

# *Utilisation de fiducies non résidentes : Planification successorale et protection des biens*

---

Constantine A. Kyles\*

## **ABSTRACT**

This article examines the use of non-resident and offshore trusts by residents of Canada for estate planning and asset protection. The article begins with a review of the many tax and non-tax reasons for using such trusts. Certain Canadian and non-Canadian tax considerations for the settlor, the non-resident trusts, and the beneficiaries thereunder are then analyzed. This is followed by a brief review of several non-tax considerations for the choice of the offshore trust jurisdiction, type of trust, and trustee. Finally, the article reviews several possible methods of using non-resident trusts to make gifts for tax-deferral, tax-reduction, and estate-freeze purposes and to protect assets for the benefit of beneficiaries resident in Canada.

## **PRÉCIS**

L'objet du présent article se limite à l'examen de l'utilisation de fiducies non résidentes et étrangères par des résidents du Canada à des fins de planification successorale et de protection de biens. Dans un premier temps, les nombreuses raisons qui justifient l'établissement de telles fiducies seront examinées. Suit une analyse de certaines considérations fiscales, canadiennes et étrangères, présentant un intérêt pour l'auteur de la fiducie, la fiducie non résidente et ses bénéficiaires. L'article poursuit avec un bref examen de plusieurs considérations non fiscales ayant trait au choix du territoire devant régir la fiducie étrangère, au type de fiducie et au fiduciaire. Enfin, il décrit quelques façons d'utiliser des fiducies non résidentes afin, d'une part, de réaliser des avantages fiscaux et, d'autre part, de protéger des éléments d'actifs au profit de bénéficiaires résidant au Canada.

---

\* De Byers Casgrain à Montréal, et de McMillan Bull Casgrain à l'échelle nationale et internationale. L'auteur tient à remercier M<sup>e</sup> Jean M. Gagnon, membre de la même étude, pour son assistance lors de la rédaction de la version française de ce texte.

## AVANTAGES DES FIDUCIES NON RÉSIDANTES

### Généralités

L'utilisation de fiducies de common law, constituées et administrées sur des territoires étrangers par des auteurs issus d'un système de common law, se répand progressivement à mesure que les conseillers fiscaux et financiers prennent conscience des avantages propres à ce genre d'arrangement juridique. Bien que les professionnels du droit civil les aient traditionnellement considérées avec un certain degré de scepticisme et de réserve, les fiducies gagnent aujourd'hui en popularité et en respectabilité dans les territoires civilistes, leurs avantages les rendant attrayants. De fait, plusieurs états de droit civil ont cédé aux pressions exercées par les milieux financiers et fiscaux internationaux et ont introduit les fiducies par voie législative<sup>1</sup>.

Outre la distinction qu'elle établit entre la propriété légale de biens et leur jouissance, terme qui suggère la possibilité d'avantages fiscaux et financiers, la fiducie permet d'administrer et de contrôler des biens d'une façon souple, non officielle et confidentielle sur plusieurs générations. Or, lorsque ces caractéristiques s'allient à la capacité de protéger des biens sur un territoire susceptible d'offrir des avantages fiscaux dans le pays de résidence des bénéficiaires, il devient essentiel pour les conseillers légaux et fiscaux de comprendre le fonctionnement des fiducies non résidentes et «étrangères»<sup>2</sup>.

L'utilisation de fiducies non résidentes est généralement liée à la réduction de l'impôt et à la protection de biens. Cependant, les fiducies ont d'autres avantages, l'un des principaux étant que la création et l'administration d'une fiducie sont généralement moins coûteux que la création et l'administration d'une société.

<sup>1</sup> Par exemple, le Liechtenstein a adopté la fiducie par voie législative en 1928. Parallèlement, bien que la fiducie fasse partie du droit civil québécois depuis 1888 comme en témoignent les articles 981a à 981v du Code civil du Bas Canada, le rôle plus important qu'elle joue de nos jours dans les affaires commerciales de la province a été reconnu par l'adoption de règles entièrement remaniées et d'une portée beaucoup plus vaste, codifiées aux articles 1260 à 1298 du nouveau Code civil du Québec, qui a remplacé le Code civil du Bas Canada en date du 1<sup>er</sup> janvier 1994. De plus, les tribunaux de plusieurs états de droit civil, comme la Belgique, la France, la Suisse et l'Allemagne, ont reconnu les droits de propriété de terrains et d'autres biens situés sur leur territoire par des fiducies de common law étrangères.

<sup>2</sup> Utilisée au Canada, l'expression «fiducie étrangère», désigne généralement une fiducie dont les bénéficiaires principaux résident au Canada, mais qui a été formée en vertu des lois d'un territoire autre que le Canada. Une fiducie ne doit donc pas nécessairement être non résidente du Canada pour être considérée comme «étrangère». Bien que l'utilisation de fiducies étrangères résidant au Canada présente des possibilités de planification intéressantes et des avantages fiscaux éventuels, la portée limitée du présent exposé ne nous permet pas de les aborder. En conséquence, à moins d'indication contraire expresse, le présent article porte uniquement sur l'utilisation de fiducies qui sont à la fois non résidentes du Canada et assujetties aux lois de territoires autres que le Canada.

### ***Propriété légale et jouissance des biens***

La caractéristique fondamentale et particulière de la fiducie est la séparation de la propriété légale de la jouissance des biens, raison principale qui permet l'utilisation de fiducies pour réduire l'impôt et protéger des biens. Les états régis par la common law et, de plus en plus fréquemment, les états régis par le droit civil, reconnaissent à la fiducie le statut de personne morale indépendante et distincte de son auteur et de ses bénéficiaires. Cette reconnaissance permet ainsi à la fiducie de détenir ses biens éloignés des créanciers de son auteur et de ses bénéficiaires, en plus d'être imposée comme une personne distincte.

### ***Droit à un revenu et droit au capital***

La caractéristique susmentionnée permet également d'utiliser la fiducie pour séparer le droit à un revenu provenant des biens de la fiducie et la nue-propriété de ces mêmes biens. Les catégories d'entités consistant à transférer la propriété légale mais non la jouissance, notamment les sociétés, ne permettent pas d'opérer une séparation aussi parfaite.

### ***Souplesse liée à l'administration et au contrôle***

Un contrat de fiducie discrétionnaire bien rédigé donne au fiduciaire toute la souplesse voulue sur le plan des orientations de placement, de la répartition des biens et de leur administration. Plus particulièrement, le fiduciaire peut avoir le pouvoir de nommer de nouveaux bénéficiaires ou encore, d'en révoquer. Certaines dispositions du contrat pourraient également permettre la modification des modalités de la fiducie. Ainsi, le fiduciaire pourrait se voir conférer le pouvoir de faire des distributions aux bénéficiaires, d'assujettir la fiducie à une autre loi et de modifier les placements à la suite de changements des lois fiscales, du climat politique, de la solvabilité des bénéficiaires, ainsi que des naissances et des décès des bénéficiaires.

Malgré les pouvoirs de placement et de distribution étendus qui peuvent leur être conférés, les fiduciaires sont tenus à des obligations bien établies de loyauté, d'attention, d'honnêteté, d'impartialité et d'éthique, qu'ont en commun les lois de tous les centres étrangers<sup>3</sup>. Lorsque ces obligations sont jumelées au choix d'un bon fiduciaire (discuté plus loin), l'auteur est assuré que les volontés qu'il a formulées dans le contrat de fiducie seront exécutées de façon professionnelle.

### ***Libre distribution des biens***

Le contrat de fiducie permet à une personne de transférer des biens de son patrimoine ou de sa succession, tout en conservant le contrôle sur leur dévolution ultime.

---

<sup>3</sup> Voir D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 1984) et «An Overview of the Law of Trusts», dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*, 1988 Conference Report, (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1989), 35:1-28.

Les fiducies servent parfois, lors d'un divorce ou d'un décès, à distribuer des biens de façons autres que celles établies par les règles matrimoniales ou successorales applicables au lieu de résidence de l'auteur. En effet, le transfert de biens à une fiducie les exclut du patrimoine ou de la succession d'un particulier, de sorte qu'en cas de décès ou de divorce, leur distribution et leur administration seront déterminées selon les modalités du contrat de fiducie et non selon les règles matrimoniales ou successorales qui pourraient s'appliquer par ailleurs. En outre, la fiducie permet d'échapper aux retards et aux problèmes inhérents à la procédure d'homologation.

Les fiducies étrangères pourraient même convenir davantage à cette fin puisque bon nombre de territoires où elles sont établies ont adopté des lois prévoyant que leurs tribunaux ne permettront pas de contester en justice la validité d'une fiducie simplement parce que les règles successorales ou matrimoniales d'un autre pays n'ont pas été respectées<sup>4</sup>.

### **Confidentialité**

Les fiducies conviennent parfaitement au respect de la confidentialité puisque, contrairement à d'autres modes de détention comme les sociétés et les sociétés de personnes, il est plus facile de garder secrète l'identité des propriétaires véritables. Par exemple, une société est toujours constituée d'actionnaires et elle émet des actions pour témoigner de sa propriété. Par opposition, une fiducie est une entité indépendante dont les bénéficiaires sont énumérés uniquement au contrat de fiducie et n'ont pas à recevoir de preuve quelconque quant à leur participation au patrimoine de la fiducie. Ainsi, il arrive fréquemment que des personnes découvrent qu'elles sont les bénéficiaires d'une fiducie familiale uniquement au moment du décès de membres de leur famille.

Les fiducies étrangères offrent une confidentialité encore plus grande en raison de l'immunité générale dont elles jouissent, eu égard aux obligations d'informations juridiques et administratives pouvant exister au Canada<sup>5</sup>. Dans la plupart des états étrangers où les lois régissant la

---

<sup>4</sup> Les lois canadiennes relatives aux successions et aux mariages pourraient, cependant, conférer aux personnes lésées des droits à l'égard des biens transférés à des fiducies, y compris à des fiducies étrangères protégées par des lois locales. En conséquence, la protection supplémentaire assurée par les lois étrangères pourrait être limitée aux biens situés à l'extérieur du Canada.

<sup>5</sup> Le budget fédéral déposé le 27 février 1995 propose que pour les années d'imposition débutant après 1995, les sociétés et particuliers canadiens qui détiennent ou acquièrent un placement à l'étranger seront tenus de déclarer des renseignements additionnels concernant leur participation dans ces placements. Seront requis, les détails de certains transferts ou dépôts auprès d'une fiducie ou d'une succession étrangère et un relevé annuel d'une fiducie non résidente à laquelle une somme d'argent ou un bien a été transféré par un particulier ou une société résidant au Canada ou dont un résident du

(page suivante s.v.p.)

fiscalité et les fiducies sont relativement souples, le contrat de fiducie n'est pas nécessairement un document public, bien qu'il soit souvent nécessaire de l'enregistrer. La plupart des opérations ayant trait aux affaires de la fiducie sont exécutées au nom du fiduciaire, de son mandataire ou des entités sous-jacentes appartenant entièrement ou partiellement au fiduciaire. Le fiduciaire divulgue rarement les modalités de la fiducie ou des renseignements sur les biens qui la composent, à l'exception des très rares cas où il y est contraint par une ordonnance d'un tribunal local.

### **Réduction des impôts**

Dans bon nombre de cas, l'établissement d'une fiducie étrangère au profit de résidents canadiens, sur un territoire où les impôts sont peu élevés ou inexistant, peut effectivement permettre de reporter, de réduire ou d'éliminer les impôts sur le revenu et les successions, ainsi que les impôts applicables à la suite d'un changement du lieu de résidence de l'auteur ou des bénéficiaires de la fiducie.

### ***Impôts sur le revenu et gains en capital***

L'utilisation de fiducies discrétionnaires étrangères résidant dans des paradis fiscaux constitue souvent un moyen de reporter, voire même d'éliminer, l'impôt sur le revenu et les gains en capital réalisés par les fiduciaires étrangers. Cependant, les fiducies étrangères servent surtout de moyen de reporter, de réduire ou d'éliminer l'impôt sur les revenus de placement. Il pourrait également être possible d'établir, dans des paradis fiscaux, des fiducies intermédiaires pour reporter ou réduire l'impôt canadien sur le revenu de source étrangère provenant d'une entreprise exploitée activement.

Tant que les biens demeurent dans la fiducie étrangère et qu'aucune distribution n'est faite au profit de bénéficiaires résidant au Canada, ils

---

(... suite)

Canada est un bénéficiaire. Ce relevé comprendra les états financiers de la fiducie, ainsi que des renseignements sur les contributions à la fiducie et les distributions qu'elle a effectuées. Selon le budget, «Ces nouvelles exigences permettront à Revenu Canada d'obtenir des précisions au sujet des placements des Canadiens à l'étranger, permettront une administration plus efficace de la Loi de l'impôt sur le revenu et aideront à faire en sorte que les sociétés et particuliers canadiens acquittent au Canada un impôt approprié sur le revenu tiré de ces placements à l'étranger». Voir Canada, ministère des Finances, Plan budgétaire, le 15 février 1995, à la p. 171.

Malgré le fait que cette proposition diminuera évidemment la confidentialité des fiducies non résidentes, il est important de noter que Revenu Canada est assujéti à des règles strictes concernant la confidentialité des renseignements qui lui sont communiqués, qui font en sorte que ces renseignements ne seront pas connus du public (les créanciers, par exemple). De plus, des restrictions pratiques s'appliqueront à l'administration de ces exigences, à savoir, l'accès aux états financiers de fiducies non résidentes pourrait être interdit à des auteurs et des bénéficiaires résidant au Canada et il se pourrait même que certains résidents du Canada puissent ne pas être au courant du fait qu'ils sont ou pourraient être des bénéficiaires de fiducies non résidentes.

ne peuvent être imposés s'il n'existe aucune loi précise. Bien qu'au Canada, la Loi de l'impôt sur le revenu<sup>6</sup> renferme des dispositions à cet effet aux articles 94 et 94.1, elles ne sont pas exhaustives, comme il en sera question plus loin.

En outre, les distributions discrétionnaires faites au profit de bénéficiaires résidant au Canada peuvent bénéficier d'un traitement fiscal préférentiel si elles sont structurées comme des versements à titre de «capital» plutôt qu'à titre de «revenus».

### ***Impôts sur les successions et la fortune, et frais d'homologation***

Les fiducies étrangères servent également à éviter les droits successoraux et autres impôts similaires imposés au décès d'un particulier. Certaines provinces, en particulier l'Ontario, envisagent la possibilité de réinstaurer l'impôt sur les successions. La fiducie étrangère, conjuguée de préférence à une société de placement privée étrangère, est le moyen tout désigné de réduire ou d'éliminer ce genre d'impôt. En effet, l'arrangement fiducie-société de placement rompt le lien de propriété existant entre l'auteur et le bien, la propriété de ce dernier étant confiée à une entité «étrangère», laquelle pourra survivre à l'auteur.

De plus, comme les biens détenus par une fiducie discrétionnaire ne sont pas attribués avant d'être distribués, leur valeur ne devrait pas être incluse dans la succession imposable des bénéficiaires éventuels s'ils décédaient avant que les biens n'aient été distribués.

Même si, généralement, les frais d'homologation provinciaux ne sont pas considérés comme un impôt, toute planification successorale devrait en tenir compte. En effet, les frais imposés par certaines provinces dépassent le coût raisonnable de l'exécution de cette fonction et semblent constituer un moyen additionnel d'obtenir des revenus. Ainsi, les frais d'homologation exigés en Ontario ont triplé en 1992 et représentent maintenant 1,5 pour cent de la valeur de toute succession de plus de 50 000 \$<sup>7</sup>. Comme il est permis de croire que d'autres provinces en viendront à considérer ces frais comme une source de revenu supplémentaire, on accordera sans aucun doute de plus en plus d'importance aux moyens de les éviter.

### ***Migration***

Les fiducies non résidentes établies sur des territoires libres d'impôts conviennent tout spécialement aux personnes qui immigreront au Canada, ainsi qu'à celles qui quittent le pays. Ce n'est un secret pour personne

<sup>6</sup> LRC 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), telle que modifiée (ci-après «la Loi»). Sauf indication contraire, les dispositions législatives dont il est question dans le présent texte sont tirées de la Loi.

<sup>7</sup> À l'opposé, la province de Québec impose actuellement des frais d'homologation uniformes de seulement 63 \$, sans égard à la valeur de la succession.

que les conseillers canadiens ont eu largement recours aux fiducies non résidentes étrangères ces dernières années, surtout pour le compte d'immigrants asiatiques. Cela s'explique par l'exonération d'impôt d'une durée maximale de cinq ans accordée par le Canada aux fiducies non résidentes en vertu de l'article 94 de la Loi lorsque bien structurées et constituées au profit de nouveaux immigrants canadiens (discuté plus loin).

## **Protection des biens**

### ***Créanciers***

De plus en plus de fiducies étrangères sont constituées afin de placer les biens de leur auteur et de leurs bénéficiaires à l'abri de leurs créanciers respectifs. Bien que certains considèrent cet objectif moralement répréhensible, les critiques formulées à l'égard de cette pratique sont injustifiées dans la plupart des cas. En effet, lorsque ces fiducies sont vues comme un moyen de créer, par l'entremise de donations entre vifs, un fonds devant assurer le bien-être futur de la famille et des descendants de l'auteur de la fiducie, ou encore, comme alternative à l'utilisation d'une société pour mettre des biens à l'abri des créanciers de l'entreprise, leur utilisation devient louable. Un conseiller se doit, à l'évidence, de rejeter toute tentative de frustrer les créanciers de leurs droits. Toutefois, dans les cas où il n'existe aucun créancier actuel ou éventuel connu, ou lorsque l'auteur de la fiducie conserve assez de liquidités pour payer les créanciers, le cas échéant, un régime qui a pour but la légitime protection et la conservation de biens est tout à fait légitime et ne devrait pas être sujet à critique.

Voici quelques-unes des raisons légitimes jugées nécessaires dans le milieu des affaires pour la protection des biens personnels :

- le risque accru pour les administrateurs et les actionnaires de sociétés d'engager leur responsabilité personnelle en situation de faillite liée à des impôts sur le revenu, des déductions à la source, des taxes de vente, des sanctions environnementales, etc.;
- le risque accru pour les professionnels de poursuite en responsabilité;
- l'augmentation du coût des polices d'assurance, de même que la difficulté d'obtenir une protection suffisante.

### ***Saisies par les gouvernements***

Les fiducies étrangères ont souvent servi à protéger des biens de saisie par les gouvernements, dans les cas, notamment, de nationalisation ou d'expropriation. Fait à souligner, le Canada a toujours été vu comme un bon endroit pour l'établissement de ce genre de fiducie.

### ***Contrôle des devises***

Lorsque l'introduction ou la réintroduction de mécanismes de contrôle des devises restreignant l'exportation de capitaux pose problème, il

arrive régulièrement que des fiducies étrangères soient constituées afin de maintenir des capitaux à l'étranger pour effectuer des placements internationaux non assujettis au contrôle des devises, contourner les exigences de conversion des devises et accumuler des devises à l'extérieur de l'état visé.

Fait à noter, plusieurs conseillers financiers canadiens influents recommandent depuis peu aux Canadiens d'augmenter leurs placements étrangers, car ils craignent que le Canada n'adopte des mécanismes de contrôle des devises.

### CONSIDÉRATIONS FISCALES CANADIENNES

L'établissement d'une fiducie étrangère, que ce soit à des fins de planification successorale, de protection contre les créanciers ou autres, doit absolument tenir compte des incidences qu'elle aura en matière d'impôt sur le revenu canadien. La première décision consiste à déterminer le lieu de résidence de la fiducie : doit-elle être au Canada, sur le territoire dont les lois gouvernent la fiducie, ou ailleurs ? Bien que, dans certains cas, il puisse être avantageux et pratique d'assujettir la fiducie aux lois d'un autre territoire (par exemple, si ce territoire possède des lois sur la protection des biens) tout en maintenant une résidence au Canada aux fins fiscales<sup>8</sup>, le présent article porte uniquement sur l'utilisation de fiducies non résidentes. En conséquence, les commentaires qui suivent sont fondés exclusivement sur les fiducies non résidentes dont les bénéficiaires résident au Canada.

### Imposition de l'auteur

#### *Transfert de biens à la fiducie*

Comme les transferts de biens à une fiducie ne peuvent être faits en franchise d'impôt, les conséquences fiscales applicables aux transferts de biens à des fiducies sont les mêmes que dans le cas de donations en général. Par conséquent, l'auteur de la fiducie sera réputé avoir disposé du bien et reçu, à la suite du transfert d'un bien à une fiducie au moyen d'une donation entre vifs, un produit de disposition égal à la juste

---

<sup>8</sup> Si la fiducie étrangère est établie dans le seul but de protéger des biens, le choix du Canada comme lieu de résidence pourrait offrir plusieurs avantages, fiscaux et autres, incluant les suivants :

- la fiducie ne serait pas assujettie aux règles relatives aux revenus étrangers accumulés, tirés de biens (ci-après «RÉATB»);
- les revenus de placement de source canadienne ne seraient pas assujettis à la retenue d'impôt du Canada;
- une société canadienne active contrôlée par la fiducie serait considérée comme une société dont le contrôle est canadien, ce qui lui permettrait, d'une part, de se prévaloir de la déduction accordée aux petites entreprises à l'égard des revenus provenant d'une société exploitée activement et gagnés au Canada, et, d'autre part, de demander un remboursement au titre de dividendes à l'égard de revenus de placement;
- si les biens sont situés au Canada, il serait peut-être préférable de les y administrer.



valeur marchande de ce bien au moment du transfert<sup>9</sup>. Si l'auteur ou le cédant réside au Canada, ou si le bien transféré est un «bien canadien imposable»<sup>10</sup>, le transfert pourra entraîner une récupération d'amortissement et des gains en capital.

Fait à souligner, l'article 54 de la Loi, à la définition de l'expression «disposition de biens», prévoit qu'il n'y a pas disposition de biens si le changement dans la propriété légale du bien n'est pas accompagné d'un changement dans la propriété effective du bien. En conséquence, lorsque la fiducie est établie de façon que son auteur soit l'unique propriétaire effectif des biens de la fiducie, il ne réalisera aucun gain en capital lors de la donation d'un bien à la fiducie. Cependant, cette exonération ne s'applique pas, de façon expresse, à un transfert effectué par une fiducie résidant au Canada à une fiducie ne résidant pas au Canada.

### ***Règles d'attribution***

L'auteur doit tenir compte des règles d'attribution énoncées aux paragraphes 56(4.1) à 56(4.3), aux articles 74.1 à 74.5 et au paragraphe 75(2) de la Loi avant de déterminer comment constituer la fiducie étrangère et quels pouvoirs, le cas échéant, il se réservera dans l'administration de la fiducie et le choix des bénéficiaires. Dans certains cas, l'application de ces règles pourrait entraîner une attribution du revenu et des gains en capital réalisés par la fiducie à l'auteur résidant au Canada (ou à un autre cédant ou prêteur de biens à la fiducie), sans égard au fait que la fiducie ne réside pas et n'est pas assujettie à la Loi.

### ***Transferts à des fiducies***

Si des biens ont été directement ou indirectement acquis d'une personne par une fiducie, le paragraphe 75(2) de la Loi pourrait s'appliquer et attribuer à cette personne tout gain en capital imposable ou toute perte en capital déductible provenant de la disposition de ces biens, ainsi que tout revenu ou toute perte résultant de ces biens ou de biens qui leur ont été substitués, pourvu qu'ils soient détenus par la fiducie, à la condition :

<sup>9</sup> Alinéa 69(1)b). À la définition de l'expression «disposition de biens», l'article 54 confirme que «tout transfert de biens à une fiducie» constitue une «disposition» de toute la participation détenue dans ce bien.

<sup>10</sup> Sous réserve d'une protection possible aux termes d'une convention fiscale, l'alinéa 2(3)c) de la Loi prévoit que les non-résidents sont assujettis à l'impôt sur le revenu du Canada à l'égard des dispositions de «biens imposables canadiens». Selon la définition du paragraphe 248(1) et de l'alinéa 115(1)b), «bien canadien imposable» comprend un bien immeuble situé au Canada, un bien en immobilisation utilisé dans l'exploitation d'une entreprise au Canada, les actions d'une société autre qu'une société publique et une participation importante dans des sociétés publiques, une participation dans des fiducies résidant au Canada et certains autres biens ayant un contenu canadien important.

- qu'ils puissent être retournés à cette personne;
- qu'ils puissent être cédés à des personnes désignées par la personne précitée à une date postérieure à la création de la fiducie; ou
- que, pendant la vie de cette personne, il ne soit disposé des biens qu'avec son consentement ou suivant ses instructions.

En conséquence, l'auteur de la fiducie, ou toute autre personne ayant transféré des biens à la fiducie, pourrait être imposable sur le revenu et les gains en capital de la fiducie s'il est bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie, si les modalités du contrat de fiducie permettent par ailleurs que les biens de la fiducie lui reviennent ou s'il s'est réservé le droit de déterminer la dévolution des biens de la fiducie.

Pour échapper à l'application des règles du paragraphe 75(2), la fiducie doit être irrévocable, et l'auteur ne doit en être ni un bénéficiaire en capital possible, ni un fiduciaire. De plus, l'auteur ne doit conserver aucun pouvoir de nomination, ni aucun pouvoir discrétionnaire de distribution du capital de la fiducie. En common law, les biens de la fiducie reviennent à l'auteur si elle cesse de satisfaire aux critères d'existence d'une fiducie, par exemple lorsque tous les bénéficiaires sont décédés. Afin de faire échec à l'argument voulant que la règle de common law précitée pourrait donner naissance à un éventuel droit de retour qui entraînerait l'application du paragraphe 75(2)<sup>11</sup>, le contrat de fiducie pourrait comporter une clause exigeant, dans un tel cas, le transfert des biens de la fiducie à une personne autre que l'auteur, par exemple, à un organisme de charité enregistré.

Même si l'auteur tient absolument à conserver une certaine forme d'emprise juridique sur la fiducie, il pourra la structurer de façon à se soustraire à l'application possible des règles du paragraphe 75(2). Cependant, dans certains cas, notamment si la fiducie vise uniquement à protéger des biens, les considérations fiscales joueront un rôle secondaire et l'auteur ne verra pas d'inconvénients à supporter le fardeau fiscal lié aux biens.

Contrairement à la situation qui prévaut lorsque des biens sont transférés à une fiducie, le paragraphe 75(2) ne s'applique pas aux biens qui sont prêtés à la fiducie aux termes d'une entente de bonne foi. Le paragraphe 75(2) ne semble d'ailleurs pas s'appliquer à la participation au revenu d'une fiducie, étant donné qu'il n'y est fait mention que des biens qui pourraient revenir à l'auteur, et non du revenu qui en est tiré.

Un autre moyen de se soustraire aux règles prévues au paragraphe 75(2) consiste à s'assurer que la fiducie n'a aucun revenu à attribuer à

<sup>11</sup> Revenu Canada, Impôt, a confirmé cette possibilité au numéro 3 du *Bulletin d'interprétation* IT-369R intitulé «Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant», le 12 mars 1990, lequel déclare que le paragraphe 75(2) pourrait s'appliquer si des biens reçus de l'auteur lui revenaient à la suite du décès du dernier de tous les bénéficiaires de la fiducie.

l'auteur. Pour ce faire, il suffit de transférer des biens à une société appartenant en propriété exclusive à la fiducie et de s'assurer qu'aucun dividende ne soit versé à la fiducie par la société.

Revenu Canada, Impôt, estime qu'afin d'éviter une double imposition, une somme attribuée à une personne en vertu du paragraphe 75(2) devrait normalement être déduite du revenu qui a été payé ou qui est payable à un bénéficiaire résidant au cours de l'année, ou encore, du revenu de la fiducie, si le revenu n'a pas été payé ou n'est pas payable à un bénéficiaire résidant<sup>12</sup>.

Il est impossible d'envisager l'application du paragraphe 75(2) de la Loi sans considérer l'application du paragraphe 107(4.1). Le paragraphe 107(4.1) prévoit que si le paragraphe 75(2) est applicable aux biens de la fiducie à une date donnée, tout transfert de biens avec report d'impôt aux termes du paragraphe 107(2) ne pourra, durant sa vie, être fait qu'à la personne de qui la fiducie a reçu directement ou indirectement les biens, ou les biens qui leur sont substitués, ou à son conjoint. Il semble, selon l'utilisation qui est faite du mot «applicable», qu'il ne soit pas nécessaire que l'attribution des biens soit bel et bien faite en vertu du paragraphe 75(2) pour que le paragraphe 107(4.1) soit applicable. Le paragraphe 107(4.1) pourrait donc s'appliquer même si la fiducie n'a jamais gagné de revenu, pourvu que les conditions d'application sont satisfaites.

#### *Dettes contractées par les fiducies*

Si un particulier donné (le «cessionnaire»), ou une fiducie dans laquelle le cessionnaire détient un droit à titre de bénéficiaire, reçoit un prêt ou devient le débiteur d'un autre particulier (le «cédant») qui a un lien de dépendance avec le cessionnaire, et qu'il est raisonnable de croire que l'un des principaux motifs pour lesquels le prêt a été consenti ou la dette contractée consiste à réduire ou à éviter l'impôt en faisant en sorte que le revenu provenant du bien prêté, ou du bien qui lui a été substitué, soit compris dans le revenu du cessionnaire, le paragraphe 56(4.1) de la Loi s'appliquera et le revenu en question sera attribué au cédant. Le paragraphe 56(4.1) ne s'appliquera pas au revenu, au gain ou à la perte provenant du bien prêté, ou du bien qui lui a été substitué, si les dispositions du paragraphe 56(4.2) sont satisfaites, c'est-à-dire que des intérêts à un taux raisonnable sont comptés et payés sur le prêt<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Ibid., numéro 10. Pour de plus amples renseignements sur l'application du paragraphe 75(2), voir John H. Saunders, «Inter Vivos Discretionary Family Trusts: A Potpourri of Issues and Traps», dans *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference*, 1993 Conference Report, (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1994) 37:1-58.

<sup>13</sup> Les conditions énoncées au paragraphe 56(4.2) de la Loi sont les suivantes :

1) le prêt porte intérêt à un taux égal ou supérieur au moins élevé du taux prescrit en vigueur au moment où le prêt est consenti et du taux dont des parties n'ayant aucun lien de dépendance entre elles seraient convenues au moment où le prêt est consenti; (page suivante s.v.p.)

L'une des conditions d'application du paragraphe 56(4.1) est que les particuliers qui sont parties à la dette existante doivent avoir un «lien de dépendance» entre eux. À moins que les faits n'indiquent le contraire, Revenu Canada, Impôt, considère que les liens suivants indiquent un lien de dépendance :

1) une fiducie et son auteur, à moins que le fiduciaire ne soit un fiduciaire professionnel, comme une compagnie de fiducie publique, ou que l'auteur ne perde son droit de propriété légale sur le bien établi dans la fiducie et que le fiduciaire ne soit pas dirigé par l'auteur;

2) une fiducie et ses bénéficiaires;

3) une fiducie et ses biens qui sont des entités légales, telles les sociétés, lesquelles sont contrôlées par la fiducie<sup>14</sup>.

Enfin, tel que le texte en fait état plus loin, le paragraphe 56(4.1) ne s'applique pas lorsque l'article 74.1 s'applique.

### *Conjoints et mineurs*

Si un particulier prête ou donne de l'argent ou un bien, autrement que pour une contrepartie raisonnable<sup>15</sup>, à son conjoint ou à un mineur avec qui il a un lien de dépendance ou qui est son neveu ou sa nièce, directement ou par l'entremise d'une fiducie, le revenu et, dans le cas du conjoint, les gains en capital tirés de l'argent ou du bien en

---

(... suite)

2) les intérêts payables au cours d'une année donnée sont payés au plus tard 30 jours après la fin de l'année;

3) les intérêts payables sur le prêt pour chaque année d'imposition antérieure à l'année en question sont payés au plus tard 30 jours après la fin de chacune de ces années d'imposition.

<sup>14</sup> *Bulletin d'interprétation* IT-419, «Définition de l'expression «sans lien de dépendance», le 10 juillet 1978, numéros 17 et 18.

<sup>15</sup> Ces règles ne s'appliquent pas à la plupart des transferts avec contrepartie à la juste valeur marchande (y compris les dettes, pourvu que des intérêts, calculés à un taux raisonnable, soient stipulés et payés) ni aux prêts à l'égard desquels des intérêts raisonnables sont stipulés et payés. Plus précisément, les paragraphes 74.5(1) et (2) prévoient que les conditions suivantes doivent être satisfaites pour que la contrepartie représentée par une dette ou un bien prêté ne soit pas assujettie à ces règles d'attribution :

1) des intérêts doivent être comptés sur le prêt ou la dette à un taux égal ou supérieur au moindre du taux prescrit qui est en vigueur au moment où le prêt est consenti ou la dette contractée et du taux dont les parties seraient convenues à ce moment si elles n'avaient aucun lien de dépendance entre elles;

2) le montant des intérêts qui était payable pour une année donnée est payé au plus tard 30 jours après la fin de l'année en question;

3) le montant des intérêts qui était payable pour chaque année d'imposition qui précède l'année donnée est payé au plus tard 30 jours après la fin de chacune de ces années d'imposition.

question, seront attribués au particulier cédant en vertu des articles 74.1 et 74.2 de la Loi respectivement<sup>16</sup>.

L'article 74.3 énonce les règles qui déterminent le montant du revenu ou des gains en capital imposables qui pourrait être attribué à un particulier en vertu des articles 74.1 et 74.2, si le particulier transférait ou prêtait un bien à une fiducie dans laquelle son conjoint ou certains mineurs ont un droit de bénéficiaire à un moment donné. Cette disposition permet d'assurer, entre autres, que les règles d'attribution s'appliqueront si un bien est prêté ou transféré à un conjoint ou à un mineur lié au moyen d'un transfert ou d'un prêt à une fiducie dans laquelle le conjoint ou le mineur en question possède un droit de bénéficiaire. Dans le cas d'une fiducie personnelle non résidente, les montants déterminés à l'article 74.3 seront nuls et aucune attribution ne sera faite, pourvu qu'aucune distribution de revenu ou de sommes, autres que celles provenant du capital de la fiducie, ne soit effectuée au profit du conjoint ou du mineur, qu'aucun avantage susceptible d'être évalué ne leur soit conféré par ou aux termes de la fiducie et qu'ils n'aient pas disposés de leur droit de bénéficiaire.

L'article 74.4 s'applique dans le cas où l'un des objets principaux justifiant le transfert ou le prêt d'un bien, effectué directement ou indirectement par l'entremise d'une fiducie ou par tout autre moyen à une société par un particulier, consiste à réduire le revenu du particulier et à avantager une personne qui :

- possède, directement ou indirectement, au moins 10 pour cent des actions émises de toute catégorie de la société ou d'une société liée à celle-ci (sauf une société exploitant une petite entreprise); et
- est le conjoint du cédant ou est âgé de moins de 18 ans et a un lien de dépendance avec le cédant ou est la nièce ou le neveu de ce dernier.

Lorsque l'article 74.4 est applicable, le cédant sera réputé réaliser un revenu sur le montant du prêt impayé ou la juste valeur marchande du bien transféré, correspondant à l'intérêt au taux prescrit, moins les intérêts qui lui sont versés, sur le prêt ou les dividendes imposables qu'il reçoit sur les actions qu'il a obtenues en contrepartie du bien transféré. Ce revenu réputé est imposable, même si aucun revenu n'est tiré du bien transféré ou prêté.

L'article 74.4 ne s'applique pas à un transfert avec contrepartie à la juste valeur marchande (autre qu'une contrepartie sous forme de dettes, d'actions ou de droits ou d'options d'achat d'actions) ni si le bien est prêté selon des conditions commerciales et que des intérêts raisonnables sont stipulés et payés.

---

<sup>16</sup> Il est à noter qu'il ne s'agit pas d'une description exhaustive des règles prévues aux articles 74.1 et 74.2.

Par ailleurs, fait particulièrement intéressant de la Loi dans le contexte, le paragraphe 74.4(4) prévoit que dans certains cas bien précis du paragraphe 74.4(2), un transfert ou un prêt par un particulier à une société ne sera pas considéré avoir pour objet principal d'avantager quelqu'un qui, en ce qui concerne ce particulier, est une personne désignée, de sorte que la règle d'attribution à une société ne s'appliquera pas. Il s'agit des cas suivants :

1) la seule participation que la personne désignée a dans la société est une participation dans une fiducie qui détient des actions de la société;

2) selon le contrat de fiducie, la personne désignée ne peut recevoir aucun revenu ou capital de la fiducie, ni en obtenir l'utilisation, tant qu'elle est, en ce qui concerne le particulier, une personne désignée;

3) la personne désignée n'a reçu aucun revenu ou capital de la fiducie ni n'en a obtenu l'utilisation et aucune déduction n'a été faite par la fiducie dans le calcul de son revenu en vertu du paragraphe 104(6) ou (12) au titre de montants payés ou payables à cette personne ou inclus dans le revenu de celle-ci, alors qu'elle était, en ce qui concerne le particulier, une personne désignée.

En conséquence, pour échapper à l'application de l'article 74.4, il faut soit éviter de confier les biens détenus en fiducie à une société de portefeuille sous-jacente ou exclure les «personnes désignées» des bénéficiaires, ce qui signifie que les conjoints devraient être exclus dans tous les cas, et certains mineurs, jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité.

#### *Inapplication des règles d'attribution*

Malgré leur portée relativement vaste, il existe un certain nombre de cas où les règles d'attribution semblent ne pas devoir s'appliquer à des particuliers ayant un lien de dépendance. D'abord, si le bien (ou le bien y substitué) qui a été directement ou indirectement prêté ou transféré à la fiducie ne produit aucun revenu, perte, gain ou perte en capital, aucune attribution ne peut être faite aux termes de ces dispositions. Pour cette raison, les fiducies sont souvent établies avec un bien ne produisant pas de revenu, par exemple une pièce d'or. Ensuite, aucun revenu, gain ou perte provenant de «prêts avec contrepartie», à savoir un bien prêté ou un bien qui lui est substitué, n'est attribué en vertu des articles 74.1 et 74.2 et du paragraphe 56(4.1) lorsque certaines conditions sont satisfaites<sup>17</sup>. Le paragraphe 74.4(2) ne s'appliquera pas si le bien est prêté ou transféré à une société exploitant une petite entreprise, admissible à ce titre tout au long de la période visée<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Supra, notes 16 et 13.

<sup>18</sup> Paragraphe 74.4(2).

## Imposition des fiducies ne résidant pas au Canada

### *Lieu de résidence*<sup>19</sup>

La Loi ne définit pas en quoi consiste le lieu de résidence d'une fiducie, bien qu'en vertu de l'alinéa 94(1)c), certaines fiducies discrétionnaires non résidentes sont réputées résider au Canada aux fins de la Partie I. Cependant, le paragraphe 104(1) stipule que le terme fiducie signifie également le fiduciaire ou l'exécuteur testamentaire, l'administrateur successoral, l'héritier ou tout autre représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie, ce qui semble indiquer que le lieu de résidence d'une fiducie doit être considéré comme le lieu de résidence de ses fiduciaires. Si tous les fiduciaires résident sur le même territoire, ce territoire devrait donc être considéré comme le lieu de résidence de la fiducie aux fins de l'impôt canadien. En conséquence, si tous les fiduciaires d'une fiducie résident au Canada, la fiducie devrait, elle-même, résider au Canada. *A contrario*, si aucun des fiduciaires d'une fiducie ne réside au Canada, la fiducie ne devrait pas être considérée résider au Canada. De plus, si tous les fiduciaires d'une fiducie résident sur le même territoire étranger, la fiducie devrait être considérée comme résidant uniquement sur ce territoire.

Cependant, ce principe ne détermine pas la résidence d'une fiducie ayant plusieurs fiduciaires résidant sur des territoires différents. Au Canada, cette question a été soulevée dans *Thibodeau Family Trust c. La Reine*<sup>20</sup>. Dans cette affaire, le tribunal a statué que la fiducie résidait aux Bermudes et non au Canada, en dépit du fait qu'un des trois fiduciaires résidait au Canada. Le tribunal a noté que la majorité des fiduciaires, c'est-à-dire deux des trois, résidaient aux Bermudes et que le contrat de fiducie stipulait que toutes les décisions relevant du pouvoir discrétionnaire des fiduciaires devaient être prises à la majorité. En effet, en common law, les fiduciaires ne peuvent déléguer ni leurs pouvoirs ni leurs obligations. Le tribunal a donc jugé que l'autorité

<sup>19</sup> Pour de plus amples renseignements sur le lieu de résidence des fiducies aux fins de l'impôt sur le revenu du Canada, voir Edwin G. Kroft, «Jurisdiction to Tax: An Update», dans *Tax Planning for Canada-US and International Transactions*, 1993 Corporate Management Tax Conference (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1994), 1:1-138, aux pp. 1:35-40; Robert D.M. Flannigan, «Trust Obligations and Residence» (mars 1985), 7 *Estates and Trusts Quarterly* 83-102; Gordon C. Bale, «The Basis of Taxation», dans Brian G. Hansen, Vern Krishna et James A. Rendall, éd., *Canadian Taxation* (Don Mills, Ont. : DeBoo, 1981), 21-57, à la p. 50; D. Bernard Morris, «Jurisdiction to Tax: An Update», dans *Report of Proceedings of the Thirty-First Tax Conference*, 1979 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1980), 414-44, aux pp. 420-23; Richard A. Green, «The Residence of Trusts for Income Tax Purposes» (1973), vol. 21, n° 3 *Revue fiscale canadienne* 217-31; Martin L. O'Brien, «Residence of a Trust» (le 25 août 1978), n° 34 *Canadian Current Tax* 313, et Maurice C. Cullity, «Nonresident Trusts», dans *Report of Proceedings of the Thirty-Third Tax Conference*, 1981 Conference Report, (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1982), 646-67, aux pp. 648-51.

<sup>20</sup> 78 DTC 6376 (FCTD).

directrice d'une fiducie ne pouvait avoir son siège qu'en la personne de ses fiduciaires. Il n'existait aucune preuve manifeste que les fiduciaires des Bermudes avaient délégué des pouvoirs au fiduciaire canadien et, comme en l'absence d'une telle délégation aucun pouvoir ne pouvait être exercé sans l'accord des fiduciaires des Bermudes, il a été décidé que la fiducie résidait au même endroit que la majorité de ses fiduciaires, en l'occurrence aux Bermudes.

Bien que la décision *Thibodeau* ne règle pas tous les aspects de la question (ex. : les multiples cas possibles de fiduciaires résidant sur des territoires différents, rendant des décisions sur d'autres territoires et administrant des biens situés sur d'autres territoires, etc.), elle établit tout de même un certain nombre de lignes directrices. La plus importante à retenir est sans doute que le lieu de résidence des auteurs et, dans une moindre mesure, des bénéficiaires, n'est pas déterminant quant au lieu de résidence de la fiducie. De plus, le lieu de résidence d'une fiducie ne peut être établi d'après le critère du lieu de contrôle effectif et de la gestion, lequel est applicable aux sociétés.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-447<sup>21</sup>, Revenu Canada, Impôt, établit que le lieu de résidence d'une fiducie est généralement considéré être le même que celui du fiduciaire qui administre la fiducie ou en contrôle les biens. Si plus d'un fiduciaire est responsable de l'administration et du contrôle, la fiducie résidera sur le territoire où résident les fiduciaires qui exercent plus de 50 pour cent des pouvoirs d'administration et de contrôle. S'il est difficile de déterminer qui administre et contrôle la fiducie, le Ministère examinera d'autres facteurs, dont le lieu où peuvent être exercés les droits prévus par la Loi à l'égard des biens de la fiducie et l'endroit où se trouvent ces biens. Enfin, si une partie importante des pouvoirs d'administration et de contrôle sont dévolus à des personnes autres que les fiduciaires, par exemple l'auteur ou les bénéficiaires, le lieu de résidence de ces personnes déterminera celui de la fiducie, même si le contrat de fiducie comporte des dispositions à l'effet contraire. À cette fin, Revenu Canada, Impôt, estime que les critères de résidence factuels habituels applicables aux particuliers et aux sociétés déterminent le lieu de résidence des fiduciaires. Cependant, dans le cas où le fiduciaire est une société, si l'administration et le contrôle de la fiducie sont exercés par une succursale de la société, la fiducie pourrait être déclarée résidente du territoire où la succursale est située, sans égard au territoire où réside la société. Il semble que Revenu Canada, Impôt, ait adopté un critère hybride selon lequel la fiducie réside à l'endroit où résident les personnes qui exercent les pouvoirs effectifs d'administration et de contrôle.

Compte tenu de la Loi, de la décision *Thibodeau* et de la politique administrative de Revenu Canada, Impôt, il est recommandé de suivre

<sup>21</sup> *Bulletin d'interprétation* IT-447, «Résidence d'une fiducie ou succession», le 30 mai 1980.



les lignes directrices suivantes lorsqu'une fiducie donnée ne désire pas être considérée comme résidant au Canada, mais plutôt d'un autre territoire :

- la totalité ou la majorité des fiduciaires et des protecteurs<sup>22</sup>, selon le cas, doivent être non-résidents du Canada et résidents du territoire désiré;
- si certains des fiduciaires résident au Canada, les fiduciaires non résidents doivent, dans tous les cas, avoir le pouvoir de prendre des décisions allant à l'encontre des désirs des fiduciaires résidant au Canada;
- les fiduciaires non résidents doivent être responsables du contrôle et de l'administration de la fiducie, et nulle autre personne ne doit détenir ces pouvoirs;
- les décisions doivent être prises, et la garde et le contrôle des biens de la fiducie doivent être exercés, sur le territoire désiré;
- les lois régissant la fiducie ne doivent pas être des lois canadiennes;
- si la majorité des fiduciaires résident sur le territoire désiré, mais que d'autres fiduciaires résident ailleurs, le contrat de fiducie devra, comme dans l'affaire *Thibodeau*, stipuler que toutes les décisions doivent être prises à la majorité; et
- dans le cas où le fiduciaire est une société qui peut être résidente de plusieurs territoires, le contrat de fiducie devra stipuler que les affaires de la fiducie doivent être effectivement administrées et contrôlées à l'endroit désiré.

### ***Imposition lors de l'établissement***

Outre le fait que des gains en capital seront attribués à l'auteur, d'autres impôts peuvent s'appliquer à la fiducie non résidente lorsque l'auteur lui transfère des biens. Par exemple, les transferts de biens immobiliers peuvent entraîner l'application de droits de transfert considérables en vertu des lois de la province où sont situés ces biens<sup>23</sup>.

### ***Règles générales d'imposition***

Une fiducie ne résidant pas au Canada est assujettie à l'impôt sur le revenu canadien au même titre qu'un particulier non résident. En conséquence, elle est assujettie à l'impôt sur le revenu de la Partie I de la Loi uniquement sur le revenu qu'elle tire d'une entreprise exploitée au Canada (incluant les bénéfices provenant de la disposition d'un avoir

<sup>22</sup> La notion de «protecteur» est examinée plus loin dans le texte.

<sup>23</sup> Par exemple, en vertu de la Loi concernant les droits sur les transferts de terrains, LRQ, c. D-17, telle que modifiée, la province du Québec impose des droits lors du transfert de terrains à des non-résidents, lesquels correspondent à 33 pour cent de la valeur du terrain transféré.

minier canadien et de biens immeubles détenus en inventaire)<sup>24</sup> et les gains provenant de la disposition de «biens canadiens imposables»<sup>25</sup>. Le taux d'imposition applicable à une fiducie entre-vifs non résidente correspond au taux marginal le plus élevé applicable à un particulier non résident.

De plus, une fiducie non résidente est assujettie à l'impôt de la Partie XIII de la Loi à l'égard de certains types de revenus provenant de placements passifs de source canadienne, dont les intérêts, les dividendes, les loyers et les redevances. Cet impôt est calculé au taux de 25 pour cent sur le montant brut de ces revenus<sup>26</sup>.

Enfin, les règles de disposition présumée de 21 ans<sup>27</sup> et les règles relatives au choix d'un bénéficiaire exempté<sup>28</sup> s'appliquent à toutes les fiducies, sans égard à leur lieu de résidence. Cependant, les fiducies non résidentes sont assujetties à ces règles seulement à l'égard des «biens canadiens imposables», des avoirs miniers et des biens immobiliers canadiens qu'elles détiennent à la date de leur disposition présumée prévue par ces règles. En effet, seuls les gains réalisés à la disposition de ces biens sont frappés par l'impôt canadien en ce qui concerne les fiducies non résidentes<sup>29</sup>.

Compte tenu de ces règles, un résident canadien n'a aucun avantage à détenir des biens productifs de revenus au Canada par l'entremise d'une fiducie non résidente. Toutefois, sous réserve des règles d'attribution (discutées précédemment), des règles relatives au RÉATB et des règles relatives aux biens d'un fonds de placement non résident (discutées plus loin), une fiducie non résidente offre les avantages du report, et même d'évitement d'impôt, dans les cas où des biens non canadiens qui produiraient autrement un revenu imposable entre les mains d'un résident canadien sont détenus par une fiducie non résidente et que ce revenu s'accumule dans la fiducie.

### **RÉATB : article 94**

Les règles relatives au RÉATB sont des dispositions anti-évitement applicables aux sociétés et aux fiducies étrangères. Ces règles visent à

<sup>24</sup> Alinéa 2(3)b) et article 253.

<sup>25</sup> Supra, note 10.

<sup>26</sup> Article 212. Les conventions fiscales dont le Canada est partie peuvent réduire le taux de 25 pour cent.

<sup>27</sup> Paragraphes 104(4), (5) et (5.2).

<sup>28</sup> Paragraphes 104(5.3) à (5.8). Il est à noter que le budget fédéral du 27 février 1995 propose de supprimer, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1999, le choix spécial permettant de retarder l'application de la règle de 21 ans et de différer l'imposition des gains en capital sur les biens de la fiducie jusqu'au décès du dernier «bénéficiaire exonéré». Les fiducies qui, avant cette date, auront fait ce choix, seront réputées avoir disposé de l'actif de la fiducie à sa juste valeur marchande à cette date.

<sup>29</sup> Supra, note 10 relative aux «biens canadiens imposables» et supra, note 24 relative aux stocks d'avoirs miniers et de biens immobiliers.

limiter le report ou l'évitement de l'impôt canadien à l'égard de revenus de placement et de gains en capital accumulés par l'entremise de sociétés et de fiducies non résidentes. Les règles qui s'appliquent précisément aux fiducies non résidentes figurent à l'article 94 de la Loi.

### *Conditions d'application*

Outre la non-résidence de la fiducie, les conditions d'application de l'article 94 de la Loi ont trait aux bénéficiaires, aux personnes de qui la fiducie a acquis ses biens et à la manière dont les bénéficiaires ont acquis leur participation.

#### *1) Conditions relatives aux bénéficiaires*

Parmi les bénéficiaires de la fiducie, il doit y avoir soit une personne résidant au Canada, soit une société ou une fiducie (peu importe son lieu de résidence) avec laquelle une personne résidant au Canada a un lien de dépendance, soit une «société étrangère affiliée contrôlée»<sup>30</sup> par une personne résidant au Canada. À cette fin, il sera considéré qu'une personne a un droit de bénéficiaire dans une fiducie si elle a le droit (immédiat ou futur, conditionnel ou absolu, ou soumis ou non à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de quiconque) de recevoir la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie soit directement de la fiducie, soit indirectement par l'entremise d'une ou de plusieurs autres fiducies<sup>31</sup>.

#### *2) Conditions relatives à l'acquisition des biens de la fiducie*

La fiducie doit avoir acquis des biens directement ou indirectement, de quelque façon que ce soit, d'une personne qui répond aux exigences suivantes :

1) elle est le bénéficiaire visé ci-dessus à la première condition ou une personne liée à ce bénéficiaire ou est l'oncle, la tante, le neveu ou la nièce de ce bénéficiaire;

2) elle a résidé au Canada à une date quelconque au cours de la période de 18 mois précédant la fin de l'année d'imposition applicable de la fiducie (ou, dans le cas d'une personne qui a cessé d'exister, elle a résidé au Canada à une date quelconque au cours de la période de 18 mois précédant la fin de son existence); et

3) dans le cas d'un particulier, il a, avant la fin de l'année d'imposition applicable de la fiducie, résidé au Canada pendant une ou plusieurs périodes représentant, au total, plus de 60 mois.

<sup>30</sup> Conformément à l'alinéa 95(1)a), «société étrangère affiliée contrôlée» désigne une société non résidente dont un résident canadien détient au moins 10 pour cent des actions de toute catégorie et qui est contrôlée soit par ce résident canadien, soit par ce résident canadien et par au plus quatre personnes résidant au Canada, soit par au plus quatre personnes résidant au Canada, soit par des personnes avec lesquelles le résident canadien n'a pas de lien de dépendance ou, finalement, par le résident canadien et des personnes avec lesquelles il a un lien de dépendance.

<sup>31</sup> Paragraphe 248(25).

Aux fins de ce qui précède, une fiducie est réputée avoir acquis un bien d'une personne qui a donné une garantie pour son compte ou dont elle a reçu une aide financière quelconque<sup>32</sup>. L'article 94 s'applique également si le bien a été acquis d'une fiducie ou d'une société ayant elle-même acquis le bien d'une personne qui répond aux critères énoncés et avec laquelle elle a un lien de dépendance.

Les possibilités de planification se rapportant à l'article 94 se manifestent lorsque les conditions précitées ne sont pas satisfaites. En voici quelques exemples.

Premièrement, l'article 94 ne peut s'appliquer si les biens de la fiducie ont été acquis seulement d'un non-résident du Canada, même si la fiducie a des bénéficiaires résidant au Canada qui sont liés à cette personne. Malgré l'avis de certains analystes qui y voient une échappatoire à l'article 94, l'auteur estime qu'il est tout à fait indiqué que l'article 94 ne s'applique pas dans ces circonstances, car autrement l'impôt sur le revenu du Canada s'appliquerait également aux donations futures de biens faits par des non-résidents à des résidents canadiens.

Deuxièmement, si les biens de la fiducie ont été acquis seulement d'une personne qui n'a jamais résidé au Canada avant la date d'acquisition mais qui devient ensuite résidente du Canada, l'article 94 ne s'appliquera que le 1<sup>er</sup> janvier de l'année au cours de laquelle la personne aura résidé au Canada pendant un total de 60 mois, ce qui encourage les étrangers à immigrer au Canada.

Troisièmement, si les biens de la fiducie ont été acquis d'un résident canadien ou d'un non-résident qui l'est devenu par la suite, et que l'article 94 s'applique seulement parce que le lieu de résidence de cette personne est le Canada, l'article cessera de s'appliquer en date du 1<sup>er</sup> janvier :

- de la deuxième année qui suit l'année où il cesse de résider au Canada, si cela survient au cours des six premiers mois de l'année; ou
- de la troisième année qui suit l'année où il cesse de résider au Canada.

### 3) *Conditions relatives à l'acquisition de la participation d'un bénéficiaire*

Comme alternative à la condition précédente, l'article 94 peut s'appliquer si la participation du bénéficiaire visé à la première condition a été acquise, en totalité ou en partie, directement ou indirectement, par le bénéficiaire au moyen d'un achat ou d'une donation, d'un legs ou d'un héritage d'une personne visée à la deuxième condition ou de l'exercice d'un pouvoir de nomination par cette personne.

<sup>32</sup> Paragraphe 94(6).

*Effets de l'application*

Lorsque les conditions d'application de l'article 94 de la Loi sont satisfaites, les conséquences en seront différentes selon que la fiducie visée est discrétionnaire ou non.

*1) Application aux fiducies discrétionnaires*

Aux fins de l'application de l'article 94, une fiducie est considérée être discrétionnaire lorsque le montant de son revenu ou de son capital devant être attribué à une date quelconque à un bénéficiaire de la fiducie est fonction de l'exercice ou de l'absence d'exercice, par une personne, d'un pouvoir discrétionnaire<sup>33</sup>. Si elle est discrétionnaire, une fiducie est réputée, aux termes de l'article 94, être une personne résidant au Canada dont le revenu imposable pour l'année visée correspond au total des montants suivants :

- 1) son revenu imposable gagné au Canada, déterminé aux termes de l'article 115 de la Loi;
- 2) son RÉATB<sup>34</sup> pour l'année; et
- 3) le RÉATB de ses sociétés étrangères affiliées contrôlées<sup>35</sup>.

Lors du calcul du revenu imposable, la fiducie a le droit de réclamer, entre autres, une déduction pour les impôts étrangers payés à l'égard de toute fraction du revenu mentionné en 1) qui peut raisonnablement être considérée comme somme payable à un bénéficiaire qui réside au Canada<sup>36</sup> et de toute fraction du revenu mentionné en 2) et en 3) qui peut raisonnablement être considérée comme somme payable dans l'année à un bénéficiaire<sup>37</sup>. La fiducie est alors assujettie à l'impôt canadien au taux marginal le plus élevé applicable aux particuliers à l'égard du solde du revenu imposable, sous réserve de tout crédit pour impôt étranger. Bien que la fiducie soit réputée être résidente du Canada, elle n'est pas réputée être résidente d'une province canadienne. Par conséquent, en plus de l'impôt fédéral habituel, la fiducie est également assujettie à l'impôt payable aux termes de l'article 120 de la Loi sur son revenu de provenance étrangère.

Bien qu'une fiducie non résidente discrétionnaire visée par l'article 94 soit réputée résider au Canada et, afin de garantir le paiement de l'impôt canadien par une telle fiducie dont les fiduciaires et les biens peuvent être situés à l'étranger, le paragraphe 94(2) stipule que tout bénéficiaire est solidairement responsable des sommes payables par la

<sup>33</sup> Alinéa 94(1)c).

<sup>34</sup> Tel que défini à l'alinéa 95(1)b), le RÉATB signifie généralement le total des revenus tirés de biens (tels que les intérêts et les dividendes), des revenus tirés d'entreprises autres que des entreprises exploitées activement et des gains en capital.

<sup>35</sup> L'expression «société étrangère affiliée contrôlée» est définie à supra, note 30.

<sup>36</sup> Paragraphe 104(6).

<sup>37</sup> Paragraphes 94(3) et 104(24).

fiducie, jusqu'à concurrence des sommes qui lui sont payées ou payables par la fiducie ou des sommes qu'il a reçues lors de la disposition d'un droit sur la fiducie.

## 2) Application aux fiducies non discrétionnaires

Lorsque l'article 94 vise une fiducie non discrétionnaire, elle est réputée être une «société étrangère affiliée contrôlée» de chaque bénéficiaire dont les droits dans la fiducie représente au moins 10 pour cent de la juste valeur marchande totale de tous les droits dans la fiducie. En conséquence, une part correspondante du RÉATB de la fiducie est incluse dans le revenu de chacun de ces bénéficiaires qui résident au Canada<sup>38</sup>, exception faite des sommes qui peuvent être raisonnablement considérées comme payables dans l'année à un bénéficiaire<sup>39</sup>.

## Biens d'un fonds de placement non résident

L'article 94.1 de la Loi est une disposition anti-évitement adoptée en 1984, visant certains fonds de placement effectués à l'étranger et conçus pour contourner les règles applicables au RÉATB. En fait, avant l'adoption de l'article 94.1, il était possible de se soustraire à l'application de l'article 94 en formant une fiducie non discrétionnaire qui comptait au moins 11 bénéficiaires dont chacun détenait dans la fiducie un droit dont la juste valeur marchande était inférieure à 10 pour cent de la juste valeur marchande de tous les droits détenus dans la fiducie.

L'article 94.1 s'applique lorsqu'un contribuable résidant au Canada détient un bien (appelé «bien d'un fonds de placement non résident») qui constitue notamment une participation dans une entité non résidente dont la valeur peut raisonnablement être considérée comme découlant principalement (soit dans une proportion de plus de 50 pour cent), directement ou indirectement de certains placements de portefeuille de cette entité ou de toute autre entité non résidente<sup>40</sup>. À cette fin, l'alinéa 94.1(2)b) définit l'expression «entité non résidente» comme «une société qui ne réside pas au Canada, une société de personnes, un organisme, un fonds ou une entité qui ne réside pas au Canada ou qui n'y est pas situé, ou encore une fiducie à l'égard de laquelle les règles prévues aux alinéas 94(1)c) et d) s'appliquent.» Le terme «entité»

<sup>38</sup> Alinéa 94(1)d).

<sup>39</sup> Paragraphes 94(4) et 104(24).

<sup>40</sup> Conformément à l'alinéa 94.1(1)b), les placements de portefeuille doivent être 1) en actions du capital-actions d'une ou de plusieurs sociétés, 2) en créances ou en rentes, 3) en participations dans un ou plusieurs fonds ou organismes ou dans une ou plusieurs sociétés, fiducies, sociétés de personnes ou entités, 4) en marchandises, 5) en biens immobiliers, 6) en avoirs miniers canadiens ou étrangers, 7) en monnaie autre que la monnaie canadienne, 8) en droits ou options d'achat ou de disposition de l'une des valeurs qui précèdent, ou 9) toute combinaison de ce qui précède.

comprend donc les fiducies. Compte tenu du libellé précis de cette définition, il est possible de soutenir que le terme «entité» devrait être interprété de façon à exclure toute fiducie non visée par les règles figurant aux alinéas 94(1)c) ou d). Cette approche serait logique vu l'intention du législateur de soustraire de telles fiducies (y compris les fiducies d'immigration) à l'application des règles canadiennes relatives au RÉATB. Revenu Canada, Impôt, aurait confirmé cette interprétation dans des réponses à des demandes d'interprétation, lesquelles ne le lient cependant pas.

De plus, l'article 94.1 ne s'appliquera pas à moins qu'il puisse être raisonnablement conclu d'après les circonstances, que l'une des raisons principales pour le contribuable d'acquérir, de détenir ou de posséder une participation dans un bien d'un fonds de placement non résidant est de tirer un bénéfice des placements de portefeuille de façon à ce que les impôts, s'il en est, sur les revenus, bénéfices et gains provenant de ces placements pour une année donnée soient considérablement moins élevés que les impôts dont ces revenus, bénéfices et gains seraient frappés s'ils avaient été gagnés directement par le contribuable<sup>41</sup>.

Le contribuable résidant au Canada, qui possède une participation dans un bien d'un fonds de placement non résidant et qui répond au critère d'intention exposé précédemment, doit inclure dans le calcul de son revenu le produit obtenu en multipliant le «coût désigné»<sup>42</sup> du bien à la fin de chaque mois par le quotient obtenu en divisant par 12 le taux d'intérêt prescrit pour la période comprenant ce mois. Le total de tous ces montants pour l'année, déduction faite du revenu du contribuable pour l'année (autre qu'un gain en capital) tiré du bien d'un fonds de placement non résidant doit être inclus dans le revenu du contribuable pour l'année déterminée par ailleurs.

---

<sup>41</sup> L'article 94.1 précise que les circonstances dont il faut tenir compte dans ce calcul comprennent :

- c) la nature, l'organisation et les activités de toute entité non résidante, ainsi que les formalités et les conditions régissant la participation du contribuable dans toute entité non résidante ou les biens qu'il a avec une telle entité;
- d) la mesure dans laquelle les revenus, bénéfices et gains qu'il est raisonnable de considérer comme ayant été gagnés ou accumulés, directement ou indirectement, au profit de toute entité non résidante, sont assujettis à un impôt sur le revenu ou sur les bénéfices qui est considérablement moins élevé que l'impôt sur le revenu dont ces revenus, bénéfices et gains seraient frappés s'ils étaient gagnés directement par le contribuable; et
- e) la mesure dans laquelle les revenus, bénéfices et gains de toute entité non résidante pour un exercice donné sont distribués au cours de ce même exercice ou de celui qui le suit.

<sup>42</sup> Le «coût désigné» d'un bien d'un fonds de placement non résidant est défini à l'alinéa 94.1(2)a) comme étant le total du coût d'acquisition initial du bien pour le contribuable, de l'ensemble des montants inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition précédente en vertu de cette disposition et, lorsque le contribuable détenait le bien à la fin de 1984, de l'excédent de la juste valeur marchande du bien à cette date sur le coût indiqué du bien.

## **Imposition des bénéficiaires résidant au Canada**

### ***Imposition des distributions par la fiducie***

Le bénéficiaire d'une fiducie non résidante qui réside au Canada doit inclure dans son revenu toutes les sommes devenues payables par la fiducie au cours de l'année, sauf s'il s'agit du produit de disposition de la totalité ou d'une partie de la participation du bénéficiaire ou, dans le cas d'une fiducie personnelle, d'une distribution ou d'un versement de capital<sup>43</sup>.

Le fait qu'une fiducie réponde aux critères d'une «fiducie personnelle» est donc déterminant dans le traitement fiscal accordé aux bénéficiaires qui résident au Canada. De façon générale, le terme «fiducie personnelle» désigne une fiducie testamentaire, et une fiducie non testamentaire dans laquelle aucun droit de bénéficiaire n'est acquis pour une contrepartie payable à la fiducie ou à une personne qui effectue un apport à la fiducie<sup>44</sup>.

Le versement de capital qu'une fiducie personnelle non résidante effectue en faveur d'un bénéficiaire qui réside au Canada n'est pas assujéti à l'impôt<sup>45</sup>. Aux termes des lois régissant les fiducies, tout bien de la fiducie est considéré être du capital, tout revenu non distribué au cours d'une période, une augmentation du capital. Les fiducies personnelles, y compris les fiducies non résidentes, peuvent donc distribuer ces augmentations aux bénéficiaires du capital, en franchise d'impôt, au cours de périodes ultérieures.

Les versements effectués par des fiducies non résidentes non admissibles à titre de fiducies personnelles à un bénéficiaire qui réside au Canada, qu'ils soient tirés du revenu de la fiducie ou de son capital, seront imposés comme du revenu ordinaire. Cependant, cette règle ne s'appliquera pas dans le cas où les versements sont effectués en contrepartie de la totalité ou d'une partie de la participation du bénéficiaire (discuté plus loin).

### ***Rachats et dispositions des participations dans la fiducie***

Si une fiducie non résidante est admissible à titre de «fiducie personnelle» et qu'aucun des bénéficiaires n'a acheté de participation dans la fiducie, la neutralité fiscale existant au Canada entre une fiducie résidante et une fiducie non résidante s'applique également aux rachats et aux dispositions de participations dans la fiducie effectués en faveur de bénéficiaires résidant au Canada<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Alinéa 104(13)c).

<sup>44</sup> Paragraphe 248(1).

<sup>45</sup> Alinéas 104(13)c) et 105(1)b).

<sup>46</sup> La participation dans une fiducie est réputée être rachetée lorsqu'un bénéficiaire se voit attribuer un bien appartenant à une fiducie en règlement total ou partiel de sa participation.



Lorsqu'une fiducie personnelle attribue un bien à un bénéficiaire en règlement de sa participation au revenu de la fiducie, elle est réputée avoir disposé du bien à sa juste valeur marchande<sup>47</sup>. Par conséquent, la fiducie peut contracter une obligation fiscale, mais le bénéficiaire n'aurait pas, semble-t-il, d'impôt à payer à la réception du bien<sup>48</sup>. Les dispositions de report d'impôt ou de transfert en franchise d'impôt s'appliquent automatiquement lorsqu'une fiducie personnelle distribue des biens à un bénéficiaire qui réside au Canada en règlement de la totalité ou d'une partie de sa participation au capital de la fiducie, à la condition que la fiducie n'ait, en aucun temps, été visée par le paragraphe 75(2)<sup>49</sup>.

Une fiducie qui n'est pas une fiducie personnelle est réputée avoir disposé du bien distribué en règlement de toute participation, peu importe sa caractérisation aux fins des lois régissant les fiducies, pour un produit égal à sa juste valeur marchande<sup>50</sup>. Le bénéficiaire sera réputé avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande du bien reçu de la fiducie. Par conséquent, il pourra réaliser un gain en capital imposable ou subir une perte en capital déductible, selon le prix de base rajusté de sa participation dans la fiducie<sup>51</sup>.

Lorsqu'aux termes de l'alinéa 94(1)d), une fiducie non discrétionnaire et non résidente est réputée être une société étrangère affiliée contrôlée par un bénéficiaire résident au Canada, la définition particulière de «coût indiqué» à l'alinéa 108(1d) ne s'appliquera pas au calcul du prix de base rajusté de la participation du bénéficiaire au capital de la fiducie. Ce prix de base correspondra donc à celui qui sera calculé autrement aux termes de la Loi. De plus, le paragraphe 94(5) prévoit des rajustements dans le calcul du prix de base rajusté de ces participations au capital afin de tenir compte des montants inclus ou déduits dans le calcul du revenu conformément aux règles relatives au RÉATB figurant à l'article 91.

Enfin, pour éviter la double imposition qui se produirait autrement à la disposition d'un bien d'un fonds de placement non résident, les montants inclus dans le revenu du contribuable aux termes de l'article 94.1 s'ajoutent au prix de base rajusté du bien. Une telle situation pourrait éventuellement réduire le gain en capital ou accroître la perte en capital, selon le cas<sup>52</sup>.

### CONSIDÉRATIONS FISCALES ÉTRANGÈRES

Les règles fiscales canadiennes applicables à l'auteur d'une fiducie, à la fiducie elle-même et à ses bénéficiaires, ne constituent qu'une partie de

<sup>47</sup> Paragraphe 106(3).

<sup>48</sup> Paragraphe 106(2).

<sup>49</sup> Paragraphes 107(2) et (4.1).

<sup>50</sup> Alinéa 107(2.1)a).

<sup>51</sup> Alinéa 107(2.1)c).

<sup>52</sup> Alinéa 53(1)m).

l'analyse complète qui est requise lors de l'élaboration d'un programme concernant l'établissement d'une fiducie non résidante. Si une fiducie non résidante est établie correctement, les conséquences fiscales canadiennes seront nulles ou favorables, de telle sorte qu'il pourrait être possible de reporter ou d'éliminer complètement l'imposition au Canada du revenu ou des bénéfices de la fiducie étrangère à l'avantage éventuel de bénéficiaires qui résident au Canada. Toutefois, les règles fiscales dans la juridiction de résidence de l'auteur de la fiducie, de la fiducie elle-même, ou dans celle où sont situés les biens de la fiducie, peuvent se traduire par une double imposition et éliminer partiellement ou totalement ce traitement fiscal avantageux au Canada. Par conséquent, il est nécessaire de tenir compte de l'incidence possible de ces impôts étrangers et de prévoir les circonstances qui y donnent lieu afin de pouvoir les éviter.

### **Territoire de résidence d'auteurs étrangers**

Il faut faire preuve de beaucoup de prudence lorsque l'auteur est assujéti aux règles fiscales d'un territoire étranger<sup>53</sup>. Outre les impôts sur le revenu et sur les gains en capital qui peuvent découler d'un transfert de biens aux fiduciaires, les règles fiscales applicables dans le territoire de résidence étranger de l'auteur peuvent entraîner des conséquences fiscales défavorables. Par exemple, si l'auteur est assujéti à l'impôt sur le revenu américain, il faudra rédiger le contrat de fiducie avec soin afin d'éviter que les règles relatives à la fiducie du constituant («grantor trust rules») puissent s'appliquer à la fiducie<sup>54</sup>. Ces règles stipulent habituellement que lorsqu'un «constituant» (l'auteur) a conservé une participation ou des pouvoirs considérables dans la fiducie pour lui-même ou son conjoint, il peut encore être considéré comme le propriétaire des biens de la fiducie et, par conséquent, influencer le calcul de son revenu aux fins de l'impôt américain sur le revenu. Les États-Unis perçoivent également un impôt sur les donations à l'égard des transferts de biens sans contrepartie. D'autres territoires, tels que l'Australie et la Nouvelle-Zélande, ont adopté récemment des lois aux termes desquelles la résidence d'une fiducie est réputée être la résidence de son auteur. Évidemment, toute situation touchant un auteur assujéti aux lois fiscales d'un territoire étranger devrait être examinée par un fiscaliste compétent du territoire en question.

<sup>53</sup> Il existe plusieurs circonstances dans lesquelles les règles fiscales d'un autre territoire peuvent s'appliquer. En effet, selon la notion fiscale de «résidence» en common law, le particulier peut résider en même temps dans plus d'un territoire. De plus, dans un grand nombre de territoires, l'assujétissement à l'impôt sur le revenu repose sur d'autres critères. Par exemple, à l'exception de la résidence, des éléments tels la citoyenneté et certains critères précis de présence au pays assujétissent un particulier à l'impôt sur le revenu des États-Unis.

<sup>54</sup> Ces règles figurent aux articles 671 à 679 du US Internal Revenue Code of 1986, tel que modifié.

### **Territoire où la fiducie est établie**

Il n'existe pas d'impôt sur le revenu dans les îles Caïmans, les îles Turks et Caïcos, les Bahamas et les Bermudes. Les autres territoires suggérés comme étant appropriés pour l'établissement de fiducies non résidentes, soit les îles Cook, le Belize, Chypre, Gibraltar et l'île Maurice, exonèrent de l'impôt sur le revenu du pays les fiducies constituées par et en faveur de non-résidents.

S'il y a lieu, la législation fiscale du territoire étranger visé devrait être examinée soigneusement. En cas de doute, il serait souhaitable d'obtenir l'opinion de fiscalistes compétents de ce territoire pour que l'établissement de la fiducie n'entraîne pas d'obligations fiscales imprévues.

### **Territoire où sont situés les biens de la fiducie**

Il faudra tenir compte, le cas échéant, des répercussions que pourraient avoir sur le régime fiscal global les retenues d'impôt effectuées par le pays d'origine sur le montant brut de certains types de revenus de placement, tels que les intérêts, les dividendes, les loyers et les redevances. Par exemple, lorsque la retenue d'impôt relative aux non-résidents canadiens est effectuée aux termes de la Partie XIII de la Loi à l'égard de versements faits à une fiducie non résidente qui n'est pas visée par l'article 94, les bénéficiaires de la fiducie qui résident au Canada n'auront pas le droit de réclamer un crédit pour impôt étranger relativement à cette retenue d'impôt lorsque le revenu de la fiducie leur sera distribué<sup>55</sup>. Par conséquent, le même revenu de source canadienne serait assujéti à une double imposition au Canada. De plus, la plupart des «paradis fiscaux» n'ont pas conclu de conventions fiscales permettant d'éviter la double imposition. Il s'ensuit que les fiducies qui résident dans ces territoires ne bénéficieront habituellement pas des taux réduits de retenue d'impôt généralement applicables aux revenus de placement en vertu de telles conventions. Lorsqu'il est prévu que des biens importants de la fiducie seront situés dans un territoire où les taux de retenue d'impôt sont élevés, comme le Canada ou les États-Unis, il faudrait prévoir l'établissement de la fiducie dans un territoire avec lequel le pays d'origine a conclu une convention fiscale afin de réduire les taux sans créer d'obligation fiscale considérable dans le pays même<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> De fait, le paragraphe 104(22) prévoit qu'aux fins du calcul du crédit pour impôt étranger dont peuvent se prévaloir une fiducie et ses bénéficiaires, le revenu étranger de la fiducie, ainsi que l'impôt étranger versé sur ce revenu, peuvent être imputés à la fiducie et au bénéficiaire selon les montants indiqués par la fiducie dans sa déclaration d'impôt sur le revenu produite pour l'année. Toutefois, cette disposition s'applique uniquement aux fiducies qui résident au Canada pendant toute l'année d'imposition.

<sup>56</sup> La Barbade, Singapour, Chypre, l'Irlande et l'île de Malte sont des exemples de pays ayant conclu des conventions fiscales avec le Canada et qui peuvent offrir des exemptions fiscales totales ou partielles aux fiducies comptant des bénéficiaires non résidents.

## CONSIDÉRATIONS RELATIVES À LA FIDUCIE ET AU FIDUCIAIRE

### Choix du territoire de la fiducie

Lors de l'établissement d'une fiducie non résidante, la première étape consiste à déterminer quelles lois s'appliquent. Règle générale, l'administration de la fiducie sera régie par les lois en vigueur à l'endroit où la fiducie est établie. Sinon, le contrat de fiducie fera mention expresse de la loi d'administration. Dans ce cas, le contrat de fiducie comportera habituellement une clause stipulant que la fiducie sera régie par les lois du territoire étranger visé et qu'elle reconnaîtra la compétence des tribunaux de ce territoire en ce qui à trait à toute question touchant l'interprétation, l'application ou l'administration de la fiducie. L'«administration» d'une fiducie porte sur tous les aspects de l'application et de l'exécution du contrat de fiducie et comprend, notamment, la nomination et la révocation des fiduciaires, les pouvoirs et les fonctions de ces derniers, les placements qu'ils sont autorisés à effectuer, la responsabilité en cas de violation de leurs devoirs et la durée de la fiducie.

Cet article ne tente pas de traiter des différences qui existent entre les lois régissant les fiducies des divers territoires où des fiducies étrangères sont habituellement établies. Toutefois, la réussite d'une planification exige que soient déterminées les principales caractéristiques des lois étrangères pour permettre la réalisation des objectifs en matière de planification successorale ou de protection des biens. Il va de soi qu'aucune fiducie ne devrait être établie dans un territoire étranger sans qu'un spécialiste compétent en la matière de ce territoire n'ait été consulté au sujet du contrat de fiducie projeté, des faits pertinents et des documents importants.

Pour que le Canada reconnaisse la validité des fiducies étrangères, le territoire doit avoir adopté la common law régissant les fiducies, plutôt que d'avoir promulgué une loi portant sur la question. De plus, les lois locales régissant les fiducies doivent comporter des dispositions relatives à la modification des modalités d'une fiducie aux termes desquelles un contrat de fiducie pourra être restructuré en prévision des modifications futures des lois fiscales ou des lois régissant les fiducies.

Lorsque la protection des biens constitue l'un des objectifs de l'établissement de la fiducie non résidante, l'auteur devrait choisir un territoire étranger dont les lois procurent au débiteur une protection très étendue et précise contre toute réclamation des créanciers futurs à l'égard de l'auteur ou de la fiducie et, s'il s'agit d'une fiducie non discrétionnaire, de ses bénéficiaires. Par exemple, l'exécution de jugements étrangers dans le territoire sans le dépôt d'une nouvelle action devrait faire l'objet de restrictions. Les ordonnances des tribunaux de faillite étrangers ne devraient pas jouir d'une reconnaissance dans le territoire ou devraient avoir, tout au plus, une reconnaissance limitée. En outre, un créancier ne devrait pas avoir le droit d'intenter de poursuite visant des biens détenus par une fiducie

créée dans le territoire étranger ou son fiduciaire si la créance porte sur une question régie ou sur des transferts protégés par les lois du territoire étranger. Par exemple, le créancier pourrait avoir à prouver non seulement que l'intention de l'auteur était frauduleuse, mais également que son insolvabilité découlait du transfert de biens à la fiducie. De plus, aucun créancier dont la créance est postérieure au transfert de biens à la fiducie ne devrait pouvoir obtenir le règlement de sa créance auprès de la fiducie ni contester cette dernière d'une autre façon. Par conséquent, une telle fiducie protégerait efficacement ses biens contre les créanciers, même si un tribunal canadien pouvait conclure que, pour les créanciers de l'auteur, l'établissement de la fiducie s'était fait de façon frauduleuse. Il serait très difficile pour un créancier (ou un syndic de faillite), et probablement fort coûteux, de s'attaquer à une fiducie de protection des biens créée et administrée aux termes de lois étrangères comportant ces caractéristiques.

Les îles Cook constituent un bon exemple d'un territoire étranger ayant adopté des lois régissant les fiducies qui sont particulièrement favorables aux fiducies de protection des biens. Aux termes de ces lois, seuls les créanciers existant au moment du règlement sont protégés contre un transfert frauduleux à une «fiducie internationale» en vertu des lois des îles Cook, et le créancier doit faire la preuve de sa créance hors de tout doute raisonnable. Le délai de prescription est de deux ans ou moins dans tous les cas où les créances ont trait à un transfert frauduleux.

Il faut toutefois noter que la protection offerte par les lois du territoire de la fiducie étrangère pourraient ne pas s'appliquer aux biens de la fiducie situés à l'extérieur de ce territoire. Par exemple, si les biens restent au Canada, il est possible qu'un tribunal canadien permette l'exécution d'un jugement contre la fiducie étrangère, malgré son territoire d'établissement. Par conséquent, afin que les biens de la fiducie étrangère soient protégés efficacement contre les créanciers de l'auteur, non seulement doit-elle être régie par des lois étrangères appropriées, mais ses biens doivent également être situés en territoire étranger.

La fiducie étrangère est habituellement établie dans un «paradis fiscal», et devient résidente de ce territoire. En fait, même si la fiducie n'est pas établie seulement à des fins fiscales, l'absence d'impôts locaux réduit la possibilité de double imposition.

Les territoires suivants semblent, en général, satisfaire à tous les critères mentionnés, et pourraient être choisis pour l'établissement de fiducies étrangères à des fins de report ou de réduction d'impôt et de protection des biens : les îles Cook, les Bahamas, le Belize, les îles Caïmans, Chypre, Gibraltar, l'île Maurice et les îles Turks et Caïcos<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> Voir, entre autres, Normand C. Tobias, «The Uses and Abuses of Foreign Asset Protection Trusts», dans 1993 Corporate Management Tax Conference, supra, note 19, 14:1-42, et Jack Bernstein, «Asset Protection Trusts» (avril 1993), 3 *Tax Profile*, 301-8.

Ces territoires ont tous déjà été des colonies de l'Angleterre et leurs lois antérieures relatives aux cessions frauduleuses de biens et aux opérations frauduleuses correspondaient aux lois provenant d'Angleterre ou à leur version locale<sup>58</sup>. D'autres territoires, même ceux où les taux d'imposition sont élevés, comme le Royaume-Uni, peuvent constituer des «paradis fiscaux» ou mieux convenir à certaines fiducies touchant des auteurs, des bénéficiaires et des biens étrangers. Il va de soi qu'il est essentiel d'obtenir l'opinion de conseillers locaux lorsque la planification est fondée sur les règles fiscales et les exemptions étrangères.

Finalement, la commodité et la stabilité politique sont des facteurs pratiques importants dont il faudrait tenir compte. Le territoire choisi devrait être doté d'une infrastructure concurrentielle sur le plan international, dont des institutions financières internationales, des chargés de comptes compétents, des avocats et des comptables possédant une solide formation, ainsi que des réseaux de communication efficaces. Comme les clients se rendront de temps à autre dans le territoire et auront souvent besoin de communiquer avec les fiduciaires qui s'y trouvent, le territoire devra être accessible et, de préférence, être situé dans le même fuseau horaire. En raison de ces facteurs d'ordre pratique, il pourrait arriver qu'un territoire qui serait autrement idéal, comme les îles Cook, ne puisse convenir parce qu'il est situé dans l'autre hémisphère.

### **Genre de fiducie et dispositions relatives à celle-ci**

Généralement, les fiduciaires détiennent des biens en fiducie pour le compte de bénéficiaires qui répondent à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

- ils sont expressément nommés et ont droit à une partie donnée du revenu ou du capital de la fiducie (habituellement nommée «fiducie stricte»);
- ils sont membres d'une catégorie donnée de bénéficiaires qui peuvent être choisis pour recevoir la totalité ou une partie du revenu ou du capital de la fiducie (habituellement nommée «fiducie discrétionnaire»).

En raison de sa souplesse, de la protection contre les créanciers des bénéficiaires et de l'absence de valeur aux fins successorales, la fiducie discrétionnaire est habituellement choisie aux fins de l'établissement d'une fiducie étrangère. Aux termes de ces fiducies, les fiduciaires peuvent généralement, à leur discrétion, distribuer le revenu ou le capital à n'importe quel bénéficiaire d'une catégorie ou d'un groupe donné, à l'exclusion d'un autre bénéficiaire. Ainsi, en cas d'insolvabilité ou de faillite ultérieure d'un bénéficiaire éventuel, les

---

<sup>58</sup> Tobias, *supra*, note 57, à la p. 14:3.

fiduciaires pourraient refuser d'exercer leur pouvoir discrétionnaire en faveur de ce bénéficiaire au cours de la période d'insolvabilité ou de faillite.

Les fiducies de protection des biens renferment souvent une clause «de gaspillage» qui interdit le transfert ou la cession de toute participation dans la fiducie, soit par acte volontaire ou involontaire des bénéficiaires ou par l'effet de la loi, et qui limite la responsabilité de la fiducie en ce qui concerne les dettes, les contrats ou toute autre obligation des bénéficiaires de la fiducie. Une fiducie «de protection» peut également être créée en vertu de la common law lorsque le contrat de fiducie stipule que le bénéficiaire n'aura plus de participation au revenu de la fiducie s'il fait faillite ou s'il tente d'aliéner sa participation. La clause «de gaspillage» et la clause «de protection» se retrouvent dans la plupart des fiducies étrangères strictes dans lesquelles la participation des bénéficiaires est fixe, même les fiducies qui n'ont pas comme objectif principal la protection des biens. Toutefois, au lieu de l'une ou l'autre de ces fiducies, il est possible d'établir une fiducie familiale discrétionnaire aux termes de laquelle aucun bénéficiaire n'a le droit d'acquérir de biens de la fiducie, à moins que le fiduciaire n'exerce son pouvoir discrétionnaire en effectuant une distribution en faveur de ce bénéficiaire. Avec ce genre de fiducie, la participation des bénéficiaires n'a aucune valeur jusqu'à ce qu'une telle distribution soit effectuée.

De plus, la fiducie de protection des biens doit être irrévocable. En cas contraire, il est possible que le pouvoir de révocation puisse être exercé par l'auteur, sur ordonnance d'un tribunal compétent du territoire de son domicile émise à la demande des créanciers nommés en vertu d'un jugement ou par un syndic de faillite représentant l'auteur failli.

### **Choix du fiduciaire**

Puisqu'il est essentiel que l'auteur n'exerce aucun contrôle sur les biens de la fiducie et sur leur distribution, le fiduciaire doit être absolument digne de confiance. De façon usuelle, une société de fiducie qui exerce ses activités dans le territoire étranger choisi devient fiduciaire d'une fiducie étrangère. L'auteur peut choisir une société de fiducie d'envergure qui appartient à une institution financière internationale, ou une petite société de fiducie qui appartient à un ou à plusieurs particuliers. Généralement, plus la société de fiducie est d'envergure, moindre est le risque d'incompétence et de malhonnêteté des chargés de compte.

Si l'un des objectifs de la fiducie étrangère consiste à protéger les biens contre les créanciers, les fiduciaires devraient être à l'étranger. Autrement, un tribunal canadien pourrait ordonner aux fiduciaires d'exercer leurs pouvoirs afin que les biens soient remis à l'auteur ou qu'ils soient distribués à un débiteur bénéficiaire. En cas de refus, les fiduciaires pourraient être assujettis à des pénalités (ou emprisonnés

dans le cas de particuliers) pour outrage au tribunal et leurs pouvoirs pourraient même être exercés par un tribunal en leur nom<sup>59</sup>.

En raison des possibilités d'instabilité politique, de modifications défavorables des lois fiscales ou des lois relatives aux fiducies ou d'autres facteurs invalidant la fiducie sur le plan juridique, il arrive souvent que le contrat de fiducie contienne une clause prévoyant la destitution automatique des fiduciaires et la nomination de fiduciaires résidant dans un autre territoire lorsque certains événements précis se produisent.

Il est fréquent que l'auteur nomme une ou plusieurs personnes en qualité de «protecteurs» aux termes de la fiducie. Les protecteurs peuvent conseiller le fiduciaire au sujet des placements dépassant une somme donnée et l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires concernant les distributions. Ils peuvent modifier les lois applicables à la fiducie et l'endroit d'où la fiducie est administrée et, dans certaines circonstances données, révoquer un fiduciaire et lui nommer un successeur. Toutefois, il faut souligner que l'administration de la fiducie peut être considérablement alourdie lorsque des pouvoirs trop étendus sont accordés aux protecteurs qui sont habituellement des parents ou des amis intimes de l'auteur. En raison de l'influence possible des protecteurs sur la gestion de la fiducie, les protecteurs, ou au moins la majorité d'entre eux, ne devraient pas résider au Canada.

L'auteur peut également remettre au fiduciaire d'une fiducie discrétionnaire une lettre dans laquelle il indique de quelle façon il souhaite que les biens de la fiducie soient répartis entre les bénéficiaires. Toutefois, nonobstant le fait que le fiduciaire n'est généralement pas lié juridiquement par cette lettre, l'utilisation d'une telle lettre doit être analysée pour éviter que le fiduciaire ne soit lié ou ne soit considéré lié d'une façon ou d'une autre par ses termes; en effet, la nature de la fiducie (discrétionnaire ou non discrétionnaire) et la détermination des fiduciaires pourraient être affectées, modifiant ainsi le traitement fiscal applicable à la fiducie.

### **EXEMPLES D'UTILISATION DE FIDUCIES NON RÉSIDANTES**

L'article fait état ci-après des façons d'établir et d'utiliser des fiducies non résidentes en vue d'effectuer des donations à des fins de gel successoral, ainsi qu'afin de protéger des biens de résidents canadiens. Il faut noter qu'en pratique, chaque cas de planification successorale ou de protection des biens doit être établi en fonction des circonstances particulières qui se présentent. Le conseiller doit avoir une connaissance approfondie des objectifs du client et des biens dont il dispose, une compréhension générale des régimes politiques, fiscaux et

<sup>59</sup> Ibid., à la p. 14:25.



juridiques des territoires étrangers visés et de bonnes relations de travail avec les experts locaux avec lesquels il coordonnera l'établissement et la gestion de la fiducie.

### **Planification successorale**

#### ***Donations et legs effectués par des non-résidents***

Lorsqu'un non-résident du Canada souhaite donner un bien à un résident du Canada ou en faveur de ce dernier et que ce bien sera vraisemblablement investi plutôt que dépensé immédiatement, il est possible, par l'utilisation d'une fiducie étrangère résidant dans un «paradis fiscal», de différer l'impôt sur le revenu au Canada jusqu'à ce que le résident canadien reçoive la donation.

L'établissement d'une fiducie étrangère peut permettre d'échapper de façon permanente au fisc canadien. Lorsque l'auteur ne réside pas et n'a jamais résidé au Canada et que la fiducie ne réside pas au Canada, le revenu de provenance étrangère de la fiducie ne sera pas assujéti à l'impôt canadien. En effet, selon les règles usuelles, une fiducie qui ne résidera pas au Canada ne sera pas assujétié à l'impôt sur le revenu canadien. De plus, il a été démontré que l'article 94 de la Loi ne stipule pas l'inclusion du revenu d'une fiducie dans le revenu d'un bénéficiaire résidant au Canada lorsque l'auteur n'est pas, n'a pas été, et ne sera jamais, résident canadien. Dans de telles circonstances, l'article 94.1 ne devrait pas s'appliquer.

Afin d'être certain de ne pas avoir à payer de l'impôt au Canada, la fiducie non résidante ne devrait pas détenir de biens qui constitueraient des biens canadiens imposables, des avoirs miniers canadiens, des biens immobiliers situés au Canada ou des biens qui donnent lieu à des paiements assujétiés à la retenue d'impôt aux termes de la Partie XIII de la Loi.

En plus de reporter l'impôt canadien au moyen de la conservation du revenu dans de telles fiducies non résidentes dans les circonstances décrites, il est possible d'éviter l'impôt canadien de façon permanente lorsque le revenu est accumulé dans la fiducie et distribué ultérieurement en tant que capital non imposable à un bénéficiaire résidant au Canada. En fait, selon les principes généraux de la common law, le revenu accumulé par les fiduciaires est considéré comme une augmentation du capital qui, une fois distribué à un bénéficiaire résidant au Canada, est toujours considéré comme du capital et n'est pas assujétié à l'impôt. Afin d'appuyer la thèse selon laquelle le revenu cumulé de la fiducie a été «capitalisé», il est souhaitable que les fiduciaires le réinvestissent dans des placements productifs de revenu et qu'ils conservent ces placements pendant une longue période avant d'effectuer une distribution quelconque à un bénéficiaire. Le contrat de fiducie doit ordonner aux fiduciaires de cumuler et de capitaliser les sommes reçues à titre de revenu. Enfin, les fiduciaires doivent éviter de distribuer, au début de chaque année, le revenu de la fiducie réalisé l'année précédente.

De façon générale, les biens détenus par les fiducies non résidentes ne devraient pas être assujettis à l'homologation au Canada, ni être calculés comme un pourcentage de la valeur des biens de l'auteur décédé aux frais provinciaux d'homologation.

Ces résultats sont nettement plus avantageux que ceux obtenus lorsque le bienfaiteur ou le testateur non résidant donne ou lègue des biens à un bénéficiaire résidant au Canada.

Les non-résidents qui souhaitent effectuer une donation entre vifs ou léguer, à leur décès, des biens à des parents, tels que des enfants ou des petits-enfants résidant au Canada, ou en faveur de ces derniers, ont fréquemment recours à ce genre de planification.

Le même genre de situation se retrouve lorsqu'une société non résidente, dans laquelle un résident du Canada détient une participation minoritaire, se sert d'une partie de ses bénéfices non répartis pour établir une fiducie non résidente dans l'intérêt d'un résident du Canada. Comme les bénéfices non répartis appartiennent à la société, il peut être soutenu que la fiducie non résidente n'acquière aucun bien, directement ou indirectement, du résident canadien. Il faut toutefois être en mesure de prouver que le résident canadien n'a pas suggéré, autorisé ou approuvé le transfert.

Il est également possible qu'un résident du Canada donne des biens à un non-résident, et que ces biens soient ensuite placés par le non-résident dans une fiducie étrangère dans l'intérêt des enfants du résident du Canada. Ce genre de planification serait assujéti à la disposition générale anti-évitement, à moins qu'il ne puisse être démontré que la première donation n'était liée d'aucune façon à la deuxième, ni n'en dépendait.

Le non-résident peut également placer des biens en fiducie pour le compte d'un résident canadien qui lui fait alors don de biens équivalents. Pour assurer la réussite d'un tel programme, il faudrait tenir compte de l'application de la disposition générale anti-évitement, à moins qu'il puisse être démontré que le placement des biens en fiducie n'était d'aucune façon lié ou assujéti au don de biens équivalents.

### ***Donations faites par des auteurs résidant au Canada***

#### *Gel successoral*

Comme la fiducie personnelle non résidente est neutre sur le plan fiscal par rapport à une fiducie personnelle qui réside au Canada, il est possible d'envisager l'utilisation d'une fiducie non résidente pour obtenir un gel successoral, de la même façon que pour une fiducie résidente. En fait, les actions ordinaires d'une société peuvent être converties en actions privilégiées à valeur fixe conformément à l'article 86 de la Loi et de nouvelles actions ordinaires de la société peuvent alors être émises, moyennant une contrepartie nominale, à une fiducie non testamentaire non résidente établie dans l'intérêt d'un conjoint ou

d'enfants. La fiducie devrait utiliser des fonds empruntés à un taux d'intérêt commercial pour la souscription des actions. Si le conjoint est bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire, l'auteur devrait en être un parent plutôt que l'autre conjoint<sup>60</sup>.

Bien que l'utilisation d'une fiducie étrangère non résidente aux fins d'un gel successoral ne présente habituellement aucun avantage fiscal par rapport à l'utilisation d'une fiducie établie au Canada, elle peut être utile afin, par exemple, de combiner le gel successoral à un programme de protection des biens contre les créanciers ou contre l'éventualité que les impôts successoraux ou le contrôle des changes redeviennent applicables.

*Autres utilisations entraînant le report d'impôt et l'évitement fiscal*

Certaines planifications complexes et agressives ont été proposées afin de permettre aux auteurs résidant au Canada de bénéficier techniquement des mêmes avantages de report indéfini de l'impôt et d'évitement fiscal qui sont offerts lorsque l'auteur est un non-résident du Canada et qu'il le reste. Il semble évident que de telles planifications devraient être mises en application seulement après que les incidences possibles de la disposition générale anti-évitement ait été soigneusement étudiée.

**Planification à des fins de migration**

*Fiducie en faveur d'un immigrant*

Tel que déjà indiqué, l'article 94 de la Loi ne s'appliquera pas avant le 1<sup>er</sup> janvier de l'année au cours de laquelle le donateur/auteur a résidé au Canada pendant une période totale de 60 mois. Par conséquent, le particulier qui n'a jamais résidé au Canada peut mettre son revenu cumulé à l'abri de l'impôt canadien pendant ses 60 premiers mois de résidence au Canada en utilisant une fiducie non résidente. L'article 94.1 ne devrait pas viser une telle fiducie.

La procédure usuelle à respecter pour l'établissement d'une fiducie non résidente dans l'intérêt d'un nouvel immigrant peut être décrite comme suit :

- l'immigrant établit une fiducie discrétionnaire entre vifs pour lui-même et ses enfants adultes dans un paradis fiscal approprié avec un bien non productif de revenu comme une pièce d'or;

---

<sup>60</sup> Si le conjoint d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire en est l'auteur, l'alinéa 2800(3)e) du Règlement afférent à la Loi exige que tout le revenu cumulé soit imposable entre les mains du conjoint plutôt qu'entre les mains des bénéficiaires discrétionnaires. Pour de plus amples renseignements au sujet de cette structure typique, voir Jack Bernstein, «Tax Planning for Personal Trusts», dans 1988 Conference Report, supra, note 3, 40:1-43, aux pp. 40:13-16.

- l'immigrant constitue une société dans le territoire en question et y transfère des biens en échange d'actions privilégiées rachetables au gré du porteur;
- l'immigrant acquiert le statut de résident canadien et fait alors don des actions privilégiées à la fiducie.

Au cours de la période de 60 mois, la société ne versera aucun dividende à la fiducie. Si l'immigrant a besoin de fonds, la société en transférera à la fiducie au moyen du rachat d'actions privilégiées et la fiducie pourra distribuer ces fonds à l'immigrant sous forme de distribution de capital à l'abri de l'impôt<sup>61</sup>. De cette façon, les règles d'attribution ne devraient s'appliquer ni à l'immigrant ni à sa famille<sup>62</sup>.

### ***Fiducie en faveur d'un émigrant***

La personne qui émigre du Canada et qui souhaite donner des biens aux membres de sa famille qui continueront de résider au Canada pourrait bénéficier d'un report indéfini de l'impôt sur le revenu canadien et de l'évitement fiscal. En fait, si les biens de l'émigrant font l'objet d'une donation entre vifs à une fiducie étrangère structurée et administrée de façon à ne pas être une fiducie résidant au Canada et que l'émigrant est la seule personne à contribuer à la fiducie, l'article 94 ne s'appliquera pas, et le revenu ne sera pas attribué aux bénéficiaires de la fiducie qui résident au Canada au cours de toute année civile débutant plus de six mois après la date à laquelle l'émigrant a renoncé à son statut de résident canadien. De plus, l'article 94.1 ne devrait pas s'appliquer dans un tel cas.

Tout comme pour l'établissement de fiducies non résidentes par des non-résidents afin d'éviter le paiement de l'impôt canadien, la fiducie non résidente ne devrait pas détenir de biens qui constituent des biens canadiens imposables, des avoirs miniers canadiens, des biens immobiliers en inventaire situés au Canada ou des biens qui donnent lieu à des paiements assujettis à la retenue d'impôt aux termes de la Partie XIII de la Loi.

En dernier lieu, l'impôt canadien sera évité en permanence, non pas seulement reporté, lorsque le revenu de la fiducie y sera accumulé pour être ensuite distribué en tant que capital non imposable aux bénéficiaires résidant au Canada.

Il faut noter que, contrairement à la situation où l'auteur est un non-résident, l'auteur de ce genre de fiducie est assujetti à l'alinéa

<sup>61</sup> En vertu du sous-alinéa 104(13)c)(ii).

<sup>62</sup> Pour des renseignements supplémentaires sur les méthodes d'établissement de fiducies étrangères à l'intention d'immigrants, voir Sunny Ngan, «Les fiducies étrangères et les immigrants», *Planification fiscale personnelle* (1990), vol. 38, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1264-83, et Martin Day, «Offshore Trust Planning: The Fifth Year and Beyond,» *International Tax Planning Feature* (1993), vol. 41, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 979-1000.

69(1)b) de la Loi portant sur la disposition réputée d'un bien à sa juste valeur marchande. Par conséquent, il faut, dans la mesure du possible, éviter d'utiliser des biens dont la valeur a été augmentée et qui sont admissibles à titre de biens canadiens imposables exemptés des règles sur la disposition réputée lorsque le contribuable cesse d'être résident canadien<sup>63</sup>.

### **Protection des biens**

Un programme de protection de base contre les créanciers exigerait l'établissement d'une fiducie discrétionnaire entre vifs dans un paradis fiscal approprié possédant des lois précises sur la protection des biens. Les bénéficiaires pourraient être l'auteur de la fiducie, son conjoint et ses enfants. Par mesure de protection supplémentaire, la fiducie pourrait prévoir une clause «de protection» aux termes de laquelle un bénéficiaire cesserait de détenir une participation au revenu de la fiducie s'il faisait faillite ou tentait d'aliéner sa participation dans la fiducie. Bien que cette mesure protégerait les biens contre les futurs créanciers de l'auteur, aucun report de l'impôt sur le revenu ne serait possible. En fait, si un bénéficiaire établissait la fiducie, il deviendrait imposable sur le total du revenu gagné par la fiducie conformément aux règles d'attribution<sup>64</sup>.

### **CONCLUSION**

La mise en place d'une fiducie étrangère non résidente peut constituer une méthode de planification successorale ou un moyen de protéger les biens de l'auteur contre les réclamations de créanciers futurs. Cette fiducie pourrait également se comparer aux fiducies ou aux sociétés résidentes semblables et même présenter des avantages fiscaux par rapport à celles-ci. Plus particulièrement, les possibilités de report et d'évitement d'impôt qui peuvent découler de l'utilisation de fiducies étrangères non résidentes par des donateurs non résidents dans l'intérêt de bénéficiaires qui résident au Canada en font l'un des rares instruments de planification fiscale permettant encore de contrer les impôts élevés qui ont cours au Canada.

---

<sup>63</sup> Paragraphe 128.1(4).

<sup>64</sup> Paragraphe 75(2).