

## La succession « *ab intestat* » et testamentaire

Marcel Portugais

Volume 52, Number 3, 1984

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1104391ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1104391ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

HEC Montréal

ISSN

0004-6027 (print)

2817-3465 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this document

Portugais, M. (1984). La succession « *ab intestat* » et testamentaire. *Assurances*, 52(3), 292–309. <https://doi.org/10.7202/1104391ar>

Article abstract

Me. Marcel Portugais looks at various aspects of wills in Quebec. His article presents possible solutions, with their advantages, their drawbacks and points to be checked.

# La succession «*ab intestat*» et testamentaire

par

Me Marcel Portugais<sup>(1)</sup>

*Me. Marcel Portugais looks at various aspects of wills in Quebec. His article presents possible solutions, with their advantages, their drawbacks and points to be checked.*

292



## Qu'est-ce qu'une succession ?

L'article 596 du Code civil définit comme suit la succession :

« La succession est la transmission qui se fait par la loi ou par la volonté de l'homme, à une ou plusieurs personnes des biens, droits et obligations transmissibles d'un défunt. »

Dans une autre acception du mot, l'on entend, par succession, l'universalité des biens ainsi transmis.

Celui auquel l'une ou l'autre de ces successions est dévolue est désigné sous le nom d'héritier.

## Les divers modes de dévolution d'une succession

On peut transmettre son patrimoine à son décès des trois façons suivantes : par succession «*ab intestat*», par succession testamentaire et par donation à cause de mort. En d'autres termes, les héritiers d'une personne décédée seraient désignés soit par le testament, soit par la loi, soit par contrat.

### I – Disposition par contrat de mariage

C'est exceptionnellement qu'un individu peut disposer de ses biens au décès par contrat, la règle générale voulant que la succession non ouverte, c'est-à-dire le patrimoine d'une personne non décédée, ne puisse faire l'objet d'une obligation.

En fait, seul le contrat de mariage constitue un véhicule possible de disposition testamentaire par contrat. C'est par exception, dans un contrat de mariage, que la succession non ouverte d'un individu peut faire l'objet d'une convention.

---

(1) M. Portugais est avocat à la Société Nationale de Fiducie.

Cette disposition contenue dans un contrat de mariage, connue sous le nom « *d'institution contractuelle* » est, en fait, une donation à cause de mort que les époux se font mutuellement et réciproquement des biens qu'ils posséderont lors de leur décès. Celui des deux conjoints qui survivra à l'autre héritera de tous ses biens.

Cette clause, qu'on a aussi appelée « *au dernier vivant les biens* », a cependant avantage à demeurer révocable, sinon elle constitue une abdication du droit ultérieur de tester. Ainsi, une donation à cause de mort dans un contrat de mariage, par laquelle les époux ne se réservent pas le droit de disposer de leurs biens par donation entre vifs ou testament, les empêcheraient irrémédiablement de tester en faveur de toute autre personne que le conjoint.

293

### II – Disposition légale (*ab intestat*)

L'expression « *ab intestat* » vient du latin « *succession ab intestato* », c'est-à-dire succession d'une personne décédée sans testament.

Selon l'article 597 du Code civil, on appelle succession « *ab intestat* » « celle qui est déferée par la loi seule, en l'absence de toute manifestation formelle des volontés du décédé. L'article ajoute que ce n'est qu'à défaut de testament que les règles des successions dites « *ab intestat* » s'appliquent.

### A – Qui peut succéder ? Ou si l'on préfère, quelles sont les qualités requises pour succéder ?

#### 1) *Exister*

D'une manière générale, on classe ces qualités sous deux rubriques : tout d'abord être capable de succéder et, secondo, ne pas être indigne de succéder.

##### a) Être capable de succéder

Être capable de succéder doit s'entendre au sens très large du terme : selon l'article 608 du Code civil, être capable ne signifie rien d'autre qu'exister. Selon les termes de cet article, « pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession ; ainsi est incapable de succéder :

Celui qui n'est pas encore conçu.  
L'enfant qui n'est pas né viable.

Cette définition nous permet d'éliminer, au point de départ, la personne morte avant l'ouverture de la succession ou qui est réputée décédée en même temps que le testateur, aux termes de l'article 603 du Code civil, dont nous discuterons plus loin dans cet exposé.

Il faudra également écarter l'absent, c'est-à-dire (art. 86 du Code civil) : « Celui qui, ayant eu un domicile dans le Bas-Canada (Province de Québec), a disparu sans que l'on ait aucune nouvelle de son existence. »

b) L'enfant conçu

L'enfant conçu antérieurement à l'ouverture d'une succession est capable de succéder. Ainsi, un enfant né après la mort de son père pourra lui succéder ; la raison de cela est simple, on considère que l'enfant a la personnalité civile et existe au sens de l'article 608 du Code civil dès sa conception.

Toutefois, une condition s'ajoute à l'éligibilité de l'enfant conçu. Celui-ci devra naître viable. Si l'enfant est mort-né ou n'est pas viable, il sera présumé n'avoir jamais existé et la succession sera dévolue sans qu'il puisse hériter.

294 Et qu'est-ce qu'un enfant conçu avant le décès ? L'article 218 du Code civil établit à cet effet la durée légale d'une grossesse, qu'il situe entre le 180<sup>e</sup> et 300<sup>e</sup> jour de la célébration du mariage. D'une manière générale, si l'enfant naît à l'intérieur des 300 jours suivant le décès de son père, l'enfant sera tenu pour légitime et apte à succéder. (300 jours – plus longue période de gestation observée).

**2) Ne pas être indigne**

Que veut dire *indigne* ou, plus exactement, celui qui, selon la loi, est indigne de succéder ?

L'article 610 du Code civil dit ceci :

■ Sont indignes de succéder et comme tels exclus des successions :

a) Celui qui est convaincu d'avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt.

Le législateur estime, à juste titre, qu'il serait immoral de permettre à quelqu'un d'hériter d'une personne qu'il a assassinée ou tenté d'assassiner pour lui succéder plus tôt. Pour être exclu, l'héritier devra cependant être convaincu du meurtre, c'est-à-dire qu'un verdict de culpabilité devra avoir été prononcé contre lui.

b) Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse.

– L'accusation doit être capitale, c'est-à-dire que si elle avait été reconnue exacte, elle eût entraîné contre le défunt la peine de mort.

– Cette accusation doit, au surplus, être calomnieuse.

L'accusateur doit avoir été accusé et jugé comme tel.

c) L'héritier majeur qui, instruit du meurtre du défunt, ne l'a pas dénoncé en justice. (Voir l'article 611 du Code civil, exceptions).

– Les enfants de l'indigne ne sont pas exclus, s'ils succèdent de leur chef et non par voie de représentation. (art. 613 du Code civil. Voir Code civil 624 - 654).

## B – Lieu et moment de l'ouverture d'une succession

### 1– Lieu de l'ouverture

Art. 600 du Code civil.

Il s'agit non pas de l'endroit où l'individu est mort, mais plutôt de l'endroit où il avait son domicile. Conséquemment, la succession d'un québécois domicilié au Québec et décédé à Miami s'ouvrira au Québec et non sous le soleil de la Floride.

Si des actions en justice sont portées relativement à cette succession, ce sera au lieu du domicile du défunt qu'elles le seront.

295

### 2– Moment d'ouverture

En principe, c'est le moment du décès. Il convient de connaître avec précision le moment exact de la mort, car c'est à cet instant qu'il faut se placer pour déterminer les héritiers. En effet, il a pu se produire une naissance ou un autre décès dans la famille, à peu près au même moment, modifiant la dévolution.

C'est ainsi que le législateur a introduit, en 1980, le nouvel article 603 du Code civil, qui remplace les articles 603 et 604 abrogés, lequel prévoit que « lorsque plusieurs personnes appelées à la succession l'une de l'autre décède sans qu'il soit possible d'établir laquelle a survécu à l'autre, elles sont réputées décédées au même instant. »

« La succession de chacune d'elle est dévolue aux héritiers qui auraient été appelés à la recueillir, à défaut des personnes qui ont trouvé la mort dans de telles circonstances. »

Ces dispositions abrogent « la théorie des co-mourants », qui établissait une présomption de survie des successibles, en fonction de leur âge et de leur sexe.

## C – La détermination des héritiers

### 1) Les ordres de succession

Il y a quatre ordres de succession :

a) Le conjoint et les descendants ;

b) Le conjoint, les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés, c'est-à-dire :

les collatéraux privilégiés : les soeurs et frères et les neveux et nièces au premier degré ;

les ascendants privilégiés : les père et mère.

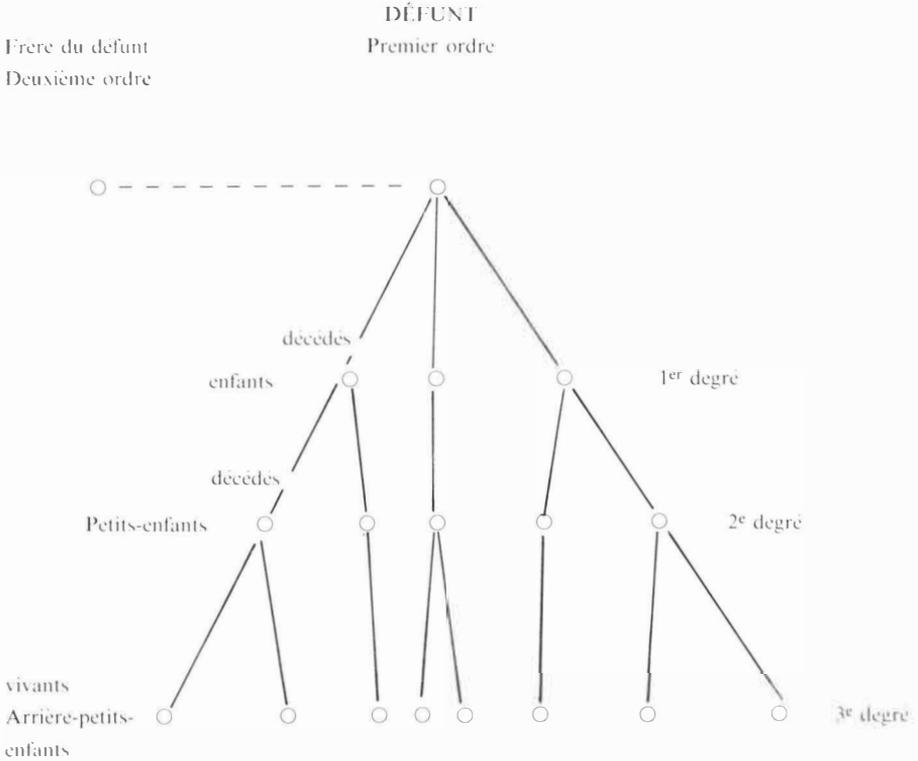
c) Les ascendants ordinaires, c'est-à-dire les ascendants autres que les père et mère.

d) Les collatéraux ordinaires, c'est-à-dire les collatéraux autres que les frères et soeurs et les neveux et nièces au premier degré.

2) Les degrés

À l'intérieur de chacun des ordres, les héritiers se classent suivant leur degré de parenté. Les degrés ne jouent pas entre héritiers d'ordre différent. Ainsi, par rapport au grand-père, le fils et le petit-fils sont au premier et second degrés. Si le grand-père meurt, le fils aura priorité sur le petit-fils mais l'arrière-petit-fils aurait priorité sur le frère du décédé. En d'autres termes, avant de passer à un autre ordre d'héritier, il faut épuiser l'ordre prioritaire. (Voir l'exemple qui suit).

296



3) Dévolution des successions «*ab intestat*»

a) Premier ordre de succession

<b>Survivants</b>	<b>Héritage</b>
A) – Conjoint	1/3
– Postérité	2/3
B) – Pas de conjoint	Néant
– Postérité	TOUT

297

b) Deuxième ordre de succession

<b>Survivants</b>	<b>Héritage</b>
A) – Pas de postérité	Néant
– Conjoint	1/3
– père et/ou mère	1/3
– frères et/ou soeurs, et/ou neveux et/ou nièces	1/3
B) – Pas de postérité	Néant
– Conjoint	1/2
– Père et/ou mère	1/2
– Pas de frères et/ou soeurs et/ou neveux et/ou nièces	Néant
C) – Pas de postérité	Néant
– Conjoint	TOUT
– Pas de père et/ou mère	Néant
– Pas de frères et/ou soeurs et/ou neveux et/ou nièces	Néant
D) – Pas de postérité	Néant
– Conjoint	1/2
– Pas de père et/ou mère	Néant
– Frères et/ou soeurs et/ou neveux et/ou nièces	1/2
E) – Pas de postérité	Néant
– Pas de conjoint	Néant
– Père et/ou mère	1/2
– Frères et/ou soeurs, et/ou neveux et/ou nièces	1/2

F)	– Pas de postérité	Néant
	– Pas de conjoint	Néant
	– Pas de père et/ou mère	Néant
	– Frères et/ou soeurs et/ou neveux et/ou nièces	TOUT
	– Autres ascendants	Néant
	– Autres collatéraux	Néant

c) Troisième et quatrième ordres de succession

298

<b>Survivants</b>	<b>Héritage</b>
– Pas de postérité, pas de conjoint	
– Pas de frères et/ou soeurs	
– Pas de neveux et/ou nièces, de père et/ou mère	Néant
– Autres ascendants	TOUT
– Pas de postérité, pas de conjoint	
– Pas de père et/ou mère, pas de frères et/ou soeurs, pas de neveux et/ou nièces	Néant
– Ascendants dans une ligne	1/2
– Collatéraux dans une ligne	1/2
– Pas de postérité, pas de conjoint	
– Pas de père et/ou mère, pas de frères et/ou soeurs, pas de neveux et/ou nièces, pas d'ascen- dants	Néant
– Collatéraux dans une ligne	1/2
– Collatéraux dans l'autre ligne	1/2 <sup>(2)</sup>

### III – Succession testamentaire : qu'est-ce qu'un testament ?

L'article 597 al.1 du Code civil définit la succession testamentaire comme « celle qui procède de la volonté de l'homme ». Cette définition simplifiée confirmée par l'appellation populaire « faire ses dernières volontés » est élaborée à l'article 756 du Code civil en ces termes :

« Le testament est un acte de donation à cause de mort, au moyen duquel le testateur dispose par libéralité sans l'intervention de la personne avantagée du tout ou de partie de ses biens, pour n'avoir effet qu'après son décès ; lequel acte il peut toujours révoquer. L'acceptation qu'on en prétendrait faire de son vivant est sans effet. »

Plus simplement, le testament est un document légal qui revêt différentes formes et qui :

- prend effet au décès du testateur n'ayant aucune valeur de son vivant ;

---

(2) Notons que les collatéraux germains peuvent prendre part dans les autres lignes.

- peut être modifié ou remplacé en tout temps jusqu'au décès de l'individu ;
- énumère les volontés et désirs du disposant sur :
  - la dévolution et le partage de ses biens ;
  - l'administration de sa succession.

### **A – La capacité de tester et de recevoir**

#### 1– La capacité de tester

Au Québec, toute personne de 18 ans ou plus, saine d'esprit et capable d'aliéner ses biens, peut en disposer par testament. C'est là un principe général qui comporte certaines exceptions. Mais il ne faut pas confondre le droit de tester avec la liberté illimitée de tester, cette dernière n'étant autre chose que la liberté de léguer à qui l'on veut les biens qu'on veut. Cette liberté illimitée de tester ne veut pas dire non plus que toute personne peut tester. Elle s'entend dans le sens que toute personne à qui la loi donne le droit de tester, peut le faire de façon illimitée, sans autres limites que celles tracées par la loi elle-même, les bonnes moeurs et l'ordre public.

299

Pour évaluer la capacité du testateur, il faut s'en référer à l'époque de rédaction du testament. Que l'individu devienne incapable après avoir lucidement rédigé ses dispositions testamentaires n'affectera pas la validité de l'acte. Corollairement, un testament rédigé en période d'incapacité restera nul, même si le testateur devient capable par la suite.

#### a) Les incapacités

##### i) Le mineur - 833 du Code civil

Le mineur, même émancipé en justice, est incapable de tester d'aucune partie de ses biens. À cela, l'article 834 du Code civil ajoute qu'il leur est impossible de le faire par personne interposée. Ainsi, « les tuteurs et curateurs ne peuvent tester pour ceux qu'ils ont sous leur puissance ni seul, ni conjointement avec ces derniers.

##### ii) L'interdit - 834 al. 2 du Code civil

L'interdit pour imbécillité, démence ou fureur, ne peut faire de testament. Son curateur ne peut le faire à sa place, ni l'autoriser à cet effet. L'interdiction peut cependant être levée par un juge, compte tenu des circonstances et des changements de son état. Il faudra alors voir s'il est sain d'esprit pour déterminer sa capacité de tester.

Le testament de l'interdit pour prodigalité (c'est-à-dire celui qui dissipe ses biens au point de compromettre gravement sa fortune) est sujet à une nullité relative laissée à l'appréciation du tribunal qui déterminera s'il est raisonnable ou non.

## 2- Capacité de recevoir par testament

Toute personne capable d'acquérir et de posséder peut recevoir par testament et ce, sans réserve, restriction ni limitation. Bien que les mineurs, interdits et insensés n'aient pas la libre jouissance de leurs droits et soient, par conséquent, incapables de faire un testament, ils sont capables d'acquérir et de posséder.

Cela réduit considérablement le nombre de personnes incapables de recevoir par testament. En fait, seules les corporations ne peuvent recevoir par testament que dans la limite des biens qu'elles peuvent posséder. (art. 836 du Code civil).

300

La capacité de recevoir par testament se considère au temps du décès du testateur et non à l'époque de la confection du testament. Dans le cas où les legs sont suspendus jusqu'à l'accomplissement d'une condition, la capacité ne se considère que lorsque la condition s'accomplit. (art. 838 du Code civil).

En un mot, la capacité se considère lors de l'ouverture du droit du légataire, soit au décès du testateur, soit à une date ultérieure. De plus, il n'est pas nécessaire que la personne avantagée existe lorsque le testament est fait, ni qu'elle y soit désignée et identifiée d'une manière absolue ; il suffit qu'elle existe au décès du testateur ou qu'elle soit alors conçue et naisse ensuite viable et qu'elle soit clairement reconnue, à cette époque, comme celle que le testateur voulait signifier.

## B – Formes de testaments

L'article 842 du Code civil dit que le testament peut être fait sous trois formes :

1. suivant la forme notariée ou authentique ;
2. suivant les formes requises pour le testament olographe ;
3. par écrit et devant témoins, d'après le mode dérivé de la loi d'Angleterre.

### 1- Le testament notarié

Ce testament doit être reçu devant un notaire et deux témoins ou devant deux notaires. Le testateur signe en leur présence et avec eux le testament ou déclare ne le pouvoir faire, après que lecture lui en a été faite par l'un des notaires en présence de l'autre ou des témoins (article 843 du Code civil).

Un tel testament ne peut être reçu par des notaires, parents ou alliés du testateur, ou entre eux, en ligne directe, ou au degré de frère, oncle ou neveu. (article 845 du Code civil)

Tout legs aux notaires, aux témoins ou aux conjoints de l'un ou l'autre ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré est nul. Seule cette disposition est nulle, quoique le testament, par ailleurs, reste valable. (article 846 du Code civil).

Les témoins doivent être nommés et désignés au testament. Ils doivent être majeurs.

Les époux ne peuvent être témoins ensemble, non plus que le conjoint et les employés du notaire instrumentant. (Article 844 du Code civil).

### 2- Le testament olographe

301

Ce testament doit être écrit en entier et signé de la main du testateur, sans qu'il soit besoin de notaire ni de témoins. Il n'est assujéti à aucune forme particulière.

L'endroit de rédaction et la date du testament ne sont pas essentiels à sa validité ; cependant, il est préférable de les y insérer. (article 854 al. 2 du Code civil).

Dans le testament olographe, ce qui apparaît après la signature du testateur est considéré comme un nouvel acte et doit être également écrit et signé de la main du testateur. S'il s'agit d'un testament dérivé de la loi anglaise, la signature des témoins devra, en plus, apparaître après chaque signature du testateur. (article 854 al. 1 du Code civil).

### 3- Le testament dérivé de la Loi d'Angleterre

Ce testament doit être rédigé par écrit et signé à la fin de son nom ou de sa marque par le testateur ou par une autre personne pour lui, en sa présence et d'après sa direction expresse, laquelle signature est alors reconnue par le testateur comme apposée à son testament alors produit, devant au moins deux témoins idoines présents en même temps et qui attestent et signent de suite le testament en présence et à la réquisition du testateur. (article 851 al.1 du Code civil).

Les règles qui concernent la capacité des témoins sont les mêmes que pour le testament notarié. (article 851 al.2 du Code civil).

Conséquemment, les legs faits aux témoins, à leur conjoint ou à quelqu'un de leurs parents au premier degré sont nuls, mais ne rendent pas tout le testament nul.

L'exécuteur testamentaire pourra servir de témoin, à condition de n'être pas gratifié. Ceci vaut tant pour le testament anglais que notarié.

## C – Contenu d'un testament

Tout testament devrait contenir certaines dispositions classiques rédigées dans un ordre logique. Quoique le contenu proprement dit d'un testament soit variable, c'est-à-dire l'exposé des volontés et le partage des biens, son interprétation en sera facilitée et le coût fiscal de son exécution diminuée si certaines clauses y apparaissent.

### 1– Révocation des testaments antérieurs

302 Cette révocation n'est pas essentielle, puisque le dernier testament en date est censé constituer les dernières volontés du défunt. Cependant, il est plus prudent de révoquer tout testament antérieur au cas où quelqu'un, parmi les héritiers, serait tenté de faire valoir en justice le testament précédent. De plus, si le testament antérieur n'est pas expressément révoqué, il n'est pas impossible que des dispositions de l'un et l'autre puissent être exécutoires simultanément, ce qui aura pour effet immédiat de brouiller les volontés du testateur.

### 2– Déclaration du régime matrimonial

Voilà une déclaration fort utile. On sait que le régime matrimonial peut affecter le partage des biens des époux, lorsque l'un d'eux décède. En effet, lorsque les époux sont mariés sous le régime de la communauté de biens, la moitié des biens de la communauté appartient au conjoint. En un mot, le testament du mari décédé n'affectera que la moitié des biens compris dans la communauté et ses biens propres.

Référer au régime matrimonial situe, au point de départ, les exécuteurs testamentaires et fiduciaires. Même en cas de viduité, de séparation ou divorce du testateur, il est bon de noter sous quel régime étaient ou sont mariés les époux et ex-époux. Il demeure fréquent, surtout dans les cas de séparation de corps et de divorce, que le régime n'ait pas été liquidé et que les biens n'aient pas été partagés.

### 3– Nomination des exécuteurs testamentaires et fiduciaires

Un testament, si bien rédigé et articulé soit-il, ne vaut que ce que valent ses exécuteurs testamentaires et fiduciaires. S'ils sont compétents, expérimentés et dignes de confiance, le règlement et l'exécution de la succession se dérouleront conformément aux volontés du testateur et demeureront sans conséquences fâcheuses pour les héritiers. S'ils sont incompetents, tout pourra arriver, même le pire. Quelques mauvaises décisions, un moment d'hésitation, des placements hasardeux et le capital de la succession auront subi une perte considérable. C'est pourquoi le choix des exécuteurs testamentaires et fiduciaires revêt une telle importance. En principe, toute personne peut être nommée exécuteur testamentaire. Ne le peuvent, cependant, les personnes suivantes :

- le mineur, sauf le mineur émancipé qui peut agir, si l'objet de l'exécution est peu considérable par rapport à ses moyens ;

- toute personne incapable de contracter.

Si le testateur dispose d'un patrimoine important, il sera avantageux de nommer plusieurs exécuteurs testamentaires et fiduciaires, dont une société de fiducie. L'épouse ou un membre de la famille, un ami, un conseiller, pourront former avec la société de fiducie une excellente équipe.

Au cas de décès, refus ou incapacité d'agir, il devrait être pourvu au remplacement des exécuteurs testamentaires et fiduciaires. Cette mesure est d'autant plus utile que le tribunal ne peut, à cet égard, suppléer au manque de prévision du défunt.

### **IV – Paiement des dettes et impôts**

303

Il importe de préciser comment seront payés les dettes et impôts du défunt. Règle générale, et c'est d'ailleurs la méthode la plus simple, les dettes, frais de dernière maladie, les frais funéraires, ainsi que les frais de règlement de la succession et les autres impôts dus en raison du décès seront payés à même le capital des biens de la succession.

Toutefois, en ce qui a trait aux droits successoraux, le testament devrait prévoir qu'ils seront supportés par chaque légataire pour éviter que des droits plus élevés ne lui soient chargés. Au besoin, le testateur stipulera que les droits payables en rapport avec toute fiducie pourront être prélevés à même les biens de cette fiducie, évitant ainsi tout problème avec un bénéficiaire mineur.

En effet, si le testament stipule que les droits dus par un bénéficiaire, à qui un bien est transmis en raison du décès, seront payés ou remboursés par une autre personne, tout bien ou somme servant à ce paiement ou remboursement est réputé transmis, en raison du décès, à ce bénéficiaire. Ainsi, s'il est prévu que les droits successoraux des légataires particuliers seront supportés par la masse de la succession, les biens servant à payer ces droits seront prélevés sur la portion résiduaire de la succession léguée au légataire universel, ce qui entraînera l'application de l'article 14 de la Loi sur les droits successoraux, de telle sorte que les legs particuliers seront augmentés du montant des droits payés par la masse et imposés en conséquence de cette addition au taux applicable.

On devra également mentionner à ce chapitre que les exécuteurs testamentaires et fiduciaires pourront payer les legs et acquitter les dettes, quand ils le jugeront à-propos et sans le consentement des légataires. L'absence de mention à cet effet obligera l'exécuteur ou fiduciaire à obtenir le consentement des légataires qui recueillent la succession ou, à défaut, d'obtenir l'autorisation du tribunal à cet effet, en l'occurrence la Cour supérieure.

### **V – Régimes de retraite et de pension**

Lorsque le testateur dispose d'un régime enregistré d'épargne retraite (REER) et d'un régime enregistré de pension (REP), il importe que le testa-

ment contienne une désignation de bénéficiaire et/ou un legs particulier de ces régimes.

Toute somme contenue dans un REER est incluse dans le revenu du défunt dans l'année de son décès.

Si le bénéficiaire est le conjoint, les sommes reçues, tant du REP que du REER de l'époux décédé avant l'échéance du régime, seront incluses dans le revenu de ce conjoint.

304 Ce conjoint pourra, toutefois, transférer les sommes ainsi reçues du REP du défunt, soit dans un REER ou dans un autre REP ; quant aux sommes reçues du REER de l'époux prédécédé, il aura la possibilité de transférer (roulement) telles sommes dans son propre REER.

Si le bénéficiaire est un enfant ou petit-enfant qui était financièrement à la charge du défunt, les sommes reçues par ceux-ci du REER du défunt seront incluses dans leur revenu, au moment où ils les recevront, jusqu'à concurrence de la somme obtenue, en multipliant \$ 5,000, par 26 moins l'âge du bénéficiaire ; le reliquat, s'il y a lieu, sera inclus dans le revenu du défunt dans l'année de son décès.

Si l'enfant ou le petit-enfant est atteint d'une infirmité physique ou mentale, alors toutes les sommes qui lui seront transmises seront incluses dans son revenu, au moment où il les recevra.

Cette clause par laquelle le testateur léguera son REER et son REP devra être exclue de toute fiducie créée au testament, et les fiduciaires ne devront agir qu'à seul titre d'exécuteurs testamentaires, de manière à ne pas risquer de tout perdre le bénéfice du roulement pour une technicalité.

Toutefois, précisons que, depuis 1981, les montants provenant d'un REP reçus par une fiducie testamentaire, conservent leur caractère pour les fins d'étalement de revenu, si elles sont subséquemment transmises par la fiducie au légataire.

De semblables dispositions existaient déjà relativement aux sommes reçues d'un REER (par. 146 (8.1) L.I.R. et art. 930 L.I.) réputant lesdites sommes reçues par le bénéficiaire dans la mesure où elles étaient désignées comme tel, conjointement par le représentant légal et le bénéficiaire à titre de prestation de remboursement de pension.

### **VI – Fiduciaire non-résident**

Le testateur devra prendre garde de ne pas nommer comme fiduciaires des non-résidents qui auront pour effet de rendre la fiducie non-résidente. En effet, le principal critère de détermination de la résidence de la fiducie repose sur la résidence du ou des fiduciaires (par. 104 (1) L.I.R.). Cette maladresse pourrait, dans le contexte d'une fiducie créée exclusivement pour le conjoint,

(par. 70 (6) b) L.I.R. et article 366 L.I.) faire perdre le bénéfice du roulement en sa faveur. Aussi, sera-t-il prudent de prévoir la démission automatique de tout fiduciaire n'étant pas résident canadien, au moment du décès du testateur ou cessant de l'être au cours de l'existence de la fiducie et son remplacement par un fiduciaire résident canadien.

### VII – Renonciation sélective aux biens de la succession

Il y aurait également lieu de permettre aux légataires, par l'utilisation de clauses appropriées, de renoncer partiellement aux biens de la succession qui leur sont légués.

On sait que le droit civil québécois permet la renonciation pure et simple (article 642 du Code civil) ou la renonciation « *in favorem* ». Il ne saurait être question ici de favoriser la renonciation « *in favorem* » qui signifie une renonciation faite ou opérée en faveur d'une ou d'un groupe de personnes ; de plus, cette forme de renonciation sera considérée comme un don par le fisc québécois et par une majorité de législations imposant les dons aux États-Unis.

305

Comme la renonciation sélective n'est pas prévue spécifiquement au Code civil, elle doit faire l'objet d'une provision spéciale sur la base du principe de la liberté illimitée de tester consignée à l'article 891 du Code civil.

Cette démarche, accomplie par un légataire en faveur de qui la représentation est prévue advenant une renonciation partielle ou totale de son legs, pourra permettre de diminuer les droits successoraux et de fractionner des revenus entre les membres d'une même famille.

Bien entendu, si une ou plusieurs fiducies ont été créées en faveur des enfants de ce légataire, la renonciation produira certes moins d'effet.

### VIII – L'usufruit

Le testateur marié ayant des enfants pourra vouloir bénéficier des exemptions accordées aux enfants par la Loi sur les droits successoraux (\$ 100,000 par enfant), tout en ne privant pas son conjoint du revenu de l'ensemble de la succession. Alors, il créera un « usufruit » en faveur de son conjoint, qui en touchera le revenu sa vie durant, d'une somme égale au nombre d'enfants au premier degré qui lui survivront lors de son décès, multiplié par \$ 100,000 ; dans un même temps, il léguera la nu-propriété (i.e. le capital) de cette somme dès l'instant de son décès, à ses enfants, et ce, en parts égales entre eux.

Cette disposition, qui repose sur l'article 5 de la Loi sur les droits successoraux, aura pour effet d'exempter de droits autant de tranches de \$ 100,000 que le testateur aura d'enfants au premier degré, puisque l'usufruitier (le conjoint) a alors droit aux exemptions des nu-propriétaires (les enfants). Ces sommes ne feront pas l'objet d'une nouvelle imposition en vertu de la Loi sur les droits successoraux, de sorte que lorsque le conjoint (usufruitier) décèdera à

son tour, les enfants auront à nouveau droit à des exemptions de \$ 100,000 chacun, applicables contre tous legs, qu'ils proviennent d'une fiducie créée en faveur du conjoint ou directement du patrimoine de celui-ci.

### **IX – Legs de \$ 100,000 à chaque enfant**

Par ailleurs, dans le cas où le testateur n'aura pas comme objectif principal de protéger son conjoint, lui réservant à cette enseigne la totalité des revenus de la succession, il pourra léguer à chacun de ses enfants jusqu'à concurrence d'une somme de \$ 100,000. Ce legs pourra être remis en pleine propriété ou faire l'objet d'une fiducie au bénéfice des légataires, prévoyant des âges de remises des revenus et du capital.

306

Cette méthode peut même être plus avantageuse que le legs en usufruit, si le conjoint est déjà fortement imposé. Elle permettra un fractionnement du revenu entre le conjoint survivant, les enfants et les fiducies créées en leur faveur. En effet, il est préférable, quand l'envergure de la succession le permet, de léguer les sommes de \$ 100,000 aux enfants directement ou en fiducie, de manière à ce que les revenus soient imposés entre leurs mains, plutôt qu'entre les mains du conjoint ; le coût de la subsistance et de l'instruction des enfants sera diminué des impôts qu'aurait eu à payer le conjoint pour utiliser les revenus à ces fins, si tels revenus avaient été imposés entre ses mains.

### **X – La fiducie exclusive au conjoint**

L'utilité de la fiducie exclusive créée en faveur du conjoint n'est plus à démontrer. Tous les praticiens en connaissent la nature, les propriétés et les avantages. Brièvement, cette fiducie trouve son fondement au paragraphe 70 (5) L.I.R. et aux articles 436-438-439 L.I., lesquels ont introduit dans notre droit fiscal la notion de la disposition présumée. Lorsqu'un contribuable décède dans une année d'imposition, il est réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de tous ses biens en immobilisation autres que ses biens amortissables d'une catégorie prescrite et avoir reçu un produit de disposition égal à la juste valeur marchande, immédiatement avant son décès ; de plus, le contribuable décédé sera réputé avoir disposé, immédiatement avant son décès, de tous ses biens amortissables d'une catégorie prescrite et avoir reçu, en considération, un produit de disposition égal à la valeur médiane entre la fraction non amortie du coût en capital (F.N.A.C.C.) des biens de cette catégorie et leur juste valeur marchande, à la date du décès.

L'un des moyens utilisés pour empêcher l'application de cette disposition consiste à léguer au conjoint, au moyen d'une fiducie exclusive créée en sa faveur, les biens en immobilisation susceptibles de comporter un gain en capital à son décès. En opérant un tel transfert ou roulement, il sera possible de différer l'impôt sur le gain en capital et la récupération de l'allocation du coût en capital, le cas échéant, sur les biens amortissables d'une catégorie prescrite, jusqu'à

ce que le conjoint décède ou que la fiducie dispose de ces biens ; c'est alors que le gain en capital sera imposé et l'allocation du coût en capital récupérée.

### XI – La fiducie entachée

L'emploi d'une fiducie entachée, qu'on pourrait définir comme non exclusive au sens de la Loi sur les impôts (art. 440-443-445 L.I.), pourra également être justifié dans certains cas et opérera une réduction importante des droits successoraux, en y ajoutant une exemption.

Ainsi, un testateur, soucieux de bénéficier du maximum d'exemptions permises en vertu de la Loi sur les droits successoraux, pourra léguer, en fiducie, \$ 100,000 à chacun de ses enfants au premier degré ; il constituera une fiducie exclusive en faveur de son conjoint, formée des biens comportant un gain en capital potentiel et, une dernière fiducie, d'une somme n'excédant pas \$ 100,000 également en faveur du conjoint, mais renfermant des dispositions de nature à l'entacher, tels des empiètements sur son capital au profit des enfants ou des provisions concernant l'utilisation des revenus à des fins d'éducation de ces derniers. On aura bien pris la précaution, agissant de propos délibérés, d'inclure dans une telle fiducie des biens sur lesquels la disposition présumée n'entraînera aucune incidence fiscale fâcheuse, c'est-à-dire ne comportant aucun gain en capital.

307

### XII – Legs d'actions

Si le testateur possède des actions de corporation exploitant une petite entreprise, son testament devrait prévoir un legs de certaines actions au conjoint ainsi qu'aux enfants. Un tel legs d'actions donne droit au roulement du premier \$ 200,000 de gain en capital. (par. 70 (9.4) et par. 70 (11) a) et c) L.I.R.)

Il est possible de profiter deux fois de ces exemptions ; une première fois, en léguant aux enfants, dès le décès du «*de cujus*», une première tranche de ces actions d'une valeur marchande non supérieure à \$ 200,000 et, une seconde fois, par le legs que fera le conjoint lui-même de telles actions à ses enfants.

Il faudra cependant s'assurer, ce faisant, de ne pas remettre le contrôle de la compagnie entre des mains inexpérimentées et risquer ainsi que les enfants ne drainent tous les revenus à leurs profits au désavantage du conjoint ou ne réduisent la compagnie à la faillite.

De plus, dans le cadre d'un tel legs aux enfants, leurs droits sur les actions devront s'ouvrir dès l'instant du décès pour bénéficier du roulement (par. 70 (9.3) L.I.R.) et non postérieurement. Ainsi, si les actions sont détenues en fiducie pour le bénéfice des enfants, ils devront disposer de droits acquis sur telles actions dès l'instant du décès du testateur, lesquelles seront dévolues à leurs héritiers légaux, advenant leur décès avant les âges de remises ; le legs devient alors un legs à terme et non un legs à condition suspensive.

### XIII – Pouvoirs des exécuteurs testamentaires et fiduciaires

Certaines attributions et prérogatives doivent figurer au chapitre des pouvoirs conférés aux fiduciaires qu'il est généralement recommandé d'étendre le plus possible, de manière à faciliter l'exécution et l'administration de la succession. Nous discuterons brièvement des quelques pouvoirs à caractère fiscal, dont certains sont particulièrement importants.

308

a) On confère généralement aux fiduciaires le pouvoir, à l'égard de la fiducie, de déterminer si un montant reçu ou déboursé constitue du revenu ou du capital. Cette disposition, particulièrement commode à plus d'un égard pour l'administration, peut cependant «contaminer» une fiducie créée pour le bénéfice exclusif du conjoint. En effet, il importe, pour conserver à la fiducie son caractère d'exclusivité, que le conjoint ait droit, sa vie durant, à tous les revenus de la fiducie (par. 70 (6) b) i) L.I.R. et art. 367 L.I.). Un tel pouvoir permettrait donc aux fiduciaires de déterminer qu'une somme de nature «revenu», au sens général du terme, pourrait être considérée de nature «capital» et, de ce fait, ne pas être versée au conjoint, celui-ci n'ayant droit qu'aux revenus. Ainsi donc, le conjoint n'aurait pas droit, du moins théoriquement, à «tous les revenus» de la fiducie. On doit donc nuancer la clause de manière à accorder ce pouvoir aux fiduciaires, sauf à l'égard de toute fiducie créée pour le bénéfice exclusif du conjoint.

b) Tout testament bien rédigé devrait également contenir une clause permettant aux fiduciaires de faire taxer, entre les mains des bénéficiaires, tout gain en capital imposable, réalisé par la fiducie. Bien qu'il soit possible qu'un bénéficiaire privilégié, au sens du par. 108 (1) g) L.I.R., puisse se voir attribuer la fraction ou la totalité d'un gain en capital imposable de la fiducie, qui peut raisonnablement être inclus dans le calcul de ses revenus, (par. 104 (21) et 104 (13) (14) L.I.R.) ; tout autre bénéficiaire ne le pourra et, ainsi tout gain en capital de la fiducie devra être imposé dans la fiducie. La sagesse nous commande donc d'inclure au testament une semblable disposition. L'absence d'une telle clause pourra occasionner des impôts additionnels, si le taux marginal d'imposition des bénéficiaires est inférieur à celui de la fiducie.

c) Si le testament crée une ou plusieurs fiducies, il devrait comporter le droit pour les fiduciaires de renoncer purement et simplement, mais de façon définitive, à l'un ou l'autre des pouvoirs qui leur sont attribués, dans la mesure où il s'avérera avantageux, d'un point de vue fiscal, d'exercer une telle renonciation. La raison d'être d'une telle clause réside dans le fait que les législations fiscales et la jurisprudence évoluent très rapidement ; les dispositions qu'on prend en rapport avec les lois actuelles ne sont pas immuables : ce qui procure un avantage aujourd'hui peut s'avérer désavantageux demain.

Ainsi, pour préserver la succession de l'adversité fiscale, aura-t-on la précaution de doter les fiduciaires de pouvoir leur permettant de parer à certaines éventualités.

d) Un autre pouvoir, celui de permettre aux fiduciaires de se prévaloir de toutes options, élections et désignations permises en vertu de la Loi de l'Impôt sur le Revenu, présente certains avantages, s'il leur concède ce droit à l'exclusion des héritiers. Premièrement, il leur fera penser d'analyser la possibilité d'exercer tels choix, élections ou désignations ; en second lieu, il établira clairement qui, parmi tous les intéressés à la succession, pourra agir à cet égard.

Comme un choix aura souvent pour effet d'avantager un bénéficiaire au détriment d'un ou plusieurs autres, il importe que cette décision soit prise par les fiduciaires neutres, surtout si une compagnie de fiducie y figure, plutôt que par les bénéficiaires eux-mêmes.

309

~

La liste des clauses que nous avons brièvement abordées n'est pas exhaustive ; l'utilisation des clauses n'est pas non plus limitative, l'emploi de l'une n'empêchant pas l'usage d'une ou plusieurs autres, bien au contraire, surtout en ce qui a trait au recours aux diverses formules de fiducie entachée et exclusive, à l'usufruit et au legs en pleine propriété. Un habile mélange de tous ces éléments procurera, dans bien des cas, des avantages fiscaux additionnels aux héritiers.

### Conclusion

Le testament nous apparaît comme le dernier document officiel d'un individu ou, du moins, celui qui, à titre posthume, conclura son existence. En son absence, la Loi se substituera au testateur et décidera de la dévolution des biens à sa place, laissant très souvent les proches dans le désarroi et l'inquiétude.

Nous ne saurions trop insister sur la nécessité de faire un testament et de le maintenir à jour pour éviter qu'il ne tombe en désuétude.

Il est dans le prolongement normal et naturel de l'existence d'un individu de disposer de ses biens à son décès. La sagesse consiste à prendre maintenant les dispositions pour assurer, plus tard, un transfert du patrimoine juste, équitable et le moins coûteux possible.

**Nous nous excusons auprès de nos lecteurs de n'avoir pas mentionné que l'article de M. Angus H. Ross, intitulé *The Ontario Insurance Exchange – Do we need it ?* avait déjà paru dans le numéro de janvier 1984 de la revue "Reinsurance". Nous tenons à faire cette correction dès le numéro d'octobre.**