

**L'ABC DES FIDUCIES ENTRE VIFS:
ASPECTS CIVILS ET FISCAUX**

par: Me Diane Bruneau, notaire, M. Fisc.

Me Julie Loranger, notaire

WATSON POITEVIN TURCOT PRÉVOST, S.E.N.C.

L'ABC DES FIDUCIES ENTRE VIFS:

ASPECTS CIVILS ET FISCAUX

par: Me Diane Bruneau, notaire, M. Fisc.

Me Julie Loranger, notaire

WATSON POITEVIN TURCOT PRÉVOST, S.E.N.C.

TABLES DES MATIÈRES

1.	INTRODUCTION.....	1
2	PRÉSENTATION DU CAS PRATIQUE ET DESCRIPTION SOMMAIRE DES TYPES DE FIDUCIES.....	2
2.1	Mise en situation.....	2
3	PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES PRINCIPAUX TYPES DE FIDUCIES ENTRE VIFS ET DE LEURS CONTEXTES D'UTILISATION	2
3.1	Fiducie de gel.....	3
3.2	Fiducie de protection d'actifs	6
3.2.1	<i>Fiducie de protection d'actifs avec disposition fiscale.....</i>	<i>7</i>
3.2.2	<i>Fiducie de protection d'actifs profitant d'un roulement fiscal..</i>	<i>9</i>
3.3	Fiducie de détention d'un immeuble aux fins de la taxe sur le capital	19
3.4	Fiducie de pension alimentaire	20
4	CONSIDÉRATIONS FISCALES - IMPÔT SUR LE REVENU.....	22
4.1	Commentaires généraux.....	22

4.2	Impacts fiscaux du transfert.....	23
4.3	Les règles d'attribution.....	24
4.3.1	<i>Transfert ou prêt à un conjoint ou un enfant.....</i>	24
4.3.2	<i>Règle d'attribution de l'article 74.4 L.I.R. - transfert ou prêt à une corporation.....</i>	26
4.3.3	<i>Fiducie avec droit de retour du paragraphe 75(2) L.I.R.....</i>	30
4.4	Nouvel impôt sur le revenu fractionné du budget de 1999.....	32
4.5	Imposition du revenu de la fiducie.....	34
4.5.1	<i>Revenu payé ou payable.....</i>	35
4.5.2	<i>Fiducie du paragraphe 104(18) L.I.R.....</i>	36
4.6	Particularités de la résidence détenue en fiducie.....	37
4.7	Disposition fiscale à tous les 21 ans.....	38
4.8	Distribution du capital.....	39
5	CONSTITUTION DE LA FIDUCIE ET FORME DE L'ACTE.....	41
5.1	Acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux.....	41
5.2	Catégories en vases clos ou communicants?.....	42
5.3	Fiducie à titre gratuit ou à titre onéreux.....	44
5.4	Arguments basés sur la terminologie du Code.....	45
5.5	Arguments basés sur les différences entre les catégories de fiducies.....	46
5.6	Arguments basés sur l'utilisation de la fiducie.....	48
5.7	Constitution des fiducies par un acte à titre gratuit.....	51
5.8	Fiducie de gel ou de protection des actifs.....	58

6	PUBLICITÉ DE LA FIDUCIE ET IMMATRICULATION	58
6.1	La fiducie constituée par acte à titre gratuit.....	59
6.2	La fiducie constituée par un acte à titre onéreux	62
6.3	Immatriculation.....	63
7	LE CONSTITUANT	65
7.1	Fiducie de gel et de protection d’actifs.....	66
8	LES BÉNÉFICIAIRES	67
8.1	Le bénéficiaire personne morale.....	67
8.2	Le bénéficiaire éventuel.....	68
8.3	Qualités requises pour être bénéficiaires	68
8.4	Le bénéficiaire mineur	69
8.5	Le bénéficiaire discrétionnaire.....	69
9	LES FIDUCIAIRES	70
9.1	Qualités requises pour être fiduciaire	70
9.2	Nombre de fiduciaires variable.....	71
10	AFFECTATION	72
11	POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES	73
12	LOI CONCERNANT LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES	75
12.1	Cas d’exonérations.....	76
12.2	Fiducie familiale pour l’acquisition d’un immeuble.....	77
12.3	Transfert d’un immeuble à une fiducie de protection des actifs	77
13	FACULTÉ D’ÉLIRE	79

14	CONDITIONS ILLICITES	80
	14.1 Commentaires généraux.....	80
15	NOM DE LA FIDUCIE.....	82
16	MODIFICATION DE LA FIDUCIE	82
	16.1 Les fiducies à titre gratuit	83
17	LIQUIDATION DE LA FIDUCIE.....	83
	17.1 Extinction par les acteurs de la fiducie	83
	17.2 Extinction prévue par l'acte constitutif.....	84
18	CONCLUSION	

**L'ABC DES FIDUCIES ENTRE VIFS:
ASPECTS CIVILS ET FISCAUX**

par: Me Diane Bruneau, notaire, M. Fisc.

Me Julie Loranger, notaire

WATSON POITEVIN TURCOT PRÉVOST, S.E.N.C.

1- INTRODUCTION^T

1. Il est important de bien connaître les dispositions applicables aux fiducies entre vifs avant de procéder à leur rédaction. Cependant, même une lecture attentive des articles du *Code civil du Québec*¹ ne nous éclaire pas toujours sur l'utilisation que l'on peut en faire. De plus, la création de ces entités comporte des considérations fiscales qui ne peuvent être ignorées.

2. Le sujet des fiducies entre vifs n'est pas nouveau aux Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires. L'analyse des articles du *Code civil* sur la fiducie et l'administration du bien d'autrui ayant notamment fait l'objet d'un atelier² aux Cours du printemps dernier, il s'agit maintenant d'aller au-delà d'une telle démarche pour s'attarder, cette fois, à certaines des questions tant civiles que fiscales qui embêtent ...ou qui devraient embêter... le praticien confronté à la planification et la rédaction d'une fiducie entre vifs. Nos propos s'illustreront d'exemples, de règles à ne pas oublier, de tableaux et de commentaires particuliers relativement à deux types de fiducies entre vifs, soit la fiducie de gel et la fiducie de protection d'actifs. Nous

commenterons également certains aspects de la fiducie servant à la détention d'un immeuble aux fins de la taxe sur le capital et de la fiducie servant à assurer le paiement d'une pension alimentaire. Afin de faciliter la compréhension des principes ci-après énoncés et leur application pratique nous utiliserons une mise en situation unique pour la majorité des exemples.

2. PRÉSENTATION DU CAS PRATIQUE ET DESCRIPTION SOMMAIRE DES TYPES DE FIDUCIES

2.1 Mise en situation

3. Monsieur Pierre Laliberté est divorcé et vit en union conjugale depuis plus d'un an avec madame Mireille Trudeau. Il est le père de Paul, âgé de 21 ans, issu de sa première union à madame Annie Monet. Paul étudie à l'Université. Monsieur Laliberté est également le père de Stéphanie et Caroline lesquelles sont issues de son union avec madame Trudeau. Stéphanie est âgée de 8 ans et Caroline est âgée de 10 ans. Monsieur Laliberté est l'unique actionnaire d'une compagnie privée qui fabrique des emballages («Compagnie Emballe-Tout inc.»). Monsieur Laliberté détient, outre les actions de la Compagnie Emballe-Tout inc., les biens suivants: un régime enregistré d'épargne-retraite, des immeubles à revenus, une résidence principale et secondaire et des placements sur le marché des valeurs mobilières. Il désire acquérir un autre immeuble à revenus et un immeuble pour l'exploitation de son entreprise. La valeur au livre de la Compagnie Emballe-Tout inc. est actuellement de 2 500 000 \$ et monsieur Laliberté prévoit que la valeur de la compagnie continuera d'augmenter.

4. Tout au long de ce texte nous référerons à cette mise en situation pour illustrer nos propos.

3. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DES PRINCIPAUX TYPES DE FIDUCIES ENTRE VIFS ET DE LEURS CONTEXTES D'UTILISATION

5. Dans un premier temps, afin de faciliter la compréhension de l'ensemble du texte, les différents types de fiducies retenus sont présentés de façon globale.

6. En deuxième lieu, pour aider à franchir la limite qui sépare la connaissance des concepts théoriques et leur application à une situation de faits, sont résumés certains éléments distinctifs de ces types de fiducies, soit les caractéristiques d'un dossier qui, tenant compte des données familiales et financières d'un individu, mènent à recommander leur constitution. Vous y trouverez ainsi, pour chaque de type de fiducie étudié les éléments devant généralement être réunis pour conclure à l'utilité de telles fiducies. Il faut cependant noter qu'il n'est pas toujours nécessaire que tous ces éléments soient présents simultanément.

7. La décision de poursuivre dans la voie de la création d'une fiducie après une étude plus approfondie, peut alors se prendre de façon plus éclairée, ou être abandonnée, s'il appert que ses inconvénients outrepassent les avantages qui y sont liés.

3.1 Fiducie de gel

8. On entend généralement par «fiducie de gel», une fiducie établie pour le bénéfice des enfants d'un contribuable et qui détient, à la place du parent, des biens, généralement des actions d'une corporation privée, susceptibles de profiter d'une plus-value future. La fiducie est alors un élément accessoire au gel puisqu'elle est utilisée uniquement pour éviter une remise directe des actions aux bénéficiaires du gel, soit habituellement les enfants. Sans revoir toutes les méthodes et aspects techniques de la mise en place d'un gel successoral³, nous pouvons résumer les étapes du gel d'actions d'une corporation ainsi:

- Conversion ou transfert des actions participantes de l'auteur du gel en contrepartie d'actions privilégiées rachetables à la valeur des actions participantes disposées.
- Émission de nouvelles actions participantes pour une somme nominale en faveur des bénéficiaires du gel, soit les enfants ou une fiducie dont ils sont les bénéficiaires. La fiducie est constituée grâce à un don, par exemple d'un lingot d'argent, et la fiducie emprunte à la banque une somme de 100 \$ pour souscrire et acquérir lesdites actions. Toute la plus-value de la corporation s'accumule dès lors sur les actions appartenant à la fiducie.

9. *Exemple:* Dans le cas pratique servant d'illustration, une fiducie de gel pourrait être constituée pour détenir la totalité des actions ordinaires de la Compagnie Emballe-Tout inc. Les bénéficiaires de la fiducie seraient les trois enfants de monsieur Laliberté, soit Paul, Stéphanie et Caroline. Le seul fiduciaire serait monsieur Laliberté, lequel aurait le pouvoir de déterminer les parts de chacun desdits enfants dans le revenu et le capital. Aucun revenu ne pourrait être remis à

l'un des enfants avant qu'il n'ait atteint l'âge de dix-huit (18) ans, pour éviter l'application du nouvel impôt de fractionnement, tant que ses parents seront vivants.

10. Le gel pourrait ne pas être absolu et dans ces circonstances, monsieur Laliberté ou une corporation dont il serait actionnaire pourrait s'ajouter aux bénéficiaires⁴. Si une telle alternative était retenue, cela rendrait nécessaire la nomination à titre de fiduciaire d'au moins une autre personne qui ne soit pas bénéficiaire pour respecter l'article 1275 C.c.Q.

FIDUCIE DE GEL: POINTS DE REPÈRE

Un ou plusieurs des éléments ci-après mentionnés doivent être présents avant de s'interroger sur la pertinence de constituer une fiducie de gel:

- détention d'actifs susceptibles d'augmenter en valeur;

exemple: les actions de la Compagnie Emballe-Tout inc.;

- volonté de réduire l'impact des conséquences fiscales résultant des dispositions présumées à la valeur marchande au décès et par conséquent les besoins d'assurance-vie⁵;

exemple: La transmission au décès en faveur des enfants des actions de la Compagnie Emballe-Tout inc., dont la valeur est de 2,5M, implique déjà 800 000 \$ en impôts accumulés, et cela même en tenant compte de l'exonération pour gain en capital de 500 000 \$;

- s'il s'agit d'actifs autres que des actions (immeubles, entreprise), possibilité de les transférer sans impôt à une corporation en contrepartie d'actions de gel. Il faut noter que des terrains en inventaire ne peuvent être «roulés» à une corporation par actions;

- en présence d'enfants mineurs: volonté de donner la plus-value à ses enfants tout en conservant un certain degré de contrôle et tout en évitant les problèmes de la tutelle;

exemple: Monsieur Laliberté veut traiter en parts égales Paul, Stéphanie et Caroline;

- en présence d'enfants mineurs ou majeurs, ou issus de deux unions: volonté de conserver une certaine souplesse dans le choix des personnes devant bénéficier éventuellement de la plus-value des biens;

exemple: Monsieur Laliberté veut se garder à titre de fiduciaire, grâce à une

faculté d'élire, la possibilité d'établir les parts des bénéficiaires et même, le cas échéant, la possibilité d'exclure l'un ou l'autre de Paul, Stéphanie et Caroline comme bénéficiaire de la fiducie;

- volonté de fractionner l'impôt lié aux dividendes ou au gain en capital réalisés sur les actions de la corporation;

exemple: les dividendes pourraient servir à payer une partie des études universitaires de son fils majeur Paul;

- accumulation suffisante d'autres revenus ou biens pour assurer sa retraite;

exemple: si monsieur Laliberté effectue un gel total trop tôt en faveur d'une fiducie constituée pour le bénéfice de ses enfants, il est possible que ses enfants aient une retraite plus dorée que la sienne.

3.2 Fiducie de protection d'actifs

11. Il y a plusieurs types de fiducie de protection d'actifs. En fait, dès que des actifs sont soustraits du patrimoine personnel d'un individu ou d'une corporation pour faire partie d'un patrimoine fiduciaire, il peut en résulter une protection de ces actifs⁶, sous réserve néanmoins des recours accordés aux créancier en certaines circonstances prévues notamment au *Code civil* et à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷. Cette protection est d'autant plus efficace si les actifs bénéficient d'une stipulation d'insaisissabilité ou si la participation du bénéficiaire représente une valeur aléatoire parce que sujette à la discrétion des fiduciaires. Ainsi, même la fiducie de

gel décrite ci-dessus procure une certaine protection en protégeant les actions contre les créanciers des bénéficiaires et de monsieur Laliberté.

12. Cependant, le concept de fiducie de protection d'actifs plus usuel est celui qui réfère à la fiducie créée précisément dans ce but de protection face à des créanciers éventuels. Toutefois, il est à noter que lorsque les créanciers frappent déjà à la porte, il devient périlleux de constituer une telle fiducie et le notaire devrait être prudent pour ne pas participer à des actes répréhensibles.

13. Tel qu'expliqué subséquent⁸, le transfert de biens à une fiducie entre vifs, sauf celle créée au profit exclusif du conjoint, mène généralement à une réalisation des impôts accumulés sur les biens transférés. En droit fiscal, il existe une autre catégorie de fiducie qui fait exception à cette règle et qui permet un tel transfert au sens civil tout en évitant de provoquer des impôts. Ainsi, selon les mesures contenues à l'acte de fiducie, le transfert des biens qui lui sera fait, subira ou non une disposition fiscale.

14. La fiducie dite «avec disposition fiscale» devrait être généralement privilégiée car elle permet d'y impliquer plus d'un bénéficiaire sur une base discrétionnaire, procurant pour cette raison la protection la plus étanche. Cependant, pour des biens dont le passif fiscal est important et dont il serait inapproprié de provoquer le paiement des impôts, le recours à une fiducie bénéficiant d'un roulement peut s'avérer une alternative intéressante.

3.2.1 Fiducie de protection d'actifs avec disposition fiscale

15. Une fiducie avec disposition fiscale constitue un bon choix pour les biens dont le transfert ne provoque aucune incidence fiscale, par exemple un bien dont le coût correspond à sa valeur. Règle générale, une telle fiducie peut être constituée pour recevoir une résidence principale ou tout bien nouvellement acquis, puisqu'aucun gain en capital ou autre impôt ne résulterait de leur transfert. Avec ce type de fiducie de protection d'actifs, les bénéficiaires de la fiducie pourraient être tous les membres de la famille. Le revenu et le capital leur seraient alloués à la discrétion des fiduciaires, annulant ainsi la valeur que pourraient avoir chacune de ces participations à l'égard d'un créancier. Pour la fiducie servant à la détention de la résidence principale, tant et aussi longtemps qu'aucun revenu n'est réalisé avec cet immeuble, que les bénéficiaires assument toutes les taxes et frais d'entretien et que le statut de résidence principale est conservé aux fins fiscales, cette administration fiduciaire n'entraîne aucune conséquence fiscale. Dans les autres cas, pour éviter les règles d'attribution ou une disposition présumée, il est souvent nécessaire de faire en sorte que la personne qui effectue le transfert à la fiducie ne soit pas nommée bénéficiaire ou fiduciaire avec le pouvoir de contrôle⁹.

FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS AVEC DISPOSITION FISCALE

POINTS DE REPÈRE

Un ou plusieurs des éléments ci-après mentionnés doivent être présents avant de s'interroger sur la pertinence de constituer une fiducie de protection d'actifs avec disposition fiscale:

- être en situation de risque important face à d'éventuels recours de la part de créanciers de toute nature;

exemple: risque de poursuites potentielles contre la Compagnie Emballe-tout inc. et sa caution monsieur Laliberté;

- détenir des biens susceptibles d'être transférés à la fiducie sans impact fiscal;

exemple: la résidence principale de monsieur Laliberté;

Comme la fiducie de gel:

- volonté de consentir une donation au conjoint ou aux enfants tout en conservant un certain contrôle; **exemple:** monsieur Laliberté désire mettre à l'abri de ses créanciers sa résidence principale et s'assurer qu'elle sera transmise à ses enfants mais seulement après son décès;

- volonté de conserver une certaine souplesse sur le choix des personnes devant bénéficier de ses biens; **exemple:** monsieur Laliberté veut se garder la possibilité de choisir parmi ses enfants à qui la résidence principale, ou le produit de sa vente, sera remis;

- être capable de définir la catégorie de personnes parmi laquelle on pourra choisir à qui on veut transférer les biens de la fiducie.

3.2.2 Fiducie de protection d'actifs profitant d'un roulement fiscal

16. Lorsque la disposition fiscale provoquée par le transfert à une fiducie doit être évitée, une fiducie qui respecte les conditions des lois fiscales pour échapper à cet impôt peut alors être utilisée. Deux types de fiducies bénéficient de ce privilège, tout en conservant leur statut de fiducies au point de vue du droit civil, soit la fiducie au profit exclusif du conjoint et la fiducie pouvant bénéficier d'une disposition fiscale admissible. La première fiducie répond aux mêmes conditions que la fiducie au profit exclusif du conjoint constituée au décès¹⁰. Les deux principales conditions de cette fiducie étant (1) que seul le conjoint bénéficiaire ait le droit au revenu annuel de la fiducie et que (2) personne d'autre que ce conjoint ne puisse profiter du capital avant le décès de ce conjoint. Le niveau de confiance en une union durable dans le contexte social actuel rend risqué l'utilisation de cette fiducie. Mais si les autres créanciers sont plus menaçants que le conjoint, cela pourrait être une solution à envisager.

17. Exemple: Puisqu'un transfert des immeubles à revenus ou des actions entraînerait normalement un gain en capital et une récupération d'amortissement, monsieur Laliberté pourrait donner sans impôt ses actions ou immeubles locatifs à une fiducie au profit de son conjoint. Cette fiducie aurait l'obligation de remettre annuellement le revenu net à ce conjoint et aurait le pouvoir d'empiéter sur le capital pour répondre aux besoins de ce dernier. Au décès de son conjoint, les bénéficiaires du capital en seraient ses enfants. Cependant, qu'il s'ajoute ou non aux bénéficiaires, monsieur Laliberté continuera probablement d'être imposé sur les revenus de ces immeubles ou des actions en raison des règles d'attribution¹¹.

18. Dans les cas où le recours à la fiducie au profit du conjoint est écarté, il convient d'étudier la possibilité de constituer une fiducie répondant à d'autres exigences fiscales pour que le transfert visé s'effectue sans impôt. Il s'agit alors d'une «disposition admissible» à un roulement¹². Reposant essentiellement sur des concepts reliés au Trust de la *common law*¹³, cette exception a été précisée récemment¹⁴ et exige que la fiducie respecte les conditions suivantes:

- Le constituant en est le seul bénéficiaire au revenu et au capital;
- Le constituant est en droit de recevoir tout revenu et gain en capital réalisé par la fiducie (en fait il continue aussi d'être imposé sur ces revenus);
- La fiducie cesse d'exister au décès du bénéficiaire, sauf s'il y a été mis fin avant et que les biens sont retournés au constituant;
- En cas de décès, les biens sont attribués conformément aux dispositions du testament du constituant et en l'absence de testament, les biens sont attribués suivant les règles des successions *ab intestat*.

19. Le Ministère des Finances du Québec a réitéré récemment qu'il entendait adopter les mêmes mesures¹⁵.

20. La prudence est requise dans la rédaction de ce type de fiducie, tout d'abord parce qu'elle ne repose pas encore sur des dispositions législatives adoptées, et au surplus parce que l'application des conditions énoncées ci-dessus n'est pas sans problèmes en droit civil

lorsqu'elles sont examinées de plus près. Les questions qui demeurent en suspens sont notamment: Peut-on prévoir que le droit du bénéficiaire de recevoir le revenu est un droit strictement personnel? Peut-on prévoir une faculté d'élire limitée¹⁶ qui s'exercera dans le testament du bénéficiaire?

21. *Exemple:* Pour constituer une telle fiducie, monsieur Laliberté devrait à la fois en être le constituant et le seul bénéficiaire. Évidemment, en général, comme il voudra se nommer fiduciaire, il faudrait que soit également nommée une tierce personne à titre de co-fiduciaire. Au niveau fiscal, monsieur Laliberté devrait continuer à s'imposer sur les revenus et le gain en capital éventuel, le seul objectif ici étant la protection éventuelle qu'offre la fiducie à l'encontre des créanciers. Au décès de monsieur Laliberté, si rien n'est prévu, les biens de la succession seraient remis à ses héritiers¹⁷.

FIDUCIE AVEC ROULEMENT FISCAL: POINTS DE REPÈRE

Un ou plusieurs des éléments ci-après mentionnés doivent être présents avant de s'interroger sur la pertinence de constituer une fiducie de protection d'actifs n'entraînant aucun impôt:

- être en situation de risque potentiel important d'insolvabilité;
- détenir des biens appropriés; **exemple:** les actions de la Compagnie Emballe-tout inc. ou des immeubles à revenus, susceptibles de faire réaliser un gain en capital ou de la récupération d'amortissement lors d'un transfert;
- ne pas compter faire du fractionnement de revenu;
- ne pas désirer inclure des bénéficiaires autres que le conjoint ou le constituant, selon le type de fiducie choisi;
- pour la fiducie au profit exclusif du conjoint, préférer administrer les actifs à titre de fiduciaire plutôt que de faire un don direct des biens au conjoint;
- pour la fiducie permettant une disposition admissible avec roulement, accepter d'administrer une partie de ses actifs avec un co-fiduciaire.

3.3 Fiducie de détention d'un immeuble aux fins de la taxe sur le capital

22. Certaines fiducies entre vifs sont mises sur pied pour détenir des immeubles commerciaux. Le principal avantage qui découle de ce mode de détention provient du fait que, contrairement aux corporations, les fiducies ne sont pas assujetties à la taxe sur le capital. De plus, la participation dans une fiducie appartenant à une corporation ne ferait pas non plus partie de l'assiette d'assujettissement de cette taxe¹⁸. La rédaction d'une telle fiducie emprunte le schéma de la fiducie de protection des actifs, mais on y retrouve généralement la corporation à titre de bénéficiaire sur une base discrétionnaire avec d'autres personnes. Il va sans dire, compte tenu des commentaires précédents, que la création d'une telle fiducie est grandement facilitée si elle survient à l'achat de l'immeuble. Pour les immeubles ayant accumulé un passif fiscal, bien que nous n'ayons retracé aucune documentation écrite qui confirmerait que la fiducie permettant un roulement puisse être utilisée dans ce contexte, au plan législatif, son utilisation n'est pas limitée aux personnes physiques.

3.4 Fiducie de pension alimentaire

23. Un jugement de divorce pourrait imposer à monsieur Laliberté la création d'une fiducie pour pourvoir aux besoins de son premier conjoint¹⁹. Les modalités d'une telle fiducie seraient alors établies par le juge et pourraient ressembler à ceci:

- **Constituant:** Monsieur Laliberté;
- **Fiduciaires:** Monsieur Laliberté et une autre personne qui n'est pas un bénéficiaire;
- **Bénéficiaire:** le premier conjoint de monsieur Laliberté et à son décès le capital reviendrait au constituant²⁰.

FIDUCIE ALIMENTAIRE: POINTS DE REPÈRE

Un ou plusieurs des éléments ci-après mentionnés doivent être présents avant d'établir la pertinence de constituer une fiducie de pension alimentaire:

- Jugement de divorce qui en ordonne la création;
- alternative intéressante au paiement de la créance résultant des droits matrimoniaux à un débiteur alimentaire dont la fiabilité future peut être mise en doute, par exemple dans un contexte international (le constituant est alors le créancier alimentaire);
- alternative à la somme globale, dans le cadre des négociations avec l'ex-conjoint;
- alternative au paiement mensuel d'une pension alimentaire pour des enfants dans le cadre des négociations. Une somme globale peut être transférée à la fiducie temporairement et revenir à son auteur lorsque les enfants sont devenus autonomes;
- désir que le capital de la fiducie alimentaire soit transmis au constituant ou à des personnes désignées par le constituant au moment où s'éteint l'obligation du débiteur alimentaire;
- protéger la capacité de payer du débiteur alimentaire si celui-ci devenait ultérieurement en difficultés financières (pour des raisons évidemment étrangères à cette obligation).

24. Dans certains cas, soit lorsque le constituant est le débiteur alimentaire, et qu'il a l'obligation de s'imposer sur les revenus de la fiducie en raison des règles d'attribution, les

autorités fiscales sont tolérantes et permettent à ce débiteur d'obtenir la déduction fiscale pour le paiement d'une pension alimentaire par la fiducie, comme s'il avait effectué ce paiement directement²¹.

4. CONSIDÉRATIONS FISCALES - IMPÔT SUR LE REVENU²²

4.1 Commentaires généraux

25. Le rédacteur d'une fiducie entre vifs n'a pas d'autres choix que de se soucier des impacts fiscaux qui y sont reliés. Il n'est pas de notre intention d'examiner de façon détaillée les dispositions fiscales applicables²³, mais le notaire a, en résumé, essentiellement les six points suivants à considérer lors de l'élaboration de ces fiducies dans un contexte québécois:

- les impacts fiscaux du transfert;
- les règles d'attribution:
 - générales
 - 74.4
 - 75(2)
- le nouvel impôt de fractionnement;
- l'imposition du revenu de la fiducie;
- la disposition tous les 21 ans;
- la liquidation.

26. Voici les principes à retenir pour chacun de ces six points.

4.2 Impacts fiscaux du transfert

27. Cet aspect a été traité dans la section précédente concernant la fiducie de protection d'actifs: tous les transferts de biens faits en fiducie donnent lieu généralement à une disposition fiscale à la valeur marchande. Ainsi, dans la mesure où une fiducie ne se qualifie pas de fiducie exclusive au bénéfice du conjoint ou ne peut bénéficier d'un transfert admissible à un roulement, parce qu'elle prévoit par exemple plusieurs bénéficiaires, une imposition résultera de la disposition d'un bien à cette fiducie lors de sa constitution ou par la suite sur la base de la juste valeur marchande du bien²⁴.

28. Relativement à la fiducie utilisée dans le cadre d'un gel successoral d'une corporation familiale, aucune conséquence fiscale ne découle du transfert initial car il s'agit, la plupart du temps, d'un lingot d'argent ou autre bien d'une valeur nominale nouvellement acquis. Par la suite, l'acquisition des actions par la fiducie a lieu en contrepartie d'une somme nominale correspondant tout de même à sa juste valeur marchande.

29. En ce qui a trait à la fiducie de protection des actifs, nous vous référons à la section précédente qui analyse particulièrement ce point²⁵. Pour obtenir un transfert libre d'impôt, hormis l'exception de la fiducie exclusive au profit du conjoint, il faut faire en sorte que

les biens transmis à la fiducie demeurent à toutes fins pratiques la propriété de l'auteur du transfert, qui en sera le seul bénéficiaire.

Première règle fiscale: sauf exceptions, le transfert d'un bien à une fiducie provoque une disposition fiscale de celui-ci pour l'auteur de ce transfert à sa juste valeur marchande.

4.3 Les règles d'attribution

30. Ce sont les règles d'attribution qui constituent l'embûche principale résultant d'une fiducie entre vifs. Ce problème n'existe pas pour les fiducies testamentaires puisque le décès du constituant, auteur du transfert à la fiducie, empêche l'application de toute règle d'attribution.

31. Trois types de règles d'attribution peuvent s'appliquer: (I) les règles de base limitant le fractionnement avec un conjoint ou un enfant résultant d'un transfert ou d'un prêt, (II) les règles particulières empêchant le fractionnement par l'entremise d'une corporation familiale et (3) les règles spécifiques applicables aux fiducies avec droit de retour.

4.3.1 Transfert ou prêt à un conjoint ou un enfant

32. Les règles d'attribution de base prévoient l'attribution des revenus suivants:

- Le **revenu de bien** (dividende) et le **gain en capital**²⁶ pour un transfert ou un prêt au conjoint (ou par l'intermédiaire d'une fiducie), sauf si le transfert a lieu à la juste valeur marchande ou si le prêt porte intérêt à un taux au moins égal au taux prescrit et si cet intérêt est payé annuellement;
- Le **revenu de bien seulement**²⁷ pour un transfert ou un prêt fait à un enfant mineur ayant un lien de dépendance (ou par l'intermédiaire d'une fiducie), sauf si le transfert a lieu à la juste valeur marchande ou si le prêt porte intérêt à un taux au moins égal au taux prescrit et si cet intérêt est payé annuellement;
- Le **revenu de bien seulement**²⁸ pour un prêt fait à un enfant majeur avec en plus l'intention de fractionner du revenu, sauf si le prêt porte intérêt à un taux au moins égal au taux prescrit et si cet intérêt est payé annuellement (il est à noter que pour l'enfant majeur il n'y a aucune attribution qui résulte d'un don).

33. *Exemple:* si une fiducie de gel est constituée par le don d'une somme de 1 000 \$ consenti par Mireille Trudeau et que cette somme sert à acquérir les actions participantes de la corporation familiale, alors que les bénéficiaires de la fiducie sont Paul, Stéphanie et Caroline, tous les revenus de dividende ou autres revenus de bien, à l'exception du gain en capital, reçus par la fiducie et que l'on pourrait chercher à imposer dans les mains des mineurs, seront plutôt attribués à la mère. C'est pourquoi, il est si important, dans ce type de fiducie, de faire en sorte que l'argent servant à acheter les actions de la corporation familiale, provienne d'un financement obtenu d'une personne avec laquelle il n'y a aucun lien de dépendance (par exemple une institution financière).

34. Il est à noter que les paiements qui ont été faits par le gouvernement sous forme d'allocations familiales, converties maintenant en prestations à la famille, et qui sont conservés dans un compte distinct au nom de l'enfant, ne font pas l'objet des règles d'attribution. Il serait donc possible de les donner à la fiducie pour qu'ils servent à l'achat des actions, sans entraîner l'application des règles d'attribution²⁹. Toutefois, la difficulté en cette matière est la preuve qu'il faut faire pour convaincre les autorités fiscales de la source des sommes utilisées.

Deuxième règle fiscale: éviter les situations où la fiducie utilise un don ou un prêt d'un parent pour acquérir un bien dont les revenus seront imposés dans les mains des enfants mineurs ou d'un conjoint.

4.3.2 Règle d'attribution de l'article 74.4 l.i.r. - transfert ou prêt à une corporation

35. La règle d'attribution prévue à l'article 74.4 L.I.R. vise à empêcher l'utilisation d'une corporation pour fractionner un revenu. Par exemple, monsieur Laliberté pourrait songer à transférer ses immeubles à revenus sans impôt par un roulement à une corporation en contrepartie d'actions privilégiées de roulement, et à émettre des actions ordinaires à ses enfants afin d'imposer les revenus des immeubles à leur taux d'imposition. Ce stratagème pourrait fonctionner pour l'enfant majeur, mais non pour les enfants mineurs. En effet en raison de

l'article 74.4 L.I.R., un contribuable qui transfère un bien à une corporation, en l'occurrence des immeubles à revenus, pour un prix comprenant des actions ou un billet, est imposé annuellement sur un revenu réel ou fictif correspondant à un rendement raisonnable sur le capital transmis à la corporation, dans la mesure où il a eu l'intention de fractionner son revenu avec son conjoint ou un enfant mineur, et que ces personnes détiennent des actions de cette corporation directement ou par l'intermédiaire d'une fiducie. Un prêt sans intérêt raisonnable pourrait aussi déclencher l'application de cet article. Cette règle s'applique peu importe que le conjoint ou l'enfant reçoive un revenu de la corporation ou non.

36. L'article 74.4 L.I.R. rend difficile le fractionnement du revenu avec les bénéficiaires d'une fiducie servant à détenir des actions d'une corporation privée dans un contexte de gel en faveur du conjoint ou des enfants mineurs, sauf quant à une exception importante: si la corporation maintient son statut de société exploitant une petite entreprise (SEPE)³⁰.

Troisième règle fiscale: la règle d'attribution de l'article 74.4 L.I.R. s'applique généralement aux situations de gel ou autres transferts à une corporation privée, mais elle n'a aucun effet dans les circonstances suivantes:

- si la corporation est une société exploitant une petite entreprise (SEPE) tout au long de l'année;

- si les bénéficiaires du gel durant la vie de l'auteur du gel ne sont que des enfants majeurs³¹ ou une fiducie créée pour leur bénéfice.

37. *Exemple:* Si monsieur Laliberté effectuait un gel de ses actions, il pourrait disposer de ses actions ordinaires en échange d'actions privilégiées de la Compagnie Emballe-tout inc. ayant une valeur fixe de 2,5 \$ M. Une fiducie constituée pour son conjoint ou ses enfants pourrait souscrire à de nouvelles actions ordinaires pour une valeur nominale de 100 \$. En formulant l'hypothèse que la corporation ne se qualifie pas à titre de corporation exploitant une petite entreprise, il en résultera alors une imposition annuelle pour monsieur Laliberté correspondant à un revenu au taux prescrit³², multiplié par 2 500 000 \$, soit 125 000 \$, duquel serait soustrait le revenu réellement perçu par monsieur sur ses actions. Il est à noter qu'il n'est pas prévu que le revenu fictif ainsi attribué puisse au moins augmenter le coût des actions. Ce résultat comporte ainsi un élément de double imposition.

38. Comment échapper à ce piège dans la planification d'une fiducie de gel? Premièrement, si on est en présence d'une corporation exploitée activement, il faut s'assurer que cette corporation puisse continuer à maintenir ce statut, soit par la nature de ses activités, soit en utilisant d'autres corporations affiliées pour détenir les placements non désirés. Certaines structures corporatives permettent de distribuer à une autre corporation les sommes qui s'accumuleraient en trop dans la corporation et qui la contamineraient. Il pourrait être approprié d'introduire une corporation parmi les bénéficiaires d'une fiducie de gel. Dans la mesure où on accorde aux fiduciaires la discrétion de remettre du revenu à l'un ou l'autre des bénéficiaires, la

fiducie peut alors choisir de faire une remise à la corporation pour évacuer les placements en trop de la corporation opérante³³.

39. Deuxièmement, si l'on doute du statut de la corporation à long terme et si le fractionnement du revenu n'est pas un élément important du dossier, il existe un type de fiducie qui permet d'échapper à cette règle d'attribution. Il s'agit de la fiducie du paragraphe 74.4(4) L.I.R. En présence d'enfants mineurs, la fiducie doit prévoir que durant la minorité de l'enfant, c'est-à-dire tant que l'enfant est une personne désignée définie au paragraphe 74.5(5) L.I.R. par rapport à l'auteur du transfert des biens à la corporation, aucun revenu ou capital ne lui sera remis. A contrario, cette fiducie peut commencer à servir au fractionnement du revenu dès que l'enfant atteint l'âge de dix-huit ans. La perspective d'utiliser cette exception en ce qui concerne le conjoint est beaucoup moins reluisante, puisqu'il faudrait prévoir à l'acte de fiducie qu'il ne peut y avoir remise du revenu ou du capital au conjoint tant que l'auteur du transfert à la corporation est vivant, demeure résident canadien et ne divorce pas. Ainsi, l'introduction d'un conjoint à titre de bénéficiaire d'une telle fiducie de gel ne comporte en pratique aucun intérêt.

40. Il faut éviter dans l'utilisation de la fiducie du paragraphe 74.4(4) L.I.R. d'empêcher toute distribution de revenu ou de capital à une personne mineure, mais de plutôt restreindre cette interdiction aux enfants mineurs qui sont des personnes désignées en rapport avec l'auteur d'un transfert à la corporation. Par conséquent, un enfant mineur pourrait valablement recevoir du revenu ou du capital de la fiducie après le décès de l'auteur du transfert.

41. Cependant, il faut se garder d'exagérer la portée de la règle d'attribution de l'article 74.4 L.I.R. Par exemple, dans la mesure où deux conjoints sont partenaires dans une même corporation et que leurs investissements personnels sont équivalents, le ministère n'aurait alors aucune raison de l'invoquer pour le revenu de dividende divisé également entre les conjoints.

4.3.3 Fiducie avec droit de retour du paragraphe 75(2) L.I.R.

42. Lorsque l'auteur d'un transfert en fiducie se conserve un droit de retour sur les biens de la fiducie, comme par exemple dans la fiducie de protection d'actifs avec disposition admissible au roulement³⁴, ou si ce cédant contrôle les décisions des fiduciaires au niveau du choix des personnes devant recevoir les biens de la fiducie, deux conséquences significatives en résultent:

- tout revenu ou perte résultant des biens transférés ou substitués ou tout gain en capital est imposé dans les mains de l'auteur du transfert jusqu'à sa mort et tant qu'il réside au Canada;
- toutes les distributions totales ou partielles du capital de la fiducie, issues ou non des biens ayant provoqué l'application du paragraphe 75(2) L.I.R., à toute personne autre que l'auteur du transfert, et faites avant sa mort, sont réputées survenir à leur juste valeur marchande, à l'exception du cas où le bénéficiaire est son conjoint³⁵.

43. Ainsi, généralement c'est dans le contexte de la fiducie de protection d'actifs, y compris celle destinée à diminuer la taxe sur le capital, que l'on doit se soucier particulièrement de l'application du paragraphe 75 (2) L.I.R., car dans ces fiducies il s'effectue des transferts importants d'actifs, ce qui implique bien souvent un plus grand attrait à faire en sorte que le propriétaire du bien transféré figure parmi les bénéficiaires ou conserve des pouvoirs de contrôle sur l'administration fiduciaire.

44. Même si dans certaines circonstances le paragraphe 75 (2) est inévitable, il se peut qu'il n'empêche pas la création de la fiducie. Lorsque l'objectif est uniquement de protéger des actifs contre d'éventuels créanciers, et non de fractionner du revenu, l'auteur du transfert ne verra pas d'inconvénient habituellement à continuer à être imposé sur les revenus et le gain en capital provenant de ces biens. À sa mort, la distribution de l'actif de la fiducie aura lieu sans impôt si le transfert initial n'a pas bénéficié d'un roulement. Cependant, lorsque l'on désire créer une fiducie mixte qui entend profiter des taux d'impôt des enfants et protéger les actifs, il faut absolument éviter l'application de ce paragraphe.

Quatrième règle fiscale: Lorsqu'une personne transfère un bien à une fiducie, il faut éviter, si possible, de lui donner un droit de bénéficiaire ou le contrôle des décisions fiduciaires, sous peine de ne pouvoir réaliser aucun fractionnement et de ne pouvoir distribuer le capital à aucune autre personne sans impôt.

4.4 Nouvel impôt sur le revenu fractionné du budget de 1999

45. Le ministre des Finances du Canada a introduit dans son Budget de 1999 des mesures pour contrer l'utilisation des fiducies entre vifs servant à fractionner le revenu d'une corporation familiale avec des enfants mineurs³⁶. Vous trouverez en annexe le texte des mesures législatives ainsi que les notes explicatives les accompagnant (voir annexe B).

46. Essentiellement, elles ont pour effet d'empêcher que les revenus de dividendes distribués par une société exploitant une petite entreprise, de même que certains autres revenus, soient imposés au bas taux des enfants mineurs. Le nouvel impôt sur ce revenu dit fractionné, qui sera prévu au paragraphe 120(4) L.I.R., équivaudra au taux marginal maximum des individus et il ne sera tenu compte, pour le calcul de ce revenu, que du crédit d'impôt pour dividendes, excluant de ce fait le crédit personnel de base de l'enfant.

47. Ainsi, même lorsque l'on réussit à échapper à l'article 74.4 L.I.R. lors de la constitution d'une fiducie de gel, en s'assurant que la corporation conserve son statut de SEPE, le nouvel impôt empêchera le fractionnement du revenu de bien ou du revenu d'entreprise avec l'enfant mineur. Doit-on dans ce contexte utiliser la fiducie répondant aux conditions du paragraphe 74.4(4) L.I.R., dont celle d'empêcher la remise du revenu et du capital durant la minorité de l'enfant? À moins que le statut de SEPE soit incertain, la réponse est non puisque cela empêcherait de fractionner le gain en capital avec l'enfant mineur³⁷, en plus du fait qu'il peut s'avérer néanmoins avantageux de payer cet impôt spécial, qui somme toute n'est pas plus élevé que le taux applicable au parent qui renonce à ce revenu.

48. Une fois que le nouvel impôt sur le revenu fractionné aura été perçu sur le revenu de dividende reçu par l'enfant mineur, les règles d'attribution ne s'appliqueront plus à ce revenu par la suite.

49. *Exemple:* En l'an 2000, un dividende de 100 000 \$ est rendu payable par l'intermédiaire d'une fiducie à un enfant de 5 ans. L'impôt applicable à ce dividende sera environ de 36 %³⁸, ce qui fait qu'après impôt, il restera une somme de 64 000 \$. Par la suite, le revenu provenant du placement de ce 64 000 \$ sera imposé au bas taux de l'enfant.

50. Lorsque une fiducie possède plusieurs types de biens comprenant des actions d'une corporation privée, il pourrait devenir pertinent, surtout s'il y a d'autres bénéficiaires majeurs, d'ajouter une clause qui interdirait de payer le revenu de dividende provenant de la corporation privée au bénéficiaire mineur tant que ses parents sont vivants. Ainsi, cette clause permettrait de faire imposer ce revenu dans les mains de ceux qui ne sont pas assujettis à ce nouvel impôt, alors que les autres types de revenu pourraient être versés au mineur.

51. Ces nouvelles dispositions ne concernent pas seulement les fiducies entre vifs mais aussi les fiducies testamentaires, en ce sens qu'il est prévu que les revenus perçus sur des actions léguées par d'autres personnes que les parents, en fiducie ou directement au bénéfice d'enfants mineurs, pourront être affectés par ce nouvel impôt.

52. Pour faciliter l'administration d'une fiducie testamentaire³⁹ il est opportun, compte tenu de ce nouvel impôt et de la possibilité accrue de fractionnement dans ce contexte, de constituer une fiducie par enfant, plutôt que de mêler dans une même fiducie des enfants mineurs et majeurs. L'explication à cela réside dans le mode d'imposition des revenus de la fiducie.

Cinquième règle fiscale: Même en présence d'une société exploitant une petite entreprise, il n'est plus possible à compter de l'an 2000, de réaliser, sauf exceptions, un fractionnement sur les dividendes reçus d'une corporation privée par une fiducie de gel en utilisant le bas taux des enfants mineurs.

4.5 Imposition du revenu de la fiducie

53. Il est fort connu que la fiducie testamentaire bénéficie d'un taux d'impôt progressif avantageux, puisqu'il est le même que celui des particuliers. Toutefois, pour la fiducie entre vifs la situation est différente. Le taux d'impôt applicable au fédéral est le taux marginal maximum, et en y ajoutant le taux d'impôt du Québec on obtient un taux qui est d'au moins de 47 % et peut atteindre le taux maximum des particuliers pour des revenus supérieurs à 50 000 \$. Par conséquent, cette fiducie n'offre par elle-même que très peu d'intérêt pour le fractionnement. C'est plutôt la possibilité d'utiliser directement les faibles taux d'impôts des bénéficiaires, le cas échéant, qui la rend attrayante à cet égard.

54. Pour éviter d'imposer l'entité même de la fiducie mais bien ses bénéficiaires, outre le choix de bénéficiaire privilégié qui n'est maintenant offert que dans des circonstances d'invalidité d'un bénéficiaire⁴⁰, deux choix s'offrent à la fiducie:

payer ou rendre ce revenu payable au bénéficiaire;

profiter de la disposition de 104(18) L.I.R. pour les bénéficiaires mineurs.

4.5.1 Revenu payé ou payable

55. Le revenu fiscal, soit le revenu ou le gain en capital de la fiducie, peut être imposé au niveau du bénéficiaire lorsque ce dernier a le droit de recevoir ce revenu au plan civil à titre de bénéficiaire du revenu ou ce gain en capital à titre de bénéficiaire du capital et si cette somme lui a été effectivement versée ou lui a été rendue payable, par exemple par l'émission d'un billet payable à demande. La fiducie reçoit alors une déduction correspondant à ce revenu. De plus, dans les mains du bénéficiaire, certains revenus tels les gains en capital ou les revenus de dividendes conservent leur nature, permettant l'utilisation de l'exonération pour gain en capital ou le crédit pour dividendes. Il faut noter cependant qu'un choix pourrait permettre d'imposer tout de même la fiducie sur ces revenus payés ou payables, ce qui dans un contexte d'une fiducie entre vifs pourrait être utile pour éponger une perte de la fiducie, puisque cette dernière ne peut transférer ses pertes aux bénéficiaires.

56. *Exemple:* Une fiducie réalise 15 000 \$ de gain en capital imposable sur des actions cotées en bourse et a trois bénéficiaires mineurs. Elle peut émettre un billet de 5 000 \$ à chacun de ses bénéficiaires pour leur en transmettre le fardeau fiscal. Ces derniers n'auront aucun impôt à payer compte tenu de leur crédit de base personnel respectif.

Sixième règle fiscale: Malgré le taux d'impôt très élevé de la fiducie entre vifs, il existe un choix permettant de transmettre aux bénéficiaires le fardeau fiscal lié aux revenus de la fiducie en leur payant ces sommes ou en les rendant payables à leur égard.

4.5.2 Fiducie du paragraphe 104(18) L.I.R.

57. Un autre type de fiducie pourrait être utilisé pour imposer un bénéficiaire sur du revenu qui demeure dans la fiducie. Cette technique pourrait être utile, par exemple, pour faciliter l'utilisation éventuelle des exonérations pour gain en capital des bénéficiaires, tout en laissant l'administration du produit de disposition sous l'entière administration du fiduciaire. Dans une fiducie de cette nature, l'enfant a en quelque sorte un droit acquis sur sa part des revenus réalisés par la fiducie, à la condition qu'il survive jusqu'à un certain âge, cet âge limite ne pouvant excéder 40 ans. Le revenu qui est ainsi acquis à l'enfant alors qu'il n'a pas atteint l'âge de 21 ans, et qui est conservé en fiducie lui sera présumé payable. L'attribution de ce revenu ne doit cependant pas faire l'objet d'une discrétion de la part des fiduciaires, enlevant ainsi la souplesse que l'on retrouve dans une fiducie usuelle. Lorsque une discrétion peut être

exercée seulement sur une partie des revenus, les autres règles d'imposition s'appliqueront à cette partie.

58. *Exemple:* Une fiducie réalise 15 000 \$ de gain en capital imposable sur des actions cotées en bourse et a trois bénéficiaires mineurs. Elle doit diviser ce revenu en trois parts et considérer ce revenu comme étant acquis à chacun de ces enfants. La remise du capital doit avoir lieu à l'âge de 30 ans, s'il y a prédécès il y aura représentation. Dans de telles circonstances, la loi présume que ces sommes sont devenues payables aux enfants mineurs, permettant de les imposer directement au niveau des bénéficiaires.

Septième règle fiscale: Le revenu acquis à un enfant autrement que par l'exercice d'une discrétion, et qui est conservé dans la fiducie en raison de son jeune âge de moins de 21 ans, est présumé lui être payable et peut être imposé au niveau de l'enfant.

4.6 Particularités de la résidence détenue en fiducie

59. Une fiducie entre vifs peut offrir d'autres avantages que des revenus à ses bénéficiaires, par exemple, le fait pour une fiducie de protection d'actifs de permettre l'utilisation personnelle d'une résidence. Cette utilisation ne constituera généralement pas un avantage imposable pour le bénéficiaire⁴¹, contrairement à la situation où un actionnaire utilise une résidence de sa corporation. De plus, dans ce contexte, l'exonération pour résidence principale

n'est pas perdue, à la condition de ne pas désigner une corporation parmi les bénéficiaires⁴². Cette exonération peut être utilisée, si ses autres conditions sont rencontrées, soit par la fiducie, soit par le bénéficiaire s'il a obtenu la remise de la résidence avant sa vente.

60. Un autre point à considérer lors de la constitution d'une fiducie servant à la détention d'un immeuble résidentiel, est de savoir comment seront financées les dépenses d'entretien et les taxes qui y sont reliées. Si la résidence est le seul actif de la fiducie, alors les bénéficiaires ou le constituant qui est un membre de leur famille assumera ces frais et ce, sans conséquence fiscale. Cependant si un certain capital est également transmis à la fiducie pour assumer ces frais à l'avantage d'un ou des bénéficiaires, ces derniers devront s'imposer sur la totalité des revenus générés par ce capital et utilisés à cette fin⁴³.

Huitième règle fiscale: Généralement, si les frais d'entretien et les taxes reliées à une résidence détenue par une fiducie sont assumés par une personne autre que la fiducie, aucune imposition ne découle de l'utilisation de cette résidence par un bénéficiaire.

4.7 Disposition fiscale à tous les 21 ans

61. Toutes les fiducies personnelles subissent une disposition de leurs biens à la valeur marchande à tous les 21^e anniversaires de leur création, à l'exception de la fiducie au bénéfice exclusif du conjoint pour toute la période où ce conjoint est vivant. Cette disposition

présumée nous oblige à considérer que la durée de vie d'une fiducie n'excédera pas 21 ans. Cependant, il faut noter que dans certains cas, cette disposition présumée n'empêche pas la fiducie de continuer volontairement son existence au-delà de ce terme, si une grande partie de ses biens n'est pas affectée par cette disposition, par exemple s'il s'agit de la résidence principale de la famille ou de certificats de placements.

62. Il est à noter que l'impôt qui résulte de cette disposition présumée doit être assumé par la fiducie et ne peut donc pas être transféré au niveau des bénéficiaires.

63. À moins de situations très particulières, il est généralement accordé aux fiduciaires la discrétion de mettre fin à la fiducie⁴⁴ avant cette date fatidique et ce, malgré le désir de protection des bénéficiaires encore mineurs.

<p>Neuvième règle fiscale: À l'exception de la fiducie exclusive au conjoint la fiducie subit, à tous les 21 ans, une disposition présumée de ses biens à la juste valeur marchande.</p>

4.8 Distribution du capital

64. La distribution du capital d'une fiducie familiale a généralement lieu sans aucun impôt, le bénéficiaire acquérant les biens au coût de la fiducie⁴⁵.

65. Deux exceptions parmi d'autres sont à retenir à cet égard:

- le capital d'une fiducie exclusive au profit du conjoint fait l'objet d'une disposition à la valeur marchande lors de sa distribution s'il est versé à une personne autre que ce conjoint, alors que ce dernier est toujours vivant⁴⁶;

- lorsque le paragraphe 75(2) L.I.R. s'est appliqué à la fiducie à un moment donné et que l'auteur du transfert, qui s'était réservé un droit de retour d'un bien transmis à la fiducie ou qui en détenait le contrôle, est toujours vivant, alors tout transfert de biens par la fiducie à une personne autre que celle qui en avait disposé en faveur de celle-ci fera l'objet d'une disposition à la juste valeur marchande⁴⁷.

<p>Dixième règle fiscale: Généralement, les remises de capital aux bénéficiaires ont lieu sans impôt.</p>
--

66. Il va sans dire que d'autres dispositions fiscales que celles examinées ci-dessus peuvent aussi avoir des implications au niveau de la constitution d'une fiducie. Ainsi, dans une situation de protection d'actifs, il faut tenir compte de l'impact que pourrait avoir l'article 160 L.I.R. qui prévoit qu'une personne, par exemple une fiducie, qui reçoit un bien dans un contexte de lien de dépendance pour une contrepartie inférieure à sa valeur marchande, est responsable des impôts dus par le cédant au moment de la transaction jusqu'à concurrence de cette valeur.

5. CONSTITUTION DE LA FIDUCIE ET FORME DE L'ACTE

5.1 Acte à titre gratuit ou acte à titre onéreux

67. Dès les premières lectures des nouveaux articles du *Code civil* sur la fiducie, la terminologie utilisée par le législateur, eu égard aux modes de constitution des différentes fiducies, laissait transparaître des difficultés évidentes d'interprétation auxquelles ne répondaient ni les commentaires du ministre de la Justice, ni les commentaires des experts. Cinq ans plus tard, ces difficultés resurgissent sous la forme de commentaires doctrinaux ou positions adverses des parties impliquées dans le financement des fiducies. À notre connaissance toutefois cette question n'a pas encore été effleurée par la jurisprudence.

68. La difficulté provient du fait que le législateur, désirant élargir l'application des fiducies à d'autres situations que la simple administration des libéralités, a établi différentes catégories de fiducies dont les limites respectives ne sont pas très claires. Il s'agit des fiducies constituées à des fins personnelles, à des fins d'utilité privée ou sociale.

69. En résumé, il s'agit dans un premier temps de déterminer si ces catégories doivent être interprétées comme étant des vases clos ou communicants et dans un deuxième temps, de définir ce que le législateur entendait par une fiducie «constituée à titre gratuit» ou «à titre onéreux». Le tout dans le but de déterminer s'il est possible de constituer une fiducie d'utilité

privée en utilisant une donation et une fiducie personnelle au moyen d'un contrat autre qu'un contrat à titre gratuit.

70. À titre de rappel, voici un bref résumé de chacune de ces catégories.

71. Pour la fiducie personnelle, l'article 1267 C.c.Q. mentionne qu'elle est celle constituée à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une personne.

72. Quant au premier type de fiducie d'utilité privée, soit la fiducie pour détenir un objet, l'article 1268 C.c.Q. ne mentionne pas à quel titre elle doit être constituée. Elle est celle établie pour l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel, ou l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, etc., dans un but privé.

73. Pour l'autre volet de la fiducie d'utilité privée prévu à l'article 1269 C.c.Q., on mentionne que la fiducie est constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit.

74. Enfin, pour la fiducie d'utilité sociale, l'article 1270 C.c.Q. ne mentionne pas à quel titre elle doit être constituée, mais précise que c'est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, philanthropique ou religieux.

5.2 Catégories en vases clos ou communicants?

75. Chacune de ces catégories sont-elles indépendantes les unes des autres ou peuvent-elles co-exister dans une même fiducie? Avant de tenter de répondre à cette question, il faut d'abord examiner les conséquences qui résultent du fait de se retrouver sous l'une ou l'autre de ces catégories. Les différences que l'on retrouve au *Code civil* sont adaptées à l'objectif de chaque catégorie de fiducie. Ainsi, d'une part, pour la fiducie personnelle créée à titre gratuit on doit suivre des règles similaires aux successions et donations relativement à certains aspects, tels la durée de la fiducie, la capacité de recevoir, l'application de la règle de l'accroissement, etc. et, d'autre part, pour la fiducie constituée à titre onéreux, il est prévu la perpétuité, un mode de surveillance de ces fiducies, de même qu'une règle visant à faire en sorte qu'elle ne puisse servir à éviter les recours hypothécaires.

76. Il semble que chacune des catégories représente un contexte particulier: soit un objectif d'avantager des membres de la famille, de conserver un bien, de réaliser des profits ou bien de réaliser des objectifs sociaux. Or, on peut imaginer des situations où il y aura un certain recoupement de ces différents objectifs, par exemple dans le cas d'un testament fiduciaire exigeant de son fiduciaire qu'il remette la moitié du revenu au conjoint sa vie durant et le reste du revenu à une organisation culturelle. Nous croyons que cette fiducie serait de type personnelle pour la partie concernant le conjoint et d'utilité sociale pour le reste, faisant en sorte qu'elle pourrait être perpétuelle relativement à cette dernière partie. La Cour suprême du Canada s'est elle-même prononcée, avant 1994, sur une fiducie à vocation mixte dans l'arrêt *Crown Trust c. Higher*⁴⁸. En raison des restrictions qui existaient à cette époque, la Cour a déclaré valide la partie de la fiducie reliée à un don fait à une association de bienfaisance, alors que l'autre partie

concernant l'exploitation d'un centre commercial a été jugée invalide à titre de fiducie, mais valide en tant que contrat innomé. Il est à noter qu'elle n'a pas considéré que les activités commerciales teintaient toute la fiducie. Si cette décision était rendue aujourd'hui, la vocation commerciale de la fiducie serait certainement reconnue.

5.3 Fiducie à titre gratuit ou à titre onéreux

77. En droit civil, l'interprétation retenue doit permettre de donner un sens aux dispositions adoptées par le législateur dans leur ensemble.

78. En mentionnant que la fiducie personnelle est constituée à titre gratuit et que la deuxième forme de fiducie d'utilité privé est constituée à titre onéreux, le législateur a-t-il voulu exiger que ces fiducies soient constituées respectivement par une donation et par un contrat à titre onéreux?

79. Nous ne le croyons pas et nous maintenons la position que nous avons prise à ce sujet⁴⁹, malgré une lecture attentive du raisonnement au contraire avancé par le professeur Beaulne⁵⁰, seul autre auteur à notre connaissance à avoir analysé cette question. Selon nous, lorsqu'il utilise les expressions «fiducie constituée à titre gratuit» à l'article 1267 C.c.Q. et «fiducie constituée à titre onéreux» à l'article 1269 C.c.Q., le législateur ne parle pas du contrat constitutif de la fiducie mais bien de sa finalité, de son affectation.

5.4 Arguments basés sur la terminologie du Code

80. En premier lieu, il est important de noter que le Code prévoit, dans un article général applicable à toutes les catégories, quels sont les différents modes de création de la fiducie en ne faisant aucune distinction entre les diverses catégories de fiducie. Selon l'article 1262 C.c.Q., il est permis d'établir une fiducie au Québec «par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi». Une fiducie peut aussi être établie par jugement si la loi l'autorise.

81. Ainsi, une loi peut créer une fiducie. Par conséquent, cette fiducie ne pourrait évidemment pas être créée par un contrat à titre onéreux ou gratuit. C'est le cas notamment des caisses de retraite qui constituent des patrimoines fiduciaires en vertu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁵¹.

82. Deuxièmement, le libellé de l'article 1263 C.c.Q. démontre qu'il y a une différence entre le caractère onéreux d'une fiducie et le contrat qui la constitue, puisqu'il utilise les termes suivants: «*la fiducie constituée à titre onéreux établie par contrat*», nous indiquant ainsi que l'expression «à titre onéreux» ne réfère pas à un contrat à titre onéreux, sinon le législateur aurait certainement écrit: «la fiducie constituée par un contrat à titre onéreux».

83. Troisièmement, si les expressions «*constituée à titre gratuit ou onéreux*» réfèrent à la nature du contrat établissant la fiducie, il est alors surprenant de constater que, pour au

moins deux catégories de fiducie, le législateur soit resté muet et n'ait pas indiqué quel devrait être la nature de leur contrat constitutif. C'est le cas de la fiducie d'utilité sociale créée dans un but général, et de la fiducie d'utilité privée répondant à un but de nature privé. Selon notre interprétation à l'effet que les expressions à interpréter réfèrent plutôt au but ou à la finalité de la fiducie, il n'était pas nécessaire au législateur d'ajouter à cette fiducie d'utilité privée et à la fiducie d'utilité sociale des précisions sur son caractère onéreux ou gratuit, puisque leur finalité était suffisamment décrite et ne les nécessitait pas. Tandis que la fiducie personnelle et la fiducie d'utilité privé de type commercial étaient plus difficiles à définir, car toutes les deux avantagent des personnes mais dans des contextes différents et il était justement du désir du législateur de leur appliquer des règles différentes selon ces contextes.

5.5 Arguments basés sur les différences entre les catégories de fiducies

84. Ainsi, à la fiducie personnelle on impose des règles reliées aux donations et aux legs, alors qu'à la fiducie à caractère commercial, on impose des règles commerciales normales en matière de garantie et de surveillance des autorités, par contre on lui accorde la possibilité d'être perpétuelle.

85. Il est alors normal dans ces circonstances d'avoir précisé que la fiducie personnelle est celle constituée dans un contexte de gratuité, alors que la fiducie d'utilité privé est plutôt constituée dans un contexte onéreux, puisque c'est ce qui les différencie.

86. En interprétant les expressions en cause comme désignant la finalité de la fiducie plutôt que la nature de l'acte constitutif, il devient possible de choisir de constituer chaque fiducie selon le mode qui lui sied le mieux. Même si une fiducie constituée à titre onéreux était établie par une donation, alors les bénéficiaires ne se verraient pas appliquer les règles relatives aux libéralités puisqu'ils auraient acquis leur participation dans un contexte onéreux. L'employé qui obtient le bénéfice d'un régime de retraite rend une contrepartie par son travail. L'investisseur offre pour sa part à la fiducie un capital à faire fructifier et ne reçoit pas un don de cette fiducie, quel que soit son mode de création. Voilà des exemples de contextes onéreux qui motivent la création de la fiducie d'utilité privée. Une fois créée, la fiducie d'investissement ou de retraite peut survivre à plusieurs générations d'investisseurs ou d'employés, qui arrivent et repartent suivant les conditions décrites dans l'entente cadre avec la fiducie.

87. La fiducie personnelle représente, pour sa part, une gratuité offerte au bénéficiaire, qui n'a aucune contrepartie à fournir pour acquérir sa participation, comme dans la fiducie de gel. C'est pourquoi, il est alors utile de lui appliquer des règles similaires aux donations ou aux legs.

88. Par conséquent, il y a au moins deux types de relation par rapport à la fiducie: celle avec le constituant et celle avec les bénéficiaires. Puisque les différences entre les fiducies visent sur les droits de ces derniers, il faut en conclure que c'est la nature de cette relation qui détermine si la fiducie est constituée à titre onéreux ou gratuit, et non la nature du contrat constitutif.

89. Il est à noter que le type d'investissement réalisé par la fiducie avec les biens de son patrimoine n'a rien à voir avec la détermination de la catégorie à laquelle elle se rattache. En effet, le simple fait qu'une fiducie exploite une entreprise ne révèle rien. Cette entreprise est-elle un objet à conserver, le moyen de financer des activités philanthropiques, un placement pour le patrimoine des bénéficiaires qui ont obtenu leur participation sans avoir offert de contrepartie ou le moyen de regrouper des investisseurs pour réaliser un projet commercial? Voilà des questions pertinentes.

90. En examinant la substance des articles concernant la fiducie, il en ressort ainsi l'importance du contexte et de la finalité de la fiducie par rapport au faible impact de son acte constitutif.

5.6 Arguments basés sur l'utilisation de la fiducie

91. En pratique, la fiducie personnelle sera habituellement constituée à l'aide d'une donation, parce que l'idée de créer une telle fiducie est habituellement en relation avec une volonté d'effectuer une libéralité à l'avantage des membres de sa famille. Cependant, il faut constater que la donation est aussi le moyen le plus simple de créer une fiducie à titre onéreux, puisque le législateur n'a pas importé chez-nous la technique de la «declaration of trust» de la Common Law par laquelle, par exemple, une institution financière ontarienne peut se déclarer elle-même fiduciaire d'un fonds d'investissement, sans autre formalité.

92. Tout en libéralisant l'utilisation de la fiducie de type commercial au Québec, le législateur lui aurait-il imposé, en plus d'un transfert par le constituant comme condition de création, que ce transfert soit à titre onéreux? Si oui, comment procède-t-on? La banque devrait-elle vendre à sa fiducie d'investissement un compte dans l'une de ses succursales ou acquérir une part d'investissement?

93. D'autre part, si l'on décide de créer une fiducie de protection d'actifs à l'aide d'une vente d'une résidence familiale à la fiducie créée au bénéfice de la famille, qu'a-t-on créé? Si on utilise l'interprétation voulant que la fiducie personnelle doit être créée par un acte à titre gratuit, et qu'il s'agit d'une telle fiducie parce qu'elle a pour objet d'avantager les membres de la famille, nous arrivons à la conclusion que cette fiducie ne respecte pas le *Code civil*. Cependant, le simple fait de procéder initialement par une donation d'une somme nominale, puis de faire une vente de la résidence réglerait tous les maux!.Le Code est très permissif à ce sujet: le constituant peut se réserver des droits sur les biens de la fiducie, même celle constituée à titre gratuit⁵². «Donner et retenir ne vaut».ne vaut plus en cette matière.

94. Selon notre interprétation, cette fiducie de protection d'actifs serait constituée à titre gratuit en raison du fait qu'elle est à l'avantage de personnes qui reçoivent leur participation gratuitement. Ainsi, si l'un des bénéficiaires mourait et que l'acte était muet à cet égard, il serait approprié dans cette situation de pouvoir appliquer les règles de l'accroissement de sa part aux autres bénéficiaires, ce qui serait très mal venu dans un fiducie d'investissement! Le fait que cette fiducie ait été établie par une vente ou une donation n'aurait aucune importance.

95. Même avec une telle interprétation, certaines fiducies se retrouveront tout de même dans une zone moins bien définie. Par exemple, si une corporation constitue une fiducie de protection d'actifs pour son propre bénéfice et celui de ses actionnaires qui sont les membres d'une famille, afin d'exploiter un volet d'une entreprise et y transfère des actifs en échange de certains droits aux revenus, s'agit-il d'un contexte commercial ou d'un contexte à titre gratuit? Si l'on mettait de côté la question de l'acte constitutif, le classement dans une catégorie ou l'autre pourrait dépendre de la position de chaque bénéficiaire. La corporation bénéficiaire s'est créée un partenaire avec qui elle a une entente commerciale, cependant les autres bénéficiaires peuvent être passifs relativement à leur participation offerte à titre gratuit.

96. Nous avons eu connaissance au moins d'un cas similaire où une institution financière a invoqué que ce genre de fiducie de protection d'actifs visant l'exploitation d'une entreprise était une fiducie de type commercial et devait avoir été créée par un contrat à titre onéreux, sous peine de nullité.

97. Il est impossible que la législateur ait voulu étendre l'utilisation des fiducies au Québec à de multiples fins, tout en leur imposant à mots couverts des formalités qui ne sont pas écrites en toutes lettres. Pour quelle raison devrait-on imposer un acte onéreux lors de la création d'une fiducie à titre onéreux, alors que le caractère onéreux de cette fiducie s'impose de lui-même?

98. Pour toutes ces raisons nous maintenons que le *Code civil* ne pose aucune exigence dans le choix de l'acte constitutif, parmi les modes prévus, pour quelque fiducie que ce soit.

99. Soit dit en passant, dans toute notre pratique, nous n'avons jamais encore vu de fiducie sans patrimoine s'engager dès le départ dans une vente...

5.7 Constitution des fiducies par un acte à titre gratuit

100. Il existe actuellement une autre controverse relativement à la forme que doit prendre une fiducie constituée par acte à titre gratuit. Certains auteurs, et plus particulièrement Lucie Beauchemin⁵³ et Jacques Beaulne⁵⁴, lequel s'appuie notamment sur Marcel Faribault⁵⁵ et sur un article de Pierre Ciotola⁵⁶, soutiennent que le don manuel ne peut être utilisé pour constituer une fiducie par acte à titre gratuit et que conséquemment toute donation à une fiducie, sous peine de nullité absolue, doit être rédigée sous forme notariée et être publiée conformément à l'article 1824 C.c.Q. pour être valide et opposable aux tiers. D'autres auteurs et notamment le professeur Brierley⁵⁷ et la professeure Cantin Cumyn⁵⁸, prétendent que l'acte notarié n'est pas toujours nécessaire à la constitution d'une fiducie.

101. Nous sommes en désaccord avec la théorie voulant que l'acte notarié soit toujours nécessaire pour constituer une fiducie par un contrat à titre gratuit, et ce, pour les raisons ci-après décrites. Afin de soutenir notre position, nous croyons nécessaire de réviser l'argumentation juridique soutenue par Me Beauchemin et Me Beaulne.

102. Le cheminement juridique de Me Beauchemin⁵⁹ se résume comme suit:

- l'article 1824 C.c.Q. prévoit que toute donation doit être notariée sous peine de nullité;
- le don manuel d'un bien meuble fait exception à ce principe si la donation est accompagnée de la délivrance et de la possession immédiate du bien;
- l'acceptation de sa mission de fiduciaire doit précéder l'acceptation des biens eux-mêmes parce qu'avant cette acceptation la fiducie n'existe pas (article 1264 C.c.Q.);
- une personne ne peut accepter un don manuel que si elle agit en son nom personnel et non à titre de fiduciaire d'une fiducie non existante.

103. En conséquence la fiducie ne peut être constituée par un don manuel.

104. Nous sommes en accord avec Me Beauchemin sur la fait qu'il soit difficile de faire la preuve de la qualité du fiduciaire lors de l'acceptation d'un don manuel. Toutefois, nous croyons, comme la professeure Cantin Cumyn⁶⁰, que ce problème en est plus un de preuve que de droit substantif et qu'il n'écarte pas en soi les règles générales en matière de don. Conséquemment, nous croyons que le contrat écrit peut faire mention du fait que le fiduciaire agit tant pour accepter la fiducie que pour accepter la donation au patrimoine fiduciaire afin d'éliminer ce problème de preuve.

105. En ce qui concerne l'argumentation juridique du professeur Beaulne⁶¹, elle peut se résumer comme suit:

Nécessité d'un écrit:

- Me Beaulne rappelle que sous l'égide du *Code civil du Bas-Canada*, Faribault avait noté l'exigence d'un écrit à la création d'une fiducie car sept des quatorze articles traitant alors de la fiducie réfèrent «au document créant la fiducie»⁶²;
- Me Beaulne croit que cette théorie s'applique toujours puisque chaque fois qu'on retrouve l'expression «acte constitutif» dans le Code on réfère à un écrit⁶³;
- la fiducie ne peut être établie par un contrat verbal car la mention d'acte constitutif de la fiducie réfère, selon lui, nécessairement à un écrit⁶⁴;

Don manuel:

- dans un deuxième temps, l'argument de Me Beaulne repose sur sa croyance que la théorie de Faribault, qui refusait la constitution d'une fiducie par don manuel en raison du fait qu'un tel don exigeait une possession à titre de propriétaire, ce que le fiduciaire n'avait pas, est toujours applicable⁶⁵.

106. Pour sa part, la professeure Cantin Cumyn estimait que les arguments de la doctrine sur les articles du *Code civil du Bas-Canada* n'étaient pas décisifs relativement à

l'exigence de l'acte notarié comme condition de validité de la création de la fiducie. Son argumentation est la suivante:

- les dispositions du *Code civil du Bas-Canada* n'exigent pas expressément l'acte authentique;
- la mention de «document créant la fiducie» indique qu'il doit y avoir un écrit mais ne l'impose pas comme condition de validité;
- Faribault a invoqué à l'appui de sa thèse des jugements qui concluaient à la nécessité d'un acte notarié pour des donations ne portant pas sur des choses mobilières⁶⁶.

107. En conclusion la professeure Cantin Cumyn croit:

- que la difficulté d'établir à quel titre le fiduciaire reçoit un don manuel n'entraîne pas la nullité d'un tel don;
- que les dons sont assujettis aux formalités prescrites en cette matière;
- qu'un écrit, au moins privé, pourrait s'avérer, pour fins de preuve, indispensable pour établir le type de possession du fiduciaire⁶⁷.

108. Le professeur Brierley soutient pour sa part, que la preuve de l'acte constitutif de la fiducie doit être apportée par écrit lorsque, pour des raisons de publicité, la loi l'impose⁶⁸. Le professeur Brierley affirme également que les fiducies expresses constituées à titre gratuit ou à titre onéreux sont surtout créées par un écrit, mais qu'elles pourraient aussi l'être verbalement, à

moins que pour des raisons de publicité la preuve de l'acte constitutif doit être apportée par un écrit⁶⁹.

109. Selon nous, la possession du fiduciaire, la nécessité d'un écrit et l'application des règles relatives aux donations constituent des questions distinctes. Dans un premier temps, nous adhérons à la thèse de l'existence d'un problème de preuve sur le type de possession du fiduciaire si la fiducie n'est pas constatée par un écrit. Nous souscrivons donc à l'opinion qu'un écrit, au moins sous seing privé, soit indispensable. Deuxièmement, selon nous, cette difficulté d'établir le type de possession du fiduciaire n'exclut pas en soi le don manuel. Si la fiducie est constituée par un acte sous seing privé, on aura une preuve de la qualité du fiduciaire et de l'acceptation de la charge de fiduciaire.

110. Nous trouvons convaincants les arguments de la professeure Cantin Cumyn pour réfuter la théorie de Faribault, mentionnée ci-dessus et son étude approfondie de la jurisprudence invoquée par Faribault et d'autres auteurs permettant de distinguer l'objet réel des jugements d'extrapolations faites par ces auteurs⁷⁰. De plus, nous sommes en désaccord avec l'affirmation qui concerne l'applicabilité de la théorie de Faribault au droit actuel. En effet, l'arrêt *Royal Trust c. Tucker*⁷¹ qui a été rendu subséquemment à l'énoncé de la théorie élaborée par Faribault, est venu préciser à quel titre un fiduciaire détient les biens de la fiducie, soit à titre de propriétaire «*sui generis*». Ce concept a été ensuite traduit par le législateur dans le nouveau Code sous la forme d'une maîtrise et d'une administration exclusive du patrimoine fiduciaire⁷². Conséquemment, il ne fait plus de doute que le rôle du fiduciaire est suffisamment large pour lui permettre d'accepter un don manuel au nom du patrimoine fiduciaire.

111. La possibilité de faire un don manuel emporte la possibilité d'une donation par acte non notarié. Or, il est important de préciser que l'exigence de la forme notariée est une exception dans le *Code civil* qui reconnaît généralement le consensualisme comme règle principale. Ainsi, fidèle à cette philosophie du droit civil, chaque fois que la forme notariée est exigée, le législateur l'a mentionné expressément⁷³.

112. En ce qui concerne le chapitre des fiducies, lorsque le législateur a voulu imposer la forme notariée, il l'a mentionné expressément comme dans le cas de la renonciation du bénéficiaire⁷⁴. Il serait pour le moins paradoxal que le législateur prenne le soin de souligner l'importance de faire cet acte sous forme authentique et d'exiger de manière indirecte la forme notariée pour la constitution de la fiducie. Selon nous, si le législateur avait voulu imposer l'acte notarié pour la constitution d'une fiducie il l'aurait fait expressément. En l'absence de règles particulières les règles générales sur les donations ne peuvent, selon nous, être exclues, y compris celles relatives au don manuel.

113. En résumé, la difficulté liée à la preuve devant être faite du contenu et de l'existence de la fiducie et du type de possession du fiduciaire, lors de son acceptation du don manuel, ne doit pas être confondue avec le pouvoir que la loi lui confère de faire tout acte au même titre qu'un propriétaire.

114. Avec respect pour l'opinion contraire, nous appuyons la thèse de la professeure Cantin Cumyn. Selon nous, l'analyse de la professeure Cantin Cumyn affaiblit considérablement

la thèse de Faribault. De plus, nous croyons que le professeur Beaulne n'a pas suffisamment tenu compte de l'impact du jugement *Royal Trust c. Tucker* sur la nature de la possession du fiduciaire et du fait que son rôle excède même celui de l'administrateur du bien d'autrui.

115. Si l'on adhère à la thèse de l'impossibilité du don manuel pour constituer une fiducie, toutes les fiducies constituées par un acte à titre gratuit devront être faites sous forme notariée⁷⁵ et ce, même s'il y a délivrance et possession immédiate du bien.

116. Par ailleurs, nous ne contestons pas que l'acte notarié, avec son caractère authentique⁷⁶, constitue la meilleure preuve possible. Si la fiducie est constituée par un acte sous seing privé il pourrait être utile de le déposer au sein des minutes d'un notaire⁷⁷ afin d'être en mesure d'en émettre plus facilement des copies. Nous recommandons aussi dans le cas d'un acte constitutif de fiducie sous seing privé que les parties signent en présence de témoins et apposent leurs initiales sur chaque page. Par ailleurs, un dépositaire peut également être choisi pour conserver tous les avis devant être produits pour les fins de la fiducie.

117. Même en admettant que le don manuel puisse servir à créer une fiducie, une attention particulière doit être apportée aux dons manuels de certains biens s'il est difficile d'établir leur délivrance et leur possession immédiate. Les actions de compagnie privée constituent une illustration de cette difficulté. En effet, il existe de la jurisprudence de la cour d'appel à l'effet que la livraison d'un certificat nominatif dûment endossé constate les droits des parties, mais ne transfère pas la propriété des actions. Seules les actions cotées à la Bourse échappent à cette règle⁷⁸. Toutefois, dans un jugement récent de la Cour supérieure⁷⁹, le juge

Gagnon s'est dit convaincu, malgré les restrictions prévues à l'article 71 de la Loi sur les compagnies, que la livraison du certificat nominatif joint à l'intention libérale transfère bel et bien la propriété des actions et peut constituer un don manuel, même si ce transfert ne devient opposable aux tiers et à la compagnie qu'à compter de l'enregistrement du don dans le registre des transferts de la compagnie⁸⁰. Toutefois, le juge atténue la portée de cette affirmation en ajoutant que la présence d'une clause d'agrément du conseil d'administration exclut manifestement le don manuel⁸¹. Comme en pratique la majorité des compagnies privées, prévoit une telle disposition pour se qualifier de corporation privée au sens de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁸², il serait plus prudent de suivre les formalités prescrites par l'article 1824 C.c.Q. Il est à noter que le juge ne s'est pas penché sur l'hypothèse où le consentement du conseil d'administration était obtenu de manière concomitante au transfert des actions.

5.8 Fiducie de gel ou de protection des actifs

118. La fiducie de gel ou de protection d'actifs est généralement une fiducie personnelle créée par la donation d'un bien susceptible de délivrance et de possession immédiate, ne nécessitant pas ainsi obligatoirement un acte notarié. Cependant, si des biens, tels des immeubles, leur sont apportés au moment de la constitution ou par la suite, nul doute alors que l'acte notarié et sa publicité s'imposent.

6. PUBLICITÉ DE LA FIDUCIE ET IMMATRICULATION

6.1 La fiducie constituée par acte à titre gratuit

119. La controverse que nous avons évoquée plus haut⁸³ a des répercussions sur la publicité de l'acte constitutif. Si l'on adhère à la théorie de l'impossibilité du don manuel, tous les actes constitués par acte à titre gratuit doivent être publiés, et ce, même s'il y a eu possession et délivrance conformément à l'article 1824 du *Code civil du Québec*. Toutefois, pour les tenants de la théorie non formaliste, la nécessité de la publication sera déterminée par l'objet de la donation, sa délivrance et sa possession.

120. Si l'objet de la donation est un immeuble, celle-ci sera publiée au registre foncier du bureau de la publicité des droits où il est situé⁸⁴, tandis que s'il s'agit d'un bien mobilier et qu'il n'y ait pas possession et délivrance, cette donation devra être inscrite au registre des droits personnels et réels mobiliers⁸⁵.

121. Toutefois, même si l'objet de la donation est accompagnée de la délivrance et de la possession immédiate du bien et que la publicité de la donation n'est pas nécessaire, il faut encore se demander si d'autres dispositions prévues dans l'acte constitutif doivent être publiées pour être opposables.

122. Si l'acte constitutif de la fiducie prévoit une stipulation d'inaliénabilité des droits ou de la participation des bénéficiaires, cette mention devra être publiée⁸⁶. Par ailleurs, on peut valablement s'interroger sur la nécessité en pratique de publier une telle stipulation si les droits des bénéficiaires sont sujets à l'exercice, par le fiduciaire, d'une discrétion absolue. En

effet, même si le principe juridique demeure le même cette obligation de publier devient théorique lorsque les fiduciaires peuvent attribuer à un autre bénéficiaire les revenus et/ou le capital de la fiducie. Toutefois, si les droits des bénéficiaires cessaient d'être sujets à cette discrétion, cette stipulation devra alors être publiée et cette publication ne serait opposable aux tiers qu'à compter de cette date, ce qui pourrait occasionner des difficultés à l'égard de tiers ayant acquis, dans l'intervalle, des droits sur la participation de ce bénéficiaire. En cas de doute, il serait donc préférable de publier cette mention au moment de la création de la fiducie entre vifs.

123. De la même manière, si l'acte constitutif de la fiducie contient une stipulation d'insaisissabilité portant sur des biens meubles, celle-ci devra être publiée pour être opposable aux tiers⁸⁷. La publication des stipulations d'insaisissabilité n'est possible que depuis le 17 septembre 1999, date à laquelle la deuxième phase du registre des droits personnels et réels mobiliers a été mise en vigueur⁸⁸. Il à noter que les stipulations d'insaisissabilité créées avant le 17 septembre 1999 doivent être publiées avant le 16 septembre 2000 pour demeurer opposables aux tiers⁸⁹. En ce qui concerne les fiducies prévoyant des bénéficiaires sujets à l'exercice par le fiduciaire d'une discrétion absolue dont la participation est insaisissable, la problématique est quelque peu différente de celle de l'inaliénabilité. En effet, alors que la stipulation d'inaliénabilité vise principalement à interdire à un bénéficiaire de céder ses droits à un tiers pendant la durée de la fiducie, la stipulation d'insaisissabilité vise non seulement la durée de la fiducie mais également la situation du bénéficiaire suite à la remise du capital de la fiducie. Ainsi, on ne peut attendre la fin du pouvoir discrétionnaire pour publier cette stipulation, sinon des créanciers pourraient avoir déjà acquis des droits sur les actifs du bénéficiaire ce qui pourrait

poser un problème d'opposabilité. Il serait donc préférable de publier cette mention lors de la création de la fiducie en autant que l'on soit en mesure d'identifier les bénéficiaires évidemment!

124. Lorsque les stipulations d'inaliénabilité et d'insaisissabilité sont contenues dans un acte constitutif de fiducie sous seing privé, leur publication exige l'ajout d'une mention supplémentaire. En effet, lorsque l'on consulte le *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*⁹⁰ on prévoit que l'acte constitutif doit nécessairement être un testament ou une donation et on mentionne l'exigence de faire référence à l'acte notarié en minute ou au jugement en vérification du testament. Suite à des vérifications auprès du Registre des droits personnels et réels mobiliers⁹¹ il appert qu'il n'est pas possible de faire référence par voie électronique à un acte sous seing privé. Toutefois, on peut le faire sur support papier en précisant dans la rubrique «*autres mentions*» que l'acte contenant la stipulation d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité, selon le cas, est fait sous seing privé conformément à l'article 1824 alinéa 2 C.c.Q.

125. En conclusion, et sous réserve de la controverse ci-dessus relatée au sujet du don manuel, nous croyons que quatre questions doivent être posées pour déterminer si une fiducie constituée par un acte à titre gratuit, ou l'une des stipulations qu'elle contient doit être publiée. Nous les avons résumées dans un tableau.

PUBLICITÉ DE LA FIDUCIE CONSTITUÉE PAR ACTE À TITRE GRATUIT

1. L'objet de la donation exige-t-il la publication de l'acte?

(a) biens **immobiliers**: obligatoires dans la circonscription foncière de l'immeuble⁹²

(b) biens **mobiliers**: répondre à la question 2.

2. Y a-t-il eu délivrance et possession immédiate?

(a) si on répond non à l'un ou l'autre de ces éléments, la donation doit être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers⁹³;

(b) si on répond oui aux deux éléments, faire attention aux cas particuliers, exemple les actions de corporation privée⁹⁴. En cas de doute faire publier.

3. Y a-t-il une stipulation d'inaliénabilité de la participation des bénéficiaires dans la fiducie? Si oui, on doit alors publier⁹⁵.

4. Les droits des bénéficiaires ont-ils été déclarés insaisissables? Si oui, on doit alors publier⁹⁶.

RÈGLES D'OR EN MATIÈRE DE PUBLICITÉ DES DROITS DES FIDUCIES

A on ne peut faire publier plus d'un droit par réquisition. Donc la publication de la donation, de la stipulation d'inaliénabilité et de la stipulation d'insaisissabilité exige la présentation de trois (3) réquisitions générales⁹⁷

A l'ajout dans «*autres mentions*» que les droits des bénéficiaires sont insaisissables ou inaliénables n'a aucune valeur juridique⁹⁸

6.2 La fiducie constituée par un acte à titre onéreux

126. La fiducie constituée par acte à titre onéreux devra être publiée si les règles relatives au type d'acte utilisé l'exige ou si l'objet du transfert le requiert, tel le transfert d'un immeuble⁹⁹.

6.3 Immatriculation

127. La *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*¹⁰⁰ énumère à son article 2 les entités assujetties à cette loi. On traite aux alinéas 2 à 6 de cet article des différents types de personnes morales et de corporations assujetties à cette loi. L'alinéa 1 de l'article 2 de la LPLE prévoit l'obligation, pour une personne physique exploitant une entreprise individuelle au Québec sous un nom ne comprenant pas son nom de famille et son prénom, de s'immatriculer. À première vue la fiducie, qui constitue un patrimoine d'affectation et qui n'est pas une personne morale, ne semble entrer dans aucune de ces catégories. On peut toutefois s'interroger sur l'obligation du fiduciaire qui est une personne physique, d'immatriculer la fiducie si elle exploite une entreprise. Compte tenu que le patrimoine d'affectation a introduit une nouvelle notion dans notre droit civil nous ne pouvons écarter l'application des dispositions du *Code civil* ou de toute autre loi uniquement en raison de l'absence de l'ajout des mots patrimoines d'affectation¹⁰¹. Il aurait été déraisonnable selon nous d'exiger du législateur de repasser à travers tous les textes de loi pour y intégrer cette notion. Nous devons donc, si cela est possible, faire les adaptations nécessaires.

128. Par analogie on pourrait penser au cas suivant tiré de notre mise en situation, le conjoint de monsieur Laliberté, Mireille Trudeau, exploite une boutique de cadeaux sous le nom *Les trouvailles de Mireille*. Madame Trudeau décède et monsieur Laliberté, en sa qualité de liquidateur de sa succession, demeurera assujetti à l'immatriculation s'il continue d'exploiter l'entreprise¹⁰². Le fiduciaire étant un administrateur du bien d'autrui il nous semble raisonnable d'appuyer l'affirmation que le fiduciaire serait assujetti à l'immatriculation dans la mesure où il y a exploitation d'une entreprise.¹⁰³ Par ailleurs, l'article 5 LPLE prévoit que l'administrateur du bien d'autrui a les droits et obligations que la loi confère à l'assujetti. On retourne ainsi à la case départ en se demandant si c'est le patrimoine d'affectation qui doit se qualifier d'assujetti ou le fiduciaire qui est une personne physique exploitant, pour le bénéfice du patrimoine d'affectation, une entreprise sous un nom autre que son nom et prénom? La question demeure ouverte.

129. Dans tous les cas, que la fiducie exploite ou non une entreprise, les fiduciaires pourraient, sur une base volontaire, s'immatriculer volontairement pour s'assujettir à cette loi¹⁰⁴. Il pourrait être approprié, par exemple, de faire connaître le nom de la fiducie, son domicile, l'identité et l'adresse de ses fiduciaires, etc. Cette immatriculation pourrait faciliter les transactions avec les tiers qui pourraient alors consulter un registre public dont certaines informations ont une force probante et sont opposables¹⁰⁵, tels le nom de l'entité, le nom des administrateurs etc. Cette opposabilité pourrait s'avérer une protection ou une source de responsabilité vis-à-vis les tiers. Par ailleurs, l'immatriculation entraîne l'obligation par la fiducie de payer et de produire une déclaration annuelle¹⁰⁶. Comme le registre de la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales n'a visiblement pas été

conçu pour inclure les fiducies le formulaire que l'on peut utiliser est celui de *Société ou autre groupement*.

7. LE CONSTITUANT

130. En matière de droit civil, la contrainte la plus importante à retenir est l'exigence prévue à l'article 1275 C.c.Q. à l'effet qu'il y ait au moins un fiduciaire qui ne soit ni le constituant ni l'un des bénéficiaires. Puisque les fiducies sont généralement mises en place pour une longue durée, il est essentiel d'examiner dès le départ tous les scénarios susceptibles de se produire au cours de l'administration fiduciaire pour éviter toute difficulté quant à cette exigence.

131. Pour illustrer nos propos, utilisons notre cas pratique. Dans le cadre d'une fiducie de gel constituée pour le bénéfice des enfants de monsieur Laliberté, son conjoint de fait, Mireille Trudeau accepte d'être le constituant de la fiducie. L'acte constitutif prévoit que monsieur Laliberté sera le seul fiduciaire et qu'il sera remplacé par la personne désignée par lui par écrit. Monsieur Laliberté ne pourra pas alors désigner Mireille Trudeau comme son unique fiduciaire remplaçant. Pour éviter cela, il aurait fallu que le constituant soit plutôt l'un des ascendants de monsieur Laliberté.

132. Il faut également garder à l'esprit, lors de la rédaction d'une fiducie, l'alinéa 2 de l'article 1297 C.c.Q. qui stipule le retour des biens de la fiducie au constituant ou à ses héritiers, à défaut de bénéficiaires. Il est donc utile de prévoir une clause catastrophe établissant

qui seront les bénéficiaires de la fiducie dans l'éventualité où tous les enfants de monsieur Laliberté décédaient sans descendants.

133. Ainsi, si dans notre mise en situation, la mère de monsieur Laliberté est le constituant de la fiducie et que l'acte constitutif ne prévoit pas le nom des bénéficiaires subséquents advenant le décès de tous les enfants de monsieur Laliberté, les biens de la fiducie seront alors remis à la mère de monsieur Laliberté, ou à ses héritiers si elle alors décédée (vraisemblablement les frères et sœurs de monsieur Laliberté). Imaginez le résultat lorsque le constituant est un ami! Dans ce cas, l'acte constitutif aurait pu prévoir dans cette éventualité que les biens seront remis aux personnes choisies par écrit par monsieur Laliberté parmi une catégorie de personnes prédéterminée par le constituant dans l'acte constitutif de la fiducie conformément à 1282 C.c.Q.

7.1 Fiducie de gel et de protection d'actifs

134. Lors de l'élaboration d'une fiducie, il est avantageux que le constituant soit l'un des ascendants des bénéficiaires car cela confère plus de possibilités au niveau des choix fiscaux, et plus particulièrement des choix reliés aux bénéficiaires privilégiés pour les enfants atteints d'une infirmité¹⁰⁷.

135. Le choix du constituant doit aussi tenir compte de l'application possible des règles d'attribution du revenu, tel que vu précédemment.

136. Pour éviter une disposition fiscale lors du transfert de biens à une fiducie de protection d'actifs, il est essentiel que le constituant et le bénéficiaire de la fiducie soient la même personne.

8. LES BÉNÉFICIAIRES

8.1 Le bénéficiaire personne morale

137. Comme pour le choix du constituant la disposition de droit civil susceptible de créer le plus d'embûches est l'exigence de l'article 1275 C.c.Q. qu'il y ait au moins un fiduciaire qui ne soit ni le constituant ni un des bénéficiaires.

138. Illustrons nos propos avec notre cas pratique. Une fiducie de gel est constituée par la mère de monsieur Laliberté et les bénéficiaires de la fiducie sont les enfants de monsieur Laliberté, Paul, Caroline et Stéphanie ainsi que Gestion Pierre Laliberté inc. une compagnie de placements dont monsieur Laliberté est l'unique actionnaire et administrateur. Monsieur Laliberté peut-il être le seul fiduciaire de cette fiducie? Nous croyons que non. Cela contreviendrait selon nous à l'article 1275 C.c.Q. De plus, l'article 317 C.c.Q. prévoit que la personnalité juridique ne peut être invoquée contre une personne de bonne foi si on invoque cette personnalité en vue de masquer la contravention à une règle intéressant l'ordre public. Nous croyons que l'article 1275 C.c.Q. est l'une des dispositions d'ordre public touchant la fiducie.

Permettre une telle situation irait à l'encontre des principes de la fiducie et autoriserait une division purement artificielle du patrimoine¹⁰⁸.

8.2 Le bénéficiaire éventuel

139. La règle prévoyant qu'au moins une personne ne doive pas être le constituant ou faire partie des bénéficiaires semble simple au premier abord. Mais cette règle vise-t-elle seulement les premiers bénéficiaires (ci-après appelés «bénéficiaires actuels») ou inclut-elle aussi les bénéficiaires des ordres subséquents¹⁰⁹ (ci-après appelés «bénéficiaires éventuels»). Ainsi, on peut valablement s'interroger sur la possibilité pour une personne ayant un droit éventuel de devenir bénéficiaire d'agir comme fiduciaire sans contrevenir à l'article 1275 C.c.Q.

140. Par exemple si l'acte constitutif prévoit que les bénéficiaires de la fiducie sont Pierre Laliberté, les enfants au premier et au deuxième degré de monsieur Laliberté et qu'advenant le décès de tous ces bénéficiaires, les biens seront remis à Arnaud Laliberté, le frère de monsieur Laliberté, celui-ci peut-il agir avec Pierre Laliberté comme les deux seuls fiduciaires de la fiducie? Nous croyons que oui. Puisque l'ouverture du droit de Arnaud Laliberté dépend d'une série de circonstances dont la survenance est statistiquement peu probable, il semble superflu d'imposer la présence d'un autre fiduciaire¹¹⁰.

8.3 Qualités requises pour être bénéficiaires

141. Il peut être utile dans certaines circonstances de prévoir certaines qualités à respecter pour demeurer bénéficiaire d'une fiducie, autres que celles prévues par le *Code civil*¹¹¹. Bien entendu les qualités requises ne doivent pas être contraires à l'ordre public¹¹². Ainsi, si monsieur Laliberté désire que son conjoint soit un des bénéficiaires il est possible qu'il souhaite malgré tout se mettre à l'abri des aléas de la vie de couple. On pourrait alors prévoir comme bénéficiaire de la fiducie le conjoint de monsieur Laliberté mais en prévoyant une cessation automatique de ses droits si l'un ou l'autre des conjoints intentait une procédure en séparation de corps ou de divorce ou si monsieur Laliberté et madame Trudeau ne vivaient plus ensemble depuis une certaine période de temps¹¹³.

8.4 Le bénéficiaire mineur

142. Dès que des bénéficiaires mineurs sont prévus à une fiducie le rédacteur d'une fiducie entre vifs doit avoir le réflexe de s'assurer si des dispositions spécifiques doivent être ajoutées pour éviter l'application des règles d'attribution. Il pourrait alors être approprié de restreindre les droits des bénéficiaires de recevoir du revenu et du capital jusqu'à leur majorité, les règles d'attribution ne s'appliquant pas aux enfants majeurs¹¹⁴.

8.5 Le bénéficiaire discrétionnaire

143. Pour leur conférer plus de souplesse et de flexibilité, de nombreuses fiducies entre vifs confèrent au fiduciaire le pouvoir de déterminer la part de chaque bénéficiaire et même le pouvoir d'avantager l'un des bénéficiaires au détriment de tous les autres. Le fiduciaire pourra

déterminer, parmi une catégorie de personnes déterminées à l'avance, qui seront les bénéficiaires de la fiducie. Il s'agit finalement d'une faculté d'élire à l'intérieur d'une catégorie de personnes choisies par le constituant conformément aux dispositions de l'article 1282 C.c.Q.

9. LES FIDUCIAIRES

9.1 Qualités requises pour être fiduciaire

144. Lors de la constitution d'une fiducie pour la détention de certains actifs il peut s'avérer utile d'imposer certaines qualités aux fiduciaires.

145. On peut imaginer la situation suivante. Monsieur Laliberté a décidé de s'adjoindre un associé, monsieur Hamian, comme actionnaire et administrateur de la Compagnie Emballe-Tout inc. Monsieur Laliberté et Monsieur Hamian désirent acquérir via une fiducie l'immeuble où la Compagnie Emballe-tout inc. exploitera désormais ses activités. Le seul bénéficiaire de la fiducie serait la Compagnie Emballe-Tout inc. et les fiduciaires seraient monsieur Laliberté, monsieur Hamian et le contrôleur de la compagnie. Dans ce cas il serait très important de stipuler que la perte de la qualité d'actionnaire ou de dirigeant de la compagnie entraînerait la perte de qualité requise pour agir comme fiduciaire de la fiducie. Ainsi, si suite à une dispute entre actionnaires, l'un d'entre eux achète la part de l'autre, il faut s'assurer que la fiducie aura toute la souplesse désirée pour permettre aux parties de mettre fin totalement à leur relation d'affaires. Le même principe s'appliquerait pour le contrôleur, nommé en fonction du

poste qu'il occupe, afin de pouvoir le remplacer advenant le cas où il cesserait d'occuper ce poste.

146. Nous attirons également l'attention des rédacteurs de fiducie sur la résidence fiscale des fiduciaires. Comme cette résidence peut comporter une incidence fiscale il est généralement recommandé de prévoir la possibilité soit de révoquer le fiduciaire et de le remplacer par un fiduciaire résident soit lui recommander de se renseigner sur l'impact d'un tel changement afin de juger s'il était préférable de démissionner.

9.2 Nombre de fiduciaires variable

147. Comme la fiducie est généralement appelée à avoir une durée de vie assez longue et que les modifications de la fiducie sont sujettes à la discrétion du tribunal¹¹⁵ il peut être avantageux de considérer l'insertion d'une disposition sur la variation du nombre de fiduciaires dans certaines circonstances. Deux cas reviennent souvent en pratique. Le cas où le premier fiduciaire possède de large pouvoirs discrétionnaires, lesquels pouvoirs ne devraient normalement pas, par prudence, se retrouver dans les mains autres que celles du premier fiduciaire. Il serait peut-être approprié de prévoir un nombre supérieur de fiduciaires suite au décès du premier fiduciaire particulièrement si les pouvoirs discrétionnaires ne prennent pas fin suite à ce décès. Le deuxième cas est lié à la difficulté d'interprétation du terme bénéficiaire. Ainsi, si l'interprétation des tribunaux de l'article 1275 C.c.Q. se dirigeait vers une inclusion des bénéficiaires de second ordre dans le terme bénéficiaires, limitant par le fait même le nombre de personnes pouvant agir comme fiduciaire impartial, il est possible que l'ajout d'un fiduciaire

devienne indispensable. Il est donc recommandé pour éviter l'intervention des tribunaux d'insérer une clause permettant au fiduciaire en fonction de désigner par acte notarié portant minute ou devant témoin un fiduciaire supplémentaire de manière à rencontrer les exigences de 1275 C.c.Q. si à un moment ou un autre chacun des fiduciaires était soit un constituant soit un bénéficiaire.

148. Certains rédacteurs prévoient qu'un fiduciaire, lui-même bénéficiaire, pourra en tout temps révoquer son ou ses co-fiduciaires. Cette clause nous semble aller à l'encontre de 1275 C.c.Q. car elle accorde à ce fiduciaire, lui-même bénéficiaire, le contrôle *de facto* de la fiducie. Nous croyons donc qu'on pourrait valablement s'interroger sur la validité d'une telle fiducie. À titre exemple on peut envisager le cas où monsieur Laliberté constituerait une fiducie de protection d'actifs dont il serait l'un des fiduciaires et que l'acte constitutif prévoirait le pouvoir de monsieur Laliberté de révoquer en tout temps son co-fiduciaire. Ceci nous semble contraire à l'esprit de l'article 1275 C.c.Q.

149. Inversement la pratique qui consiste à accorder à un fiduciaire en particulier, lui-même bénéficiaire, le pouvoir d'augmenter le nombre de fiduciaires en fonction nous semble permis par l'article 1276 C.c.Q. qui autorise le constituant à nommer les fiduciaires ou à pourvoir à leur désignation et à leur remplacement. De plus, cette façon d'agir ne donnerait pas à ce fiduciaire un contrôle *de facto* sur les décisions des fiduciaires.

10. AFFECTATION

150. L'affectation d'une fiducie est un peu l'âme de la fiducie. Si une disposition de la fiducie est ambiguë on s'en servira pour l'interpréter. Ainsi, lors d'une demande en modification d'un acte constitutif présentée conformément à l'article 1294 C.c.Q. c'est à la volonté du constituant que le tribunal devra se référer pour autoriser ou non les modifications demandées. La volonté du constituant se manifeste, selon nous, notamment dans l'affectation de la fiducie.

151. Nous ne croyons pas que l'affectation d'une fiducie doit être expressément et intégralement écrite dans l'acte constitutif. Nous croyons que l'affectation peut s'inférer de l'ensemble des dispositions de l'acte constitutif et se voir compléter, le cas échéant, par une preuve externe. Plusieurs jugements portant sur des demandes de mettre fin à des fiducies, présentées en vertu de l'article 1294 C.c.Q. ont admis une preuve testimoniale pour démontrer la volonté du constituant, alors décédé¹¹⁶. Par contre, un juge de la cour supérieure, dans le cadre d'une demande en modification de la fiducie, est venue affirmer que seul l'acte constitutif peut être consulté pour déterminer la volonté du constituant¹¹⁷. Les premiers jugements nous semblent plus conformes au droit de fiducie. Comme nous l'avons dit précédemment, en l'absence de formalisme exigé par le législateur, les principes généraux du droit civil doivent s'appliquer.

11. POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES

152. Les fiducies entre vifs prévoient plus souvent que les fiducies testamentaires des pouvoirs discrétionnaires très large aux fiduciaires en vue d'assurer un maximum de souplesse aux fiducies.

153. Ainsi si une fiducie de gel est constituée pour le bénéfice des enfants au premier degré de monsieur Laliberté, Paul Caroline et Stéphanie. Il est probable que monsieur Laliberté en sera l'unique fiduciaire et qu'il détiendra de larges pouvoirs discrétionnaires pour déterminer les bénéficiaires. Il est très important dans ces circonstances de prévoir ce qui arrivera au décès de Pierre Laliberté. Le but d'accorder un grand pouvoir discrétionnaire à monsieur Laliberté est notamment de différer, pour une certaine période de temps, le moment où il devra choisir parmi ses enfants les bénéficiaires du capital. Il est alors recommandé de prévoir à l'acte constitutif la fin des pouvoirs discrétionnaires au décès de monsieur Laliberté et l'obligation pour les fiduciaires subséquents d'administrer la fiducie de la manière dont monsieur Laliberté aura exercé sa faculté d'élire les bénéficiaires parmi ses enfants.

154. Les dispositions sur les fiducies semblent ici permettre le recours à un acte externe pour l'exercice de la faculté d'élire que le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire et même à un tiers¹¹⁸. Le tiers devra alors exercer son droit, dans un acte externe, à l'intérieur de la catégorie de bénéficiaires déterminée à l'acte constitutif. Pour faciliter l'administration fiduciaire il serait préférable que l'acte constitutif exige que l'exercice de cette discrétion se fasse par un écrit devant témoin ou dans un acte notarié.

155. Par ailleurs, on peut se demander si les fiduciaires peuvent renoncer à leurs pouvoirs discrétionnaires et se lier pour l'avenir d'une certaine manière. Nous croyons que oui. L'exercice d'une telle faculté est inhérente aux pouvoirs discrétionnaires. Nous ne croyons toutefois pas que les fiduciaires pourraient renoncer à l'exercice d'un tel pouvoir en faveur d'une tierce personne.

156. Qu'arrive-t-il lorsque les fiduciaires excèdent les pouvoirs qui leurs sont conférés par l'acte constitutif? Un auteur affirme¹¹⁹ qu'en l'absence de dispositions spécifiques applicables à l'administration du bien d'autrui on doit appliquer la solution retenue en matière de mandat puisque les dispositions du *Code civil* traitant de la responsabilité des mandataires vis-à-vis les tiers sont similaires à celles prévues pour les fiduciaires¹²⁰. Bien qu'à première vue ce raisonnement semble valable, on peut souhaiter que les tribunaux traiteront les fiduciaires de manière différente des autres administrateurs du bien d'autrui compte tenu du statut particulier du fiduciaire et de l'article 1278 C.c.Q. qui confère à ce dernier la maîtrise et l'administration exclusive des biens de la fiducie.

157. Il est important de rappeler qu'en présence de plusieurs fiduciaires, un seul fiduciaire ne peut lier le patrimoine fiduciaire. Ainsi dans une affaire récente¹²¹ un des trois fiduciaires qui avait, malgré l'opposition des deux autres fiduciaires, engagé des frais d'avocats s'est vu refuser le remboursement de cette dépense par le patrimoine fiduciaire.

12. LOI CONCERNANT LES MUTATIONS IMMOBILIÈRES¹²²

158. La *Loi concernant les droits sur le mutations immobilières*¹²³ (ci-après nommée la «Loi») prévoit des exonérations relativement aux transferts d'immeubles en fiducie et à leur remise aux bénéficiaires.

12.1 Cas d'exonérations

159. Seulement trois cas d'exonération touchent plus particulièrement la fiducie:

Alinéa 20 d) Le transfert d'un immeuble en fiducie au bénéfice des ascendants, descendants, conjoint et quelques autres personnes de la famille de l'auteur du transfert est exonéré du droit de mutation.

Alinéa 20 e.1) Il y aura aussi exonération du droit de mutation lors de la remise d'un immeuble par la fiducie à un bénéficiaire, si l'immeuble avait été préalablement cédé à la fiducie par une personne qui a les mêmes liens que ceux ci-dessus avec le bénéficiaire qui reçoit l'immeuble¹²⁴.

Alinéa 20 c) En dernier lieu, une exonération relativement nouvelle et d'application plutôt restreinte est maintenant prévue pour permettre l'exonération du transfert d'un immeuble à une fiducie créée pour le bénéfice exclusif du cédant. Le cédant pouvant être cette fois une personne physique ou une fiducie.

160. La perspective qu'une corporation soit impliquée à titre de cédant ou de bénéficiaire de la fiducie n'est pas du tout envisagée par la Loi.

12.2 Fiducie familiale pour l'acquisition d'un immeuble

161. Il ressort des dispositions de la Loi que la volonté du législateur est d'exempter les transferts en ligne directe, mais qu'il n'y arrive pas toujours avec les outils qu'il s'est donné.

162. Prenons l'exemple d'enfants qui ont accumulé un certain capital que leur mère désire investir pour eux dans l'immobilier. Comme certains enfants sont mineurs, la mère constitue une fiducie à leur nom et c'est la fiducie qui achète l'immeuble à l'aide de ce capital. La fiducie aura à assumer un premier droit de mutation lors de l'acquisition de l'immeuble. Et, malgré le fait que cette fiducie ne représente elle-même qu'un mode d'administration au nom des enfants, le libellé des exonérations contenues à la Loi nous force à conclure qu'il y aura à nouveau un droit de mutation lors de la liquidation de la fiducie, soit au moment de la remise de l'immeuble aux enfants. Ce résultat surprend d'autant plus que si l'immeuble avait été acquis par la mère au départ, puis transféré par elle à la fiducie, il n'y aurait eu que le droit de mutation relatif à l'acquisition par la mère.

12.3 Transfert d'un immeuble à une fiducie de protection des actifs

163. Avant les récentes modifications de 1997 apportées à la Loi, il était prévu une exonération à l'égard des fiducies de *common law*, lorsque le transfert n'entraînait pas de changement dans le *beneficial ownership* de l'immeuble. Cette disposition a été étendue à tous les transferts effectués en faveur des fiducies dans lesquels le cédant de l'immeuble a des droits exclusifs. Ce changement avait pour but de tenir compte des nouvelles possibilités qu'offre le *Code civil*. L'alinéa 20 c) peut donc servir dans le cas de fiducies de protection d'actifs constituées en droit civil. Cependant, on peut s'interroger sur l'effet d'avoir limité l'application de cette exonération à une situation où le cédant est un «bénéficiaire exclusif» de la fiducie. Au moment de l'entrée en vigueur de cette mesure, la Chambre des notaires avait réagi à cette modification en termes suivants:

«Cette nouvelle disposition du projet de Loi nous amène également à nous interroger sur l'utilisation du terme «exclusif». En effet, nous craignons que l'utilisation du terme «exclusif» soit interprété comme une restriction à l'exonération prévue au paragraphe 20c) projeté, et que cette exonération ne soit permise que dans la seule hypothèse où le cédant est le bénéficiaire exclusif de la fiducie, ce qui nous apparaît aller à l'encontre du principe énoncé à l'article 4 de la Loi»¹²⁵.

164. En effet, l'article 4 permet que soient invoqués plusieurs cas d'exonération pour un même transfert. Par exemple, dans une situation où le cédant transfère un immeuble en fiducie alors que les bénéficiaires de cette fiducie sont ses enfants et lui-même, il y aurait exonération du droit de mutation pour la partie du transfert faite aux descendants, mais comme le

cédant n'est pas le bénéficiaire exclusif de cette fiducie, l'exonération serait refusée à son égard, ce qui est un non- sens. Ajoutez à cela une discrétion d'élire les bénéficiaires, et vous ne pouvez alors invoquer aucune exonération, bien que tous les bénéficiaires en place jouissent ordinairement d'un statut privilégié au sens de cette Loi. À la liquidation de la fiducie, ou lors de tout transfert de l'immeuble aux enfants, il y aurait exonération, alors qu'un transfert au cédant serait taxable. Il aurait été préférable, à notre avis, d'établir que le cédant fait aussi partie des personnes liées visées par l'exonération de l'alinéa 20 d).

13. FACULTÉ D'ÉLIRE

165. L'article 1282 C.c.Q. permet expressément au constituant de conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire des bénéficiaires. Pour que la faculté d'élire soit valide la catégorie de personnes parmi laquelle celle-ci doit s'exercer doit être clairement définie. Cette exigence est souvent soulevée en jurisprudence pour invalider une faculté d'élire¹²⁶.

166. Le cas type où la faculté d'élire serait jugée non conforme est le cas suivant: Une fiducie est constituée par madame Trudeau dont monsieur Laliberté est le seul fiduciaire. L'acte constitutif prévoit que les enfants de monsieur Laliberté: Paul, Caroline et Stéphanie sont les bénéficiaires et qu'advenant le décès de l'un d'entre eux les personnes désignées comme légataires universels résiduaire dans le testament de monsieur Laliberté deviendront les fiduciaires de la fiducie. Ceci est invalide puisque la catégorie de personnes parmi laquelle monsieur Laliberté doit exercer sa faculté d'élire n'est pas définie. Ainsi monsieur Laliberté

pourrait désigner comme légataires universels autant un organisme de charité, qu'un ami ou son associé en affaires. L'invalidité de la faculté d'élire aurait comme résultat d'entraîner, dans ces circonstances, l'application de l'article 1297 alinéa 2 C.c.Q et les biens de la fiducie seraient remis à madame Trudeau ou ses héritiers.

167. Pour corriger cette situation il aurait fallu préciser une catégorie, par exemple, advenant le décès de tous les bénéficiaires la désignation devra s'effectuer parmi les personnes suivantes: le conjoint de monsieur Laliberté, ses descendants, ascendants, collatéraux privilégiés ou ordinaires, ainsi que tout organisme de charité enregistré oeuvrant dans le domaine de la santé.

14. CONDITIONS ILLICITES

14.1 Commentaires généraux

168. La condition impossible ou illicite rend nulle l'obligation qui en dépend¹²⁷ tandis que si cette clause se retrouve dans un testament elle est réputée non écrite¹²⁸. L'ordre public est interprété par les tribunaux et évolue constamment. Bien qu'en principe les chartes¹²⁹ ne s'appliquent pas aux activités privées, elles ont graduellement été intégrées dans la notion d'ordre public¹³⁰.

169. La question souvent posée en matière de charte est la suivante: le bénéficiaire doit-il choisir entre ses droits résultant de la fiducie et ceux protégés par la charte? ¹³¹ La jurisprudence touchant les droits protégés par la charte a surtout été invoquée, par le passé, en matière testamentaire. Nous croyons que cette jurisprudence développée sur la notion d'ordre public est applicable aux fiducies entre vifs puisque le livre cinquième du *Code civil du Québec* DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL prévoit également la nullité d'une condition contraire à l'ordre public¹³².

170. La jurisprudence a notamment jugé contraire à l'ordre public les conditions suivantes:

- la condition imposant aux enfants de n'avoir aucune relation, directe ou indirecte avec leur père, est contraire à la loi aux bonnes mœurs et à l'ordre public¹³³;
- la condition qu'une personne intente des procédures en séparation est contraire à l'ordre public¹³⁴;
- la condition prévoyant la création d'une substitution uniquement en faveur des enfants professant la religion protestante est nulle et contraire à l'ordre public¹³⁵;
- la condition qui place le légataire entre l'alternative d'un legs et de ses convictions religieuses est contraire à l'ordre public¹³⁶;
- est réputée nulle parce que contraire à l'ordre public, la disposition testamentaire stipulant comme condition préalable à l'acceptation d'un legs la renonciation à la contribution financière à titre d'aliments prévue dans le cadre de la survie de l'obligation alimentaire¹³⁷.

171. Par contre la disposition testamentaire prévoyant que les enfants du testateur ne peuvent toucher le capital avant d'avoir atteint un âge précis n'a pas été jugée contraire à l'ordre public¹³⁸.

15. NOM DE LA FIDUCIE

172. L'article 1266 du *Code civil du Québec* prévoit que les fiducies peuvent, dans la mesure où on indique qu'il s'agit d'une fiducie, être identifiées sous le nom du disposant, du fiduciaire ou du bénéficiaire. Comme le législateur a utilisé le terme «*peuvent*» il ne semble avoir aucun doute qu'un autre nom puisse être utilisé. Nous croyons toutefois que la mention du mot *fiducie* doit être présente. Il faut se rappeler que les lois en matière de nom s'appliquent ici aussi et que le droit à un nom se crée par l'usage¹³⁹. Nous croyons qu'il peut être utile de conférer au fiduciaire de modifier le nom de la fiducie.

173. *Exemple:* La fiducie de monsieur Laliberté pourrait se nommer Fiducie Pierre Laliberté, Fiducie enfants P. Laliberté, Fiducie Emballe-tout¹⁴⁰, Fiducie Paustécar ou tout autre nom forgé choisi par le fiduciaire.

16. MODIFICATION DE LA FIDUCIE

16.1 Les fiducies à titre gratuit

174. Nous croyons de manière générale que la seule manière de modifier un acte constitutif est le recours au tribunal¹⁴¹. Nous ne croyons pas que le constituant, le ou les fiduciaires, les bénéficiaires, puissent convenir de transiger pour modifier l'acte constitutif de la fiducie car leurs liens ne sont pas de nature contractuelle. Toutefois, avant d'envisager le recours au tribunal il faut s'assurer qu'il n'existe pas d'autres alternatives. Il est alors utile de vérifier les pouvoirs des fiduciaires, si les droits des bénéficiaires sont cessibles ou d'établir l'impact d'une renonciation pure et simple de l'un ou plusieurs bénéficiaires.

175. De plus, à titre préventif, lors de la rédaction de la fiducie, il est utile de prévoir qui bénéficiera de la renonciation d'un bénéficiaire ou encore de prévoir relativement aux fiduciaires, comme l'article 1276 du *Code civil du Québec* le permet, un mode de désignation et de remplacement plutôt que le nom de personnes spécifiques.

176. Par ailleurs, nous ne croyons pas que la méthode de l'acte accessoire soit une alternative valide en matière de fiducie personnelle, la méthode de l'acte accessoire étant de prévoir dans l'acte constitutif que le constituant et les fiduciaires pourront en tout temps modifier les termes de la fiducie pour l'avantage des bénéficiaires¹⁴².

17. LIQUIDATION DE LA FIDUCIE

17.1 Extinction par les acteurs de la fiducie

177. Nous ne croyons pas que tous les acteurs de la fiducie pourraient s'entendre pour mettre fin à la fiducie car il ne s'agit pas d'une relation contractuelle¹⁴³.

178. Contrairement aux fiducies de la Common Law¹⁴⁴, les bénéficiaires ne peuvent, même s'ils y consentent tous, mettre fin à la fiducie¹⁴⁵.

179. Nous ne croyons non plus que le fiduciaire puisse de son propre chef mettre fin à la fiducie. Toutefois nous croyons que le fiduciaire peut exercer le pouvoir de mettre fin à la fiducie si cela est prévu par l'acte constitutif de la fiducie.

17.2 Extinction prévue par l'acte constitutif

180. Il est important de se rappeler tout d'abord que le législateur a établi certains paramètres à respecter pour la constitution et l'administration des fiducies aux articles 1260 à 1298 du *Code civil du Québec* en laissant toutefois beaucoup de discrétion au constituant pour établir les modalités applicables à l'administration de la fiducie. Les articles 1299 et suivants du *Code civil du Québec* relativement à l'administration du bien d'autrui sont des règles supplétives applicables dans la mesure où l'acte constitutif ne prévoit pas à l'une ou l'autre de ces éventualités. Le Ministre dans ses commentaires sur le nouveau *Code civil* laisse sous-entendre que certaines règles de ce chapitre sont d'ordre public mais évidemment sans préciser lesquelles¹⁴⁶.

181. Deux types de clauses permettent généralement au fiduciaire de mettre fin à la fiducie. Le pouvoir pour le fiduciaire de déterminer la date de remise du capital et le pouvoir pour le fiduciaire de liquider en remettant le capital aux bénéficiaires si le coût d'administration de la fiducie justifie son annulation eu égard à sa valeur.

182. Le parallèle fait par un auteur¹⁴⁷ avec la dissolution des personnes morales qui exige le consentement des actionnaires nous semble inadéquat car les actionnaires des personnes morales ont, contrairement aux bénéficiaires, le pouvoir ultime d'élire et de démettre les administrateurs et la loi leur accorde dans plusieurs circonstances un droit de regard dans l'administration des administrateurs lorsque ces gestes sont susceptibles d'entraîner des conséquences importantes¹⁴⁸.

183. L'article 1296 du *Code civil du Québec* prévoit notamment que la fiducie prend fin par la caducité du droit de tous les bénéficiaires, tant du capital que des fruits et revenus. Cet article est d'ordre général et ne fournit pas une liste exhaustive de toutes les situations susceptibles d'engendrer un tel résultat. Selon nous rien ne permet de penser que cet article exclut le cas où le fiduciaire ferait une distribution finale des revenus et du capital de la fiducie¹⁴⁹.

184. À l'appui de sa position un auteur¹⁵⁰ cite l'article 1356 du *Code civil du Québec* qui ne permet pas expressément qu'un fiduciaire mette fin à la fiducie. Nous sommes en désaccord avec cette opinion. Premièrement, l'article 1299 *Code civil du Québec* mentionne que l'article 1356 du *Code civil du Québec* est d'ordre supplétif à l'acte constitutif. Deuxièmement,

cet article ne nous semble pas d'ordre public. Troisièmement, cet article est d'ordre général comme 1296 C.c.Q. Selon nous, la remise totale du capital entraînerait la cessation du droit du bénéficiaire sur les biens administrés ce qui nous permettrait d'entrer dans la catégorie prévue au paragraphe 1 de l'article 1296 C.c.Q. soit, «la cessation du droit des bénéficiaires sur les biens administrés».

185. Il y a également une distinction à faire sur le pouvoir exclusif du tribunal de modifier la fiducie et celui de la liquider. Nous croyons que le tribunal ne devrait intervenir que lorsque la fiducie aura cessé de répondre à son affectation. Une fiducie qui est liquidée de plein droit suite à l'exercice par le fiduciaire d'une volonté exprimée dans l'acte constitutif n'entre pas, selon nous, dans cette catégorie.

186. Nous croyons que le constituant peut accorder au fiduciaire dans l'acte constitutif une grande discrétion. Si on cherche un appui législatif précis on peut le retrouver aux articles 1282 et 1283 C.c.Q. qui établissent la possibilité pour le constituant de conférer une faculté d'élire.

187. Par ailleurs, nous ne voyons pas pourquoi il faudrait faire une différence entre permettre au fiduciaire de faire des empiètements sur le capital pour les besoins d'un bénéficiaire et le droit pour un fiduciaire de remettre la totalité du capital à la date qu'il jugera approprié. Dans l'affaire *Forgeron (Succession de)*¹⁵¹ le juge référéait comme une des alternatives au problème soulevé, le pouvoir des fiduciaires d'empiéter sur le capital pour les besoins du conjoint donc implicitement il jugeait valide une telle éventualité.

188. Bien sûr qu'il s'agit d'un très grand pouvoir tout comme celui d'empiéter sur le capital, au jugement du fiduciaire. Toutefois le fiduciaire demeure tenu en tout temps de respecter l'affectation de la fiducie et d'agir dans l'intérêt des bénéficiaires sous peine d'entraîner sa responsabilité¹⁵². Le constituant est libre de créer, sous réserve des dispositions d'ordre public, le régime d'administration désiré. Nous croyons donc qu'il est valable de permettre au fiduciaire de déterminer la date de distribution finale du capital. Nous croyons qu'il est important de distinguer le fiduciaire des autres administrateurs du bien d'autrui. Le mutisme du législateur ne doit donc pas être interprété comme une interdiction. Il est vrai que le tuteur ne pourrait décider unilatéralement de mettre fin à l'administration des biens du mineur car le régime d'administration est celui prévu au *Code civil du Québec* et rien ne permet cela. Le fiduciaire quant à lui obéit à l'acte constitutif. Si l'acte constitutif lui confie une grande discrétion, il peut l'exercer sous réserve de ses obligations envers les bénéficiaires.

189. Prétendre que le fiduciaire ne peut déterminer la date de remise de capital reviendrait à prétendre qu'aucun pouvoir discrétionnaire ne peut être confié au fiduciaire relativement aux empiètements sur le capital, car le fiduciaire pourrait également en utilisant ce pouvoir, avoir le droit de vie ou de mort sur la fiducie. Les fiducies, particulièrement les fiducies testamentaires, ont souvent été utilisées pour permettre au constituant de choisir la personne qui le remplacerait dans l'exercice de sa volonté souveraine.

190. La présence de larges pouvoirs n'est pas en soi incompatible avec le chapitre de l'administration du bien d'autrui et plus particulièrement de l'administration fiduciaire. Ainsi,

dans un récent jugement¹⁵³, un exécuteur testamentaire auquel le testateur avait confié de très larges pouvoirs, a été jugé responsable de la perte résultant d'un placement car il s'était placé en conflit d'intérêts et n'avait pas obtenu des garanties suffisantes sur son placement et ce, bien que le tribunal ait reconnu la validité d'une grande discrétion confiée à l'exécuteur testamentaire.

18. CONCLUSION

191. Les fiducies n'ont pas fini de soulever des débats et des controverses. L'introduction de nouvelles notions dans le *Code civil*, et plus particulièrement celle du patrimoine d'affectation, emporte bien des défis pour les juristes. Nous devons dans le prochain millénaire faire preuve d'imagination pour permettre à la fiducie de s'épanouir dans tous les domaines du droit. Voici un bel outil de plus pour les notaires, il faudra maintenant avoir l'audace de s'en servir et de ne pas la confiner à sa vocation traditionnelle.

^T Les auteures tiennent à remercier Me Michel Turcot de la même étude, pour l'aide apportée par ses commentaires judiciaires.

¹ (ci-après appelé le «*Code civil*», «*Code civil du Québec*» ou «C.c.Q.»), art. 1260 à 1370 C.c.Q.

² Jacques BEAULNE, «Nouvelles utilisations de la Fiducie non testamentaire», *Atelier D des Cours de perfectionnement de la Chambre des notaires du Québec*, Montréal, mars 1999, 29 p.

³ Plusieurs articles de doctrine traitent du gel successoral en abordant chacun des aspects différents. Les articles suivants peuvent être consultés sur ce concept. Cependant, compte tenu de leur année d'édition, le lecteur devrait s'assurer que les détails techniques qui y sont donnés reflètent toujours l'application de la loi actuelle: Jean DELAGE et Marie-Josée MONFETTE, «Les facteurs permettant d'assurer le transfert d'une entreprise de façon efficace», dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, p. 27:1-36. P. Mario CHARPENTIER et Anne-Marie BOUCHER, «Planification fiscale et successorale dans un contexte d'entreprise familiale» (1994) 16, no 3, *Revue de planification fiscale et successorale*, 453-503 et Gilles SÉGUIN, «Relève et

transmission de l'entreprise» dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, p. 8:1-48.

⁴ La situation d'une personne morale à titre de bénéficiaire est analysée à la section 8.1 p.51.

⁵ Par. 70(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985), 5^e sup., c.1 et mod. (ci-après désignée «L.I.R.»). Les dispositions de la Loi sur les impôts du Québec étant généralement au même effet que la loi fédérale, il n'y sera pas fait référence dans le présent texte, sauf si des dispositions particulières y sont prévues.

⁶ Évidemment, ces actifs deviennent néanmoins le gage commun des créanciers du patrimoine fiduciaire.

⁷ L.Q., 1991, c.64 (ci-après le «Code») et L.C. 1992, c.27. Pour l'analyse des droits que peuvent invoquer le syndic ou les créanciers face à une telle fiducie, voir Michel LEGENDRE, «L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières» (1997) 19, no 1. *Revue de planification fiscale et successorale* 11-67 et Lucie BEAUCHEMIN, «Fiducies entre vifs de protection d'actifs», dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, p. 12: 1 à 47.

⁸ Voir *infra*, section 4.3 intitulée Les règles d'attribution, p.15.

⁹ L'impact des règles d'attribution et des autres aspects fiscaux liés à une fiducie sont décrits plus loin.

¹⁰ Par. 73(1) L.I.R.

¹¹ Voir *infra*, section 4.3 intitulée «Les règles d'attribution».

¹² MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, *Propositions législatives et notes explicatives concernant les fiducies*, Ottawa, 23 décembre 1998, art. 14 (art. 107.4 L.I.R.) reproduites sous l'annexe A.

¹³ Cette exception de common law est fondée sur le fait que le transfert à la fiducie constitue un changement du *legal ownership* sans modifier le *beneficial ownership*. La loi permet de l'utiliser dans un contexte de droit civil par l'alinéa 248(3)f) L.I.R., traduisant le concept de *beneficial ownership* comme étant un droit de bénéficiaire.

¹⁴ Sous réserve de l'adoption des dispositions législatives rendues publiques le 23 décembre 1998.

¹⁵ «Table ronde provinciale», dans *Congrès 99* de l'Association de planification fiscale et financière, octobre 1999, question 1.3 (non encore publiée), qui fait référence à l'harmonisation du Québec en cette matière annoncée à MINISTÈRE DES FINANCES DU QUÉBEC, *Bulletin d'information 99-1- Bonification du régime simplifié et autres mesures fiscales*, 30 juin 1999.

¹⁶ Voir *infra* section 13 sur la faculté d'élire p. 61.

¹⁷ Conformément à l'article 1297 C.c.Q. qui prévoit le retour des biens au constituant ou à ses héritiers.

¹⁸ Pour plus de détails sur l'utilisation de la fiducie dans ce contexte et sur l'avantage qui peut réellement en découler en tenant compte des autres aspects fiscaux, voir Jean-François THUOT et Bruno VÉZINA, «Utilisation de la fiducie immobilière dans un cadre corporatif: opportunités vs pièges», dans *Colloque - La fiducie: le véhicule fiscal du nouveau millénaire*, Association de planification fiscale et financière, mai 1999.

19 Art. 591 et 1262 C.c.Q. Voir J. BEAULNE, «La fiducie en matière alimentaire», dans *Développements récents en droit familial (1996)*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1996, 141-154.

20 En pratique, il est important que l'acte constitutif ne comporte pas une clause stipulant qu'aucun bien de la fiducie ne peut revenir au constituant ou à ses héritiers.

21 Lucie BEAUCHEMIN «La fiducie, véhicule de planification hors pair dans un contexte familial», vol 18, no.4, *Revue de planification fiscale et successorale*, 873, 896-902.

22 D'autres aspects fiscaux sont aussi à considérer, il s'agit des droits sur les mutations immobilières et des taxes de vente. Nous discuterons des droits sur les mutations plus loin dans le texte (*Infra* section 12, p. 58) et suivants.

23 Plusieurs textes récents traitent des détails relativement à la fiscalité de la fiducie, voir notamment LORD, SASSEVILLE ET BRUNEAU, *Les principes de l'imposition au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 12^e éd., 1998, 660 p., p. 389-405 et Marc CUERRIER, «L'impôt des fiducies», (1996) Vol. 18, no.4, *Revue de planification fiscale et successorale*, 805-871.

24 Un transfert à une fiducie est généralement un transfert fait dans un contexte de lien de dépendance et est donc présumé réalisé à juste valeur marchande par l'effet du paragraphe 69(1) L.I.R.

25 *Supra*, sous-section 3.2 intitulée Fiducie de protection d'actifs, p.6.

26 Par. 74.1(1), 74.2 et 74.3 L.I.R.

27 Par. 74.1(2) et 74.3 L.I.R.

28 Art. 56(4.1) L.I.R.

29 C'est ce qu'a confirmé la modification apportée au paragraphe 74.1(2) L.I.R.

30 En résumé, ce concept décrit à l'article 248 L.I.R. fait référence à une corporation dont au moins 90 % de la valeur des actifs, y compris celle attribuable à l'achalandage, n'est pas constituée de placements ou autres actifs du même genre ne servant pas à l'exploitation de l'entreprise.

31 Revenu Canada a donné une interprétation technique voulant que même si les petits-enfants mineurs se retrouvent bénéficiaires seulement par représentation de leur parent, il pourrait exister dans cette fiducie un objectif de fractionnement permettant d'appliquer 74.4. *Revenue Canada Views*, dans *Tax Partner*, (service d'information fiscale électronique), Carswell, interprétation technique 9729025, 3 février 1998.

32 5 % en 1999.

33 L'utilisation d'une corporation à titre de bénéficiaire et la détention indirecte par le biais de la fiducie, d'actions d'une autre corporation comportent certains inconvénients ou incertitudes au plan fiscal. Voir à ce sujet Luc PARISEAU, «Structures particulières utilisant une fiducie», dans *Congrès 98*, tome 1, Association de Planification Fiscale et Financière, 1999, p. 7:18-58.

34 Qui doit prévoir que le constituant est le seul bénéficiaire.

35 Par. 107(4.1) L.I.R.

36 Ces mesures ont par la suite été détaillées dans un avant-projet de loi: MINISTÈRE DES FINANCES DU
CANADA, *Propositions législatives et notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu*, septembre
1999, art. 24.

37 Un auteur s'est penché sur l'exploitation de cette possibilité: Marc JOLIN, «Le fractionnement du revenu et
les pièges insoupçonnés des règles d'attribution» dans *Colloque - La fiducie: le véhicule fiscal du nouveau
millénaire* de l'Association de planification fiscale et financière, mai 1999.

38 Qui représente le taux maximum pour un dividende pour l'année 2 000, selon les informations actuellement
disponibles.

39 Le présent texte étant consacré aux fiducies entre vifs, la fiducie testamentaire ne fait pas l'objet
d'une étude plus approfondie.

40 Par. 108(1) «bénéficiaire privilégié», 104(12) et (14) L.I.R.

41 Voir L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 21, p. 902-908.

42 Voir la définition de «résidence principale» à l'article 54 L.I.R.

43 Par. 105(2) L.I.R.

44 Nous reviendrons sur ce pouvoir plus loin dans ce texte.

45 107(2) L.I.R.

46 Par. 107(4) L.I.R.

47 Par. 107(4.1) L.I.R.

48 *Crown Trust c. Higher* [1977] 1 R.C.S. 418.

49 Diane BRUNEAU, «La fiducie et le droit civil» (1996) vol. 18, no 4 *Revue de planification fiscale
et successorale*, 795-802.

50 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, nos 161,166 et
167. Selon cet auteur, la fiducie personnelle constituée par vente serait invalide. Avec respect, nous croyons que
même si cette interprétation était la bonne, la fiducie pourrait au moins valoir comme un contrat innomé, d'une part
puisque la Cour suprême avait conclu à ce résultat dans l'arrêt *Crown Trust* (précité, note 48) pour la partie
commerciale d'une fiducie non autorisée à l'époque et, d'autre part, parce que le Code ne mentionne pas qu'il s'agit là
d'un motif de nullité, contrairement à ce que l'on retrouve par exemple au niveau de la donation à cause de mort à
l'article 1819 C.c.Q.

51 L.R.Q., c.R-15.1, à son article 6.

52 Art. 1281 C.c.Q.

53 L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 7, p. 12:18 à 12:20.

54 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, nos 170, 162 et 163.

55 Marcel FARIBAUT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de
Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1966, nos 20 à 39, p. 21 à 50.

56 Pierre CIOTOLA, «La tradition condition d'existence du don manuel » (1975-1976) 78 *R. du N.*, 78 p. 83.

57 J.E.C. BRIERLEY, «Titre sixième - De certains patrimoines d'affectation- Les articles 1256-1298», dans
La réforme du Code civil. Personnes, successions, biens, tome I, textes réunis par le Barreau du Québec et
la Chambre des notaires du Québec, Ste-Foy, P.U.L., 1993, no. 18, p. 752;

58 Madeleine CANTIN CUMYN, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une*
fiducie, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1980, nos 34 et 35, p. 23-25 .

59 L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 7, p.12:18 à 12:20.

60 M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 58 no. 35, p. 25.

61 J. BEAULNE, *op.cit.*, note 50, nos 161 à 17, p. 99-106.

62 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 162, p. 100; Le professeur Beaulne souligne également que le
professeur Ciotola dans son étude sur le don manuel adhère à cette opinion. P. Ciotola, *loc. cit.*, note 56.

63 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 163, p. 100-101.

64 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 163, p. 100-101.

65 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 163, p. 100-101.

66 M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 58, no. 35, p. 24; M. Cantin Cumyn y rapporte notamment
qu'un des jugements invoqués par Faribault portait en l'espèce sur un immeuble, ce qui était suffisant pour
nécessiter la forme notariée, que la donation ait été faite ou non en fiducie.

67 M.CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 58, no. 35, p. 25.

68 J.E.C. BRIERLEY, *op. cit.*, note 57, p.752, no 18.

69 1824 C.c.Q. en matière de donations de biens meubles et 2938 C.c.Q. en matière de biens immeubles.

70 M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 58, no 35, p. 24.

71 *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250 (ci-après appelée *Royal Trust c. Tucker*).

72 Art. 1278 C.c.Q.

73 En voici quelques exemples: acceptation d'une succession: art. 649 C.c.Q.; contrat de mariage: art. 440 à
442 C.c.Q.; déclaration d'une copropriété: art. 1059 C.c.Q.; donation: art. 1824 C.c.Q.; renonciation du
bénéficiaire: art. 1285 C.c.Q.; hypothèque: art. 2692 C.c.Q., hypothèque immobilière: 2693 C.c.Q.;
modification du cadastre: art. 3044 C.c.Q., renonciation au partage des acquêts: art. 469 C.c.Q.;
renonciation au partage familial: art. 423 C.c.Q; rapport d'actualisation des droits: art. 3048 C.c.Q.;
renonciation à une succession: art. 646 C.c.Q.

74 1285 C.c.Q.

75 Elles devront également être publiées pour être opposables aux tiers (art. 1824 C.c.Q.).

76 2814 (6) C.c.Q.

77 Article 48 paragraphe 2 *Loi sur le Notariat*, L.R.Q., chapitre N-2.

78 *Leduc c. Leduc* [1959] B.R. 779, 783-784; les actions cotées à la Bourse échapperaient à cette
règle en vertu de l'exception prévue au paragraphe (2) de l'article 71 de la *Loi sur les compagnies du Québec*,
L.R.Q. c.C-38.

79 *Hébert-Gravel c. Québec (Sous-ministre du revenu)* (C.Q.) [1991] R.J.Q. p. 2727-2736.

80 *Hébert-Gravel c. Québec (Sous-ministre du revenu), loc. cit., note 79, p. 2735.*

81 *Hébert-Gravel c. Québec (Sous-ministre du revenu), loc. cit., note 79, p. 2732.*

82 L.R.Q., c. V-1.1, l'article 5 de la loi prévoit sous la définition *société fermée* une société (...) dont les documents constitutifs prévoient des restrictions à la libre cession des actions.

83 *Supra* nos 100 et suivants.

84 Art. 1824, art. 2938 et art. 2970 alinéa 1 C.c.Q.

85 Art. 1824 et art. 2970 alinéa 2 C.c.Q.

86 Art. 1214 et 2970 C.c.Q. La stipulation d'inaliénabilité portant sur un bien meuble doit être publiée par l'inscription de ce droit au registre des droits personnels et réels mobiliers. Les droits des bénéficiaires se qualifient selon nous de biens meubles. Pour plus de détails sur cette qualification voir J. LORANGER, «La rédaction des fiducies établies par testament et par donation», dans *Colloque - Les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Institut Wilson et Lafleur, 1995, p.27.

87 Art. 2649 alinéa 2 et 2970 C.c.Q.

88 Règlement modifiant le *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers* (Décret 90799) G.O. Partie II, 1999, no. 33, p. 3846.

89 Art. 162 de la *Loi d'application* qui prévoit que le droit antérieurement constitué est maintenu et conserve son opposabilité initiale, pourvu qu'il soit publié au registre approprié dans les douze mois qui suivent la publication par le ministre de la Justice, à la Gazette officielle du Québec, d'un avis indiquant que le registre des droits personnels et réels mobiliers est pleinement opérationnel.

90 *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, publié par Les Publications du Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 4 septembre 1999, p. 266.

91 Nous tenons à ce sujet à remercier madame Nicole Pagé pour sa précieuse collaboration. Toutefois cette dernière n'est pas responsable des propos de ce texte, lesquels ne lui ont pas été soumis. Ces propos représentent notre compréhension de la discussion que nous avons eue à ce sujet le 20 octobre 1999.

92 Art. 2938 C.c.Q. et art. 2970 alinéa 1 C.c.Q.

93 La copie de l'acte constitutif n'est pas déposée au registre des droits personnels et réels mobiliers. L'inscription se fait par la production d'un formulaire (formulaire RG Réquisition générale d'une inscription reproduit à l'annexe iv du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 50 G.O. II, 8059.

94 *Supra*, no. 100.

95 Sous réserve de nos commentaires sur les fiducies discrétionnaires (*Supra* no 122). Art. 1214 et 2970 al. 2 C.c.Q. Voir également le *Manuel de l'inscription et de la consultation des droits personnels et réels mobiliers*, publié par Les Publications du Québec, Gouvernement du Québec, Ministère de la Justice, 4 septembre 1999, p. 265 et 433.

96 Sous réserve de nos commentaires sur les fiducies discrétionnaires (*Supra* no 123). Art. 2649 al. 2 C.c.Q. et 2970 al. 2 C.c.Q.

97 Les articles 26 et suivants du Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers prévoit qu'il ne peut y avoir qu'un droit par réquisition.

98 *Ibid.* Cela est une conséquence de l'impossibilité de publier plus d'un droit par réquisition .

99 Art. 2941 C.c.Q. et 2970 al. 1 C.c.Q.

100 L.R.Q., ch. P-45 (ci-après «LPLE»).

101 À titre d'exemple lorsque le chapitre des assurances réfère à une personne, nous croyons que le patrimoine fiduciaire se qualifie à ce titre en la personne des fiduciaires ou des bénéficiaires. Voir également sur la nécessité que le bénéficiaire soit une personne morale: Michel TURCOT «Panel sur les fiducies», dans *Congrès 1998* de l'Association de planification fiscale et successorale, p. 7:78, 7:86 à 7:88.

102 Art. 2, 5 et 44 LPLE L'article 44 LPLE prévoit que si l'activité ayant donné lieu à l'immatriculation est continuée une déclaration modificative doit être produite et l'immatriculation n'est pas alors radiée.

103 Le professeur Beaulne, *op.cit.* note 50 no. 95 s'est prononcé contre l'assujettissement de la fiducie à *la Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* tandis que André MORRISETTE, dans son texte «Utilisation des fiducies dans un contexte commercial» (1996) 18 R.P.F.S. 925, p. 929-930 s'est prononcé en faveur de l'immatriculation.

104 Art. 1 LPLE.

105 Art. 62 LPLE et 82 LPLE prévoient la force probante et l'opposabilité face aux tiers de certaines informations et notamment le nom des administrateurs.

106 Art. 26 LPLE.

107 Ces choix n'ont pas été analysés dans le présent texte (Supra no 54).

108 Dans ses commentaires sur l'article 1275 C.c.Q., le Ministre de la Justice souligne l'importance que le constituant ou le bénéficiaire puisse agir comme fiduciaire unique car cela favoriserait une division purement artificielle du patrimoine: MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires. Le Code civil du Québec*, tome I, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p.759.

109 Pour une discussion approfondie sur ce sujet voir D. BRUNEAU, *loc. cit.* note 49, p. 782-786.

110 Voir D. BRUNEAU, *loc. cit.* note 49, p. 783, sur le droit d'une personne d'agir comme fiduciaire alors qu'elle ne possède que des droits éventuels.

111 Art. 1279 C.c.Q. prévoit que le bénéficiaire doit avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou par testament à l'ouverture de son droit et l'article 1280 C.c.Q. prévoit que le bénéficiaire doit, pour recevoir, remplir les conditions requises par l'acte constitutif.

112 Voir infra section 14 sur les conditions illicites ou impossible p. 62.

113 Toutefois, Madeleine CANTIN CUMYN, «*La liberté testamentaire et la charte des droits et libertés de la personne*», R. du N., Volume 84, nos. 5-6, janvier-février 1982, p. 230-231 est d'avis que la liberté de choisir son état civil fait partie des libertés protégées par la Charte qu'elle qualifie de liberté de se marier et/ou de liberté d'association.

114 Voir la section 4 à ce sujet.

115 Voir *infra* sur la modification de la fiducie p. 65.

116 *Paiement-Renaud c. Hébert* J.E. 97-833 (C.S.); Forgeron (Succession de C. Forgeron), J.E. 96-599 (C.S.), *Stevenson c. National Trust Co.*, J.E. 95-780 (C.S.).

117 *Poirier c. De Coste*, J.E., 97-1742 (C.S.) voir également Julie LORANGER, «Aspects civils des modifications des fiducies», Congrès 1997, *Association de planification fiscale et successorale*, p. 22:28-22:29.

118 Art. 1282 C.c.Q.

119 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, nos 325 et 326.

120 Art. 1320 et 1321 C.c.Q. et 2145 et 2158 C.c.Q.

121 *Stevenson c. National Trust Co.*, J.E., 95-780 (C.S.).

122 Cette section est un extrait du texte de Michel TURCOT, «Panel sur les fiducies - Partie D- De quelques utilisations des fiducies dans les planifications familiales», dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, Tome 1, p. 7:78, aux p.7:95-97, reproduit avec le consentement de son auteur.

123 L.R.Q., c. D-15.1.

124 Il n'est pas clair si cette exonération serait requise pour exempter du droit de mutation la liquidation d'une fiducie testamentaire. Dans ce contexte, le professeur Denys-Claude Lamontagne interprète cela comme ne constituant pas un transfert. Voir Marie-Pier CAJOLET, «Les droits sur les mutations immobilières» Répertoire de droit, nouvelle série, Doctrine, Fiscalité, Doc. 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, par. 10, p.13, qui rapporte cette position.

125 Lettre au Ministre des affaires municipales, M. Rémy Trudel, de Me Denis Marsolais, président de la Chambre des notaires du Québec, le 2 décembre 1997.

126 Voir notamment *Brodie (Succession de)*, (1990) 25 Q.A.C. J.E. 89-1185; *Fiducie Desjardins inc. c. Rodrigue* J.E. 96-966 (C.S.), *Trust La Laurentienne du Canada inc. c. Beullac*, J.E. 98-163 (C.S.); *Trust Général du Canada c. Poitras*, J.E. 99-30 (C.S.).

127 1499 C.c.Q.

128 Art. 757 C.c.Q.

129 Charte canadienne des droits et libertés L.R.C. (1985), Ap. II, n° 44 et Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12.

130 Carole Tremblay. «Les chartes des droits et libertés et les actes juridiques: un aperçu », (1992) 2 *C.P. du N.* p. 399-435, p. 409 no 30 et p. 416 no 44.

131 M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 113, p.235.

132 1499 C.c.Q.

133 *Rappaport c. Rappaport* J.E. 79-987 (C.S.).

134 *Webster c. Kelly* (1891) 7 M.L.R. 25 (C.S.).

135 *Kimpton c. Cie de chemin de fer du Pacifique Canadien*, (1888) 4 M.L.R. 338 (C.S.).

136 *Klein c. Klein* [1967] C.S. 300.

137 Droit de la famille -2060 [1994] R.D.F. 789 (C.S.).

138 *In re the matter of Estate of the late William Gerald Falconer et McGuigan* [1980] C.S. 278.

139 Marie PINSONNEAULT «La propriété intellectuelle: un champ accessible à la profession notariale»
(1991) 2 *C.P. du N.*, p. 1-53, p. 1 no 3.

140 La compagnie devra autoriser la fiducie à utiliser son nom.

141 Pour étude plus approfondie du sujet voir le texte de J. LORANGER, *loc. cit.*, note 117, p. 22:1 à 22:32.

142 Voir à ce sujet Julie BOULANGER, «Le Code civil du Québec et la fiducie: impacts en
planification fiscale et financière», (1992) 14 *Revue de planification fiscale et successorale*, p. 645, p.661, c'est cet
auteur qui a soulevé pour la première fois cette possibilité pour les fiducies à titre onéreux mais elle souligne par
ailleurs que cette méthode devrait être exclue en matière de fiducie familiale, D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 49, p.
792, ne ferme également pas la porte à cette méthode pour les fiducies à titre onéreux. Contra J. BEAULNE, *op.*
cit., note 50, nos 411 à 416, lequel rejette également cette possibilité. En ce qui concerne uniquement les fiducies
personnelles voir J. LORANGER, *loc. cit.*, note 86, p. 30 et J. LORANGER, *loc. cit.*, note 117, p.22:6-22:8.

143 J. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 57, n° 15, p. 748-749.

144 *Saunders c. Vautier*, [1841] 4 Beavan's English Rolls Court Reports 115, 49 E.R.

145 L'article 1294 C.c.Q. réfère uniquement à la volonté du constituant.

146 Ministre de la justice du Québec, *op. cit.*, note 108, p. 775, «*Le chapitre comporte toutefois certains
devoirs fondamentaux qui constituent autant de règles minimales de bonne administration*».

147 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 462.

148 Exemples: La modification des statuts de la compagnie doit être approuvé par les actionnaires (article
123.103 L.C.Q.) et les actionnaires doivent à chaque année autoriser la dispense d'un vérificateur (articles
123.98 à 123.100).

149 Contra: voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 462.

150 J. BEAULNE, *op. cit.*, note 50, no. 462.

151 *Forgeron (Succession de)* J.E. 96-599 (C.S.).

152 Articles 1308 à 1318 C.c.Q.

153 *Ainley (Succession d') c. OgilvyRenault*, J.E. 99-1874 (C.S.).