

LA MODIFICATION ET LA TERMINAISON DES FIDUCIES PAR LES TRIBUNAUX DU QUÉBEC

Diane BRUNEAU*

INTRODUCTION	411
1. ASSISES JURIDIQUES DES DEMANDES DE MODIFICATION OU DE TERMINAISON	414
1.1 La modification des fiducies sous le C.c.B.C.	414
1.2 Dispositions statutaires du C.c.Q.	414
1.3 Fondement de ces mesures	415
2. ANALYSE JURISPRUDENTIELLE	419
2.1 Le constituant est décédé	419
2.1.1 Entretien d'un bénéficiaire	419
2.1.2 Destitution du fiduciaire qui est une société de fiducie	423
2.1.3 Entente entre les bénéficiaires pour mettre fin à une fiducie	426

* Notaire, m. fisc. professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.
Avec la collaboration de Chagnon Vocelle, notaires.

2.1.4 Fiducie qui devient non résidente 428

2.2 Le constituant est toujours vivant 430

CONCLUSION 434

INTRODUCTION

De l'ancienne fiducie servant à administrer les libéralités aux divers types de fiducies du *Code civil du Québec*¹, il y a un grande différence de perspective. Alors qu'en bien d'autres matières le législateur a modernisé le Code en codifiant l'évolution de la jurisprudence et des tendances doctrinales, la fiducie, elle, s'est retrouvée subitement avec un véhicule plus moderne que les juristes apprennent maintenant à piloter.

Non seulement le législateur a-t-il tenté d'éclaircir le rapport du fiduciaire sur les biens de la fiducie pour écarter le concept de « propriété sui generis »² qui s'intégrait mal avec la notion de propriété de droit civil, pour lui préférer celui de patrimoine autonome sans véritable propriétaire, il a également introduit des possibilités nouvelles d'application qui vont bien au-delà des libéralités. On retrouve aujourd'hui plusieurs types de fiducies : fiducie testamentaire, fiducie de gel, fiducie pour garantir le paiement d'une pension alimentaire ou de toute autre dette, fiducie de protection des éléments d'actif, fiducie de bienfaisance, fiducie de fonds de retraite, fiducie servant à isoler des biens ou le droit de vote sur des actions... La fiducie fait de plus en plus partie de l'environnement juridique du Québec.

La rédaction des fiducies est aujourd'hui une tâche qui répond à la fois à des règles plus souples et plus exigeantes qu'avant, avec en arrière-plan une fiscalité qui dicte d'autres règles incontournables. Par exemple, le rédacteur d'une fiducie personnelle sera contraint de prévoir la possibilité d'une remise des biens avant le 21^e anniversaire de la fiducie pour éviter une disposition fiscale présumée du patrimoine fiduciaire.

1. L.Q. 1991, c. 64, telle que modifiée (ci-après nommé le « Code », le « Code civil » ou « C.c.Q. »).

2. Ce concept découlait de *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250.

L'originalité des dispositions du Code civil, qui se démarquent en plusieurs points du *trust* de common law, soulève cependant plusieurs problèmes ou questions. Par exemple, la création d'une fiducie d'investissement à participation unitaire³ suivant le modèle commercial utilisé habituellement dans les autres provinces oblige à toute une gymnastique juridique, notamment en raison du fait que le Code civil interdit la présence d'une personne morale à titre de fiduciaire, autre qu'une société de fiducie. Or, il arrive que la société de fiducie nommée fiduciaire ne désire qu'être dépositaire des titres et administrer ce volet et ne veut pas prendre un rôle actif dans le placement du capital. Le gestionnaire ou gérant est alors une personne morale. Soit on utilise des règles de délégation étendues dans l'acte de fiducie entre ce fiduciaire et le gestionnaire, ce qui suppose que celles prévues au chapitre de l'administration pour autrui ne sont pas d'ordre public⁴, soit on s'appuie sur une relation contractuelle autonome⁵ pour expliquer l'ampleur des pouvoirs que l'on accorde au gérant. Cependant, lorsque ce gérant établit lui-même la politique de placements et fixe ses propres objectifs, il y a lieu de s'interroger s'il est en fait un fiduciaire. Ainsi la professeure Cantin Cumyn fait le commentaire suivant :

L'hypothèse se présente, dans le cadre de la fiducie, où le placement des biens est entièrement confié à un tiers, expert dans ce domaine, parfois en vertu d'une clause expresse de l'acte constitutif. Si le placement des capitaux est l'élément principal de l'administration du fiduciaire, le contrat passé avec le tiers s'apparente fort à une délégation générale de la conduite de l'administration, interdite à l'article 1337 C. civ. On évite, cependant, le problème si le tiers a la qualité de cofiduciaire [...]⁶

Voici un autre exemple de ces problèmes ou questions. Au chapitre de la fiducie de protection des éléments d'actif, une difficulté d'interprétation de la législation fiscale en matière de fiducie⁷

3. Voici la définition qu'en donne Revenu Québec sur son site Web (www.revenu.gouv.qc.ca) : « Une fiducie d'investissement à participation unitaire est une fiducie non testamentaire dans laquelle la participation d'un bénéficiaire, à une date quelconque, est définie sous forme d'unités. »

4. Art. 1337 C.c.Q.

5. Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de droit civil – L'administration du bien d'autrui*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, 467 p., p. 108-109, n° 131.

6. *Ibid.*, p. 241, n° 283.

7. Il s'agit plus particulièrement de savoir si la réserve d'une faculté d'élire illimitée en droit civil permet, comme en common law, qu'il n'y ait pas de changement de la propriété effective, tel que le requiert l'alinéa 73(1.02)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu du Canada*, L.R.C. (1985), 5^e supplément telle qu'amendée (ci-après nommée L.I.R.).

découle des effets différents que procure une faculté d'élire illimitée réservée par le constituant⁸. Au décès de ce dernier, dans le cas où il est seul bénéficiaire de la fiducie, telle faculté permettrait en droit civil et non en common law de protéger le patrimoine fiduciaire contre les créanciers du défunt.

Pour ajouter à ces difficultés, la jurisprudence de droit civil sur les points fondamentaux tarde à venir, déficience qui existait déjà avant 1994 puisque les décisions sur la fiducie étaient rares. Ce sont les échanges doctrinaux qui constituent actuellement la source de droit la plus utile, mais le juriste qui veut s'y appuyer doit faire preuve d'un grand sens critique, les opinions divergeant sur plusieurs points importants.

Une question concerne cependant tous les types de fiducie, soit celle de leur modification.

Contrairement aux contrats, le Code prévoit pour la fiducie un mode de modification ou de terminaison très limité qui requiert l'intervention du tribunal. En comparaison, le mandat ou la substitution, qui sont des institutions juridiques ayant des points communs avec la fiducie, peuvent être modifiés tant que les parties sont aptes à y consentir. Même la substitution créée par testament pourrait être modifiée après le décès du disposant si le grevé et les appelés s'entendaient, puisque le grevé est propriétaire des biens substitués, sous réserve des droits des appelés. Il n'y a pas dans ce cas de patrimoine autonome sans propriétaire.

Cet aspect statique de la fiducie met un obstacle important à son utilisation et est de nature à augmenter la responsabilité du notaire qui la rédige. On peut véritablement parler d'obstacle, car on lui préférera souvent le modèle corporatif en raison de cet élément de rigidité. Quant au rédacteur, l'idéal serait que son acte soit assez souple à la fois pour convenir à l'évolution de la situation entourant le patrimoine fiduciaire et pour s'adapter aux diverses circonstances qui pourraient survenir.

Cette question de la modification de la fiducie est ainsi fondamentale à son développement et il s'agit également de la principale

8. On peut d'ailleurs se questionner sur la validité en droit civil d'une telle faculté. Elle ne semble pas interdite par l'article 1282 C.c.Q. En common law, elle est souvent utilisée.

question soumise aux tribunaux du Québec en matière de fiducie depuis 1994.

Bien que d'autres aspects soient aussi d'un grand intérêt, nous nous limiterons dans le présent texte à l'analyse de la jurisprudence relative aux demandes de modification ou à celles visant à mettre fin à une fiducie.

1. ASSISES JURIDIQUES DES DEMANDES DE MODIFICATION OU DE TERMINAISON

1.1 La modification des fiducies sous le C.c.B.C.

Le *Code civil du Bas Canada* ne permettait l'intervention du tribunal que pour exercer une certaine surveillance sur le fiduciaire : pourvoir à son remplacement, le destituer lorsqu'il dissipait ou gaspillait le capital de la fiducie ou le forcer à exécuter sa charge. Pour les autres modifications, une loi à caractère privée devait être adoptée⁹.

Le courant d'interventionnisme judiciaire qui a caractérisé la réforme du Code civil a au moins eu pour effet, dans le cas de la fiducie, de réduire ce recours exceptionnel d'adoption d'une loi privée, et ce tant pour les fiducies constituées à compter du 1^{er} janvier 1994 qu'avant cette date¹⁰.

1.2 Dispositions statutaires du C.c.Q.

Ce sont les articles 1294 et 1295 C.c.Q. qui prévoient les règles relatives à la modification et celles visant à mettre fin à une fiducie par intervention judiciaire. On pourrait ajouter à cela l'article 1277 C.c.Q. qui prévoit que le tribunal peut nommer ou remplacer le ou les fiduciaires et même en modifier le nombre.

9. Julie LORANGER, « Aspects civils des modifications des fiducies », dans *Congrès 1997*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1998, 22:1-32, p. 22:4. Voir aussi MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Publications du Québec, 1993, art. 1294, p. 772.

10. *Loi sur l'application de la Réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 71.

Pour que le tribunal accepte de mettre fin à une fiducie de façon anticipée, il faut, conformément à l'article 1294 C.c.Q., qu'elle ait cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment s'il est impossible ou devenu trop onéreux de poursuivre le but de la fiducie. Quant aux modifications, cela présuppose que la fiducie poursuit toujours la finalité voulue par le constituant, mais que ces modifications permettront de mieux respecter cette volonté ou favoriseront l'accomplissement de la fiducie. L'article 1295 C.c.Q. prévoit quant à lui la signification de la demande aux personnes intéressées.

Néanmoins, certains changements à la fiducie sans l'intervention du tribunal sont expressément autorisés par le Code. Ainsi, l'article 1293 C.c.Q. permet d'augmenter le patrimoine fiduciaire en cours d'administration, l'article 1282 C.c.Q. laisse la liberté de choisir des bénéficiaires si une faculté d'élire a été stipulée et l'article 1277 C.c.Q. permet au constituant de pourvoir au remplacement et la désignation des fiduciaires.

1.3 Fondement de ces mesures

Avant d'examiner la jurisprudence découlant des requêtes en modification de fiducies, il convient de déterminer le fondement de ce traitement spécifique.

Il apparaît que la fiducie, même si elle peut être établie par contrat, ne peut être modifiée du simple consentement des parties¹¹. Lors de sa constitution, comme le fait remarquer le professeur Beaulne¹², le Code utilise deux articles distincts, l'un qui décrit la création du patrimoine distinct résultant d'un acte de transfert et l'autre qui précise que cet acte peut être établi par contrat, par testament, par la loi ou par jugement que la loi autorise, comme si la fiducie transcendait son contrat constitutif¹³.

11. Art. 1440 C.c.Q.

12. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, nos 130-131, p. 80.

13. En essayant de comprendre comment le Code avait établi les diverses catégories de fiducies, nous étions aussi arrivés à la conclusion que la fiducie pouvait avoir un caractère distinct de son contrat constitutif. Donc, une fiducie à titre onéreux pouvait avoir été créée par un contrat à titre gratuit. Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 755, 795-802.

Plusieurs ont repris ce passage du professeur Brierley tentant de décrire la relation juridique établie :

Il n'existe pas de relation contractuelle entre le constituant et le fiduciaire, pas plus qu'entre le constituant et le bénéficiaire, ni entre le fiduciaire et le bénéficiaire. Les liens juridiques qui existent entre eux possèdent une spécificité juridique, celle précisément qui découle de leur qualité de constituant, de bénéficiaire ou de fiduciaire dans le cadre d'une fiducie. Bref les rapports en question ne relèvent pas carrément du droit des obligations.¹⁴

En plus de ces explications, il ajoute :

La fiducie, construction juridique complexe, a une portée juridique originale par rapport à toute autre institution de droit civil. Il s'agit d'un mécanisme autonome, inclassable [...].¹⁵

Ainsi, la fiducie renouvelée du Code, utilisée autant en matières commerciales que familiales, soulève la question du mécanisme de sa modification, puisque même établie par contrat, elle ne pourrait être modifiée après sa constitution par simple consentement des parties. Nous avons déjà affirmé à ce sujet¹⁶ qu'aucune partie à la fiducie ne peut prétendre avoir ce pouvoir, le constituant n'étant plus le propriétaire des biens formant maintenant un patrimoine autonome, et le fiduciaire n'ayant pas d'autres pouvoirs que celui d'administrer ce patrimoine suivant les modalités de l'acte. Dans ces circonstances, après la formation de la fiducie, ils n'ont plus la qualité pour en modifier les termes, sous réserve de clauses contenues à l'acte qui les y autoriseraient¹⁷.

Quant aux bénéficiaires, ils n'exercent pas les pouvoirs de propriétaires sur les biens de la fiducie¹⁸ et leur rôle demeure passif face à ce patrimoine. Ils peuvent modifier indirectement la fiducie s'ils renoncent à leurs droits¹⁹ comme nous en verrons des

14. John E.C. BRIERLEY, « Titre sixième – De certains patrimoines d'affectation – Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil. Personnes, successions, biens*, tome 1. Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Ste-Foy, P.U.L., 1993, n° 15, p. 748-749. Ce passage a été rapporté par J. BEAULNE, *op. cit.*, note 12, p. 26, n° 413 et Julie LORANGER, *loc. cit.*, note 9, p. 22-7 et 22-8, note 13.

15. J.E.C. BRIERLEY, *ibid.*, p. 750.

16. D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 13, p. 790.

17. L'insertion de telles clauses sera discutée dans la conclusion.

18. Art. 1278 C.c.Q.

19. Art. 1296 C.c.Q.

exemples dans la jurisprudence, mais ils ne peuvent s'entendre conventionnellement avec le fiduciaire pour modifier les termes de la fiducie.

La common law peut être d'un secours restreint en cette matière, puisque les dispositions du Code diffèrent de l'état du droit sur cette question dans les autres provinces. Le Code civil s'appuie sur la volonté du constituant comme élément décisif de l'intervention du tribunal, alors qu'en common law, si tous les bénéficiaires sont d'accord, y compris les bénéficiaires éventuels, l'arrêt *Saunders c. Vautier*²⁰ a établi le principe que, en raison de leurs droits de jouissance, les bénéficiaires pouvaient modifier ou mettre fin à un *trust*. Ce n'est que si le consentement de personnes inaptes est requis qu'il y aura lieu de demander une autorisation au tribunal, comme le prévoient différentes lois particulières adoptées par les provinces²¹. Toutefois, certaines juridictions de common law ont préféré protéger davantage l'intention du constituant et refusent ainsi d'appliquer la règle de *Saunders c. Vautier* dans sa totalité²².

En conséquence, la common law ne peut servir que d'exemple, puisque la relation particulière établie entre les bénéficiaires dans les provinces de cette juridiction diffère du concept de patrimoine autonome du droit civil²³.

La règle de common law établie dans *Saunders* a été plaidée sans succès dans *Alkallay c. Bratt*²⁴. Dans cette affaire, le capital de

20. (1841) Beav. 115, 41 E.R. 482.

21. Voir notamment en Ontario la *Loi sur les modifications des fiducies*, L.R.O. 1990, chapitre V.I, qui permet à la Cour d'approuver un arrangement pour le compte des bénéficiaires inaptes à la condition que cet arrangement soit dans leur intérêt.

22. Ainsi, en Alberta, les articles 42 et 43 du *Trustee Act*, R.S.A. 2000, c. T-8, prévoient que même si tous les bénéficiaires consentent, l'intervention du tribunal est requise et le juge ne pourra l'approuver que si l'arrangement est à l'avantage des personnes incapables de donner leur consentement et si, compte tenu de toutes les circonstances, cet arrangement est justifié. Donovan W.M. WATERS, *Law of Trusts in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984, p. 961-980, 1055-1086; Simon GARDNER, *The Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 157-161 et André MORRISSETTE, « Étude de la fiducie du Code civil du Québec et comparaison avec le trust du droit anglais », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 18-22.

23. Voir aussi les commentaires de J. BEAULNE, *op. cit.*, note 12, p. 274-275, n° 435.

24. J.E. 2003-388 (C.S.).

la fiducie établie par la défunte était destiné à payer une rente viagère à M. Alkallay correspondant à 70 % des revenus de la fiducie, tandis que 30 % des revenus étaient partagés entre six organismes de bienfaisance qui devaient aussi recevoir le capital au décès de cet individu. Dans une entente séparée, les bénéficiaires ont formé une autre fiducie dans le but probablement d'y distribuer le capital de la fiducie testamentaire. Ainsi, ils ont convenu d'accorder à M. Alkallay la valeur présente de sa participation au revenu dans la fiducie sous la forme d'un montant forfaitaire.

Cette entente ne s'étant pas concrétisée, on peut supposer que les fiduciaires ont refusé de transférer le patrimoine à cette deuxième fiducie, M. et M^{me} Alkallay ont déposé une requête dans le but de faire entériner cette entente par le tribunal, prétendant qu'il s'agissait d'un accord entre les bénéficiaires auquel il pouvait être donné effet en vertu de la règle de common law. La juge n'a pas eu d'hésitation à rejeter cette prétention, d'autant plus que la requête était contestée par les fiduciaires et les organismes de bienfaisance. La juge a estimé, que contrairement à la prétention des requérants, la règle de *Saunders* n'avait pas été introduite en droit civil par les articles 1293 à 1295 C.c.Q. À ce propos, elle réfère au commentaire du professeur Brierley :

De plus mettre fin prématurément à la fiducie à la volonté d'un bénéficiaire ne semble pas respecter le libellé et l'esprit de l'article 1294. Toujours est-il que l'article envisage la possibilité pour le tribunal de modifier la fiducie lorsqu'il existe des « circonstances inconnues » du constituant ou « imprévisibles » qui rendent la poursuite de la fiducie « impossible » ou « trop onéreuse ».25

Elle s'appuie également sur les commentaires du professeur Beaulne à l'effet que le droit civil s'écarte de la common law qui met plutôt l'accent sur le consentement des bénéficiaires.

Or, comme rien dans la situation soumise ne permettait de prétendre que les conditions de droit civil nécessaires pour mettre fin prématurément à une fiducie étaient présentes, d'autant plus que le constituant avait implicitement considéré la possibilité de remettre du capital à M. Alkallay et avait limité cette possibilité au paiement de ses frais funéraires, la juge a refusé d'y mettre fin et a ainsi empêché la remise à ce dernier d'un capital correspondant à la valeur de sa rente.

25. John E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 14, p. 774.

2. ANALYSE JURISPRUDENTIELLE

2.1 Le constituant est décédé

2.1.1 Entretien d'un bénéficiaire

S'il y a un aspect qui a connu des dénouements surprenants relativement aux modifications autorisées par le tribunal, c'est bien celui de la discrétion accordée aux fiduciaires d'utiliser les revenus ou le capital pour payer les frais d'entretien de certains bénéficiaires. Les juges, à la demande des bénéficiaires ou de leurs représentants, ont accepté à quelques reprises de fixer les montants à verser mensuellement à ces bénéficiaires à la manière d'une pension alimentaire. Ainsi, toute modification des besoins des bénéficiaires à la baisse ou à la hausse pourrait obliger les fiduciaires ou les bénéficiaires à formuler une nouvelle demande au tribunal.

Bien que les faits de ces affaires démontraient soit un climat tendu entre les fiduciaires et les bénéficiaires, soit une apparence de conflit d'intérêts, ou même l'expression d'une discrétion en des termes plus ou moins clairs, il n'en reste pas moins que le juge, en fixant des montants précis, plutôt qu'en donnant des directives aux fiduciaires dans leur prise de décision, a modifié l'acte de fiducie en y introduisant un élément de rigidité dans l'administration des fiduciaires qui leur lie désormais les mains.

En fait, peu de constituants s'attendent à ce que le pouvoir discrétionnaire qu'ils offrent au fiduciaire de verser des sommes soit considéré comme un droit du bénéficiaire d'exiger de recevoir le maximum possible, sinon ils exigeraient du fiduciaire qu'il verse tous les revenus. Ils veulent plutôt que les fiduciaires se mettent à leur place et prennent les décisions selon les circonstances du moment.

Or, on n'a qu'à examiner la décision rendue dans *P. (J.) c. P. (F.) et L. (Fr.)*²⁶ pour comprendre la problématique à laquelle fait face le juge lorsque le bénéficiaire s'adresse à lui pour le motif que les fiduciaires ne lui remettent pas assez de revenus et demande

26. C.S. Montréal, n° 500-14-019093-020, 21 mars 2003, j. Hélène Poulin.

en conséquence la fixation d'un versement mensuel plus élevé. Dans cette affaire, une telle requête a été présentée avec d'autres alternatives plus drastiques, telles que la fin de la fiducie ou la destitution des fiduciaires. Le bénéficiaire, âgé de 76 ans, invoquait qu'il avait besoin du double de ce que lui versait la fiducie pour sortir de sa misère.

Le nœud de cette histoire paraît être le fait que les « fiduciaires » étaient aussi les bénéficiaires éventuels du capital. On pourrait croire qu'il s'agit d'une infraction à la règle énoncée à l'article 1275 C.c.Q. Mais, en fait, il s'agissait d'un cas de liquidation prolongée de succession faisant appel à un liquidateur, que l'on désignait dans le testament comme étant un administrateur du bien d'autrui. Or, les questions soumises au juge réfèrent tantôt à la notion de fiducie, par exemple le juge a invoqué l'article 1294 C.c.Q. applicable aux fiducies, tantôt aux règles de la liquidation des successions en demandant la destitution des liquidateurs. Cela est exactement le genre de zone grise juridique que peut créer une administration prolongée. Qu'ils agissent dans la légalité ou non, les liquidateurs ou fiduciaires (la nièce et sa fille) étaient ici en apparence de conflit d'intérêts, puisque la perspective de recevoir le capital à la mort du frère de la constituante était une réalité prochaine en raison de l'âge du bénéficiaire.

Confronté à ce problème, le juge a choisi de fixer une rente mensuelle au double de celle qui était versée précédemment, limitant ainsi la discrétion des liquidateurs ou fiduciaires accordée par le testament, et se basant sur le fait que la testatrice avait aussi précisé que les sommes devaient être utilisées de « manière à ce que mon frère ne soit plus dans le besoin et qu'il puisse mener une vie confortable »²⁷.

Par ailleurs, le juge a refusé de mettre fin à la « fiducie » puisqu'elle constituait une mesure de protection toujours utile et a refusé de remplacer les liquidateurs ou fiduciaires qui ont démontré de la bonne foi et avaient la confiance de la testatrice. Selon lui, un tel désistement est une mesure extrême qui requiert des motifs graves de malversations, de sérieux conflits d'intérêts ou d'absence de loyauté ou de diligence. On peut alors s'interroger pourquoi, s'il trouvait que les liquidateurs faisaient un si bon travail, il y a eu un tel écart entre les versements faits dans le passé et ceux qu'a obtenus le bénéficiaire en s'adressant à la Cour.

27. *Ibid.*, par. 5.

Une autre affaire implique cette fois un litige entre l'un des deux fiduciaires et la tutrice du bénéficiaire. Dans *Duclos c. Bélanger*²⁸, suivant un testament olographe rédigé maladroitement, les fiduciaires Bélanger et Sani devaient implicitement voir à l'entretien des enfants mineurs du testateur selon ces termes :

Dès que mes enfants auront atteint l'âge de la majorité. Il sera rendu compte des sommes leur étant dues et ces sommes leurs seront remises par mes exécuteurs testamentaires, déduction faite des frais d'administration et des déboursés qui auront pu être faits, de temps à autre, pour l'entretien de mes enfants mineurs.

Le juge est arrivé à la conclusion, en examinant ces termes, que le constituant de la fiducie « s'en remet au bon jugement des fiduciaires »²⁹.

Pour rendre sa décision, le juge s'est appuyé sur l'article 453 C.p.c. qui lui permet, par jugement déclaratoire, d'interpréter les termes d'un testament pour déterminer dans ce cas-ci la nature des dépenses visées par l'« entretien » des enfants et les modalités prévues par les mots de « temps à autre ».

Il faut préciser que dans cette affaire, la tutrice qui était la mère des bénéficiaires avait un comportement de confrontation de sorte que les fiduciaires, bien que disposés à verser des sommes plus élevées, exigeaient des pièces justificatives afin de s'assurer que ces sommes seraient bel et bien utilisées pour les enfants, justification que la tutrice refusait de leur remettre.

Après avoir examiné la situation des parties, et malgré cette précaution exigée des fiduciaires, le juge a estimé que les enfants avaient droit à des versements plus élevés sans avoir à produire de pièces justificatives, puisque la tutrice avait prouvé des besoins plus grands que les revenus de la fiducie.

Puis, en se fondant sur l'article 1294 C.c.Q., le juge a modifié les termes de la fiducie pour préciser le détail des versements qui devraient être faits au bénéfice des enfants. Le juge commente ces changements comme suit :

28. J.E. 2001-1510 (C.S.).

29. *Ibid.*, par. 25.

Il ne s'agit aucunement d'apporter une modification dénaturant la volonté de Bélanger, mais plutôt d'en interpréter la portée et en assurer l'exécution par des ordonnances appropriées.

Précisons qu'il ne s'agit pas ici d'une modalité de la survie de l'obligation alimentaire, mais bien de l'utilisation, par les enfants, de leurs avoirs conservés en fiducie pour leur bénéfice.³⁰

Une décision plus en accord avec l'acte de fiducie a été rendue dans *Lessard c. Johnston*³¹. Le juge Legris a décidé que lorsque le tuteur d'un enfant mineur dispose d'un capital résultant d'un produit d'assurance sur la vie et d'une indemnité payée par la Société d'assurance automobile du Québec en raison du décès des parents, le Code civil, à son article 218, oblige le tuteur à utiliser ce capital pour pourvoir aux besoins de l'enfant orphelin. Le juge a ainsi tenu compte de cette obligation pour refuser au tuteur une demande de modification des actes de fiducies testamentaires établies par les parents pour obliger chaque fiducie à lui verser 325 \$ mensuellement. Les fiduciaires refusaient de tels versements, demandant au tuteur de se servir d'abord des fonds sous son administration. Le juge a reconnu que le Code établit une obligation pour le tuteur d'utiliser les sommes administrées, en opposition au fait que les fiduciaires, eux, bien qu'autorisés à faire des versements, n'y étaient pas obligés. Il ajoute de plus :

En ce qui concerne la discrétion conférée aux fiduciaires par les actes de fiducie, le tribunal ne croit pas pouvoir réformer les décisions des fiduciaires à moins que celles-ci constituent des abus de pouvoirs, des décisions déraisonnables, malicieuses et qui auraient pour effet, par exemple, de placer le bénéficiaire de la fiducie dans une position que l'acte de fiducie était justement destiné à prévenir. Ici le tribunal ne peut que constater que la position adoptée par les fiduciaires n'a pas pour effet de compromettre le bien-être ou l'éducation de Gary. Elle a pour seul effet de déterminer quelle partie de son patrimoine sera d'abord affectée à ses frais de subsistance.³²

Il faut mentionner qu'à plusieurs reprises dans cet acte de fiducie, le constituant avait spécifié que le liquidateur (terme utilisé à la place de « fiduciaire ») serait seul juge de l'utilisation des sommes.

30. *Ibid.*, par. 34 et 35.

31. C.S. Trois-Rivières, n° 400-05-003854-024, 16 avril 2003, j. Robert Legris.

32. *Ibid.*, par 12.

De toutes ces décisions, il découle que si la volonté du constituant est bel et bien que les remises soient et restent discrétionnaires et ne doivent pas nécessairement servir à combler les besoins du bénéficiaire, le constituant devra être particulièrement clair à ce sujet, sinon il risque que l'on interprète sa volonté comme signifiant qu'il avait l'intention de pourvoir aux besoins du bénéficiaire et cette intention pourrait être calculée en termes fixes.

Le commentaire suivant de Madeleine Cantin Cumyn, qui tranche disons-le avec l'effet que l'on attribue habituellement à un tel pouvoir discrétionnaire, laisse à réfléchir :

Il convient donc de limiter la portée des expressions qui prétendent conférer à un administrateur un « pouvoir discrétionnaire », une « entière discrétion », voire une « discrétion absolue » [...]. Ces formules signifient, tout au plus, que l'attributaire de pouvoirs est habilité à décider seul des actions à entreprendre, sans consultation ni autorisation préalable. Un pouvoir privé n'est jamais libre, absolu ou discrétionnaire en ce sens que l'administrateur n'ait pas à rendre compte de son exercice. Certes, l'administrateur exerce ses pouvoirs avec autonomie, mais toujours sous réserve de justifier les décisions qu'il arrête en fonction de l'intérêt ou du but qu'il a pour mission de servir.³³

Dans un tout autre genre de situation qui implique tout de même des frais d'entretien, soit dans *Benoît c. Desaulniers*³⁴, une requête non contestée a été présentée dans le but de modifier le paragraphe d'un testament lié à la description des remises que devaient faire les fiduciaires à un enfant. Cette requête a été accordée sans aucun commentaire, mais compte tenu de son effet rétroactif au 1^{er} janvier de l'année de la requête, on peut penser que cette modification avait un réel effet économique pour le bénéficiaire. Il a suffi que tous soient d'accord pour l'obtenir.

2.1.2 Destitution du fiduciaire qui est une société de fiducie

Plusieurs décisions traitent de la présence d'une société de fiducie dont l'on demande le remplacement ou la destitution en raison généralement des frais qu'elle exige pour remplir sa fonction.

33. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 5, p. 238, n° 281.

34. C.S. Québec, n° 200-05-016683-026, 16 avril 2002, j. Robert Legris.

Lorsque le capital est minime et que les frais exigés sont relativement élevés, diminuant ainsi de façon importante les revenus annuels ou grugeant le capital année après année, les juges sont généralement favorables au remplacement de la société de fiducie par un autre type de fiduciaire moins coûteux, et ce malgré l'intention clairement exprimée par le constituant qu'une société de fiducie fasse partie des fiduciaires.

On trouve un exemple de cela dans *Rhéaume c. Dufresne*³⁵, où la fiducie testamentaire était administrée avec efficacité par un fiduciaire personne physique qui agissait *de facto*. Les frais exigés par le fiduciaire nommé pour accepter cette fonction et qui était une société de fiducie, étaient équivalents à 36 % des revenus par année³⁶. Le juge a interprété la volonté de la testatrice comme étant de maintenir sinon d'accroître le capital à long terme dans l'intérêt du bénéficiaire de santé précaire et il a réécrit l'article de nomination des fiduciaires pour en exclure toute société de fiducie. Ce qui est troublant dans cette affaire, c'est que non seulement la volonté de la constituante d'avoir un fiduciaire corporatif a alors été mise de côté, mais encore celle d'avoir au moins deux fiduciaires agissant ensemble lorsque des individus sont fiduciaires. Ce point n'est pas abordé dans le jugement et c'est dommage, car il y a une grande différence entre une fiducie administrée par une ou deux personnes.

Dans *Marmet (Re Succession de)*³⁷, au lieu de mettre fin à une fiducie testamentaire dont le capital de 40 000 \$ rapportait à chacun des bénéficiaires un revenu de 200 \$ annuellement (!), le juge a choisi de modifier la fiducie en remplaçant le fiduciaire corporatif par un fiduciaire dont les services étaient moins onéreux, en l'occurrence un notaire. Malgré les sommes minimales en cause, cette décision s'explique par le fait que certains bénéficiaires du revenu s'étaient opposés à la terminaison de la fiducie, car ils désiraient continuer à percevoir leur maigre revenu. Il est étonnant, à la lecture du jugement, que les requérants n'aient pas invoqué que le nombre d'ordre des bénéficiaires du revenu – nous en avons calculé cinq – était trop élevé et justifiait à lui seul la fin de la fiducie.

Au contraire, dans *Vaillancourt (Succession de) c. Trust Banque Nationale inc.*³⁸, le juge a refusé d'éliminer le fiduciaire corpora-

35. B.E. 2002BE-401 (C.S.).

36. Cela en tenant compte d'un revenu de 5 % sur le capital de 330 000 \$.

37. J.E. 99-625 (C.S.).

38. J.E. 2002-1427 (C.S.).

tif. Dans cette affaire, la sœur du bénéficiaire, qui était aussi la requérante, avait été nommée fiduciaire avec une société de fiducie. Le bénéficiaire avait déjà 47 ans au moment où le père avait rédigé son testament fiduciaire. La requérante demandait la destitution de son cofiduciaire corporatif en raison de ses honoraires élevés. La société de fiducie a contesté la requête pour le motif que l'intention du testateur était qu'une société de fiducie demeure fiduciaire pour son expertise et son indépendance, comme en faisaient foi les mesures prévues pour son remplacement.

Le juge a ici interprété le rôle du fiduciaire corporatif comme étant une protection que le père, homme d'affaires averti et très directif, voulait donner à sa fille fiduciaire contre les pressions que pourrait exercer sur elle le bénéficiaire, que l'on décrivait comme entretenant des liens avec le « mouvement du Graal ». Malgré les frais plus élevés de cette administration, le juge a refusé de destituer la société de fiducie.

Ainsi, lorsque le constituant choisit une société de fiducie à titre de fiduciaire, seul ou avec d'autres, pour la sécurité qu'offre cette solution, il conviendrait de faire référence à cette sécurité dans l'acte et de spécifier que ce choix a été fait en dépit des frais de gestion plus élevés qu'il pourrait entraîner. De plus, on remarque que le fait de prévoir le remplacement par un autre fiduciaire corporatif peut servir à démontrer l'intention de maintenir une telle administration.

Au chapitre des requêtes relatives aux fiduciaires, nous désirons apporter un commentaire supplémentaire qui ne concerne pas nécessairement les fiduciaires corporatifs. Nous avons pris connaissance d'une requête non contestée³⁹ demandant la nomination d'un troisième fiduciaire, pour se conformer à l'article 1275 C.c.Q., les fiduciaires nommés par le testament étant tous bénéficiaires. Avec raison, le juge, estimant d'ordre public cette disposition, a désigné un troisième fiduciaire en s'appuyant sur les articles 1277 et 1294 C.c.Q. Or, il nous semble que pour les parties, il aurait été approprié de proposer en même temps de nouvelles dispositions pour compléter cette fiducie testamentaire et permettre le remplacement de ce fiduciaire sans devoir s'adresser au tribunal à chaque fois.

39. *Dubois (Succession de) c. Dubois*, C.S. Québec, n° 200-14-007372-029, 23 janvier 2003, j. Yves Alain.

2.1.3 Entente entre les bénéficiaires pour mettre fin à une fiducie

Lorsque la requête n'est pas contestée par les bénéficiaires et, qu'au contraire, tous s'entendent sur le fait qu'il est temps de mettre fin à la fiducie, c'est à ce moment que la volonté du constituant est particulièrement mise à l'épreuve. Le juge aura à décider s'il est vrai que la fiducie ne peut plus répondre à la volonté première du constituant parce qu'elle est devenue impossible à réaliser ou que sa réalisation est devenue trop onéreuse, et ce, quelles que puissent être les raisons invoquées par les parties.

Le premier jugement rendu suite à une demande visant à mettre fin de façon anticipée à une fiducie a été *Stevenson c. National Trust Co.*⁴⁰. On se rappellera que dans cette affaire, la bénéficiaire du revenu d'une fiducie établie par le testament de son père, avait renoncé à sa participation et réclamait la fin immédiate de la fiducie et la distribution du capital à ses enfants. Elle invoquait son indépendance financière, les impôts élevés qu'elle devait payer sur les revenus de la fiducie et les frais importants du fiduciaire corporatif, pour expliquer cette renonciation et justifier le bien-fondé de sa requête. Le juge avait alors donné droit à sa demande sur la foi que telle aurait été la volonté du testateur s'il avait pu anticiper l'indépendance financière de sa fille et les conditions socio-économiques et ce, malgré la contestation du fiduciaire corporatif qui prétendait que la fiducie n'était pas arrivée au terme prévu, soit le décès de la bénéficiaire du revenu.

Malgré les termes du Code qui ne recherchent que la volonté du constituant, il faut reconnaître que les bénéficiaires peuvent exercer une influence considérable sur le juge s'ils veulent tous mettre fin à la fiducie. Dans ce cas-ci, il aurait fallu faire preuve d'entêtement pour refuser de remettre le capital de façon anticipée, alors que la seule bénéficiaire du revenu avait renoncé. N'eût été de cette renonciation, le juge aurait pu, par exemple, prévoir le remplacement du fiduciaire corporatif par un individu pour réduire les frais de la fiducie et mieux permettre son accomplissement.

Une autre requête de ce genre a encore été accueillie récemment dans *Succession Picard*⁴¹. Il était devenu impossible

40. J.E. 95-780 (C.S.).

41. *Picard (Re Succession de)*, C.S. Québec, n° 200-14-006865-023, 6 août 2002, j. Normand Gosselin.

d'atteindre le but de la fiducie, qui était de remettre 500 \$ par mois à la bénéficiaire du revenu en raison de l'insuffisance du capital au montant de 69 145 \$. Cette dernière avait également renoncé à sa participation au revenu. Le capital a été distribué immédiatement aux enfants bénéficiaires du capital.

Dans *Forgeron (Succession de) c. Forgeron*⁴², la fiducie s'est terminée avant terme par la renonciation de tous les bénéficiaires du capital en faveur de leur mère, bénéficiaire du revenu. Le Code prévoit cette possibilité de fin de fiducie en cas de renonciation de tous les bénéficiaires⁴³. Cependant, une telle renonciation impliquerait normalement un retour des biens aux héritiers du constituant, vu qu'il ne reste plus de bénéficiaires⁴⁴. Dans *Forgeron*, on a réussi à remettre les biens à la mère, puisque les renonciations des bénéficiaires du capital ont été faites *in favorem* pour elle. De l'avis du juge, la renonciation utilisée implique une acceptation et un transfert à la mère des droits des bénéficiaires du capital. Puisque ce genre de renonciation ne répond pas aux conditions de l'article 1296 C.c.Q., le juge conservait donc tout son pouvoir de se prononcer sur la légitimité de la fin prématurée de la fiducie.

À titre de facteur pouvant avoir influencé le juge, outre les renonciations, notons qu'une clause du testament prévoyait au besoin la possibilité de mettre fin à la fiducie.

La fiducie ne se trouvait pas nécessairement dans une impasse, puisque même si ses revenus n'étaient pas suffisants pour subvenir aux besoins du conjoint bénéficiaire, le fiduciaire était autorisé à empiéter sur le capital de 90 000 \$ à cette fin⁴⁵. Cependant, cela aurait obligé la fiducie à continuer d'exister quelques années en payant des frais importants au fiduciaire corporatif. En raison de ces motifs économiques, nous croyons que le juge a eu raison de mettre fin à cette fiducie. Toutefois, cette terminaison aurait pu avoir lieu autrement : une administration souple du fiduciaire accordant à la mère des remises de capital rapides, par exemple sur deux ans, aurait permis d'éviter la complexité de la renonciation *in favorem*, de même que les résultats fiscaux fâcheux qui en ont découlé. En effet, puisque les biens de la

42. J.E. 96-599 (C.S.).

43. Art. 1296 C.c.Q.

44. Art. 1297 C.c.Q.; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 12, p. 294, n° 465.

45. Pour un commentaire sur cette affaire voir J. LORANGER, *loc. cit.*, note 9, p. 22:19 à 22:22.

fiducie sont passés légalement entre les mains des enfants par la renonciation *in favorem*, la distribution des biens au conjoint ne pouvait avoir lieu sans impôt⁴⁶, alors que si des versements de capital importants avaient été faits directement au conjoint, ils n'auraient pas été imposables.

Cette technique de renonciation *in favorem* des bénéficiaires du capital au profit du conjoint bénéficiaire du revenu a aussi été utilisée dans *Auger (Re succession de)*⁴⁷. Le juge a accordé la requête sans aucun commentaire sur la volonté du constituant et sur l'impossibilité d'accomplir le but de la fiducie. Malgré l'offre de renonciation des enfants, le juge aurait pu maintenir l'administration fiduciaire si cette dernière visait à protéger le conjoint contre sa propre administration.

La renonciation *in favorem*, qui permet de contourner implicitement la volonté du constituant et de se sortir d'une fiducie, ne peut toutefois être appliquée que dans un nombre limité de cas, puisqu'elle requiert des bénéficiaires désintéressés et qui soient tous aptes à renoncer.

A contrario, lorsque les bénéficiaires ne sont pas d'accord, la fiducie continuera tant qu'il ne sera pas impossible de réaliser sa finalité. C'est ce que l'on peut comprendre notamment de la décision *Paiement Renaud c. Hébert*⁴⁸ dans laquelle le juge, plutôt que de mettre fin à une fiducie destinée à détenir une résidence pour l'usage de la bénéficiaire, alors que la résidence était devenue trop luxueuse, a exigé que les fiduciaires appliquent les dispositions de l'acte de fiducie qui permettaient de la vendre pour en acquérir une plus modeste ou louer un logement.

2.1.4 Fiducie qui devient non résidente

Lorsque les bénéficiaires d'une fiducie ne résident pas au Canada, il peut être approprié pour son administration de demander un changement des fiduciaires afin que la fiducie puisse situer sa résidence fiscale dans le pays étranger. En effet, au niveau fiscal,

46. Voir « Table ronde sur la fiscalité provinciale », dans *Congrès 1996*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, p. 44:29-30, section 3.5.

47. C.S. Québec, n° 200-14-007211-029, 30 octobre 2002, j. Gérald Boisvert.

48. J.E. 97-833 (C.S.).

la résidence d'une fiducie se situe là où la majorité des fiduciaires résident⁴⁹. Dans *Davis (Estate)*⁵⁰, le testateur avait choisi des fiduciaires résidents du Canada alors qu'il savait que les bénéficiaires de certaines fiducies résidaient aux Barbades. La Cour a tout de même été favorable à une demande des bénéficiaires vivant à l'étranger pour établir de nouvelles règles visant la nomination d'une majorité de fiduciaires des Barbades et à faciliter le mouvement des biens des fiducies concernées sous cette juridiction. Le juge s'est laissé facilement convaincre que lorsqu'il n'y a ni gain en capital, ni impôt sur le revenu, un tel transfert ne peut être qu'à l'avantage de l'accomplissement des fiducies. Pour faciliter l'obtention de cette requête, tous les fiduciaires et les personnes nommées en remplacement avaient renoncé à exercer leurs fonctions de fiduciaires.

Le juge a tout de même pris la peine d'indiquer que le constituant de cette fiducie testamentaire était favorable à ce genre de changement : « it furthers the intentions of the testator and settlor that certain provisions be inserted into the Probated Will to facilitate the movement of the Trusts [...] outside Canada »⁵¹, démontrant par le fait même son souci de respecter la volonté du constituant.

Dans cette affaire, d'autres modifications ont aussi été autorisées de façon accessoire pour augmenter le nombre maximal de fiduciaires à cinq plutôt qu'à quatre (cela résulte probablement du désir d'avoir toujours une majorité), et pour limiter la clause d'insaisissabilité à 35 ans, conformément à l'article 2649 C.c.Q., dans le cas des fiducies demeurant au Canada pour d'autres bénéficiaires.

Le résultat obtenu n'est pas surprenant, d'autant plus qu'il tient compte de la volonté du constituant, mais il renforce l'idée que si le constituant prévoit à l'avance que son acte pourra être modifié pour diverses raisons, notamment pour exporter la fiducie sous une autre juridiction, alors le juge pourra être fort à l'aise, comme dans ce cas-ci, pour prévoir de nouvelles mesures permettant de mieux respecter la volonté du constituant ou favorisant l'accomplissement de la fiducie.

49. *Thibodeau Family Trust c. La Reine*, [1978] C.T.C. 539 (C.F.).

50. 2002 DCQI 133 (C.S.). Voir aussi, dans le même dossier, *Davis (Succession de)*, [2002] R.J.Q. 241 (C.S.).

51. *Davis (Estate)*, 2002 DCQI 133 (C.S.), par. 21.

2.2 Le constituant est toujours vivant

Si les juges ont fait preuve d'une grande souplesse en étant favorables à la très grande majorité des requêtes présentées après le décès du constituant, même si ce décès les obligeaient à interpréter la volonté de ce dernier, on peut imaginer qu'il sera d'autant plus facile de faire modifier une fiducie quand le constituant en demandera lui-même la modification, surtout lorsqu'il aura l'appui des autres intervenants à la fiducie.

Dans un jugement rendu en 2003⁵², le juge a en effet acquiescé à toutes les demandes de modification d'un acte de fiducie présentées conjointement par la constituante, les fiduciaires et les tuteurs des bénéficiaires mineurs. Il semble dans cette affaire qu'à l'occasion d'une demande pour remplacer un des deux fiduciaires, on en ait profité pour modifier la substance de quelques articles de l'acte de fiducie. En comparant l'acte initial avec le jugement, on peut ainsi constater ce qui suit :

- il y a élimination d'un droit d'élire les bénéficiaires pour ne retenir que la détermination des parts entre les deux bénéficiaires nommés;
- la fin de la fiducie ne se fait plus à date fixe, mais pourra avoir lieu à toute autre date déterminée par les fiduciaires;
- plutôt que de n'avoir qu'un mode de remplacement des fiduciaires par le juge, on remanie les règles pour prévoir, non seulement que le constituant pourra y pourvoir, mais pour permettre aux autres fiduciaires de faire ce remplacement le cas échéant;
- alors que l'acte exigeait la preuve d'une mauvaise administration pour pouvoir relever un fiduciaire de ses fonctions, le jugement permet plutôt que : « Le constituant pourra relever un fiduciaire de ses fonctions pour tout motif sans être tenu de donner quelque justification que ce soit. »;
- de plus, dans le nouveau mode de remplacement des fiduciaires, le constituant se réserve la possibilité de modifier en tout temps le nombre de fiduciaires en fonction.

52. Dans l'affaire *Verreault*, C.S. Québec, n° 200-17-003029-030, 31 mars 2003, j. Jean Bouchard.

Bien que toutes les parties aient été présentes, on peut être surpris par l'introduction dans l'acte d'un tout nouveau mode de nomination des fiduciaires qui va bien au-delà de ce qui avait été prévu à l'origine. Le juge semble ici de pas trop se soucier de la volonté première du constituant. En fait, comme il ne nous donne aucun motif pour permettre ces changements, on peut penser que d'autres modifications auraient aussi pu être acceptées du même coup. Outre l'élimination de la faculté d'élire, qui paraissait de toute façon superflue dans cet acte puisque les parts des bénéficiaires étaient déjà fixées, le fait d'introduire la possibilité pour le constituant de révoquer les fiduciaires et d'en augmenter le nombre à volonté, et pour les fiduciaires de pouvoir mettre fin à la fiducie à une date différente de celle prévue initialement, sont des changements assez substantiels, quoique n'affectant pas comme tel les droits des bénéficiaires.

La requête non contestée serait-elle ainsi perçue comme présentant des mesures qui permettront nécessairement de favoriser l'accomplissement de la fiducie, puisque tous les intervenants les demandent⁵³ ?

Le juge devrait-il jouer le rôle dans ces cas de gardien de l'acte pour ne retenir que les modifications justes et raisonnables ?

Par exemple, relativement au nouveau mode de nomination des fiduciaires dans cette affaire, le juge a permis l'introduction dans cette fiducie déjà formée d'une souplesse que biens des rédacteurs hésitent à utiliser.

Plus précisément, dans le choix du mode de remplacement, les rédacteurs doivent concevoir un certain équilibre entre l'intérêt de la fiducie et la souplesse facilitant la nomination des fiduciaires. Ainsi, quelques-uns se contenteront de nommer quelques remplaçants, alors que d'autres envisageront l'augmentation ou la réduction du nombre des fiduciaires dans certaines circonstances et préciseront le mode de leur nomination, par exemple par les fiduciaires toujours en fonction ou par le testament du fiduciaire défunt. La plupart de ces techniques semblent permises, mais certaines limites sont à observer.

53. Art. 1294 C.c.Q.

Peut-on prévoir, comme dans le jugement analysé ci-dessus, que le constituant aura un droit unilatéral de destituer un fiduciaire ?

Même si le Code ne spécifie rien à ce sujet, il s'agit d'un pouvoir important qui pourrait laisser croire que le constituant ne s'est pas départi du contrôle des biens transférés à la fiducie. La professeure Cantin Cumyn a exprimé l'avis suivant à ce sujet :

Admettre qu'il puisse, au moyen d'une clause expresse, s'autoriser à changer unilatéralement le fiduciaire donnerait au constituant un contrôle effectif de l'administration, incompatible avec l'esprit de cette institution et la lettre de la loi.⁵⁴

La modification réservant au constituant le pouvoir d'augmenter en tout temps le nombre de fiduciaires serait aussi du même type.

Il nous semble que le juge devrait au moins se questionner sur l'intention des parties avant d'accorder de telles modifications. Sont-elles vraiment utiles pour favoriser une meilleure administration ?

Le même commentaire s'applique à l'ajout de la discrétion permettant aux fiduciaires non seulement de terminer en tout temps la fiducie, mais de la prolonger au-delà de son terme initialement prévu.

Ce jugement est à l'opposé de la décision rendue dans *Poirier c. De Coste*⁵⁵, dans laquelle on a refusé à un fiduciaire, agissant avec la constituante, la possibilité de modifier une fiducie familiale de fractionnement du revenu pour introduire un nouvel enfant né après sa constitution. Le juge a estimé que l'ajout d'un bénéficiaire changerait la finalité de la fiducie et ne répondait pas aux conditions de 1294 C.c.Q. En plus, cela n'aurait pu être que désavantageux pour la bénéficiaire initiale.

54. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 5, p. 321, n° 372. La professeure émet toutefois la réserve à la note 1101 que Faribault, Beaulne et Brierley semblaient admettre l'efficacité d'un tel pouvoir unilatéral de changer un fiduciaire.

55. J.E. 97-1742 (C.S.).

Or, le juge aurait pu aussi voir dans la référence au nom d'un seul enfant une mauvaise rédaction qui n'aurait pas été assez souple pour intégrer tous les enfants à venir et qui de ce fait ne reflétait pas correctement l'intention du constituant.

Fait à souligner, contrairement aux autres décisions où les juges se sont servis de toutes les circonstances pour interpréter la volonté du constituant, ici le juge a insisté sur l'importance de vérifier la volonté exprimée à l'acte pour ne pas substituer une nouvelle volonté. Évidemment dans ce cas-ci, le constituant devait témoigner de vive voix de son intention d'englober tout autre enfant, s'il avait su qu'il en aurait eu un autre, ce qui tranchait avec l'acte qui répète à de nombreuses reprises seulement le nom de l'enfant bénéficiaire.

Même si ce jugement paraît sévère, il démontre que le cœur de la fiducie sera plus difficile à faire modifier. De plus, l'ajout d'un bénéficiaire en cours de route aurait pu avoir des conséquences fiscales. En effet, lorsque la modification d'une fiducie entraîne une différence telle que cela provoque une diminution de la valeur de la participation d'un bénéficiaire, le ministère du Revenu pourrait alors considérer qu'il y a eu disposition d'une partie de la participation de ce bénéficiaire, entraînant ainsi une imposition⁵⁶.

Dans une autre décision, *Bérubé c. Boudreault*⁵⁷, le constituant et sa fille, par requête non contestée, ont demandé au tribunal de modifier l'article traitant des choix fiscaux que les fiduciaires étaient autorisés à faire. Ce changement technique a été accordé sans autre motif que d'invoquer que le recours des requérants tirait son fondement de l'acte de fiducie. Ce dernier permettait une telle demande de modification dans les circonstances prévues au Code civil, sans autre commentaire sur ces circonstances. Bien qu'une telle clause soit utile à titre d'information, nous ne croyons pas qu'elle ajoute grand chose, car elle ne fait qu'indiquer que le constituant ne s'oppose pas à l'application du

56. AGENCE DES DOUANES ET DU REVENU DU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-448*, «Dispositions – Modifications de titres », 6 juin 1980, tel que modifié par le *Communiqué spécial* du 21 juin 1982. Même si ce bulletin ne traite pas directement d'une participation dans une fiducie, nous croyons que les termes utilisés sont suffisamment larges pour englober cette situation.

57. C.S. Rimouski, n° 100-17-000247-033, 14 mai 2003, j. Claude Henri Gendreau.

Code. Il s'y serait opposé que cela n'aurait pas été différent, puisque les articles du Code sur les modifications sont justement là pour parer aux circonstances nouvelles et imprévues et régler les difficultés d'administration. Nous les croyons d'ordre public.

CONCLUSION

Les articles du Code relatifs à la modification ou à la terminaison des fiducies auront permis à plusieurs d'entre elles, non seulement de sortir d'une impasse, mais aussi d'outrepasser ou de préciser leur acte constitutif.

Quelques constats paraissent émerger de toute cette jurisprudence de première instance :

1. Les faits entourant les différentes requêtes déterminent leur succès (contestation ou accord de toutes les parties, problèmes économiques, conflit entre les fiduciaires et les bénéficiaires, demande exagérée ou raisonnable, etc.).
2. La volonté du constituant est souvent examinée, mais on semble présumer que ce que le constituant a voulu c'est de favoriser ses bénéficiaires, alors la volonté de ces derniers comptera aussi pour beaucoup.
3. Au chapitre des modifications, on acceptera non seulement celles qui aident à résoudre une difficulté actuelle dans l'administration fiduciaire, mais également celles qui sont justifiées par une meilleure rédaction.
4. Pour évincer un fiduciaire corporatif, on n'a souvent qu'à présenter une requête qui invoque sa tarification élevée, à trouver un remplaçant dont les honoraires sont plus bas et à rallier le plus de bénéficiaires possible.
5. Lorsqu'il accepte de mettre fin à une fiducie, le juge ne s'inquiète jamais des effets de sa décision sur les bénéficiaires éventuels qui ne sont pas les bénéficiaires immédiats du revenu ou du capital.
6. Les fiducies de moins de 100 000 \$ peuvent facilement être terminées si tous les bénéficiaires sont d'accord, en invoquant des facteurs économiques.

7. Le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire de remettre des sommes pour le bien-être d'un bénéficiaire peut être transformé par l'intervention du tribunal en obligation mensuelle indexée, à la manière d'une pension alimentaire.
8. Lorsque le constituant prévoit des clauses permettant aux parties de mettre fin à la fiducie ou de modifier l'acte, les juges les invoque pour justifier davantage leur intervention.

Ce qui est rassurant, c'est qu'aucune de ces décisions n'a abouti à un résultat choquant ou absurde. Les juges, au lieu de limiter l'application des dispositions du Code, semblent favoriser la souplesse de l'institution lorsque c'est possible et font preuve à cet égard d'un grand souci d'équité et de bon sens.

Cela augure bien pour l'avenir.

Une grande ouverture était justement souhaitable et même nécessaire à l'utilisation de l'institution. Nous estimons toutefois que les juges doivent être prudents, surtout lorsque les requêtes ne sont pas contestées. Si l'on tient à protéger la volonté du constituant face aux bénéficiaires, qui sont souvent pressés d'obtenir leur part pour ne plus être embêtés par cette administration indépendante qu'on leur a imposée, il faudra que les juges se questionnent un peu plus sur l'effet que pourraient avoir dans l'avenir les modifications demandées.

Dans l'avenir, un aspect qui deviendra sûrement un sujet de contestation ou d'interprétation, c'est l'insertion dans un acte de fiducie de clauses permettant sa modification au gré des parties (fiduciaires seuls ou avec le constituant, ou toute autre combinaison), sans l'intervention du tribunal et dans les situations autres que celles déjà prévues par le Code⁵⁸.

58. Par exemple, les articles 1282 et 1283 permettent d'assujettir les droits des bénéficiaires à l'exercice d'une grande discrétion de la part de celui qui obtient une faculté d'élire ou de déterminer les parts. Le Code prévoit qu'il peut l'exercer comme il l'entend. De plus, le Code permet expressément d'introduire dans l'acte le mode de désignation ou de remplacement des fiduciaires. Cette possibilité permet d'échapper à l'intervention du tribunal. Il s'agit d'une permission expresse de prévoir la modification de la fiducie dans un acte distinct, puisque ce pouvoir pourra être exercé par un autre écrit (testament, mandat ou autre).

La doctrine est divisée sur cette question, les uns considérant que l'on devrait pouvoir permettre de telles modifications pour les éléments non essentiels de la fiducie⁵⁹, alors qu'au moins un auteur estime que l'acte ne peut élargir les circonstances prévues par le Code pour sa modification⁶⁰.

Or, il serait étonnant, par exemple, qu'une clause prévoyant la réunion des fiduciaires à Montréal et qui permettrait aux fiduciaires de changer ce lieu de réunion soit considérée inapplicable.

D'un autre côté, il serait surprenant que l'on permette aux bénéficiaires de modifier le but d'une fiducie en cours d'administration.

De plus, lorsque l'on prévoit dans un acte la fin de la fiducie à une date donnée ou à toute autre date que pourra déterminer le fiduciaire, cela ne revient-il pas au même que si on stipule la fin de la fiducie à une date donnée avec un pouvoir pour le fiduciaire de modifier cette date ?

Si nous ajoutons à ces brefs éléments de réflexion les énormes besoins de souplesse des fiducies servant des fins commerciales, nous serions en définitive fort étonnées que les clauses permettant des modifications conventionnelles soient dans l'avenir toutes déclarées illégales.

Nous avons pris connaissance d'une note d'opinion d'un avocat fonctionnaire au ministère de l'Industrie et Commerce dont la conclusion a été approuvée par un autre avocat qui aurait participé à la rédaction du Code sur les patrimoines d'affectation. Cette note disait ceci :

59. Julie BOULANGER, « *Code civil du Québec et la fiducie : impact en planification fiscale et financière* », (1992) 14(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 654, 659-661; J. LORANGER, *loc. cit.*, note 9, p. 22:8; D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 13, p. 792. Même lorsque les auteurs acceptent le principe du contrat accessoire, ils sont unanimes à dire que le cœur de la fiducie ne peut être l'objet de cet ajout. Ainsi, ce contrat accessoire pourrait être à la fiducie ce que les règlements sont à la société. La modification des éléments essentiels contenus dans les statuts ou l'acte de fiducie requerraient des autorisations particulières, tandis que les règles de régie interne pourraient être modifiées avec l'accord des intéressés.

60. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 12, p. 257-262.

Quant à nous, c'est l'acte constitutif qui gouverne la modification du contrat de fiducie lequel prévoit expressément à son article 7.3 que les constituants peuvent modifier le contrat et « *au besoin* » faire appel à un tribunal compétent pour approuver une telle modification. Le recours au tribunal serait nécessaire uniquement en cas de conflit.

Il s'agissait visiblement d'un contexte commercial. On peut y voir que le vent pousse fortement dans le sens de la légitimité de ces clauses de modification...