

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE ET *POST MORTEM* DE L'ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

Sophie Bélanger

Volume 123, Number 3, 2021–2022

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1095683ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1095683ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bélanger, S. (2021). PLANIFICATION TESTAMENTAIRE ET *POST MORTEM* DE L'ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE. *Revue du notariat*, 123(3), 647–702. <https://doi.org/10.7202/1095683ar>

PLANIFICATION TESTAMENTAIRE ET POST MORTEM DE L'ACTIONNAIRE D'UNE SOCIÉTÉ DE PORTEFEUILLE

Sophie BÉLANGER*

INTRODUCTION	649
1. Rappel des principales règles fiscales applicables au décès	650
1.1 Montants non payés à la date du décès	651
1.2 Imposition des régimes de revenus différés	651
1.3 Règle de la disposition réputée	652
1.4 Exceptions	652
1.4.1 Exceptions à l'imposition des régimes de revenu différé	652
1.4.2 Exceptions à la disposition réputée	654
1.4.2.1 Legs d'une immobilisation en faveur de l'époux ou du conjoint de fait	654
1.4.2.2 Legs d'une immobilisation en faveur d'une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait	655
1.4.2.3 Legs de biens agricoles ou de pêche en faveur d'un enfant	657
1.4.3 Dévolution irrévocable dans un délai de 36 mois	658

* Notaire, M.Fisc., professeure adjointe au département de fiscalité, École de gestion, Université de Sherbrooke. Ce texte est à jour au 1^{er} novembre 2022.

2.	La planification <i>post mortem</i>	662
2.1	Pourquoi parler de planification <i>post mortem</i> ?	662
2.2	Problème de la double et de la triple imposition.	664
2.2.1	Impôt généré par le décès	664
2.2.2	Réalisation de la double et de la triple imposition	667
3.	Stratégies disponibles pour éviter la double et triple imposition	671
3.1	Le report de pertes du paragraphe 164(6) L.I.R.	672
3.1.1	Fonctionnement du choix	672
3.1.2	Les conditions d'application du paragraphe 164(6) L.I.R.	674
3.2	Le pipeline <i>post mortem</i>	680
3.2.1	Les étapes de la transaction pipeline.	681
3.2.2	La majoration du coût des actifs	686
3.2.3	Les risques fiscaux de la transaction pipeline	686
3.2.3.1	Le paragraphe 84(2) L.I.R.	686
3.2.3.2	L'article 84.1 L.I.R.	690
3.2.3.3	Règle générale anti-évitement.	690
3.3	La transaction hybride	690
4.	L'importance de la rédaction du testament	691
4.1	Les pouvoirs du liquidateur.	691
4.1.1	Simple administration	691
4.1.2	Pleine administration	692
4.1.3	Types de legs : legs à titre particulier <i>versus</i> legs universel	693
4.2	Les clauses à prévoir au testament	699
	CONCLUSION	701

INTRODUCTION

Le rôle du notaire en matière de planification testamentaire d'un client est une évidence. Parallèlement, le fait que le notaire puisse être un atout privilégié à l'égard de la planification fiscale *post mortem* d'un client semble souvent sous-estimé. Faisant partie des premiers professionnels, et même souvent du premier professionnel, qui seront en contact avec une famille à la suite du décès d'un particulier, le notaire a la possibilité de faire une différence importante dans la réussite fiscale et financière du règlement d'une succession.

Le décès d'un particulier détenant des actions d'une société de portefeuille¹ entraîne fréquemment un problème de double et parfois même de triple imposition. En effet, alors qu'une première imposition est déclenchée par le décès sur la plus-value accumulée des actions détenues par le défunt, une deuxième imposition peut également se matérialiser lors de la remise de la valeur des actions à la succession ou aux héritiers. Finalement, une troisième imposition, toujours sur la même valeur qui a déjà été imposée en conséquence du décès, peut être réalisée au sein de la société au moment de la disposition de ses actifs ou de sa liquidation, opération qui pourrait être requise pour obtenir les liquidités nécessaires à la remise de biens à la succession ou aux héritiers. Certaines planifications existent pour minimiser ces incidences négatives, mais il faut réagir rapidement à la suite d'un décès afin non seulement d'avoir le temps de planifier le tout, mais également afin de respecter les délais prescrits par les dispositions législatives applicables. Qui de mieux que le notaire pour informer et sensibiliser dès le décès les parties concernées et les accompagner dans les démarches et décisions qui devront être prises!

La planification *post mortem* implique un travail d'équipe où plusieurs professionnels (notaire, avocat, comptable, spécialiste en fiscalité, courtier en placements, planificateur financier) sont souvent appelés à travailler de concert. Pour que ce concert se joue har-

1. Nous visons ici une société qui détient des placements comme un portefeuille de titres boursiers et des immeubles locatifs.

monieusement en aval du décès, il nécessite que les instruments aient été soigneusement accordés en amont du décès. En effet, la planification testamentaire doit autoriser et soutenir la réalisation de la planification *post mortem* qui permettra de maximiser la fiscalité du défunt et de respecter ultimement ses volontés. Encore là, le notaire peut jouer un rôle primordial de chef d'orchestre.

Le présent texte a ainsi pour objectif d'examiner les situations pouvant entraîner des problèmes de double et de triple imposition et les planifications pouvant être mises en place pour les contrer. Le tout est abordé dans l'optique d'aider le notaire dans la rédaction des testaments ainsi que dans son accompagnement client pour le règlement d'une succession. Nous débutons par un bref rappel des règles fiscales applicables à la suite du décès d'un particulier en soulignant au passage certaines particularités pouvant avoir des incidences importantes sur le règlement optimal d'une succession. Nous examinons ensuite, à l'aide d'un exemple, le problème de double et de triple imposition pour le cas précis d'un défunt détenant des actions d'une société de portefeuille. Par la suite, nous présentons certaines stratégies qui permettent d'éviter la double et la triple imposition en soulignant les délais applicables et la contribution possible du notaire dans ces planifications. Finalement, en regard de ce qui précède, l'étendue des pouvoirs du liquidateur pour la mise en place des réorganisations recommandées est étudiée, selon l'angle des différents legs pouvant être prévus dans un testament.

1. Rappel des principales règles fiscales applicables au décès

La plupart des pays prévoient des règles fiscales spécifiques applicables à la suite du décès d'un particulier. Le mode d'imposition ainsi que l'identité du contribuable responsable des impôts à payer varient toutefois d'un pays à l'autre. Certains pays, comme le Canada, imposent le gain non réalisé sur les actifs du défunt, ce dernier étant ainsi responsable des impôts payables. D'autres pays, comme les États-Unis, vont plutôt appliquer un impôt sur les successions calculé sur la valeur des actifs du défunt, lequel sera de la responsabilité de la succession. Dans d'autres pays ou territoires, comme plusieurs pays européens, ce sont les héritiers qui seront redevables de droits successoraux calculés sur la valeur des biens hérités du défunt. Bien entendu, dans toutes les situations, il existe des exemptions, des exceptions et une multitude de menus détails! Sans être exhaustive, la présente section présente les principales

règles fiscales applicables au décès d'un particulier résident du Canada.

1.1 Montants non payés à la date du décès

Dans le calcul du revenu d'un contribuable décédé pour l'année de son décès, il faut inclure tous les montants non encaissés auxquels il avait droit au moment de son décès². Ces sommes, par exemple, les revenus d'intérêts, le salaire et les revenus de loyer, sont pleinement imposables pour le défunt. Selon le type de revenus imposables du défunt, différents choix peuvent être exercés pour en maximiser la fiscalité, dont la possibilité de produire plus d'une déclaration de revenus pour l'année du décès³.

1.2 Imposition des régimes de revenus différés

En ce qui a trait aux régimes de revenus différés d'un contribuable décédé, certains sont imposables entre les mains du défunt pour l'année de son décès alors que d'autres sont imposables entre les mains du ou des bénéficiaires. Ainsi, si le défunt était détenteur d'un régime enregistré d'épargne-retraite (ci-après « REÉR ») ou d'un fonds enregistré de revenu de retraite (ci-après « FERR »), sous réserve des exceptions mentionnées à la section 1.4.1 des présentes, le défunt est alors réputé avoir reçu, immédiatement avant son décès, une somme à titre de prestation, versée dans le cadre du régime, égale à la juste valeur marchande de tous les biens du régime au moment de son décès⁴. Si le défunt participait à un régime de participation différée aux bénéfices⁵ (ci-après « RPDB ») ou à un régime de pension agréé⁶ (ci-après « RPA »), ce sera le bénéficiaire qui devra s'imposer sur les montants encaissés en conséquence du décès.

2. Par. 70(1) et (2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (ci-après « L.I.R. ») et art. 428 et 429 de la *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3 (ci-après « L.I. »).

3. Il est possible de produire jusqu'à trois déclarations de revenus distinctes additionnelles pour un contribuable décédé selon les revenus gagnés : une déclaration distincte à l'égard des droits ou biens (par. 70(2) L.I.R. et art. 429 L.I.), une déclaration pour les revenus provenant d'une succession assujettie à l'imposition au taux progressif (al. 104(23)d) L.I.R. et art. 681 L.I.) et une déclaration pour les revenus provenant de société de personnes ou d'entreprises individuelles (par. 150(4) L.I.R. et art. 1003 L.I.).

4. Par. 146(8.8) et 146.3(6) L.I.R. et art. 915.2 et 961.17.1, al. 1 L.I.

5. Al. 147(2)k) L.I.R. et art. 890.0.1 L.I.

6. S-al. 56(1)a)l) L.I.R. et art. 317 L.I.

1.3 Règle de la disposition réputée

Selon nos lois fiscales québécoise et canadienne, un défunt doit s'imposer sur le gain non réalisé des actifs qu'il détient à la date de son décès. Les impôts ainsi engendrés sont payables aux termes des dernières déclarations de revenus du défunt qui sont à produire pour l'année de son décès. Cette imposition est réalisée par le fait que le défunt est réputé disposer, immédiatement avant son décès, de chacune de ses immobilisations⁷ pour un produit de disposition égal à leur valeur marchande. Selon le type de biens visés et sous réserve de toute exemption pour gain en capital disponible⁸, le défunt peut ainsi réaliser un gain en capital (imposable à 50 %), une perte en capital (déductible à 50 %), une récupération d'amortissement ou encore une perte finale. La règle de la disposition réputée peut ainsi engendrer une facture d'impôt élevée selon les actifs détenus par un contribuable et la plus-value acquise par ces actifs au fil des années.

1.4 Exceptions

Les lois fiscales prévoient certaines exceptions et allègements relativement à l'imposition des régimes de revenu différé et à l'égard du principe de la disposition réputée au décès. Ces exceptions sont applicables lorsque les bénéficiaires ou légataires sont, selon le cas, l'époux ou le conjoint de fait du défunt, une fiducie en faveur de l'époux ou du conjoint de fait du défunt ou encore, dans certaines situations, les enfants, petits-enfants et arrière-petits-enfants du défunt.

1.4.1 Exceptions à l'imposition des régimes de revenu différé

Les REÉR et les FERR légués à l'époux ou au conjoint de fait, ou dont ce dernier a été désigné bénéficiaire, sont admissibles à un report d'impôt. Ainsi, les sommes versées à l'époux ou au conjoint de fait peuvent être déduites du revenu du contribuable décédé pour

7. Les immobilisations sont les biens amortissables d'un contribuable ainsi que tous les autres biens dont la disposition se traduit par un gain ou une perte en capital (art. 54 « immobilisations » L.I.R. et art. 249 L.I.).

8. Comme l'exemption pour résidence principale (al. 40(2)b) L.I.R. et art. 271 L.I.), la déduction pour gain en capital sur les biens agricoles ou de pêche admissibles (par. 110.6(2) L.I.R. et art. 726.7 L.I.) et la déduction pour gain en capital sur les actions admissibles de petite entreprise (par. 110.6(2.1) L.I.R. et art. 726.7.1 L.I.).

l'année de son décès⁹. Parallèlement, l'époux ou le conjoint de fait peut transférer ces sommes dans son propre REÉR¹⁰ ou dans un FERR¹¹. L'impôt sur ces sommes est ainsi reporté et il sera payable au fur et à mesure des retraits de l'époux ou du conjoint de fait survivant ou lors du décès de ce dernier. Le défunt peut également déduire de son revenu pour l'année de son décès les sommes provenant d'un REÉR ou d'un FERR dont ses enfants ou petits-enfants financièrement à charge¹² ont hérité ou ont été désignés bénéficiaires¹³. Les fonds sont alors imposables entre les mains de l'enfant ou petit-enfant sous réserve de la possibilité d'acheter une rente pour ce dernier, laquelle sera payable annuellement pour une durée égale à 18 ans moins l'âge de l'enfant ou du petit-enfant au moment de l'acquisition de la rente. L'imposition est ainsi répartie sur le nombre d'années visées par la rente au lieu d'être réalisée dans une seule année d'imposition¹⁴.

Pour pouvoir bénéficier des dispositions de report des impôts ci-devant présentées, les REÉR et FERR doivent être légués en pleine propriété à l'héritier et non à une fiducie¹⁵.

9. Ces sommes se qualifient alors de « remboursement de primes » pour le REÉR (par. 146(8.9) L.I.R. et art. 915 et 915.2 L.I.) et de « prestations désignées » pour le FERR (par. 146.3(6.2) L.I.R. et art. 961.17.1 L.I.).

10. Al. 60l) L.I.R. et art. 339, al. f) L.I.

11. *Ibid.*

12. Un enfant ou un petit-enfant ne sera pas considéré être financièrement à la charge du défunt si son revenu pour l'année précédant celle du décès est supérieur au crédit d'impôt de base. Cela demeure toutefois une question de fait et il est possible d'apporter la preuve qu'un enfant ou un petit-enfant était financièrement à la charge du défunt au moment du décès (par. 146(1.1) L.I.R. et art. 905.1, al. 2 L.I.). Dans le cadre de cette analyse, les éléments suivants sont examinés : les revenus de toute source de l'enfant ou du petit-enfant, le coût de la vie de l'enfant ou du petit-enfant, sa capacité à subvenir à ses besoins et l'aide lui provenant d'autres personnes, AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2010-0380071E5 « REÉR au décès », 4 juillet 2011.

13. Ces sommes se qualifient alors de « remboursement de primes » pour le REÉR (par. 146(8.9) L.I.R. et art. 915 et 915.2 L.I.) et de « prestations désignées » pour le FERR (par. 146.3(6.2) L.I.R. et art. 961.17.1 L.I.).

14. Al. 56(1d) L.I.R. et art. 312, al. c) L.I.

15. Il existe toutefois des exceptions pour certains legs en fiducie en faveur d'enfants ou petits-enfants financièrement à la charge du défunt au moment de son décès (on vise ici la « fiducie d'étalement de régimes », al. 60l) L.I.R. et par. 60.011(3) L.I.R. et art. 339, al. f) L.I.) et pour certains legs en faveur de l'époux ou du conjoint de fait ayant une infirmité mentale ou en faveur d'un enfant ou petit-enfant à la charge du défunt en raison d'une infirmité mentale (on vise ici la « fiducie de prestations à vie » laquelle est définie au paragraphe 60.011(1) L.I.R.).

Comme indiqué précédemment, les fonds provenant d'un RPDB ou d'un RPA, sont imposables entre les mains du bénéficiaire. Toutefois, si celui-ci est l'époux ou le conjoint de fait, les sommes visées peuvent être transférées à un REÉR, un RPA, un RPDB ou un FERR de l'époux ou du conjoint de fait, selon le cas, sans incidence fiscale immédiate¹⁶. Les sommes seront alors imposables entre les mains de l'époux ou du conjoint de fait au fur et à mesure des encaissements annuels.

1.4.2 Exceptions à la disposition réputée

Le principe de la disposition réputée au décès contient lui aussi certaines exceptions permettant de reporter l'impôt payable sur la plus-value accumulée des biens du défunt.

1.4.2.1 Legs d'une immobilisation en faveur de l'époux ou du conjoint de fait

Les immobilisations léguées à l'époux ou au conjoint de fait du défunt profitent automatiquement d'une disposition de roulement si le défunt et son époux ou conjoint de fait résident au Canada immédiatement avant le décès¹⁷. Le défunt est ainsi réputé disposer des biens visés à leur prix de base rajusté¹⁸ et l'époux ou le conjoint de fait est réputé acquérir les biens en contrepartie d'une somme égale au prix de base rajusté du défunt. L'époux ou le conjoint de fait devient ainsi propriétaire des biens, lesquels ont entre ses mains les mêmes caractéristiques fiscales que celles qu'avait le défunt. L'impôt sur la plus-value accumulée est alors reporté au moment où l'époux ou le conjoint de fait disposera du bien ou à son propre décès¹⁹. Pour bénéficier de cette disposition de roulement au coût, il doit toutefois être démontré que les biens visés ont été dévolus irrévocablement à l'époux ou au conjoint de fait dans un délai de 36 mois après le décès du contribuable. Nous traitons de la dévolution irrévocable à la section 1.4.3.

16. Par. 147(19) et 147(20) L.I.R. et art. 890.0.1 et 890.0.2 L.I. pour le RPDB et par. 147.3(7) et 147.3(9) L.I.R. et art. 965.0.11 et 965.0.13 L.I. pour le RPA.

17. Par. 70(6) L.I.R. et art. 440 L.I.

18. Dans le cas d'un bien amortissable, le défunt est réputé disposer du bien au moindre de son coût en capital et de son coût indiqué immédiatement avant son décès (s-al.70(6)d) L.I.R. et art. 440 par. aj) L.I.).

19. À moins qu'il ait un nouveau conjoint à qui il lègue à son tour les biens!

Il est par ailleurs possible pour le liquidateur de la succession d'effectuer le choix pour que certains biens, ou même l'ensemble des biens du défunt, soient plutôt réputés disposer à leur juste valeur marchande²⁰, malgré le roulement initialement disponible. Ce choix, qui s'effectue bien par bien, pourrait permettre, à titre d'exemple, de créer du gain en capital pour le défunt afin d'utiliser des pertes en capital inutilisées des années antérieures, des pertes en capital réalisées dans l'année du décès ou encore afin d'utiliser une déduction pour gain en capital qui serait alors disponible au défunt. En conséquence du choix effectué, l'époux ou le conjoint de fait bénéficie alors d'un coût majoré sur le ou les biens visés par le choix, diminuant ainsi pour ce dernier la charge fiscale qui sera réalisée lors de la disposition future des biens.

1.4.2.2 Legs d'une immobilisation en faveur d'une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait

Les immobilisations léguées par un défunt qui réside au Canada immédiatement avant son décès à une fiducie créée par testament au profit de son époux ou de son conjoint de fait pourront également faire l'objet d'une disposition au prix de base rajusté entre les mains du défunt, si la fiducie répond aux conditions suivantes²¹ :

- (i) La fiducie doit résider au Canada immédiatement après le moment où elle a acquis les biens;
- (ii) L'époux ou le conjoint de fait du défunt doit avoir droit, sa vie durant, à tous les revenus de la fiducie;
- (iii) Nulle autre personne que l'époux ou le conjoint de fait ne peut, avant le décès de l'époux ou du conjoint de fait, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie;
- (iv) Les biens légués à la fiducie lui ont été dévolus irrévocablement dans un délai de 36 mois après le décès du défunt.

Relativement au statut de résidence de la fiducie, rappelons que celui-ci est « une question de fait qui doit être examinée en fonc-

20. Par. 70(6.2) L.I.R. et art. 442 L.I.

21. *Supra*, note 17.

tion des circonstances propres à un cas donné »²². Dans la détermination de la résidence d'une fiducie ou d'une succession, l'Agence du revenu du Canada²³ applique le principe qui a été établi dans l'arrêt *Fundy Settlement c. Canada*²⁴ à savoir qu'une fiducie réside à l'endroit où sont exercées ses activités véritables, c'est-à-dire l'endroit où l'on peut établir que s'exercent réellement sa gestion centrale et son contrôle. Généralement, le lieu où s'exercent la gestion centrale et le contrôle d'une fiducie sera le lieu de résidence des fiduciaires puisque ce sont eux qui ont le rôle d'administrer les biens de la fiducie²⁵. Néanmoins, cette détermination demeure une question de fait et, bien que la résidence des fiduciaires soit un élément auquel il faut porter une attention particulière au moment de la rédaction d'un testament, il faut rester conscient, compte tenu de ce qui précède, que le lieu de résidence d'une fiducie ne sera pas nécessairement relié au lieu de résidence de son ou de ses fiduciaires, selon l'identité et le lieu de résidence des personnes qui exercent réellement la gestion et le contrôle de la fiducie.

Relativement à la condition selon laquelle nulle autre personne que l'époux ou le conjoint de fait ne peut, avant le décès de l'époux ou du conjoint de fait recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie, il est important de saisir que cette condition n'empêche pas de prévoir au testament que le conjoint n'a aucun droit dans le capital ou qu'il a droit au capital dans certaines circonstances précises seulement. En effet, ce que la L.I.R. exige pour qu'une fiducie se qualifie de fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait est que durant sa vie, personne d'autre que le conjoint ne puisse profiter du capital de la fiducie. Cela ne veut pas dire que le conjoint doit avoir droit au capital. Toutefois, le conjoint doit avoir droit à tout le revenu généré par le capital, incluant les revenus générés sur le capital auquel il n'a pas droit. Le notaire rédacteur du testament doit donc porter une attention particulière aux pouvoirs prévus au testament pour s'assurer de respecter les conditions requises par le paragraphe 70(6) L.I.R. afin de bénéficier du roulement des biens légués à la fiducie.

22. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Folio de l'impôt sur le revenu S6-F1-C1, « Résidence d'une fiducie ou succession », 2 février 2015, par. 1.1.

23. Ci-après désignée « ARC ».

24. *Fundy Settlement c. Canada*, 2012 CSC 14.

25. Art. 1260 du *Code civil du Québec* (ci-après « C.c.Q. »).

Ces exigences prévues à la L.I.R. sont des questions de droit et non de fait. Ainsi, un simple pouvoir stipulé au testament, même si le pouvoir n'est jamais exercé, est suffisant pour disqualifier la fiducie à titre de fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait donnant droit au roulement des biens au décès. À titre d'exemple, si une fiducie a le pouvoir de prêter de l'argent à des conditions autres que celle du marché à quelqu'un d'autre que l'époux ou le conjoint de fait, la fiducie sera « contaminée »²⁶ même si aucun prêt n'est accordé²⁷. De même, une fiducie sera contaminée si le testament prévoit l'obligation pour la fiducie de payer des primes d'assurance sur la vie du conjoint ou des bénéficiaires subsidiaires²⁸.

La dernière condition à respecter pour se qualifier de fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait permettant de profiter du roulement du paragraphe 70(6) L.I.R. est celle de la dévolution irrévocable. Notre discussion à cet égard se retrouve à la section 1.4.3.

1.4.2.3 Legs de biens agricoles ou de pêche en faveur d'un enfant

Certains biens agricoles ou de pêche, sous réserve de conditions dont l'étude dépasserait l'objectif du présent article, peuvent également bénéficier d'une disposition réputée au coût, au décès d'un contribuable, s'ils sont légués directement par le défunt à son enfant²⁹. Les lois fiscales offrent même une possibilité supplémentaire de

26. Une fiducie est dite « contaminée » ou « altérée » lorsque la rédaction du testament ne respecte pas les conditions du paragraphe 70(6) L.I.R. Dans cette situation, le roulement au coût n'est pas accessible au défunt et c'est alors la règle de base de la disposition réputée à la juste valeur marchande du paragraphe 70(5) L.I.R. qui est applicable, à moins qu'il soit possible de « purifier » la fiducie aux termes des options prévues aux paragraphes 70(7) et (8) L.I.R. et aux articles 445 à 449 L.I.

27. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2003-0019235, « Tainted Spousal Trust », 17 juillet 2003.

28. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2006-018551C6, « Rollover to trust on death », 11 septembre 2006, AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2006-0174041C6, « Rollover to trust on death », 2 novembre 2006, AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2012-0435681C6, « CALU CRA Roundtable Q2 », 8 mai 2012 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2018-0761511C6, « Rollover to spousal trust on death », 5 octobre 2018.

29. Les biens visés sont les fonds de terre et les biens amortissables d'une catégorie prescrite situés au Canada et qui, avant le décès du contribuable, étaient utilisés principalement dans le cadre d'une entreprise agricole ou de pêche exploitée au Canada (par. 70(9), (9.01), (9.1) et (9.11) L.I.R. et art. 444, al. 1a), al. 2, al. 4 et art. 450.5 L.I.), les actions du capital-actions d'une société agricole ou de pêche familiale et les participations dans une société de personnes agricole ou de pêche familiale (par. 70(9.2), (9.21), (9.3) et (9.31) L.I.R. et art. 444, al. 1a), al. 1c), al. 2, al. 4, art. 450, al. 2 et art. 450.5 L.I.).

planification à l'égard de ces biens, comparativement aux biens légués à l'époux ou au conjoint de fait ou à une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait. En effet, le représentant légal du contribuable décédé a la possibilité de choisir un produit de disposition réputée, bien par bien, qui peut se situer entre le prix de base rajusté et la juste valeur marchande du bien immédiatement avant le décès³⁰. Ce choix permet donc de maximiser la fiscalité, tant pour le défunt que pour son ou ses héritiers.

La disposition réputée au coût pourra également être disponible dans la situation où le défunt prévoit d'abord un legs des biens agricoles à une fiducie exclusive en faveur de l'époux ou du conjoint de fait aux termes de laquelle les biens agricoles seront transférés à l'enfant du défunt à la suite du décès de l'époux ou du conjoint de fait³¹. Par ailleurs, bien que non prévu spécifiquement dans la loi, si un bien agricole est légué à une fiducie testamentaire au profit d'un enfant, le défunt pourrait bénéficier de la disposition réputée du bien agricole au coût, si les modalités de la fiducie sont telles qu'il est possible d'établir qu'il y a dévolution irrévocable du bien légué en faveur de l'enfant³².

1.4.3 Dévolution irrévocable dans un délai de 36 mois

Tant pour le legs en faveur de l'époux ou du conjoint de fait, en faveur d'une fiducie au profit de l'époux ou du conjoint de fait que le legs de biens agricoles en faveur d'un enfant, pour que les dispositions de roulement soient applicables, il doit être démontré que les biens visés par le legs ont été dévolus irrévocablement au légataire, dans un délai de 36 mois se terminant après le décès du contribuable³³. L'expression « a été, par dévolution, irrévocablement acquis » n'est pas définie dans la loi, mais l'ARC a indiqué qu'elle « se rapporte au droit incontestable de propriété d'un bien donné qui, par suite du décès du propriétaire, a été transféré ou attribué au conjoint, à une fiducie en faveur du conjoint ou à un enfant du

30. Par. 70(9.2), (9.21), (9.3) et (9.31) L.I.R. et art. 444, al. 1a), al. 1c), al. 2, al. 4, art. 450, al. 2 et art. 450.5 L.I.

31. Par. 70(9.1) L.I.R. et art. 450 et 450.5 L.I.

32. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8c).

33. Un délai plus long, que le ministre considère comme raisonnable dans les circonstances, peut être accordé par le ministre à la suite d'une demande écrite du représentant légal du défunt, par. 70(6) L.I.R. et art. 440 L.I.

défunt »³⁴. Le légataire doit ainsi obtenir un droit de propriété absolue sur le bien, de telle sorte que son droit ne puisse être annulé par aucun événement ultérieur³⁵. Si ces conditions sont respectées, il y aura dévolution irrévocable même si le légataire ne bénéficie pas immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu et « même si les formalités légales de transfert et d'enregistrement de la propriété du bien n'ont pas été complétées »³⁶.

De plus, condition essentielle à la dévolution irrévocable, le bien qui sera remis à l'époux ou au conjoint de fait, à la fiducie en faveur de l'époux ou du conjoint de fait ou à l'enfant dans un contexte de biens agricoles, doit être exactement le même bien qui était détenu par le défunt au moment de son décès³⁷. Ainsi, si le liquidateur dispose d'un terrain qui appartenait au défunt et qui est légué au conjoint en vertu du testament, même si le liquidateur remet le produit de disposition du terrain au conjoint dans le délai de 36 mois, la dévolution irrévocable ne sera pas réalisée. Ce sont alors les dispositions du paragraphe 70(5) L.I.R. et de l'article 436 L.I. qui seront applicables, c'est-à-dire que le défunt sera réputé disposer du terrain pour un produit de disposition égal à sa juste valeur marchande immédiatement avant le décès³⁸. Il en sera de même si le liquidateur est dans l'obligation de disposer de certains actifs pour acquitter des dettes du défunt.

Un autre exemple où la dévolution irrévocable peut être échappée en entraînant des incidences fiscales non souhaitées est le cas où un défunt avait un portefeuille de placements autogéré non enregistré. Si le courtier n'est pas averti rapidement du décès et qu'il effectue des transactions au sein du portefeuille du défunt entre la

34. Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 1. Voir également Bulletin d'interprétation (Revenu Québec) IMP. 443-1/R1, art. 1.

35. *Ibid.*

36. Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 2 et Bulletin d'interprétation (Revenu Québec) IMP. 443-1/R1, art. 1.

37. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2015-0596611C6, « Transfer 70(6) », 9 octobre 2015.

38. Si l'objectif est que les incidences fiscales de la vente du terrain soient réalisées entre les mains de l'époux ou du conjoint de fait et non entre les mains du défunt, ce qui pourrait être avantageux si par exemple l'époux ou le conjoint de fait a un taux d'imposition inférieur ou des pertes à reporter, il faudrait donc procéder à la remise du terrain à l'époux ou au conjoint de fait préalablement à la vente, afin que ce soit ce dernier qui en soit le propriétaire et le vendeur.

date du décès et celle du transfert de propriété du portefeuille de placements à l'époux ou au conjoint de fait, le roulement des placements visés ne sera pas possible. Nous pouvons voir ici l'importance d'obtenir promptement des informations sur les actifs détenus par un contribuable au moment de son décès afin d'être en mesure d'aviser rapidement les personnes concernées de ces particularités pouvant jouer sur l'ampleur du fardeau fiscal généré en conséquence du décès³⁹.

La dévolution irrévocable peut également être impossible pour une raison autre que le libellé du testament ou les gestes posés par les liquidateurs. Les engagements que le défunt a pu convenir dans divers contrats peuvent avoir pour effet d'empêcher la dévolution irrévocable des biens visés à l'époux ou au conjoint de fait. Un excellent exemple à cet égard est celui de la convention entre actionnaires à laquelle pouvait être partie le défunt au moment de son décès. Si les modalités de la convention entre actionnaires font en sorte que le liquidateur de la succession est tenu de vendre les actions de l'actionnaire par suite de son décès, celles-ci ne pourront pas être dévolues irrévocablement au légataire à qui l'actionnaire a pu léguer ses actions⁴⁰. Par contre, si la convention entre actionnaires prévoit plutôt une option d'achat des actions et que les actions sont transférées à l'époux ou au conjoint de fait légataire, ou à une fiducie créée en sa faveur, avant la levée de l'option, la dévolution irrévocable sera alors possible⁴¹.

Il pourrait être financièrement intéressant pour une succession et l'époux ou le conjoint de fait légataire que la vente des actions du défunt s'effectue entre les mains de l'époux ou du conjoint de fait légataire plutôt qu'au sein de la succession. Cela pourrait permettre, par exemple, d'utiliser un solde de pertes en capital de l'époux ou du conjoint de fait ou encore d'utiliser la déduction pour gains en capital sur actions admissibles de petite entreprise⁴² de l'époux ou du conjoint de fait. Il est toutefois assez rare, dans un

39. Et incidemment, pour s'assurer de déclarer les gains et les pertes réalisés par le bon contribuable.

40. Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8d) et Bulletin d'interprétation (Revenu Québec) IMP. 443-1/R1, art. 2 et 3.

41. Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8d) et Bulletin d'interprétation (Revenu Québec) IMP. 443-1/R1, art. 5.

42. Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R. et art. 726.6.1 « action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise » L.I.

contexte de négociation et de mise en place d'une convention entre actionnaires, que les actionnaires soient à l'aise avec l'idée de donner une option de vente aux héritiers d'un actionnaire décédé. L'obligation de vente, laquelle empêche la réalisation de la dévolution irrévocable, est plus fréquemment l'avenue que les actionnaires vont privilégier ou même exiger afin de s'assurer de ne pas se retrouver avec des coactionnaires non désirés.

Il est heureusement possible de concilier les deux objectifs, soit celui de profiter de la dévolution irrévocable des actions en faveur de l'époux ou du conjoint de fait survivant⁴³ et celui donnant une certitude aux actionnaires survivants de pouvoir ultimement acheter les actions appartenant au défunt, s'ils le désirent. Cela peut en effet être réalisé par la rédaction d'une clause usuellement présentée comme la *clause de double option*, laquelle respecte les critères exposés par les autorités fiscales pour reconnaître qu'il y a dévolution irrévocable⁴⁴.

Cette clause est habituellement structurée de manière à prévoir que si un actionnaire a légué ses actions de la société à son époux ou son conjoint de fait ou à une fiducie exclusive créée en sa faveur, ce dernier possédera alors une *option*, pendant un temps défini à la convention, pour demander l'achat par les actionnaires survivants des actions héritées. Cette option permettra donc le transfert de propriété des actions au légataire visé, permettant ainsi la dévolution irrévocable desdites actions et la réalisation des incidences fiscales souhaitées. Par ailleurs, pour la protection des actionnaires survivants, au cas où l'époux ou le conjoint de fait, ou les fiduciaires de la fiducie créée en sa faveur n'exerce pas l'option d'exiger l'achat des actions, une autre option sera prévue à la convention. Celle-ci ne sera applicable qu'après l'expiration du délai d'exercice de la première option consentie au légataire et stipulera que les actionnaires survivants auront l'option, pendant un délai défini, d'acheter les actions qui ont été léguées au légataire à la suite du décès de l'actionnaire, ce dernier ayant alors l'obligation de vendre les actions. Grâce à la mise en place de ce type de clause⁴⁵,

43. Ou d'une fiducie créée en sa faveur.

44. Bulletin d'interprétation IT-449R (Annulé), « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », 25 septembre 1987, par. 8d) et Bulletin d'interprétation (Revenu Québec) IMP. 443-1/R1, art. 5.

45. La clause de double option est délicate à rédiger afin de s'assurer de sa validité et de son efficacité. Entre autres, comment pouvons-nous nous assurer que l'époux ou le conjoint de fait de l'actionnaire décédé sera irrémédiablement lié (à suivre...)

tant les intérêts des héritiers d'un actionnaire décédé que ceux des actionnaires survivants peuvent ainsi être satisfaits.

Aux termes de cette section, nous pouvons constater qu'il est assez facile de poser des gestes empêchant la réalisation de la dévolution irrévocable. Le fait de ne pas saisir correctement ce concept peut ainsi entraîner l'augmentation de la charge fiscale résultant d'un décès par rapport à ce qui avait pu être planifié au moment de la rédaction du testament. Si la notion du roulement des biens en faveur de l'époux ou du conjoint de fait est assez connue de la population en général, le fait que celle-ci est toutefois assujettie à des conditions strictes l'est beaucoup moins. Le notaire, qui peut accompagner ses clients tant sur le plan de la rédaction des testaments, de la négociation et de la rédaction des conventions entre actionnaires que dans le cadre du règlement d'une succession, a ainsi une position avantageuse pour sensibiliser et informer les différentes parties impliquées de ces éléments plus qu'importants.

2. La planification *post mortem*

L'expression « planification *post mortem* » fait référence aux planifications qui peuvent être réalisées après le décès d'un contribuable. Après avoir discuté des causes nécessitant une réflexion sur la planification *post mortem* d'un contribuable décédé, nous examinerons le problème de double et de triple imposition pour ensuite en mesurer toute l'ampleur à l'aide d'un exemple concret.

2.1 Pourquoi parler de planification *post mortem* ?

Lors de l'analyse d'une planification successorale, de même que lors de toute planification fiscale, les volontés et les objectifs du

(... suite)

par la clause de double option qui a été prévue à la convention entre actionnaires ? Il faut prendre garde de ne pas se retrouver avec un pacte pour succession future, lequel est prohibé par l'article 2631 C.c.Q. C'est dans ce contexte qu'il est souvent suggéré de prévoir à la convention entre actionnaires que la clause de double option ne sera applicable que si le légataire est l'époux, le conjoint de fait ou une fiducie créée en sa faveur et à la condition que ce légataire accepte, après le décès, de signer la convention entre actionnaires et reconnaît être lié par chacune de ses dispositions. À défaut, la convention entre actionnaires devrait prévoir une clause d'obligation de vente par la succession et d'obligation d'achat par les actionnaires survivants, afin d'éviter de se retrouver dans une situation inappropriée. Pour bien saisir toutes les subtilités de cette clause, voir Paul MARTEL et Luc MARTEL, *Les conventions entre actionnaires*, 13^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur/Martel, 2020, p. 83 à 96.

client sont le point de départ. Par ailleurs, les incidences fiscales actuelles et potentielles, de même que leur minimisation, font normalement partie des éléments qui sont considérés dans l'établissement de la planification. Malgré toute la rigueur du travail réalisé, la situation financière et légale dans laquelle se retrouvera un client au moment de son décès reste hypothétique. À cela s'ajoutent tous les changements législatifs qui pourront survenir dans le domaine de la fiscalité applicable entre le moment de l'élaboration de la planification et le décès du particulier. Finalement, il faut aussi comprendre que certains choix fiscaux ne peuvent être réalisés, et incidemment analysés, qu'après le décès. C'est donc là qu'entre en jeu la planification *post mortem*, laquelle a pour objectif de minimiser les impôts de la personne décédée, de sa succession et de ses héritiers.

Une planification *post mortem* n'est pas nécessairement synonyme de planification fiscale compliquée ou de réorganisation de grande envergure. Le simple fait d'analyser la situation d'une personne décédée, d'établir la nature et la valeur de ses actifs, de vérifier ses soldes fiscaux et de se questionner sur les divers choix pouvant être exercés au moment de la production des déclarations de revenus est de la planification *post mortem*. À titre d'exemple et comme mentionné précédemment, bien qu'un défunt puisse avoir accès aux règles de roulement du paragraphe 70(6) L.I.R. en conséquence du legs de ses actifs en faveur de son conjoint, il pourrait être approprié d'exercer le choix du paragraphe 70(6.2) L.I.R.⁴⁶ afin de générer le gain en capital latent de certains des actifs du défunt et pouvoir ainsi utiliser le solde des pertes en capital inutilisé de ce dernier.

Cela n'implique pas pour autant que la réflexion et l'analyse d'une planification *post mortem* ne peuvent être effectuées qu'après le décès. En effet, l'accessibilité à certaines stratégies de planification *post mortem* sera dépendante de la planification testamentaire préalablement réalisée. Tel que nous en discutons à la section 4, les pouvoirs des liquidateurs qui sont prévus au testament auront un impact direct sur les choix et les planifications qui pourront être mises en place à la suite du décès. Mais avant de parler de planification testamentaire et des pouvoirs à prévoir lors de la rédaction d'un testament, il convient de bien cerner le problème de la double et de la triple imposition dans laquelle un défunt et sa succession peuvent

46. Art. 442 L.I.

se retrouver et pour lequel la planification *post mortem* s'avère souvent vitale.

2.2 Problème de la double et de la triple imposition

L'expression *double et triple imposition* est utilisée pour faire référence à la situation où, à la suite du décès d'un contribuable, un impôt est payable deux et parfois même trois fois sur une même valeur. Cette situation se présente habituellement lorsque le défunt est actionnaire au moment de son décès d'une société de portefeuille, soit une société qui détient des actifs ayant une vocation de placements comme un portefeuille de titres boursiers et des immeubles locatifs. Un premier impôt est d'abord payable entre les mains du défunt en conséquence du principe de la disposition réputée des actions qu'il détient dans la société de portefeuille immédiatement avant son décès. Un deuxième impôt est ensuite payable par la succession ou par les héritiers, en conséquence de l'encaissement de la valeur des actions. Cela peut être réalisé dans le cadre d'un rachat des actions héritées, lequel entraîne la réception d'un dividende⁴⁷, ou encore au moment de la liquidation de la société et de la réception par la succession ou les héritiers d'un dividende de liquidation⁴⁸. Finalement, un troisième impôt peut être payable au sein de la société, toujours sur la même valeur qui a déjà été imposée, lorsque les actifs qui appartiennent à la société sont disposés par cette dernière dans le cadre de la liquidation de la société ou pour lui permettre de payer la contrepartie du rachat des actions détenues par la succession ou les héritiers.

2.2.1 Impôt généré par le décès

Afin de bien illustrer le problème de double et de triple imposition ainsi que les stratégies disponibles, examinons le cas de M. Pinson. Ce dernier est veuf et il est le père de trois enfants majeurs. Au moment de son décès, M. Pinson détenait entre autres trois millions d'actions de catégorie E de la société Gestion Pinson inc., laquelle détient deux immeubles locatifs et un portefeuille de placements à la Bourse. Nous prenons pour hypothèse que, considérant les activités de Gestion Pinson inc., ses actions ne se qualifient pas d'actions admissibles de petite entreprise pouvant donner

47. Par. 84(3) L.I.R. et art. 506 et 508 L.I.

48. Par. 84(2) L.I.R. et art. 505 L.I.

accès à la déduction pour gain en capital⁴⁹. Les caractéristiques des actifs de Gestion Pinson inc. sont les suivantes :

ACTIFS DE GESTION PINSON INC.			
Actifs	Juste valeur marchande	Coût	Gain en capital latent
Immeuble 1	1 000 000 \$	750 000 \$	250 000 \$
Immeuble 2	1 700 000 \$	1 250 000 \$	450 000 \$
Placements	575 000 \$	450 000 \$	125 000 \$
Total	3 275 000 \$	2 450 000 \$	825 000 \$

Les actions détenues par M. Pinson au moment de son décès sont des actions privilégiées ayant une valeur de rachat fixe de 1,00 \$ par action. Le coût et le capital versé des actions est de 100 \$. Les actions votantes et participantes de Gestion Pinson inc. sont détenues en parts égales par les trois enfants de M. Pinson.

Le testament de M. Pinson prévoit le legs en pleine propriété de l'ensemble de ses biens à ses trois enfants, en parts égales entre eux. Compte tenu de ce qui précède, M. Pinson est réputé avoir disposé des trois millions d'actions de catégorie E, immédiatement avant son décès, pour un produit de disposition de 3 000 000 \$. Son décès entraîne donc la réalisation d'un gain en capital de 2 999 900 \$⁵⁰, ce qui représente un impôt de 799 550 \$ en utilisant le taux d'imposition marginal maximal combiné fédéral et provincial de 53,305 %. Cet impôt sera payable aux termes des déclarations de revenus qui seront à produire pour l'année d'imposition au cours de laquelle M. Pinson est décédé⁵¹. Ainsi, si M. Pinson est décédé en

49. Par. 110.6(1) « action admissible de petite entreprise » L.I.R. et art. 726.6.1 « action admissible d'une société qui exploite une petite entreprise » L.I.

50. Juste valeur marchande de 3 000 000 \$ moins le coût de 100 \$ = gain en capital de 2 999 900 \$.

51. L'impôt à payer par un contribuable décédé en conséquence de l'inclusion à son revenu des droits ou biens (par. 70(2) L.I.R. et art. 429 L.I.), en conséquence de la règle de la disposition réputée de ses immobilisations (par. 70(5) L.I.R. et art. 436, 439 et 439.1 L.I.) et de la disposition réputée des avoirs miniers et de fonds de terre (par. 70(5.2) L.I.R. et art. 433 à 435 L.I.) peut être étalé sur un maximum de dix années, les acomptes effectués devant être égaux et consécutifs (par. 159(5) L.I.R. et art. 1032 L.I.).

juin, l'impôt sera payable au plus tard le 30 avril de l'année suivante⁵².

La succession, de son côté, acquiert les actions de Gestion Pinson inc. à un coût majoré, c'est-à-dire à un coût égal à leur valeur marchande immédiatement avant le décès, soit à un coût de 3 000 000 \$⁵³. Si la succession ne possède pas par ailleurs des liquidités suffisantes lui permettant de payer les impôts générés par le décès de M. Pinson, elle sera contrainte d'envisager la vente de certains biens pour acquitter sa dette fiscale. Sous réserve de toute augmentation de la valeur marchande d'un bien entre le moment du décès de M. Pinson et le moment de sa vente par le liquidateur, aucun impôt supplémentaire ne sera généré pour la succession lors de la vente d'un bien, vu la majoration du prix de base rajusté réalisée en conséquence de la disposition réputée au décès.

Dans le cadre de l'analyse du ou des biens pouvant faire l'objet d'une vente, il faut être conscient que l'acquisition des actions d'une société détenant des placements comme Gestion Pinson inc. est normalement peu attrayante pour un acheteur. La vente des actions de Gestion Pinson inc. à un tiers, afin entre autres d'encaisser les liquidités nécessaires au paiement des impôts générés par le décès est donc très peu probable. La succession de M. Pinson se trouve ainsi confrontée à trois choix à l'égard de Gestion Pinson inc. :

1. Conserver Gestion Pinson inc. : les actions seront alors distribuées aux trois enfants qui en continueront la gestion annuelle et pourront se déclarer des revenus de dividendes à leur guise.
2. Procéder au rachat d'un certain nombre d'actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. afin de générer des liquidités au sein de la succession ou éventuellement entre les mains des trois enfants.
3. Liquider Gestion Pinson inc. et remettre les actifs de la société en parts égales aux trois enfants.

52. Si M. Pinson était plutôt décédé entre le 1^{er} novembre et le 31 décembre, la date limite de production des déclarations de revenus pour l'année de son décès ainsi que le paiement des impôts serait plutôt de six mois après la date du décès (al. 150(1)b) L.I.R. et art. 1000, par. (2)c) L.I.).

53. Al. 70(5)b) L.I.R. et art. 436 L.I.

2.2.2 Réalisation de la double et de la triple imposition

Si les trois enfants de M. Pinson décident de conserver le *statu quo* et qu'ils demeurent actionnaires de Gestion Pinson inc., aucune double ni triple imposition ne sera pour le moment réalisée. Il faut néanmoins être conscient que celles-ci pourraient se matérialiser dans le futur, s'il y a rachat des actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. ou liquidation de la société. Aux fins du présent exemple, prenons maintenant pour hypothèse que les enfants de M. Pinson ne souhaitent pas demeurer coactionnaires de Gestion Pinson inc. à la suite du décès de leur père et que le processus de liquidation de la société est enclenché. Il y aura alors réalisation d'une double et d'une triple imposition sur la même valeur de 3 000 000 \$ qui a déjà été imposée entre les mains de M. Pinson en conséquence de son décès. En effet, dans le processus de liquidation de Gestion Pinson inc., les trois millions d'actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. feront l'objet d'un rachat pour annulation, entraînant la réception d'un dividende de liquidation⁵⁴. Ce dividende sera imposable en fonction du taux d'imposition de l'actionnaire concerné, lequel actionnaire peut être la succession ou les trois enfants si les actions de la société ont été préalablement distribuées à ces derniers dans le cadre du règlement de la succession. C'est donc ici que se réalise la double imposition sur la valeur de 3 000 000 \$ déjà imposée en conséquence de la disposition réputée des actions engendrée par le décès de M. Pinson.

Par ailleurs, le rachat des trois millions d'actions de catégorie E dans le cadre de la liquidation de la société implique la remise d'une valeur de 3 000 000 \$ à ou aux actionnaires concernés. Il faudra alors soit transférer la propriété des actifs de Gestion Pinson inc. aux actionnaires, ce qui implique une disposition réputée de ceux-ci pour la société⁵⁵, ou il faudra au préalable que Gestion Pinson inc. vende ses placements et ses immeubles locatifs pour en obtenir des liquidités qui seront ensuite distribuées aux actionnaires dans le processus de liquidation de la société. La vente des placements et des immeubles locatifs engendrera un revenu imposable pour Gestion Pinson inc. vu la plus-value acquise par ceux-ci. Nous voilà donc face à la troisième imposition toujours sur la même valeur de 3 000 000 \$. Il faut bien comprendre à ce stade que le fait que M. Pinson se soit imposé sur la plus-value de ses actions de

54. *Supra*, note 48.

55. Par. 69(4) L.I.R. et art. 424, al. 1 L.I.

catégorie E de Gestion Pinson inc. en conséquence de son décès a entraîné l'augmentation du coût desdites actions. Cette disposition réputée n'a toutefois pas augmenté le capital versé des actions, lequel capital versé entre en jeu dans le calcul du dividende réputé de liquidation. La disposition réputée enclenchée par le décès de M. Pinson n'a pas non plus entraîné l'augmentation du coût des actifs que détient Gestion Pinson inc.

Pour bien saisir l'implication de ce qui précède, reprenons notre exemple et calculons l'impôt total qui serait à payer sur la valeur de 3 000 000 \$ des actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. dans l'hypothèse où les actifs de la société sont vendus pour payer le dividende de liquidation.

**Impôt au décès de M. Pinson sur les actions de
Gestion Pinson inc.**

Produit de disposition	3 000 000 \$
Moins : prix de base rajusté	<u>(100 \$)</u>
Gain en capital	2 999 900 \$
Gain en capital imposable (50 %)	1 499 950 \$
Impôt (53,305 %)	799 550 \$

Impôt pour la succession en conséquence du rachat des
trois millions d'actions de catégorie E dans le cadre
de la liquidation de la société

Rachat des actions de catégorie E	3 000 000 \$
Moins : capital versé	<u>(100 \$)</u>
Dividende réputé	2 999 900 \$ ⁵⁶
Impôt (48,697 %)⁵⁷	1 460 860 \$

56. *Supra*, note 48.

57. Taux d'un dividende autre que déterminé. Lorsqu'une société déclare un dividende (qu'il soit réel ou présumé comme dans le cadre d'un rachat d'actions ou d'une liquidation), elle doit établir s'il s'agit d'un *dividende autre que déterminé* ou d'un *dividende déterminé* (par. 89(1) « dividende déterminé » L.I.R. et art. 1 « dividende déterminé » L.I.). Chacun de ces deux types de dividendes est assujéti à une charte de taux d'imposition différents par la mécanique de majoration (à suivre...)

Par ailleurs, le rachat des actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. dans le cadre de la liquidation de la société entraîne une disposition desdites actions pour la succession et la réalisation d'une perte en capital :

Produit de disposition des actions	3 000 000 \$
Moins : Dividende présumé de rachat/liquidation ⁵⁸	<u>(2 999 900 \$)</u>
	100 \$
Moins : Prix de base rajusté des actions	<u>(3 000 000 \$)</u>
Perte en capital	(2 999 900 \$) ⁵⁹

Impôt de Gestion Pinson inc. sur la vente de ses actifs⁶⁰

Produit de disposition	3 275 000 \$
Coût	<u>(2 450 000 \$)</u>
Gain en capital	825 000 \$
Gain en capital imposable (50 %)	412 500 \$
Impôt (50,17 %)	206 950 \$

(...suite)

spécifique (par. 82(1) L.I.R. et art. 497 L.I.) et de crédit d'impôt pour dividendes spécifique (art. 121 L.I.R. et art. 767, al. 1 L.I.) à laquelle ils sont assujettis. Le dividende déterminé bénéficie d'un taux d'imposition moindre entre les mains de l'actionnaire. Dans le cas des sociétés privées sous contrôle canadien (ci-après « SPCC »), lesquelles sont le type de sociétés visé par le sujet du présent article, la capacité de verser des dividendes déterminés dépend du solde du compte de revenu à taux général (ci-après « CRTG ») de la société (par. 89(1) « compte de revenu à taux général » L.I.R.). Une SPCC accumule un solde positif dans son CRTG, ce qui lui permettra par la suite de déclarer des dividendes déterminés, lorsqu'elle a gagné du revenu qui a été imposé au taux d'imposition élevé des SPCC.

58. Par. 54j) « produit de disposition » L.I.R. et art. 251 L.I.

59. Il est à noter que si la succession est affiliée (au sens du par. 251.1(1) L.I.R. et de l'art. 21.0.3 L.I.) à Gestion Pinson inc. immédiatement après la disposition, ce qui serait le cas dans notre exemple, la perte en capital sera réputée nulle en vertu du paragraphe 40(3.6) L.I.R. et de l'article 238.3 L.I., sauf si celle-ci fait l'objet d'un report en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. et des articles 1054 et 1055 L.I., et ce, en vertu du paragraphe 40(3.61) L.I.R. et de l'article 238.31 L.I. Le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. est présenté à la section 3.1.

60. En prenant pour hypothèse qu'aucun amortissement n'a été réclamé sur les immeubles locatifs.

La vente de ses actifs par Gestion Pinson inc. entraîne également l'ajout d'un montant de 412 500 \$ dans le compte de dividende en capital (ci-après « CDC ») de la société⁶¹. Sous réserve du solde cumulatif du CDC de Gestion Pinson inc., il pourrait ainsi être possible de réduire l'impôt payable par la succession lors du rachat des actions de catégorie E en utilisant le CDC qui s'est créé. Ainsi, l'impôt total engendré pourrait se chiffrer approximativement à ce qui suit :

Impôt au décès	799 550 \$
Impôt sur la vente des actifs ⁶²	80 450 \$
Impôt sur le rachat d'actions	1 460 860 \$
Moins : économie d'impôt résultant dividende du CDC	(200 875 \$)
Total de l'impôt à payer	2 139 985 \$

61. Par. 89(1) « compte de dividende en capital » L.I.R. et art. 570, al. b) « compte de dividende en capital » L.I. Le compte de dividende en capital est un compte qui fait le suivi des montants qui peuvent être payés par une société à ses actionnaires sous forme de dividendes non imposables. La raison de l'existence de ce compte est d'assurer l'intégration des revenus afin qu'un revenu gagné par l'entremise d'une société soit ultimement imposé entre les mains de l'actionnaire au même taux d'imposition que si ce revenu avait été gagné personnellement par l'actionnaire. Ce compte est donc entre autres composé du 50 % non imposable des gains en capital réalisés par une société ainsi que du produit de l'assurance-vie encaissé par une société (en excédent du coût de base rajusté de la police (par. 148(9) L.I.R. et art. 976 L.I.). Le solde de ce compte doit être minutieusement examiné avant la déclaration d'un dividende en capital, car c'est un compte cumulatif. Ainsi, les dividendes antérieurs provenant de ce compte ainsi que les pertes en capital réalisées par une société auront pour effet de réduire le solde disponible pouvant être payé à titre de dividende non imposable.
62. Il est à noter que le dividende imposable engendré par le rachat des actions permettra potentiellement à Gestion Pinson inc. de récupérer de l'impôt en main remboursable au titre de dividende, augmentant ainsi les liquidités de la société pouvant ultérieurement être distribuées aux actionnaires détenant les actions participantes. Afin d'éviter que le fait de gagner des revenus de placements par l'entremise d'une société soit plus avantageux que de les gagner personnellement, une partie de l'impôt fédéral payé par une société sur son revenu de placements lui est remboursable lorsqu'elle verse des dividendes imposables à ses actionnaires. Sans entrer dans le menu détail de la comptabilisation des impôts temporaires d'une société qui peuvent maintenant être inclus soit dans le compte d'impôt en main remboursable au titre des dividendes déterminés ou dans le compte d'impôt en main remboursable au titre des dividendes non (à suivre...)

La nécessité de la mise en place d'une planification *post mortem* se démontre ici par elle-même en constatant de ce qui précède que sur une valeur de 3 000 000 \$, la succession bénéficiera seulement d'un montant de 860 015 \$ compte tenu de l'impôt total au montant de 2 139 985 \$ qui sera à payer.

3. Stratégies disponibles pour éviter la double et triple imposition

Pour contrer les incidences fiscales onéreuses pouvant résulter d'un décès, certaines planifications s'offrent aux contribuables. Celles-ci sont brièvement expliquées dans la présente section de manière à permettre au lecteur de détecter les situations où elles pourraient être applicables et également à saisir les délais qui sont d'une importance capitale dans certains cas. Plusieurs éléments de nature financière, fiscale et familiale sont à considérer dans le choix de la stratégie à privilégier, faisant en sorte que chaque dossier sera unique. Nous pouvons citer à cet égard :

- l'impôt généré par la disposition réputée des actions d'une société privée détenue par un défunt;
- les différents soldes fiscaux du défunt ainsi que ceux de la société;
- la présence ou non de l'encaissement d'une assurance-vie dans la société en conséquence du décès de son actionnaire;
- le solde du compte de dividende en capital de la société;
- le type d'actifs détenus par la société;
- l'impôt latent sur les actifs de la société;
- les intentions des héritiers.

(...suite)

déterminés, l'important est de comprendre qu'un solde positif à ses comptes, selon le type de dividende déclaré (déterminé ou non déterminé), pourra donner droit à un remboursement d'impôt pour la société. Aux fins des présentes, le montant d'impôt corporatif à payer est donc réduit de la fraction remboursable de l'impôt de la partie I au montant de 126 500 \$ qui a été créé par la vente des actifs de Gestion Pinson inc. et qui a été ajouté à son compte d'impôt en main remboursable au titre de dividendes non déterminés.

Ces transactions nécessitent une analyse poussée de la fiscalité applicable et elles ne sauraient être réalisées sans l'intervention d'un notaire ayant des connaissances suffisantes en fiscalité ou qui serait alors accompagné par un professionnel ayant de telles connaissances.

3.1 Le report de pertes du paragraphe 164(6) L.I.R.⁶³

Le paragraphe 164(6) L.I.R. et les articles 1054 et 1055 L.I. permettent au liquidateur d'une succession d'effectuer un choix qui aura pour heureuse conséquence de réduire, et même d'éliminer totalement dans certains cas, le problème de double imposition.

3.1.1 Fonctionnement du choix

Le paragraphe 164(6) L.I.R. permet au liquidateur d'une succession d'effectuer un choix afin de reporter dans les déclarations de revenus de l'année du décès d'un contribuable décédé les pertes subies par la succession durant sa première année d'imposition. Ce choix est disponible à l'égard des pertes en capital réalisées à la disposition d'immobilisations⁶⁴ ainsi qu'à l'égard des pertes finales réalisées à la disposition de biens amortissables⁶⁵. Dans le cadre de l'exercice du choix du paragraphe 164(6) L.I.R.⁶⁶, le liquidateur de la succession peut choisir la partie d'une ou de plusieurs pertes qui sera visée par le choix⁶⁷. Cela implique que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. n'entraîne pas l'obligation de reporter dans les déclarations de revenus du défunt pour l'année de son décès la totalité de la perte réalisée par la succession au cours de sa première année d'imposition. Cependant, le choix est disponible à l'égard de la perte nette qui est réalisée par la succession au cours de sa première année d'imposition. Ainsi, si durant sa première année d'imposition, la succession réalise une perte en capital de 50 000 \$ sur le bien A et un gain en capital de 20 000 \$ sur le bien B, le montant de la perte qui pourrait faire l'objet du choix du paragraphe 164(6) L.I.R. se chiffre à 30 000 \$ soit, 50 000 \$ – 20 000 \$.

63. Art. 1054 et 1055 L.I.

64. Al. 164(6)a) L.I.R. et art. 1054, al. 1, par. a) L.I.

65. Al. 164(6)b) L.I.R. et art. 1055, al. 1, par. b) L.I.

66. Pour exercer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R., le liquidateur de la succession devra entre autres produire des déclarations de revenus modifiées pour l'année d'imposition du décès, afin d'y reporter la perte réalisée par la succession.

67. Al. 164(6)c) L.I.R. et art. 1054 L.I.

Tel que nous l'avons vu dans l'exemple de la section 2.2.2, le rachat des actions détenues par la succession entraîne pour cette dernière la réalisation d'un dividende réputé au montant de 2 999 900 \$⁶⁸ ainsi que la réalisation d'une perte en capital de 2 999 900 \$, conséquence du fait que le coût des actions de Gestion Pinson inc. a été augmenté à la suite de leur disposition réputée réalisée au décès. Si le rachat des actions (que ce soit un rachat pur et simple ou un rachat dans le contexte de la liquidation de la société) est réalisé au cours de la première année d'imposition de la succession, le liquidateur pourra effectuer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. afin de reporter la perte réalisée par la succession dans les déclarations de revenus de M. Pinson pour l'année de son décès⁶⁹. Cela permettra donc d'annuler le gain en capital de 2 999 900 \$ réalisé au décès de M. Pinson et de diminuer la charge fiscale totale d'un montant de 799 950 \$, soit le montant d'impôt engendré par la disposition réputée des actions de catégorie E. L'exercice du choix du paragraphe 164(6) L.I.R. permettrait donc à la succession d'encaisser des liquidités totales d'environ 1 533 000 \$ au lieu du montant de 860 015 \$ initialement calculé⁷⁰.

Le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. a donc pour conséquence d'éliminer, en tout ou en partie, selon le montant de la perte réalisée par la succession, l'impôt payable sur le gain en capital réalisé par le défunt en conséquence du principe de la disposition réputée au décès. La valeur du bien visé sera plutôt imposée au sein de la succession dans le cadre de la réception d'un dividende. Bien que le

68. Sous réserve de toute partie du dividende pouvant provenir du CDC et être ainsi non imposable, comme discuté à la note 61.

69. Comme expliqué à la note 59, lorsque le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. est exercé dans le délai prescrit, la perte réalisée par la succession n'est pas réputée nulle (par. 40(3.61) L.I.R. et art. 283.31 L.I.).

70. Ces chiffres sont toujours sujets à tout impôt en main remboursable au titre de dividende qui pourrait être récupéré par Gestion Pinson inc. ainsi qu'à tout choix de déclaration d'un dividende provenant du CDC qui pourrait être réalisé. Il faut savoir que selon l'ampleur du dividende provenant du CDC, le montant de la perte de la succession pouvant être reportée dans les déclarations de revenus au décès de M. Pinson pourrait être affecté à la baisse en vertu du paragraphe 112(3.2) L.I.R. et de l'article 742 L.I. En effet, ces dispositions peuvent avoir pour effet de réduire, en tout ou en partie, le montant de la perte disponible pour la succession, lorsqu'une partie du dividende réalisé provient du CDC. Normalement, lorsque le montant du dividende provenant du CDC est limité à 50 % du montant de la perte réalisée, il n'y a aucune réduction du montant de la perte pouvant être reportée par la succession. La mécanique d'application de ces dispositions est particulière et requiert encore là la présence d'un notaire ou d'un autre professionnel ayant des connaissances poussées en fiscalité.

taux d'imposition du dividende soit actuellement plus élevé que le taux d'imposition du gain en capital, le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. permet d'éliminer la double imposition qui serait subie par le défunt et la succession à défaut d'exercice du choix.

3.1.2 Les conditions d'application du paragraphe 164(6) L.I.R.

Pour être en mesure de réaliser le choix du paragraphe 164(6) L.I.R., des conditions importantes doivent être respectées. Le texte du paragraphe 164(6) L.I.R. débute comme suit :

Lorsque, au cours de l'administration de la succession assujettie à l'imposition à taux progressifs d'un contribuable, les représentants légaux du contribuable ont, durant la première année d'imposition de la succession :

- a) Soit disposé d'immobilisations de la succession de telle sorte que le total des sommes dont chacune représente une perte en capital à la disposition d'un bien excède le total des sommes dont chacune représente un gain en capital sur la disposition d'un bien; [...]. (Notre soulignement).

Les premiers mots du paragraphe 164(6) L.I.R. nous indiquent ainsi que la disposition ayant engendré ultimement une perte pour la succession doit être réalisée *au cours de l'administration de la succession* et que la disposition doit avoir été réalisée *par les représentants légaux du contribuable*. Ainsi, la disposition des biens ayant engendré une perte qui donne accès au choix du paragraphe 164(6) L.I.R. doit être réalisée par le liquidateur de la succession durant le règlement de la succession. Si les biens disposés à perte ont été préalablement remis aux héritiers et ont été disposés par ces derniers, même si cela est réalisé durant la première année d'imposition de la succession, il ne sera pas possible d'exercer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. En effet, la perte serait réalisée par les héritiers et non par la succession dans le cadre de l'administration de la succession.

Par ailleurs, comme mentionné précédemment, la perte qui est reportable est celle qui est subie *pendant la première année d'imposition de la succession*. Dès que ce délai est passé, il est trop tard et toute perte réalisée par la succession après ce délai ne pourra pas faire l'objet du choix du paragraphe 164(6) L.I.R. On voit donc ici l'importance de rassembler rapidement les informations sur le patrimoine d'un contribuable décédé et de les analyser sans délai

afin de bien aiguiller le liquidateur d'une succession. Dès qu'un défunt détient des actions dans une société, une discussion s'impose avec les héritiers afin d'obtenir plus d'informations sur les actifs détenus par cette société et sur les intentions à l'égard de celle-ci. Cela permettra au notaire de conseiller adéquatement la succession sur les réflexions et les décisions qui devront être prises.

Pour démontrer l'importance de la nature des biens détenus par la société et des intentions à l'égard de celle-ci sur le choix des stratégies à appliquer à la suite d'un décès, voici quelques exemples. Si le contribuable décédé était actionnaire d'une société qui opère une entreprise au moment de son décès, la préoccupation de la double et triple imposition pourrait être éliminée par une vente des actions à un tiers qui serait intéressé à reprendre l'entreprise exploitée par la société. En revanche, si la société est plutôt une société de portefeuille, soit une société qui détient des placements et qui n'opère pas d'entreprise, comme notre exemple de Gestion Pinson inc., la vente des actions à un tiers afin d'en encaisser la valeur est peu probable. Cela est d'autant plus vrai si la société détient des actifs ayant une forte plus-value comme un immeuble locatif. Dans un tel cas, un acheteur sera la plupart du temps intéressé à acheter l'immeuble directement plutôt que d'acheter les actions de la société qui détient l'immeuble, car c'est alors lui qui se retrouverait aux prises avec le problème de double et triple imposition. Si les héritiers ont l'intention de conserver la société et de poursuivre son exploitation, le problème de la double imposition n'est souvent plus une préoccupation. Par ailleurs, si le contribuable décédé n'était pas l'unique actionnaire de la société au moment de son décès, le sort de ses actions pourrait être prévu par une convention entre actionnaires, dont il sera important d'obtenir rapidement copie, celle-ci pouvant d'ailleurs prévoir des délais de rigueur. Nous pouvons donc constater que de mettre un dossier de côté sur la base que les formalités légales et les déclarations de revenus du défunt ne sont pas à produire avant plusieurs mois peut s'avérer une erreur coûteuse pour la succession et les héritiers, cela pouvant les priver de la possibilité de réaliser des choix qui pourraient leur permettre de réduire leur charge fiscale totale.

Le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. ne pouvant être réalisé qu'à l'égard des pertes réalisées lors de la première année d'imposition de la succession, le choix de la date de fin d'année de la succession est donc très important. Une succession assujettie à

l'imposition à taux progressif⁷¹ peut choisir la date de sa fin d'année d'imposition⁷². Ainsi, même si la date du 31 décembre peut sembler plus pratique dans certaines situations⁷³, si le défunt est décédé en octobre, à titre d'exemple, choisir le 31 décembre comme date de fin d'exercice donnerait une fenêtre très courte pour la première année d'imposition de la succession. Le soin apporté au choix de la date de fin d'année d'imposition de la succession est donc important, d'autant plus que l'ARC a confirmé qu'elle n'accorderait pas de changement rétroactif de date de fin d'année d'une succession pour lui permettre d'avoir accès au report de perte du paragraphe 164(6) L.I.R.⁷⁴.

Malgré les commentaires qui précèdent, il ne faut pas penser que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. est approprié uniquement pour les contribuables qui détiennent des actions de sociétés privées au moment de leur décès. Une chute boursière importante entraînant une perte de valeur des placements détenus personnellement par le défunt pourrait rendre pertinent le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. si la succession vend les placements à perte au cours de sa première année d'imposition. Par ailleurs, le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. peut également s'avérer judicieux dans un contexte immobilier. Lorsqu'un immeuble détenu par le défunt est

71. Une succession assujettie à l'imposition à taux progressif (ci-après « SAITP »), est une succession qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès et relativement à laquelle les faits ci-après s'avèrent :

- a) le moment donné suit le décès d'au plus 36 mois;
- b) la succession est une fiducie testamentaire à ce moment;
- c) le numéro d'assurance sociale du particulier (ou, dans le cas d'un particulier auquel un numéro d'assurance sociale n'a pas été attribué avant son décès, tout autre renseignement que le ministre accepte) figure dans la déclaration de revenus de la succession produite en vertu de la partie I pour son année d'imposition qui comprend ce moment et pour chacune de ses années d'imposition se terminant après 2015;
- d) la succession se désigne à titre de succession assujettie à l'imposition à taux progressifs du particulier dans la déclaration de revenus qu'elle produit en vertu de la partie I pour sa première année d'imposition se terminant après 2015;
- e) aucune autre succession ne se désigne à titre de succession assujettie à l'imposition à taux progressifs du particulier dans une déclaration de revenus produite en vertu de la partie I pour une année d'imposition se terminant après 2015.

Par. 248(1) « succession assujettie à l'imposition à taux progressif » L.I.R. et art. 1 « succession » et 646.0.1 L.I.

72. Al. 249(1)b) L.I.R. et art. 1 « année d'imposition » L.I.

73. Comme pour le défunt qui détenait plusieurs placements à la Bourse.

74. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2000-0023575, « Estate – loss carryback », 23 mai 2000.

vendu par la succession et qu'une perte en capital est réalisée par la succession à cause des frais occasionnés par la vente⁷⁵, incluant les frais d'un courtier immobilier, l'ARC a indiqué que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. pouvait être utilisé pour reporter la perte réalisée par la succession dans la déclaration de revenus finale du défunt⁷⁶.

Finalement, le paragraphe 164(6) L.I.R. établit que la disposition engendrant une perte pour la succession doit être réalisée par une *succession assujettie à l'imposition à taux progressifs*⁷⁷ d'un contribuable. Il faut donc s'assurer que la succession sera bien une SAITP au moment de la réalisation de la perte. L'analyse de la définition d'une SAITP nous permet de constater que celle-ci doit se qualifier de *fiducie testamentaire*. Une fiducie testamentaire est définie comme étant une fiducie qui a commencé à exister au décès d'un particulier et par suite de ce décès⁷⁸. Si le statut de fiducie testamentaire d'une succession s'obtient pour ainsi dire automatiquement par le décès d'un contribuable, ce statut peut toutefois être perdu par la réalisation de certains événements. Le notaire, qui s'est vu confier un mandat dans le cadre du règlement d'une succession, peut être un atout pour guider les parties et même s'assurer qu'aucun geste défavorable ne fera perdre le statut de fiducie testamentaire d'une succession.

Voici donc quelques gestes qui, d'apparence anodine, pourraient ultimement avoir des conséquences désastreuses⁷⁹ sur la succession.

75. Et donc pas nécessairement parce que l'immeuble a subi une perte de valeur depuis le décès.

76. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2002-0148955, « Personal use property estate », 10 septembre 2002 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2008-0280751E5, « Deceased taxpayer's residence sold by his estate », 29 janvier 2009. Le choix sera possible même si l'exemption pour résidence principale a été utilisée pour annuler le gain en capital réalisé par le défunt en conséquence de la disposition réputée de la résidence principale. Pour que le choix puisse être exercé à l'encontre d'une résidence, il est toutefois important que ni les héritiers ni une personne liée à ces derniers n'aient utilisé la résidence après le décès pour leur agrément personnel sinon, la perte réalisée par la succession sera réputée nulle à titre de perte résultant de la disposition d'un bien à usage personnel (s.-al. 40(2)g)(ii) L.I.R.).

77. Voir la définition présentée à la note 71.

78. Par. 108(1) « fiducie testamentaire » L.I.R. et art. 677 L.I.

79. Rappelons à cet égard qu'une SAITP, tel que son nom l'indique, bénéficie des taux d'imposition progressifs des particuliers (par. 122(1) L.I.R. et art. 768 L.I.).
(à suivre...)

- i) Aucun bien ne doit être remis à la succession autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès⁸⁰. Dans la décision *Greenbert Estate*⁸¹, le mot *contributed*, qui, dans la version française fait référence aux mots *ont été remis*, a été interprété comme faisant référence à un paiement fait volontairement dans le but d'accroître le capital de la succession. Ainsi, tout ajout au capital de la succession, autrement que par un particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès, sans contrepartie ou pour une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande du bien est à proscrire⁸².
- ii) La succession ne doit pas contracter une dette ou une autre obligation dont est créancier ou garant un bénéficiaire ou une autre personne ou société de personne avec lequel un bénéficiaire de la succession a un lien de dépendance⁸³. Cette règle a été historiquement introduite à la définition de fiducie testamentaire « dans le but de contrer certaines planifications qui consistaient à utiliser la fiducie testamentaire à titre de véhicule permettant de faire du fractionnement de revenus par le biais de dettes ou d'obligations contractées par la fiducie »⁸⁴.

Il y a toutefois des exceptions à l'égard des dettes ou obligations suivantes :

1. La dette (ou l'obligation) qui est contractée par la succession en règlement du droit du bénéficiaire au revenu ou au capital de la succession⁸⁵. À titre d'exemple, si la succession émet un billet payable à demande à un héritier à titre de paiement du revenu annuel de la succession qui lui revient, cela n'aura pas pour

(...suite)

La perte du statut de SAITP viendrait donc assujettir définitivement la succession au taux d'imposition marginal maximum des particuliers, lequel est actuellement de 53,305 %, en plus de lui faire perdre la possibilité d'exercer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R.

80. Al. 108(1)b) « fiducie testamentaire » L.I.R. et art. 677, al. 1, par. b) L.I.

81. *Greenberg Estate c. La Reine*, [1997] 3 C.T.C. 2859 (C.C.I.).

82. Voir également AGENCE DU REVENU DU CANADA, Bulletin d'interprétation IT-374 (Annulé), « Signification des termes "auteur ou disposant" », 16 mai 1977, par. 5.

83. Al. 108(1)d) « fiducie testamentaire » L.I.R. et art. 677, al. 1, par. d) L.I.

84. Daniel GOSSELIN et Émilie ST-ONGE, « Fiducie testamentaire : attention à la contamination », dans *Congrès 2011*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011.

85. S.-al. 108(1)d)(i) L.I.R. et art. 677, al. 1, par. d)i) L.I.

effet de faire perdre le statut de fiducie testamentaire à la succession.

2. La dette ou l'obligation qui découle d'un service qui a été rendu à la succession par un bénéficiaire ou par une personne ou une société de personne avec qui le bénéficiaire a un lien de dépendance⁸⁶. Cela pourrait être par exemple une dette découlant des services que le liquidateur de la succession, qui est également l'un des héritiers, rend à la succession.
3. La dette ou l'obligation qui respecte les trois conditions suivantes⁸⁷ :
 - La dette ou l'obligation qui découle d'un paiement effectué par un bénéficiaire ou par une personne ou une société de personne avec qui le bénéficiaire a un lien de dépendance, pour le compte de la succession;
 - En échange du paiement et en règlement complet de la dette ou de l'obligation, la succession transfère à la personne ayant effectué le paiement pour le compte de la succession, dans les 12 mois suivant le paiement (ou dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances si la succession en fait la demande écrite), un bien dont la juste valeur marchande est égale ou supérieure au principal de la dette ou de l'obligation;
 - Il est raisonnable de conclure que la personne ayant effectué le paiement pour le compte de la succession aurait été prête à faire le paiement si elle n'avait pas eu de lien de dépendance avec la succession. Cette dernière condition n'a toutefois pas à être remplie dans le cas d'une succession lorsque le paiement a été fait dans les 12 mois suivant le décès (ou dans un délai plus long que le ministre estime raisonnable dans les circonstances si la succession en fait la demande écrite).

La troisième exception permet ainsi à un héritier ou à une personne qui a un lien de dépendance avec un héritier de faciliter le règlement de la succession en avançant temporairement des sommes pour effectuer des paiements requis comme le paiement des frais funéraires par exemple.

86. S-al. 108(1)d)(ii) L.I.R. et art. 677, al. 2, par. d)ii. L.I.

87. S-al. 108(1)d)(iii) L.I.R. et art. 677, al. 2, par. d)iii. L.I.

Bien que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. soit facile à réaliser et qu'il puisse permettre une réduction substantielle de la charge fiscale d'un défunt et de sa succession, il appert de ce qui précède que ce choix peut facilement devenir inaccessible. En effet, le délai prescrit pour pouvoir l'exercer est court et les conditions à respecter pour que le choix soit admissible à la succession peuvent facilement être compromises par une mauvaise connaissance des règles en cause. Le notaire qui accompagne des clients dans le cadre du règlement d'une succession a certainement avantage à maîtriser ces quelques règles afin de bien remplir son devoir de conseil.

3.2 Le pipeline post mortem

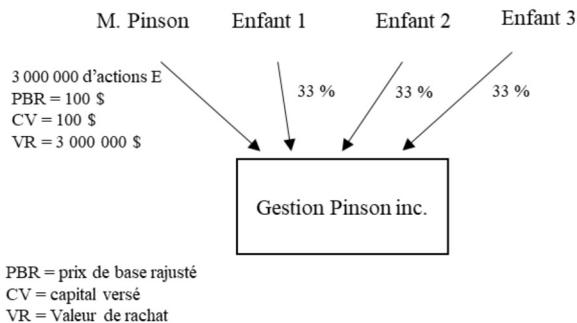
Dans certains cas, le pipeline *post mortem* pourrait s'avérer intéressant pour permettre aux héritiers d'éliminer le problème de la double imposition et d'encaisser leur valeur respective dans la société du défunt sans imposition supplémentaire à l'impôt qui a été payé par le défunt en conséquence de son décès. En effet, alors que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. permet d'éliminer la double imposition en annulant, en tout ou en partie, l'impôt payable par le défunt dans les déclarations de revenus de l'année de son décès, en conséquence de la disposition réputée de certains actifs, le pipeline *post mortem*, quant à lui, permet à la succession d'encaisser la valeur des actifs qui ont fait l'objet de la disposition réputée sans engendrer d'impôt supplémentaire pour la succession. Ainsi, avec le choix du paragraphe 164(6) L.I.R., il y a imposition par la succession sur un dividende réputé alors qu'avec le pipeline *post mortem*, il y a imposition par le défunt sur un gain en capital. Étant donné qu'en date des présentes, le gain en capital est imposable à un taux moindre que le dividende, le pipeline *post mortem*, en plus d'éliminer la double imposition, peut avoir pour avantage de réduire encore plus la facture fiscale totale d'une succession.

Le pipeline *post mortem* peut également être une solution aux situations où le délai pour exercer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. est expiré. Cette transaction est toutefois d'une envergure beaucoup plus importante que le choix du paragraphe 164(6) L.I.R., tant en ce qui a trait au temps de réalisation, des honoraires impliqués que des risques fiscaux à considérer. Bien que d'apparence simple à réaliser de prime abord, la transaction pipeline est soumise à des risques fiscaux qu'il ne faut pas négliger, compte tenu entre autres des positions actuelles de l'ARC à son égard.

3.2.1 Les étapes de la transaction pipeline

Voici donc les étapes usuelles d'une transaction pipeline réalisée à la suite d'un décès⁸⁸. Celles-ci vous sont présentées dans le respect de la position actuelle de l'ARC à son égard. Le respect de ses étapes permet ainsi la réalisation de la transaction pipeline avec un certain confort quant à la non-application par l'ARC de règles fiscales pénalisantes. Nous discutons de ces règles à la section 3.2.3. Pour bien visualiser la transaction, nous utilisons de nouveau l'exemple de M. Pinson.

Situation avant le décès de M. Pinson

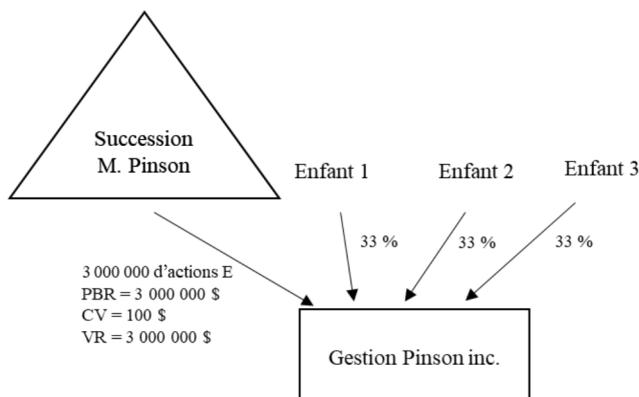


1^{re} étape : Disposition réputée des actions détenues par le défunt

Comme discuté précédemment, le décès de M. Pinson entraîne la disposition réputée des trois millions d'actions de catégorie E de Gestion Pinson inc. détenues par ce dernier pour un produit de disposition égal à la juste valeur marchande des actions immédiatement avant son décès. Compte tenu du prix de base rajusté des actions détenues par M. Pinson, un gain en capital est donc réalisé par ce dernier en conséquence de son décès et le prix de base rajusté des actions est augmenté faisant en sorte que la succession détient des actions ayant un prix de base rajusté égal à leur valeur de rachat.

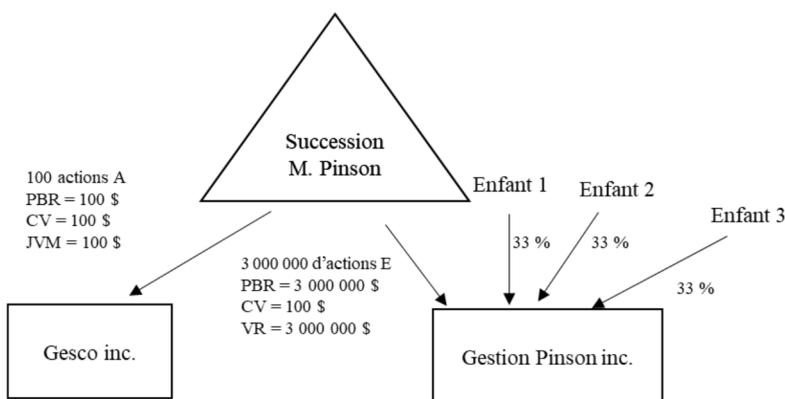
88. Il pourrait également être approprié de mettre en place ce type de transaction à la suite de la réalisation d'une disposition réputée des actifs d'une fiducie. L'ARC a d'ailleurs confirmé qu'une telle transaction pourrait être réalisée sans incidence fiscale négative, sous réserve bien entendu de respecter les différentes étapes et délais exigés par l'ARC. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Décision anticipée 2018-0765411R3, « Subsection 104(4) and Pipeline Transaction », 13 février 2019.

Situation après le décès de M. Pinson



2^e étape : Création d'une nouvelle société

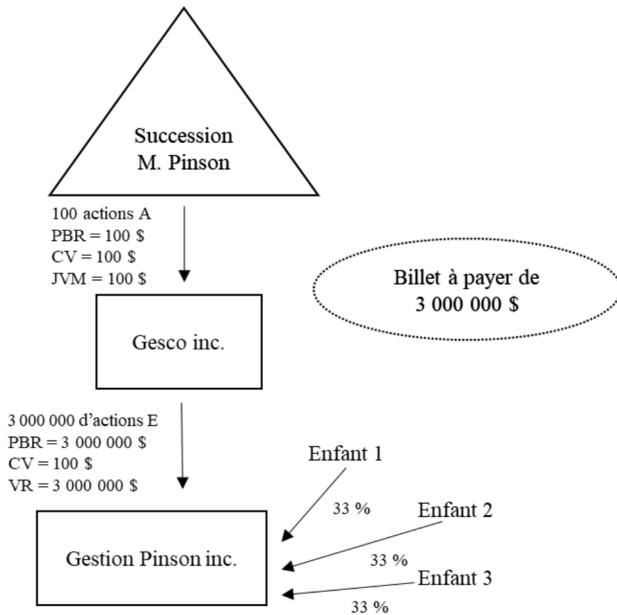
La succession (ou les héritiers si le règlement de la succession est terminé et que les actions ont été distribuées aux héritiers) crée une nouvelle société, ci-après désignée « Gesco inc. ».



3^e étape : Vente des actions de Gestion Pinson inc.

La succession vend les actions de Gestion Pinson inc. à Gesco inc. pour un prix de vente égal à leur juste valeur marchande, soit leur valeur de rachat de 3 000 000 \$ dans le présent cas. La contrepartie de la vente est payée par l'émission d'un billet payable à demande. Gesco inc. est ainsi redevable d'une somme de 3 000 000 \$ envers la succession de M. Pinson et aucun gain en

capital n'est réalisé par la succession, le coût des actions étant égal à leur produit de disposition. Face à une situation où la succession détient des actions participantes et que celles-ci ont connues une augmentation de valeur depuis le décès, la transaction peut tout de même être réalisée sans incidence fiscale en effectuant un choix de roulement de l'article 85 L.I.⁸⁹ dans le cadre de la vente. La contrepartie serait alors l'émission d'actions de Gesco inc. en faveur de la succession, lesquelles actions auront un capital versé égal à la valeur des actions à la date du décès. La contrepartie pourrait également être composée d'un mixte de billet payable à demande égal à la valeur des actions à la date du décès et d'émission d'actions de Gesco inc. représentant l'augmentation de valeur depuis le décès.



4^e étape : Continuité de l'exploitation de l'entreprise

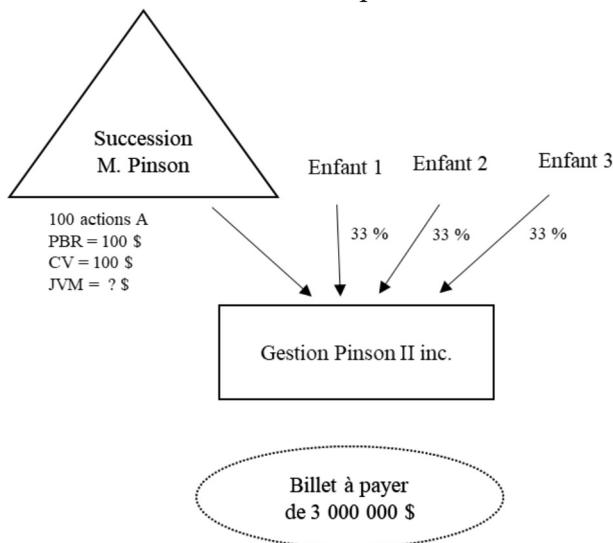
Gestion Pinson inc. doit par la suite continuer d'exploiter son entreprise (la gestion de ses placements et de ses immeubles locatifs) comme elle le faisait auparavant, et ce, pour une période d'au moins un an après la vente de ses actions par la succession à Gesco inc. Ce délai d'un an ne se retrouve pas spécifiquement dans une disposition législative. C'est le délai minimum qui semble

89. Art. 522, al. 1a) L.I.

actuellement établi par l'ARC⁹⁰ pour considérer qu'une des conditions d'application du paragraphe 84(2) L.I.R.⁹¹ n'est pas remplie. Nous discutons brièvement des risques fiscaux de la transaction pipeline à la section 3.2.3.

5^e étape : Regroupement des deux sociétés

Après l'année d'exploitation requise de la 4^e étape, Gestion Pinson inc. et Gesco inc. sont regroupées en une seule société (ci-après désignée « Gestion Pinson II inc. »). Ce regroupement est réalisé soit par la fusion des deux sociétés, soit par la liquidation de Gestion Pinson inc. dans Gesco inc., à la suite d'une réorganisation corporative préalable ayant permis que Gestion Pinson inc. devienne la filiale à 100 % de Gesco inc. Ces deux transactions peuvent être réalisées sans incidences fiscales en vertu des articles 87 et 88 L.I.R.⁹². À la suite de ce regroupement, les actifs de Gestion Pinson inc. et la dette due en faveur de la succession (le billet payable à demande) se retrouvent au sein de la même société, Gestion Pinson II inc. Les trois millions d'actions de catégorie E que détenait Gesco inc. dans le capital-actions de Gestion Pinson inc. sont quant à elles annulées dans le cadre de la fusion ou de la liquidation réalisée.



90. Voir à cet égard AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2009-0326961C6F, « Distribution of corporate property = Distribution des biens de la société », 9 octobre 2009 et AGENCE DU REVENU DU CANADA, interprétation technique 2015-0617601E5, « Pipeline followed by butterfly », 22 janvier 2016.

91. Art. 505 L.I.

92. Art. 544 et s. et 556 et s. L.I.

6^e étape : Distribution progressive des actifs de la société issue du regroupement

Finalement, Gestion Pinson II inc. liquide progressivement ses actifs et distribue les liquidités, également progressivement, à la succession, en remboursement de son billet payable à demande de 3 000 000 \$⁹³. La succession encaisse donc graduellement la valeur de 3 000 000 \$ sans aucune incidence fiscale supplémentaire. Il est à noter que Gestion Pinson II inc. pourrait de son côté avoir de l'impôt à payer en conséquence de la vente de ses actifs, vente qui sera requise pour avoir les liquidités nécessaires au remboursement du billet payable à demande.

Ainsi, l'impôt payé aux termes de la transaction pipeline se limitera donc au gain en capital résultant de la disposition réputée au décès et au gain en capital résultant de la disposition des placements détenus par Gestion Pinson II inc. En supposant que la valeur marchande des placements de Gestion Pinson II inc. n'a pas fluctué entre la date du décès et la date de leur disposition, ce qui est en soi peu probable, l'impôt total payé se chiffrerait donc à 1 006 500 \$ laissant ainsi 1 993 500 \$ de liquidités à la succession sur la valeur totale de 3 000 000 \$ comparativement à 1 533 000 \$ si le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. est plutôt exercé et comparativement à 860 015 \$ si la société est liquidée sans planification ni choix. L'avantage financier de la transaction pipeline s'exprime par lui-même en comparant les liquidités supplémentaires qu'elle peut générer pour la succession et les héritiers. Toutefois, comme le démontrent les étapes présentées ci-dessus, sa mise en place et sa réalisation complète impliquent du temps.

Malgré les délais impliqués par la transaction pipeline, notons que cela ne veut pas dire que la succession doit absolument être conservée pendant tout le temps requis pour la réalisation des différentes étapes de la transaction. En effet, cette transaction peut être réalisée tant avec la succession qu'avec les héritiers. Ainsi, selon la situation en cause, la succession pourrait être liquidée avant ou pendant la réalisation de la transaction pipeline, les héritiers devenant alors les propriétaires du billet payable à demande ou des actions de la société.

93. Ou dans le cadre du rachat des actions émises ou encore dans le cadre de la réduction du capital versé des actions émises si le choix du paragraphe 85(1) L.I.R. a été effectué à la 3^e étape.

3.2.2 La majoration du coût des actifs

Dans certaines situations, lors du regroupement des deux sociétés, que ce soit par liquidation ou par fusion (5^e étape présentée ci-dessus de la transaction pipeline), il sera possible de procéder à une majoration du coût de certains actifs détenus par la société cible (Gestion Pinson inc. dans notre exemple)⁹⁴, permettant ainsi de réduire l'impôt payable au moment de leur disposition par la société. La présentation détaillée de ces règles fiscales très techniques déborderait de l'objectif des présentes. Elles nous donnent toutefois l'occasion de souligner à nouveau l'importance de travailler ce type de transaction avec un notaire ayant des connaissances suffisantes en fiscalité ou accompagné d'un professionnel ayant de telles connaissances.

3.2.3 Les risques fiscaux de la transaction pipeline

La présente section survole les risques fiscaux à considérer dans la réalisation de la transaction pipeline, une analyse détaillée allant au-delà des objectifs des présentes⁹⁵. Compte tenu de leur importance sur les étapes et les choix à effectuer dans le cadre de l'analyse d'une planification *post mortem*, il convient ici de souligner les positions des autorités fiscales de même que les décisions des tribunaux à l'égard de l'application de trois dispositions des lois fiscales : le paragraphe 84(2) L.I.R.⁹⁶, l'article 84.1⁹⁷ et la règle générale anti-évitement⁹⁸.

3.2.3.1 Le paragraphe 84(2) L.I.R.

La séquence des étapes de la transaction pipeline et les délais à respecter entre ces différentes étapes sont les conditions requises,

94. Par. 87(11) L.I.R. et al. 88(1)c) et d) L.I.R. et art. 550.9, 558 par. a)(iii), 559, 560 et 560.1.2.0.1 L.I.

95. Pour une analyse plus approfondie sur les règles fiscales applicables et un examen détaillé des positions administratives et jurisprudentielles actuelles sur la transaction pipeline, voir Éric HAMELIN, « Le pipeline *post mortem* : revue et analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada », (2021) 41(1) *Revue de planification fiscale et financière* 55-106 et Éric BÉLANGER, « La technique du pipeline en planification *post mortem* : la position de l'Agence du revenu du Canada est-elle erronée ? », (2014) 34(3) *Revue de planification fiscale et financière* 531-562.

96. Art. 507 L.I.

97. Art. 517.1 à 517.3.1 L.I.

98. Par. 245(2) L.I.R. et art. 1079.10 L.I.

selon la position actuelle de l'ARC, pour que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne soit pas applicable à la transaction. Cette disposition prévoit que lorsque des fonds ou des biens d'une société qui réside au Canada ont été distribués ou autrement attribués, de quelque façon que ce soit, aux actionnaires ou au profit des actionnaires de toute catégorie d'actions de son capital-actions, lors de la liquidation, de la cessation de l'exploitation ou de la réorganisation de son entreprise, la société est alors réputée avoir versé, au moment donné, un dividende sur les actions de cette catégorie. Cela veut dire que si l'on juge le paragraphe 84(2) L.I.R. applicable à une transaction pipeline, lorsqu'il y aura remboursement du billet ou rachat des actions ou réduction du capital versé des actions par la société aux actionnaires (6^e étape), les fonds qui seront payés par la société aux actionnaires ne seront pas considérés comme étant un remboursement de capital non imposable. Le ou les actionnaires seront plutôt réputés recevoir un dividende imposable anéantissant ainsi l'objectif d'éliminer la double imposition.

L'analyse des nombreuses interprétations techniques et décisions anticipées émises par l'ARC sur la transaction pipeline⁹⁹ permet de constater que l'ARC considère que le paragraphe 84(2) L.I.R. ne sera pas applicable à une transaction pipeline à la condition qu'il y ait respect des éléments suivants : la continuation de l'exploitation de son entreprise habituelle par la société (4^e étape) avant qu'il y ait regroupement des deux sociétés, la réalisation d'une liquidation progressive des actifs détenus par la société, la continuation par la société de l'exploitation de son entreprise habituelle avec le reste des actifs pendant le processus de liquidation et le fait que le remboursement du billet dû à la succession s'effectue également de façon progressive. C'est donc l'ensemble des transactions réalisées et le délai de réalisation entre elles qui permettraient de déterminer si la distribution de fonds aux actionnaires survient dans le cadre d'une liquidation, d'une cessation de l'exploitation ou d'une réorganisation de l'entreprise et donc si le paragraphe 84(2) L.I.R. est applicable ou non.

La difficulté actuelle pour les praticiens à l'égard des éléments considérés comme essentiels par l'ARC est qu'il y a plusieurs incertitudes à l'égard des différents « délais » que semble exiger l'ARC pour

99. Voir E. HAMELIN, « Le pipeline *post mortem* : revue et analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada », (2021) 41(1) *Revue de planification fiscale et financière* 55-106. Il est à noter que de nouvelles interprétations techniques et décisions anticipées sont régulièrement émises par l'ARC sur la transaction pipeline.

que la transaction n'entraîne pas, à son avis, l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. Aucun des délais considérés comme essentiels par l'ARC n'est appuyé par une disposition législative ou n'est tiré d'une jurisprudence. Ce sont des positions administratives de l'ARC et il est difficile, à la lecture des différentes décisions anticipées, de déterminer clairement les délais jugés acceptables de ceux qui ne le seraient pas. Si l'ARC s'est exprimée clairement à l'égard du délai minimum d'un an qui doit s'écouler entre la 3^e et la 4^e étape, la position de l'ARC à l'égard des autres délais reste difficile à déterminer et à justifier. On parle ici du délai pour réaliser la liquidation progressive des placements par la société et le remboursement progressif du billet payable à demande. Malgré les nombreuses décisions anticipées sur la transaction pipeline, l'ARC n'a pas indiqué clairement ce qu'elle entend par « progressif ». Comme plusieurs faits importants des décisions anticipées ne sont pas révélés aux fins de confidentialité, il est difficile d'analyser clairement la position de l'ARC, d'autant plus qu'elle n'est pas appuyée par un texte de loi. Aux termes des décisions anticipées disponibles, il est néanmoins possible de constater qu'elle requiert dans certains cas des versements trimestriels sur une période minimale de 12 mois. D'autres positions administratives de l'ARC font part de versements de 15 % ou de 25 % par trimestre ou encore de délais de 8 trimestres et de 26 mois¹⁰⁰. Étant donné que les valeurs en cause ne sont pas toujours divulguées, il est difficile d'évaluer clairement les délais que les transactions proposées représentent et ainsi les délais que l'ARC juge acceptables.

L'examen de la jurisprudence¹⁰¹ appuie également le délai d'un an entre la 3^e et la 4^e étape de la transaction pipeline sur la base que cela donne un certain confort à l'égard de la non-application du paragraphe 84(2) L.I.R. lorsque la série des opérations va ultimement comprendre la liquidation, la cessation de l'exploitation ou la réorganisation de l'entreprise de la société. Ce délai permettrait à la succession de perdre son statut d'actionnaire de la société cible (Gestion Pinson inc. dans notre exemple) et il permettrait d'éviter que le paiement du billet, le rachat des actions ou la réduction du capital versé des actions soient considérés comme étant réalisés dans le cadre d'une liquidation, cession ou réorganisation de

100. Voir E. HAMELIN, « Le pipeline *post mortem* : revue et analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada », (2021) 41(1) *Revue de planification fiscale et financière* 55-106, p. 72.

101. Citons entre autres *Descarries c. La Reine*, 2014 CCI 75; *Canada c. MacDonald*, 2013 CAF 110 (ci-après « *MacDonald* ») et *M.R.N. c. Merritt*, [1942] R.C.S. 269.

l'entreprise. Néanmoins, un remboursement massif des fonds après le délai d'un an, aurait pour effet, selon la position de l'ARC, que la vente des actions de la société cible par la succession soit considérée comme étant le début du processus de liquidation, cessation ou réorganisation de l'entreprise, entraînant ainsi l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. Les tribunaux de première instance sont actuellement liés par le jugement de la Cour d'appel fédérale dans la décision *MacDonald* qui a conclu à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. dans le cadre d'une séquence de transactions que l'on pourrait qualifier de pipeline entre vifs. L'ensemble des transactions ayant été réalisées très rapidement, en l'espace de quelques jours, le paragraphe 84(2) L.I.R. a été jugé applicable.

La position de l'ARC quant à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. ne fait toutefois pas l'unanimité, tant en doctrine¹⁰² que dans la jurisprudence¹⁰³. Néanmoins, compte tenu des positions administratives actuelles de l'ARC, les praticiens ont tendance à se coller à celles-ci pour éviter des conséquences négatives à leurs clients. Le débat n'est toutefois pas réglé et un suivi de l'évolution des positions administratives et de la jurisprudence à l'égard de l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. à la transaction pipeline est essentiel pour le praticien impliqué dans ce type de planification.

102. Voir E. BÉLANGER, « La technique du pipeline en planification *post mortem* : la position de l'Agence du revenu du Canada est-elle erronée ? », (2014) 34(3) *Revue de planification fiscale et financière* 531-562, qui soulève entre autres, à juste titre, qu'aux termes du libellé du paragraphe 84(2) L.I.R., il doit y avoir eu exploitation d'une « entreprise » pour que cette disposition puisse à la base être applicable. Après avoir examiné la définition du terme « entreprise » du paragraphe 248(1) L.I.R. ainsi que certaines jurisprudences pertinentes sur la notion d'entreprise, M. Bélanger soulève le point que dans un contexte où il était établi qu'une société de gestion n'exploite pas d'entreprise, le paragraphe 84(2) L.I.R. ne serait alors tout simplement pas applicable à cette société si elle était partie à une transaction pipeline. Comment l'ARC peut-elle alors justifier sa position d'appliquer le paragraphe 84(2) L.I.R. si une transaction pipeline est réalisée avec ce type de société ?

103. *Succession Georges Robillard c. La Reine*, 2022 CCI 13. Cette décision traite d'un pipeline *post mortem* dont les différentes étapes, de la création de la nouvelle société au remboursement du billet émis, ont été réalisées en l'espace de trois mois. Étant lié par la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *MacDonald*, le juge Hogan conclut à l'application du paragraphe 84(2) L.I.R. à la transaction réalisée, mais il présente tout de même une analyse où il remet en question l'application même du paragraphe 84(2) L.I.R. à ce type de transaction.

3.2.3.2 L'article 84.1 L.I.R.

Dans le cadre de la planification d'une transaction pipeline, l'analyse des caractéristiques fiscales des actions détenues par le défunt devra être minutieusement réalisée afin de déterminer si la déduction pour gain en capital sur actions admissibles de petite entreprise a déjà été réclamée à l'égard des actions visées par le défunt ou par une personne ayant un lien de dépendance avec la succession. Si c'est le cas, les modalités de la transaction devront être ajustées afin d'éviter l'application pénalisante de l'article 84.1 L.I.R. En d'autres mots, bien que l'article 84.1 L.I.R. puisse être applicable à la transaction pipeline à cause d'une déduction pour gains en capital précédemment réclamée, il est possible d'éviter son application en ajustant les modalités de la vente d'actions (3^e étape).

3.2.3.3 Règle générale anti-évitement

L'application de la règle générale anti-évitement semble avoir été écartée de la transaction pipeline¹⁰⁴, la Cour canadienne de l'impôt ayant « confirmé que l'imposition sous la forme d'un gain en capital plutôt que d'un dividende “ne constitue pas en soi un évitement fiscal abusif” dans les décisions *Gwartz c. La Reine* et *MacDonald CCI* »¹⁰⁵. Bien que ce point semble définitivement réglé, un suivi des positions à cet égard sera toujours plus prudent.

3.3 La transaction hybride

Les deux transactions qui sont présentées aux sections 3.1 et 3.2, soit le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. et la transaction pipeline, ne sont pas hermétiques. Les différents soldes fiscaux de la société cible (dont entre autres l'impôt en main remboursable au titre de dividende déterminé, l'impôt en main remboursable au titre de dividende non déterminé, le CRTG et le CDC), l'identité des héritiers des actions du défunt, l'encaissement d'un produit d'assurance-vie par la société à la suite du décès de son actionnaire,

104. É. HAMELIN, « Le pipeline *post mortem* : revue et analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada », (2021) 41(1) *Revue de planification fiscale et financière* 65 à 69.

105. É. HAMELIN, « Le pipeline *post mortem* : revue et analyse de la position de l'Agence du revenu du Canada », (2021) 41(1) *Revue de planification fiscale et financière* 68. Voir à cet effet *Gwartz c. La Reine*, 2013 CCI 86, *MacDonald c. La Reine*, 2012 CCI 123 et *Descarries c. La Reine*, 2014 CCI 75.

la présence ou non d'autres actionnaires au sein de la société, les modalités d'une convention entre actionnaires le cas échéant, la nature des biens détenus par la société et les intentions à l'égard de la société sont autant de facteurs qui influenceront le type de transaction qui sera retenu pour un cas donné. Un amalgame de différentes techniques sera parfois requis pour maximiser la fiscalité des différentes parties impliquées.

4. L'importance de la rédaction du testament

Les sections qui précèdent ont permis de constater l'importance d'intervenir rapidement dans les dossiers de succession afin d'avoir tout le temps requis pour l'analyse et la mise en place des différentes stratégies qui permettront de réduire la charge fiscale du défunt et de sa succession et ainsi d'éviter autant que possible que les héritiers subissent une double et une triple imposition. Toutefois, la capacité d'agir du liquidateur et l'ampleur des stratégies pouvant être mises en place vont dépendre des pouvoirs prévus à cet effet dans le testament du défunt. Voici donc un autre pôle où le notaire, rédacteur de testament, peut faire une différence pour la réalisation d'une planification *post mortem* réussie.

4.1 Les pouvoirs du liquidateur

Avant de présenter les pouvoirs qu'il pourrait être approprié de retrouver dans un testament, selon les actifs et les volontés du testateur, nous examinons d'abord les sources et l'ampleur des pouvoirs du liquidateur d'une succession dans le droit civil québécois.

4.1.1 Simple administration

L'article 802 C.c.Q. prévoit que « le liquidateur agit à l'égard des biens de la succession à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la simple administration ». Les pouvoirs d'un liquidateur dans un régime de simple administration visent la conservation du bien, la perception de ses fruits et revenus et l'exercice des droits qui y sont attachés¹⁰⁶. Dans un régime de simple administration, le liquidateur peut aliéner un bien sans l'autorisation du bénéficiaire ni du tribunal uniquement si le bien peut se déprécier rapidement ou dépérir¹⁰⁷. Il est donc évident qu'un tel régime ne peut permettre

106. Art. 1302 C.c.Q.

107. Art. 1305, al. 2 C.c.Q.

la mise en place par un liquidateur d'une stratégie de planification *post mortem* impliquant un rachat d'actions, une vente d'actions ou encore une liquidation de société. De plus, le manque de pouvoirs à cet égard ne peut non plus être pallié par le tribunal ou les héritiers qui n'ont pas le pouvoir de confier des pouvoirs de pleine administration au liquidateur d'une succession¹⁰⁸. Le testateur a toutefois la possibilité de donner à son liquidateur des pouvoirs de pleine administration permettant ainsi à ce dernier de voir à la mise en place d'une stratégie *post mortem* appropriée¹⁰⁹.

4.1.2 Pleine administration

Si le pouvoir de pleine administration peut donner au liquidateur la latitude requise pour mettre en place une stratégie de planification *post mortem*, il faut toutefois garder en tête que ce pouvoir « ne revêt pas le caractère d'une *carte blanche* pour le liquidateur »¹¹⁰. Un liquidateur de succession, qu'il soit assujéti au régime de simple ou de pleine administration, doit agir avec prudence et diligence, avec honnêteté et loyauté, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie¹¹¹. Le liquidateur ne doit pas se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et ses obligations d'administrateur et, s'il est lui-même un bénéficiaire de la succession, il doit tout de même exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun de tous les bénéficiaires¹¹².

Étant donné que « le liquidateur détient ses pouvoirs du testament lui-même et du Code civil du Québec »¹¹³, l'étendue et la précision des pouvoirs accordés au liquidateur dans le testament sont importantes afin de lui donner la latitude requise à la réalisation d'une planification *post mortem* fiscalement efficace. Toutefois, les pouvoirs du liquidateur faisant l'objet d'interprétations restrictives par les tribunaux¹¹⁴, l'énumération détaillée des pouvoirs du liquidateur devrait selon nous être accompagnée d'une expression écrite

108. G.B. (*Succession de*), 2010 QCCS 4251.

109. Art. 778, 1306 et 1307 C.c.Q.

110. Marc-Antoine DESCHAMPS, « Le liquidateur successoral : droits et obligations en matière corporative », *La liquidation des successions*, dans Collection Blais, vol. 1, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 8, *La référence*, EYB2009CBL2.

111. Art. 1309 C.c.Q.

112. Art. 1310 C.c.Q.

113. H. (J.) c. K. (Je.), 2009 QCCS 5580.

114. Lubin-Rosenfeld (*Succession de*) c. Québec (*Sous-ministre du Revenu*), [1992] R.D.F.Q. 176 (C.Q.).

des intentions du testateur. Ces explications aideront non seulement à interpréter l'étendue des pouvoirs accordés au liquidateur, mais pourront également aider ce dernier à justifier la nature de ses décisions face aux héritiers.

Rappelons néanmoins que peu importe l'étendue des pouvoirs accordés au liquidateur dans le testament, ce dernier doit continuer d'agir dans l'intérêt de tous les bénéficiaires et les actes posés ne peuvent avoir pour résultat d'enlever des droits actuels ou futurs à un bénéficiaire¹¹⁵.

4.1.3 Types de legs : legs à titre particulier versus legs universel

Le type de legs effectué au testament, soit un legs à titre particulier versus un legs universel ou à titre universel, peut-il avoir une incidence sur la possibilité de réaliser ou non une planification *post mortem*? Plus précisément, le fait de prévoir un legs à titre particulier des actions d'une société de portefeuille peut-il empêcher le liquidateur de planifier le rachat de ces actions durant la première année d'imposition de la succession afin de pouvoir ensuite réaliser le choix du paragraphe 164(6) L.I.R.¹¹⁶ ?

Rappelons d'abord qu'aux termes du *Code civil du Québec*, le pouvoir d'un liquidateur d'aliéner un bien légué à titre particulier se limite au cas où les autres biens sont insuffisants pour payer toutes les dettes du défunt¹¹⁷. Nous avons toutefois vu précédemment que le testateur peut modifier les pouvoirs et obligations du liquidateur, pourvu que cela n'empêche pas le liquidateur de poser un acte nécessaire à la liquidation de la succession¹¹⁸. Par ailleurs, l'article 777 C.c.Q. prévoit que dès l'ouverture de la succession et pendant tout le temps nécessaire à la liquidation de la succession, le liquidateur exerce la saisine des héritiers et des légataires particuliers. Le

115. Dans la décision *Tisseyre c. Tisseyre*, REJB 2002-32256 (C.A.), malgré les larges pouvoirs prévus au testament du défunt, la Cour a refusé le droit au liquidateur de procéder au gel successoral d'une société, car celui-ci aurait eu pour effet « de déposséder l'appelante, légataire résiduaire, non seulement du contrôle, mais aussi de la propriété de l'entreprise, partageant celle-ci à l'avenir entre les frères et sœur qui bénéficieront, le cas échéant, de son accroissement futur », par. 67.

116. Dans le cas d'une transaction de pipeline *post mortem*, la question ne se pose pas puisqu'il ne fait aucun doute que cette transaction peut être réalisée tant en ce qui concerne la succession que les héritiers et légataires.

117. Art. 813, al. 1 C.c.Q.

118. Art. 778 C.c.Q.

liquidateur peut même revendiquer les biens contre les héritiers et les légataires particuliers. Comment devons-nous interpréter l'ensemble de ces articles en regard des pouvoirs du liquidateur sur les legs à titre particulier ?

Dans la décision *Gagné c. Deschênes*¹¹⁹ où il devait être décidé si le liquidateur avait le pouvoir d'acheter un FERR avec l'actif du REÉR qui avait été légué à titre particulier, le juge a conclu que « [m]ême si, dans certaines circonstances, la saisine du liquidateur peut prévaloir sur celle d'un légataire particulier, cette saisine en soi ne comprendra pas le droit d'aliéner la chose certaine ainsi léguée »¹²⁰. Le juge ajoute par la suite que pour que le liquidateur puisse avoir le pouvoir de disposer du REÉR et d'utiliser son produit pour l'achat d'un FERR, « il faut que ce pouvoir lui soit accordé par le Testament »¹²¹. Le juge analyse ensuite les pouvoirs accordés par le *Code civil du Québec* à l'administrateur du bien d'autrui et précise alors à l'égard du bien légué à titre particulier que « [...] l'art. 813 C.c.Q. ne permet pas au liquidateur d'aliéner, sauf si les autres biens de la succession sont insuffisants pour payer toutes les dettes »¹²². Le juge conclut finalement en disant que l'article 3 du testament, lequel article 3 prévoit le legs particulier du REÉR en pleine et absolue propriété dès l'instant du décès, a priorité sur les pouvoirs généraux qui sont accordés au liquidateur à l'article 12 du testament.

La doctrine souligne également que le pouvoir d'aliénation par le liquidateur d'un bien faisant l'objet d'un legs à titre particulier n'est possible que dans le cas prévu à l'article 813, alinéa 1 C.c.Q., soit si les autres biens du défunt sont insuffisants pour payer toutes les dettes¹²³. Le *Code civil du Québec* nous semble donc clair à cet égard et nous pouvons même soulever que cette interprétation est logique avec le concept et l'utilité même du legs à titre particulier. Outre la question de la responsabilité de dettes du défunt, et sachant que le legs à titre particulier est communément utilisé lorsque le testateur souhaite léguer un bien précis à une personne pré-

119. *Gagné c. Deschênes*, [2004] R.J.Q. 474 (C.S.).

120. *Ibid.*, par. 30.

121. *Ibid.*, par. 31.

122. *Ibid.*, par. 32.

123. Jacques BEAULNE, *La liquidation des successions*, 2^e éd. mise à jour par Michel BEAUCHAMP, coll. « Bleue », Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2016, p. 290.

cise, à quoi ce type de legs pourrait bien servir si par ailleurs le liquidateur avait le pouvoir de disposer du bien légué et d'en remettre le produit au légataire ?

Malgré ce qui précède, certaines décisions nous dirigent vers un autre chemin. Dans *Lubin-Rosenfeld*¹²⁴, le ministère du Revenu du Québec remettait justement en question le pouvoir des exécuteurs testamentaires de dissoudre la société et d'effectuer le choix des articles 1054 et 1055 L.I.¹²⁵ afin de reporter la perte réalisée par la succession dans les déclarations de revenus du défunt. Les faits de cette décision mettent en cause une situation courante où la défunte a légué la totalité des actions participantes de sa société à ses trois enfants, lesquels étaient également ses exécuteurs testamentaires. Le ministère du Revenu du Québec prétendait que les actions de la défunte avaient été transférées directement au patrimoine des légataires, empêchant ainsi les représentants légaux de la succession de pouvoir exercer toute transaction à l'égard desdites actions. Rappelons que le choix des articles 1054 et 1055 L.I. doit être réalisé par le représentant légal de la succession durant la première année d'imposition de la succession. La Cour a rappelé que même si le légataire est le propriétaire immédiat des biens, les exécuteurs ont le droit à la saisine et le devoir de poser certains gestes. Elle précise également que « [m]ême si les exécuteurs n'ont pas la propriété des biens, mais uniquement la possession, ceux-ci font quand même partie de la succession »¹²⁶.

La Cour analyse ensuite les pouvoirs des exécuteurs testamentaires aux termes du testament de la défunte et précise que « [l]e mandat des exécuteurs doit être interprété d'une façon stricte et ne peut être élargi sans un texte précis, même si ces dispositions donnent grande latitude aux intéressés »¹²⁷. La Cour indique également qu'une « disposition spéciale du testament est nécessaire pour procéder à la dissolution »¹²⁸. Après avoir conclu que les exécuteurs testamentaires n'avaient pas le pouvoir de procéder à la dissolution de la société, dissolution qui a entraîné la perte en capital qui a fait l'objet du choix des articles 1054 et 1055 L.I., la Cour soulève que la

124. *Lubin-Rosenfeld (Succession de) c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, préc., note 114.

125. Soit l'équivalent du par. 164(6) L.I.R.

126. *Lubin-Rosenfeld (Succession de) c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1992] R.D.F.Q. 176 (C.Q.), par. 19.

127. *Ibid.*, par. 29.

128. *Ibid.*, par. 35.

demande de dissolution est un acte juridique nul. Elle précise ensuite que la nullité en cause est la nullité relative dont seuls les héritiers ont le pouvoir de se plaindre. Les héritiers et les exécuteurs testamentaires étant les mêmes personnes, la Cour conclut que cette situation de nullité est purement théorique. Après avoir conclu que la perte a bien été réalisée au cours de l'administration de la succession, la Cour donne raison à la requérante reconnaissant ainsi le choix des articles 1054 et 1055 L.I. Par ailleurs, alors que dans cette décision la Cour se questionne à savoir si les pouvoirs listés au testament s'appliquent uniquement aux fiduciaires ou à la fois aux fiduciaires et aux liquidateurs, aucune distinction ni commentaire n'est toutefois soulevé à l'égard du type de legs visé.

À la suite de la décision *Lubin-Rosenfeld*, le ministère du Revenu du Québec a confirmé, lors d'une table ronde provinciale, qu'aux fins de l'article 1055 L.I., « il n'y a pas lieu d'exiger que le représentant légal soit investi de pouvoirs étendus »¹²⁹. Par ailleurs, dans une interprétation technique publiée en 2006¹³⁰, une situation hypothétique d'un liquidateur également légataire à titre particulier d'actions d'une société privée a été soumise à l'ARC. La première question soumise à l'ARC était de savoir si elle considérait que le liquidateur avait initialement reçu les actions à titre de liquidateur ou s'il les avait reçues personnellement en conséquence du legs à titre particulier en sa faveur. S'il était conclu que le liquidateur détenait les actions en sa capacité de liquidateur, la deuxième question soumise consistait à savoir si les actions seraient considérées détenues par la succession au moment de leur rachat et de la réalisation de la perte en capital, donnant ainsi ouverture au choix du paragraphe 164(6) L.I.R. Aux termes de son analyse, l'ARC en vient à la conclusion, en s'appuyant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Hall c. Québec*¹³¹, ainsi que sur l'article 777 C.c.Q., que la saisine du liquidateur a priorité sur celle du légataire et qu'en conséquence :

- (i) the Shares or Substituted Shares have not been transferred to Mr. B in his personal capacity under the legacy by particular title and
- (ii) Mr. B does not deal with the Shares or the Substituted Shares other

129. MINISTÈRE DU REVENU DU QUÉBEC, « Table ronde provinciale », dans *Congrès 94*, Association de planification fiscale et financière, Montréal, 1995, p. 30 :1-53, question 12.1., à la page 30:42.

130. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2003-0100621E5, « Application of s. 164(6) in a civil law context », 16 juin 2006.

131. *Hall c. Québec (Sous-ministre)*, [1998] 1 R.C.S. 220.

than in his capacity as liquidator, the capital loss realized by the succession upon the redemption of the Shares could be carried back to the terminal return of Mr. A pursuant to subsection 164(6) of the Act.¹³²

On peut donc voir de ce qui précède que les autorités fiscales vont reconnaître la possibilité d'effectuer des transactions donnant accès au liquidateur au choix du paragraphe 164(6) L.I.R. et des articles 1054 et 1055 L.I. sans nécessairement requérir de pouvoirs spécifiques à cet égard au testament. Par contre, d'un point de vue juridique, il ne fait aucun doute que le testament doit donner des pouvoirs détaillés en ce sens au liquidateur, tel que nous le démontre l'analyse de la jurisprudence. Mais il demeure tout de même une incertitude, d'un point de vue juridique, sur la légalité d'un tel pouvoir à l'égard d'un bien ayant fait l'objet d'un legs à titre particulier. Bien que certains auteurs considèrent que la présence d'une clause au testament prévoyant le pouvoir des liquidateurs d'aliéner un bien légué à titre particulier permet à ces derniers d'avoir légitimement le pouvoir de le faire¹³³, un doute subsiste à savoir si ce pouvoir du liquidateur n'est ultimement possible que dans le respect de l'article 813 C.c.Q. soit, si les autres biens sont insuffisants pour payer toutes les dettes du défunt.

Dans l'hypothèse où il serait effectivement possible, dans le respect du *Code civil du Québec*, de donner le pouvoir au liquidateur de disposer ou de faire toute réorganisation à l'égard d'un bien légué à titre particulier, il ne faut pas ensuite inclure ces pouvoirs aveuglément dans un testament. Le légataire à titre particulier n'est pas un héritier et par conséquent, il n'est pas tenu aux obligations du défunt à moins que les autres biens de la succession ne suffisent pas à payer les dettes¹³⁴. Ainsi, si le testament est muet à l'égard de la responsabilité du paiement de l'impôt généré au décès du testateur à l'égard des biens légués à titre particulier, c'est la succession qui devra assumer cet impôt. Le légataire recevra ensuite un bien ayant un coût majoré à sa valeur marchande en date du décès. La vente du bien par le légataire particulier dans l'avenir pourra alors s'effectuer fort probablement avec une faible incidence fiscale pour

132. AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2003-0100621E5, « Application of s. 164(6) in a civil law context », 16 juin 2006.

133. Martin LORD, « Fiducies testamentaires : problématiques civiles », *Collection APFF – Planification financière, retraite et succession*, Association de planification fiscale et financière, 2000.

134. Art. 739 C.c.Q.

ce dernier vu la majoration du coût du bien en conséquence du décès.

Du côté de la succession, si les biens légués à titre particulier sont des actions d'une société privée, compte tenu des taux d'imposition actuels, elle n'aurait aucun avantage fiscal à vouloir disposer ou racheter lesdites actions afin d'effectuer le choix du paragraphe 164(6) L.I.R., car cela aurait alors pour effet d'augmenter sa charge fiscale. En effet, le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. permettrait l'annulation du gain en capital réalisé au décès, lequel serait toutefois remplacé par la réalisation d'un dividende réputé dont le taux d'imposition est actuellement supérieur à celui du gain en capital. Cependant, si les biens légués à titre particulier sont des placements à la Bourse qui ont perdu une valeur significative dans la première année d'imposition de la succession, cette dernière pourrait alors avoir un avantage à disposer des placements pour réaliser une perte qu'elle pourra reporter à l'encontre du gain en capital réalisé au décès.

De l'autre côté, si le testament prévoit que les impôts engendrés par la disposition réputée au décès des biens visés par le legs à titre particulier sont à la charge du légataire, ce dernier pourrait être fortement intéressé à ce qu'une vente ou un rachat de ses biens soit effectué par le liquidateur. Dans le cas d'un portefeuille de placements ayant perdu de la valeur, le choix du paragraphe 164(6) L.I.R. lui permettra de réduire l'impôt payable au décès qui était à sa charge. Si les biens légués sont des actions d'une société privée, leur rachat, jumelé au choix du paragraphe 164(6) L.I.R. lui permettra potentiellement d'annuler l'impôt payable sur le gain en capital réalisé au décès. Mais qui sera alors responsable de l'impôt généré par le dividende réputé de rachat ? La succession ou le légataire ? La réponse à cette question va dépendre de ce qui a été prévu au testament. Est-ce que le testament prévoit que le légataire à titre particulier est responsable des impôts générés par le gain en capital réputé réalisé au décès du testateur ou prévoit-il qu'il est responsable de tout impôt généré à l'égard du bien qui lui est légué dont entre autres de tout impôt généré à la suite de toute réorganisation réalisée au sein de la succession incluant tout choix réalisé en vertu du paragraphe 164(6) L.I.R. ? Nous pouvons ici constater que la finesse et la précision de la rédaction d'un testament peuvent avoir des incidences majeures sur le résultat final (et sur les risques de conflit entre les parties concernées!).

Quelle recommandation pourrions-nous apporter à cet égard dans le cadre de la rédaction d'un testament ? Si cela est possible, tout en respectant les volontés du testateur, il serait assurément plus simple et moins risqué d'éviter le legs à titre particulier à l'égard d'un bien hautement visé par les situations de double et de triple imposition comme entre autres les actions d'une société privée qui détient des placements.

4.2 Les clauses à prévoir au testament

Nous pouvons constater de ce qui précède et de la lecture de la jurisprudence que les pouvoirs du liquidateur d'une succession prévus dans un testament sont d'une importance capitale. Ce sont eux qui détermineront ce que le liquidateur a le pouvoir ou non de faire avec les biens sous sa gestion. Bien que les pouvoirs exprimés au testament ne libèrent pas le liquidateur de ses devoirs de prudence, de diligence, d'honnêteté et de loyauté à l'égard de chaque légataire¹³⁵, leur absence empêchera toutefois un liquidateur d'agir, et ce, même si la transaction planifiée serait à l'avantage de tous les légataires¹³⁶. Sans prétendre être exhaustif, voici quelques pouvoirs du liquidateur qu'il serait approprié de prévoir à un testament¹³⁷ afin de lui donner une grande latitude dans le cadre des planifications *post mortem*, le tout sous réserve bien entendu des volontés du testateur à cet égard.

– Prévoir les pouvoirs requis pour procéder à toute réorganisation corporative. Compte tenu de l'analyse restrictive des tribunaux à l'égard des pouvoirs des liquidateurs, cette clause devrait être la plus détaillée possible. Elle devrait ainsi prévoir les pouvoirs du liquidateur de réaliser les transactions suivantes, que celles-ci puissent être réalisées sans incidence fiscale ou qu'elles génèrent des impôts :

- Échange d'actions
- Rachat d'actions

135. Voir *Tisseyre c. Tisseyre*, REJB 2002-32256 (C.A.).

136. Dans *Giroux c. Langlois*, 2012 QCCS 4200, les fiduciaires se sont vu refuser le droit de procéder à un gel successoral même si ce dernier aurait pu être à l'avantage futur de tous les légataires, car des pouvoirs à cet égard n'étaient pas spécifiquement prévus au testament.

137. À ces pouvoirs devraient s'ajouter tous ceux que l'on souhaite confier à un fiduciaire de toute fiducie qui pourrait être créée aux termes du testament.

- Achat d'actions
 - Vente d'actions
 - Création de nouvelles sociétés, sociétés de personnes, entreprises
 - Modification de capital-actions
 - Roulement d'actions
 - Roulement d'actifs
 - Liquidation
 - Fusion
 - Dissolution
 - Gel successoral. À cet égard, pour limiter les risques de contestation devant les tribunaux, les intentions et les objectifs du testateur devraient être clairement exprimés¹³⁸.
 - Vente d'entreprise
 - Achat d'entreprise
 - Exploitation d'entreprise
 - Achat d'actifs
 - Vente d'actifs
- Prévoir le pouvoir spécifique du liquidateur d'exercer toute transaction permettant de réaliser une perte et donnant accès au choix du paragraphe 164(6) L.I.R., et ce, tant à l'égard des biens légués à titre particulier que des biens faisant l'objet d'un legs à titre universel ou universel, et de remettre le produit de l'aliénation en faveur des légataires concernés.

138. Voir à cet égard, Isabelle FECTEAU, « Le fisc, un légataire très "particulier"! », (2005) 2 *C.P. du N.*, 265, p. 333-335.

- Prévoir le pouvoir pour le liquidateur d'exercer tout choix fiscal disponible en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la *Loi sur les impôts*, et ce, même s'ils devaient avoir pour effet d'avantager un ou plusieurs légataires ou bénéficiaires au détriment des autres.
- Prévoir le pouvoir pour le liquidateur d'accélérer le paiement de certains impôts.
- Prévoir le pouvoir pour le liquidateur de créer du gain en capital, des pertes en capital, des revenus et tout impôt.
- Dans le but de limiter les risques de conflits et les ambiguïtés, prévoir clairement qui sera responsable des coûts engendrés par ces transactions (la succession ou les légataires avantagés).
- Prévoir la rémunération du liquidateur s'il y a lieu, ainsi que le pouvoir de faire appel à des professionnels dans l'élaboration et la mise en place des réorganisations recommandées.

À ces pouvoirs, il est important d'ajouter que le testament devra être clair sur l'identité de la ou des personnes qui sont responsables des impôts engendrés non seulement en conséquence du décès, mais également en conséquence des transactions qui pourront être réalisées durant le règlement de la succession. La précision est de mise et pour chaque legs effectué au testament, le responsable des impôts devrait selon nous être clairement identifié. À cet égard, il ne faut pas oublier qu'un legs en faveur de l'époux ou du conjoint de fait, s'il permet de ne pas engendrer d'impôt au décès, implique parallèlement que la charge fiscale latente est transférée au conjoint. Il peut s'avérer approprié dans certains cas de mentionner noir sur blanc que c'est bien là l'intention du testateur.

CONCLUSION

Les règles contenues dans le *Code civil du Québec* et celles contenues dans les lois fiscales forment un couple indissociable, peu importe le domaine où elles s'expriment. La communication entre eux est importante afin d'éviter, autant que possible, que les lacunes ou imprécisions de l'un n'entraînent les incidences onéreuses de l'autre. Bien qu'il soit difficile de tout prévoir et qu'il

soit impossible de tout contrôler, la présente analyse démontre l'importance, pour le notaire, de prendre connaissance des actifs détenus par un client lors de la planification de son testament. Cela permettra d'alimenter la discussion sur les transactions qui pourraient être requises à la suite du décès et de prévoir les pouvoirs adéquats pour le liquidateur, selon les volontés du testateur.

Notre réflexion démontre également que l'établissement et l'analyse du bilan d'un défunt se doivent d'être effectués rapidement à la suite d'un décès afin de pouvoir détecter les situations de double imposition potentielles et afin de diriger adéquatement, et à temps, les parties concernées vers les actions à poser. En effet, bien que des transactions soient disponibles pour minimiser les impôts d'un défunt et de sa succession, la réussite de ces transactions nécessite une rapide prise en charge et le respect des délais prescrits. Le notaire impliqué dans la rédaction de testaments et dans le règlement de succession est ainsi un acteur de premier plan dans la réussite de ces planifications.