontairement tout pour se retrouver dans cette situation, estimant qu'ils auront ainsi droit à davantage de prestations des régimes provinciaux qui sont fonction du revenu. Ils croient aveuglément que les donataires ou l'État leur assureront les soins nécessaires. Avant d'aider un contribuable à faire un don de son vivant, il faut en discuter longuement et prendre en note tous les éléments abordés. L'approche souhaitée serait donc de conclure avec les nouveaux propriétaires une entente stipulant les avantages dont il continuera à profiter dans l'immédiat et à l'avenir.

Situations imprévues

Un risque que l'on tend souvent à négliger est celui où le donataire, souvent un enfant, puisse décéder avant le donateur. Aujourd'hui, plusieurs personnes vivent maintenant jusqu'à 90 ans ou plus, les enfants eux-mêmes sont souvent relativement âgées au moment où ils héritent. Aux complications associées au décès hâtif du donataire peuvent malheureusement s'ajouter celles qui résultent des dispositions de son testament ou de l'absence de testament (succession ab intestat). En décédant sans avoir pris de dispositions pour rétrocéder ou répartir les biens qui lui ont été cédés, même un enfant animé des meilleures intentions peut mettre le donateur dans une situation de difficulté financière. Les dons que le donateur pensait pouvoir utiliser éventuellement peuvent passer aux mains de personnes avec lesquelles il est moins lié, voire qui lui sont hostiles, sans qu'il ait mot à dire. Dans bon nombre de cas, le donateur devrait demander au donataire ou exiger de celui-ci qu'il modifie son testament, peut-être en stipulant la rétrocession du bien, ou du moins en incluant une disposition fiduciaire pour assurer des moyens de subsistance au donateur.

Les contribuables vivent dans un monde où la proportion des mariages qui se terminent par un divorce va du tiers à la moitié et où environ les trois quarts des divorcés se lient à de nouveaux partenaires. Bon nombre de conseillers fiscaux ont vu des mariages se dissoudre à la surprise d'un des conjoints, ou des cas où des parents ont fait un usage abusif de leur pouvoir ou des biens. Avant de signer une procuration pour confier à un mandataire la gestion de ses affaires, il est préférable de consulter un conseiller juridique qualifié. Les conseillers professionnels doivent savoir que les dons directs effectués sans condition peuvent conduire à la disparition des biens. C'est particulièrement vrai dans le cas des arrangements de dons purs et simples (y compris les dons par testament) en faveur du deuxième conjoint, qui ont pour effet de déshériter les enfants du contribuable issus de l'union précédente.

Attention aux taux d'imposition marginaux

Les dons faits à la prochaine génération peuvent entraîner d'autres coûts réels. Bon nombre de personnes âgées bénéficient d'un faible taux d'imposition, ce qui s'explique parfois par l'importance des frais médicaux qu'ils ont à payer. Dans bon nombre de cas, les donataires investissent les dons qui leur sont faits et se trouvent ainsi assujettis à un taux d'imposition plus élevé que le donateur. Une fois les impôts déduits, les revenus de placement qui devaient subvenir aux besoins du donateur peuvent être inférieurs au revenu dont celui-ci disposait jusque-là. Il n'est pas avantageux de soumettre le revenu produit par un actif à un taux d'imposition marginal plus élevé qui s'applique chaque année pour éviter les frais d'homologation uniques de 1,5 %. Si le contribuable souhaite simplement confier à quelqu'un d'autre l'administration de ses biens, il peut facilement le faire sans s'en départir, par exemple en ajoutant des signataires autorisés à un compte ou en donnant une procuration spéciale ou générale en ce qui concerne les biens.

Copropriété

Une variante plus commune de ce programme de don est celle où l'on transfère les biens pour qu'ils soient détenus en copropriété indivise avec droit de survie.⁴ Tout bien dont le titre peut être enregistré peut appartenir à plus d'un propriétaire. Entre conjoints, il s'agit probablement de la forme la plus commune de planification successorale. Le don en propriété indivise est aussi extrêmement répandu entre les parents et les enfants pour éviter les droits d'homologation. Dans ce cas, le contribuable partage à la fois la propriété et le contrôle du bien. Il peut y avoir une présomption de partage de l'usufruit du bien, à défaut de convention contraire.

Cette solution a l'avantage de couvrir au moins le risque que le nouveau copropriétaire décède avant le donateur auquel cas le bien revient à son copropriétaire initial. S'il y a plusieurs copropriétaires, la part du copropriétaire décédé est répartie habituellement entre les copropriétaires survivants.

Le risque le plus grand auquel cette formule expose le donateur est que le bien tombe hors de son contrôle. En renonçant à la propriété exclusive d'un bien, le contribuable accorde des droits à un tiers. Par exemple, le nouveau copropriétaire d'un compte bancaire conjoint a habituellement le droit de retirer les fonds en tout ou en partie. L'arrangement ne pourra pas être révoqué unilatéralement par le contribuable, sans le consentement du nouveau copropriétaire, quelle que soit la provenance initiale des fonds.

Le fait d'inscrire des immeubles à titre de biens détenus conjointement avec un enfant adulte comporte des risques encore plus grands. Si l'enfant a déjà une résidence principale et qu'il acquiert des droits sur une partie de la maison de sa mère cette dernière aura fait de sa résidence principale totalement exempte d'impôt une part d'un bien immobilier imposable. La valeur que la maison pourrait acquérir par la suite entraînera des impôts qui risquent d'être plus élevés que les économies de frais d'homologation réalisées. L'enfant pourrait aussi perdre son droit au crédit d'impôt accordé à l'acheteur d'une première habitation en vertu du Régime d'accession à la propriété.

Les contribuables doivent aussi être informés du fait qu'en faisant don d'un bien, ils exposent celui-ci aux réclamations des créanciers du nouveau copropriétaire. Dans ce cas, le bien n'est habituellement pas protégé contre les créanciers de la société. Ce qui nous intéresse davantage sur le plan pratique, c'est le cas où le créancier est ou était le conjoint.

En vertu de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, la valeur en capital des dons ou des legs reçus de tiers pendant la durée du mariage est exclue du calcul de la valeur des biens à partager à la dissolution de l'union. Ce calcul est connu sous le nom de paiement compensateur. Si un bien donné demeure intact et est inscrit séparément au nom du donataire ou de l'héritier ou s'il est possible de remonter jusqu'aux biens par lesquels il a été remplacé, il peut être exclu du calcul. Le revenu que génère ce don ou legs peut aussi être protégé si le donateur le spécifie. Toutefois, cela ne signifie pas que l'ex-conjoint ne réclamera pas le bien dans le processus de règlement du litige. De plus, il ne faut pas négliger qu'un conjoint qui touche un héritage a d'autant plus les moyens de verser une pension alimentaire ou une somme globale. Les ex-conjoints peuvent ainsi acquérir indirectement des biens auxquels ils n'ont pas droit directement.

Enfin, si des biens passent directement aux mains d'une personne du fait qu'elle en était copropriétaire, ils n'entreront pas dans la succession, ce qui risque de donner lieu à un partage inéquitable et insatisfaisant, du moins aux yeux des héritiers. L'insatisfaction pourra être encore plus grande si le décès du copropriétaire entraîne une « disposition » ou une récupération d'amortissement imposable à la charge de la succession, malgré le fait que le bien soit dévolu au copropriétaire.

Bien que les parents puissent être à l'aise avec les points susmentionnés concernant la propriété conjointe, la stratégie pourrait se révéler caduque pour les comptes bancaires conjoints à moins que l'intention de faire un don ne soit exprimée expressément. La Cour suprême du Canada a statué à deux reprises qu'en l'absence de cette intention, l'enfant héritier pourrait être présumé détenir l'actif en fiducie par déduction.⁵

⁴ Voir la note 3. Ne s'applique pas au Québec.

⁵ Voir *Pecore c. Pecore*, [2007] 1 R.C.S. 795, 2007 et *Succession Madsen c. Saylor*, [2007] 1 R.C.S. 838, 2007 CSC 18.

Don à une fiducie entre vifs

Les fiducies sont souvent utilisées pour empêcher que le donataire ne contrôle les biens ou pour le libérer de cette tâche. On y a fréquemment recours pour faire en sorte que la gestion des biens soit assurée dans les dernières années de vie ou pendant une incapacité. Du vivant du disposant, il est possible d'établir une fiducie entre vifs révocable à son gré et de faire en sorte que d'autres parties aient le pouvoir d'y mettre fin. À la différence du testament qui devient public après l'homologation, les fiducies entre vifs ne font pas l'objet d'une homologation et jouissent d'un degré élevé de confidentialité.

Le disposant peut se réserver le revenu jusqu'à son décès et désigner des bénéficiaires pour la suite. Si elle n'est pas révoquée, la relation fiduciaire subsistera après le décès du contribuable, et les nouveaux bénéficiaires seront en position d'entrer en possession du bien. De cette manière, la fiducie entre vifs peut se substituer au testament. Une fois cédé à un fiduciaire, le bien n'appartient plus au contribuable, et il est alors possible de réaliser des économies sur les frais d'homologation.

La détention de biens par une fiducie, est l'une des relations juridiques les plus anciennes et les plus rigoureusement reconnues en common law anglaise. Bien que les cotitulaires d'un compte en banque puissent avoir de des obligations les uns envers les autres, la relation existant entre le fiduciaire et le bénéficiaire est claire et elle peut être définie au départ par le contribuable qui choisit de la créer. En choisissant de transférer en fiducie que les biens de son choix, le contribuable pourra décider de planifier comment sera ultimement distribué ses biens et pourra en déterminer les conditions de jouissance. Ainsi, en sélectionnant soigneusement le ou les fiduciaires, ou en étant lui-même un des fiduciaires, il pourra s'assurer de la qualité et de la probité des personnes qui administrent les biens. En choisissant d'être l'unique bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires de la fiducie, il peut continuer à utiliser le bien ou à en profiter, même s'il ne le possède plus. La personne qui utilise les fiducies à titre de propriétaire subrogé en retire donc toute une gamme d'avantages qui ne se retrouvent pas dans les autres stratégies.

Fiduciaires d'assurance⁶

Les conseillers en sécurité financière recommandent souvent que les sommes dues aux termes d'une assurance-vie soient simplement payables à un fiduciaire nommé conformément à la loi sur les assurances de la province (bien que la désignation d'un fiduciaire pour l'assurance ne saurait tenir lieu d'un testament bien rédigé). Cette stratégie est souvent observée dans les situations où le bénéficiaire est mineur. Le problème qui se pose dans la plupart de ces cas est que les conditions de la fiducie d'assurance ne sont pas énoncées clairement. L'acte de fiducie peut ne pas conférer expressément certains pouvoirs comme celui d'investir, de payer ou d'accumuler des revenus. Dans ces circonstances, les fiduciaires ne jouissent que des pouvoirs conférés par la loi provinciale en vigueur, qui peuvent s'avérer restrictifs. Une attention particulière doit donc être portée à énoncer clairement les conditions et pouvoirs dans l'instrument de fiducie.

De plus, dans les provinces encore régies par l'ancienne règle de l'interprétation des actes de fiducie, appelée la « Règle » dans l'affaire *Saunders c. Vautier*⁷, si aucun bénéficiaire en sous-ordre n'est désigné dans l'acte de fiducie, le bénéficiaire en premier ordre peut demander que les sommes dues lui soient réglées lorsqu'il atteint la majorité, ce qui est rarement ce que le contribuable souhaite, une distribution étalée, par exemple 50 % à 25 ans et 50 % à 30 ans, étant habituellement préférée. Une telle mesure requiert normalement l'aide d'un juriste qualifié.

Une fiducie d'assurance peut aussi être établie par l'intermédiaire d'un document distinct ou dans une clause dans le testament du contribuable. Un testament rédigé en bonne et due forme permet alors au produit de l'assurance d'être versé à une fiducie, se soustrayant ainsi à la succession et permettant d'éviter des frais d'homologation.⁸

⁶ Planifier en fonction de fiduciaires d'assurance-vie pourrait se révéler non applicable au Québec si des conditions précises ne sont pas respectées.

⁷ L'affaire anglaise mentionnée a été tranchée en 1841. Une fois simplifiée, la règle moderne (étendue) énonce que, si les propriétaires de tous les droits au revenu et au capital entrant dans la fiducie sont légalement capables, ils peuvent convenir de modifier, voire de mettre fin à la fiducie. Dans la pratique, cela signifie qu'en choisissant les bénéficiaires d'une fiducie, les disposants incluent habituellement les bénéficiaires mineurs, en sous-ordre ou non déterminés qui ne peuvent pas consentir à une résiliation anticipée, afin de garantir que la fiducie demeure en vigueur, quelles que soient les intentions du bénéficiaire.

⁸ Dans l'affaire *Re MacInnes*, [1934] 3 D.L.R. 302, la Cour suprême du Canada a confirmé qu'une fiducie d'assurance distincte peut être créée dans le testament sans faire partie de la succession. Le conseiller juridique du client devrait étudier cette décision ainsi que les autres décisions portant sur les exigences de formulation et de désignation des fiduciaires et bénéficiaires.

Des fiducies testamentaires pour réduire les frais d'homologation

En plus des autres avantages qu'elles offrent, les fiducies testamentaires (établies à la mort du contribuable) peuvent aussi servir à diminuer les frais d'homologation. Supposons que les contribuables A et B possèdent chacun des biens d'une valeur d'un million de dollars pouvant être pris en compte dans le calcul des frais d'homologation. A décède et lègue tous ses biens à son conjoint B qui paie des frais d'homologation sur la valeur d'un million de dollars. Lorsque B décède, la valeur des biens pouvant être prise en compte dans le calcul des frais d'homologation atteindra deux millions de dollars de sorte que les frais seront payés une seconde fois sur le million de dollars transmis au décès de A.

A (et B) peut (peuvent) éviter cette situation en mettant les biens de A dans une fiducie testamentaire en faveur de B. Au décès du survivant B, les biens mis en fiducie peuvent passer au bénéficiaire C, ou encore demeurer en fiducie la vie durant de C pour passer à un autre bénéficiaire à son décès. Ces biens n'entrent pas dans la succession de B et ne donnent pas lieu une nouvelle fois à des frais d'homologation au décès de B, menant à une économie.

Si A et B sont des conjoints au sens fiscal (c'est-à-dire au sens où on l'entend dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*) et, si les conditions de la fiducie sont convenablement définies, il sera toujours possible au décès de A de transférer les gains en capital en franchise d'impôt vers la fiducie admissible établie en faveur de B, ce qui permettra de différer l'imposition des gains en capital et de maintenir les biens en fiducie à leur valeur avant impôt; le fiduciaire pourra ainsi différer le paiement de l'impôt sur les gains en capital jusqu'au décès de B ou jusqu'à ce que l'on dispose effectivement des biens.

Du point de vue de B, surtout s'il est le fiduciaire ou l'un des fiduciaires, il y a remarquablement peu de différence entre le fait d'être le bénéficiaire de la fiducie et le fait de posséder l'actif directement. B a la pleine jouissance du revenu et du capital de l'actif de A, sur lequel B a la haute main, totalement ou en partie. La seule chose que B n'a pas, c'est la propriété juridique de l'actif, dont la valeur essentielle peut être remise en question compte tenu des autres éléments. Il est même possible qu'A donne à B le droit de décider qui héritera de l'actif en fiducie, en exerçant un « pouvoir de désignation ». Tout compte fait, la qualité de propriétaire absolu et celle de bénéficiaire de fiducie deviennent donc très semblables.

Les inconvénients du recours à la fiducie

L'imposition des fiducies, en particulier des fiducies entre vifs, est très complexe et dépasse la portée du présent article. En effet, elle comporte souvent plusieurs pièges, en particulier lorsque les fiducies sont considérées comme une façon d'éviter les frais d'homologation.

Lorsqu'un contribuable dispose d'éléments d'actif par voie de fiducie, certaines conditions peuvent s'appliquer. Si le contribuable utilise une fiducie simple et demeure le seul bénéficiaire, il n'y a pas de changement de propriété à l'égard du bénéficiaire : le contribuable continue à avoir droit aux avantages associés aux biens et il en a indirectement le contrôle. Au cours des dernières années, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a cherché à régler la question des contribuables du troisième âge qui recouraient de plus en plus aux simples fiducies et aux fiducies entre vifs révocables pour la gestion de leurs biens, en particulier durant une incapacité. De ce fait, divers termes qui portent à confusion sont utilisés depuis peu pour désigner les fiducies comportant différentes stipulations comme les fiducies « mixtes au profit du conjoint » et les fiducies « en faveur de soi-même ». Certains de ces termes désignent généralement les fiducies dont le règlement n'est pas considéré comme une « disposition ». Toutefois, les biens ainsi placés en fiducie peuvent aussi être réintégrés à la succession du disposant à son décès et faire l'objet d'une disposition par testament. Ces fiducies ne permettront donc pas toutes d'éviter des frais d'homologation. Le contribuable doit donc faire appel aux conseils de spécialistes compétents sur le plan juridique et fiscal avant de constituer une fiducie entre vifs.

Attention aux dispositions

La mise en place de fiducies entre vifs peut entraîner des inconvénients pour les contribuables. Un changement de propriété bénéficiaire des biens en fiducie constitue une disposition au sens fiscal et il peut en résulter des gains en capital.

La formule du don pur et simple susmentionnée consiste également en une disposition; le don est une cession faite intentionnellement à un nouveau propriétaire sans aucune contrepartie. Le transfert de l'actif, pour qu'il soit détenu en propriété conjointe, représente aussi une disposition. Bien que seulement la moitié des droits ou moins soit transférée, la propriété bénéficiaire du bien change. Naturellement, le décès de l'un des copropriétaires entraînera aussi une disposition.

Le contribuable peut prévoir avec son conjoint que les biens soient transférés en franchise d'impôt, mais il faut toujours tenir compte des règles d'attribution. La création d'une fiducie testamentaire permet d'éviter l'application des règles d'attribution, mais elle nécessite qu'il y ait décès, ce qui représente la cession la plus importante du contribuable.

La disposition présumée tous les 21 ans

Un autre inconvénient que peut comporter l'établissement d'une nouvelle fiducie est la règle prévoyant qu'il y a disposition présumée des biens en capital tous les 21 ans (sauf dans le cas des fiducies « mixtes au profit du conjoint » et « en faveur de soi-même » admissibles). Cette règle peut occasionner des problèmes dans le cas des biens en fiducie non liquides, comme les actions de sociétés privées. Toutefois, il peut en être autrement. La juste valeur marchande de plusieurs portefeuilles en fiducie évoluent au fil des années de sorte que des gains ou pertes en capital seront réalisés avec le temps. Bon nombre de contribuables qui constituent des fiducies n'ont pas beaucoup de biens en immobilisations à même la fiducie. Finalement, l'intégration de CPG ou d'espèces dans une fiducie ne crée pas de problème de gain en capital.

D'autres façons « exotiques » de réduire les frais d'homologation

Pour certains contribuables (en particulier ceux qui ont des entreprises privées), il existe quelques possibilités supplémentaires à envisager.

Certains conseillers sont au fait de la stratégie ayant recours à des testaments dits « de domicile fiscal ». Il est tout à fait possible qu'un contribuable ait des testaments distincts, différents exécuteurs et différents héritiers dans différents pays. Chaque testament peut ne s'appliquer qu'aux biens qui se trouvent dans un pays en particulier. Dans certains pays, des frais d'homologation ne sont pas imposés; dans d'autres, des règles régissent la transmission obligatoire de la succession aux héritiers, sans égard aux stipulations du testament.

La même stratégie peut être appliquée aux provinces canadiennes. Les contribuables déterminés peuvent décider de déplacer des biens vers une province où le régime fiscal ou les frais d'homologation sont moins lourds, et les contrôler grâce à un testament local. Ce type de stratégie multitestamentaire a même été poussé un peu plus loin avec la venue du double testament en Ontario.

La stratégie du double testament en Ontario : l'affaire Granovsky

Avec le recul, cette stratégie nous apparaît tout à fait simple. L'ancienne *Loi sur les frais d'homologation* de l'Ontario et la réglementation qui a eu pour effet d'augmenter les frais⁹ faisaient référence à des personnes qui demandent ce que l'on appelle une « lettre d'homologation limitée ». Ces demandes proviennent habituellement d'exécuteurs testamentaires étrangers qui souhaitent administrer des biens situés en Ontario et recevoir une autorisation limitant leur pouvoir aux biens à administrer. Antérieurement, la *Loi* exigeait uniquement qu'ils paient des frais d'homologation sur ces biens limités.

Quelques avocats ont su étendre le principe à des résidents ontariens qui possédaient des actions de grande valeur d'entreprises privées. Du fait que les dirigeants, administrateurs et actionnaires sont presque toujours tous des membres de la famille, ces personnes ne se préoccupent pas de la garantie reliée à l'homologation pour transférer les actions d'un membre de la famille décédé aux survivants (contrairement à une banque, à une agence d'enregistrement des titres ou à une société d'investissement qui pourrait exiger une preuve d'homologation préalablement au transfert). On en est venu à mettre au point une formule consistant à rédiger deux testaments ontariens pour ce genre de contribuables, le premier portant sur tous

⁹ Voir l'ancien règlement de l'Ontario 293/92, pris en application de la *Loi sur les successions*, LRO 1990, c. E.21.

les biens autres que les actions d'entreprises privées et le second, exclusivement sur ces dernières. L'homologation n'est alors demandée que pour le premier testament.

Phillip Granovsky est décédé en Ontario le 24 décembre 1995, laissant un double testament de ce genre. Les frais d'homologation ont été calculés uniquement au titre de son premier testament, qui portait sur un actif d'une valeur d'environ trois millions de dollars. Une pleine divulgation a été faite au tribunal à propos du second testament et la valeur de la succession. En octobre 1996, le tribunal a délivré une lettre d'homologation limitée, sous réserve de la tenue d'une audience complète sur le droit entourant cette question. En novembre 1997, ses exécuteurs se sont présentés devant le tribunal demandant que l'arrangement soit confirmé par une ordonnance, mais les avocats représentant la province s'y sont opposés. En 1998, la juge Susan Greer de la Cour de l'Ontario (Division générale)¹⁰ a rendu un jugement qui concluait que cet arrangement était valide et qu'il n'y avait pas d'obligation d'homologuer les deux testaments ni de payer des frais d'homologation sur la totalité des biens. La famille de M. Granovsky avait évité ainsi de payer des frais d'homologation sur quelque 25 millions de dollars d'actions d'entreprises privées. La province de l'Ontario a interjeté appel. Dans l'intervalle, cependant, la Cour suprême du Canada avait statué le 22 octobre 1998 dans l'affaire *Re Eurig*.¹¹

La province semble avoir estimé que la LIAS, adoptée en réponse à l'affaire *Eurig*, avait mis un terme à la formule du double testament. Elle a donc renoncé à faire appel de la décision rendue dans l'affaire *Granovsky*. Toutefois, d'après les avocats qui ont participé à l'affaire, lorsque la LIAS a été adoptée, aucun changement n'a été apporté au libellé de l'article de la *Loi* qui portait sur les lettres d'homologation limitées. En conséquence, pour l'instant, il ne semblerait pas y avoir d'inconvénient à utiliser la stratégie du double testament en Ontario. Le coût de la formule se limite au coût d'un second testament. Si une autre affaire de jurisprudence ou une modification de la *Loi* avait pour effet d'assujettir tous les biens aux frais d'homologation en Ontario, le contribuable se retrouverait dans la même position que celle qu'il aurait eue avec un testament unique à l'origine.

Résumé

Les contribuables sont souvent mal informés sur les questions associées à la planification successorale. La planification des frais d'homologation est un aspect à ne pas négliger. Toutefois, en cherchant à réduire les frais d'homologation, les contribuables peuvent ouvrir la porte à des situations qui entraînent des coûts nettement plus élevés que les frais d'homologation qu'ils ont cherché à éviter. Les conseillers peuvent les aider à élaborer une stratégie financière bien pensée et fiscalement avantageuse.

Ces renseignements sont donnés à titre indicatif seulement. La Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, ne fournit pas de conseils d'ordre juridique, comptable ou fiscal, ni aucun autre conseil de nature professionnelle. Avant de donner suite à une demande d'un client, veuillez lui préciser qu'il vaut mieux qu'il consulte un professionnel spécialisé qui fera un examen approfondi de sa situation sur le plan juridique et fiscal. La Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie est membre du groupe Financière Sun Life.

Auteur : Jeffrey H. Waugh, LL. B., AVA, directeur, Fiscalité e et planification de l'assurance

Première publication : février 2000

Dernière mise à jour : novembre 2014

© Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie, 2014.

La Sun Life du Canada, compagnie d'assurance-vie est membre du groupe Financière Sun Life.

¹⁰ *Succession Granovsky c. Ontario*, [1998] 156 D.L.R. (4^e) 557, [1998] 21 E.T.R. (2^e) 25.

¹¹ Précité, renvoi 1.