

2M11, 2784, 2

Université de Montréal

Caractéristiques de la fiducie québécoise
comme instrument de protection d'actifs

Par
Me Éric Prud'Homme

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M.)

Décembre 1999

© Me Éric Prud'homme, 1999



AZBD

UBTE

2000

V.010

Université de Montréal

Études postdoctorales de la filière québécoise
Études postdoctorales de la filière québécoise

Le
Dr. Paul Tremblay

Faculté de droit

Attestation de réussite à la fin de la maîtrise supérieure
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (M.A.)

Québec, 1999

et de l'Université de Montréal, 1999



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

Caractéristiques de la fiducie québécoise
comme instrument de protection d'actifs

Présenté par :
Me Éric Prud'Homme

A été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Président-rapporteur: M. Denys-Claude Lamontagne

Directrice de recherche: Mme Diane Bruneau

Membre du jury: M. Thomas-Wayne Copeland

Mémoire accepté le : 24 mars 2000

SOMMAIRE

La présente étude porte sur la fiducie de protection d'actifs. Nous analysons le véhicule fiduciaire comme instrument pouvant servir à protéger les actifs d'une personne, physique ou morale, d'une saisie éventuelle par des créanciers. L'objectif de l'étude est de cerner les différents aspects juridiques et fiscaux d'une fiducie utilisée à de telles fins et d'en déterminer l'efficacité ou les particularités par rapport à d'autres mécanismes de protection d'actifs. Nous partons avec l'hypothèse de travail suivante : la fiducie du *Code civil du Québec* pourrait constituer un mécanisme de protection d'actifs souple, facile d'adaptation et d'une efficacité unique. La réforme du droit des fiducies, qui attribue à cette institution un champ d'application élargi et une flexibilité inouïe, nous porte à croire que le véhicule fiduciaire pourrait remplir un rôle important et spécifique dans le domaine de la protection patrimoniale.

Afin d'évaluer l'efficacité et les caractéristiques particulières de la fiducie dans ce domaine, nous examinons d'abord la structure juridique de ce véhicule sur le plan du droit civil. Il faut en effet bien connaître les dispositions législatives qui régissent le domaine fiduciaire si l'on veut comprendre adéquatement la nature, le fonctionnement et les caractéristiques uniques d'une fiducie de protection d'actifs. Par la suite, il est utile de comparer d'autres véhicules juridiques à la fiducie de protection d'actifs afin de déterminer si cette dernière possède vraiment des attributs avantageux et distincts. D'autre part, afin de confirmer la viabilité et l'efficacité de la fiducie comme mécanisme de protection d'actifs, il convient d'étudier les recours dont disposent les créanciers du constituant pour attaquer la légalité d'une telle planification. Dans ce même but, il faut ensuite connaître les différents impacts fiscaux qui sont rattachés à la fiducie de protection d'actifs, tant pour le constituant que pour les bénéficiaires.

Une fois tous ces éléments examinés, nous sommes en mesure de déterminer avec justesse si la fiducie constitue ou non un instrument de protection d'actifs distinct et plus performant. Pour notre part, nous en arrivons à la conclusion que le véhicule fiduciaire permet de protéger les actifs d'une personne avec une efficacité supérieure. La fiducie permet notamment d'établir une planification sur mesure, tant au niveau de

l'administration des biens protégés qu'au niveau des personnes à avantager. Nous n'avons pas retrouvé une telle flexibilité chez aucun autre véhicule juridique.

Pour compléter l'étude du sujet, nous trouvons intéressant d'aborder brièvement la fiducie de protection d'actifs régie par une loi étrangère favorisant la protection d'actifs. La fiducie étrangère devient un instrument de plus en plus en vogue. Sans faire une étude approfondie des lois étrangères et des fiducies de tradition anglaise, il convient de connaître les avantages principaux reliés à l'utilisation d'une telle fiducie et la façon dont elle doit être structurée pour fonctionner de façon optimale. Enfin, nous trouvons utile de mettre en relief les éléments de rédaction les plus importants pour un praticien qui participe à la rédaction d'un acte constitutif de fiducie de protection d'actifs.

Suite à notre étude, nous sommes persuadés que l'utilisation de la fiducie à diverses fins va s'accroître considérablement au cours des prochaines années. La fiducie fait déjà partie des moeurs québécoises dans le domaine testamentaire et dans le cadre de certaines planifications personnelles entre vifs. Nous croyons toutefois qu'elle va inévitablement étendre son utilisation à d'autres fins personnelles, commerciales ou privées. Puisque la protection du patrimoine est davantage recherchée dans le contexte économique et social actuel, notamment par les professionnels et les administrateurs de grandes entreprises, il y a fort à parier que la fiducie deviendra très bientôt un instrument de prédilection à cet effet.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
IDENTIFICATION DU JURY	i
SOMMAIRE	ii
TABLE DES MATIÈRES	iv
DÉDICACE	vii
REMERCIEMENTS	viii
INTRODUCTION	
CHAPITRE 1	
LES ASPECTS CIVILS DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS	
1.1. Éléments constitutifs, notion de patrimoine d'affectation et affectation particulière de la fiducie de protection d'actifs	4
1.2. La fiducie de protection d'actifs, une fiducie personnelle ou d'utilité privée ?	12
1.3. Les fonctions, droits, devoirs et obligations des personnages de la fiducie de protection d'actifs	17
1.3.1. Le constituant	18
1.3.2. Le fiduciaire	19
1.3.3. Les bénéficiaires	31
1.4. Terminaison et modifications de la fiducie de protection d'actifs	36
1.4.1. La terminaison de la fiducie	37
1.4.2. La modification judiciaire de la fiducie	42
1.5. Règle de droit international privé	45
CHAPITRE 2	
UTILITÉ ET EFFICACITÉ DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS ET FACTEURS COMPARATIFS	
2.1. Les autres modes de protection d'actifs	48
2.1.1. Le droit des compagnies	48
2.1.2. La société du code civil	53
2.1.3. La division de patrimoine et le patrimoine d'affectation	56
2.1.4. L'insaisissabilité des REER	58
2.1.5. Autres modes complémentaires de protection d'actifs	62
2.2. Facteurs comparatifs de la fiducie de protection d'actifs	63
2.2.1. Éléments comparatifs	63
2.2.2. La question de la saisissabilité des droits des bénéficiaires et de l'insolvabilité du fiduciaire	69

CHAPITRE 3	
LES PROTECTIONS ACCORDÉES EN FAVEUR DES CRÉANCIERS EN CAS DE FAILLITE OU INSOLVABILITÉ DU CONSTITUANT	
3.1. Protections accordées par le droit civil	74
3.2. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité	79
3.3. Législations corporatives	84
3.4. Législations pénales	85
3.5. Loi de l'impôts	88
CHAPITRE 4	
ASPECTS FISCAUX DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS LOCALE	
4.1. Au moment de la création de la fiducie par donation	92
4.2. Au moment de l'administration de la fiducie	95
4.2.1. Règles d'attribution résultant des droits conservés par le constituant	96
4.2.2. Les règles d'attribution résultant de l'identité des bénéficiaires de la fiducie	100
4.3. Au moment de la remise des biens aux bénéficiaires du capital	104
4.4. La fiducie de protection d'actifs et les droits de mutations	105
4.5. Règle générale anti-évitement	107
CHAPITRE 5	
L'OPPORTUNITÉ DE CRÉER UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS RÉGIE PAR UNE JURIDICTION ÉTRANGÈRE	
5.1. Raisons pouvant mener à la constitution d'une fiducie étrangères	109
5.2. Efficacité de la fiducie étrangère	110
5.3. Structure de la fiducie étrangère	113
5.4. Choix de la juridiction étrangère : critères déterminants	117
5.5. Aspects fiscaux de la fiducie étrangères de protection d'actifs	119
5.5.1. Impacts fiscaux lors de la disposition des biens et en cours d'administration	119
5.5.2. Imposition des bénéficiaires résidant au Canada	121
5.5.3. Neutralité fiscale	122
5.5.4. Impôts étrangers	122
CHAPITRE 6	
RÉDACTION DE L'ACTE CONSTITUTIF D'UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS	
6.1. Clauses diverses de rédaction	125
6.2. La désignation des bénéficiaires	130

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

DÉDICACE

À Me Paul Prud'homme, un père et un notaire exceptionnel.

REMERCIEMENTS

L'auteur désire remercier avec sincérité, son directeur de mémoire, Me Diane Bruneau, pour sa disponibilité et pour ses précieux conseils et commentaires.

L'auteur désire également remercier son épouse, Karen Lorenz ; sa mère, Louise Prud'Homme ; son frère, Me Stéphane Prud'Homme, pour leur appui inconditionnel.

Finalement, l'auteur désire également remercier « ma tante Michelle » pour sa collaboration à la réalisation finale.

Ce mémoire n'aurait pas pu être réalisable sans le soutien des personnes ci-dessus mentionnées.

INTRODUCTION

La fiducie québécoise a été étudiée à maintes reprises sous l'ancien et sous le code actuel, surtout dans le domaine testamentaire. Les caractéristiques fiscales de la fiducie testamentaire et de la fiducie entre vifs ont aussi été traitées abondamment. Plus récemment, la fiducie de protection d'actifs a commencé à faire l'objet d'une attention plus sérieuse. Toutefois, la plupart des textes sur le sujet ne sont que très sommaires ou ne touchent qu'à certains points spécifiques. Par exemple, ce sont parfois les lois visant à protéger les droits des créanciers du constituant qui sont surtout étudiées. D'autres fois, l'opportunité de créer des planifications fiduciaires *off-shore* est davantage mise en évidence.

Pour notre part, nous tentons de présenter une vue d'ensemble de la fiducie de protection d'actifs. Nous traitons donc de ses différents aspects les plus fondamentaux. Toutefois, nous ne prétendons pas analyser chaque élément d'une manière approfondie et détaillée. Par exemple, l'étude exhaustive du traitement fiscal de la fiducie de protection d'actifs ou encore l'examen complet des fiducies étrangères pourrait faire l'objet d'un travail distinct. En outre, l'étude fouillée de ces domaines très spécialisés déborde largement du cadre de ce texte et de nos objectifs. Pour ces aspects, nous préférons mettre en relief les points essentiels afin que le lecteur conserve une vision large des différentes caractéristiques de la fiducie de protection d'actifs.

Nous avons donc divisé notre plan de travail en six chapitres dont l'ordre chronologique favorise à notre avis, la compréhension du sujet et la démonstration de notre hypothèse de travail, soit l'efficacité unique de la fiducie comme mode de protection d'actifs. Nous abordons d'abord les aspects civils de ce type de fiducie. En bref, les règles relatives à la création de cette fiducie, à son administration et à sa modification ou extinction sont traitées. L'identité ainsi que les droits et obligations des différents personnages impliqués sont notamment mis en relief. L'objectif de ce premier chapitre est de bien cerner la structure juridique unique de la fiducie. Cela constitue l'étape initiale afin de saisir ce qui démarque la fiducie des autres mécanismes de protection d'actifs.

Au deuxième chapitre, il convient de comparer la fiducie avec d'autres véhicules juridiques. Il est intéressant dans le cadre d'un texte portant sur la protection patrimoniale de ne pas se limiter à la fiducie. D'autres mécanismes ou notions juridiques plus connus comme la compagnie, la société civile et la division de patrimoine sont fréquemment utilisés afin de diviser le risque financier ou de limiter les recours des créanciers. Faire un tour d'horizon de ces autres véhicules juridiques nous permet d'obtenir une meilleure vue d'ensemble du sujet, de tracer des points de comparaison et de déterminer finalement ce qui différencie vraiment la fiducie.

Nous faisons ensuite l'étude des lois protégeant les créanciers et de la fiscalité relative à la fiducie de protection d'actifs dans un objectif bien précis : elle nous permet de vérifier si cette planification est réellement viable au niveau pratique et juridique. En effet, même si la fiducie comporte des atouts importants au niveau de sa structure juridique, elle ne sera d'aucune utilité si les créanciers peuvent attaquer facilement sa constitution ou si les impacts fiscaux qui y sont inhérents sont trop pervers pour le constituant et les bénéficiaires.

Enfin, l'étude sommaire des fiducies étrangères et des clauses de rédaction constitue un complément intéressant. Il importe de comprendre au moins ce qui rend la fiducie étrangère si attrayante. Par exemple, il n'est pas inutile de savoir pourquoi elle peut, en certaines circonstances, favoriser le constituant débiteur par rapport à une fiducie locale. Par ailleurs, un praticien peut trouver utile que des informations soient données sur la rédaction d'une fiducie locale de protection d'actifs. On peut se demander en effet si la rédaction d'une fiducie de protection d'actifs est similaire à celle d'autres fiducies entre vifs.

Tout au long de cette étude, nous tenterons d'adopter une analyse personnelle et d'apporter le cas échéant nos opinions et commentaires sur des points plus importants. Encore une fois, mentionnons que l'objectif de ce texte n'est pas de traiter de manière exhaustive de tous les éléments relatifs à la fiducie de protection d'actifs. Nous désirons plutôt présenter un portrait d'ensemble et cerner les caractéristiques qui font de la fiducie un instrument à part et hors pair.

CHAPITRE 1. LES ASPECTS CIVILS DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS

La fiducie québécoise, à cause de sa nature juridique, peut s'avérer un instrument de protection d'actifs des plus avantageux. Nous verrons que la flexibilité et la souplesse de cette institution remodelée donnent la possibilité de réaliser un tel objectif avec un minimum d'inconvénients et un maximum d'efficacité. La fiducie permet notamment au constituant de conserver un certain droit de regard sur l'administration des actifs dont il s'est dessaisi. Le constituant peut également s'assurer que lui et les membres de sa famille continueront de jouir et de profiter des actifs protégés, lesquels ne font plus partie de son patrimoine. Au surplus, il est possible pour le constituant de prévoir des modalités d'administration sur mesure. Si les quelques quarante articles du *Code civil du Québec*¹ encadrent désormais l'institution fiduciaire d'une manière plus complète, plus précise et plus logique, il n'en demeure pas moins que le constituant peut s'avérer le véritable maître d'œuvre de sa planification grâce à une rédaction judicieuse de l'acte constitutif. Il faut donc bien connaître les aspects civils de la fiducie afin de comprendre les avantages qu'elle procure à titre d'instrument de protection d'actifs et afin de pouvoir rédiger un acte constitutif comportant tous les éléments permettant une atteinte optimale des objectifs du constituant. Le mode de constitution de la fiducie, les droits et obligations des personnages impliqués, les modalités prévues afin de modifier ou de mettre fin à une fiducie ainsi que les questions de droit international privé, sont autant de facettes qui méritent une attention particulière. Il n'est pas notre intention, dans le présent chapitre, d'étudier de manière exhaustive tous les aspects civils qui se rapportent à la fiducie. Autant que possible, nous tenterons plutôt d'aborder les questions civiles les plus pertinentes sous l'angle particulier de la fiducie de protection d'actifs. Il est à noter que nos propos viseront principalement la fiducie créée au Québec, sous le régime du *Code civil du Québec*, dans le cadre d'une planification ne contenant aucun élément d'extranéité. Avant de débiter cette analyse, rappelons que les articles 71 et 73 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*²

¹ L.Q. 1991, c. 64 (ci-après parfois citée le « code », le « Code civil » ou le « C.c.Q. »).

² L.Q. 1992, c. 57 (ci-après cité « L.A. »). L'article 71 L.A. prévoit que les fiducies établies par donation ou testament avant l'entrée en vigueur du nouveau code sont régies par la loi nouvelle quant à leurs effets et quant à leur extinction. L'article 73 L.A. prévoit aussi que l'administration du bien d'autrui confiée par contrat au fiduciaire avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, est régie par cette loi, de la même manière que l'administration du bien d'autrui confiée par un autre mode.

font en sorte de soumettre aux règles du *Code civil du Québec* les fiducies créées avant 1994, sauf en ce qui a trait aux éléments constitutifs de ces fiducies.

1.1. Éléments constitutifs, notion de patrimoine d'affectation et affectation particulière de la fiducie de protection d'actifs

L'article 1260 C.c.Q. prévoit d'entrée de jeu les éléments constitutifs essentiels et universels d'une fiducie, peu importe son espèce ou sa finalité. Le code précise que la constitution de toute fiducie résulte du transfert des biens d'un constituant, affectés à une fin particulière, en faveur d'un patrimoine constitué pour recevoir ces biens, lesquels seront détenus ou administrés par un ou plusieurs fiduciaires. Le professeur Beaulne isole de cet article quatre éléments constitutifs d'une la fiducie, soit :

- 1) la constitution d'un patrimoine ;
- 2) le transfert de biens en faveur de ce patrimoine nouvellement constitué ;
- 3) la détention et l'administration de ces biens par un fiduciaire ;
- 4) une affectation ou une finalité spécifique donnée à cette masse de biens³.

Quelle est la nature de ce mystérieux patrimoine qui doit être constitué préalablement afin de former juridiquement la fiducie. Ce patrimoine ne donne pas naissance à la fiducie puisque celle-ci est formée par l'addition des quatre éléments essentiels ci-dessus mentionnés et par l'acceptation du fiduciaire⁴. Son rôle se limite plutôt à recevoir les biens transférés par le constituant et à initier le passage d'un système juridique fondé sur le droit classique de la propriété à un système où les biens n'ont plus de titulaire du droit de propriété. La constitution du patrimoine, laquelle précède immédiatement ou survient en même temps que le transfert des biens, apparaît cependant comme un élément fondamental dont l'absence devrait entraîner la non reconnaissance de la fiducie. En cas contraire, le professeur Beaulne croit que la fiducie pourrait devenir rapidement une institution fourre-

³ Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, no 146, p. 91 ; Le professeur Beaulne exprime d'ailleurs son désaccord envers les auteurs qui identifient seulement trois éléments constitutifs, soit le transfert de biens, l'affectation particulière et l'intention du constituant de créer la fiducie. Ces trois éléments s'inspireraient à tort du *trust* anglais. Voir à cet effet : John E.C. BRIERLEY, « Titre sixième-De certains patrimoines d'affectation-Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du code civil. Personnes, successions, biens, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec*, tome 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 735, à la page 745.

⁴ Art. 1264 C.c.Q.

tout lorsqu'un problème de qualification d'acte juridique surviendrait⁵. Bien que le code ne semble pas exiger de forme particulière pour la constitution de ce patrimoine, la prudence la plus élémentaire recommande que le constituant le prévoit expressément à l'acte constitutif.

Une fois la fiducie valablement constituée, on peut qualifier le patrimoine fiduciaire de véritable patrimoine d'affectation. Ce patrimoine se veut un patrimoine autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire ; aucun d'entre eux ne possède d'ailleurs de droit réel sur ce patrimoine ou sur les biens qui le forment⁶. Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, de nombreux auteurs ont traité de cette théorie révolutionnaire que constitue le patrimoine d'affectation et il n'est pas de notre intention de reprendre en détails les commentaires émis sur le sujet⁷. Rappelons plutôt les éléments fondamentaux de cette notion. La notion de patrimoine d'affectation se conçoit en marge du droit classique de la propriété dans le droit civil. Dorénavant, il faut admettre que les biens en fiducie puissent n'être l'objet d'aucun titulaire de droits réels pendant son existence. La relation juridique traditionnelle entre un sujet de droit et un objet de droit laisse alors place à un nouveau régime basé sur des notions de droits et pouvoirs sur les biens en fiducie. Le patrimoine d'affectation secoue aussi les paradigmes du juriste québécois car il nie le concept rigide d'unité de patrimoine. Désormais, il n'est plus tout à fait exact d'énoncer que toute personne est détenteur d'un seul et unique patrimoine dont les biens qui y sont contenus constituent le gage commun des créanciers ; un patrimoine peut en effet faire l'objet d'une division ou d'une affectation mais dans les limites prévues par la loi⁸. En adoptant cette théorie du patrimoine d'affectation, le législateur québécois réussit en fait

⁵ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 150, p. 150.

⁶ Art. 1261 C.c.Q.

⁷ Voir à cet égard les sources et fondements de cette théorie dans : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 17 à 57, p. 11 à 37. L'auteur explique notamment les différentes théories relatives à la fiducie du C.c.B.C., notamment la théorie du droit réel du bénéficiaire, du fiduciaire, la théorie de l'institution et les conséquences de l'arrêt *Royal Trust Co c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250. Voir aussi : Michel LEGENDRE, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 *Revue de planification fiscale et successorale* 11, 37 et 38 ; Voir également : J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3, 746-750.

⁸ Art. 2 C.c.Q. Les articles 911 al. 2 et 915 C.c.Q. reconnaissent aussi expressément l'existence du patrimoine d'affectation. Le législateur a cependant pris soin de bien encadrer l'utilisation du patrimoine d'affectation afin d'en éviter une prolifération qui aurait pu s'avérer abusive. Le code ne prévoit en réalité qu'une espèce de patrimoine d'affectation, soit la fiducie aux articles 1260 et ss. C.c.Q., la fondation n'étant pas une autre espèce puisqu'elle peut être établie par fiducie ou encore par le biais de la partie III de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38.

un véritable tour de force ; les utilisations variées du *trust* peuvent être transposées au Québec sans heurter les bases fondamentales de notre droit civil ; car il ne faut pas croire que le droit classique de la propriété est relégué aux oubliettes; le législateur choisit plutôt de faire cohabiter ensemble deux conceptions du patrimoine, soit la conception classique et celle dite « moderne », qui prévoit qu'une affectation de biens à une fin déterminée peut aussi, dans certains cas, constituer le fondement d'un patrimoine. L'intégration de cette théorie du patrimoine d'affectation n'est pas réellement une subite révolution du droit civil ou encore une soudaine hérésie puisqu'elle s'est d'abord effectuée en Allemagne pour se développer ensuite davantage en France plus récemment⁹. Rappelons enfin qu'au niveau théorique, l'insertion de cette théorie dans le droit civil québécois implique le rejet catégorique de la position de la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *Royal trust Co. c. Tucker*¹⁰. En effet, le fiduciaire ne doit plus être considéré comme le propriétaire *sui generis* des biens transférés en fiducie puisque le code précise qu'aucun n'a de droit réel sur le patrimoine fiduciaire. Ce rejet occasionne toutefois peu d'implications pratiques puisque le législateur a attribué au fiduciaire la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire¹¹.

Le deuxième élément constitutif de la fiducie, soit le transfert des biens du constituant en faveur du patrimoine, mérite à notre avis une attention particulière, surtout dans le cadre d'une analyse spécifique portant sur les fiducies de protection d'actifs. Ce transfert de propriété opère un dessaisissement des biens pour le constituant. Les biens sortent de son patrimoine pour se retrouver dans un patrimoine nouvellement constitué. Le constituant, tout comme le fiduciaire ou le bénéficiaire, ne détient plus de droit réel sur les biens dès cette opération. La transmission des biens du patrimoine du constituant au nouveau patrimoine ainsi que la notion de patrimoine d'affectation autonome et distinct sont en fait les deux éléments clés permettant à une fiducie d'être utilisée comme mécanisme de protection d'actifs. Une fois le transfert effectué, les créanciers du constituant ne peuvent plus en principe saisir les biens transmis en fiducie, ces biens ne faisant plus partie du patrimoine de ce dernier. Nous verrons que seuls certains recours permettent aux créanciers

⁹ Voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 31 et 32, p. 20.

¹⁰ *Précitée*, note 7.

¹¹ Art. 1278 C.c.Q.

de récupérer les biens transférés lorsque la planification fiduciaire a été établie de façon frauduleuse à leur égard¹².

Avant de passer au troisième élément constitutif, il convient de parler brièvement de la question de la forme de ce transfert en fiducie. Le code répète à quelques reprises l'expression « acte » ou « acte constitutif », notamment à l'article 1260 C.c.Q. qui énumère les conditions essentielles à la formation de toute fiducie¹³. L'acte constitutif est donc le mode de création ou si l'on préfère le support juridique de toute fiducie et ce, même si elle est établie par la loi ou par jugement comme le permet l'article 1262 C.c.Q.. Dans le cas d'une fiducie de protection d'actifs, son mode d'établissement, soit le contrat à titre gratuit ou onéreux, se confond bien sûr avec son mode de constitution. Le professeur Beaulne précise avec justesse que la fiducie n'est pas un contrat mais plutôt un patrimoine d'affectation qui naît d'un contrat ou d'un acte juridique¹⁴. Il recense les termes « acte constitutif » dans d'autres cadres comme la copropriété, la substitution et l'emphytéose et rappelle que ces contrats sont tous obligatoirement des écrits. Il en conclut que la fiducie ne peut exister que si elle est constatée expressément dans un écrit, lequel doit contenir tous les éléments constitutifs requis¹⁵. La *declaration of trust* ou les *implied trust* de la *Common Law* n'auraient donc pas leur place en droit québécois des fiducies¹⁶. La fiducie de protection d'actifs établie selon les règles du code civil ne fait donc pas exception et exige la rédaction d'un contrat écrit. De toute manière, en l'absence d'un document constatant toutes les modalités d'établissement et d'administration du patrimoine fiduciaire, nous imaginons mal comment cet instrument de planification pourrait s'avérer efficace, adapté aux besoins du constituant et à l'abri des contestations de ses créanciers.

Quelle forme spécifique prendra la fiducie de protection d'actifs ? Sera-t-elle généralement constituée à titre gratuit ou à titre onéreux ? Il faut avouer que la

¹² *Infra*, p. 72 à 88.

¹³ Cette expression est reprise aux articles 1280, 1282, 1284, 1293 et 1294 C.c.Q.

¹⁴ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 182, p. 115.

¹⁵ *Id.*, no 163, p. 101.

¹⁶ La *declaration of trust*, qui fait partie des *express trust*, peut naître en effet d'une simple déclaration du constituant lequel devient alors fiduciaire de ses propres biens au profit de bénéficiaires ou pour une fin spécifique. Elle peut résulter d'une déclaration expresse écrite, verbale ou même s'inférer de la conduite du constituant. L'*implied trust* peut prendre naissance si le tribunal découvre la volonté implicite et presque cachée d'une personne de créer un *trust*.

fiducie constituée à titre onéreux devrait davantage être utilisée dans un cadre commercial et d'affaires. Les fiducies d'investissement et de retraite sont de bons exemples de fiducies commerciales à titre onéreux et sont d'ailleurs énumérées à titre indicatif à l'article 1269 C.c.Q.. Comme la fiducie de protection s'inscrit plutôt dans le cadre d'une planification personnelle, voire familiale et à vocation non commerciale, on peut supposer que le mode de constitution privilégié sera généralement l'acte à titre gratuit. D'ailleurs, que la fiducie de protection d'actifs se qualifie de fiducie personnelle ou d'utilité privée, l'acte à titre gratuit convient à ces deux espèces, conformément aux articles 1267 et 1268 C.c.Q.. En effet, il faut savoir que l'espèce de la fiducie détermine le ou les modes de constitution permis par la loi. Par exemple, la fiducie de protection d'actifs ne pourra être constituée qu'à titre gratuit si elle est qualifiée de fiducie personnelle. Si elle est qualifiée de fiducie d'utilité privée, elle pourrait indifféremment être constituée à titre gratuit ou onéreux. Nous tenterons d'ailleurs à la prochaine section de faire la lumière sur l'espèce qui convient le mieux à la fiducie de protection d'actifs¹⁷.

Puisque la fiducie de protection d'actifs est habituellement constatée par un acte à titre gratuit, on peut se demander si l'acte en question doit nécessairement être notarié. À cet égard, rappelons que l'article 1824 C.c.Q. précise que la donation d'un bien meuble ou immeuble s'effectue par acte notarié en minute et qu'elle doit être publiée, sous peine de nullité absolue. En fait, cette question a déjà fait l'objet de nombreux débats doctrinaux qui datent de la fiducie de l'ancien code. Certains auteurs privilégient l'acte notarié tout en admettant la possibilité qu'un don manuel en faveur de la fiducie, accompagné de délivrance et possession immédiate, puisse être exécuté sans cette exigence, tel que le permettrait l'article 1824 al.2 C.c.Q.¹⁸. Les auteurs Beaulne et Bruneau évitent quant à eux de confondre donation et acte à titre gratuit et sont d'avis que lorsque l'acte constitutif se veut une véritable donation, la forme notariée doit être respectée sous peine de nullité. En cas de donation indirecte ou déguisée, la forme sous seing privé serait

¹⁷ *Infra*, p. 12.

¹⁸ Julie LORANGER, « La rédaction des fiducies établies par testament et par donation », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, mai 1995, p. 1, à la page 30 ; Lucie BEAUCHEMIN, « Fiducies entre vifs de protection d'actifs », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, p. 12:1, à la page 12:18.

par contre permise, le tout conformément à l'article 1811 C.c.Q.¹⁹. Le professeur Beaulne précise toutefois que le don manuel de biens meubles en faveur de la fiducie est impossible au motif principal que la fiducie doit nécessairement être constatée par un écrit²⁰. En tout état de cause et comme le suggère avec raison l'auteure Diane Bruneau, un praticien prudent utilisera l'acte notarié afin que la fiducie de protection d'actifs constituée à titre gratuit ne risque pas d'être contestée pour une simple raison de forme, notamment par les créanciers du constituant²¹.

Le troisième élément, soit la détention et l'administration des biens par le fiduciaire, s'avère aussi essentiel à la formation de la fiducie. D'abord, en l'absence de titulaire de droit réel sur les biens en fiducie, il faut à tout le moins qu'un personnage en ait la maîtrise presque absolue. En cas contraire, on se retrouverait avec un patrimoine d'affectation sans maître complètement paralysé et inutile. Ces pouvoirs fondamentaux sont donc attribués par le législateur au fiduciaire²². En outre, ce n'est qu'au moment de son acceptation que le fiduciaire s'oblige à détenir et administrer les biens conformément à la loi et l'acte constitutif et qu'il donne officiellement vie à la fiducie²³. C'est donc dire que la fiducie ne peut servir efficacement de mode de protection d'actifs que lorsque le fiduciaire aura dûment accepté sa charge. Avant ce moment, le passage du système du droit classique au système moderne du patrimoine d'affectation n'est pas complété et les biens pourraient toujours être saisis par les créanciers dans le patrimoine du constituant. Selon le professeur Beaulne, le moment de l'acceptation du fiduciaire, véritable date de naissance de la fiducie, servira vraisemblablement de point de départ au calcul du délai entre le transfert en fiducie et la date de la faillite du constituant²⁴. Nous verrons en effet que le transfert en fiducie peut être déclaré inopposable à l'égard du syndic si ledit délai est trop court. En somme le transfert en fiducie sera alors considéré comme effectué en

¹⁹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 167 à 169, pp.103-105 ; Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18 *Revue de planification fiscale et successorale* 755, 795-799.

²⁰ *Id.*

²¹ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 762 et 763.

²² Art. 1278 C.c.Q.

²³ Art. 1264 et 1275 C.c.Q.

²⁴ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 153, p. 96.

fraude des créanciers du constituant et de la faillite aux termes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁵.

Examinons maintenant le quatrième et dernier élément fondamental dans la constitution d'une fiducie : l'affectation des biens transférés au patrimoine fiduciaire. Cette affectation revêt une importance capitale pour toute fiducie, non seulement afin de parfaire la naissance du patrimoine fiduciaire mais également pour d'autres raisons pratiques. D'abord, l'affectation constitue la pierre angulaire du processus de constitution d'une fiducie puisque celle-ci ne peut exister sans que les biens qui y sont contenus ne fassent l'objet d'une finalité particulière²⁶. C'est l'essence même d'une fiducie que les biens la composant soient réunis en une masse commune parce qu'ils sont destinés à participer à la réalisation d'un objectif déterminé, voire d'une vocation particulière. S'il n'y a pas d'affectation, il n'existe pas de fiducie²⁷. Étant donné l'importance de l'affectation au niveau de la création de la fiducie, il importe qu'elle soit indiquée de manière expresse dans l'acte constitutif²⁸. Au surplus, il ne fait aucun doute qu'une rédaction claire à cet égard, conforme à l'esprit et à la terminologie du *Code civil du Québec*, favorisera la poursuite et la réalisation des objectifs du constituant par le fiduciaire.

En effet, l'importance de l'affectation ne s'arrête pas au moment de la création du patrimoine fiduciaire. L'administration de la fiducie sera colorée par cette affectation. En effet, le fiduciaire a pour charge de veiller à ce que les biens transférés en fiducie soient utilisés conformément aux objectifs et buts poursuivis, le tout conformément à l'acte constitutif. Il est d'ailleurs autorisé à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer cette affectation²⁹.

Le constituant possède une latitude considérable au niveau de la détermination du but poursuivi par la fiducie. Une fiducie peut même comprendre plusieurs

²⁵ L.R.C. (1985), c. B-3. Nous verrons cette question des recours des créanciers et du syndic plus en détails au chapitre troisième de ce texte. *Infra*, p. 72 à 88.

²⁶ Art 1260 C.c.Q.

²⁷ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 159, p. 98.

²⁸ L'alinéa 2 de l'article 1296 C.c.Q. énonce d'ailleurs que la fiducie prend fin, notamment, par le fait que le but de la fiducie a été atteint. Il faut donc que ce but existe.

²⁹ Voir les articles 1265, 1278 et 1306 C.c.Q.

affectations qui doivent être réalisées simultanément par le fiduciaire. À titre d'exemple, on rencontre fréquemment dans le domaine fiduciaire les objectifs suivants poursuivis par le constituant : le fractionnement de revenus afin de payer moins d'impôts, la protection de proches contre leur inexpérience financière, la capitalisation de valeurs familiales, la transmission contrôlée de biens à plusieurs générations etc.³⁰. Il est à noter que ces objectifs spécifiques se retrouvent davantage dans le cadre d'une fiducie personnelle dont le but global est d'avantager une ou des personnes déterminées ou déterminables, comme l'indique l'article 1267 C.c.Q. Il peut exister cependant une foule d'autres affectations dont le but n'est pas directement de procurer un avantage à une personne mais plutôt d'utiliser un bien à un usage déterminé. Tel est le cas par exemple, d'une fiducie qui a pour objet d'ériger ou conserver un monument historique, d'entretenir un parc écologique ou encore de pourvoir à la retraite des employés d'une entreprise. Ces fiducies font toutes partie de l'espèce des fiducies d'utilité privée³¹. Ici, l'affectation est dé-personnifiée car ce n'est qu'indirectement, par la réalisation du but de la fiducie, que des personnes en tirent des avantages. Constatons également que la fiducie d'utilité privée n'est pas constituée dans un cadre personnel ou familial comme c'est le cas pour la fiducie personnelle. Ces propos nous démontrent que l'affectation sert également à classer une fiducie dans une des trois grandes espèces prévues à l'article 1266 C.c.Q. Nous tenterons d'ailleurs un peu plus loin de déterminer l'espèce de la fiducie de protection d'actifs³².

Mais d'abord, il nous faut identifier adéquatement l'affectation de la fiducie de protection d'actifs. Comme l'illustre sa dénomination, le but avoué d'une telle fiducie est de protéger certains actifs du constituant à l'encontre des poursuites ou réclamations éventuelles de ses créanciers ou des créanciers de ses bénéficiaires. En d'autres termes, le constituant soustrait sciemment les actifs transférés en fiducie du gage commun de ses créanciers éventuels³³.

³⁰ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:5.

³¹ Voir les articles 1268 et 1269 C.c.Q.

³² *Infra*, p. 12.

³³ Art. 2644 C.c.Q. L'article 2645 C.c.Q. omet à tort, à notre avis, la notion de patrimoine d'affectation.

Il existe généralement d'autres objectifs reliés à l'utilisation d'une fiducie de protection d'actifs. Ces objectifs ne sont pas secondaires dans l'esprit du constituant mais s'infèrent plutôt du but mis en évidence, soit la protection d'actifs. Ainsi, un tel montage a habituellement pour but d'assurer au constituant et aux membres de sa famille, par le fait même, la satisfaction des besoins de base, leur bien-être présent et futur, la conservation d'un certain niveau de vie et la jouissance continue des biens transférés et des revenus qu'ils génèrent³⁴.

Bref, la fiducie de protection d'actifs se veut davantage un véhicule juridique qui vise à assurer une sécurité financière qu'un abri fiscal. À la lumière des objectifs sous-tendant la création d'une fiducie de protection d'actifs, certains diront que cette dernière se révèle un instrument juridique moralement répréhensible qui permet d'abuser des droits des créanciers du constituant. Il n'en est rien si la planification n'est pas effectuée dans le but illégitime de frauder les droits des créanciers. La loi permet à tout individu d'organiser légitimement ses affaires de la manière la plus efficace et la plus sécuritaire possible, dans la mesure où il n'exerce pas ses droits de façon excessive et déraisonnable afin de nuire à autrui³⁵. Tout individu a également le droit de disposer de ses actifs comme il l'entend. Il faut comprendre dès à présent que la fiducie de protection d'actifs ne représente pas un instrument permettant à un constituant en difficultés financières de se soustraire, comme par magie, à ses obligations. Nous verrons d'ailleurs au troisième chapitre que le transfert en fiducie risque d'être attaqué en pareilles circonstances.

1.2. La fiducie de protection d'actifs, une fiducie personnelle ou d'utilité privée ?

L'article 1262 C.c.Q. énonce les différents modes d'établissement de la fiducie. Ces modes, énumérés de façon exhaustive, sont ni plus ni moins que les sources juridiques qui peuvent valablement donner naissance à une fiducie en droit québécois. Ils ne s'agit pas ici de véritables espèces³⁶. La fiducie est donc établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament, par la loi ou par jugement, seulement

³⁴ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:6.

³⁵ Art. 7 C.c.Q.

³⁶ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 130, p. 80.

lorsque la loi l'autorise dans ce dernier cas³⁷. Il ne peut donc pas exister au Québec de fiducies se rapprochant des *resulting trust* ou *constructive trust* du droit anglais, lesquelles constituent de véritables créations judiciaires qui relèvent de l'*equity*. La véritable classification des fiducies québécoises se retrouve plutôt aux articles 1266 à 1270 C.c.Q.. Il existe en fait trois grandes et uniques catégories :

- 1) la fiducie personnelle (1266 et 1267 C.c.Q.) ;
- 2) la fiducie d'utilité privée (1266, 1268 et 1269 C.c.Q.) ;
- 3) la fiducie d'utilité sociale (1266 et 1270 C.c.Q.).

À priori, la fiducie de protection d'actifs semble pouvoir s'insérer logiquement dans l'une ou l'autre des deux premières catégories : la fiducie personnelle qui est constituée « dans le but de procurer un avantage à une personne » ou la fiducie d'utilité privée non commerciale qui a pour objet « l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé », à l'avantage indirect d'une personne ou dans un autre but de nature privée. Manifestement, il y a toutefois lieu de ne pas considérer la fiducie de protection d'actifs comme fiducie d'utilité sociale puisque cette dernière catégorie s'adresse uniquement aux fiducies constituées dans un but d'intérêt général, notamment pour des raisons religieuses, éducatives ou philanthropiques³⁸. Alors, la fiducie personnelle est-elle personnelle ou d'utilité privée ? Est-il d'abord vraiment essentiel de la qualifier correctement ?

Bien que la question de la détermination de l'espèce peut sembler essentiellement théorique, force est d'admettre qu'elle génère des conséquences pratiques non négligeables. Les distinctions les plus importantes entre la fiducie personnelle et celle d'utilité privée se situent à deux niveaux :

- 1) la durée permise de la fiducie ;
- 2) la surveillance de l'administration fiduciaire.

Alors que la fiducie d'utilité privée peut avoir une existence perpétuelle, la vie de la fiducie personnelle est limitée à une durée maximale d'environ 200

³⁷ L'article 591 C.c.Q., en matière de paiement de pension alimentaire, donne un bon exemple de fiducie pouvant être établie par jugement, sous l'autorisation de la loi.

³⁸ Art. 1270 C.c.Q.

ans dans la plupart des cas³⁹. En outre, la fiducie d'utilité privée, comme la fiducie d'utilité sociale, est potentiellement soumise à la surveillance de personnes ou d'organismes prévus par la loi, suivant sa finalité, en plus d'être soumise à la surveillance du constituant et des bénéficiaires, même éventuels⁴⁰. La fiducie personnelle n'est pas visée par cette surveillance additionnelle. Notons finalement que les droits d'un bénéficiaire non conçu d'une fiducie personnelle peuvent être exercés par un curateur désigné à l'acte constitutif ou par le tribunal aux termes de l'article 1289 al. 1 C.c.Q.⁴¹. D'autre part, le code ne prévoit aucune représentation des droits des bénéficiaires déterminés ou déterminables d'une fiducie d'utilité privée⁴².

Il importe de rappeler que c'est l'affectation qui permet de qualifier adéquatement une fiducie et non son mode de constitution, soit l'acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Une fois l'espèce déterminée, on peut évaluer si le mode de constitution utilisé est permis par la loi⁴³. Or, nous avons vu que la fiducie de protection d'actifs comporte plus souvent qu'autrement deux grandes finalités, soit la protection des biens du constituant et le désir d'assurer par le fait même une certaine sécurité financière au constituant et aux membres de sa famille en maintenant les actifs patrimoniaux dans la cellule familiale⁴⁴. Pour certains auteurs, la fiducie de protection d'actifs constitue sans l'ombre d'un doute une fiducie d'utilité privée⁴⁵. Le problème est que ces auteurs n'élaborent pas

³⁹ Cette situation existe par le jeu des articles 1271 et 1272 C.c.Q. La fiducie personnelle ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus outre celui du capital. En jumelant cette restriction au fait que le droit du bénéficiaire du premier ordre ne peut s'ouvrir plus tard qu'à l'expiration des cent ans qui suivent la constitution de la fiducie (les bénéficiaires du second ordre devant avoir la qualité requise pour recevoir à l'expiration de ces cent ans), on limite normalement la durée de la fiducie personnelle à 200 ans (si l'on considère que la durée de vie maximale d'un être humain se situe autour de 100 ans). Notons cependant que l'alinéa 2 de l'article 1279 C.c.Q. peut provoquer un étirement de la durée de la fiducie personnelle. En effet, lorsqu'il existe plusieurs bénéficiaires d'un même ordre, il suffit que l'un d'eux ait les qualifications requises pour succéder afin de préserver les droits des autres bénéficiaires du même ordre.

⁴⁰ Art. 1287 C.c.Q.

⁴¹ Le curateur public peut jouer ce rôle le cas échéant s'il est désigné par le tribunal ou le constituant dans l'acte. Voir l'article 1289 al. 1 *in fine* C.c.Q.

⁴² Art. 1289 al. 2 C.c.Q. Le curateur public peut exercer les droits accordés aux bénéficiaires seulement si la fiducie d'utilité privée ne possède aucun bénéficiaire déterminé ou déterminable.

⁴³ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 111, p. 68.

⁴⁴ *Supra*, p. 10 et 11.

⁴⁵ M. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 7, 64.

grandement sur les raisons qui les motivent à adopter une telle qualification. Le professeur Beaulne qualifie quant à lui la fiducie de protection d'actifs de fiducie d'utilité privée à vocation non commerciale, relevant de l'article 1268 C.c.Q.⁴⁶. Il semble donc considérer que ce type de fiducie n'a pas pour affectation directe les bénéficiaires mais plutôt les biens qui doivent être protégés. Les bénéficiaires ne recevraient des avantages que par la réalisation des objectifs de la fiducie.

L'opinion du professeur Beaulne, quoique fortement défendable, ne prend toutefois pas suffisamment en considération le caractère personnel et familial de ce genre de planification. Nous sommes d'avis que le constituant a invariablement le souci de protéger et d'avantager sa personne et les membres de sa famille dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Nous ne croyons pas que ces avantages sont octroyés aux bénéficiaires de manière indirecte dans l'esprit du constituant. C'est certainement le cas dans le cadre d'une fiducie destinée à ériger un monument ou à entretenir un édifice historique mais ce n'est pas aussi clair dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. D'autre part, si l'étiquette de fiducie d'utilité privée peut être valablement apposée à la fiducie de protection d'actifs, il nous semble que l'article 1269 C.c.Q. pourrait possiblement en être la source juridique au même titre que l'article 1268 C.c.Q. L'article 1269 C.c.Q. semble à priori viser principalement les fiducies commerciales, comme celles qui ont pour but de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements (*investment trust*) ou encore de pourvoir à une retraite (*retirement trust*). C'est pourquoi ce genre de fiducie doit absolument être créé à titre onéreux. L'article 1269 pourrait cependant être interprété plus largement par les tribunaux et la doctrine dans le futur. L'article énonce en effet, sans grande limpidité, que la fiducie d'utilité privée à titre onéreux peut avoir pour objet de « procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne ». Finalement, l'auteure Lucie Beauchemin qualifierait quant à elle, la fiducie de protection d'actifs de fiducie personnelle ou d'utilité privée, selon le but principal recherché par le constituant, soit la protection de biens ou le maintien d'actifs patrimoniaux dans la famille⁴⁷.

⁴⁶ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 113 et 114, pp. 69 à 71.

⁴⁷ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12 :5.

Quant à nous, il nous apparaît extrêmement difficile de dissocier ces deux grandes finalités de la fiducie de protection d'actifs. Celle-ci possède dans l'ensemble les éléments d'une fiducie de nature privée dont les biens sont en grande partie l'affectation mais sa constitution est aussi fortement colorée par des considérations personnelles et familiales. En fait, la fiducie de protection d'actifs nous apparaît comme un type de fiducie hybride au niveau de son affectation et par conséquent de son espèce. Car faut-il absolument trancher en faveur de l'une ou l'autre des deux espèces ? D'aucuns prétendront qu'il faut trancher afin de savoir par exemple quel mode de constitution est permis ou si la fiducie peut être perpétuelle ou soumise au contrôle d'un organisme. À notre avis, ces considérations n'empêchent pas la fiducie de protection d'actifs de cumuler les deux espèces.

En premier lieu, rappelons que l'acte à titre gratuit, mode sans doute privilégié de la fiducie de protection d'actifs, convient à la fois à la fiducie personnelle et à la fiducie d'utilité privée de l'article 1268 C.c.Q.. En outre, elle pourrait également être valablement constituée à titre onéreux comme le permet les articles 1268 C.c.Q et 1269 C.c.Q.. Il nous semblerait juste et logique que la validité de la fiducie soit favorisée même si le mode de constitution convient à une seule des deux espèces. De toute manière, la question de savoir si un acte est à titre onéreux ou gratuit ne serait pas si simple que l'on pourrait croire à priori. L'auteure Diane Bruneau est d'avis qu'il ne faut pas nécessairement et aveuglément se fier à la nature du contrat constitutif pour déterminer si une fiducie est constituée à titre gratuit ou onéreux⁴⁸. L'auteure explique que plusieurs sens ont été attribués à la notion de fiducie à titre onéreux dans la doctrine et dans la jurisprudence. Qualifie-t-on une fiducie de fiducie à titre onéreux parce que le constituant reçoit une contrepartie, parce que les bénéficiaires ont dû acquérir leurs parts ou encore parce que la fiducie a été constituée dans le but de réaliser un profit. Après une analyse détaillée des différents arguments, l'auteure conclut qu'il vaut peut-être mieux considérer la question sous l'angle de la finalité de l'administration fiduciaire et de la relation entre le constituant et le bénéficiaire. En fait, elle suggère d'analyser la question en ne considérant pas uniquement le mode de transfert initial. De cette façon, on pourrait conclure en l'existence d'une fiducie

⁴⁸ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 745 et suiv..

constituée à titre gratuit même si une contrepartie est versée au constituant lors du transfert des biens en fiducie⁴⁹. Comme la fiducie de protection d'actifs est généralement constituée dans un cadre personnel et familial, avec l'attribution d'avantages désintéressés en faveur des bénéficiaires, on pourrait prétendre avec ce raisonnement qu'elle est constituée à titre gratuit et ce, même si le transfert de biens a été fait en échange d'un billet à ordre par exemple.

En deuxième lieu, nous croyons que la fiducie de protection d'actifs, puisqu'elle répond généralement aux critères des deux espèces, devrait respecter les règles les plus contraignantes au niveau de sa durée permise et des mécanismes de surveillance applicables et ce, afin d'éviter toute problématique ou contestation devant les tribunaux. Ainsi, elle ne pourrait pas être perpétuelle aux termes des articles 1271 et 1272 C.c.Q., ce qui ne cause pas en pratique de difficultés puisqu'elle n'est pas destinée à durer éternellement. D'autre part, la fiducie de protection d'actifs pourrait théoriquement être soumise à la surveillance de personnes ou organismes désignés par la loi, aux termes de l'article 1287 al. 2 C.c.Q.. Finalement, comme l'élément « fiducie personnelle » est présent, il serait souhaitable de permettre à un curateur d'exercer les droits d'un bénéficiaire non conçu, conformément à l'article 1289 C.c.Q..

1.3. Les fonctions, droits, devoirs et obligations des personnages de la fiducie de protection d'actifs

Les trois personnages prédominants d'une fiducie sont le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire. Il ne sont pas qualifiés de « parties » à l'acte constitutif de fiducie puisque l'instrument fiduciaire, comme nous l'avons mentionné, se comprend dans un système juridique qui diffère du droit traditionnel de la propriété et des obligations⁵⁰. La relation entre eux et avec le patrimoine fiduciaire se conçoit mieux en termes de droits légaux et de pouvoirs qu'en terme de droits réels et d'obligations

⁴⁹ Le professeur Beaulne n'est pas d'accord avec cette position, affirmant ne pouvoir concevoir qu'une vente soit autre chose qu'un contrat à titre onéreux. Voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 161, p. 100. Avec respect pour le professeur Beaulne, nous ne croyons pas que la professeure Bruneau qualifie une vente de contrat à titre gratuit. Elle insiste plutôt sur le fait qu'une fiducie pourrait être considérée comme constituée à titre gratuit, même si le transfert initial est un acte à titre onéreux, tel une vente.

⁵⁰ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 182, p. 115.

contractuelles. Dans toute fiducie, l'on retrouve obligatoirement un constituant et un fiduciaire. La fiducie de protection d'actifs ne fait évidemment pas exception à la règle. Sans constituant, on ne peut tout simplement pas établir de fiducie, aucun transfert ne pouvant avoir été effectué. Sans fiduciaire, l'administration de la fiducie se trouve complètement paralysée. Par ailleurs, il peut arriver qu'il y ait absence de bénéficiaire déterminé ou déterminable dans une fiducie. Par exemple, la fiducie d'utilité privée ayant pour objet l'entretien d'un monument, à la mémoire d'un personnage historique, n'a pas de véritable bénéficiaire direct⁵¹. Certaines personnes peuvent certes tirer un certain avantage indirect d'une telle fiducie mais on ne peut affirmer qu'ils se qualifient comme bénéficiaires. Nous verrons par ailleurs qu'il existe des bénéficiaires déterminés ou déterminables dans la presque totalité des fiducies de protection d'actifs. Afin de cerner davantage le mécanisme de la fiducie de protection d'actifs, il convient donc de revoir brièvement les fonctions, droits, pouvoirs et obligations des personnages de la fiducie de protection d'actifs.

1.3.1. Le constituant

Bien que le constituant soit un personnage clé, celui qui donne naissance à la fiducie, son importance s'atténue néanmoins suite à la constitution du patrimoine fiduciaire. Le constituant, du moins à ce titre, n'intervient pas en principe dans l'administration fiduciaire. Une fois la fiducie constituée, il ne peut plus en changer les règles du jeu en modifiant l'acte constitutif de façon unilatérale. Toutefois, nous verrons plus loin que le constituant peut participer activement à la fiducie de protection d'actifs à d'autres titres et de diverses manières.

Le constituant d'une fiducie de protection d'actifs doit être une personne physique ou morale possédant la capacité juridique d'aliéner, comme c'est le cas pour toute fiducie⁵². Dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs type, le constituant se veut généralement une personne physique qui désire protéger certains de ses actifs de la saisie de créanciers éventuels. Cette personne physique peut être par exemple un professionnel, un chef d'entreprise ou un administrateur, qui risque d'engager sérieusement

⁵¹ Art. 1268 C.c.Q.

⁵² Art. 155, 161 et 1813 C.c.Q.

sa responsabilité au cours de la poursuite de ses activités. Parfois, les couvertures d'assurance disponibles peuvent s'avérer insuffisantes ou les primes trop élevées. La fiducie peut alors devenir un outil de protection intéressant pour cet individu et sa famille. Il n'est toutefois pas impossible que le constituant de la fiducie de protection d'actifs soit une personne morale dont les objectifs sont fort similaires.

Cette personne physique procède ainsi au transfert d'actifs personnels (que ce soit des placements mobiliers, des immeubles, etc.) en faveur du patrimoine fiduciaire. Nous savons que le transfert en faveur de la fiducie de protection d'actifs peut se faire valablement à titre gratuit ou onéreux. Il importe bien entendu que les prescriptions propres à la forme et au fond de l'acte constitutif soient respectées, qu'il s'agisse notamment d'une donation ou d'une vente. Le consentement du conjoint du constituant peut évidemment être requis au moment du transfert, dans certains cas. Ce sera le cas par exemple lorsque le bien transféré à titre gratuit en faveur de la fiducie est un acquêt ou encore lorsqu'il y a transfert de la résidence familiale⁵³. Par ailleurs, il semble parfaitement légal de retrouver plusieurs constituants pour une même fiducie⁵⁴. Notons toutefois qu'une personne qui augmente le patrimoine fiduciaire par l'apport subséquent de biens n'acquiert pas, de ce fait, le statut de constituant⁵⁵. Généralement, il n'existe qu'un seul constituant dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Cependant, si le bien qui doit être protégé est détenu en indivision, il y aura forcément autant de constituants qu'il y a d'indivisaires.

1.3.2. Le fiduciaire

Peut être fiduciaire d'une fiducie constituée en vertu des règles du *Code civil du Québec*, toute personne physique pleinement capable de même que la personne morale autorisée par la loi⁵⁶. C'est le constituant qui désigne un ou plusieurs fiduciaires au moyen de l'acte constitutif⁵⁷. Lorsque le constituant a omis de procéder à

⁵³ Art. 404, 405, 408 et 462 C.c.Q.

⁵⁴ Aucune disposition du code ne semble s'opposer à ce qu'il y ait plusieurs constituants. D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 769.

⁵⁵ Art. 1293 C.c.Q.

⁵⁶ Art. 1274 C.c.Q.

⁵⁷ Art. 1276 C.c.Q.

cette désignation, le tribunal peut effectuer cette nomination à la demande de tout intéressé⁵⁸. Dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs, le constituant a avantage à désigner des personnes de confiance qui verront à assurer l'affectation de la fiducie dans le respect de ses volontés et des besoins de sa famille. Une gestion saine et fluide de la fiducie permettra au constituant et aux membres de sa famille de continuer à jouir pleinement des biens transférés, avec un minimum d'inconvénients. En conséquence, le constituant a nettement avantage à cumuler le rôle de fiduciaire afin de conserver un certain contrôle sur l'administration fiduciaire, le tout conformément à l'article 1275 C.c.Q.⁵⁹. En supposant l'établissement d'une fiducie discrétionnaire, le constituant pourrait par exemple participer aux décisions concernant les époques de remise de capital ou de revenus, l'élection des bénéficiaires, les empiétements possibles sur le capital, etc. Cependant, le constituant doit agir conjointement avec un fiduciaire indépendant, en d'autres termes étranger à la fiducie⁶⁰. À tort ou raison, il semble que le législateur ait prévu cette disposition afin d'éviter autant que possible la survenance de conflits d'intérêts dans l'administration fiduciaire. Le professeur Beaulne souligne avec raison que cette obligation de nommer un cofiduciaire indépendant risque d'entraîner des inconvénients dans le cadre d'une planification familiale et personnelle comme la fiducie de protection d'actifs⁶¹. On peut supposer que le constituant aurait voulu s'accorder les coudées franches dans l'administration fiduciaire et qu'il se serait bien passé de la présence d'un tiers. Par ailleurs, la professeure Bruneau est d'avis que le code n'exige pas la présence d'un fiduciaire indépendant pour chaque fiduciaire cumulant deux rôles⁶². L'administration de la fiducie de protection d'actifs peut donc néanmoins demeurer une affaire presque strictement familiale si le constituant prend soin d'en accorder le contrôle à une majorité de fiduciaires non indépendants (fiduciaire-bénéficiaire ou fiduciaire-constituant).

⁵⁸ Art. 1277 C.c.Q. ; Le code adopte ainsi le principe de *Common Law* à l'effet que « no trust shall fail for want of a trustee » : la fiducie ne doit pas être paralysée ou annulée du fait de l'omission de la désignation d'un fiduciaire.

⁵⁹ Art. 1275 C.c.Q.

⁶⁰ Art. 1275 C.c.Q. Ce fiduciaire ne doit pas non plus être un bénéficiaire de la fiducie ; voir également : François RAINVILLE, « L'administration du bien d'autrui et le patrimoine d'affectation », dans *R.D./N.S.-Biens - Doctrine – Document 2*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1997, 78 p.

⁶¹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 196, p. 121.

⁶² D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 771. Le professeur Beaulne souscrit d'ailleurs à cette position, voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 191, pp. 174 et 175.

Par contre, nous verrons plus loin au troisième chapitre, que l'ingérence du constituant dans l'administration fiduciaire pourrait peut-être, dans certaines circonstances, atténuer l'efficacité du mécanisme de protection d'actifs. Nous analyserons donc à ce moment la possibilité pour les créanciers du constituant de forcer judiciairement celui-ci à exercer ses pouvoirs à leur avantage et ce, d'une quelconque manière⁶³.

Nous savons que les fiduciaires jouent un rôle crucial et fondamental tout au long de l'existence de la fiducie. D'abord, l'acceptation de leur charge donne officiellement naissance à la fiducie⁶⁴. Ensuite, ils possèdent la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire⁶⁵ ; ils agissent à titre d'administrateurs du bien d'autrui chargés de la pleine administration⁶⁶. Ces règles portant sur l'administration du bien d'autrui régissent communément et de façon complémentaire toute situation où une personne administre des biens qui ne lui appartiennent pas. Il faut donc en tenir compte puisqu'elles complètent les règles spécifiques au domaine fiduciaire. L'article 1306 C.c.Q. énumère les trois fonctions fondamentales de l'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, soit :

- 1) conserver les biens en fiducie ;
- 2) les faire fructifier ;
- 3) accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation ;

le tout en tenant compte des intérêts des bénéficiaires et des buts poursuivis. L'élément « conservation des biens » devra à notre avis occuper une place prédominante dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs puisque le but ultime est que les biens soient protégés de la saisie des créanciers du constituant ou des bénéficiaires ou même de ceux de la fiducie. L'article 1307 C.c.Q. énonce d'une manière générale les pouvoirs fondamentaux qui sont accordés aux fiduciaires, à titre d'administrateurs ayant la pleine administration, afin de réaliser leurs fonctions. Ces derniers ont le pouvoir d'aliéner les biens en fiducie à titre onéreux, de les grever de droit réel, d'en changer la destination ou encore de faire tout autre

⁶³ *Infra*, pp. 75 et 76

⁶⁴ Art. 1264 C.c.Q.

⁶⁵ Art. 1278, al.1 C.c.Q. Barbara MUIR, « La fiducie au Québec », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, mai 1995, p.1 à la page 14 ; Sophie DUCHARME, « Partie C - Panel sur les fiducies », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, p. 1, à la page 7.

⁶⁶ Art. 1278, al.2 et 1306 et 1307 C.c.Q.

acte jugé nécessaire dans l'exécution de leurs obligations et de l'affectation fiduciaire, y compris le pouvoir de faire toutes espèces de placements. Le code prévoit au surplus que les titres relatifs aux biens transférés en fiducie sont établis au nom des fiduciaires, même si aucun droit réel ne leur est accordé⁶⁷. En bout de ligne, il ne fait aucun doute que les fiduciaires de la fiducie de protection d'actifs peuvent agir avec la même latitude à l'égard des biens en fiducie que s'ils en étaient les propriétaires *sui generis*, comme c'était le cas sous l'ancien code.

Des obligations ou devoirs importants se rattachent évidemment à des pouvoirs d'une telle envergure. Dans le cadre de ce texte, il ne convient pas d'en faire une analyse détaillée mais nous tenterons de les examiner brièvement sous la perspective d'une fiducie de protection d'actifs. Tout fiduciaire doit d'abord agir avec prudence et diligence, en respectant les limites de ces pouvoirs et les obligations spécifiques qui lui sont imposées par la loi ou par l'acte constitutif. On ne peut admettre qu'un administrateur du bien d'autrui puisse être autorisé à agir autrement⁶⁸. Ce devoir d'agir de façon prudente et diligente ne pose pas de problème particulier dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Mentionnons seulement que le professeur Beaulne considère le critère comme subjectif et variable, en ce sens qu'il sera évalué différemment en fonction de l'affectation et des capacités et de l'expérience du fiduciaire⁶⁹. Cet auteur apporte toutefois peu de commentaires afin d'expliquer son raisonnement. Avec respect pour cette opinion, nous croyons plutôt que les quelques termes employés à l'article 1309 al. 1 C.c.Q. réfèrent plutôt à un critère objectif et abstrait qui engloberait la notion de « personne raisonnable ». Le critère de compétence n'apparaît nullement dans le libellé de l'article, contrairement à ce que l'on retrouvait dans le projet de loi⁷⁰. Enfin, il est intéressant de constater que l'administrateur est présumé agir de façon prudente et diligente lorsqu'il effectue des placements présumés sûrs, tel qu'énoncés à l'article 1339 C.c.Q.⁷¹. Cette règle n'encourage

⁶⁷ Art. 1261 C.c.Q. Le législateur n'accorde pas aux fiduciaires un droit de propriété sur les biens en fiducie. Comme nous l'avons mentionné au préalable, la notion de propriété *sui generis* développée avant l'entrée en vigueur du nouveau code dans l'arrêt *Royal Trust c. Tucker*, est rejetée catégoriquement.

⁶⁸ Art. 1308 et 1309 C.c.Q. Au sujet de ces devoirs, pour plus de détails, voir : S. DUCHARME, *loc. cit.*, note 65, 15 ; B. MUIR., *loc. cit.*, note 65, 15 ; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 304, p. 185.

⁶⁹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 304, p. 185.

⁷⁰ *Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, c.18, art. 1348.

⁷¹ Art.1343 C.c.Q.

certes pas les fiduciaires à exercer pleinement leurs pouvoirs afin de rentabiliser de façon optimale la fiducie, même s'ils possèdent la capacité d'effectuer toutes espèces de placements aux termes de la loi et de l'acte constitutif.

Le devoir du fiduciaire d'agir avec honnêteté et loyauté dans l'administration fiduciaire, mérite cependant une attention particulière dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs⁷². Ce devoir se traduit par l'obligation du fiduciaire de ne pas détourner les biens en fiducie à son profit et d'agir non pas dans son propre intérêt mais dans celui des bénéficiaires et en tenant compte de l'affectation fiduciaire. Le code précise davantage ces devoirs à l'aide de diverses dispositions plus concrètes portant sur les conflits d'intérêts et sur l'obligation d'impartialité⁷³. Cette exigence imposée au fiduciaire d'être un administrateur honnête et loyal envers la fiducie et ses bénéficiaires peut paraître banale ou s'inférer d'elle-même. Elle comporte néanmoins certaines difficultés pratiques lorsque le fiduciaire est aussi un bénéficiaire de la fiducie, ce qui arrive fréquemment dans une fiducie de protection d'actifs. Prenons pour exemple le cas classique où le constituant se désigne cofiduciaire et bénéficiaire de sa propre fiducie de protection d'actifs. Comment un tel cofiduciaire peut alors composer avec ses devoirs d'honnêteté et de loyauté, lorsque vient le temps de s'attribuer un quelconque avantage dans la fiducie. L'article 1310 al. 2 C.c.Q. précise que l'administrateur bénéficiaire doit exercer ses pouvoirs dans l'intérêt commun et qu'il doit considérer son intérêt au même titre que celui des autres bénéficiaires. Le fiduciaire peut-il alors s'accorder plus d'avantages qu'aux autres bénéficiaires ? S'il détient une faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leurs parts en vertu de l'acte constitutif et conformément à l'article 1282 C.c.Q., a-t-il la latitude nécessaire pour exercer ce pouvoir dans son intérêt personnel ? Notons à ce sujet que l'article 1283 al.2 C.c.Q. énonce que le fiduciaire possédant une telle faculté ne peut le faire à son propre avantage.

La professeure Bruneau est d'avis que l'attribution d'une faculté d'élire à un fiduciaire qui est aussi bénéficiaire constitue une dérogation explicite et légale à la prohibition de l'article 1283 al. 2 C.c.Q. et aux règles portant sur le conflit d'intérêt et sur

⁷² Art. 1309 al. 2 C.c.Q. Au sujet de ces devoirs, pour plus de détails, voir : S. DUCHARME, *loc. cit.*, note 65, 15 ; B. MUIR., *loc. cit.*, note 65, 15 ; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 305 à 317, pp. 185 à 193.

⁷³ Art. 1310 à 1314 C.c.Q. et art. 1317 C.c.Q.

l'impartialité⁷⁴. Selon cette auteure, rien n'empêche alors le fiduciaire de s'attribuer alors de plus grands avantages⁷⁵. Le professeur Brierley abonde dans le même sens mais il croit qu'une clause de dérogation explicite devrait être contenue à l'acte constitutif⁷⁶. Au-delà de la question de la nécessité d'une clause dérogatoire, nous abondons dans le même sens que ces auteurs. La fiducie du *Code civil du Québec* doit se démarquer par sa flexibilité. Le code permet explicitement au constituant de nommer un fiduciaire qui est à la fois un bénéficiaire de la fiducie, à la condition qu'il agisse conjointement avec un fiduciaire indépendant. Si le constituant confère à un tel fiduciaire une faculté d'élire, c'est qu'il le fait en toute connaissance de cause en fondant sa décision sur des bases de confiance. À notre avis, cette position doctrinale sur la portée de l'article 1283 al. 2 C.c.Q. nous révèle que les règles portant sur les conflits d'intérêt et sur l'impartialité doivent être interprétées davantage comme des règles de conduites générales dont il est possible de déroger dans l'acte constitutif. Il est cependant étonnant que la doctrine se soit montrée plus hésitante à savoir si l'acte constitutif pouvait écarter la prohibition de l'article 1312 C.c.Q., lequel interdit le fiduciaire de se porter partie à un contrat touchant les biens administrés. Comment ne pourrait-t-on pas déroger légalement à la prohibition de l'article 1312 C.c.Q. s'il est possible de le faire dans le cas de l'interdiction prévue à l'article 1283 al. 2 C.c.Q. Le professeur Beaulne rapporte pourtant un certain flottement doctrinal à ce sujet⁷⁷. Une auteure croit qu'il est impossible de déroger à cette prohibition dans une fiducie non testamentaire alors que la professeure Bruneau est plutôt d'avis que l'acte constitutif peut valablement permettre au fiduciaire de se porter acquéreur des biens de la fiducie, si les droits des bénéficiaires sont protégés, notamment par l'obligation de verser à la fiducie une contrepartie équivalente à la juste valeur marchande⁷⁸. Notons toutefois que la rédaction de l'article 1312 al. 2 C.c.Q. peut semer certains doutes en énonçant que le bénéficiaire ou le tribunal peut autoriser l'administrateur du bien d'autrui à se porter partie à un contrat impliquant les biens administrés. D'aucuns pourraient voir là une énumération exhaustive qui exclurait le recours à une autorisation explicite dans l'acte constitutif. D'autre part, la

⁷⁴ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 776.

⁷⁵ L'auteure considère toutefois qu'en l'attente d'un jugement, il serait peut-être préférable d'attribuer la faculté d'élire à un tiers indépendant. Voir : *id.* D'un autre côté, nous ne voyons pas quel risque il y aurait de l'accorder à l'ensemble des fiduciaires, devant agir à la majorité ou à l'unanimité, selon l'acte constitutif.

⁷⁶ John.E.C. BRIERLEY, « Powers of appointment in Quebec Civil Law », (1992-93) 95 *R. du N.* 131, 162.

⁷⁷ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 306, pp. 186 et 187.

⁷⁸ B. MUIR, *loc. cit.*, note 65, 17 ; D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 773.

doctrine et la jurisprudence ne semblent pas douter que l'obligation du fiduciaire d'agir de façon impartiale entre les bénéficiaires peut être modulée ou complètement écartée par l'acte constitutif⁷⁹. De toute façon, il serait impossible d'accorder au fiduciaire des pouvoirs discrétionnaires et d'exiger simultanément de ce dernier une parfaite impartialité entre les bénéficiaires de la fiducie, surtout lorsqu'il fait partie de ce groupe.

Examinons maintenant les diverses mesures de contrôle et de surveillance de l'administration fiduciaire dans le cadre de la fiducie de protection d'actifs. Nous n'aborderons pas les mesures sommaires de contrôle qui ne sont pas exclusives à la fiducie, tel la garantie donnée par l'administrateur⁸⁰, l'inventaire⁸¹ et la reddition de compte⁸². Nous n'avons pas de commentaires spécifiques concernant ces mesures en rapport avec la fiducie de protection d'actifs. Par contre, les mécanismes de contrôle et de surveillance mis en place par le législateur aux articles 1287 et suivants C.c.Q. méritent une attention particulière. Le professeur Beaulne rappelle avec justesse que ces dispositions législatives étaient nécessaires afin d'accorder aux personnes intéressées un certain droit de regard sur l'administration fiduciaire, étant donné que seul le fiduciaire détient des pouvoirs sur les biens fiduciaires et qu'aucun n'a de droits réels sur ceux-ci⁸³.

L'administration de la fiducie, qu'elle soit personnelle ou d'utilité privée, est donc soumise en premier lieu à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, mais aussi des bénéficiaires, même éventuels⁸⁴. Les articles 1290 et 1291 C.c.Q. viennent préciser l'étendue du droit de surveillance de ces personnages. L'article 1290 C.c.Q. accorde au constituant, au bénéficiaire ou à toute autre personne intéressée le droit de contraindre le fiduciaire à exécuter ses devoirs et obligations, l'enjoindre à ne pas poser d'acte dommageable à la fiducie ou encore obtenir sa destitution, le tout par voie judiciaire. Il leur permet aussi d'attaquer les actes posés par les fiduciaires en fraude du

⁷⁹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 313, p. 191 ; *St-Louis c. St-Louis*, [1997] R.J.Q. 1099 (C.S.). Dans cette affaire, le juge a validé une clause permettant au fiduciaire d'exercer des options fiscales qui pourraient avantager certains bénéficiaires au détriment des autres.

⁸⁰ Art. 1324 C.c.Q.

⁸¹ Art. 1324 C.c.Q.

⁸² Art. 1351 et 1363 C.c.Q.

⁸³ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 377, p. 235.

⁸⁴ Nous reviendrons sur la notion de bénéficiaire éventuel dans la prochaine section.

patrimoine fiduciaire ou des droits des bénéficiaires. L'article 1291 C.c.Q. énonce finalement que ces mêmes personnes peuvent être autorisées en justice à agir en lieu et place du fiduciaire s'il refuse d'agir, néglige de le faire ou en est empêché. L'attribution soudaine de ces droits de surveillance « à tout intéressé » nous paraît particulièrement intéressante. Il est d'ailleurs étrange qu'il n'en soit pas fait mention à l'article 1287 C.c.Q. qui est une disposition plus générale. Qui donc pourrait se qualifier de personne intéressée à la fiducie aux termes de ces articles ? Le professeur Beaulne considère que l'expression peut viser le curateur d'un bénéficiaire non conçu d'une fiducie personnelle⁸⁵, le curateur public ou tout organisme de surveillance dont l'article 1288 C.c.Q. fait état. Toutefois, l'auteur convient d'emblée que le libellé de l'article pourrait entraîner une interprétation beaucoup plus large et donner à un tiers la possibilité de justifier un tel intérêt⁸⁶. Nous croyons pour notre part que les termes employés sont assez larges pour inclure le créancier du constituant ou celui d'un bénéficiaire de la fiducie de protection d'actifs. Par exemple, nous sommes d'avis que l'article 1290 C.c.Q. permettrait au créancier d'un bénéficiaire insolvable et possédant des droits actuels dans les revenus et/ou dans le capital de la fiducie, de contraindre le fiduciaire à remettre audit bénéficiaire les avantages prévus, pour ensuite en effectuer la saisie⁸⁷. Le créancier pourrait également enjoindre le fiduciaire de s'abstenir de faire tout geste qui serait dommageable au patrimoine fiduciaire et donc indirectement aux créanciers des bénéficiaires. En effet, il nous semble difficile de nier à un tel créancier un intérêt sérieux et légitime dans l'administration fiduciaire, surtout lorsque le fiduciaire refuse de remettre au bénéficiaire, au motif qu'il est insolvable, des avantages qui lui sont dus en vertu de l'acte constitutif ou encore lorsque le fiduciaire sabote volontairement l'administration fiduciaire afin de nuire aux créanciers.

D'autre part, l'administration des fiducies d'utilité privée ou sociale peut également être soumise à la surveillance de personnes et organismes désignés par la loi⁸⁸. Puisque la fiducie de protection d'actifs cumule à notre avis deux espèces, soit fiducie personnelle et d'utilité privée, elle pourrait éventuellement être soumise à ce régime

⁸⁵ Art. 1289 C.c.Q.

⁸⁶ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 384, p. 241.

⁸⁷ Nous verrons davantage cet aspect au chapitre portant sur la protection des créanciers, ainsi que la combinaison possible avec l'action oblique prévue à l'article 1627 C.c.Q.

⁸⁸ Art. 1287 al. 2 et 1288 C.c.Q.

de surveillance institutionnel. Pour le moment toutefois, aucune disposition législative complémentaire ne vient désigner de tels organismes ni n'en précise les pouvoirs. Par ailleurs, on peut se demander quel organisme serait bien placé pour effectuer la surveillance d'une fiducie de protection d'actifs. Comme le souligne le professeur Beaulne, on peut certes imaginer que la Commission des valeurs mobilières ou l'inspecteur général des institutions financières pourrait s'occuper de surveiller les fiducies d'investissement. La Régie des rentes du Québec pourrait facilement contrôler les fiducies de retraite⁸⁹. Toutefois, nous voyons mal quel organisme, à part peut-être le curateur public, pourrait jouer ce rôle efficacement dans le cas de la fiducie de protection d'actifs. En outre, nous nous questionnons sur l'opportunité d'une telle mesure de surveillance dans le cadre d'une planification si personnelle et familiale. Les bénéficiaires d'une fiducie de retraite ou d'investissement sont trop nombreux et possèdent souvent trop peu de connaissances ou d'expérience pour surveiller adéquatement la gestion fiduciaire ; ce n'est toutefois pas le cas des bénéficiaires d'une fiducie de protection d'actifs qui possèdent plusieurs attributs de la fiducie personnelle. Il sera intéressant de voir si le législateur dispensera la fiducie de protection d'actifs de ce type de surveillance. En tout état de cause, advenant le cas où la fiducie de protection d'actifs serait officiellement soumise à cette mesure, l'organisme éventuellement désigné par la loi devra recevoir du fiduciaire une déclaration indiquant la nature, l'objet et la durée de la fiducie ainsi que le nom et adresse du fiduciaire. Cet organisme aura accès à tous les dossiers de la fiducie et pourra obtenir du fiduciaire tout compte ou information, en sus des recours prévus aux articles 1290 et 1291 C.c.Q.⁹⁰.

Examinons maintenant les responsabilités que peuvent encourir les fiduciaires d'une fiducie de protection d'actifs. Nous aborderons en premier lieu la responsabilité fiduciaire à l'égard des tiers qui contractent avec le patrimoine fiduciaire. Le seul article spécifique à la fiducie et concernant cet aspect est l'article 1292 C.c.Q., lequel traite plus particulièrement de l'acte frauduleux. Cette disposition peut avoir des impacts considérables dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Elle énonce que le fiduciaire, le constituant et même le bénéficiaire, peuvent être tenus solidairement responsables, s'ils y participent, des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou du

⁸⁹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 387, p. 243.

constituant ou du patrimoine fiduciaire. C'est donc dire que le fiduciaire, tout comme le bénéficiaire ou le constituant, risque d'engager sa responsabilité personnelle si la fiducie de protection d'actifs ne constitue pas une planification légitime mais plutôt un instrument ayant pour objet de frauder les créanciers du constituant. C'est le cas notamment lorsque le constituant, déjà insolvable, utilise ce mécanisme afin de soustraire frauduleusement ses biens à ses créanciers. L'article 1292 C.c.Q. avantage ainsi les créanciers du constituant ou de la fiducie de deux façons. D'abord, les créanciers se voient accorder une protection accrue en cas d'acte frauduleux puisqu'ils ont potentiellement des débiteurs supplémentaires et solidaires entre eux. Soulignons en effet que le recours unique contre le constituant qui a effectué le transfert frauduleux serait souvent illusoire puisque les biens ne se retrouvent plus dans son patrimoine et que certaines conditions doivent être rencontrées afin que les créanciers récupèrent ces biens. Ensuite, il y a fort à parier qu'une telle disposition va jouer un important rôle dissuasif. Plusieurs personnes vont en effet hésiter à participer à l'élaboration d'une planification frauduleuse ou douteuse, et ce à quelque titre que ce soit, à cause du risque d'encourir une responsabilité personnelle. Il est cependant intéressant de se demander de quelle façon seront interprétés les termes « s'ils y participent ». Le ministre, dans ses commentaires, énonce sans grand limpidité que cette règle de droit cherche à retenir la responsabilité du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire qui se seraient immiscés dans les affaires de la fiducie⁹¹. Est-ce que le fiduciaire ou le bénéficiaire d'une fiducie de protection d'actifs frauduleuse doit nécessairement connaître ce caractère frauduleux pour engager sa responsabilité en vertu de cette disposition ? En d'autres termes, les créanciers du constituant doivent-ils prouver que le fiduciaire ou le bénéficiaire savait que le transfert des biens en fiducie avait pour but de les frauder et qu'il a tout de même accepté sciemment d'administrer la fiducie ou d'en retirer des avantages ? D'aucuns pourraient prétendre que le libellé de l'article a une portée plus large. Ainsi, certains pourraient croire qu'il est suffisant pour le créancier de démontrer, par exemple, que le fiduciaire a accepté la charge et a participé à l'administration de la fiducie frauduleuse, même s'il n'était pas au courant du caractère frauduleux du transfert initial des biens. Dans le cas du bénéficiaire et avec ce même raisonnement, ce dernier pourrait engager sa responsabilité s'il est seulement prouvé

⁹⁰ Art. 1288 C.c.Q.

⁹¹ MINISTRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires. Le Code civil du Québec*, tome 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 770.

qu'il a accepté des avantages d'une telle fiducie. À notre avis, l'article 1292 C.c.Q. exige une participation intentionnelle à l'acte frauduleux. Pour engager la responsabilité personnelle et solidaire du fiduciaire ou du bénéficiaire d'une fiducie de protection d'actifs frauduleuse, il faudrait donc démontrer que le fiduciaire a accepté la charge de l'administration fiduciaire alors qu'il savait que le transfert initial était frauduleux à l'égard des créanciers ou encore que le bénéficiaire a accepté de recevoir des avantages de la fiducie tout en connaissant également le caractère frauduleux. Il nous apparaît déraisonnable qu'un fiduciaire, même s'il a participé à l'administration de la fiducie et qu'il s'y est immiscé considérablement étant donné son rôle, supporte une responsabilité aussi importante lorsque l'acte frauduleux a été fait à son insu au préalable. Il faut cependant admettre qu'il sera difficile parfois pour le fiduciaire de démontrer qu'il ne connaissait pas le caractère frauduleux d'un transfert en faveur d'une fiducie de protection d'actifs lorsque ce fiduciaire est un proche du constituant et qu'il retire un quelconque avantage de la fiducie.

D'autre part, il y a lieu de s'interroger sur la portée de cette responsabilité solidaire. Imaginons l'exemple suivant. M. X, constituant de la fiducie, est endetté pour 200,000 \$ envers ses créanciers et il est dans l'incapacité de rembourser ce qu'il doit. Sachant sa situation précaire et craignant que des recours soient entrepris contre ses biens, il transfère des biens pour une valeur de 100,000 \$ dans une fiducie de protection d'actifs, administrée par M. Z, fiduciaire, qui connaît bien le caractère frauduleux du stratagème. L'article 1292 C.c.Q. rend-il le fiduciaire responsable solidairement envers les créanciers pour le montant total de la créance, soit 200,000 \$ ou pour un montant équivalant à la valeur des biens transférés frauduleusement, soit 100,000 \$? L'article 1292 C.c.Q. précise que le fiduciaire ou le bénéficiaire qui a participé à l'acte frauduleux est responsable de cet acte, non pas de la créance totale du constituant. À notre avis, la responsabilité de M. Z doit donc se limiter à 100,000\$, ce qui représente la valeur des biens soustraits volontairement et frauduleusement du patrimoine du constituant au détriment de ses créanciers .

Si l'on fait exception de l'article 1292 C.c.Q. qui traite spécifiquement de l'acte frauduleux, le fiduciaire n'est pas responsable envers les tiers des actes qu'il pose au cours de son administration, en autant qu'il respecte les limites des

pouvoirs qui lui sont octroyés dans l'acte constitutif ou en vertu de la loi⁹². En cas contraire, le fiduciaire est le seul responsable des obligations qu'il a contracté envers le tiers. Sa responsabilité est toutefois écartée si le tiers possédait une connaissance suffisante de l'étendue des pouvoirs du fiduciaire ou si l'acte est par la suite ratifié par le bénéficiaire ou encore si ce dernier tire un avantage de l'acte posé. Le fiduciaire doit également toujours agir au nom du patrimoine fiduciaire, en sa qualité d'administrateur du bien d'autrui⁹³. S'il contracte des obligations en son nom personnel, il entraîne alors sa responsabilité personnelle sous réserve des recours possibles des tiers contre le patrimoine fiduciaire.

Il est entendu que le fiduciaire assume également une responsabilité à l'égard du patrimoine fiduciaire et des bénéficiaires s'il n'administre pas la fiducie en respectant ses devoirs et obligations mentionnées à l'acte constitutif et dans la loi. En vertu des principes généraux de responsabilité civile, le fiduciaire peut ainsi être tenu à des dommages et intérêts envers les bénéficiaires ou le patrimoine fiduciaire s'il commet une faute leur causant des préjudices⁹⁴. En outre, le fiduciaire a le devoir de remettre aux bénéficiaires les avantages qui leur sont accordés suivant les modalités de l'acte constitutif⁹⁵.

Pour en finir sur la responsabilité fiduciaire, nous désirons attirer l'attention du lecteur sur quelques points non négligeables. En premier lieu, l'article 1334 al. 1 C.c.Q. rend chacun des coadministrateurs solidairement responsables des actes posés au cours de l'administration fiduciaire⁹⁶. Au surplus, les articles 1335 et 1336 C.c.Q. établissent une présomption d'approbation des décisions prises par les coadministrateurs. Cela signifie qu'afin de renverser la présomption, l'administrateur dissident ou absent doit manifester sa dissidence et en aviser les bénéficiaires dans un délai raisonnable. D'autre part, le tribunal peut prendre en considération le fait que le fiduciaire exerce sa charge gratuitement dans l'évaluation des dommages et intérêts, s'il y a faute en cours d'administration. Notons enfin que le fiduciaire est tenu d'indemniser le patrimoine

⁹² Art. 1320 et 1321 C.c.Q.

⁹³ Art. 1319 C.c.Q.

⁹⁴ Art. 1457 et 1318 C.c.Q.

⁹⁵ Art. 1284 C.c.Q.

⁹⁶ Il existe évidemment une exception à ce principe lorsque l'acte constitutif ou le tribunal divise ou segmente l'administration fiduciaire. Chaque fiduciaire n'est alors responsable que de sa propre administration. Voir l'article 1334 al. 2 C.c.Q..

fiduciaire pour tout usage fait sans autorisation d'un bien en fiducie, soit en payant un loyer approprié ou soit l'intérêt sur le numéraire, selon le cas⁹⁷. Dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs, où l'on retrouve souvent des fiduciaires qui sont à la fois des bénéficiaires, il y a lieu de permettre expressément à ces derniers, dans l'acte constitutif, de jouir gratuitement des biens qui ont été transférés dans la fiducie.

1.3.3. Les bénéficiaires

Généralement, il existe des bénéficiaires déterminés ou déterminables dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs type. La plupart du temps, les bénéficiaires désignés à l'acte constitutif sont le constituant et/ou son conjoint et/ou ses enfants et/ou certains autres proches. N'est-ce pas en effet afin de favoriser sa sécurité financière et celle de sa famille que le constituant établit ce mécanisme ? N'est-ce pas le but ultime de cette planification que de remettre éventuellement, en faveur du constituant et/ou de ses proches, les actifs qu'on a voulu, au départ, protéger de la saisie des créanciers ? La présence de bénéficiaires est donc presque systématique dans les circonstances. Il est toutefois possible d'imaginer quelques rares exemples où il n'existerait aucun bénéficiaire déterminé ou déterminable d'une fiducie de protection d'actifs. Un constituant, propriétaire d'un terrain ayant une valeur écologique considérable, pourrait par exemple décider de le transférer en faveur d'une fiducie, avec un montant d'argent suffisant pour en assurer l'entretien, dans le but de le protéger d'un changement de vocation ou d'une contamination suite à une saisie par des créanciers. Dans un tel cas, ce peut être le public en général et les amateurs de la nature qui bénéficient ultimement de la planification, lorsqu'il n'y a pas de bénéficiaire désigné à l'acte constitutif. Ce sera donc le public qui retirera un profit indirect de la « mise en protection » du terrain écologique.⁹⁸

Mais peu importe l'identité des bénéficiaires de la fiducie de protection d'actifs, ces derniers doivent d'abord rencontrer les conditions prévues à l'acte

⁹⁷ Art. 1366 C.c.Q.

⁹⁸ Rappelons que l'article 1260 C.c.Q. ne rend pas la présence du bénéficiaire essentielle à l'établissement de la fiducie.

constitutif, le cas échéant. Par exemple, le constituant pourrait prévoir que le bénéficiaire doit être solvable pour recevoir certains avantages de la fiducie. D'autre part, le bénéficiaire de la fiducie de protection d'actifs constituée à titre gratuit doit aussi respecter, à l'ouverture de son droit, les qualités requises pour recevoir par donation⁹⁹. Ces qualités particulières posent peu de difficultés et concernent surtout les mineurs et majeurs protégés. Elles sont énoncées aux articles 1814 et 1815 C.c.Q.

D'autre part, il peut sembler étrange que le constituant ait la possibilité de se désigner bénéficiaire de sa propre fiducie de protection d'actifs. D'aucuns prétendront que le vieil adage « donner et retenir ne vaut » perd ainsi toute sa raison d'être. Toutefois, force est d'admettre qu'il est souvent d'un grand intérêt pour le constituant de pouvoir continuer à jouir et à profiter des biens transférés ou encore de recevoir les revenus qu'ils génèrent. Le constituant d'une fiducie de protection d'actifs désire certes protéger ses actifs de la saisie de créanciers éventuels mais il cherchera également à maintenir un certain niveau de vie pendant la durée de la fiducie. L'article 1281 C.c.Q. permet donc de réaliser ces objectifs puisqu'il énonce que le constituant peut se réserver le droit de recevoir, en totalité ou en partie, les fruits et revenus et/ou le capital et/ou tout autre avantage de la fiducie, même constituée à titre gratuit. L'article 1297 C.c.Q. ajoute qu'à défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie doivent être remis au constituant ou à ses héritiers. L'article 1281 C.c.Q. semble contredire l'article 1822 C.c.Q., lequel énonce que toute donation entre vifs stipulée révocable suivant la seule discrétion du donateur est nulle. Le transfert à titre gratuit de biens en faveur d'une fiducie de protection d'actifs doit-il alors être considéré comme une curieuse exception à ce principe, lorsque le constituant se désigne par exemple le seul et unique bénéficiaire de la fiducie ? En d'autres termes, la donation fiduciaire révocable est-elle désormais permise ?

D'un côté, il faut admettre que le constituant possède beaucoup de latitude dans la rédaction et l'élaboration de l'acte constitutif de fiducie. Il est vrai que l'article 1281 C.c.Q. permet au constituant de transférer ses actifs en fiducie tout en prévoyant à l'avance que la totalité des revenus et du capital lui reviendront à des moments

⁹⁹ Art. 1279 C.c.Q.

déterminés et ce, sans s'assujettir à la discrétion d'un fiduciaire ou d'un tiers. Vu sous cet angle, il peut sembler que le constituant prévoit dès le départ un caractère révocable à la fiducie par le biais de l'acte constitutif. Par ailleurs, il faut bien comprendre que le transfert des biens en faveur du patrimoine fiduciaire implique un réel dessaisissement de ces actifs pour le constituant. Ce dernier ne possède plus de droit de propriété, ni aucun droit réel, sur les biens suite au transfert¹⁰⁰. Dès l'acceptation du fiduciaire, la fiducie doit être administrée conformément aux règles énoncées à l'acte constitutif et à la loi ; le constituant ne peut plus mettre un terme à la fiducie ou changer unilatéralement les règles qui la gouverne pas plus qu'il ne peut contrôler à lui seul l'administration fiduciaire¹⁰¹. En outre, il ne recevra des avantages de la fiducie que si l'acte constitutif le prévoit ou si les fiduciaires exercent en sa faveur une discrétion ou une faculté d'élire qui leur est accordée dans l'acte, le cas échéant. De cette perspective, le vieil adage reprend sa signification. Le transfert en faveur de la fiducie est donc bel et bien irrévocable mais l'article 1281 C.c.Q. permet d'obtenir en contrepartie une flexibilité qui peut être attrayante pour le constituant, surtout dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Enfin, il est à noter que le droit de retour ultime prévu en faveur du constituant à l'article 1297 C.c.Q. ne rend pas toutes les fiducies révocables. Cette disposition vise ni plus ni moins à régler à l'avance des cas d'impasses ou des remises inutiles de biens en faveur de l'État¹⁰².

Le bénéficiaire possède en quelque sorte un droit personnel de créance à l'égard des avantages prévus à l'acte constitutif. Le bénéficiaire déterminé ou déterminable est en droit de recevoir et d'exiger des fiduciaires la prestation des avantages qui lui est accordé en vertu de l'acte constitutif, mais uniquement selon les modalités et les conditions qui y sont prévues, le cas échéant¹⁰³. Dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs, il est fréquent de constater que le constituant accorde aux fiduciaires le pouvoir de déterminer les parts des bénéficiaires dans les revenus et/ou le capital de la fiducie ainsi que les époques de remise de ces parts. Par souci de rendre le mécanisme encore plus souple et efficace, le constituant peut même octroyer aux fiduciaires une faculté d'élire les

¹⁰⁰ Art. 1261 C.c.Q.

¹⁰¹ Art. 1294 C.c.Q. et 1275 C.c.Q.

¹⁰² L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:22.

¹⁰³ Art. 1284 et 1280 C.c.Q.

bénéficiaires¹⁰⁴. Cette faculté permet aux fiduciaires de choisir parmi un ensemble de bénéficiaires potentiels, celui ou ceux qui recevront, au moment opportun, les avantages prévus à l'acte constitutif¹⁰⁵. Grâce à ces pouvoirs discrétionnaires, les fiduciaires peuvent faire en sorte de ne pas remettre des avantages au bénéficiaire devenu insolvable et ce, tant et aussi longtemps que dure son insolvabilité. En conséquence, les créanciers des bénéficiaires ne peuvent, en principe, espérer mieux que de forcer les fiduciaires à exercer leurs pouvoirs dans les délais prévus à l'acte. Les créanciers ne peuvent toutefois obliger les fiduciaires à utiliser leur discrétion dans un sens ou dans l'autre, afin de saisir par la suite les avantages versés¹⁰⁶. Les bénéficiaires potentiels n'ont en fait que des droits hypothétiques qui sont sujets à la décision des fiduciaires. Cela ne vient pas en contradiction avec l'article 1265 C.c.Q. qui prévoit que l'acceptation du fiduciaire suffit à rendre certain le droit du bénéficiaire. Cette disposition sert tout simplement à lier le constituant aux règles du jeu qu'il a lui-même établies¹⁰⁷. Elle n'assure pas au bénéficiaire de recevoir un quelconque avantage dans la fiducie. Par ailleurs, nous sommes d'avis que le bénéficiaire potentiel possède un intérêt suffisamment sérieux dans la fiducie pour se qualifier de bénéficiaire éventuel au sens de l'article 1287 C.c.Q.. Nous sommes donc d'avis qu'un tel bénéficiaire a le pouvoir de surveiller l'administration fiduciaire et qu'il a accès aux recours prévus aux articles 1290 et 1291 C.c.Q..

Quant au droit d'option du bénéficiaire d'une fiducie de protection d'actifs, à la transmissibilité de son droit de bénéficiaire ou aux conséquences d'une renonciation, nous ne désirons pas nous y attarder outre mesure. Peu de commentaires spécifiques concernant ces aspects s'appliquent à la fiducie de protection d'actifs. Qu'il soit suffisant de faire un simple tour d'horizon. En premier lieu, le code précise que le bénéficiaire d'une fiducie à titre gratuit est présumé avoir accepté le droit qui lui est accordé¹⁰⁸. Cette disposition s'harmonise avec l'article 633 C.c.Q. qui prévoit, en

¹⁰⁴ L'article 1282 C.c.Q. permet en effet au constituant de se réserver ou de conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. Le constituant doit toutefois désigner une catégorie de bénéficiaires potentiels parmi lesquels le choix doit être effectué, étant donné que la fiducie de protection d'actifs se veut une fiducie personnelle et/ou d'utilité privée. Cela s'appelle communément la faculté d'élire limitée.

¹⁰⁵ Art. 1282 C.c.Q.

¹⁰⁶ Nous discuterons davantage de ce point au deuxième chapitre de ce texte ; voir : *Infra*, p. 64 et suiv..

¹⁰⁷ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 251, p. 151.

¹⁰⁸ Art. 1285 C.c.Q.

matière successorale, une acceptation présumée du successible qui, connaissant sa qualité, ne renonce pas à ses droits dans le délai légal de délibération. Il est aussi prévu que le bénéficiaire d'une fiducie peut disposer de son droit, que ce droit soit actuel, potentiel ou éventuel. Afin de restreindre la transmissibilité du droit du bénéficiaire, il est cependant possible d'insérer à l'acte constitutif une stipulation d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité si la fiducie de protection d'actifs est établie par donation ou encore un droit de préemption, peu importe que la fiducie soit constituée à titre gratuit ou à titre onéreux¹⁰⁹. Le bénéficiaire de la fiducie de protection d'actifs qui désirent renoncer à ses avantages doit le faire par acte notarié en minute sous peine de nullité¹¹⁰. En cas de renonciation ou de caducité de son droit, le droit du bénéficiaire accroît aux cobénéficiaires des revenus et/ou du capital, selon qu'il est lui-même bénéficiaire des revenus et/ou du capital ; s'il est le dernier bénéficiaire dans son ordre, son droit passe alors aux bénéficiaires des revenus du second ordre, s'il y lieu ou à défaut, aux bénéficiaires du capital¹¹¹. Cette disposition proscrit à notre avis toute remise anticipée du capital en faveur des bénéficiaires du capital, en cas de renonciation de la part du dernier bénéficiaire des revenus du second ordre. C'est exclusivement le droit aux revenus qui passe aux bénéficiaires du capital dans une telle éventualité. Cela ne donne pas le droit aux bénéficiaires du capital de recevoir les biens en fiducie avant le terme prévu à l'acte constitutif. Il faudra recourir à la requête en terminaison de fiducie prévue à l'article 1294 C.c.Q. afin de remettre par anticipation les biens en fiducie en faveur des bénéficiaires du capital.

En principe, le bénéficiaire d'une fiducie n'encourt aucune responsabilité à l'égard des tiers pour les préjudices que ces derniers pourraient subir au cours de l'administration fiduciaire. Cela est tout à fait normal puisque le bénéficiaire occupe un rôle passif dans l'administration de la fiducie. En fait, le législateur impute au patrimoine fiduciaire une responsabilité si l'administrateur a causé par sa faute un préjudice dans l'exercice de ses fonctions¹¹². La responsabilité est cependant limitée aux avantages

¹⁰⁹ Art. 1285, 1212 et 2649 C.c.Q.

¹¹⁰ Art. 1285, al. 2 C.c.Q.

¹¹¹ Art. 1286 C.c.Q.

¹¹² Art. 1322 C.c.Q.

retirés par le bénéficiaire de l'acte fautif. Il ne faut pas oublier d'autre part que le bénéficiaire est solidairement responsable, avec le fiduciaire et le constituant le cas échéant, des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou de la fiducie¹¹³. Nous avons expliqué auparavant combien cette disposition peut avoir un impact considérable dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs illégitime¹¹⁴.

1.4. Terminaison et modifications de la fiducie de protection d'actifs

Une foule de circonstances imprévisibles peuvent surgir au cours de l'administration fiduciaire. La souplesse et la flexibilité de la rédaction de l'acte constitutif ne suffisent pas toujours à assurer la poursuite des objectifs de la fiducie lorsque de tels événements surviennent subitement. Des modifications à l'acte constitutif ou même la terminaison de la fiducie doivent parfois être envisagées afin de faire face à ces nouvelles circonstances. Le *code civil du Québec* prévoit désormais des dispositions particulières relativement à la terminaison et à la modification de la fiducie¹¹⁵. Le législateur attribue un rôle nouveau et étendu au tribunal dans ce domaine puisqu'il lui appartient de consentir ou de refuser toute modification ou mise à terme de la fiducie, à la demande d'un intéressé. Le *Code civil du Bas-Canada* accordait au tribunal des pouvoirs limités en matière fiduciaire. Les articles 981 c) 981 d) et 981 l) permettaient au tribunal de statuer exclusivement sur des demandes visant à interpréter l'acte constitutif ou encore à remplacer ou à destituer des fiduciaires. Lorsque des circonstances nouvelles rendaient la fiducie inadéquate aux fins de réaliser les objectifs fiduciaires, seule une loi d'intérêt privé pouvait résoudre le problème. Face à ce manque de flexibilité, plusieurs québécois ont procédé à la constitution de fiducies régies par des juridictions de *Common Law*, lesquelles permettaient déjà des recours judiciaires en modification.

Le *Code civil du Québec* traite quant à lui de la question de la terminaison et de la modification de la fiducie, peu importe son espèce, dans le même article,

¹¹³ Art. 1292 C.c.Q.

¹¹⁴ *Supra*, p. 27.

¹¹⁵ Art. 1294 et 1295 C.c.Q.

ce qui peut engendrer une certaine confusion. D'abord, le premier alinéa de l'article 1294 C.c.Q. énonce que le tribunal peut, à la demande d'un intéressé, mettre fin à une fiducie si cette dernière a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but visé. Par ailleurs, en vertu du deuxième alinéa de l'article 1294 C.c.Q., le tribunal a également le pouvoir de modifier les dispositions de l'acte constitutif, sans mettre fin à la fiducie. Pour ce faire, le tribunal doit considérer que la fiducie répond toujours à la volonté du constituant mais que des modifications permettraient de mieux respecter cette volonté ou encore favoriseraient l'accomplissement de la fiducie.

Notre intention est d'aborder les points essentiels de la terminaison et de la modification des fiducies dans le cadre particulier de la fiducie de protection d'actifs, sans toutefois analyser de façon exhaustive toutes les problématiques reliées à ce sujet¹¹⁶. Il importe de savoir notamment si le constituant, le fiduciaire ou le bénéficiaire peuvent exercer une influence quelconque à cet égard, une fois que la fiducie de protection d'actifs est établie et en cours d'administration.

1.4.1. La terminaison de la fiducie

Le code prévoit bien sûr d'autres circonstances mettant un terme à la fiducie, autres que la terminaison par voie judiciaire. L'arrivée du terme de la fiducie, l'avènement de la condition prévue à l'acte constitutif, l'atteinte de l'objectif fiduciaire ou encore la renonciation de tous les bénéficiaires, qu'ils soient actuels, éventuels ou potentiels, tant des revenus que du capital, sont autant de facteurs pouvant mettre un terme à la fiducie¹¹⁷. Puisque le constituant décide du terme de la fiducie, ou en d'autres mots du moment de la remise du capital au bénéficiaire ultime, on peut affirmer qu'il contrôle la durée de la vie de la fiducie de protection d'actifs au moment de la rédaction de l'acte constitutif. Par exemple, le constituant peut prévoir que la fiducie prendra fin suite à son décès, lorsque le plus jeune de ses enfants au premier degré aura atteint dix-huit ans

¹¹⁶ Pour une étude plus détaillée de cette question, voir le texte de Julie LORANGER, « Modification d'un acte de fiducie », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification financière et successorale, 1998, p. 1 à 36.

¹¹⁷ Art. 1296 C.c.Q.

accomplis, moment où le fiduciaire devra leur remettre la capital. Mais que peut faire le constituant s'il ne désire plus que les biens qu'il possédait soient détenus en fiducie à l'abri de ses créanciers ? Peut-il mettre un terme à la fiducie si le mécanisme de protection d'actifs ne le satisfait pas et ainsi retrouver le plein contrôle sur ses actifs ?

L'article 1294 C.c.Q. est le seul article traitant de la mise à terme de la fiducie, outre les autres circonstances mentionnées à l'article 1296 C.c.Q. Le mécanisme prévu est judiciaire. Or, dans ce processus de terminaison judiciaire de la fiducie, la volonté première du constituant s'avère le critère prédominant. Constatons d'emblée que le terme « première », contenu au premier alinéa de l'article 1294 C.c.Q., semble exclure *a contrario* la prise en considération par le tribunal de la volonté subséquente du constituant, laquelle volonté peut être exprimée au cours de l'administration fiduciaire. Cela constitue un élément important dans le contexte d'une fiducie entre vifs comme la fiducie de protection d'actifs : le constituant ne pourrait plus en principe influencer à lui seul le sort de la fiducie. Ainsi, le constituant non satisfait du mécanisme de protection d'actifs et désirant à nouveau administrer seul ses actifs, ne devrait pas convaincre le tribunal de terminer la fiducie pour ces raisons. En fait, il s'agit là d'un changement de volonté du constituant, d'un volte-face postérieur à la constitution de la fiducie, qui ne devrait pas être pris en considération par le tribunal¹¹⁸. Rappelons que l'acceptation du fiduciaire dessaisit irrévocablement le constituant des biens affectés. Il est donc normal que le constituant ne puisse mettre un terme à la fiducie de façon unilatérale ou encore par voie judiciaire, en invoquant simplement au tribunal un changement subit de volonté. Par ailleurs, et même en prenant pour acquis que le créancier du constituant se qualifie d'intéressé au sens de l'article 1294 C.c.Q., la terminaison judiciaire de la fiducie ne constitue pas le recours approprié pour récupérer les actifs en fiducie. Encore une fois, le tribunal doit se contenter de vérifier si la fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, et non pas se demander si le transfert cause un préjudice illégitime aux créanciers.

¹¹⁸ *Poirier c. De Coste*, J.E. 97-1742 (C.S). Dans cette décision, le tribunal refuse avec justesse d'ajouter un bénéficiaire né après la création de la fiducie.

Par ailleurs, il n'est pas toujours aisé de cerner la volonté première du constituant. C'est pourquoi une rédaction claire de l'acte constitutif, notamment une détermination précise de l'affectation ou des objectifs de la fiducie, contribue à mieux définir cette volonté. Notons que la jurisprudence majoritaire ne se limite pas aux seuls termes de l'acte constitutif afin de cerner la volonté du constituant¹¹⁹. Cette attitude des tribunaux va dans le sens des règles générales d'interprétation des contrats contenues au code civil¹²⁰. Un jugement récent affirme toutefois que cette volonté doit être reflétée uniquement dans l'acte constitutif, le juge se refusant de considérer tout élément extérieur¹²¹. Nous espérons que cette décision soit considérée comme isolée et qu'elle ne soit pas suivie par d'autres tribunaux¹²².

La jurisprudence actuelle portant sur la terminaison judiciaire de la fiducie est encore peu nombreuse. Il demeure difficile d'anticiper la portée de l'article 1294 C.c.Q. et comment seront interprétés les termes « cessé de répondre à la volonté première du constituant ». Par ailleurs, en utilisant le terme « notamment », le législateur semble permettre à tout intéressé d'invoquer des raisons autres que des « circonstances inconnues ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie », afin de mettre un terme à la fiducie. Il faudra voir quels arguments ou événements seront jugés pertinents par les tribunaux afin qu'ils accueillent une requête en terminaison de la fiducie. On peut d'emblée penser que les arguments économiques seront les plus convaincants, comme en témoigne la rédaction de l'article 1294 C.c.Q.¹²³. Ainsi, le constituant désirant mettre un terme à sa fiducie de protection d'actifs pourrait peut-être obtenir satisfaction auprès du tribunal s'il démontre par exemple que les coûts d'administration sont exorbitants, rendant illusoire la poursuite des objectifs et injustifié le maintien de la fiducie.

¹¹⁹ *Id.* ; *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.).

¹²⁰ Art 1425 et suiv.. C.c.Q. L'article 1425 C.c.Q. énonce que l'on doit rechercher l'intention des parties et non s'arrêter au sens littéral des termes utilisés.

¹²¹ *Poirier c. De Coste*, précité, note 118.

¹²² Voir à cet égard l'opinion de Me Julie Loranger, dans J. LORANGER, *loc. cit.*, note 116, 8.

¹²³ *id.*, 9.

Il apparaît que l'article 1294 C.c.Q. revêt un caractère d'ordre public et que le recours au tribunal semble la seule façon de terminer une fiducie qui ne semble plus répondre à la volonté première du constituant¹²⁴. Lorsqu'un intéressé exerce ce recours, le tribunal doit vérifier si la demande répond adéquatement aux critères retenus par le législateur. Ainsi, il ne serait pas permis au constituant, au fiduciaire ou au bénéficiaire de terminer unilatéralement la fiducie, même d'un commun accord. L'ensemble des bénéficiaires ne peut par exemple, convenir de mettre un terme à la fiducie, sans égard à l'affectation fiduciaire, à la volonté du constituant et à celle du fiduciaire. La règle de *Common Law*, appelée communément *Saunders c. Vautier* et qui permet justement aux bénéficiaires de faire cela, n'est pas applicable en droit civil selon une doctrine nettement majoritaire¹²⁵. La doctrine est cependant plus nuancée à savoir si l'acte constitutif peut accorder au fiduciaire le pouvoir de mettre fin unilatéralement à la fiducie, selon son entière discrétion ou selon des paramètres préétablis¹²⁶. Le professeur Beaulne, après une analyse des arguments militant en faveur ou défaveur de cette possibilité, est d'avis que le silence du législateur empêche l'attribution au fiduciaire de ce pouvoir de vie ou de mort sur la fiducie¹²⁷.

Bien que nous soyons en accord avec l'opinion du professeur Beaulne, il nous semble prématuré de conclure que seule l'avenue judiciaire peut servir à terminer une fiducie. L'auteure Julie Loranger rappelle en effet que le premier mode de terminaison d'une fiducie s'inscrit souvent dans le contexte des pouvoirs fiduciaires¹²⁸. Dans le cadre d'une fiducie discrétionnaire, lorsque les fiduciaires détiennent le pouvoir de remettre le capital aux moments jugés par eux opportuns, en totalité ou en partie, ou encore le pouvoir d'empiéter de la même façon sur le capital, ils possèdent en bout de ligne la faculté de mettre fin à la fiducie à leur entière discrétion. Lorsqu'il n'existe plus de biens dans le patrimoine fiduciaire, la fiducie de protection d'actifs n'a plus aucune raison

¹²⁴ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 456 à 468, pp. 288 à 296.

¹²⁵ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 465, p. 294 ; J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3, 774 ; D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 792.

¹²⁶ J. LORANGER, *loc. cit.*, note 116, 26 ; André MORISSETTE, « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, p. 13 :1, à la page 13 :26 ; ces auteurs semblent favorables à l'octroi d'un tel pouvoir en faveur du fiduciaire, sans toutefois identifier la source de ce pouvoir.

¹²⁷ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 459 à 463, pp. 290 à 293.

¹²⁸ J. LORANGER, *loc. cit.*, note 116, 10.

d'exister. Notons que ces pouvoirs importants ont toujours été reconnus au Québec par les tribunaux et par la doctrine majoritaire, en matière de fiducie régie par l'ancien code ; nous croyons *a fortiori* que la fiducie du *Code civil du Québec*, une institution qui se veut plus souple et renouvelée, laisse place à la reconnaissance de tels pouvoirs. Le constituant d'une fiducie de protection d'actifs pourrait ainsi récupérer en tout temps ses droits sur les actifs en fiducie si les fiduciaires possèdent de tels pouvoirs discrétionnaires et que le constituant s'est désigné parmi les bénéficiaires potentiels du capital. Notons toutefois que la décision de « vider la fiducie » n'appartient pas au seul constituant mais plutôt aux fiduciaires, dont peut faire partie le constituant. À défaut de retrouver ces pouvoirs dans l'acte constitutif, le recours judiciaire prévu à l'article 1294 C.c.Q. devient la voie obligatoire afin de mettre fin à une fiducie.

Lorsque la fiducie prend fin, les biens de la fiducie doivent être remis à ceux qui y ont droit, conformément à l'article 1297 C.c.Q.¹²⁹. En cas de terminaison judiciaire de la fiducie de protection d'actifs, et même si l'affectation de la fiducie ne s'est pas pleinement réalisée, nous croyons que le fiduciaire doit alors remettre immédiatement et par anticipation le capital aux bénéficiaires mentionnés à l'acte. Si le bénéficiaire n'est pas encore conçu, le curateur à la fiducie pourrait exercer alors les droits du bénéficiaire, conformément à l'article 1289 C.c.Q., la fiducie de protection d'actifs possédant les caractéristiques de la fiducie personnelle. S'il existe plusieurs bénéficiaires potentiels, dont la certitude des droits est soumise à l'exercice d'une faculté d'élire, le tribunal devra enjoindre le fiduciaire d'exercer immédiatement le pouvoir discrétionnaire.

Finalement, il peut être intéressant de traiter brièvement des effets pervers que peut entraîner la renonciation du droit de tous les bénéficiaires d'une fiducie de protection d'actifs. L'article 1296 C.c.Q. prévoit qu'une telle renonciation en bloc met fin à la fiducie. En cas de décès du constituant, les bénéficiaires d'une fiducie de protection d'actifs (lesquels seraient aussi les héritiers du constituant décédé) pourraient utiliser une telle disposition afin de s'approprier en pleine propriété les biens en fiducie et ce, bien avant

¹²⁹ Art. 1297 C.c.Q. À ce niveau, rappelons l'impact de l'article 1279 C.c.Q. qui préserve le droit d'un bénéficiaire à naître dans un futur éloigné par la simple présence d'une autre bénéficiaire du même ordre au moment de l'ouverture de cet ordre de bénéficiaires. D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 786.

le terme prévu à l'acte constitutif. Le constituant peut cependant prévoir cette situation en identifiant les bénéficiaires subsidiaires dans l'éventualité d'une renonciation globale ayant comme seul objectif de contourner le mécanisme fiduciaire.

1.4.2. La modification judiciaire de la fiducie.

Tout comme en matière de terminaison de la fiducie, la volonté du constituant se veut le critère déterminant lorsqu'une requête en modification est présentée devant un tribunal. Le code ne précise pas toutefois s'il s'agit toujours de la volonté « première » du constituant. Ce dernier pourra-t-il en conséquence influencer une modification de la fiducie en invoquant au tribunal des volontés subséquentes ? Il est permis d'en douter. Il serait en effet étonnant que le législateur ait voulu que soit pris en considération la volonté subséquente du constituant en cas de modification de la fiducie mais non en cas de terminaison. En tout cas, aucune raison logique nous apparaît supporter la thèse d'un traitement différent. L'omission du mot « première » au deuxième alinéa ne serait donc, à notre avis, qu'un pur oubli ou encore une volonté du législateur d'éviter de se répéter. En tout état de cause, nous verrons dès à présent que le constituant ne pourra jamais modifier l'acte constitutif unilatéralement, une fois la fiducie établie.

En effet, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut en rapport avec la terminaison de la fiducie, le caractère impératif de l'article 1294 C.c.Q. n'admet pas de modification initiée de manière unilatérale ou de l'accord commun du constituant, du fiduciaire et des bénéficiaires. Le constituant ne pourrait-il pas cependant accorder au fiduciaire, dans l'acte constitutif et en toute connaissance de cause, le pouvoir de modifier la fiducie advenant l'arrivée de certains événements et ce, sans l'intervention du tribunal ? *A priori*, il peut sembler souhaitable que cela soit permis, surtout si l'on considère la volonté du législateur de faire de la fiducie un outil flexible. En outre, on peut ajouter que les bénéficiaires et le constituant disposent de mesures de surveillance de l'administration fiduciaire qui devraient les protéger des cas d'abus, si jamais ce pouvoir était exercé de mauvaise manière par le fiduciaire¹³⁰.

¹³⁰ Art. 1287 et suiv. C.c.Q.

Toutefois, rappelons que le code est silencieux relativement à la légalité de tels pouvoirs fiduciaires, que ce soit des pouvoirs de terminaison ou de modification. En outre, le professeur Beaulne soutient qu'une telle clause, accordant au fiduciaire le pouvoir de modifier la fiducie à sa discrétion ou selon certaines balises préétablies, irait encore plus loin que ne le permet par ailleurs la *Common Law*¹³¹. Devant tant d'incertitude quant à la légalité d'une telle clause et en attendant un éclaircissement jurisprudentiel, les fiduciaires auront tout intérêt à utiliser, pour leur propre protection, la procédure judiciaire prévue. Nous croyons cependant utile que le constituant précise à l'acte constitutif les circonstances qui pourraient exiger une demande de modification au tribunal. Une telle clause faciliterait certes la tâche du fiduciaire et lui permettrait de mieux réaliser l'affectation fiduciaire¹³².

Par ailleurs, d'autres proposent une autre méthode qui permettrait d'éviter l'application de l'article 1294 C.c.Q., soit la « rédaction d'un contrat accessoire » entre le constituant et le fiduciaire. Ce contrat contiendrait les éléments non essentiels à l'établissement de la fiducie mais susceptibles de connaître des modifications. Ce contrat accessoire n'étant pas l'acte constitutif, le recours prévu à l'article 1294 C.c.Q. ne serait donc pas nécessaire afin d'y apporter des modifications. L'auteure Diane Bruneau a déjà souligné l'utilité d'admettre une telle méthode dans notre droit, surtout en rapport avec les fiducies dites commerciales, comme les fiducies d'investissement¹³³. Est-ce alors une piste de solution afin de permettre une modification plus facile de la fiducie de protection d'actifs ? Rien n'est moins certain. Une autre auteure a déjà affirmé que la notion de contrat accessoire s'intègre mal au cadre juridique particulier de la fiducie québécoise. Ses propos se limitent exclusivement à la fiducie personnelle mais rappelons que la fiducie de protection d'actifs possède cette qualification¹³⁴. Nous croyons également que les rapports

¹³¹ En *Common Law*, le pouvoir de modification du fiduciaire doit être expressément octroyé à l'acte constitutif et il est soumis à la surveillance du tribunal qui jugera de l'utilité des changements et qui protégera les intérêts des bénéficiaires. Voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 409, p. 259.

¹³² Julie BOULANGER, « Le Code civil du Québec et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992) 14 *Revue de planification fiscale et successorale* 645, 648. L'auteure affirme en effet que rien dans le code n'empêche le constituant de préciser ces circonstances à l'acte constitutif.

¹³³ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 792.

¹³⁴ J. LORANGER, *loc. cit.*, note 116, 6 à 8.

entre les personnages de la fiducie ne peuvent se définir adéquatement à l'aide du droit classique des obligations. Il est donc difficile d'admettre l'existence d'un contrat et d'une relation « créancier-débiteur » entre le constituant et le fiduciaire. Le professeur Beaulne ajoute qu'admettre un tel procédé permettrait indûment au constituant d'intervenir à tout moment en cours d'administration fiduciaire et de négocier avec le fiduciaire de nouvelles conditions plus avantageuses. Cela viendrait en effet à l'encontre des dispositions du code qui accordent les coudées franches au fiduciaire en cours d'administration et qui limitent les recours du constituant aux mesures de contrôle et de surveillance prévues aux articles 1290 et 1291 C.c.Q.¹³⁵.

Notons enfin que le législateur n'a pas retenu la volonté des bénéficiaires comme critère recevable dans le cadre d'une modification judiciaire à la fiducie. À cet égard, la fiducie québécoise se démarque de la fiducie de *Common Law* où les bénéficiaires actuels et éventuels, d'un commun accord, peuvent initier devant le tribunal une entente de modification ou de terminaison de la fiducie¹³⁶. En résumé, le pouvoir judiciaire de *Common Law* consiste à acquiescer à la convention signée par tous les bénéficiaires majeurs et capables. Ce pouvoir est généralement prévu dans les *Variation of Trusts Acts*, lesquelles législations diffèrent quelque peu d'une province à l'autre¹³⁷. La solution adoptée par le code est donc fort différente mais en pratique, il y a fort à parier que les tribunaux québécois considéreront sérieusement l'opinion et les intérêts des bénéficiaires. Ces derniers doivent d'ailleurs être avisés de la demande en justice¹³⁸.

Il faut donc bien comprendre que le constituant de la fiducie de protection d'actifs ne peut changer impunément les règles du jeu une fois la fiducie établie. Par exemple, si le constituant n'a pas accordé la faculté d'élire au fiduciaire dans l'acte constitutif et qu'il considère que ce pouvoir pourrait permettre de mieux protéger les actifs en fiducie contre une saisie effectuée par les créanciers d'un bénéficiaire insolvable, la

¹³⁵ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, no 416, p. 262.

¹³⁶ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 791. Cette considération de la volonté des bénéficiaires est permise en vertu de la notion de *beneficial ownership*, propre à la *Common Law*.

¹³⁷ Voir à titre d'exemple en Ontario la *Loi sur la modification des fiducies*, L.R.O. 1990, c. V.1.

¹³⁸ Art. 1295 C.c.Q.

procédure judiciaire de l'article 1294 C.c.Q. devra être respectée¹³⁹. Afin d'acquiescer à la demande, le tribunal devra considérer que cette augmentation de pouvoirs permettra de respecter davantage la volonté première du constituant ou encore de favoriser l'accomplissement des objectifs de la fiducie. De prime abord, nous croyons qu'une telle demande pourrait être accueillie favorablement par le tribunal mais la décision du tribunal dépendra des faits de chaque cause. Le constituant sera donc prudent de ne pas trop miser sur cette procédure et de prévoir à l'avance, à l'acte constitutif, les mesures appropriées qui permettront la réalisation de ses objectifs de protection d'actifs. Notons que la rédaction large de l'article 1294 C.c.Q. semble laisser place à de multiples modifications à l'acte fiduciaire, en autant que les conditions mentionnées soient rencontrées. Ainsi, le nombre de fiduciaires, la durée de la fiducie, la loi applicable à la fiducie sont autant d'éléments qui pourraient faire l'objet d'une requête en modification. On peut penser qu'une requête en modification visant à minimiser les impacts fiscaux d'une fiducie pourrait aussi être accueillie par le tribunal¹⁴⁰.

Au niveau strictement procédural, mentionnons que la demande en justice visant à modifier ou à terminer la fiducie de protection d'actifs se fait sous forme de requête¹⁴¹. Le constituant (ou le liquidateur de sa succession), le fiduciaire et les bénéficiaires doivent être avisés de la demande, ainsi que tout organisme de surveillance désigné par la loi, le cas échéant¹⁴².

1.5. Règles de droit international privé

Le constituant de la fiducie de protection d'actifs a la possibilité de désigner expressément à l'acte la loi applicable à la fiducie constituée au Québec¹⁴³. Le choix d'une loi étrangère applicable à la fiducie peut s'avérer parfois une planification efficace. Certaines législations étrangères rendent la tâche plus ardue aux créanciers du constituant qui voudraient attaquer le transfert en fiducie. Cette disposition accentue le

¹³⁹ Nous reviendrons plus longuement sur la question de l'insolvabilité des bénéficiaires au deuxième chapitre de ce texte. Voir : *Infra*, p. 72 et suiv..

¹⁴⁰ D. BRUNEAU, *loc. cit.*, note 19, 791 et 792.

¹⁴¹ Art. 367 L.A.

¹⁴² Art. 1295 C.c.Q.

¹⁴³ Art. 3107 et 3108 C.c.Q.

caractère flexible de la fiducie québécoise car elle permet au constituant d'adopter la législation qui lui sied le mieux, considérant ses objectifs particuliers et le contexte dans lequel il se situe. Le choix de la loi applicable peut également se faire de manière implicite s'il résulte de façon certaine des dispositions de l'acte. Des éléments de la fiducie susceptibles d'être isolés de façon distincte (comme l'administration de la fiducie, ses conditions de validité, son interprétation, etc.) peuvent être régis par des lois différentes.

Au-delà de ces généralités, il nous apparaît important d'émettre deux commentaires à l'égard du choix de la loi applicable en matière de fiducie de protection d'actifs. D'abord, la fiducie qui ne présente aucun élément d'extranéité demeure soumise aux dispositions impératives de la loi de l'État qui s'appliquerait en l'absence de désignation contraire¹⁴⁴. Prenons l'exemple d'un constituant québécois qui transfère en fiducie des biens situés au Québec, au bénéfice de bénéficiaires québécois. Afin d'obtenir une protection optimale, imaginons que le constituant ait l'idée de désigner la loi des Bahamas applicable à la fiducie. Ce constituant, qui a eu vent des avantages liés au choix de cette juridiction, croit que ses créanciers auront plus de mal à invalider le transfert en fiducie et à récupérer les biens en cas de contestation. La planification n'aura pourtant pas le degré de protection voulu puisque il n'existe dans l'exemple aucun élément d'extranéité. Les biens, les bénéficiaires, le fiduciaire et le constituant sont tous situés au Québec. L'acte constitutif est de surcroît signé au Québec. Les lois québécoises et canadiennes visant à protéger les créanciers du constituant contre les transferts effectués en fraude de leurs droits, comme la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹⁴⁵, continueront donc de s'appliquer à la fiducie en raison de leur caractère impératif. Au surplus, les créanciers n'auront pas de mal à saisir les actifs situés au Québec si le transfert est jugé frauduleux par le tribunal québécois.

En second lieu, on ne peut passer sous silence le fait que certains auteurs doutent ou ont douté de l'exportabilité de la fiducie québécoise¹⁴⁶. La juridiction étrangère dont la législation a été choisie par le constituant pour régir la fiducie pourrait-elle

¹⁴⁴ Art. 3111 C.c.Q.

¹⁴⁵ L.C. 1992, c. 27 (ci-après parfois citée « L.F.I. »). Voir à cet égard le troisième chapitre de ce texte.

¹⁴⁶ Voir à titre d'exemple : Jeffrey TALPIS et Micheal MCAULEY, « The Quebec trust in the Real world », dans *Actes des Journées louisianaises de l'Institut d'études juridiques supérieures / Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992, p. 55, aux pages 64 et suiv.

hésiter à reconnaître la fiducie constituée au Québec à cause de la notion particulière de « patrimoine d'affectation » ? Étant donné qu'il ne serait pas avisé de mettre en péril l'efficacité du montage de protection d'actifs, certains auteurs conseillent de constituer la fiducie de protection d'actifs sous l'égide de la juridiction de *Common Law* pressentie, en utilisant les principes et méthodes de constitution reconnus en matière de *trust*¹⁴⁷. Toutefois, s'il faut admettre que le domaine des fiducies transfrontalières de protection d'actifs a été occupé et développé dans son ensemble par le droit anglo-américain, nous croyons que la fiducie québécoise, grâce à ses nombreux atouts, pourra peu à peu y prendre sa place.

¹⁴⁷ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3, 746.

CHAPITRE 2. UTILITÉ ET EFFICACITÉ DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS ET FACTEURS COMPARATIFS

Il nous apparaît intéressant d'étudier brièvement les autres modes de protection d'actifs disponibles en droit québécois. Un tel exercice peut permettre de mieux cerner les particularités et les richesses du véhicule fiduciaire. Il faut comprendre que le champ d'application de la fiducie québécoise a seulement été élargi depuis peu et qu'il n'est pas encore dans nos moeurs de l'utiliser comme mécanisme de protection d'actifs. D'autres moyens plus communs sont habituellement envisagés au préalable. D'ailleurs, la compagnie ou la société par actions, constitue un véhicule populaire, surtout dans le monde des affaires ; il limite notamment le risque que l'entrepreneur doit supporter personnellement dans l'aventure commerciale. La société civile, à moindre titre cependant, contribue également à circonscrire la responsabilité des partenaires d'affaires. D'autres mécanismes ou notions juridiques, comme la division du patrimoine ou la ségrégation d'actifs peuvent aussi assurer une certaine forme secondaire de protection d'actifs. Les Régimes Enregistrés d'Épargne Retraite (ci-après appelés « REER ») ou autres régimes de retraite deviennent des outils non négligeables de protection du patrimoine si le véhicule financier choisi par le cotisant respecte certaines conditions précises. Évidemment, il n'est pas l'objet de ce texte de traiter de manière exhaustive de tous ces modes de protection d'actifs. Il convient cependant d'en tracer à tout le moins un portrait sommaire. Comme nous l'avons mentionné, le fait de conserver une vision plus globale du sujet nous permettra peut-être de mieux comprendre l'apport de la fiducie dans ce domaine.

2.1. Les autres modes de protection d'actifs

2.1.1. Le droit des compagnies ¹⁴⁸

La compagnie ou la société par actions se veut un véhicule juridique fortement utilisé et dont les avantages et inconvénients sont désormais bien connus

¹⁴⁸ Pour plus de détails sur toute la question de la personnalité juridique distincte de la compagnie, voir : Paul MARTEL et Maurice MARTEL, *La compagnie au Québec - volume 1 - Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, pp. 1-23 et suiv.

des juristes¹⁴⁹. L'incorporation permet parfois de bénéficier d'avantages fiscaux mais aussi de mettre à l'abri les actifs personnels des actionnaires de l'entreprise. Prenons l'exemple d'un individu voulant démarrer une entreprise commerciale relativement hasardeuse. Il est certes prêt à investir du temps, des efforts et des sommes d'argent dans l'aventure mais il veut également éviter que tout son patrimoine personnel soit en péril si jamais les affaires s'avéraient mauvaises. Résumons donc les éléments essentiels de la compagnie dans un cadre de protection d'actifs.

C'est le principe sacro-saint de la personnalité juridique distincte de la personne morale qui attribue à la compagnie un atout majeur au niveau de la protection des actifs personnels des actionnaires et administrateurs. L'indépendance de la personne morale vis-à-vis ses membres constitue d'ailleurs la base et le fondement même de tout le droit des compagnies. La célèbre affaire *Salomon c. A. Salomon et co*¹⁵⁰ fut la première décision jurisprudentielle à reconnaître avec vigueur ce grand principe. Le *Code civil du Québec* l'a récemment codifié en énonçant que les personnes morales sont distinctes de leurs membres et que leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi¹⁵¹. Ces exceptions législatives servent à établir, dans certaines circonstances particulières, des liens de droit entre la compagnie et ses actionnaires ou administrateurs ou encore des liens de droit entre ces derniers et des tiers. Les juristes appellent communément cette recherche de liens juridiques le « soulèvement du voile corporatif ». Les dispositions contenues à la *Loi sur les compagnies*¹⁵² ou à la *Loi sur les sociétés canadiennes par actions*¹⁵³ et qui imposent aux administrateurs d'une compagnie une responsabilité personnelle dans certaines circonstances, sont des cas frappants de « levée de voile ». Par exemple, le paiement de dividendes ou l'octroi d'une aide financière par la compagnie à un de ses actionnaires, en contravention aux tests de solvabilité prévus, peut entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs ayant autorisé ledit acte¹⁵⁴. Il existe également

¹⁴⁹ Deux lois peuvent principalement régir les corporations au Québec : *Loi sur les compagnies, précitée*, note 8 ; *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), c. C-44 (ci-après parfois citée « L.S.A. »).

¹⁵⁰ [1897] A.C. 22.

¹⁵¹ Art. 309 C.c.Q.

¹⁵² *Précitée*, note 149.

¹⁵³ *Précitée*, note 149.

¹⁵⁴ Art. 123.66 à 123.69 et 123.70 à 123.71 L.C.Q. ; Art. 44, 45, 189 (2) L.S.A.

une foule de dispositions législatives, à caractère civil ou pénal, qui permettent des recours directs contre les dirigeants de compagnies ; ces dispositions sont généralement introduites afin d'empêcher les dirigeants de se soustraire indûment à des obligations statutaires par le biais de l'utilisation d'une personne morale. Il s'agit souvent de cas où le législateur recherche l'identité des personnes physiques ayant réellement commis les infractions. À titre d'exemple la *Loi sur la qualité de l'environnement*¹⁵⁵ permet de rechercher la responsabilité pénale des administrateurs et celle de la personne morale ayant déversé une quantité illégale de contaminants dans l'environnement. Comme les amendes prévues en cas de condamnation personnelle des administrateurs peuvent s'avérer importantes, les actifs personnels de ces derniers risquent alors d'être sensiblement affectés¹⁵⁶.

Certaines décisions jurisprudentielles ont également autorisé le « soulèvement du voile corporatif », même en l'absence de dispositions législatives le permettant. En fait, la plupart de ces jugements possèdent un parfum d'équité. Les tribunaux scrutent en effet minutieusement les montages corporatifs qui permettraient à une personne physique de se soustraire frauduleusement à une condamnation. Ils n'hésiteront pas, dans ces circonstances, à faire fi de la personnalité juridique distincte de la corporation afin d'établir la responsabilité de l'actionnaire, de l'administrateur ou du dirigeant. La majorité de ces décisions concerne cependant des compagnies contrôlées par un actionnaire unique. Les tribunaux ne veulent pas qu'une compagnie soit utilisée comme instrument d'un seul individu, afin que ce dernier puisse en toute impunité poser des gestes à caractère délictuel ou pénal¹⁵⁷. L'aspect problématique de certaines de ces décisions réside toutefois

¹⁵⁵ L.R.Q., c. Q-2, art. 109.3 et 113.

¹⁵⁶ Voir aussi : *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 35 ; *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 45 et suiv. ; Ces lois permettent de traiter deux compagnies comme un seul et même employeur lorsqu'elles sont intimement liées. *Loi sur le bâtiment*, L.R.Q., c. B-1.1 ; Cette loi fait en sorte qu'une compagnie désirant obtenir une licence d'entrepreneur général doit être habilitée par des personnes physiques répondant à des critères bien précis ; La *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C., (1985) 5^e supp. c. 1 et mod. (ci-après parfois citée « L.I.R. ») fait également bien peu de cas du voile corporatif, en certaines circonstances ; voir : par. 245 et 247 (2) L.I.R. ; On pourrait continuer longtemps cette liste d'exceptions législatives au principe de la personnalité distincte de la compagnie.

¹⁵⁷ On appelle d'ailleurs communément cette situation, la théorie de l'alter ego, c'est-à-dire la compagnie qui se veut l'alter ego d'une personne et qui existe principalement afin de permettre à un individu de contrevenir à des obligations légales ou contractuelles. Voir à titre d'exemples, les cas de fausses représentations, mauvaise foi et détournement rendant un actionnaire personnellement responsable : *Industrielle et Financière Holding Genève S.A. c. Hydroforce Québec Ltée*, J.E. 98-844 (C.S.) ; Voir également : *Pilon Ltée c. Boivin*, J.E. 94-1155.

dans le recours à un pouvoir judiciaire dont la source juridique apparaît nébuleuse. En effet, d'autres notions juridiques moins abstraites et arbitraires, comme le mandat, la société, le cautionnement, la stipulation pour autrui, l'intention frauduleuse ou la complicité peuvent habituellement servir afin de tenir l'actionnaire unique solidairement responsable des actes de la compagnie, dans certaines circonstances. De cette façon, on ne touche pas indûment au principe de l'autonomie et de la personnalité juridique distincte de la compagnie. La question du « soulèvement du voile corporatif » porte en réalité, la plupart du temps, sur l'existence ou non d'un lien de droit entre le tiers, la compagnie et la personne qui la contrôle ; ce lien de droit devrait pouvoir être établi, le cas échéant, à l'aide des principes ordinaires de droit civil ou pénal ou encore à l'aide de dispositions légales spécifiques¹⁵⁸.

L'article 317 C.c.Q. n'apporte pas, dans l'ensemble, de modifications notables à ce principe, le législateur cherchant plutôt à codifier le droit antérieur en cette matière. Cette disposition prévoit en effet que la personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi lorsque cette personne morale est utilisée pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public. En fait, il semble que l'article 317 C.c.Q. vise essentiellement les compagnies détenues par un actionnaire unique ou par un groupe restreint d'actionnaires, lorsque la compagnie se veut un paravent illégitime¹⁵⁹. Cette disposition sert donc à établir un lien de droit entre le tiers et l'actionnaire, lien qui ne peut être démontré par d'autres principes de droit ou que la personnalité juridique distincte de la compagnie empêche d'établir *a priori*. Elle ne constitue pas une source additionnelle de responsabilité pour les administrateurs. Ces derniers demeurent assujettis aux responsabilités suivantes :

- 1) les responsabilités statutaires ;

¹⁵⁸ P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 148, p. 1-55.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 1-79. La compagnie est donc visée par l'article 317 C.c.Q. si elle sert à masquer l'une des infractions qui y sont prévues.

- 2) la responsabilité extra-contractuelle lorsqu'ils commettent une faute en agissant en leur nom personnel ou en agissant en dehors de leurs fonctions et ce, en vertu des principes généraux de responsabilité civile énoncés à l'article 1457 C.c.Q.¹⁶⁰ ;
- 3) la responsabilité contractuelle, lorsqu'un lien contractuel est établi¹⁶¹.

Bref, le principe de la personnalité juridique distincte de la personne morale, malgré les nuances et les limites exposées précédemment, rend très attrayante l'utilisation de la compagnie, ne serait-ce que pour « diviser le risque financier ». Les créanciers de la compagnie ne peuvent, en principe, attaquer le patrimoine personnel de l'actionnaire ou de l'administrateur. À l'inverse, les créanciers de l'actionnaire ou de l'administrateur ne peuvent saisir les biens de la corporation. Cependant, si un lien de droit est établi entre le créancier de la compagnie et l'actionnaire, si le « voile corporatif » est soulevé pour une quelconque raison ou encore si l'actionnaire est poursuivi par un créancier personnel, les actions de la compagnie, comme tous biens du patrimoine de l'actionnaire, sont alors des biens saisissables par le créancier corporatif ou personnel selon le cas. Ces actions représentent généralement la valeur de l'entreprise ou des biens transférés à la compagnie. Ainsi, un individu qui transfère certains actifs en faveur d'une compagnie dans le but principal de les protéger de la saisine de ses créanciers n'atteindra pas, en général, ses objectifs avec succès. Les actions de roulement, qui sont la plupart du temps émises en contrepartie du transfert des actifs en faveur de la compagnie, ne sont pas à l'abri d'une saisie par les créanciers de leur détenteur. Ces actions sont rachetables au gré du détenteur et leur valeur de rachat représente dans l'ensemble la valeur des actifs cédés à la compagnie. Si des actions participantes sont émises en faveur du débiteur, de ses enfants et/ou de son conjoint, ces actions demeurent également saisissables par leurs créanciers respectifs en cas d'insolvabilité.

L'efficacité du véhicule corporatif est donc soumise à certaines limites au niveau de la protection d'actifs. La compagnie peut certes servir, dans le cadre

¹⁶⁰ L'administrateur agit comme le mandataire de la personne morale en vertu de l'article 321 C.c.Q. Il n'encourt donc en principe aucune responsabilité lorsqu'il agit à l'intérieur de ses fonctions et dans les limites des pouvoirs qui lui sont accordés ; Art. 2157 et 2158 C.c.Q.

¹⁶¹ P. MARTEL et M. MARTEL, *op. cit.*, note 148, p. 1-79.

d'une aventure commerciale, à diviser le risque financier mais son efficacité nous apparaît limitée lorsqu'il s'agit de l'employer dans un seul but de protection d'actifs.

2.1.2. La société du code civil

La société en nom collectif ou en commandite peut se révéler une alternative intéressante afin de permettre à des partenaires d'exploiter ensemble une entreprise. Comparativement à la corporation par exemple, la société de personnes est constituée avec des formalités minimales et à moindre coût. Afin de conclure en l'existence d'une société de personnes, il suffit que des personnes décident d'exercer ensemble une activité, dans un esprit de collaboration, par le biais d'une mise en commun de biens, de connaissances ou d'efforts, et que leur intention soit de partager les bénéfices qui résultent de cette activité¹⁶². Le contrat de société peut être écrit mais aussi verbal ou tacite. Une fois formée, la société est simplement tenue de s'immatriculer selon les dispositions des lois relatives à la publicité légale des sociétés¹⁶³. Au point de vue fiscal, l'utilisation d'une société peut aussi représenter certains avantages dans la mesure où des pertes sont encourues dans l'entreprise ; les associés peuvent alors déduire les pertes de leurs revenus personnels, la société n'étant pas un contribuable au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁶⁴. Analysons maintenant le degré de responsabilité des associés de la société vis-à-vis les créanciers de cette dernière. En d'autres termes, les actifs des associés sont-ils à l'abri d'une saisie des créanciers éventuels de l'entreprise ? Les associés peuvent-ils diviser le risque financier par le biais de ce véhicule juridique ? Pour tenter de répondre à ces questions, nous devons nous interroger sur certains aspects fondamentaux de la société :

- 1) détient-elle une personnalité juridique distincte ?
- 2) peut-elle détenir un patrimoine propre, distinct de celui de ses membres ?

¹⁶² Art. 2186 C.c.Q.

¹⁶³ Art. 2189 C.c.Q. Voir aussi la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45.

¹⁶⁴ Précitée, note 156.

Il nous apparaît utile, dans le cadre de ce texte, d'étudier brièvement ces questions. D'abord, le législateur a décidé de ne pas octroyer, du moins de manière explicite, la personnalité juridique distincte à la société de droit civil, bien que cette reconnaissance ait été prévue préalablement aux projets de loi. Il semble que le législateur soit demeuré muet sur cette question principalement pour des raisons fiscales¹⁶⁵. Malgré tout, la rédaction du code nous porte à croire que la société possède bel et bien un patrimoine propre et distinct de celui de ses membres. À titre d'exemple, l'article 2199 C.c.Q. précise que l'apport de biens en faveur de la société est réalisé par le transfert des droits de propriété ou de jouissance¹⁶⁶ et par la mise des biens à la disposition de la société. D'autres attributs de la personnalité juridique sont également octroyés en faveur de la société : elle a un nom, peut ester en justice sous ce nom et peut être poursuivie sous ce nom¹⁶⁷. Pourtant, un jugement récent de la Cour supérieure conclut que la société ne peut légalement détenir des actifs à titre de propriétaire étant donné que la qualité de personne morale ne lui a pas été accordée par la loi de manière expresse¹⁶⁸. Dans cette affaire, le juge Barakett s'appuie cependant sur la jurisprudence visant les sociétés du *Code civil du Bas Canada*¹⁶⁹. Or, il n'existe plus, avec l'arrivée du Code civil du Québec, une corrélation aussi systématique entre le patrimoine et la personnalité juridique. Le droit classique de la propriété, qui implique que toute personne soit détentrice d'un seul et unique patrimoine, lequel ne peut se concevoir sans sujet, a récemment perdu sa rigidité. Le droit des fiducies n'est-il pas d'ailleurs un autre exemple de ce changement conceptuel.

Cette décision de la Cour supérieure peut-elle porter atteinte à l'efficacité de la société comme véhicule juridique ? Si les associés ne peuvent valablement transférer la propriété des actifs en faveur de la société, peuvent-ils alors diviser efficacement le risque financier ? En d'autres termes, qu'est-ce qui empêche les créanciers de la société de poursuivre les associés personnellement et de saisir les biens composant leur patrimoine,

¹⁶⁵ En qualifiant la société de personne morale, les associés risqueraient de ne plus pouvoir déduire les pertes de la société de leurs propres revenus.

¹⁶⁶ C'est nous qui soulignons.

¹⁶⁷ Art. 2189 et 2225 C.c.Q.

¹⁶⁸ *Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc. et al.*, C.S. Québec, no 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, j. Barakett.

¹⁶⁹ *Ville de Québec c. Cie d'Immeuble Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.) ; *Lévesques c. M.F.Q. - Vie*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.).

y compris ceux servant à l'exploitation de l'entreprise de la société, si cette dernière ne peut détenir de patrimoine et si elle ne bénéficie pas de la personnalité juridique distincte. À l'inverse, rien ne semble alors empêcher les créanciers personnels des associés de saisir les biens devant constituer l'apport à la société, si aucun transfert de propriété n'est légalement réalisé en sa faveur. L'article 2221 C.c.Q. vient toutefois préciser les rapports de la société et des associés envers les tiers : les associés sont tenus solidairement des obligations contractées pour le service ou l'exploitation d'une entreprise de la société ; cependant, les créanciers de la société peuvent les poursuivre seulement après avoir discuté les biens de la société¹⁷⁰ ; même alors, les biens de l'associé ne sont affectés au paiement des créanciers de la société qu'après paiement de ses créanciers personnels¹⁷¹. La rédaction de cette autre disposition semble elle aussi indiquer, *a priori* du moins, que la société détient son propre patrimoine. Comment conserver un raisonnement juridique logique avec toutes ces contradictions, du moins apparentes ? Nous verrons plus loin qu'une solution au problème réside peut-être dans la notion de division de patrimoine¹⁷². En tout état de cause, nous sommes d'avis que la question du patrimoine de la société demeure toujours en suspens et qu'elle devra éventuellement être éclaircie¹⁷³.

En résumé, la société de droit civil, malgré certaines nébulosités juridiques, accorde expressément une protection à ses membres, une sorte de responsabilité limitée, semblable à celle qui existe en droit des compagnies mais sous une forme mitigée. Les créanciers personnels d'un associé pourraient tenter de saisir la part de ce dernier en cas

¹⁷⁰ C'est nous qui soulignons.

¹⁷¹ L'article 2221 C.c.Q. est toutefois muet relativement aux créanciers personnels de l'associé. On peut se questionner sur les recours qu'ils peuvent avoir contre les biens qui constituent l'apport en faveur de la société.

¹⁷² Voir : Charlène BOUCHARD, « La société en nom collectif : personne morale, patrimoine distinct ou patrimoine d'affectation ? », (1997) 6 *Entracte* 11, 13. Nous verrons cette notion au prochain paragraphe.

¹⁷³ Il est à noter que cette question entraîne aussi des conséquences fiscales importantes. On n'a qu'à penser à l'impact des droits de mutation lors de l'apport d'un immeuble en faveur de la société. Si un transfert de propriété est effectivement réalisé en faveur de la société, des droits de mutations risquent d'être exigibles sur la totalité de la base d'imposition de l'immeuble. Si l'on considère plutôt que des droits indivis ont été transférés en faveur des coassociés, les droits de mutations ne porteront que sur la base d'imposition de ces droits indivis. Si la société possède un patrimoine, la vente de parts sociales n'entraîne aucun droit de mutation alors qu'à l'inverse, l'on considérera que la vente de parts implique une vente de droits indivis dans l'immeuble.

d'insolvabilité¹⁷⁴. D'aucuns prétendront que les créanciers personnels pourraient même saisir les droits indivis que détiendrait un associé dans les biens qui constituent l'apport de la société, si l'on suppose évidemment que cet apport n'implique aucun transfert de propriété en faveur de la société mais plutôt un transfert de droits indivis entre les coassociés¹⁷⁵. Finalement, on peut douter de la validité d'une société formée exclusivement à des fins de protection d'actifs. Nous avons vu que l'existence d'une société implique nécessairement la collaboration d'au moins deux partenaires qui désirent contribuer ensemble à l'exercice d'une activité par la mise en commun de biens ou de connaissances. Il est difficile de prétendre qu'il existe un tel esprit de collaboration entre un individu et son conjoint et/ou ses enfants mineurs à titre de coassociés, lorsque le transfert d'actifs en faveur de la société, si transfert il y a, est effectué dans un but principal de protection d'actifs.

2.1.3. La division de patrimoine et le patrimoine d'affectation

Nous avons déjà mentionné que le droit de la propriété a été remodelé sensiblement dans le *Code civil du Québec*. Le législateur a tenté de concilier la théorie classique du patrimoine avec celle du patrimoine d'affectation. Rappelons que la notion de patrimoine d'affectation fait en sorte qu'on ne peut plus lier irrémédiablement le patrimoine à un sujet de droit. L'article 2 C.c.Q. fait appel à une double réalité en matière de patrimoine d'affectation. Cette disposition énonce d'abord que toute personne est nécessairement titulaire d'un patrimoine, ce qui est conforme au droit civil classique. Le patrimoine lui-même peut cependant faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi. La division de patrimoine et le patrimoine d'affectation se conçoivent avec des différences subtiles mais fondamentales. Les patrimoines d'affectation autonomes se limitent à la fondation et à la fiducie¹⁷⁶. Nous savons que ces patrimoines sont sans sujet que leur régime d'administration se conçoit à l'intérieur d'un cadre juridique particulier.

¹⁷⁴ L'article 2211 C.C. confirme la saisissabilité de la part d'un associé dans l'actif ou dans les bénéfices. Cette part peut même faire l'objet d'une hypothèque si les autres associés y consentent ou si le contrat le prévoit.

¹⁷⁵ Même si la société ne possède pas de patrimoine d'affectation autonome, nous verrons toutefois au prochain paragraphe que la notion de division de patrimoine empêcherait probablement une telle saisie des droits indivis.

¹⁷⁶ Art. 1256 à 1298 C.c.Q.

La notion de division de patrimoine, bien que similaire à prime abord, exprime une toute autre réalité. Elle ne réfère à aucun régime de propriété et d'administration particulier. Le lien entre le patrimoine et son titulaire est maintenu. En fait, la division de patrimoine n'implique aucun transfert réel du droit de propriété. Il s'agit plutôt d'une sorte de charge ou de restriction qui pèse sur le droit de propriété. Lorsque la loi le permet, la division de patrimoine permet d'affecter les biens d'une personne à un but déterminé ou encore de former un gage exclusif en faveur de certains créanciers, sans qu'il n'y ait de véritable disposition. L'article 1233 C.c.Q., en matière de substitution, constitue un excellent exemple de division de patrimoine. Les créanciers ordinaires du grevé ne peuvent légalement saisir les biens substitués si le patrimoine personnel du grevé n'a pas été préalablement discuté. Le législateur sépare également de plein droit le patrimoine du défunt de celui de l'héritier, tant que la succession n'a pas été liquidée¹⁷⁷. Cette division empêche les créanciers de la succession de poursuivre les héritiers sur leur patrimoine personnel lorsque les formalités prescrites pour la liquidation ont été suivies. Les créanciers personnels de l'héritier sont aussi confrontés à cette séparation du patrimoine pendant la liquidation. La notion de division de patrimoine peut aussi apporter une réponse satisfaisante à la problématique que nous avons déjà exposée au paragraphe précédent concernant la société de droit civil et son patrimoine¹⁷⁸. Si l'on admet que la société ne peut détenir de patrimoine autonome, qu'elle ne peut être propriétaire de biens, la division de patrimoine peut alors nous permettre de mieux saisir l'article 2221 C.c.Q. Il est permis de croire que les créanciers de la société doivent discuter les biens de la société avant de poursuivre personnellement l'associé, parce que le législateur a implicitement autorisé une division de patrimoine ; les biens personnels de l'associé et ses droits indivis dans les biens constituant l'apport à la société, seraient partagés de plein droit pendant la durée de la société. De ce fait, les créanciers personnels de l'associé ne pourraient saisir les droits indivis de ce dernier dans les biens constituant l'apport, mais ils pourraient tenter de saisir sa part dans la société.

¹⁷⁷ Art. 780 C.c.Q.

¹⁷⁸ Charlene BOUCHARD, « Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personne », (1996) 2 *C.P. du N.* 35.

En somme, la division de patrimoine contribue à protéger certains biens de la saisine de certains créanciers. Elle participe à la séparation du risque financier et s'avère en ce sens un instrument de protection d'actifs secondaire, mais non négligeable.

2.1.4. L'insaisissabilité des REER

Il nous apparaît difficile de traiter de la protection du patrimoine en passant sous silence la question de l'insaisissabilité des Régimes Enregistrés d'Épargne Retraite (REER) et autres régimes de retraite. Face au désengagement de l'État dans les programmes sociaux et à l'espérance de vie grandissante, la popularité de cet instrument d'épargne ne cesse de croître. Il est utilisé afin d'assurer au cotisant des revenus de retraite stables, décents et continus. Des sommes parfois considérables sont désormais investies dans ces produits financiers. Rappelons que les contributions annuelles sont déductibles du revenu du contribuable pour l'année donnée et que les revenus d'intérêts sont générés à l'intérieur du REER à l'abri de l'impôt. Les sommes investies dans le REER ne sont imposées qu'au moment de l'encaissement par le cotisant, ce dernier ayant probablement à ce moment un taux d'imposition plus avantageux. Ce régime d'imposition différé fait du REER un outil de planification financier et fiscal performant. Le cotisant du REER voudra sans doute protéger autant que possible ces investissements de la saisie de ses créanciers afin que sa qualité de vie, au moment de sa retraite, ne soit pas mise en péril. Nous tenterons donc de résumer brièvement les conditions d'insaisissabilité des divers types de REER et d'autres régimes de retraite¹⁷⁹.

Le REER, comme tout autre bien, est en principe affecté à l'exécution des obligations du cotisant¹⁸⁰. Des dispositions législatives spécifiques peuvent toutefois rendre certains types de REER insaisissables ou à tout le moins en réduire la

¹⁷⁹ Pour des commentaires détaillés sur ce sujet, voir : Louis RABEAU, « L'insaisissabilité des REER et autres produits connexes », dans *R.D./N.S. - Faillite - Doctrine - Document 2*, Chambre des Notaires du Québec, 1996, p. 1 à 79.

¹⁸⁰ Art. 2644 C.c.Q.

vulnérabilité¹⁸¹. En effet, l'insaisissabilité d'un REER dépend principalement de la nature du produit financier utilisé. Il existe deux types principaux de REER :

- 1) le REER conventionnel ;
- 2) le REER de rente (à terme fixe ou viagère).

On peut définir globalement le REER conventionnel comme incluant tous les REER offerts par les institutions financières¹⁸², autres que les REER de rente à terme fixe ou viagère. Le REER conventionnel se veut en réalité un simple contrat de dépôt entre le cotisant et l'institution financière. Le REER de rente est quant à lui essentiellement offert par les compagnies d'assurance-vie et les sociétés de fiducie. Il s'agit en fait d'un contrat de rente à terme fixe ou viagère que l'on enregistre à titre de REER auprès des autorités fiscales. Notons que la rente est un contrat par lequel une personne (le débirentier) à l'obligation de payer périodiquement à une autre personne (le crédirentier) une certaine somme d'argent et ce, durant la vie du crédirentier (rente viagère) ou pour une période déterminée (rente à terme fixe)¹⁸³. Ajoutons que la rente enregistrée comme REER constitue une rente différée, soit une rente en capitalisation ou en période d'accumulation, par opposition à la rente immédiate. Il importe de distinguer ces types de REER puisque c'est justement leur nature qui détermine si l'instrument d'épargne s'avère ou non insaisissable.

Les REER conventionnels sont des biens saisissables. En matière du droit de la faillite, il est d'ailleurs reconnu que le REER conventionnel devient un actif de la faillite, soumis à la saisine du syndic¹⁸⁴. Les REER de rente offerts par les compagnies d'assurance-vie sont par ailleurs assimilées en quelque sorte au contrat d'assurance-vie. En matière de rentes offertes par ces compagnies, les articles 2379 et 2393 C.c.Q. réfèrent aux règles régissant, en matière d'assurance-vie, les questions d'insaisissabilité et de désignation ou de révocation de bénéficiaires. En conséquence, c'est toute la question de la désignation

¹⁸¹ Nous verrons en effet ci-après les articles 2379, 2393, 2449, 2457 et 2458 C.c.Q.

¹⁸² Au niveau du réseau des Caisses Desjardins, c'est Fiducie Desjardins Inc. qui agit comme émetteur des REER, en vertu de la *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, L.R.Q., c. C-4.1. Rappelons que les banques, Fiducie Desjardins Inc., les courtiers en valeurs mobilières associés à une société de fiducie, les sociétés de fiducie et les compagnies d'assurance-vie sont essentiellement les émetteurs de REER.

¹⁸³ Voir la définition du contrat de rente dans le code à l'article 2367 C.c.Q.. Notons que la rente viagère ne trouve guère preneur en matière d'assurance. La « rente viagère garantie », dont les versements sont garantis pour un certain nombre d'années, peu importe ce qu'il advient du crédirentier, se veut plus populaire.

¹⁸⁴ Michel B. PARÉ, Lucie QUESNEL et Germain CARRIÈRE, « Les régimes d'épargne-retraite », (1986) *C. P. du N.* 151, 298.

des bénéficiaires qui détermine l'insaisissabilité ou non d'un REER de rente. La désignation de l'une des personnes suivantes à titre de bénéficiaire rendra le REER de rente à terme fixe ou viagère insaisissable :

- 1) le conjoint légal (bénéficiaire révocable ou non) ;
- 2) l'ascendant privilégié ;
- 3) le descendant ;
- 4) tout autre bénéficiaire désigné à titre irrévocable¹⁸⁵.

Toute autre désignation de bénéficiaire est valable juridiquement mais les sommes accumulées dans le REER deviennent alors saisissables comme c'est le cas pour un REER conventionnel.

D'autre part, l'article 178 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*¹⁸⁶ accorde expressément l'insaisissabilité aux REER de rente offerts par les compagnies de fiducie. La loi assimile aussi à l'assurance-vie les contrats de rente vendus par les sociétés de fiducie. Il faut donc respecter les conditions que nous avons énoncées ci-dessus au niveau de la désignation de bénéficiaires, afin de pouvoir bénéficier de l'insaisissabilité pour ce type de véhicule.

Enfin, au niveau de l'insaisissabilité des régimes de retraite assujettis à la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*¹⁸⁷, elle existe par effet de la loi et n'est tributaire d'aucune désignation de bénéficiaires particulière. L'article 264 de la loi déclare insaisissables les contributions (de l'employeur et de l'employé) à ces régimes et les prestations en résultant. L'article 553 (7) C.p.c.¹⁸⁸ vient confirmer le caractère insaisissable de ces régimes de retraite. D'autres lois régissant des régimes de retraite dans la fonction publique contiennent des dispositions similaires à cet égard¹⁸⁹. Précisons que les tribunaux

¹⁸⁵ Voir : 2449, 2457 et 2458 C.c.Q., Notons toutefois que ledit bénéficiaire doit exister afin d'opposer au syndic ou au créancier l'insaisissabilité du REER. Voir à cet effet l'article 2447 C.c.Q. et l'affaire *Loyola Schmidt Ltée c. Crevier*, J.E. 93-597.

¹⁸⁶ L.R.Q., c. S-29.01.

¹⁸⁷ L.R.Q., c. R-15.1.

¹⁸⁸ *Code de procédure civile*, L.R.Q., c. C-25.

¹⁸⁹ Voir par exemple : *Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension*, L.R.C. (1985), c. 32 ; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10, art. 122.4 et 220.1, *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11, art. 77 ; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12, art. 101.4 et 103.

tribunaux ont même reconnu l'existence d'une sorte de droit de suite relativement à l'insaisissabilité, lorsque des sommes ou cotisations provenant de tels régimes sont transférés en faveur d'une REER ou d'un FEER conventionnel par exemple¹⁹⁰.

En somme, il importe de bien connaître les principes généraux qui régissent les véhicules de retraite en matière d'insolvabilité, ne serait-ce que pour s'assurer de faire des choix de placements éclairés. Il existe tout de même certaines limites à l'insaisissabilité des REER et autres régimes de retraite, respectant les conditions ou caractéristiques ci-dessus exposées. Par exemple, les régimes de retraite régis ou établis par une loi sont saisissables pour les fins du partage du patrimoine familial, nonobstant toute disposition à l'effet contraire¹⁹¹. Leur partage s'effectue conformément aux règles de dévolution et d'évaluation édictées par la loi. Ce partage ne peut cependant priver le détenteur du régime de plus de la moitié de la valeur totale des droits qu'il a accumulés avant ou pendant le mariage, ni conférer au bénéficiaire du droit au partage plus de droits qu'en possède le détenteur original. Le créancier ou le syndic de faillite pourrait également, dans certaines circonstances, utiliser l'action en inopposabilité ou les dispositions pertinentes de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* afin d'annuler une désignation de bénéficiaires, si les conditions relatives à l'exercice de ces recours sont remplies¹⁹². Finalement, notons que Revenu Canada semble ne pas se considérer lié par les dispositions législatives provinciales portant sur l'insolvabilité en matière de REER et autres régimes de retraite. On remarque que cette position administrative, qui ne tiendrait pas nécessairement devant une analyse judiciaire, est davantage rigide lorsque les bénéficiaires des REER de rente sont révocables¹⁹³.

¹⁹⁰ *Bercovitch c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1983] C.S. 841.

¹⁹¹ Art. 426 C.c.Q.

¹⁹² Voir à cet effet : *Infra*, pp. 72 et suiv..

¹⁹³ L. RABEAU, *loc. cit.*, note 179, 47-51. De son côté, Revenu Québec semble respecter pour l'instant l'insaisissabilité des régimes en vertu des dispositions législatives provinciales; voir : *Loi sur le ministère du Revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 15.8.

Pour conclure ce tour d'horizon portant sur l'insaisissabilité des REER, l'on peut se questionner sur l'utilité de constituer une fiducie afin d'établir un régime de retraite. L'article 1269 C.c.Q. autorise expressément la constitution d'une fiducie à titre onéreux dans le but de pourvoir à une retraite, soit celle du constituant, de salariés ou de toutes autres personnes désignées. Peut-on affirmer qu'un régime de retraite de ce type serait nécessairement à l'abri d'une saisie par les créanciers du constituant et des bénéficiaires ? Nul doute que la notion de patrimoine d'affectation autonome et distinct accordera à ce type de régime de retraite une protection efficace à cet égard. Tout au plus, le créancier verra les effets de sa saisie suspendus jusqu'à ce que le capital et/ou les intérêts du régime soient effectivement versés au bénéficiaire insolvable¹⁹⁴. En fait, la fiducie constituée dans le but d'établir un régime de retraite présente les mêmes caractéristiques au niveau de l'insaisissabilité que celles relatives à une fiducie constituée dans un but principal de protection d'actifs¹⁹⁵. Cependant, le bénéficiaire de la fiducie de retraite a un droit certain et non discrétionnaire. Considérant également la souplesse juridique inhérente au véhicule fiduciaire, nous croyons que la fiducie saura prendre une place importante, comme instrument de gestion, dans le secteur particulier des régimes de retraite. Précisons enfin que le véhicule fiduciaire de retraite devra être enregistré comme REER auprès des autorités fiscales.

2.1.5. Autres modes complémentaires de protection d'actifs.

En matière de protection d'actifs ou de division du risque financier, les véhicules comme la corporation et la société de personnes ou encore les concepts tels la division de patrimoine et le patrimoine d'affectation, s'avèrent à toutes fins pratiques, les principaux outils juridiques disponibles.

¹⁹⁴ Nous verrons plus en détail cette question de suspension ; voir : *infra*, pp. 62 et suiv..

¹⁹⁵ Nous verrons cependant au prochain chapitre la variété de recours dont disposent les créanciers afin d'attaquer la validité de la fiducie, ainsi que les conditions d'application de ces recours. L'action en inopposabilité, les dispositions législatives portant sur la faillite et l'insolvabilité, l'article 426 C.c.Q. traitant

Il ne faudrait cependant pas oublier certaines notions juridiques simples qui peuvent parfois favoriser une protection accrue d'un patrimoine, sans nécessiter par ailleurs une planification juridique complexe ou onéreuse. À titre d'exemple, la prudence recommande à toute personne d'éviter autant que possible d'assumer des obligations solidaires et indivisibles. En contractant une obligation conjointe et divisible, le débiteur ne peut être contraint à l'exécution de l'obligation que séparément et jusqu'à concurrence de sa part dans la dette¹⁹⁶. Rappelons à cet effet que la solidarité entre débiteurs ne se présume pas mais qu'elle doit plutôt être expressément stipulée entre les parties ou par la loi¹⁹⁷. La ségrégation d'actifs peut aussi servir à protéger certains actifs d'un débiteur. Cette notion fait référence à toute entente entre un débiteur et son créancier afin de limiter les recours éventuels de ce dernier à certains biens désignés¹⁹⁸. Un tel accord fait bien sûr exception au principe général qui veut que tous les biens d'un débiteur, meubles ou immeubles, présents ou à venir, soient sujets à la saisie du créancier en cas d'insolvabilité. La stipulation d'insaisissabilité insérée dans un acte à titre gratuit peut quant à elle, contribuer à protéger les biens donnés ou légués d'une saisie effectuée par un créancier du donataire ou du légataire, en autant que la stipulation soit temporaire et justifiée par un intérêt sérieux et légitime¹⁹⁹. Le bien donné ou légué demeurera malgré tout saisissable dans la mesure prévue au *Code de procédure civile*²⁰⁰. L'article 553 (3) C.p.c. prévoit en effet que les biens sujets à une telle stipulation peuvent être saisis par les créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, avec la permission du juge et pour la portion que ce dernier détermine.

2.2. Facteurs comparatifs de la fiducie de protection d'actifs

2.2.1. Éléments comparatifs

du partage du patrimoine familial sont donc autant de dispositions à considérer afin de déterminer si le véhicule fiduciaire réalise les objectifs du constituant au niveau de la protection d'actifs.

¹⁹⁶ Art. 1518 à 1522 C.c.Q.

¹⁹⁷ 1525 C.c.Q.

¹⁹⁸ Art. 2645 al. 2 C.c.Q.

¹⁹⁹ Art. 2649 C.c.Q. Notons que la stipulation n'est opposable aux tiers que si elle est publiée au registre approprié. Voir à cet effet l'article 162 L.A. D'autre part, il est possible de préciser que les droits sont octroyés à titre d'aliments. Dans ce cas, l'insaisissabilité s'infère d'elle-même et ne nécessite pas une durée ou une justification pour être valide, contrairement à ce que prévoit l'article 2649 C.c.Q.. Voir à cet effet l'article 553 (4) C.p.c..

²⁰⁰ *Précitée*, note 188.

La fiducie peut certes présenter certains désavantages si l'on désire l'utiliser entre autres afin d'exploiter une entreprise et diviser ainsi le risque financier qui y est inhérent²⁰¹. Le taux d'imposition avantageux des sociétés exploitant des petites entreprises, applicable par ailleurs aux revenus d'entreprise, incite la plupart des individus à choisir le véhicule corporatif comme instrument d'exploitation de leur entreprise. Nous verrons plus loin que la fiducie entre vifs est plutôt imposée à un taux d'imposition fixe et élevé. On voudra en outre s'assurer qu'un roulement fiscal soit effectué si des biens ayant accumulé une plus-value ou susceptibles de générer une récupération doivent être transférés en faveur de l'entreprise²⁰². Or, il n'existe pas de disposition générale permettant un tel roulement en faveur d'une fiducie entre vifs de protection d'actifs, à moins qu'elle ne se qualifie de fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. Nous verrons que la fiducie devient néanmoins un outil de protection d'actifs vraiment performant lorsqu'elle est justement utilisée dans le but principal de détenir des biens à l'abri des créanciers du constituant ou des bénéficiaires.

On peut envisager *a priori* la compagnie comme outil de détention de biens dans un but de protection d'actifs. Toutefois, nous avons mentionné que les actions de l'individu, lesquelles représentent la valeur de la compagnie, demeurent un actif saisissable par les créanciers de l'actionnaire débiteur. La taxe sur le capital, les règles d'attribution, l'impossibilité de verser légalement des dividendes discrétionnaires à l'intérieur d'une même catégorie d'actions, l'imposition des avantages octroyés à un actionnaire et le taux d'imposition élevé des corporations sur le revenu de biens sont autant de raisons supplémentaires qui imposent de rechercher une solution de rechange. La société de personne présente également, nous l'avons vu, des obstacles d'ordre pratique et juridique dans un contexte de protection d'actifs.

²⁰¹ La fiducie, comme véhicule juridique d'exploitation d'entreprise, peut toutefois comporter certains avantages au niveau de la flexibilité administrative, de l'absence de restrictions relativement à sa capacité juridique ou encore au niveau de l'absence d'un contrôle administratif ou étatique trop lourd. Voir : A. MORISSETTE, loc. cit., note 126, 13:1-27.

²⁰² Par 85 (1) L.I.R. Les règles fiscales de la fiducie de protection d'actifs seront traitées plus loin au quatrième chapitre.

La fiducie, comme mode de protection d'actifs, possède d'abord certaines caractéristiques utiles qui se comparent à celles des sociétés commerciales ou des sociétés de personnes²⁰³. À titre d'exemple, la fiducie de protection d'actifs peut avoir une longue durée de vie, tout comme la compagnie ou la société de personnes. À titre de fiducie personnelle, la fiducie de protection d'actifs peut avoir une durée de vie de deux cents ans, ce qui est amplement suffisant comme durée dans le cadre d'une telle planification²⁰⁴. Par ailleurs, les actionnaires ou les administrateurs d'une compagnie ne détiennent pas de droits réels sur les actifs de l'entreprise, celle-ci étant une entité juridique distincte et indépendante de ses membres. À titre comparatif, le constituant, le fiduciaire et les bénéficiaires ne possèdent pas eux non plus de droits réels sur les actifs en fiducie. Or, nous savons que la notion de patrimoine d'affectation se veut un élément essentiel relativement à l'efficacité de la fiducie à titre d'instrument de protection d'actifs.

Ces quelques caractéristiques préliminaires étant établies, on peut se demander ce qui distingue vraiment la fiducie des autres modes de protection d'actifs. La fiducie peut-elle s'avérer un outil de protection d'actifs plus performant par rapport aux autres ? Dans l'affirmative, que peut-elle offrir de plus ? La réponse à ces questions réside dans l'analyse du mode d'administration de la fiducie. La latitude dont bénéficie le constituant au niveau de la rédaction de l'acte constitutif et plus particulièrement la flexibilité dont peut être dotée la fiducie au niveau de son administration, font de la fiducie un instrument juridique hors pair dans un cadre de protection d'actifs. Un régime d'administration sur mesure peut être établi par le constituant, de manière à réaliser le plus efficacement possible son objectif de protection d'actifs et ses autres intérêts. À cet égard, la loi offre beaucoup moins d'encadrement qu'en matière de droit corporatif ; le contrat établit le cadre essentiel du fonctionnement de la fiducie. À titre d'exemple, le constituant peut choisir de se désigner ou non parmi les fiduciaires ou bénéficiaires de la fiducie, dépendant de ses besoins, du niveau du contrôle qu'il désire conserver, des considérations fiscales et du degré de protection désiré au niveau des actifs. Le constituant désigne lui-

²⁰³ Au sujet de certaines caractéristiques avantageuses de la fiducie, voir : Lucie BEAUCHEMIN, « La fiducie, véhicule de planification hors-pair dans un contexte familial », (1996), 18 *Revue de Planification Fiscale et Successorale* 873.

²⁰⁴ Art. 1272 C.c.Q.

même dans l'acte constitutif les fiduciaires, leurs remplaçants et leur mode de remplacement. En droit corporatif, le choix des administrateurs revient plutôt aux actionnaires.

En outre, les pouvoirs, devoirs et obligations des fiduciaires pourront aussi être déterminés sur mesure. À cet égard, nous avons déjà mentionné à quelques reprises que la fiducie de protection d'actifs prend fréquemment la forme d'une fiducie dite « discrétionnaire », comme c'est le cas pour plusieurs fiducies familiales. Il est utile de décrire brièvement les caractéristiques de la fiducie discrétionnaire afin de bien saisir les avantages qu'elle procure. Au sens civil, on est en présence d'une telle fiducie lorsque le constituant accorde aux fiduciaires des droits et des pouvoirs qu'ils peuvent exercer à leur discrétion, sans suivre les indications du constituant ou de toute autre personne. La fiducie discrétionnaire ne constitue donc pas une catégorie légale, comme la fiducie personnelle ou d'utilité privée ; le concept réfère plutôt à la latitude qui est accordée aux fiduciaires dans leur administration ou dans l'étendue de leurs pouvoirs.

D'un point de vue fiscal, la fiducie discrétionnaire doit répondre à des exigences législatives précises afin qu'on lui accorde ce qualificatif. Est considérée comme discrétionnaire au plan fiscal la fiducie qui est constituée pour le bénéfice de plusieurs personnes dont les parts dans les revenus ou dans le capital sont établies suite à l'exercice ou du non exercice de pouvoirs accordés aux fiduciaires. Le simple pouvoir de déterminer les époques de remise de capital ou les différentes modalités de ces remises ne suffit pas à rendre la fiducie discrétionnaire au sens fiscal. Par ailleurs, le pouvoir d'empiéter sur le capital en faveur d'un bénéficiaire des revenus à l'exclusion d'autres bénéficiaires permet de qualifier la fiducie de discrétionnaire en autant que l'exercice de ce pouvoir puisse avantager un bénéficiaire au détriment des autres. Nous analyserons brièvement au quatrième chapitre de ce texte l'impact d'une telle qualification au niveau fiscal²⁰⁵.

²⁰⁵ Concernant la définition juridique et fiscale de la fiducie discrétionnaire, voir L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:14.

Il convient de donner un exemple concret de fiducie de protection d'actifs se qualifiant de discrétionnaire, tant sur le plan juridique que sur le plan fiscal : prenons l'exemple d'un constituant qui désigne sa conjointe et ses enfants au premier degré comme bénéficiaires potentiels des revenus et du capital de la fiducie de protection d'actifs. Il peut laisser le soin aux fiduciaires de déterminer, à leur entière discrétion, les bénéficiaires actuels de la fiducie, la part de chacun et les époques de remise de ces parts. Ce genre de planification est expressément permis à l'article 1282 C.c.Q.. Cet article énonce que le constituant peut s'octroyer à lui-même ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leurs parts.²⁰⁶ La grande différence entre la faculté d'élire et le pouvoir de déterminer des parts réside dans le fait que le bénéficiaire de la faculté d'élire peut refuser d'attribuer un quelconque avantage en faveur de l'un ou de plusieurs des bénéficiaires potentiels. Par ailleurs, il semble que le détenteur du simple pouvoir de déterminer les parts doive remettre à chacun des bénéficiaires de la fiducie, à tout le moins une part nominale dans les avantages prévus²⁰⁷.

Dans le cas d'une fiducie personnelle ou d'utilité privée, comme la fiducie de protection d'actifs, il importe que la catégorie de personnes parmi lesquelles les fiduciaires ou le tiers doivent choisir soit clairement déterminée à l'acte²⁰⁸. En prohibant la faculté d'élire dite illimitée ou générale, le législateur abonde dans le sens de la jurisprudence majoritaire et met fin à tout débat concernant cette question²⁰⁹. La rédaction de l'article 1282 C.c.Q. fait toutefois surgir une interrogation importante. Qu'en est-il en effet du bénéficiaire de la fiducie, lequel est omis dans la rédaction de la disposition ? Le constituant peut-il, malgré cette omission, accorder légalement de tels pouvoirs à un bénéficiaire ? Nous croyons que oui. La jurisprudence et la doctrine antérieure ont majoritairement admis la légalité d'une faculté d'élire accordée à un bénéficiaire²¹⁰. Or, les commentaires officiels du Ministère de la Justice sont à l'effet que l'article 1282 C.c.Q. demeure conforme au droit

²⁰⁶ Art. 1282 C.c.Q.

²⁰⁷ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 3, 764-766.

²⁰⁸ Art. 1282, al.2 C.c.Q.

²⁰⁹ *Brodie c. The Royal Trust Company*, (1989) 25 C.A. 22 ; *Trépanier c. Fagnan*, [1972] C.A. 700 ; *Re Nichols* (1987) 34 D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.). Il n'est pas certain que ce débat était tout à fait clos dans le cas où une faculté illimitée était accordée à un tiers plutôt qu'à un fiduciaire. Voir : Éric PRUD'HOMME, « Réflexions sur la faculté d'élire dans le domaine des fiducies testamentaires », (1998) 6 *Repères* 34, 36.

²¹⁰ *McGibbon c. Abbot*, (1884-85) 10 C.A. 653 ; *Ross c. Ross*, (1893) 25 R.C.S. 307 ; *Brosseau c. Doré*, (1904-05) 35 R.C.S. 205 ; *Brodie c. The Royal Trust company*, précité, note 209, 22.

antérieur²¹¹. Bien qu'ils ne soient pas de force probantes, ces commentaires s'avèrent tout de même utiles afin de cerner l'intention du législateur. Certains auteurs font d'ailleurs peu de cas de cette omission, affirmant d'emblée que le droit demeure inchangé en la matière²¹². On peut se demander s'il existe des motifs sérieux pour empêcher un constituant d'accorder à un bénéficiaire une faculté d'élire. Cela peut-il conduire à des conflits d'intérêts importants, le bénéficiaire cherchant alors à s'avantager à tout prix au détriment des autres ? Rien n'est moins sûr. D'abord, si le constituant a consenti au bénéficiaire une telle faculté, en toute connaissance de cause, c'est probablement qu'il considérait le bénéficiaire comme la personne la plus apte à exercer judicieusement ce pouvoir. De plus, comment affirmer qu'il existe un conflit d'intérêt, même apparent, lorsqu'un bénéficiaire des revenus détient la faculté d'élire le ou les bénéficiaires du capital ? En tout état de cause, un jugement déclaratoire sur cette question serait le bienvenu.

Identifions maintenant les avantages reliés à l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire, plus particulièrement dans le cadre de la fiducie de protection d'actifs. Rappelons que le but ultime d'une fiducie de protection d'actifs, du moins dans la majorité des cas, est d'assurer une sécurité financière au constituant et à ses proches, lesquels seront éventuellement avantagés par cette fiducie. Or, la fiducie de protection d'actifs discrétionnaire permet d'avantager efficacement ces personnes en s'ajustant continuellement aux circonstances imprévisibles pouvant survenir en cours d'administration. Il existe une infinité d'événements inattendus pouvant surgir dans le cadre de l'administration fiduciaire et le mécanisme de protection d'actifs doit s'avérer suffisamment flexible pour assurer la réalisation des objectifs prévus à l'acte constitutif. Des événements tels l'immaturation d'un bénéficiaire, son insolvabilité, des problèmes matrimoniaux, des projets d'études spécialisées, sont autant d'exemples qui peuvent influencer avec raison la détermination des parts ou les époques de remise²¹³. Puisque le rôle du constituant, une fois dessaisi des actifs transférés en fiducie, se limite en principe à la surveillance de l'appareil fiduciaire, ce pouvoir d'adaptation est habituellement accordé aux fiduciaires. Il est vrai

²¹¹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 91, p. 764.

²¹² J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 76, 131.

²¹³ Même lorsque le constituant se désigne seul bénéficiaire de la fiducie, cette discrétion dans l'époque de remise s'avère utile afin de suspendre le droit de saisie des créanciers du constituant en cas de problèmes financiers de ce dernier. L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12 :15

cependant que l'article 1282 C.c.Q. permet au constituant de se réserver à lui-même la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leurs parts.

La flexibilité de la fiducie, notamment au niveau de la détermination des bénéficiaires ou de la détermination de leurs parts dans les revenus et/ou dans le capital, constitue un avantage majeur par rapport aux autres modes de protection d'actifs. Nous verrons d'ailleurs plus en détail, au prochain paragraphe, l'impact de cette souplesse juridique au niveau de l'insolvabilité des bénéficiaires. Auparavant, rappelons que la fiducie peut même servir à protéger des actifs de façon accessoire ou complémentaire, sans que ce ne soit le but premier de la planification. La fiducie protège par exemple des actifs de façon secondaire dans un contexte plus global de gel successoral. Notons qu'une telle planification consiste à permettre à un individu de transférer aux personnes de son choix le potentiel de plus-value future d'une entreprise. Une telle réorganisation est fréquemment effectuée dans le cadre d'une entreprise familiale, l'entrepreneur d'un certain âge désirant alors transférer son entreprise en faveur de ses enfants y participant déjà. Les actions participantes du fondateur de l'entreprise sont donc converties en actions non participantes au moyen d'un roulement fiscal et des nouvelles actions participantes ayant une valeur négligeable au départ sont émises en faveur des successeurs désignés. Ces nouvelles actions sont cependant souvent émises en faveur d'une fiducie qui détiendra les actions pour le compte des enfants bénéficiaires. L'utilisation de la fiducie permet au besoin de conserver le contrôle de l'entreprise dans les mains de son fondateur, lequel étant désigné fiduciaire. En outre, les actions participantes détenues en fiducie ne peuvent alors être saisies par les créanciers des bénéficiaires en cas d'insolvabilité de ces derniers, étant donné que la fiducie constitue un patrimoine autonome et distinct.

2.2.2. La question de la saisissabilité des droits des bénéficiaires et de l'insolvabilité du fiduciaire

Les droits des bénéficiaires sont évidemment des biens saisissables en cas d'insolvabilité. L'article 1285 C.c.Q. précise d'ailleurs que le bénéficiaire d'une fiducie constituée à titre gratuit peut disposer de ses droits dans la fiducie. Aux

termes de l'article 67 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²¹⁴, les droits du bénéficiaire insolvable dans la fiducie sont dévolus au syndic en cas de faillite. Peut-on alors comparer avantageusement le traitement des droits dans une fiducie, en cas d'insolvabilité d'un bénéficiaire, par rapport à celui des parts dans une corporation, en cas d'insolvabilité de l'actionnaire ? Le créancier qui saisit les actions de l'actionnaire débiteur détient un bien d'une valeur certaine. La saisie des actions participantes permet de participer au partage de l'actif résiduel de la compagnie en cas de dissolution. Si les actions sont aussi votantes, leur saisie peut également entraîner la prise de contrôle de la compagnie par le créancier. D'autre part, les actions de roulement peuvent être rachetées au gré de leur détenteur à leur valeur d'émission. Mentionnons également qu'il n'est pas légalement permis aux administrateurs d'accorder des dividendes discrétionnaires afin de ne pas avantager le créancier ayant saisi les actions de l'actionnaire débiteur²¹⁵.

La situation s'avère fort différente lorsque ce sont les droits aux revenus et/ou au capital d'une fiducie qui sont saisis, en cas d'insolvabilité du bénéficiaire. L'article 1284 C.c.Q. précise que le bénéficiaire n'a le droit d'exiger que les avantages qui lui sont conférés, selon les termes de l'acte constitutif. Or, nous savons déjà que le constituant possède une latitude considérable dans la rédaction de l'acte constitutif, notamment à l'égard de l'identité des bénéficiaires de la fiducie, de leurs parts dans les revenus et/ou dans le capital et des époques de remise de ces parts. Il peut assujettir les droits des bénéficiaires à des conditions spécifiques ou à la survenance de certains événements. Ainsi, le constituant peut parfaitement prévoir dans l'acte constitutif que les droits d'un bénéficiaire dans la fiducie seront suspendus aussitôt que ce dernier deviendra insolvable ; le constituant prendra soin de désigner dans l'acte constitutif des bénéficiaires subsidiaires ou il accordera en faveur du fiduciaire ou d'un tiers une faculté d'élire d'autres bénéficiaires. Le constituant peut aussi tout simplement octroyer en faveur du fiduciaire une faculté d'élire les bénéficiaires des revenus et du capital parmi une catégorie déterminée. Ces pouvoirs discrétionnaires permettront au fiduciaire de ne pas accorder d'avantages significatifs (revenus ou capital) en faveur d'un bénéficiaire de la fiducie qui se retrouve en

²¹⁴ *Précitée*, note 145.

²¹⁵ Les administrateurs peuvent toutefois décider de ne pas accorder de dividendes en faveur des actionnaires de cette catégorie tant que durera l'insolvabilité.

situation d'insolvabilité. En d'autres mots, les créanciers ou le syndic du bénéficiaire pourront bien tenter de saisir les droits potentiels du débiteur dans la fiducie ; ils ne pourront toutefois judiciairement forcer le fiduciaire à exercer son pouvoir discrétionnaire en leur faveur. Rappelons qu'une telle fiducie discrétionnaire permet aussi de s'ajuster à une foule d'autres circonstances qui sont à toutes fins pratiques imprévisibles au moment de la rédaction de l'acte constitutif.

Le constituant peut-il favoriser encore davantage la protection des bénéficiaires à l'aide d'une clause usuelle relative à l'insaisissabilité des biens donnés en fiducie ? En d'autres termes, peut-on appliquer efficacement une telle clause à l'égard des droits des bénéficiaires et non seulement à l'égard des biens transférés ? Il semble que la réponse à cette question demeure ambiguë²¹⁶. Pour notre part, nous croyons qu'il devrait être permis de stipuler que tous bénéfices octroyés en faveur des bénéficiaires sont insaisissables pour le paiement de leurs dettes. Si la loi permet à un donataire ou un légataire de rendre insaisissables les biens donnés ou légués en pleine propriété, nous croyons qu'il devrait en être de même pour des droits de bénéficiaires. Il nous apparaît d'ailleurs souhaitable de rédiger la clause d'insaisissabilité de manière large, afin d'englober tous droits de bénéficiaires²¹⁷.

Par ailleurs, les biens en fiducie demeureront à l'abri de la saisie des créanciers du bénéficiaire insolvable tant et aussi longtemps qu'ils seront pas remis en pleine propriété dans le patrimoine de ce dernier. Il en est de même lorsque le constituant est désigné à l'acte constitutif comme le seul bénéficiaire des revenus et du capital de la fiducie. Les biens en fiducie seront certes remis en faveur du constituant à un moment donné mais le fiduciaire pourra toujours retarder cette remise à son entière discrétion (si cette discrétion lui est bien sûr accordée en vertu de l'acte constitutif) ; le fiduciaire pourrait par exemple attendre que le constituant failli soit libéré de ses dettes pour lui remettre la totalité ou une partie des biens en fiducie. Confronté à une échéance aussi longue, il y a fort

²¹⁶ J. LORANGER, *loc. cit.*, note 116, 27.

²¹⁷ Voir à titre d'exemple la clause d'insaisissabilité insérée au formulaire de testament fiduciaire, dans : Lucie BEAUCHEMIN, « testament fiduciaire », dans *R.D./N.S.- Libéralités - Formulaire - Document 3.3*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1996, p. 1, à la page 32.

à parier que le syndic de faillite ne s'opposera pas à la libération du constituant ou du moins que ce dernier sera en bonne position de négociation.

Il est à noter que l'insolvabilité du fiduciaire ne devrait pas en principe mettre en péril les biens du patrimoine fiduciaire. Lorsque la fiducie est dûment constituée de manière à être opposable au syndic de faillite, en vertu des critères dont nous traiterons au chapitre suivant²¹⁸, les biens détenus par le fiduciaire ne sont manifestement pas assujettis à la saisine du syndic de faillite. Le principe demeure en fait le même : seul les créanciers de la fiducie ont un droit de saisie sur ces biens. Au surplus, il ne faut pas perdre de vue que le fiduciaire agit simplement à titre d'administrateur du bien d'autrui. Il ne possède aucun droit réel sur les biens en fiducie. Ainsi, même si la fiducie est judiciairement invalidée ou déclarée inopposable à l'égard du syndic de faillite, les biens retournent alors dans le patrimoine du constituant et non pas dans celui du fiduciaire. D'autre part, certains seront d'avis qu'il est souhaitable de prévoir l'incapacité du fiduciaire si jamais il devient insolvable ou failli, afin d'assurer une administration saine et efficace du patrimoine fiduciaire et afin que les biens en fiducie ne fassent assurément pas l'objet de prétentions de la part des créanciers du fiduciaire. À cet égard, l'article 1355 C.c.Q. prévoit de toute façon que la faillite met automatiquement fin à la charge de fiduciaire.

La fiducie assure donc en principe une protection efficace des actifs qui y sont transférés. Pour ce faire, nous verrons qu'elle doit toutefois être établie sans intention frauduleuse à l'égard des créanciers du constituant et en conformité avec les dispositions du *Code civil du Québec*. Les créanciers du constituant ne peuvent pas saisir les biens en fiducie durant l'administration fiduciaire en vertu de la notion de patrimoine d'affectation autonome et distinct. Ils peuvent toujours tenter de saisir les droits éventuels du constituant dans la fiducie discrétionnaire mais ils n'en retireront probablement aucun bénéfice. La fiducie se révèle en fait un instrument de protection d'actif unique et performant étant donné la flexibilité dont elle peut être dotée relativement à son

²¹⁸ *Infra*, p. 77. Les critères civils essentiels qui nous permettent de conclure à la constitution valide d'une fiducie ressemblent dans l'ensemble à ceux qui existent en matière du droit de la faillite.

administration, à la détermination de ses bénéficiaires, à la détermination de leurs parts dans les revenus et/ou dans le capital et finalement quant à leurs époques de remise. En fait, la fiducie nous apparaît désormais comme le véhicule juridique incontournable lorsqu'il s'agit d'effectuer une planification ayant pour but premier la protection d'actifs.

CHAPITRE 3. LES PROTECTIONS ACCORDÉES EN FAVEUR DES CRÉANCIERS EN CAS DE FAILLITE OU INSOLVABILITÉ DU CONSTITUANT

Le principe fondamental suivant est bien connu de tout juriste : l'ensemble des biens d'un débiteur est affecté à l'exécution de ses obligations et il constitue le gage commun de ses créanciers²¹⁹. Ces derniers peuvent d'ailleurs agir en justice afin de saisir et de vendre les biens de leur débiteur en cas de non paiement de la dette. Ce principe n'empêche toutefois pas un individu de planifier ses affaires de manière légitime, afin de protéger ses actifs des recours éventuels de ses créanciers. De toute manière, le créancier transigeant avec son débiteur doit accepter de supporter un certain risque financier qui se veut inhérent à tout crédit.

Par ailleurs, force est de constater que la constitution d'une fiducie de protection d'actifs peut parfois dépasser le cadre d'une planification juste et raisonnable. Les créanciers peuvent alors subir des préjudices sérieux résultant du transfert des biens du débiteur en fiducie. Il existe donc des dispositions législatives permettant aux créanciers d'attaquer les actes juridiques effectués en fraude de leurs droits. Les juristes pratiquant dans le domaine des fiducies de protection d'actifs doivent connaître les implications de ces dispositions législatives de sources variées, qu'elles soient de juridictions fédérales ou provinciales, de droit civil, pénal ou encore fiscal.

3.1. Protections accordées par le droit civil

En matière de protection des droits des créanciers, les dispositions de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²²⁰ concernant les transactions révisables et les traitements préférentiels viennent rapidement à l'attention de tout juriste consciencieux. Il existe cependant des règles de droit civil qui se révèlent toutes aussi importantes. D'ailleurs, l'article 72 L.F.I. invite le syndic de faillite à recourir à toutes les dispositions législatives provinciales afin de mieux préserver les droits des créanciers.

²¹⁹ Art. 2644 C.c.Q.

²²⁰ Précitée, note 145.

Au Québec, des principes fondamentaux de bonne foi, sur lesquels s'appuie tout le droit civil québécois, sont désormais énoncés au titre premier de *Code civil du Québec*. Ces principes d'application générale peuvent avoir de réelles répercussions en cas de transfert litigieux. En somme, les articles 6 à 9 du code énoncent que toute personne doit exercer ses droits civils de bonne foi, de manière raisonnable et sans chercher à nuire aux droits d'autrui, le tout sans contrevenir aux règles et aux principes relevant des bonnes mœurs et de l'ordre public. À ces principes généraux s'ajoute la prohibition pour toute personne d'intervenir à un contrat dont la cause ou l'objet s'avère immoral ou illicite²²¹.

Lorsqu'une fiducie est établie par le constituant dans le but de cacher des biens ou de les soutirer de son patrimoine, dans l'intention précise de frauder les droits de ses créanciers, il est clair que le constituant n'exerce pas ses droits civils de bonne foi. En outre, les fins pour lesquelles la fiducie a été constituée sont assurément illicites. Dans une telle éventualité, la fiducie de protection d'actifs risque d'être annulable, simplement en vertu de l'application des principes généraux du droit civil.

D'autre part, rappelons que l'article 1292 C.c.Q. accorde une protection spécifique aux créanciers du constituant et de la fiducie. Nous avons déjà commenter l'importance de cette disposition en matière de fiducie de protection d'actifs. Mentionnons seulement à nouveau que cette disposition permet aux créanciers du constituant de poursuivre personnellement et solidairement le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire, s'ils ont participé au transfert frauduleux en faveur de la fiducie²²². Par ailleurs, un autre recours permet au créancier d'attaquer plutôt le transfert frauduleux en fiducie. L'avantage de ce recours est qu'il permet de récupérer éventuellement les actifs transférés, ce qui importe grandement si le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire s'avèrent insolubles. Il s'agit donc de l'action en inopposabilité, autrefois connue sous le nom d'action paulienne²²³. Ce recours permet au créancier qui en subit un préjudice, de faire

²²¹ Art. 1411 et 1413 C.c.Q.

²²² Pour plus de détails sur cette question, voir : *Supra*, pp. 27 et suiv.

²²³ Art. 1631 à 1636 C.c.Q. et 1032 et suiv. C.c.B.C.

déclarer inopposable à son égard un acte juridique fait en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel le débiteur se rend ou cherche à se rendre insolvable²²⁴. En somme, le créancier qui désire obtenir gain de cause lorsqu'il attaque le transfert en fiducie en vertu de cette disposition doit prouver que :

- 1) le transfert en fiducie lui a causé un préjudice ;
- 2) le débiteur est devenu ou a cherché à se rendre insolvable par le biais du transfert ;
- 3) le transfert a été effectué avec une intention frauduleuse.

À première vue, c'est la preuve de l'intention frauduleuse du débiteur qui peut sembler la plus difficile à effectuer, même si le fardeau de preuve en matière civile s'avère plus léger qu'en matière criminelle. Cependant, cette intention est réputée dans le cadre d'un transfert à titre gratuit²²⁵, dès lors que l'insolvabilité du constituant au moment du transfert est prouvée ou encore s'il est démontré que ledit transfert a provoqué l'insolvabilité²²⁶. Le constituant et son conseiller juridique doivent ainsi redoubler de prudence lorsqu'ils envisagent de constituer une fiducie de protection d'actifs au moyen d'une donation. L'intention de frauder est également réputée, dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs constituée à titre onéreux, si le créancier prouve que le cocontractant, soit le fiduciaire, connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que ce dernier se rendait insolvable par ce transfert²²⁷. Il est permis de croire qu'il serait plus aisé pour le créancier de prouver cette connaissance si le constituant participe à l'administration fiduciaire. En effet, les fiduciaires pourraient avoir de la difficulté à nier toute connaissance de l'insolvabilité du constituant lorsque ce dernier occupe une telle fonction. Notons au surplus que le fiduciaire peut encourir une responsabilité personnelle face aux créanciers s'il est prouvé qu'il connaissait l'insolvabilité du constituant.

Afin de pouvoir bénéficier de ce recours, le créancier doit prouver que sa créance est certaine au moment où l'action est intentée, ainsi que liquide et exigible

²²⁴ La définition de l'insolvabilité en matière civile n'est pas exactement la même qu'en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. La notion s'avère plutôt large en droit civil et réfère simplement à l'incapacité de la part d'une personne d'honorer ses obligations au fur et à mesure de leurs échéances.

²²⁵ On entend, par le terme « réputée », une présomption irréfragable, c'est-à-dire une présomption qui ne peut être repoussée par aucune preuve. Voir l'article 2847 C.c.Q.

²²⁶ Art. 1633 C.c.Q.

²²⁷ Art. 1632 C.c.Q.

au moment du jugement sur l'action²²⁸. De plus, sa créance doit être antérieure au transfert en fiducie sauf s'il est démontré que ce transfert avait pour but de frauder un créancier postérieur²²⁹. La prescription extinctive qui s'applique à ce recours est d'une année à compter du jour où le créancier a eu connaissance du préjudice résultant du transfert en fiducie. Si l'action est intentée par le syndic de faillite, ce délai commence à courir à partir du jour de la nomination du syndic²³⁰.

Le *Code civil du Québec* offre aussi un autre type de recours en faveur du créancier lésé : l'action oblique²³¹. Ce recours permet à un créancier d'exercer les droits et actions de son débiteur lorsque ce dernier, au préjudice du créancier, refuse ou néglige de le faire. Il est à noter que ce recours pourrait être combiné au recours de l'article 1290 C.c.Q. qui autorise tout intéressé, comme le créancier du constituant, à contraindre le fiduciaire à exécuter ses obligations. En exerçant ces actions, le créancier pourrait dans certain cas forcer le fiduciaire à remettre au « bénéficiaire-débiteur » certains biens ou montants à l'égard desquels ce dernier possède des droits certains et actuels aux termes de l'acte constitutif. Dès lors que les biens ou montants se retrouvent dans le patrimoine du bénéficiaire, le créancier peut en effectuer la saisie. Rappelons cependant que le constituant peut avoir un grand intérêt à établir une fiducie discrétionnaire²³². Ce mécanisme permet au fiduciaire de cesser volontairement et unilatéralement toute remise de revenus et/ou de capital en faveur du bénéficiaire si ce dernier se retrouve en situation financière précaire. Le fiduciaire n'est pas obligé légalement de verser quelque montant que ce soit à ce bénéficiaire s'il possède un pouvoir discrétionnaire quant à la répartition des parts et quant aux époques de leurs remises. Le bénéficiaire ne possède alors que des droits éventuels ou potentiels sur les revenus et/ou sur le capital et ce, tant que le fiduciaire n'a pas exercé cette discrétion en sa faveur²³³. Dans cette perspective, le recours à l'action oblique ou à l'article 1290 C.c.Q.

²²⁸ Art. 1634 C.c.Q.

²²⁹ Art 1634, al.2 C.c.Q.

²³⁰ Art. 1635 C.c.Q.

²³¹ Art. 1627 C.c.Q. et suiv.

²³² *Supra*, pp. 76 et suiv.

²³³ Me Lucie Beauchemin croit aussi qu'il serait difficile de forcer judiciairement un fiduciaire à exercer son pouvoir discrétionnaire à l'avantage d'un bénéficiaire insolvable ; voir à cet effet : L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:10.

devient pratiquement futile pour tout créancier d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire.

La situation diffère-t-elle lorsque le constituant se désigne à la fois cofiduciaire et bénéficiaire de sa fiducie de protection d'actifs ou encore lorsqu'un bénéficiaire de la fiducie est nommé cofiduciaire. En d'autres termes, un créancier pourrait-il forcer en justice un fiduciaire à exercer ses pouvoirs discrétionnaires en sa propre faveur ? Nous savons que l'article 1275 C.c.Q. oblige le constituant ou le bénéficiaire qui est désigné comme fiduciaire, à agir conjointement avec au moins un autre fiduciaire qui ne cumule pas deux rôles dans la fiducie. Le pouvoir décisionnel ne doit pas résider dans les seules mains du fiduciaire non indépendant. En conséquence, nous croyons que le créancier aurait de la difficulté à obtenir gain de cause à l'encontre du cofiduciaire cumulant deux fonctions, le consentement volontaire ou forcé de l'autre fiduciaire devant aussi être obtenu afin que le pouvoir discrétionnaire soit exercé dans un sens ou dans l'autre. Cependant, il n'est pas impossible qu'un créancier lésé tente de démontrer que le cofiduciaire susceptible d'être avantagé par la fiducie, contrôle légalement ou dans les faits l'administration fiduciaire. La doctrine et la jurisprudence à venir sera peut-être en mesure de nous éclairer prochainement sur cette question plus ambiguë. En tout état de cause, il nous semble opportun que le conseiller juridique du constituant renseigne ce dernier sur les risques que peut représenter l'action oblique, le cas échéant, lorsqu'un cofiduciaire est désigné bénéficiaire de la fiducie. Notons que la créance doit être certaine ainsi que liquide et exigible au moment où le jugement est rendu, afin de donner ouverture à l'action oblique²³⁴.

Pour conclure, il convient de souligner l'article 421 C.c.Q. qui vise à protéger les intérêts particuliers de l'époux du disposant. En vertu de cet article, un constituant qui aurait transféré un bien faisant partie du patrimoine familial en faveur d'une fiducie de protection d'actifs, pourrait être enjoint par un tribunal de verser un paiement compensatoire à l'époux, à condition que le bien ne soit pas remplacé et que l'instance en séparation de corps ou en divorce soit introduite dans l'année suivant la disposition. Dans ces circonstances, le législateur présume que le transfert du bien était fait dans le but

²³⁴ Art. 1627 et 1628 C.c.Q.

illégitime de diminuer les droits de l'époux relativement au partage du patrimoine familial. Un paiement compensatoire peut être ordonné même après ce délai s'il est démontré que l'aliénation du bien a justement été effectuée dans ce but²³⁵.

3.2. La Loi sur la faillite et l'insolvabilité²³⁶

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* prévoit que les biens détenus en fiducie par le fiduciaire failli, pour toute autre personne, sont exempts de la saisine du syndic²³⁷. Les biens en fiducie demeurent donc en principe à l'abri des créanciers d'un fiduciaire failli. Les tribunaux ont par ailleurs développé les critères qui permettent de conclure en la validité de la fiducie et d'empêcher ainsi toute saisine de la part du syndic du fiduciaire failli. D'abord, la détention du bien par le failli doit réellement être effectuée en faveur d'une autre personne ; les biens doivent également être identifiables comme tel dans les mains du fiduciaire et utilisés selon l'affectation mentionnée à l'acte constitutif. D'autre part, il doit y avoir une certitude quant à l'intention de créer une fiducie, quant aux biens devant être assujettis à la fiducie et quant aux bénéficiaires de la fiducie²³⁸.

Par ailleurs, certains auteurs se sont questionnés sur la validité d'une fiducie en regard de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* lorsque, par exemple, le constituant s'est désigné comme cofiduciaire et unique bénéficiaire de la fiducie de protection d'actifs²³⁹. En effet, il pourrait être difficile de prétendre que le constituant-fiduciaire failli détenait alors les biens en fiducie pour une autre personne, conformément à la loi. Le syndic de faillite pourrait alors tenter de déclarer la fiducie invalide et inopposable à son égard. Pour les mêmes raisons, on peut douter de l'opposabilité de la fiducie face au syndic de faillite dans l'éventualité d'une faillite du bénéficiaire si ce dernier occupe aussi le rôle de cofiduciaire. À notre avis, la démission du fiduciaire et unique bénéficiaire, au moment de la faillite, ne permet pas de conserver une protection des biens en fiducie, la

²³⁵ Art.421, al. 2 C.c.Q.

²³⁶ Précitée, note 145.

²³⁷ Art. 67 (1) a) L.I.F.

²³⁸ *Multisens Inc. (Syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1876 (C.S.).

²³⁹ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:9 ; Bernard BOUCHER, « Et si du jour au lendemain vous vous retrouviez sans protection », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de Planification Fiscale et Financière, 1997, 21:6.

validité même de la constitution de la fiducie étant attaquée. Il sera intéressant d'analyser la jurisprudence à venir sur cette question.

Même lorsqu'il est établi qu'une fiducie de protection d'actifs constituée en vertu du *Code civil du Québec* respecte les conditions de validité énoncées par la *Loi sur la faillite et sur l'insolvabilité* et par la jurisprudence en la matière, il n'est pas impossible qu'elle soit attaquée en certaines circonstances par le syndic de faillite et ce, en vertu de dispositions particulières de ladite loi. La première disposition qui doit être analysée en matière de protection d'actifs est l'article 91 L.F.I. qui traite des dispositions et des traitements préférentiels. Le premier alinéa de cet article prohibe toute disposition de biens, par contrat à titre gratuit ou pour une contrepartie nominale, si le constituant devient failli dans un délai d'un an suivant la disposition. Dans de telles circonstances, la disposition est déclarée inopposable au syndic de faillite, lequel possède alors la saisine des biens pour fins de distribution aux créanciers du constituant failli, comme si les biens se trouvaient toujours dans le patrimoine de ce dernier. Le deuxième alinéa de l'article offre la même protection au syndic si la faillite survient dans les cinq années d'une telle disposition ; toutefois, le syndic doit alors prouver que le disposant failli était incapable, au moment de la disposition, de payer toutes ses dettes sans l'apport des biens transférés. Le syndic peut aussi démontrer que les intérêts du disposant dans ces biens n'ont pas cessé suite à la disposition. Voyons donc l'application de cet article dans le cadre d'une disposition de biens en faveur d'une fiducie.

Les tribunaux ont confirmé à quelques reprises que le transfert à titre gratuit de biens en fiducie peut constituer une disposition au sens de l'article 91 L.F.I.²⁴⁰. Même si ces décisions ont été rendues dans des provinces de juridiction de *Common Law*, rien n'indique qu'on doive appliquer un traitement différent aux fiducies québécoises. Comme la fiducie québécoise de protection d'actifs sera habituellement établie à titre gratuit, l'impact de l'article 91 L.F.I. devrait être sérieusement pris en considération lors de son établissement. L'auteur Bernard Boucher est cependant d'avis que la jurisprudence exige la présence de deux éléments essentiels afin de conclure à une

²⁴⁰ *Re Wozniuck*, (1987) 76 A.R. 42 (B.R.)

disposition contrevenant à l'article 91 L.F.I.²⁴¹. D'abord, la disposition en fiducie doit avoir été faite à titre gratuit, condition qui est d'ailleurs énoncée au paragraphe 3 de l'article 91 L.F.I.²⁴². Ensuite, il semble que le syndic doive démontrer que le constituant retient une quelconque forme de propriété dans les biens transférés²⁴³.

Cette dernière exigence nous apparaît similaire à celle qui est énoncée au deuxième paragraphe de l'article 91 L.F.I., relativement à une faillite survenue dans les cinq ans de la disposition²⁴⁴. Pour notre part, nous ne voyons pas pourquoi le syndic de faillite devrait prouver cet élément additionnel lorsque la faillite du constituant survient dans l'année du transfert à titre gratuit en faveur de la fiducie. En tout état de cause, nous croyons que le constituant doit être mis au courant des risques potentiels d'application de l'article 91 L.F.I., pour une période minimale d'une année suivant la date de la constitution à titre gratuit de la fiducie de protection d'actifs et ce, même si le constituant ne s'est pas réservé un bénéfice certain ou éventuel dans la fiducie. Cette période devrait être prolongée à cinq années lorsque le constituant de la fiducie s'est désigné parmi les bénéficiaires de la fiducie.

Par ailleurs, Il semble que les tribunaux pourraient aisément conclure à la rétention de tels intérêts par le constituant lorsque ce dernier se désigne parmi les bénéficiaires. Il est vrai que le constituant d'une fiducie québécoise ne peut se réserver un quelconque droit de propriété sur les biens transférés en fiducie, comparativement au concept de *beneficial ownership* en *Common Law*. Cependant, l'article 1281 C.c.Q. permet au constituant de se réserver un droit de bénéficiaire dans les fruits et revenus ou éventuellement dans le capital de la fiducie. Il semble que les tribunaux pourraient se baser sur cette disposition afin d'appliquer l'article 91 L.F.I. au transfert en fiducie²⁴⁵. Au surplus, nous sommes d'avis que cela favoriserait une application harmonieuse de la *Loi sur la faillite et sur l'insolvabilité* dans toutes les provinces canadiennes.

²⁴¹ B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 239, 21:9-10.

²⁴² Voir à titre d'exemple : *Perrier (Syndic de)*, J.E. 94-931 (C.S).

²⁴³ *Re Cogemar*, [1989] R.J.Q. 2266 (C.A.).

²⁴⁴ En cas de faillite dans les cinq ans de la disposition, rappelons que le syndic doit prouver que les intérêts du disposant dans les biens transférés n'ont pas cessé, à défaut de prouver que le disposant était incapable, au moment du transfert, de payer ses dettes sans l'apport des biens transférés.

²⁴⁵ Voir à ce sujet : B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 239, 21:12.

L'auteur Bernard Boucher souligne également qu'il y aurait eu un changement important du cadre d'application de l'article 91 L.F.I. depuis la décision de la Cour suprême dans *B.R.C. c. La N-A, cie d'assurance-vie*²⁴⁶. Cet arrêt traite en effet de la relation qui existe entre les articles 91 et 67 (1) b) L.F.I.. Rappelons que ce dernier article énonce que les biens qui sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime de la loi provinciale dans laquelle ils sont situés, ne font pas partie de la saisine du syndic de faillite. Selon cet auteur, ce jugement contient les conclusions importantes suivantes : même si le transfert des biens en fiducie est déclaré inopposable au syndic en vertu de l'article 91 L.F.I., ils ne deviendraient pas pour autant automatiquement sous la saisine du syndic de faillite ; il faudrait plutôt vérifier si ces biens ne sont pas aussi exempts de saisie sous le régime de la loi provinciale applicable. Or, l'on peut affirmer qu'en vertu des dispositions du *Code civil du Québec* portant sur la fiducie, les biens transférés en fiducie ne font plus partie du patrimoine du constituant et devraient donc être insaisissables par les créanciers de ce dernier. Dans de telles circonstances, il apparaît que le syndic doit combiner les recours prévus aux articles 91 L.F.I. et ceux prévus au code civil portant sur l'action en inopposabilité afin de s'assurer de la saisine des biens transférés à la fiducie²⁴⁷.

Avec égards pour l'opinion contraire, cette conclusion du tribunal nous apparaît inappropriée. Nous croyons que le seul recours prévu à l'article 91 L.F.I. devrait suffire afin que le syndic récupère la saisine des biens en fiducie, à condition bien sûr que ce dernier puisse rencontrer les conditions d'application du recours. En effet, l'article 72 (1) L.F.I. n'a-t-il pas pour effet d'abroger toutes dispositions provinciales incompatibles avec ladite loi. En conséquence, pourquoi obliger le syndic de faillite à recourir inutilement à l'action en inopposabilité dès lors que le transfert en fiducie est déclaré inopposable en vertu de l'article 91 L.F.I.. Cette dernière disposition devrait avoir préséance sur toute législation provinciale. Il est vrai que l'article 67 (1) b) L.F.I. retire expressément de la saisine du syndic les biens déclarés insaisissables par une loi provinciale, mais il nous semble que cela

²⁴⁶ 96 D.T.C. 6157 (C.S.C). Voir : B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 34, 21 :10 et 21 :12.

²⁴⁷ B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 239, 21:10-11 ; voir également : M. LEGENDRE, *loc. cit.*, note 7, 22.

ne devrait pas toucher les biens déjà retournés dans le patrimoine du failli par l'application de l'article 91 L.F.I..

D'autre part, l'article 100 L.F.I. mérite aussi une attention particulière en matière de fiducie de protection d'actifs. Cet article traite des transactions dites révisables. Toute personne qui transige avec une autre personne autrement qu'à distance effectue une transaction révisable au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*²⁴⁸. Les personnes qui sont liées entre elles au sens de l'article 4 L.F.I., soit par le lien du sang ou soit d'une autre manière, sont réputées ne pas traiter l'une avec l'autre à distance. Lorsque le cédant fait faillite dans les douze (12) mois suivant une telle transaction, le syndic peut demander en justice qu'une enquête soit effectuée afin de déterminer si le failli a reçu, selon le cas, une juste valeur marchande en contrepartie des biens cédés²⁴⁹. Si le tribunal constate que cette contrepartie était manifestement inférieure à la juste valeur marchande des biens transférés, il peut condamner l'autre partie à la transaction ou toute autre personne ayant un intérêt dans cette transaction, à rembourser au failli la différence que ce dernier n'a pas perçue²⁵⁰. Soulignons que le recours ne consiste donc pas à annuler le transfert mais plutôt à forcer le remboursement au failli de sommes non perçues afin que le syndic en ait la saisine. Lorsque la fiducie de protection d'actifs est établie à titre gratuit, on peut affirmer que la contrepartie est alors manifestement inférieure à la juste valeur marchande. De plus, étant donné que le fiduciaire est désigné par le constituant et que les bénéficiaires sont habituellement le constituant et/ou des membres de sa famille, il nous semble que le transfert des biens en faveur de la fiducie est une transaction révisable au sens de la loi. En effet, on peut à tout le moins affirmer qu'aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, le constituant et le fiduciaire, à titre d'administrateur du bien d'autrui, transigent autrement qu'à distance. Le conseiller juridique du constituant doit donc à juste titre mettre ce dernier au courant de l'application éventuelle de ce recours dans l'année suivant le transfert des biens en fiducie.

²⁴⁸ Art. 3 L.F.I.

²⁴⁹ Art. 100 (1) L.F.I.

²⁵⁰ Notons que les tribunaux ont dégagé le critère supplémentaire suivant : la partie qui a bénéficié du transfert doit avoir été au courant de la transaction. Voir : B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 239, 21:13. ; D'autre part, on peut se demander si les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire pourraient être considérés comme des personnes détenant un intérêt dans ledit transfert, au sens de l'article 100 L.F.I.. Dans l'affirmative, ces bénéficiaires pourraient être contraints à rembourser au failli la différence non perçue.

Finalement, l'article 95 L.F.I., portant sur les traitements préférentiels en faveur d'un créancier, risque de s'appliquer aussi à certaines fiducies de protection d'actifs. Cette disposition a pour effet de rendre frauduleux et inopposable au syndic, tout transport, paiement ou transfert fait par une personne insolvable en faveur d'un créancier ou en faveur d'une fiducie établie pour un créancier, à condition que ce transport, ce paiement ou ce transfert soit fait en vue de procurer à ce créancier un avantage sur les autres et que la personne insolvable devienne failli dans les trois mois suivant le transport, le paiement ou le transfert. Lorsque tel acte juridique a effectivement pour effet de procurer une préférence en faveur d'un créancier, il est alors réputé avoir été fait avec une intention frauduleuse²⁵¹. Cette présomption irréfragable facilite évidemment la tâche du syndic au niveau de la preuve d'une intention frauduleuse de la part du failli. Bref, il faut se rappeler que même un transfert en fiducie à titre onéreux peut être attaqué en vertu de cette disposition s'il a été fait dans le but d'accorder une préférence à un créancier.

3.3. Législations corporatives

Les commentaires que nous avons émis relativement aux protections qui sont accordées aux créanciers par le droit civil ou par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* s'appliquent également lorsque le constituant de la fiducie de protection d'actifs se veut une corporation. Les créanciers d'une corporation ayant constitué une fiducie de protection d'actifs sont notamment autorisés à exercer tous les recours disponibles afin de récupérer des biens qui auraient été transférés en fraude de leurs droits.

Il faut cependant souligner que l'utilisation d'une fiducie de protection d'actifs par une corporation peut avoir des répercussions sur le ratio entre son actif et son passif contenus dans son bilan. Or, nous savons que la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*²⁵² et la *Loi sur les compagnies*²⁵³ soumettent à des tests de solvabilité

²⁵¹ Art. 95 (2) L.F.I.

²⁵² Précitée, note 149.

²⁵³ Précitée, note 8.

ou à des tests comptables, diverses opérations qui auraient comme conséquence directe ou indirecte d'affecter le capital souscrit de la corporation. En somme, la corporation doit pouvoir être en mesure d'acquitter son passif à échéance et la valeur de son actif ne doit pas être inférieure à celle de son passif et de son capital souscrit si elle désire effectuer une opération pouvant avoir de telles conséquences. La déclaration de dividendes²⁵⁴, l'achat de ses propres actions par la compagnie²⁵⁵, l'octroi d'une aide financière à un actionnaire²⁵⁶ sont autant d'exemples d'opérations devant être soumises à ces tests. Toute opération de ce type qui contrevient aux tests est susceptible d'annulation et risque d'entraîner la responsabilité des administrateurs.

Ces règles ont été instaurées afin de maintenir et sauvegarder le capital souscrit de la corporation et ce, dans l'intérêt ultime des créanciers de la corporation. Ces règles s'avèrent fondamentales en matière de droit corporatif et elles ont des conséquences concrètes sur les opérations de la corporation. Tout juriste doit se rappeler de l'application éventuelle de ces dispositions lorsqu'il participe à l'élaboration d'une fiducie de protection d'actifs alors qu'une corporation en est le constituant.

3.4. Législations pénales

En matière de transfert frauduleux, il faut considérer l'application potentielle de dispositions à caractère pénal. L'article 380 du *Code criminel*²⁵⁷ crée d'ailleurs l'infraction suivante : toute personne qui frustré le public ou une autre personne de quelque bien qui lui appartient, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans si la valeur du bien dépasse mille dollars ; si le bien a eu une valeur inférieure ou égale à mille dollars, le contrevenant est alors coupable soit d'un acte criminel avec une peine maximale de deux ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

²⁵⁴ Art. 42 L..S.A. et art. 123.70 L.C.Q. et suiv..

²⁵⁵ Art. 36 L..S.A. et art. 123.52 L.C.Q. et suiv..

²⁵⁶ Art. 44 L..S.A. et art. 123.66 L.C.Q..

²⁵⁷ L.R.C. (1985), c. C-46 et mod. (ci-après citée « C.cr. »).

Par ailleurs, l'article 392 C.cr. prévoit une infraction similaire qui sied encore davantage à la constitution d'une fiducie de protection d'actifs à des fins frauduleuses. En vertu de cette disposition, toute personne qui effectue un quelconque transfert de ses biens ou qui cache ou enlève ses biens, avec l'intention de frauder ses créanciers, est coupable d'un acte criminel et est ainsi passible d'une peine maximale d'emprisonnement de deux ans. Il est à noter que la personne recevant lesdits biens, dans le but d'aider le cédant à frauder ses créanciers, se trouve également coupable du même acte criminel. À notre avis, il ne serait donc pas impossible que les fiduciaires et bénéficiaires désignés à l'acte constitutif soient aussi trouvés coupables de cet acte criminel s'ils ont participé sciemment au mécanisme fiduciaire dans le but de frauder les créanciers du constituant.

Bien qu'il ne soit pas le but de ce texte d'analyser de manière exhaustive la législation pénale, rappelons brièvement que l'*actus reus* et la *mens rea* de l'infraction visée devront être mis en preuve hors de tout doute raisonnable afin que soit obtenu un verdict de culpabilité. La doctrine et la jurisprudence ont approfondi les éléments de preuve à établir relativement à l'*actus reus* et à la *mens rea* de ces infractions de fraude. D'abord, la survenance de l'acte prohibé, comme par exemple le transfert frauduleux ou le transfert par tout moyen dolosif de biens en fiducie, doit être prouvé. Il en va de même de la privation occasionnée par l'acte prohibé, c'est-à-dire la perte véritable qu'a subi le créancier du constituant suite à ce transfert ou encore le seul fait que les intérêts pécuniaires du créancier aient été mis en péril par ce geste. Ensuite, il faut que soient démontrés la connaissance subjective par le constituant de l'acte prohibé et la connaissance subjective que cet acte pouvait causer préjudice à autrui. Si cela est prouvé, le constituant sera trouvé coupable peu importe qu'il ait effectivement souhaité la conséquence prohibée ou qu'il lui était indifférent que celle-ci se réalise ou non²⁵⁸.

Il faut également souligner l'existence des articles 21 et 22 C. cr. qui créent aussi les infractions « d'encourager quelqu'un à commettre une infraction » et de

²⁵⁸ Voir : *La Reine c. Théroux*, [1993] 2 R.C.S. 5 ; *La Reine c. Zlatic*, [1993] 2 R.C.S. 29 ; Michel LEGENDRE, *loc.cit.*, note 7, 25.

« conseiller à une autre personne de participer à une infraction ». Ici, le mot « conseiller » fait référence à amener ou inciter un individu à commettre une infraction. Il va sans dire que tout conseiller juridique, comptable ou financier, agissant dans un dossier de fiducie de protection d'actifs à caractère frauduleux, risque d'encourir des poursuites pénales ou encore de contrevenir aux règles d'éthique gouvernant sa profession. S'il est vrai que toute personne a le droit d'organiser ses affaires de manière raisonnable et légitime afin de protéger certains actifs de créanciers futurs et éventuels, il n'en est pas de même lorsque le but avoué de la stratégie est d'éviter le paiement de dettes au fur et à mesure de leur échéance. Dans cette dernière éventualité, la planification est teintée d'une intention frauduleuse et le conseiller doit alors éviter à tout prix d'y participer. D'aucuns croient que la solvabilité du client ainsi que l'absence de créanciers au moments de l'établissement de la fiducie de protection d'actifs libèrent, à coup sûr, le conseiller de toute responsabilité pénale. Or, l'auteur Norman Tobias précise le point suivant : même si la fiducie est constituée par un constituant solvable, on pourrait conclure en un transfert frauduleux si l'unique ou principale intention de ce dernier est d'éviter de payer ses créanciers actuels ou futurs²⁵⁹. Le fait de laisser suffisamment de biens dans le patrimoine du constituant pour payer ses créanciers actuels devrait démontrer le caractère légitime du transfert. Cependant, le transfert en fiducie fera l'objet de poursuites ou de plaintes lorsque l'on constatera qu'il n'existe pas, en fin de compte, suffisamment de biens pour payer tous les créanciers lésés. C'est justement au moment où de tels problèmes surgissent qu'il peut devenir difficile pour le conseiller et le constituant de prétendre que la situation n'a pas été créée volontairement²⁶⁰.

En conséquence, il importe que tout conseiller participant à l'élaboration d'une fiducie de protection d'actifs reste sur ses gardes. Le conseiller doit toujours questionner l'intention qui amène le constituant à envisager l'établissement d'une fiducie de protection d'actifs et éviter ainsi d'être utilisé à titre de complice involontaire d'une fraude. Il ne s'agit pas ici d'exagérer les écueils de ce type de planification, non plus de décourager son utilisation. Les conseillers impliqués seront toutefois sages de prendre conscience des risques inhérents à ces dossiers et d'obtenir à tout le moins certains éléments

²⁵⁹ Voir : Norman C. TOBIAS, « asset protection for professionals », dans *Professional Liability Conference*, Toronto, Federate Press, 1994, p. 1, aux pages 20 et 21.

²⁶⁰ *Id.*

de preuve. Ainsi, il est suggéré que les conseillers juridiques obtiennent du constituant un certificat de solvabilité provenant de ses comptables. En outre, les juristes impliqués peuvent exiger un affidavit du client ou du moins une déclaration spécifiant :

- 1) que ce dernier ne fait pas l'objet de poursuites ou d'enquêtes au moment de la planification ;
- 2) qu'il n'existe pas à ce moment, à la connaissance du client, de situation pouvant donner naissance à des poursuites ;
- 3) qu'il a laissé suffisamment de biens dans son patrimoine pour satisfaire tous les créanciers actuels ;
- 4) qu'il entend finalement demeurer solvable et payer au fur et à mesure de leurs échéances toutes ses dettes actuelles et à venir²⁶¹.

Finalement, soulignons que l'article 198 b) L.F.I. crée l'infraction suivante : toute personne qui dispose de ses biens de façon frauduleuse, avant ou après sa faillite, est coupable sur déclaration par procédure sommaire et passible d'une amende maximale de cinq mille dollars et d'un emprisonnement maximal d'un an. En résumé, si l'on considère l'ensemble de ces dispositions législatives à caractère pénal, on peut affirmer que toute fiducie de protection d'actifs établie dans le but de mettre en péril l'intérêt pécuniaire de créanciers est susceptible d'entraîner la responsabilité pénale du constituant mais également du conseiller impliqué et des fiduciaires ou bénéficiaires, le cas échéant.

3.5. Loi de l'impôt sur le revenu

En matière de transfert en faveur d'une fiducie de protection d'actifs, soulignons également que le Ministère du Revenu bénéficie d'une protection particulière en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁶². L'article 160 (1) L.I.R. prévoit en effet que lorsqu'un individu transfère des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon, en faveur d'un conjoint, d'une personne de moins de dix-huit ans ou encore de toute personne avec qui l'individu possède un lien de

²⁶¹ *Id.*

²⁶² Précitée, note 156 .

dépendance²⁶³, l'auteur ainsi que tout bénéficiaire du transfert sont alors solidairement responsables du paiement d'une partie de l'impôt de l'auteur du transfert²⁶⁴. La responsabilité solidaire se limite toutefois à la différence entre la juste valeur marchande des biens transférés et la juste valeur marchande de la contrepartie²⁶⁵. En outre, il est à noter que le Ministère du Revenu considère qu'il existe un lien de dépendance entre une fiducie et son constituant²⁶⁶.

À la lumière de cette disposition, faut-il préciser qu'une fiducie de protection d'actifs ne devrait jamais être établie dans le but de protéger les actifs d'un individu de la mainmise des autorités fiscales. En cas contraire, cette planification revêt peu d'efficacité puisque les impôts, intérêts et pénalités dus par le constituant pourront aussi devenir exigibles du patrimoine fiduciaire et des bénéficiaires, jusqu'à concurrence de l'avantage perçu. Mentionnons que la créance fiscale naît au moment de la création du droit à un revenu plutôt que lors de l'émission ou de la réception de l'avis d'une nouvelle cotisation²⁶⁷. Cette règle engendre évidemment le paiement éventuel d'intérêts et/ou de pénalités plus substantiels en cas d'émission d'une nouvelle cotisation.

²⁶³ Art. 160 (1) a) b) c) L.I.R.

²⁶⁴ Art. 160 (1) d) L.I.R. Cette disposition vise non seulement les impôts dus par le cédant dans l'année du transfert mais aussi ceux exigibles pour une quelconque année antérieure.

²⁶⁵ Art. 160 (1) e) L.I.R.

²⁶⁶ REVENU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-419R*, TITRE, le 24 août 1995 ; Notons que Revenu Canada définit également le lien entre la fiducie et le bénéficiaire, projet législatif 23 déc. 98.

²⁶⁷ Voir à ce sujet : Alain BERGERON, Sylvain BACON, Richard CHAGNON et Marc ST-ROCH, « Étude de Cas D La protection de vos actifs : pièges à éviter », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, p. 51 :1, à la page 51 :7.

CHAPITRE 4. ASPECTS FISCAUX DE LA FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS LOCALE

Lorsque la constitution d'une fiducie de protection d'actifs est envisagée, il importe que tous les aspects fiscaux de la planification soient analysés en profondeur. Les objectifs fiscaux du constituant ainsi que le fardeau fiscal qu'il est prêt à assumer peuvent influencer dans une certaine mesure la nature des biens transférés au patrimoine fiduciaire, l'identité des bénéficiaires de la fiducie ou encore les pouvoirs que le constituant s'attribue dans l'administration fiduciaire. Il n'est pas de notre intention de passer en revue toutes les règles fiscales touchant les fiducies entre vifs. Il importe cependant d'aborder brièvement les impacts fiscaux pouvant être occasionnés au moment de la constitution de la fiducie de protection d'actifs, au moment de son administration et au moment de la remise des biens aux bénéficiaires. D'autres considérations fiscales, comme l'application des droits de mutation, méritent également à tout le moins quelques commentaires.

Dans ce chapitre, nous limiterons nos commentaires à la fiducie de protection d'actifs locale constituée entre vifs et à titre gratuit, par un résident canadien, en faveur de bénéficiaires résidant au Canada²⁶⁸. Mentionnons d'emblée qu'une fiducie de protection d'actifs de ce type est considérée comme une personne du point de vue fiscal²⁶⁹. En conséquence, la fiducie doit produire une déclaration de revenus à chaque année et payer ses impôts sur ses revenus imposables. À cette fin, la fiducie est considérée comme un particulier aux fins de la *Loi de l'impôt sur le revenu*²⁷⁰ malgré qu'elle ne bénéficie pas de plusieurs déductions et crédits d'impôts accordés habituellement aux particuliers²⁷¹. L'année d'imposition de la fiducie non testamentaire est toujours l'année civile. En outre, il est essentiel de savoir que la fiducie établie entre vifs est imposable sur les revenus qui

²⁶⁸ Notons que les règles applicables aux fiducies sont énoncées aux paragraphes 104 à 108 L.I.R. Ces règles sont les mêmes dans la *Loi sur les impôts*, L.R.Q. c. I-3 sauf s'il existe une mention à l'effet contraire.

²⁶⁹ Par. 248 (1) L.I.R. : voir la définition de « personne ». Notons également que pour les fins fiscales, le paragraphe 104 (1) L.I.R. stipule qu'une fiducie signifie aussi le fiduciaire, le liquidateur d'une succession, ou tout représentant légal ayant la propriété ou le contrôle des biens. Le calcul du revenu net de la fiducie s'effectue conformément au paragraphe 3 L.I.R..

²⁷⁰ Précitée, note 156.

²⁷¹ Les fiducies ont droit aux principaux crédits d'impôts en autant que les conditions permettant ces crédits soient satisfaites. Cependant, aucun crédit personnel prévu au paragraphe 118 L.I.R. ne peut lui être accordé.

demeurent dans la fiducie et ce, à un taux fixe qui se rapproche du taux marginal maximum en vigueur pour un particulier. À titre comparatif, la fiducie testamentaire bénéficie quant à elle d'un taux d'imposition progressif. À prime abord, il n'existe donc aucun avantage fiscal à conserver, à l'intérieur de la fiducie de protection d'actifs, les revenus générés par les biens qui y sont transférés. Au contraire, il peut être intéressant de structurer la fiducie de protection d'actifs de manière à ce que les revenus soient imposés entre les mains de personnes distinctes de la fiducie, les bénéficiaires, lesquels pourraient profiter d'un taux d'imposition plus avantageux. Pour ce faire, la fiducie doit rendre payables aux bénéficiaires les revenus qu'elle génère. Au sens du paragraphe 104(24), une somme est devenue payable à un bénéficiaire si elle est effectivement payée ou si le bénéficiaire est en droit d'en exiger le paiement au cours de l'année²⁷². En effet, la fiducie peut déduire de ses revenus de telles sommes devenues payables aux bénéficiaires selon les termes de l'acte constitutif, lesquelles sommes sont alors imposées dans les mains desdits bénéficiaires²⁷³. Ainsi, la fiducie entre vifs peut parfois constituer un instrument efficace de fractionnement de revenus, lorsqu'elle permet d'utiliser le taux d'imposition relativement peu élevé des bénéficiaires. Précisons toutefois que le véhicule fiduciaire se veut un conduit imparfait au niveau fiscal puisque l'identité des revenus et des déductions transmise par le biais de la fiducie n'est conservée que si la loi le prévoit expressément²⁷⁴.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue qu'il existe des règles qui visent à limiter la répartition artificielle des revenus d'un contribuable entre les membres de sa famille. Ces règles, appelées « règles d'attribution », peuvent fréquemment avoir des incidences dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Étant donné l'existence de ces règles, on peut affirmer que la fiducie de protection d'actifs offre la plupart du temps, peu d'avantages fiscaux au contribuable en matière d'impôts sur le revenu. Précisons toutefois que l'objectif premier du constituant, dans le cadre de l'établissement d'une telle fiducie, n'est pas d'obtenir un traitement fiscal plus favorable mais bien de protéger de manière plus adéquate une partie ou la totalité du patrimoine qu'il s'est constitué au fil des années. En plus des règles d'attribution, les dispositions fiscales anti-évitement peuvent parfois

²⁷² Voir également REVENU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-286R2 et 342R*.

²⁷³ Par. 104 (6) L.I.R.

²⁷⁴ Par 108 (5) L.I.R.

permettre au Ministère d'attaquer certaines transactions qui se révéleraient abusives dans l'esprit de la loi.

La fiducie de protection d'actifs établie à titre gratuit répond également à la définition de « fiducie personnelle » contenue au paragraphe 248 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette définition englobe toute fiducie testamentaire ou non-testamentaire dans laquelle une participation n'a pas été acquise pour une contrepartie payable à la fiducie ou à une personne qui a effectué un apport à la fiducie sous forme d'une quelconque disposition de biens. La qualification de la fiducie de protection d'actifs à titre de fiducie personnelle revêt son importance puisqu'elle lui permet de bénéficier de différentes règles spéciales, notamment lors de la remise des biens aux bénéficiaires²⁷⁵.

Nous traiterons donc dans le présent chapitre de l'application des différentes règles d'attribution dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs, après avoir analysé les impacts fiscaux reliés au transfert des biens en faveur de la fiducie. Finalement, nous verrons les implications fiscales de la remise des biens en faveur des bénéficiaires du capital, et nous nous questionnerons sur les droits de mutations immobilières, sur les liens de dépendance et sur l'application potentielle des dispositions anti-évitement.

4.1. Au moment de la création de la fiducie par donation

Il importe de bien connaître le principe énoncé au paragraphe 69 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* : tout contribuable qui dispose d'un bien en faveur d'une autre personne au moyen d'une donation entre vifs est réputé, sauf disposition contraire expresse de la loi, avoir reçu une contrepartie équivalente à la juste valeur marchande du bien. Une donation entre vifs en faveur d'une fiducie se veut donc une disposition au sens de la loi puisqu'elle donne naissance à un produit de disposition réputé²⁷⁶. En conséquence, il est possible que le constituant d'une fiducie de protection

²⁷⁵ Notons que les fiducies qui ne satisfont pas à cette définition sont généralement appelées « fiducies commerciales » au niveau fiscal, même si cette expression n'est définie d'aucune façon dans la loi.

²⁷⁶ Le paragraphe 54 a) L.I.R. donne la définition de « disposition de biens ».

d'actifs réalise des gains en capital ou encore de la récupération lors du transfert en fiducie²⁷⁷. La nature des biens transférés, que ce soit des immobilisations, des biens amortissables, des liquidités ou autres valeurs monétaires, déterminera en premier lieu s'il y aura des impacts fiscaux pour le constituant et dans l'affirmative, quelle sera la nature de ces impacts. Il faut savoir que les règles fiscales permettant le roulement de biens en faveur d'une société ou d'une société de personnes ne s'appliquent pas en matière de fiducies²⁷⁸.

D'autre part, si la fiducie de protection d'actifs se qualifie de fiducie exclusive en faveur du conjoint, le constituant a alors la possibilité d'effectuer un transfert des biens libre d'impôts²⁷⁹. Dans cette éventualité, le produit de disposition réputé de chaque bien transféré sera égal au coût de ce bien pour le constituant dans le cas d'une immobilisation ou encore à la fraction non amortie du coût en capital (FNACC) dudit bien s'il s'agit d'un bien amortissable. La qualification de la fiducie à titre de fiducie exclusive au conjoint peut donc s'avérer intéressante si les biens que le constituant désire transférer possèdent une plus-value non encore imposée ou s'ils sont susceptibles d'entraîner de la récupération. Afin qu'une fiducie puisse ainsi se qualifier, le conjoint doit avoir le droit de recevoir sa vie durant, aux termes de l'acte de fiducie, la totalité des revenus de celle-ci²⁸⁰. De plus, aucune autre personne que le conjoint ne peut avoir le droit de toucher les revenus ou le capital de la fiducie tant et aussi longtemps que ce dernier vit. En conséquence, il ne peut y avoir de roulement s'il existe d'autres bénéficiaires qui peuvent avoir des droits en même temps que le conjoint ou encore si le fiduciaire possède une discrétion relativement à la répartition des revenus. D'un autre côté, le transfert de biens à titre gratuit en faveur d'une fiducie non exclusive ou en faveur d'une fiducie établie en faveur d'enfants mineurs ou majeurs donne lieu à un produit de disposition réputé à la juste valeur marchande. Dans cette éventualité, la donation en faveur de la fiducie de protection d'actifs risque d'entraîner des gains en capital imposables et/ou de la récupération. Tout impact fiscal pourra être évité dans certains cas, lorsque par exemple les biens transférés sont des biens agricoles, des

²⁷⁷ Il est évidemment possible que le transfert occasionne plutôt une perte en capital, une déduction pour amortissements ou encore une perte finale.

²⁷⁸ A. MORISSETTE, loc. cit., note 126, 13 :13 et suiv.

²⁷⁹ Par. 73(1) L.I.R.

²⁸⁰ Il n'est toutefois pas nécessaire que le conjoint ait des droits dans le capital.

liquidités, une résidence principale ou encore d'autres biens n'ayant accumulé aucune plus-value ou n'ayant fait l'objet d'aucun amortissement.

Ces considérations étant exposées, il convient de préciser davantage la définition de « disposition de biens » contenue au paragraphe 54 a) L.I.R. Il y est spécifié qu'il n'y a pas de « disposition de biens » au sens fiscal si le transfert n'entraîne aucun changement dans la « propriété effective » du bien et ce, même si le transfert provoque un changement dans la « propriété légale » du bien. La version anglaise de la définition réfère aux notions de *legal ownership* et de *beneficial ownership*, lesquelles sont propres à la *Common Law*. En vertu de ces dispositions, Revenu Canada a exprimé son avis sur les fiducies de protections d'actifs. Revenu Canada considérait en effet, jusqu'à tout récemment, que le transfert de biens en faveur de certains fiducies de protection d'actifs n'entraînait pas de disposition au niveau fiscal. La fiducie était tout de même considérée pour fins d'impôts mais le revenu et les gains de ces fiducies étaient attribués au constituant en conformité avec le paragraphe 75 (2) L.I.R. Pour ce faire, la fiducie devait toutefois posséder certaines caractéristiques. Principalement, le constituant devait être le seul bénéficiaire de la fiducie de protection d'actifs sa vie durant. Désormais, les nouvelles dispositions fiscales issues des propositions législatives du 23 décembre 1998 qualifient un tel transfert de « disposition admissible ». Il y a donc une disposition au sens fiscal, tout comme au sens civil, mais cette disposition donne lieu à un roulement²⁸¹. Nous croyons que ces nouvelles règles, lesquelles sont actuellement en vigueur même si elles ne sont pas intégrées à la loi, favoriseront une meilleure harmonie entre le droit fiscal et civil.

Avant l'avènement du *Code civil du Québec*, la constitution entre vifs et à titre gratuit d'une fiducie québécoise donnait généralement lieu à une disposition de biens au niveau fiscal. En effet, le constituant ne pouvait légalement se réserver des droits dans celle-ci ou sur les biens transférés, en vertu du principe donner et retenir ne vaut, sauf dans le cas où seule la nue-propriété était cédée. Depuis 1994, l'article 1282 C.c.Q. prévoit clairement que le constituant peut se réserver le droit de recevoir une partie ou la totalité des

²⁸¹ *Rencontre CGA/Revenu Canada*, Montréal, 19 juin 1995, question 8 ; Jack BERNSTEIN, « Transfer to revocable trust a disposition ? », (1994) 2 *Canadian tax highlight executive* 36. Pour les règles récentes,

revenus et/ou du capital de la fiducie. Il y a donc lieu de croire que des impacts fiscaux importants pourront parfois être évités lors du transfert de biens en faveur d'une fiducie de protection d'actifs, lorsque le constituant se désigne le seul et unique bénéficiaire de sa fiducie.

4.2. Au moment de l'administration de la fiducie

Lorsque les biens transférés en faveur de la fiducie de protection d'actifs ne sont pas susceptibles de générer des revenus et qu'il est peu probable que ces biens soient revendus à court ou moyen terme, il n'existe à toute fin pratique aucune incidence fiscale néfaste liée à la détention des biens par la fiducie, du moins au cours de l'administration fiduciaire²⁸². Il en est tout autrement lorsque les biens peuvent engendrer des revenus ou si leur disposition éventuelle peut provoquer des gains en capital importants ou encore de la récupération. Rappelons d'abord que les revenus qui s'accumulent dans la fiducie de protection d'actifs et qui ne sont pas devenus payables à un bénéficiaire sont imposés dans la fiducie à un taux qui se rapproche du taux marginal le plus élevé du particulier²⁸³. *A priori*, il n'y a donc aucun avantage à conserver les revenus dans la fiducie, à moins que le constituant soit déjà lui-même imposé au taux d'imposition maximum. Nous avons vu que la fiducie peut toutefois déduire de ses revenus les sommes devenues payables à un bénéficiaire selon les termes de l'acte de fiducie. Même alors, il n'est pas certain que les revenus devenus payables à ce bénéficiaire soient imposables dans ses mains. Il faut en effet vérifier si certaines règles d'attribution ne forcent pas le constituant à s'imposer plutôt sur de telles sommes. Nous verrons donc en premier lieu les règles d'attribution résultant des droits conservés par l'auteur du transfert pour ensuite analyser celles qui se rapportent à l'identité des bénéficiaires.

voir : CANADA, ministère des Finances, proposition législative du 23 décembre 1998 concernant les fiducies par. 14(1), paragraphe proposé : 107.4 (1) à (3) L.I.R.

²⁸² Rappelons en effet qu'il peut y avoir des impacts fiscaux lors du transfert initial, selon la nature des biens transférés.

4.2.1. Règles d'attribution résultant des droits conservés par le constituant.

Les pouvoirs et les droits que se réserve le constituant dans la structure fiduciaire peuvent avoir non seulement des effets sur la protection de ses intérêts ou sur le degré d'efficacité du mécanisme de protection d'actifs, mais cela peut également entraîner des implications fiscales importantes. Il en est ainsi lorsque l'une ou l'autre des conditions suivantes est rencontrée :

- 1) s'il est prévu à l'acte fiduciaire que les biens sont transférés à la condition de revenir au constituant²⁸⁴ ;
- 2) si les biens en fiducie peuvent ultimement être remis à des personnes qui sont désignées par le constituant après la création de la fiducie²⁸⁵ ; ou
- 3) si, pendant la vie du constituant, les biens en fiducie ne peuvent être disposés qu'avec le consentement du constituant ou selon ses instructions²⁸⁶.

En fait, les autorités fiscales reconnaissent l'existence de la fiducie aux fins de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mais les revenus, les pertes, les gains en capital imposables et les pertes en capital déductibles sont malgré tout imposés ou déduites en totalité dans les mains du constituant de la fiducie et ce, même si les sommes sont devenues payables aux bénéficiaires ou encore conservées dans la fiducie selon les termes de l'acte constitutif.

Étudions d'abord le cas où les biens transférés au patrimoine fiduciaire peuvent revenir au constituant au sens du paragraphe 75(2)a)i) L.I.R. La doctrine et les positions administratives des autorités fiscales sur le sujet semblent aborder la question de la manière suivante : le transfert des biens en fiducie ne serait pas considéré comme fait à la condition que les biens puissent revenir au constituant si l'acte constitutif ne prévoit pas expressément cette possibilité²⁸⁷. En d'autres termes, le paragraphe 75(2)a)) L.I.R. reçoit application

²⁸³ Le taux d'imposition d'une fiducie non-testamentaire est en effet un peu moins élevé que le taux marginal maximum du particulier.

²⁸⁴ Par. 75 (2) a) i) L.I.R.

²⁸⁵ Par. 75 (2) a) ii) L.I.R.

²⁸⁶ Par. 75 (2) b) L.I.R.

²⁸⁷ REVENU CANADA, *Bulletin d'interprétation IT-369R*, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990, par. 3 ; John H. SAUNDERS, « Inter vivos discretionary family trusts - A potpourri of issues and traps », dans *1993 Conference Report*, Association canadienne d'études fiscales, 1994, p. 37 :1, aux pages 37 :5-18 ; Lucie BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:28.

seulement si l'acte de fiducie mentionne explicitement que les biens peuvent revenir au constituant dans certaines circonstances, de quelque façon que ce soit. L'article 1297 C.c.Q., qui prévoit le retour automatique des biens en faveur du constituant en cas d'absence de tous les bénéficiaires désignés à l'acte, ne provoque donc pas l'application de cette règle d'attribution. Étant donné qu'un droit de retour analogue est également prévu en *Common Law*, toute conclusion à l'effet contraire signifierait une application systématique de cette règle d'attribution à toutes les fiducies créées entre vifs, ce qui serait un non sens²⁸⁸. Certains auteurs conseillaient d'insérer un clause appelée communément « clause *wipeout* » lorsque le constituant voulait s'assurer de la non application de cette règle d'attribution. Rappelons que cette clause prévoit à l'avance à qui seront remis les biens de la fiducie lorsqu'aucun bénéficiaire de la fiducie n'est en mesure de recevoir les biens (par exemple : un organisme de bienfaisance). La clause « *wipeout* » ne modifie pourtant en rien la problématique : il y aura toujours un risque à l'effet que toutes les personnes désignées à l'acte de fiducie pour recevoir le capital soient absentes, y compris celles indiquées comme bénéficiaires ultimes dans la clause « *wipeout* ». En résumé, les biens transférés en faveur d'une fiducie entre vifs risquent toujours de revenir au constituant par l'effet de l'article 1297 C.c.Q., même si cette éventualité apparaît parfois fort peu probable. Le paragraphe 75(2)a)i L.I.R. ne devrait jamais trouver application dans ces circonstances. À l'opposé, cette règle d'attribution doit être prise en considération dès que l'acte de fiducie permet expressément au constituant de reprendre les biens et ce, même lorsque le retour en faveur de ce dernier s'avère très hypothétique²⁸⁹.

Par ailleurs, il semble que cette règle d'attribution ne soit pas applicable si ce sont uniquement les revenus de la fiducie qui peuvent revenir au constituant. Dans un tel cas, aucun droit de retour des biens n'est accordé au constituant mais plutôt un droit de percevoir les fruits de ces biens. Notons toutefois qu'il n'existe aucune

trusts - A potpourri of issues and traps », dans *1993 Conference Report*, Association canadienne d'études fiscales, 1994, p. 37 :1, aux pages 37 :5-18 ; Lucie BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12:28.

²⁸⁸ Donovan WATERS, *Law of trusts in Canada*, 2^{ème} éd., Toronto, Carswell, 1984, p.363.

²⁸⁹ Selon Revenu Canada, le paragraphe 75 (2) L.I.R. peut en effet s'appliquer dans le cas où le constituant est un bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie ; voir : Jack BERNSTEIN, « A trap for the unwary », (1994) 4 *Tax profile* 118, 119 ; REVENU Canada, *Interprétation technique 9304585*, le 19 mai 1993 ; Guy FORTIN, « Economic Reality Versus Legal Reality ; Planning for Trusts : Deemed Disposition on January 1, 1999 : Subsection 107 (4.1) of the Income Tax Act », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, p. 5 :1, à la page 5:33.

interprétation décisive des autorités fiscales à ce sujet²⁹⁰. D'un point de vue plus juridique, on peut supposer que l'application de la règle d'attribution prévue au paragraphe 75(2)a)i) L.I.R. sera parfois incontournable afin de répondre pleinement aux objectifs du constituant et la protection de ses intérêts. En effet, le constituant voudra habituellement que les biens puissent lui revenir en pleine propriété si certains événements se réalisent. Il est rare qu'un constituant voudra se départir de la totalité ou d'une partie importante de son patrimoine de façon irrévocable, sans se réserver la possibilité de le récupérer éventuellement, au gré de sa situation financière et des relations familiales. Il faut bien comprendre que les considérations juridiques supplantent parfois celles d'ordre fiscal. Le constituant qui désire protéger efficacement ses actifs par le biais d'une fiducie, dans un contexte qui tient compte de ses intérêts présents et futurs, acceptera souvent à ces fins de délaissier des opportunités de fractionnement de revenus.

D'un autre côté, le pouvoir que détiendrait le constituant relativement à l'élection des bénéficiaires du capital, après la constitution de la fiducie, peut aussi engendrer l'application d'une règle d'attribution²⁹¹. Il est clair que l'identification au préalable des bénéficiaires, par le biais de l'acte constitutif, n'occasionne aucune difficulté au niveau fiscal. En outre, le constituant peut accorder une faculté d'élire à un fiduciaire ou à un tiers sans risquer les effets de cette règle. En effet, le constituant ne détient pas alors lui-même le pouvoir de désigner les bénéficiaires après la constitution de la fiducie. Il en est tout autrement si le constituant s'octroie à lui-même cette faculté d'élire. Mais lorsque la faculté d'élire est accordée aux fiduciaires de la fiducie de protection d'actifs et que le constituant se désigne parmi ces fiduciaires, les conditions d'application du paragraphe 75(2)a)ii) L.I.R. existent-elles alors ? Si le constituant, conformément aux exigences du code, n'est pas le seul fiduciaire en fonction et qu'il ne détient pas seul ce pouvoir et/ou que les décisions n'ont pas à être prises à l'unanimité, il semble bien que cette règle d'attribution puisse être évitée dans ces circonstances²⁹². Revenu Canada a effectivement émis l'avis que le paragraphe 75 (2) L.I.R. s'appliquerait si l'acte de fiducie prévoit que les décisions des

²⁹⁰ Lucie BEAUCHEMIN, *loc.cit.*, note 18, 12 :28 et 29

²⁹¹ Par. 75 (2) a) ii) L.I.R.

²⁹² Lucie BEAUCHEMIN, *loc.cit.*, note 18, 12 :28 et 29

fiduciaires, parmi lesquels se trouve le constituant, doivent être prises unanimement²⁹³. En effet, cela reviendrait alors à accorder au constituant-fiduciaire un droit de veto au sujet de la faculté d'élire.

La dernière condition pouvant mener à l'application d'une règle d'attribution en raison des droits et pouvoirs que se réserve le constituant concerne l'autorité que peut avoir ce dernier sur les décisions visant à disposer des biens en fiducie durant l'administration fiduciaire²⁹⁴. À toutes fins pratiques, cette problématique se posera donc uniquement lorsque le constituant voudra participer à l'administration fiduciaire en se désignant parmi les fiduciaires. Généralement, c'est en jouant le rôle de fiduciaire que le constituant a la possibilité d'avoir un certain contrôle sur les biens en fiducie. Nous avons vu que ce sont uniquement les fiduciaires qui exercent légalement la maîtrise et l'administration du patrimoine fiduciaire et ce, à titre d'administrateur ayant la pleine administration du bien d'autrui²⁹⁵. Le constituant désirant participer à l'administration fiduciaire, tout en évitant l'application du paragraphe 75(2)b) L.I.R., serait ainsi prudent de désigner au moins deux autres fiduciaires et de prévoir que les décisions se prendront à la majorité²⁹⁶. Nous suggérons également que le constituant évite de se mettre dans une position où il pourrait être considéré comme dirigeant ou contrôlant dans les faits, d'une quelconque manière, l'administration fiduciaire²⁹⁷.

En résumé, le constituant qui tient à ce que l'existence de la fiducie de protection d'actifs ne soit pas ignorée relativement à l'imposition des revenus, devra prendre garde à ce que l'acte de fiducie ne lui accorde pas trop de droits ou de pouvoirs. En cas contraire, les revenus de biens et les gains en capital imposables à l'égard des biens en fiducie seront imposés dans les mains du constituant. Certains auteurs favorisent une rédaction encore plus conservatrice de l'acte fiduciaire lorsque la non application du paragraphe 75 (2) L.I.R. est recherchée. En fait, on suggère alors que le

²⁹³ Voir : REVENU CANADA, *Interprétation technique 9524185*, le 4 janvier 1996.

²⁹⁴ Par. 75 (2) b) L.I.R.

²⁹⁵ Art. 1278 C.c.Q. et 1306 et suiv. C.c.Q.

²⁹⁶ Marc JOLIN, « Fiducies familiales discrétionnaires », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995, p. 24 :1, à la page 24: 44.

²⁹⁷ Les décisions des fiduciaires peuvent être par exemple, soumises à l'approbation du constituant selon l'acte constitutif ou dans les faits.

constituant ne fasse pas partie des fiduciaires ou des bénéficiaires discrétionnaires de la fiducie et qu'il ne détienne en général aucun des pouvoirs visés par le paragraphe 75(2) L.I.R.²⁹⁸. Mais comme nous l'avons déjà exposé, le constituant aura souvent un grand intérêt, pour sa propre protection, à participer à l'administration fiduciaire et à se désigner à titre de bénéficiaire discrétionnaire dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs. Par ailleurs, nous verrons plus loin que l'application du paragraphe 75 (2) L.I.R. peut également avoir des répercussions lors de la remise des biens aux bénéficiaires du capital²⁹⁹. En tout état de cause, l'analyse des règles d'attribution ne se limite pas à la détermination des pouvoirs du constituant. L'identité des bénéficiaires peut aussi contenir ses propres implications.

4.2.2. Les règles d'attribution résultant de l'identité des bénéficiaires de la fiducie

A) Fiducie en faveur du conjoint : ³⁰⁰

Mentionnons d'abord que la règle d'attribution se rapportant au conjoint s'applique de la même façon, peu importe que la fiducie se qualifie de fiducie exclusive ou non. Ainsi, les revenus de biens et les gains en capital imposables³⁰¹ à l'égard des biens en fiducie, devenus payables en faveur du conjoint, sont imposés dans les mains du constituant si le conjoint possède un droit de bénéficiaire dans la fiducie. Cependant, les pertes de placements et pertes en capital ne peuvent faire l'objet d'une réattribution en faveur du constituant. Par ailleurs, il n'y a pas de réattribution de revenus ni de gains en capital imposables à l'endroit du constituant lorsque les sommes sont conservées à l'intérieur

²⁹⁸ Ces auteurs font notamment référence au durcissement des positions administratives de Revenu Canada concernant le paragraphe 75 (2) L.I.R. ; voir : Jean-Charles HARE, « Partie A - Panel sur les fiducies », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, p. 1, aux pages 13 et 14.

²⁹⁹ *Infra*, p. 102.

³⁰⁰ Par. 74.1 (1), 74.2 et 74.3 L.I.R.

³⁰¹ Des gains en capital imposables à l'égard des biens en fiducie prennent naissance lors de l'arrivée du premier des événements suivants : 1) lors de la vente du bien, 2) lors du décès du conjoint ou 3) lors du 21^{ème} anniversaire de la fiducie si la fiducie ne se qualifie pas de fiducie exclusive (104 (4) L.I.R.).

de la fiducie³⁰². Dans ce dernier cas, rappelons que les revenus ou les gains sont imposés dans la fiducie à un taux d'imposition se rapprochant du taux marginal maximum du particulier. Lorsque le constituant est déjà imposé au taux marginal maximum, le fardeau fiscal peut cependant s'avérer inférieur à ce qu'il aurait été si le constituant avait conservé personnellement les biens. En tout état de cause, les règles d'attribution ont souvent une importance secondaire dans le cadre de la fiducie de protection d'actifs puisque le constituant ne verra habituellement aucun problème à continuer à assumer le fardeau fiscal qu'il assumait de toute façon déjà à l'égard des biens, avant la constitution de la fiducie. Spécifions qu'il sera toujours possible d'imposer le conjoint bénéficiaire sur les revenus d'entreprises de la fiducie et sur les revenus générés sur les revenus de la fiducie, le tout sans l'impact des règles d'attribution. On peut également éviter l'application des règles d'attribution en rendant payables les revenus de biens ou les gains en capital imposables à d'autres bénéficiaires possédant des taux d'imposition plus avantageux, à condition évidemment que l'identité de ces bénéficiaires ne mette pas en action d'autres règles similaires³⁰³. Notons que cette règle d'attribution produit ses effets tant et aussi longtemps que le constituant vit et qu'il réside au Canada, en union conjugale avec son conjoint. Lorsque les liens matrimoniaux ne sont pas dissous en raison d'une séparation de fait ou de corps, les règles d'attribution deviennent sans effet à partir du moment où les époux vivent séparément pour cause d'échec du mariage.

B) Fiducie en faveur d'un mineur 74.1 (2), 74.3 L.I.R.

Les revenus de biens générés dans la fiducie sont aussi imposables dans les mains du constituant si une personne âgée de moins de dix-huit (18) ans, laquelle possède un lien de dépendance avec le constituant ou se veut son neveu ou sa nièce, détient un quelconque droit de bénéficiaire dans la fiducie. Il faut par ailleurs que les revenus soient devenus payables à ce bénéficiaire et imposables dans ses mains, au choix de la fiducie. Lorsque les revenus sont conservés dans la fiducie de protection d'actifs, le taux

³⁰² Notons que les revenus peuvent être imposés au niveau de la fiducie même lorsque les revenus sont rendus payables au conjoint et ce, à l'aide d'un choix fiscal permettant justement de ne pas considérer ces montants comme payables au conjoint. Voir les art. 104 (13.1) et (13.2) L.I.R. et 663.1 et 663.2 L.I.

d'imposition marginal maximum de la fiducie est alors applicable. Si les revenus sont devenus payables à un bénéficiaire dont l'identité ne donne pas lieu à l'application d'autres règles d'attribution, ils seront imposés dans les mains de ce dernier selon son taux d'imposition³⁰⁴. Précisons que la règle d'attribution touchant de tels bénéficiaires mineurs ne vise pas les gains en capital imposables. Il est donc possible de tirer profit du taux d'imposition habituellement peu élevé de ces bénéficiaires mineurs lorsque des gains en capital imposables sont réalisés à l'égard des biens en fiducie ; il faut évidemment les rendre payables au bénéficiaire mineur afin que le fardeau fiscal allégé lui soit transféré. De plus, si certains des biens en fiducie ayant accumulé une plus-value considérable se qualifient de biens agricoles ou d'actions d'une société exploitant une petite entreprise (SEPE), chacun des bénéficiaires mineurs pourra éventuellement utiliser sa propre exemption de 500,000 \$ pour les gains en capital imposables lui ayant été payés³⁰⁵. La fiducie de protection d'actifs ayant comme bénéficiaires des enfants mineurs peut également permettre le fractionnement des revenus de biens générés par le réinvestissement de revenus ayant déjà fait l'objet d'une réattribution dans les mains du constituant. Les revenus d'intérêts, de loyers ou de dividendes produits grâce aux sommes réinvesties ne sont donc pas réattribués au constituant.

La fiducie de protection d'actifs ayant comme bénéficiaires des enfants mineurs est également affectée par la règle de disposition réputée de 21 ans³⁰⁶. Rappelons que le but de cette règle est d'empêcher le report indéfini d'impôts sur les gains en capital par le biais d'un transfert en fiducie. Les dispositions fiscales prévoient donc une disposition réputée de tous les biens en fiducie à leur juste valeur marchande au vingt-et-unième anniversaire de la constitution de celle-ci et ensuite à chaque 21 ans suivant cette date. En fait, seules les fiducies entre vifs ou testamentaires créées pour le bénéfice exclusif du conjoint du constituant sont exemptes de l'application de cette règle. Il existe cependant

³⁰³ Il convient de rappeler que le choix du bénéficiaire privilégié est devenu un mécanisme d'une utilité amoindrie depuis le budget 1995. Ce choix n'est maintenant admis qu'en faveur de personnes atteintes d'une infirmité mentale ou physique.

³⁰⁴ La fiducie peut effectuer un choix fiscal afin d'imposer les revenus en totalité ou en partie dans la fiducie 104 (13.1) et (13.2) L.I.R. Ce choix sera rarement effectué dans le cadre d'une fiducie entre vifs étant donné le taux d'imposition élevé de cette dernière.

³⁰⁵ Les paragraphes 75.1 (1) L.I.R. et 462 L.I. peuvent cependant entraîner l'application de règles d'attribution relativement aux gains en capital qui résultent d'une disposition de biens agricoles.

³⁰⁶ Par. 104 (4) L.I.R.

un moyen pratique et efficace d'éviter les effets néfastes de ces dispositions. Il s'agit pour les fiduciaires de distribuer au besoin le capital des biens ayant accumulé une plus-value importante, aux bénéficiaires du capital prévus à l'acte constitutif, avant la date du vingt-et-unième anniversaire. Nous verrons plus loin dans ce texte que cette remise du capital se fait généralement à l'abri de l'impôt en vertu du paragraphe 107 (2) L.I.R. L'acte constitutif devra octroyer une latitude suffisante au fiduciaire relativement aux époques de remise du capital, afin de permettre l'évitement de cette disposition réputée. Notons finalement que l'impôt payable autrement au moment de cet anniversaire est alors reporté ultimement jusqu'à la revente du bien par le bénéficiaire ou encore au décès de ce dernier.

Lorsqu'on traite de fiducies en faveur d'enfants mineurs, une pratique courante en matière testamentaire consiste à créer autant de fiducies qu'il existe d'enfants mineurs (communément appelée « clause gicleur »). Cela permet de bénéficier du taux d'imposition progressif de chacune des fiducies et ainsi de fractionner les revenus entre celle-ci et leurs bénéficiaires. Dans le cadre d'une fiducie entre vifs de protection d'actifs, la création de plusieurs fiducies n'impliquera à toutes fins pratiques aucun avantage en raison du taux d'imposition élevé du véhicule fiduciaire non testamentaire. En fait, il n'en résulterait qu'un avantage limité dans les cas où les enfants mineurs seraient déjà imposés au taux d'imposition marginal maximum sur d'autres sources de revenus.

Les règles d'attribution en vigueur lorsqu'il existe un bénéficiaire mineur cessent de s'appliquer dès le décès du constituant ou si ce dernier devient non-résident ou encore dès que le bénéficiaire atteint ses dix-huit (18) ans. Il existe bien une règle d'attribution relative à des enfants majeurs bénéficiaires d'une fiducie ; toutefois, elle vise essentiellement le prêt fait par un constituant en faveur d'une telle fiducie et non un transfert de biens³⁰⁷. En général, il n'est pas question de prêt d'argent par le constituant en matière de fiducie de protection d'actifs ; elle est plutôt constituée par donation ou transfert à titre onéreux de biens du constituant, dans le but de les protéger de la saisine de créanciers éventuels. Les fiduciaires peuvent ainsi faire en sorte que les revenus de biens et d'entreprises et les gains en capital imposables soient imposés dans les mains de ces

³⁰⁷ Par. 56 (4.1) L.I.R.

bénéficiaires majeurs, sans réattribution à l'encontre du constituant. Le constituant qui désire protéger ses actifs et qui continue à subvenir aux besoins de tels enfants majeurs, pourrait en conséquence profiter d'un fractionnement de revenus, en prenant pour acquis que le taux d'imposition de tels enfants s'avère inférieur à celui du constituant.

Pour terminer sur les aspects fiscaux de la fiducie de protection d'actifs lors de l'administration fiduciaire, mentionnons qu'aucune taxe sur le capital n'affecte les biens détenus par le biais de la fiducie, comme c'est le cas par ailleurs pour les corporations. Voilà un autre avantage non négligeable de la fiducie comme véhicule juridique de protection d'actifs. Voyons maintenant les conséquences fiscales se rapportant à la remise des biens en faveur des bénéficiaires du capital de la fiducie de protection d'actifs.

4.3. Au moment de la remise des biens aux bénéficiaires du capital

À condition que la fiducie de protection d'actifs se qualifie de fiducie personnelle au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*³⁰⁸, les biens contenus dans celle-ci peuvent être distribués à des bénéficiaires résidant au Canada sans aucune conséquence fiscale néfaste pour la fiducie ou pour le bénéficiaire. Le transfert se fait via un roulement fiscal, la fiducie étant réputée avoir disposé de ses biens pour un produit de disposition égal à leur coût indiqué, soit au prix de base rajusté ou à la fraction non amortie du coût en capital ; les bénéficiaires reçoivent les biens avec les mêmes caractéristiques fiscales qui étaient en vigueur lors de la détention par la fiducie³⁰⁹. La remise des biens doit être effectuée en règlement de la totalité ou d'une partie de la participation du bénéficiaire. Cette disposition permet ainsi d'éviter la règle de disposition réputée de 21 ans et de reporter l'imposition de gains en capital ou de récupération au moment de la vente ultérieure du bien par le bénéficiaire ou au moment de son décès.

³⁰⁸ Par. 248 (1) L.I.R.

Par ailleurs, si le paragraphe 75 (2) a trouvé application à un moment donné de l'administration de la fiducie de protection d'actifs, les possibilités de roulement lors de la remise des biens deviennent plus limitées. Dans ces circonstances, toute distribution de biens de la fiducie, pendant la vie du constituant, provoque une disposition réputée à la juste valeur marchande et éventuellement un gain en capital imposable ou de la récupération, à moins que la remise soit effectuée en faveur du constituant ou de son conjoint en règlement d'une participation dans le capital³¹⁰. Cette disposition vise de plus tous les biens détenus en fiducie et non pas exclusivement ceux transférés par le constituant au moment de l'établissement de celle-ci.

Un choix fiscal peut parfois être exercé lorsque la résidence principale est remise en faveur des bénéficiaires en règlement de leur participation³¹¹. Ce choix permet au bénéficiaire de recevoir le bien à la juste valeur marchande plutôt qu'au prix de base rajusté. La disposition alors réputée à la juste valeur marchande est ensuite rapportée dans la déclaration fiscale de la fiducie pour l'année d'imposition où le bien est remis et une désignation de résidence principale est effectuée³¹². Notons que les fiducies exclusives au profit du conjoint bénéficient de ce droit à l'exemption pour la résidence familiale ainsi que les autres fiducies personnelles si le bien concerné est effectivement le lieu de résidence habituel d'un des bénéficiaires de la fiducie ou encore du conjoint, de l'ancien conjoint ou de l'enfant de celui-ci.

4.4. La fiducie de protection d'actifs et les droits de mutations

L'auteur Michel Turcot a souligné, avec raison, l'importance de l'impact des droits de mutations lors de l'établissement d'une fiducie de protection d'actifs³¹³. Il convient donc de traiter brièvement de cet aspect. En fait, les biens immeubles (commerciaux, résidentiels, industriels) peuvent constituer une partie essentielle

³⁰⁹ Par. 107 (2) L.I.R.

³¹⁰ Par 107 (4.1) L.I.R.

³¹¹ Par 54 (1) L.I.R.

³¹² Par 107 (2.01) L.I.R.

³¹³ Pour un traitement plus complet sur le sujet, voir en effet : Michel TURCOT, « Partie D - Panel sur les fiducies », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999, p. 1, aux pages 19 à 22.

de l'actif d'un individu. Or, il arrivera fréquemment que de tels biens soient transférés en faveur d'une fiducie pour en assurer la protection à l'encontre de la mainmise de créanciers éventuels. Il importe de connaître les implications fiscales, au niveau des droits de mutation, concernant le transfert de ces biens en faveur de la fiducie et aussi lors de leur remise aux bénéficiaires. Le contribuable québécois sait en effet fort bien que la facture de la fameuse « taxe de bienvenue » peut être importante lorsqu'aucune exonération ne s'applique à un transfert d'immeuble donné³¹⁴.

La *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières*³¹⁵ a d'ailleurs fait l'objet de modifications récentes et prévoit trois cas particuliers d'exonération en matière de fiducie. D'abord, l'alinéa 20 d) de la Loi prévoit que le transfert d'un immeuble en fiducie au bénéfice d'ascendants, de descendants du conjoint et de quelques autres personnes de la famille du constituant, est exonéré des droits de mutation. L'alinéa 20 e.1) précise qu'il y a également exonération lors de la remise de l'immeuble en faveur du bénéficiaire si ledit immeuble avait été auparavant cédé à la fiducie dans les conditions prévues à l'alinéa 20 d). Finalement, la Loi permet désormais l'exonération des droits de mutation lorsqu'est effectué le transfert d'un immeuble en faveur d'une fiducie constituée au bénéfice exclusif du constituant, lequel pouvant cette fois être une personne physique ou morale³¹⁶.

Évidemment, ce dernier cas d'exonération peut être appliqué dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs constituée sous l'égide du *Code civil du Québec*. Le problème de cette disposition repose cependant dans l'utilisation des termes « bénéficiaire exclusif ». On peut en effet se demander pour quelle raison le législateur a voulu limiter l'application de cette exonération au cas où le constituant s'est désigné comme le seul bénéficiaire de la fiducie. Nous avons vu auparavant que le constituant d'une fiducie de protection d'actifs voudra habituellement désigner également certains membres de sa

³¹⁴ À cet effet, mentionnons que ces droits correspondent à 0,5% sur le premier 50,000\$, à 1% sur l'excédent de 50,000\$ qui ne dépasse pas 250,000\$ et à 1,5% pour tout ce qui excède cette somme de 250,000\$.

³¹⁵ L.R.Q., c. D-15.1.

³¹⁶ Voir l'alinéa 20 c) de la Loi. Avant les modifications de 1997, il était prévu une exonération lorsque le transfert n'entraînait aucun changement dans le *beneficial ownership* de l'immeuble. L'alinéa 20 c) étend l'exonération à tous les transferts effectués en faveur de fiducies dans lesquelles le cédant possède des droits exclusifs.

famille comme bénéficiaires de la fiducie, afin de leur permettre de jouir des biens transférés et afin d'obtenir un mécanisme de protection plus flexible et efficace. À tout le moins, l'article 4 de la Loi permet d'invoquer plusieurs cas d'exonération pour un même transfert. Ainsi, lorsque le constituant transfère un immeuble à une fiducie de protection d'actifs créée pour son bénéfice et pour le bénéfice de son conjoint et de ses enfants, une exonération sera accordée pour la partie du transfert en faveur du conjoint et des enfants mais elle sera refusée à l'égard du constituant, ce dernier n'étant pas le seul bénéficiaire de la fiducie. Il va sans dire que le résultant s'avère surprenant et inéquitable. Comme si ce n'était pas déjà suffisant, il sera impossible d'invoquer une quelconque exonération si une faculté d'élire les bénéficiaires est accordée aux fiduciaires ou à toute autre personne. Et comme cette faculté sera fréquemment accordée pour obtenir une plus grande latitude...

Lors de la remise des biens, tout transfert aux enfants bénéficiaires ou au conjoint bénéficiaire sera exonéré en vertu de l'alinéa 20 e.1) mais le transfert au constituant serait taxable. Il est permis de se demander pourquoi le législateur n'a pas inséré le constituant parmi les personnes liées visées à l'alinéa 20 d) de la Loi. En résumé, le législateur aurait eu avantage à élaborer ses dispositions en matière de droits de mutation d'une manière plus harmonieuse avec les dispositions civiles portant sur les fiducies.

4.5. Règle générale anti-évitement

La Loi de l'impôt sur le revenu prévoit une disposition générale anti-évitement qui vise à décourager ou à attaquer les planifications fiscales établies sans contrevenir à priori aux autres dispositions de la Loi mais qui apparaissent abusives compte tenu des objectifs et de l'esprit de la Loi. Cette disposition permet aux autorités fiscales de recharacteriser les transactions effectuées afin de les rendre conformes à cet esprit. On peut se demander si les fiducies de protection d'actifs seront susceptibles d'être attaquées par une telle disposition. Il semble que la position de Revenu Canada soit la même que celle en vigueur relativement aux autres fiducies personnelles, c'est-à-dire que le Ministère ne

démontre aucune volonté d'appliquer la règle anti-évitement à de telles planifications³¹⁷. Il faut toutefois être conscient que cette règle existe et que le Ministère pourra toujours appliquer la règle s'il juge que la structure de la fiducie contrevient aux objectifs de la Loi.

³¹⁷ Voir : « Revenu Canada Round Table », dans *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, question 22, pp. 50 :12-13.

CHAPITRE 5. L'OPPORTUNITÉ DE CRÉER UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS RÉGIE PAR UNE JURIDICTION ÉTRANGÈRE

Au-delà de l'intérêt manifesté par la communauté juridique québécoise envers la fiducie régie par le code civil du Québec, il existe un réel engouement pour les fiducies étrangères, appelées également fiducies *off-shore*. Plus particulièrement à titre de mécanisme de protection d'actifs, la fiducie étrangère peut parfois se révéler un outil juridique d'une efficacité étonnante. Il n'est pas l'objet de ce texte de traiter de façon exhaustive de tous les aspects concernant les fiducies étrangères de protection d'actifs (ci-après appelées dans le texte, pour des raisons d'ordre pratique, les « FPAE »). L'étude approfondie de ce sujet peut s'avérer complexe et nécessite une certaine expertise, notamment à l'égard des dispositions législatives des juridictions étrangères. Nous croyons plus utile, dans le cadre de ce texte, de faire état des aspects essentiels et des problématiques majeures soulevées par certains auteurs dans ce domaine et d'y apporter nos commentaires³¹⁸. Quelles raisons militent en faveur de l'établissement d'une FPAE, quels avantages possèdent-elles comparativement à une fiducie locale, quelle est en gros sa structure et quel traitement fiscal reçoit-elle, voilà des questions de base que doivent se poser les juristes dans ce domaine.

5.1. Raisons pouvant mener à la constitution d'une fiducie étrangère.

Il n'est pas inutile d'élaborer quelque peu sur les raisons qui ont contribué à populariser l'utilisation d'une FPAE. L'origine de cette vogue provient surtout du besoin de protection accrue que ressentaient les médecins américains face à la menace de poursuites civiles parfois extravagantes. Ces poursuites menacent aussi les entrepreneurs, les administrateurs de corporations et d'autres professionnels, notamment du domaine

³¹⁸ Pour plus de détails sur ce sujet, voir notamment : Norman C. TOBIAS, « The Uses and Abuses of Foreign Asset Protection Trusts », dans *Corporate Management Tax Conference*, 1993, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, pp. 14 :1 à 14 :42 ; Marcel RACICOT, *Les fiducies de protection d'actifs à l'étranger*, texte inédit, Montréal, Desjardins Ducharme Stein Monast, 1997, 1 page ; Jack BERNSTEIN, « Asset Protection Trusts », (1993) 3 *Tax Profile* 301.

juridique, comptable ou fiscal. La mondialisation des marchés a contribué à augmenter le nombre de poursuites et à hausser les sommes réclamées. Les entreprises ont désormais la possibilité d'effectuer des échanges commerciaux plus importants, avec une clientèle mondialement répandue. Ces échanges sont facilités par des moyens de communication révolutionnaires, par la mobilité des individus et des biens et par l'abolition de nombreuses frontières commerciales³¹⁹. Cette augmentation d'échanges commerciaux internationaux entraîne nécessairement des risques plus élevés de réclamations pour les entreprises, les firmes de professionnels mais aussi pour leurs dirigeants. S'ajoute à cela une recrudescence inévitable des coûts d'assurance pour ces administrateurs et professionnels en proie à des poursuites ainsi que l'existence de dispositions législatives (dans le domaine matrimonial ou successoral) accordant obligatoirement des protections en faveur d'un conjoint ou d'autres membres de la famille³²⁰. Devant l'importance des risques financiers, il arrive parfois que la fiducie locale n'apporte pas une protection jugée suffisante ou adéquate par le client. On se tourne alors vers des juridictions étrangères, comme la Barbade, les îles Cayman, les Bahamas³²¹. Ces pays ont introduit dans leur législation des dispositions extrêmement favorables à la protection des intérêts d'un débiteur.

D'autre part, il faut admettre que l'établissement d'une FPAE peut entraîner des frais onéreux pour le client. Un tel mécanisme de protection d'actifs ne devrait pas être offert à un client d'envergure modeste. La planification nécessite la collaboration d'une équipe de conseillers possédant des expertises diversifiées, soit dans le domaine légal, fiscal et financier. Malgré le caractère invitant de certaines juridictions, les praticiens impliqués doivent s'assurer que la FPAE offre réellement une protection accrue. Examinons maintenant de manière plus concrète les aspects fondamentaux de la FPAE

5.2. Efficacité de la fiducie étrangère.

³¹⁹ On n'a qu'à penser aux effets de l'ALÉNA et de la Communauté Économique Européenne.

³²⁰ N. C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14 :2.

En principe, la fiducie étrangère protège davantage les actifs du constituant principalement pour la raison suivante : les dispositions législatives de certaines juridictions étrangères rendent la tâche plus ardue aux créanciers qui désirent annuler le transfert en faveur de la fiducie ou encore qui tentent de recouvrer des biens par le biais de procédures à l'encontre des fiduciaires ou des bénéficiaires. Généralement, ces lois prévoient la non reconnaissance des jugements d'autres juridictions (comme le Canada) et forcent ainsi les créanciers à poursuivre le constituant dans la juridiction étrangère qui régit la fiducie, selon les règles procédurales et de droit substantif de cette juridiction.

Ainsi, un jugement canadien enjoignant les fiduciaires ou les bénéficiaires d'une fiducie étrangère de remettre des actifs au débiteur canadien et/ou d'exercer des pouvoirs discrétionnaires dans ce même but, ne sera reconnu qu'à certaines conditions. D'abord, les règles procédurales de la juridiction étrangère sont appliquées par le tribunal étranger afin de considérer la reconnaissance ou non de la décision du tribunal canadien. Le créancier doit notamment respecter les délais de prescription de ces juridictions, lesquels sont généralement très courts. En second lieu, le tribunal canadien doit avoir juridiction en vertu des principes de droit international privé de la juridiction étrangère concernant les conflits de lois. À titre d'exemple, plusieurs juridictions étrangères exigeront que le fiduciaire défendeur soit un résident canadien au début des procédures ou encore qu'il se soit volontairement soumis à cette juridiction³²². Un fiduciaire résidant ailleurs qu'au Canada ne devrait pas être inquiété par un tel type de jugement canadien à son endroit puisque le tribunal étranger considérera qu'il y a absence de juridiction de la part du tribunal canadien. Ajoutons que le tribunal étranger ne reconnaîtra pas la décision canadienne, même si les autres critères ont été rencontrés, si cela irait à l'encontre des principes d'ordre public de la juridiction étrangère en matière de protection d'actifs.

³²¹ Voir les différentes juridictions dans : N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14:16 à 14 :24.

³²² Il peut aussi arriver que le fiduciaire ait accepté de se soumettre à la juridiction canadienne si l'acte de fiducie prévoyait que cette question était du ressort du tribunal canadien. Voir : N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14 :27 à 14:30.

D'autre part, un jugement canadien déclarant la nullité ou l'inopposabilité du transfert en fiducie sera reconnu seulement si les actifs immobiliers ou mobiliers se trouvent au Canada. Les actifs situés dans la juridiction étrangère choisie ou dans un pays autre que le Canada sont donc, en principe, à l'abri de toute décision de ce type émanant d'un tribunal canadien³²³.

En conséquence, les créanciers abandonnent souvent leurs recours lorsqu'ils constatent qu'ils doivent les exercer à l'étranger, selon les principes de droit substantif de ces juridictions. Recourir à de telles procédures entraîne des coûts importants et les chances d'avoir gain de cause pour le créancier sont minces. D'abord, nous avons déjà mentionné que les délais de prescription sont très courts dans la plupart de ces juridictions. Ensuite, le créancier doit prouver l'insolvabilité du constituant au moment du transfert et/ou son intention de frauder, parfois avec un fardeau de preuve assez lourd, selon les juridictions. Chacune de ces juridictions possède ses propres particularités, notamment au niveau des délais de prescription et du fardeau de preuve incombant au créancier. Cependant, elles ont toutes comme point commun de favoriser la protection des actifs du constituant.

Afin d'illustrer ces propos, mentionnons brièvement quelques particularités de la loi des îles Cook qui sont mises en évidence dans le texte de Norman Tobias³²⁴. Il semble que le créancier désirant attaquer le transfert en fiducie dans cette juridiction doit prouver :

- 1) que le débiteur s'est rendu insolvable par le transfert en fiducie et ;
- 2) que ce débiteur avait l'intention de le frauder en effectuant un tel transfert.

Le fardeau qui incombe au créancier est le même qu'en droit criminel, soit la preuve hors de tout doute raisonnable. Au niveau de la prescription extinctive, le transfert en fiducie est réputé ne pas être frauduleux lorsque le transfert en fiducie a eu lieu plus de deux ans à compter de la date où le droit d'action du créancier a pris naissance. Lorsque la disposition

³²³ *Id.*

³²⁴ N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14 :16 à 14 :18.

s'est produite à l'intérieur du délai requis, le créancier doit commencer son recours dans un délai d'un an du transfert. Un créancier dont le droit d'action a pris naissance après le transfert ne pourra en aucun temps avoir gain de cause. L'intention de frauder n'est pas imputée au constituant du seul fait que ce dernier a disposé de ses actifs dans les délais ci-dessus mentionnés ou encore parce qu'il a conservé un intérêt de bénéficiaire ou qu'il s'est réservé une quelconque faculté d'élire.

5.3. Structure de la fiducie étrangère

Au niveau de sa structure juridique, l'établissement de la FPAE est constaté dans un acte de fiducie, par lequel le constituant transfère des actifs en faveur des fiduciaires, *es-qualité*, pour le bénéfice ultime du constituant et/ou des membres de sa famille. La constitution de la fiducie étrangère apparaît similaire à celle d'une fiducie domestique mais le transfert se fait en faveur des fiduciaires (ou *trustees*) et non pas en faveur d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct. La fiducie étrangère est donc généralement créée à la manière d'un *trust* de tradition anglaise, dans la juridiction étrangère choisie par le constituant. La plupart des juridictions pressenties sont en effet régies par les principes généraux de la *Common Law*. En tout état de cause, il est prudent d'insérer à l'acte fiduciaire une clause référant de manière expresse à la loi applicable à la fiducie. Certaines juridictions, comme les Bahamas, exigent même que cette stipulation soit contenue dans l'acte constitutif afin que le constituant bénéficie de la protection législative³²⁵.

Comme nous l'avons mentionné, il est possible de constituer une fiducie au Québec, en vertu des dispositions du *Code civil du Québec*, et de choisir une juridiction étrangère applicable à la fiducie³²⁶. Il vaut toutefois mieux ne pas risquer d'attribuer de cette façon une compétence légitime aux tribunaux canadiens. Cette compétence pourrait être reconnue le cas échéant par le pays étranger. En d'autres termes, plus le constituant québécois accumule des éléments d'extranéité dans sa fiducie, notamment

³²⁵ Voir à cet effet : Pamela L. KLONARIS, « Asset Protection Trusts in The Bahamas », (1998) 4 *Trusts and Trustees* 40, 41. Il est à noter que lorsque la législation des Bahamas est rendue applicable à la fiducie, toute réserve héréditaire ou communauté de biens en vigueur selon les lois d'un autre pays est alors ignorée par les tribunaux des Bahamas ;

³²⁶ Voir à cet effet : *Supra*, p.46.

au niveau du lieu de résidence des fiduciaires, du lieu où se trouvent les biens et du lieu où l'acte juridique est passé, plus la juridiction étrangère est susceptible de refuser la reconnaissance d'un jugement canadien. D'autre part, il est possible que le pays étranger soit plus à l'aise relativement à l'efficacité ou à la légalité de la planification si le *trust* a été constitué en vertu des principes de *Common Law*. Le concept juridique que représente le patrimoine d'affectation pourrait peut-être indisposer certaines juridictions³²⁷.

L'acte constitutif de la FPAE, à l'instar de la fiducie domestique, doit idéalement présenter une rédaction souple, afin d'assurer une flexibilité dans l'administration fiduciaire. La fiducie étrangère est donc généralement discrétionnaire. Rappelons que l'avantage principal de la fiducie discrétionnaire au niveau de la protection d'actifs est le suivant : les bénéficiaires n'ont aucun droit acquis dans les revenus ou dans le capital de la fiducie. Ainsi, la saisie des droits des bénéficiaires insolvable représente en principe peu d'intérêts pour leurs créanciers³²⁸.

L'acte constitutif devrait généralement contenir une clause permettant aux fiduciaires d'enclencher la modification ou la terminaison de la fiducie et une clause permettant de changer la loi applicable à la fiducie, dans certaines circonstances³²⁹. Une soudaine instabilité politique ou économique de la juridiction choisie peut enjoindre les fiduciaires à appliquer de telles mesures. Une clause peut prévoir notamment la destitution automatique des fiduciaires résidant dans la juridiction devenue instable et leur remplacement par des fiduciaires résidant dans une juridiction plus sécuritaire. La clause prévoit aussi que ce remplacement provoque du même coup un changement de la loi applicable à la fiducie³³⁰.

³²⁷ Voir au sujet de la reconnaissance internationale de la fiducie québécoise : L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 8, 12 :13 ; B. BOUCHER, *loc. cit.*, note 34, 21 :14 et 21 :15 .

³²⁸ P.L. KLONARIS, *loc. cit.*, note 322, 41. Au sujet des avantages reliés à l'utilisation d'une fiducie discrétionnaire en cas d'insolvabilité des bénéficiaires, voir : *Supra*, p. 45.

³²⁹ Notons qu'une telle modification devra généralement être approuvée par le tribunal en vertu des principes de *Common Law*. Voir : *Supra*, p. 36 et suiv.

³³⁰ Cette clause est communément appelée « *Cuban flee* » ; voir : P.L. KLONARIS, *loc. cit.*, note 325, 42.

À la lumière de ce qui précède, il convient de prévoir à l'acte constitutif un mécanisme de remplacement des fiduciaires. À cet égard, le constituant octroie souvent le pouvoir de nommer de nouveaux fiduciaires aux *protectors*, en certaines circonstances. Les *protectors* sont des personnages que l'on rencontre habituellement dans le cadre des fiducies de tradition anglaise. Ils ont pour tâche principale d'assurer la protection des intérêts des bénéficiaires en surveillant l'administration fiduciaire. Dans cette perspective, les *protectors* se voient attribuer par le constituant d'autres pouvoirs que celui de remplacer des fiduciaires. Parfois, ils possèdent le pouvoir d'approuver certains gestes plus importants posés par les fiduciaires ou agissent même comme conseillers des fiduciaires à tous égards (en matière de placements financiers par exemple)³³¹. Le constituant, un fiduciaire, un bénéficiaire ou encore toute autre personne désignée à l'acte fiduciaire, peut être désigné de prime abord comme *protector*. Notons que le fiduciaire qui agit aussi comme *protector*, est soumis aux obligations et devoirs fiduciaires seulement lorsqu'il agit à titre de fiduciaire³³².

Voyons maintenant les principales précautions qui doivent être prises afin que la FPAE soit d'une efficacité optimale. D'abord, la fiducie ne doit pas être révocable par le constituant. C'est-à-dire que le constituant ne doit pas avoir le pouvoir de mettre un terme à la fiducie de façon unilatérale et d'ainsi récupérer les biens à tout moment, à son entière discrétion. Dans le cas contraire, une Cour canadienne pourrait possiblement forcer le constituant canadien à révoquer la fiducie et permettre ainsi aux créanciers de saisir les biens préalablement transférés en fiducie, surtout si ces biens se trouvent au Canada. En outre, les principes généraux de la *Common Law* ne semblent pas admettre la légalité d'une telle fiducie révocable. Par exemple, serait illégale toute fiducie qui pourrait être révoquée par le constituant en tout temps, le constituant étant bénéficiaire exclusif des revenus et/ou du capital jusqu'au moment de sa faillite, la fiducie devenant alors discrétionnaire au bénéfice éventuel de divers membres de sa famille. Un tel pouvoir de révocation est synonyme d'une intention de frauder les créanciers dans la plupart des juridictions

³³¹ Les *protectors* peuvent avoir comme rôle d'approuver des placements excédant des montants déterminés ou encore des distributions importantes de revenus ou de capital de la fiducie.

³³² À ce sujet, voir N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14:5.

étrangères³³³. Or, ces juridictions ne désirent pas encourager les planifications à caractère frauduleux.

En deuxième lieu, il est d'une importance capitale que les actifs transférés en fiducie se trouvent à l'extérieur du Canada pour une protection accrue. En cas contraire, il serait possible pour le créancier d'obtenir un jugement canadien et de l'exécuter sans problème sur les biens situés au Canada. D'ailleurs, il est préférable que des liquidités soient transférées en fiducie étrangère puisqu'en matière immobilière, la loi du lieu où sont situés les biens est applicable en vertu du droit international privé³³⁴. Et comme il n'est pas aisé de déplacer un bien immobilier... On peut également se questionner sur la protection dont pourrait bénéficier des valeurs mobilières, des fonds ou autre actifs plus intangibles placés dans des banques internationales ayant des succursales un peu partout dans le monde, y compris au Canada³³⁵. Une Cour canadienne pourrait-elle par exemple enjoindre la succursale canadienne d'obtenir un transfert des fonds placés dans une juridiction étrangère? Une chose est certaine, les conseillers juridiques et financiers du constituant doivent évaluer et expliquer ces risques à leurs clients.

De plus, il peut être préférable que le constituant évite de se nommer parmi les fiduciaires ou *protectors* de la fiducie étrangère. Il peut être également souhaitable que le constituant ne se réserve pas de pouvoirs dans la disposition des biens de la fiducie. Certains auteurs sont en effet d'avis qu'un tribunal canadien pourrait éventuellement forcer le constituant à exercer son pouvoir d'une manière avantageuse pour les créanciers³³⁶. L'idéal serait donc de nommer des tiers à titre de fiduciaires, lesquels seraient résidents de la juridiction choisie. Dans le même ordre d'idées, mentionnons qu'il est fréquent de constater à l'intérieur du montage d'une FPAE la présence d'une lettre de souhaits signée par le constituant et ayant comme objectif de guider en quelque sorte les

³³³ P.L. KLONARIS, *loc. cit.*, note 325, 42.

³³⁴ *Id.* ; voir aussi l'article 3097 C.c.Q.

³³⁵ N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, p.14 :24.

³³⁶ Il est généralement conseillé au constituant d'éviter de se réserver une faculté d'élire, à moins qu'il ne soit impossible pour ce dernier de se nommer lui-même parmi les bénéficiaires. Voir : P.L. KLONARIS, *loc. cit.*, note 325, 42.

fiduciaires dans leur administration et dans leurs décisions. Cette lettre de recommandation ne doit pas être interprétée comme liant obligatoirement les fiduciaires. Elle doit être rédigée très soigneusement et avec beaucoup de prudence afin de ne pas nuire à l'efficacité du montage de protection d'actifs. En effet, une Cour canadienne pourrait éventuellement forcer le constituant à poser certains gestes si elle considère que la lettre lui octroie en réalité des pouvoirs sur la disposition des biens en fiducie ou sur l'administration de la fiducie en général³³⁷.

Finalement, notons qu'il peut aussi y avoir des risques à nommer le constituant parmi les bénéficiaires de la fiducie. Un tribunal canadien pourrait dans certains cas retarder la libération du constituant failli en attendant que des actifs de la fiducie lui soient remis. Par ailleurs, nous avons déjà mentionné que le constituant désirera la plupart du temps assumer ce risque dans le cadre d'une protection d'actifs.

Notons enfin, que les juridictions étrangères populaires en matière de protection d'actifs prévoient habituellement qu'un des fiduciaires de la fiducie doit être une compagnie de fiducie reconnue et autorisée par la loi du pays. On peut séparer en deux catégories ces compagnies de fiducie. Il y a d'abord les grandes compagnies de fiducie dont les intérêts sont détenus en général par de grandes banques internationales puis il existe aussi les petites compagnies privées de fiducie qui sont contrôlées par un ou plusieurs individus. Les compagnies de fiducie de plus grande envergure ont l'avantage d'offrir des services financiers et de gestion variés et du personnel compétent. Toutefois, en tenant compte de la présence de succursales dans plusieurs pays, on peut se demander si une Cour canadienne ne pourrait pas ordonner à cette succursale de poser certains gestes à l'avantage de créanciers³³⁸.

5.4. Choix de la juridiction étrangère : critères déterminants³³⁹

³³⁷ Il peut aussi être prévu à l'acte fiduciaire que les fiduciaires n'ont pas à suivre les instructions des *protectors* s'ils sont devenus sujets à des ordonnances de la Cour.

³³⁸ N.C. TOBIAS, *op. cit.*, p. 14:26.

³³⁹ M. RACICOT, *op. cit.*, note 318, p.1.

Lorsqu'un individu, avec l'avis de ses conseillers juridiques, prend la décision d'établir une FPAE, il doit évidemment choisir une loi étrangère applicable à la fiducie. Afin d'effectuer un choix éclairé, une analyse des éléments essentiels de ces diverses lois se doit d'être réalisée et ce, en tenant compte principalement des objectifs de la planification. Certaines juridictions peuvent assurer une meilleure protection des actifs que d'autres juridictions. Un des critères importants dans le choix de la loi applicable est l'analyse des délais de prescription imposés par la législation étrangère à un créancier qui désire intenter des procédures contre les actifs de la fiducie ou contre le constituant, les fiduciaires ou les bénéficiaires. La tendance d'une juridiction à ne pas reconnaître les jugements d'autres pays constitue un élément tout aussi déterminant. D'aucuns seront intéressés à évaluer le degré de confidentialité qu'adoptent ces juridictions envers toutes informations relevant de l'administration fiduciaire. À titre d'exemple, il peut être intéressant d'examiner la souplesse qu'offre la législation étrangère dans l'administration de la fiducie. On voudra en outre s'assurer que la loi étrangère permet aisément le remplacement des fiduciaires, la modification de l'acte de fiducie en certaines circonstances ou même encore le changement de la loi applicable s'il survient un événement d'importance.

D'autres facteurs doivent toutefois être considérés dans le choix d'une loi applicable qui sied bien à la planification d'un individu en particulier. Ces considérations bien concrètes et pratiques peuvent parfois altérer le choix d'origine. La stabilité politique et socio-économique du pays considéré se révèle un aspect primordial. Un pays qui éprouve des problèmes au niveau de son administration gouvernementale, qui présente une fragilité politique ou économique ou encore un pays où les confrontations militaires sont envisageables, devra de toute évidence être écarté malgré ses caractéristiques législatives d'autre part séduisantes. On peut en effet s'inquiéter du sort des actifs transférés en fiducie lorsque survient de tels événements. Le constituant éventuel d'une FPAE voudra également prendre en considération la proximité du pays par rapport à son lieu de résidence. Le constituant aura intérêt à visiter de temps à autre le pays choisi afin de vérifier l'efficacité de l'administration fiduciaire ou pour remplir certains documents, le cas échéant.

5.5. Aspects fiscaux de la fiducie étrangère de protection d'actifs³⁴⁰

Il est fort probable que le constituant canadien qui désire établir une FPAE voudra savoir si cette planification entraîne des impacts fiscaux négatifs pour lui-même, pour la fiducie et pour les bénéficiaires canadiens. Le constituant doit donc être informé adéquatement à ce niveau. Il n'est sûrement pas notre intention d'effectuer une analyse détaillée des aspects fiscaux d'une FPAE. En fait, l'étude approfondie de ces aspects est fort complexe et nécessite des compétences particulières, notamment dans le domaine des législations fiscales étrangères. Nous préférons faire un bref survol des questions les plus fondamentales à cet égard.

5.5.1 Impacts fiscaux lors de la disposition des biens et en cours d'administration

Les impacts fiscaux lors de la disposition d'actifs par le constituant canadien en faveur de la FPAE sont identiques à ceux reliés à une disposition en faveur d'une fiducie domestique. Nous référons donc le lecteur à nos commentaires antérieurs à ce sujet³⁴¹. D'autre part, il convient aussi de mettre en garde le constituant contre l'application éventuelle des règles d'attribution, même dans un contexte de fiducie étrangère. En effet, il ne faut pas oublier de considérer ces règles lorsque le constituant est résident canadien. Les droits et pouvoirs que se réserve le constituant dans l'administration fiduciaire ainsi que l'identité des bénéficiaires détermineront l'application de ces dispositions. Par ailleurs, nous savons qu'il n'y a pas de réattribution des revenus de biens en faveur du constituant si ces revenus sont accumulés dans la fiducie étrangère. Comme les lois étrangères ont souvent des règles fiscales moins astreignantes, le constituant pourrait être tenté de laisser les revenus s'accumuler dans la fiducie, dans le but de bénéficier d'un taux d'imposition avantageux. Or, pour ce faire, il faut s'assurer que la fiducie ne soit pas elle-même assujettie à l'impôt canadien. Il faut donc déterminer d'abord la résidence de la fiducie et ensuite vérifier si des règles spécifiques anti-évitement s'appliquent.

³⁴⁰ Pour des détails sur tous les aspects fiscaux de la FPAE, voir : Wallace M. HOWICK, « Diversification and Offshore Trusts » dans *1994 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995, p. 23:1, aux pages 23 :74-98; N.C. TOBIAS, *loc. cit.*, note 318, 14 :33-41.

³⁴¹ Voir *Supra*, p. 90.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne donne pas de définition spécifique de la résidence d'une fiducie. Toutefois, à la lecture de l'article 104(1) de la loi, il apparaît que la résidence de la fiducie dépend surtout de la résidence de ses fiduciaires. D'ailleurs, Revenu Canada considère, d'après son bulletin d'interprétation IT-447³⁴², que la fiducie réside généralement à l'endroit où le ou les fiduciaire(s) qui administre(nt) la fiducie ou contrôle(nt) ses actifs réside(nt). Lorsqu'il y a plusieurs fiduciaires qui exercent l'administration et le contrôle de la fiducie, le lieu de résidence de la majorité des fiduciaires est considéré comme le lieu de résidence de la fiducie. Cependant, il arrive qu'il ne soit pas facile de déterminer qui a le contrôle effectif de la fiducie. Dans ce cas, Revenu Canada prend en considération d'autres facteurs afin de situer la résidence de la fiducie. Entre autres, le lieu où sont situés les actifs en fiducie est pris en ligne de compte. Revenu Canada peut aussi analyser le lieu de résidence du constituant, d'un bénéficiaire ou d'un *protector* s'il s'avère que l'un de ces individus possède, dans les faits, un contrôle substantiel sur l'administration des actifs en fiducie³⁴³.

En conséquence, la fiducie doit être structurée de la suivante si le constituant désire que la fiducie de protection d'actifs ne soit pas considérée comme résidente canadienne au niveau fiscal :

- 1) au moins la majorité des fiduciaires et *protectors* devront être résidents du pays dont la loi applicable a été choisie ;
- 2) ces derniers doivent avoir l'autorité principale et effective dans l'administration de la fiducie ;
- 3) le constituant canadien doit veiller à ne pas se réserver des pouvoirs d'administration importants dans la fiducie et ;
- 4) l'administration concrète des actifs de la fiducie et les décisions des fiduciaires doivent

³⁴² REVENU CANADA, *Bulletin d'Interprétation IT-447*, « Résidence d'une fiducie ou d'une succession », le 30 mai 1980. Notons également que l'arrêt *Thibodeau family trust c. La Reine*, (1978) C.T.C. 509 (C.F. 1^{ère} instance) trace des lignes directrices importantes dans la recherche de la résidence d'une fiducie. Notamment, cette décision nous indique qu'il ne faut pas prendre en considération, *a priori* du moins, la résidence du constituant ou des bénéficiaires de la fiducie.

³⁴³ Notons également que lorsque l'administration fiduciaire est assurée par la division d'une corporation, sa résidence sera considérée comme celle de la division et non celle de la maison mère. REVENU CANADA, *op. cit.* note 342.

Cependant, même si la fiducie n'est pas résidente canadienne selon les facteurs ci-dessus mentionnés, il ne faut pas conclure immédiatement qu'elle n'est pas assujettie à l'impôt canadien. En effet, les règles spécifiques anti-évitement (appelées communément « règles FAPI ») peuvent s'avérer des dispositions fort contraignantes dans le cadre d'une planification *off-shore*³⁴⁴. Ces règles ont justement pour but de limiter les possibilités de report d'impôts canadiens par le biais d'une accumulation de revenus de biens ou de gains en capital dans une fiducie non-résidente. Ce sont des dispositions complexes dont l'étude détaillée déborderait largement le cadre de ce texte. Ces règles fiscales sont d'ailleurs devenues récemment plus rigides puisque certains contribuables à revenus élevés réussissaient malgré tout à éviter des impôts canadiens avec ces stratagèmes³⁴⁵. Retenons simplement que lorsqu'elles sont applicables, ces règles peuvent rendre la fiducie non-résidente et les bénéficiaires canadiens de cette fiducie, imposables au Canada sur les revenus de biens gagnés par ladite fiducie.

5.5.2. Imposition des bénéficiaires résidant au Canada

La plupart du temps, le juriste canadien qui aura à concevoir une planification ayant pour but de protéger des actifs, le fera pour un client résidant au Canada ou parce que les bénéficiaires de cette planification sont résidents canadiens. Il faut donc savoir que le bénéficiaire canadien d'une fiducie personnelle non-résidente, doit inclure dans ses revenus tous montants lui étant devenus payables dans l'année par la fiducie³⁴⁶. Notons que dans la majorité des cas, la FPAE est structurée de façon à se qualifier de fiducie personnelle au niveau fiscal³⁴⁷. Par ailleurs, si la fiducie non résidente personnelle distribue des actifs en fiducie en faveur d'un bénéficiaire résident, et ce en considération de son droit au capital dans la fiducie, la distribution se fera par le biais d'un roulement fiscal, en autant

³⁴⁴ Voir les articles et paragraphes 94 et 94.1 L.I.R. Le nom « règles FAPI » vient du nom anglais : *foreign accrual property income rules*.

³⁴⁵ CANADA, ministère des Finances, *Annexe 7 du plan budgétaire de 1999*, « Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », 16 février 1999.

³⁴⁶ 104(13)c) et 105(1)b) L.I.R.

³⁴⁷ Dans le cas d'une fiducie non-résidente qui ne se qualifie pas de personnelle, tout paiement à un bénéficiaire, que ce soit des paiements provenant de revenus de la fiducie ou des paiements en capital, est alors imposé comme revenu ordinaire dans les mains du bénéficiaire à moins que ce dernier ne reçoit le paiement en considération de son intérêt dans le capital.

que la règle d'attribution contenue à l'article 75(2) ne trouve pas application à la situation donnée. Si la distribution est faite en considération d'un intérêt dans les revenus, on considère alors que la fiducie a disposé des actifs à la juste valeur marchande et le bénéficiaire recevant les actifs n'assume aucune charge fiscale se rattachant à leur réception³⁴⁸.

5.5.3. Neutralité fiscale

Si l'on assume que la fiducie non résidente respecte les conditions pour se qualifier de fiducie personnelle en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et que cette fiducie comprend des bénéficiaires canadiens, il existe alors un équilibre entre le traitement fiscal canadien d'une telle fiducie et celui d'une fiducie locale. Il est évident que le traitement peut toutefois varier si le pays étranger a signé une convention fiscale avec le Canada. Si l'on considère notamment l'application des règles FAPI, il semble exister une certaine neutralité au niveau du traitement fiscal des deux planifications. Le constituant canadien et ses bénéficiaires canadiens ne bénéficient pas en principe d'avantages fiscaux mais ils ne subissent pas non plus d'inconvénients majeurs relativement à l'impôt canadien. Idéalement, lorsque la structure de la fiducie non-résidente permet de ne pas rencontrer les conditions d'application des règles FAPI, il peut être possible de reporter l'impôt que devraient payer les bénéficiaires canadiens en accumulant les revenus de biens dans la fiducie non-résidente établie dans un paradis fiscal.

5.5.4 Impôts étrangers

Impôts de la juridiction du constituant non-résident : Il peut arriver parfois que le juriste canadien doive planifier l'établissement d'une FPAE par un constituant ne résidant pas au Canada. Cela est notamment possible lorsque le constituant désire avantager des bénéficiaires canadiens ou lorsque les biens transférés en fiducie se

³⁴⁸ 107((2) et (4.1) L.I.R.; 106(3) et 106(2) L.I.R. Dans le cas d'une fiducie non personnelle, il y a disposition à la JVM peu importe que la distribution ait lieu en considération de l'intérêt du bénéficiaire dans les revenus ou dans le capital. Le bénéficiaire est alors considéré avoir reçu le bien à la JVM et peut être sujet à un gain ou une perte en capital s'il revend le bien par la suite, selon le prix de base rajusté du bien ; 107(2.1)a) et 107 (2.1)c) L.I.R..

situent au Canada. Dans ce cas, le conseiller juridique devra étudier les règles fiscales du pays de résidence du constituant. À titre d'exemple, les États-Unis ont adopté des règles fiscales, appelées « *grantor trust rules* ». Ces règles peuvent viser tout constituant résidant dans ce pays. En vertu de ces dispositions, le fisc américain considère que le constituant est demeuré propriétaire des biens et impose ce dernier aux États-Unis sur les revenus générés par les biens transférés en fiducie, à condition que ce constituant américain se soit réservé un intérêt quelconque dans la fiducie ou un certain pouvoir décisionnel dans l'administration fiduciaire. On peut donc remarquer une certaine similitude entre ces règles et les règles d'attributions canadiennes³⁴⁹. D'autres pays comme l'Australie et la Nouvelle-Zélande considèrent que la résidence de la fiducie est réputée être celle du constituant. On doit donc évaluer les impôts exigibles en vertu des législations de ces pays lorsque le constituant y est résident. En tout état de cause, un fiscaliste du lieu de résidence du constituant devrait toujours analyser les impacts fiscaux potentiels à cet égard.

Impôts de la juridiction où se situent les actifs : Lorsque les actifs sont situés dans une juridiction autre que celle où la fiducie a été établie, d'autres conséquences fiscales peuvent aussi surgir. Par exemple, si les actifs sont situés au Canada, des retenues d'impôts importantes peuvent être exigées sur les revenus générés par les biens (comme les revenus de dividendes, d'intérêts ou de loyers), en autant que les règles FAPI ne trouvent pas déjà application à la situation³⁵⁰. Les États-Unis ont adopté des règles fort similaires et la vigilance s'impose également lorsque les biens transférés en fiducie y sont situés. Nous avons vu que le constituant a avantage à transférer des actifs qui peuvent se situer dans une juridiction étrangère dont les lois sont favorables à la protection d'actifs. Si cela est impossible à réaliser pour l'ensemble des biens, il peut au moins être avantageux d'établir la fiducie dans une juridiction qui a signé un traité fiscal avec la juridiction du *situs* des biens, et ce afin d'amoinrir autant que possible les charges fiscales.

Impôts de la juridiction où la fiducie est établie : En principe, la juridiction étrangère choisie pour établir et régir la fiducie ne devrait pas exiger d'impôts importants. Les pays étrangers qui sont populaires en matière de protection d'actifs

³⁴⁹ Voir l'article 75(2) L.I.R.

prévoient généralement le non paiement de taxes locales par le constituant, la fiducie et les bénéficiaires. Par exemple, les îles Cayman, les îles Turks et Caïcos, ainsi que les Bahamas sont de véritables paradis fiscaux où aucune taxe n'est perçue. D'autres juridictions comme les îles Cook, Belize et Gibraltar attribuent ce privilège uniquement aux fiducies établies par des non-résidents.

³⁵⁰ Partie XIII L.I.R., Impôts sur le revenu de personnes non-résidentes provenant du Canada.

CHAPITRE 6. RÉDACTION DE L'ACTE CONSTITUTIF D'UNE FIDUCIE DE PROTECTION D'ACTIFS

Il nous apparaît utile de terminer cette étude en traitant brièvement de quelques éléments concernant la rédaction d'un acte constitutif de fiducie de protection d'actifs, régie par la loi québécoise. Il n'est pas l'objet de ce texte de traiter de l'ensemble des clauses particulières relatives à une telle fiducie. Nous ne prétendons pas non plus présenter l'ébauche d'un formulaire type, apte à couvrir la plupart des situations. De toute manière, tout acte de fiducie de protection d'actifs doit évidemment être rédigé sur mesure et selon les particularités de chaque situation. Le juriste doit comprendre parfaitement les objectifs et les besoins spécifiques du constituant afin de rédiger adéquatement l'acte fiduciaire. D'abord, nous verrons brièvement quelques clauses utiles en matière de fiducies de protection d'actifs. Ces clauses touchent la création du patrimoine fiduciaire, l'affectation de la fiducie de protection d'actifs, la désignation des fiduciaires et la description de leurs pouvoirs et obligations. Ensuite, nous nous attarderons à la pierre angulaire de la rédaction de la fiducie de protection d'actifs, soit la détermination des bénéficiaires.

6.1 Clauses diverses de rédaction

Comme c'est le cas pour toute fiducie, il y a lieu de constituer le patrimoine fiduciaire en respectant les dispositions du code. Rappelons à cet effet qu'un des éléments essentiel à la naissance d'une fiducie est la constitution d'un patrimoine d'affectation autonome et distinct et ce, de façon expresse de préférence. N'oublions pas que c'est ce patrimoine qui doit recevoir le transfert des biens à protéger. Le rédacteur doit éviter absolument de transférer les actifs en faveur des fiduciaires, *es-qualité*. Nous recommandons d'ailleurs au rédacteur de suivre autant que possible les termes des articles 1260 et 1261 C.c.Q. lorsque vient le temps de constituer ce patrimoine fiduciaire.

Une fois le patrimoine fiduciaire juridiquement constitué, il est essentiel de spécifier l'affectation de la fiducie. Rappelons qu'une description adéquate de l'affectation de la fiducie contribue à lui attribuer une couleur et une dimension propre. L'affectation dirige les fiduciaires dans leur administration et clarifie les objectifs qui doivent être atteints durant cette administration. En outre, elle favorise une interprétation plus juste de l'acte constitutif. Pour ces raisons, l'affectation de la fiducie doit être décrite avec clarté mais non d'une manière trop détaillée. Il faut éviter de chercher à couvrir toutes les situations pouvant se produire au cours de l'administration fiduciaire et ce, afin de ne pas nuire à la flexibilité de la fiducie. Dans le cas de la fiducie de protection d'actifs, l'affectation de la fiducie pourrait tout simplement être décrite de la façon suivante : « Les biens de la présente fiducie seront affectés à la protection des intérêts des bénéficiaires de manière à ce qu'ils soient mis à l'abri de toute saisie ou recours par les créanciers du constituant et des bénéficiaires. Les fiduciaires devront être guidés dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires par l'intention du constituant d'assurer aux bénéficiaires un niveau de vie auquel ils ont toujours été habitués et par le souci de conserver les biens en fiducie à l'abri des créanciers. Les fiduciaires ne seront pas tenus d'agir de façon impartiale à l'égard des bénéficiaires et ce, afin que les objectifs de la présente fiducie soient rencontrés de la manière la plus efficace possible. Les biens en fiducie seront en conséquence affectés, dans cette perspective, à la satisfaction des besoins des bénéficiaires ».

La désignation des fiduciaires de la fiducie de protection d'actifs revêt aussi une grande importance, il va sans dire. Généralement, comme nous l'avons déjà mentionné, le constituant préfère de loin être cofiduciaire de la fiducie afin de participer aux décisions et à l'administration. Un bénéficiaire, comme par exemple le conjoint, et un tiers entretenant une relation de confiance avec le constituant, sont habituellement désignés pour assister ce dernier dans l'administration fiduciaire. Cela favorise également une administration plus harmonieuse et conforme aux objectifs du constituant. De plus, il est toujours préférable de prévoir un mode général de remplacement des fiduciaires. Cela permet d'éviter le recours au tribunal prévu à l'article 1277 C.c.Q. lorsqu'il est devenu impossible de pourvoir au remplacement d'un fiduciaire. À cet effet, le constituant seul ou à défaut les autres fiduciaires toujours en fonction pourraient légalement détenir le pouvoir de choisir tout remplaçant en cas de décès, de démission ou de refus. Il serait toutefois illégal

d'accorder au constituant le pouvoir de destituer tout fiduciaire à son entière discrétion. Une telle clause équivaldrait en pratique à accorder au constituant un contrôle total de l'administration fiduciaire, ce qui contreviendrait à notre avis aux termes de l'article 1275 C.c.Q.. Enfin, l'acte constitutif devrait préciser que tout fiduciaire devenu failli sera automatiquement et immédiatement démis de ses fonctions mais qu'il sera réintégré au moment de sa libération³⁵¹.

Il peut être souhaitable de préciser à l'acte constitutif que tout fiduciaire n'est pas tenu d'agir de façon impartiale entre les bénéficiaires. On indique en outre que les pouvoirs discrétionnaires peuvent être exercés sans restriction, même à l'avantage du fiduciaire, sans que cela ne soit interprété comme allant à l'encontre des devoirs du fiduciaire et de l'intention du constituant³⁵². De telles précisions sont en effet utiles lorsque la fiducie de protection d'actifs est discrétionnaire et que, par exemple, le constituant et son conjoint sont des fiduciaires et des bénéficiaires potentiels de la fiducie. On évite ainsi des contestations éventuelles relatives à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Quant aux autres pouvoirs fiduciaires, il y a relativement peu de commentaires à apporter, concernant spécifiquement la fiducie de protection d'actifs. La seule clause particulière que l'on devrait généralement rencontrer prévoit la suspension des droits d'un bénéficiaire, à la discrétion des fiduciaires, aussitôt que le bénéficiaire devient failli. Cette clause indique donc aux fiduciaires que leur discrétion doit être exercée de manière à ce que les créanciers des bénéficiaires profitent le moins possible des biens en fiducie. À la rigueur, les fiduciaires peuvent toujours remettre des droits aux revenus au bénéficiaire failli, pour lui permettre de satisfaire ses besoins essentiels, tout en suspendant le droit au capital. Par ailleurs, rappelons qu'il est de bonne pratique d'énumérer les pouvoirs fiduciaires de façon détaillée, sans toutefois en limiter la généralité. Bien que les fiduciaires possèdent la pleine administration des biens en fiducie en vertu de l'article 1278 C.c.Q., une énumération non exhaustive contribue à clarifier les objectifs de la fiducie. Cela permet aussi

³⁵¹ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12 :44. Notons que l'article 1355 C.c.Q. prévoit déjà la destitution automatique de l'administrateur failli.

³⁵² Rappelons qu'en vertu des articles 1310 et 1311 C.c.Q., l'administrateur du bien d'autrui ne peut agir, à moins d'indication claire à l'effet contraire, dans son propre intérêt. Il doit en outre exercer en principe ses

de préciser, le cas échéant, les limites des pouvoirs fiduciaires et rend l'acte constitutif plus accessible pour les différents intervenants.

D'autre part, un droit de veto peut être accordé au constituant qui est cofiduciaire. L'attribution d'un tel droit peut sembler séduisante pour le constituant qui désire conserver un contrôle maximum sur les biens transférés pour fins de protection. Toutefois, ce droit de veto est susceptible d'engendrer parfois l'application de règles d'attribution³⁵³. Lorsqu'il existe plus de deux fiduciaires, le droit de veto peut être octroyé en précisant que toute décision doit être prise à la majorité, en autant que le constituant soit en accord avec cette majorité. Évidemment, ce droit de veto existe aussi si il n'y a que deux fiduciaires, dont le constituant, puisque toute décision doit alors être prise à l'unanimité. Au surplus, nous recommandons de déterminer clairement les obligations des fiduciaires afin d'éviter toute ambiguïté. Par exemple, on peut prévoir si les fiduciaires seront tenus de faire fructifier le patrimoine fiduciaire, s'ils doivent fournir un sûreté garantissant leurs obligations, s'ils doivent produire un inventaire ou encore une reddition de compte périodique et, dans l'affirmative, en faveur de quelles personnes³⁵⁴. L'acte constitutif doit spécifier la rémunération des fiduciaires, le cas échéant. Toutefois, il est permis de penser que l'administration fiduciaire de la fiducie de protection va habituellement se faire à titre gratuit, comme c'est le cas pour d'autres donations fiduciaires. Cela est d'ailleurs fort compréhensible puisque les fiduciaires nommés sont presque toujours des proches du constituant.

Des clauses usuelles, visant à améliorer la protection des bénéficiaires, devraient être insérées à l'acte de fiducie de protection d'actifs. Ainsi, on peut prévoir que tous les biens ou revenus qui seraient dévolus à un quelconque bénéficiaire ne seraient pas assujettis éventuellement à un partage en cas de séparation ou de divorce entre

pouvoirs dans l'intérêt commun. L'article 1283 C.c.Q. spécifie d'ailleurs que le détenteur de la faculté d'élire ne peut exercer son pouvoir à son propre avantage, à moins d'une clause à l'effet contraire.

³⁵³ 75 (2) L.I.R. ;

³⁵⁴ Voir les articles suivants : 1306, 1324, 1351 C.c.Q. Il peut être intéressant également de déterminer si les fiduciaires ont le droit de déléguer entre eux leurs pouvoirs d'une manière générale ou seulement pour un acte précis. Voir à cet effet l'article 1337 C.c.Q.

ledit bénéficiaire et son conjoint³⁵⁵. Plus important encore dans le cadre d'une fiducie de protection d'actifs, les droits de bénéficiaires devraient être stipulés à titre insaisissables pour le paiement de leurs dettes³⁵⁶. Il semble cependant incertain que la stipulation d'insaisissabilité s'applique aux droits de bénéficiaires plutôt qu'exclusivement aux biens transférés en fiducie. La question demeurerait toujours en suspens³⁵⁷. D'autre part, il est possible de restreindre la libre disposition des droits des bénéficiaires, au moyen d'une stipulation d'inaliénabilité³⁵⁸. Une telle clause devrait donc généralement être incluse dans toute fiducie de protection d'actifs établie à titre gratuit. En effet, le constituant voudra s'assurer de conserver le caractère privé et familial d'une telle planification.

On peut donc constater que la rédaction d'une fiducie de protection d'actifs ne nécessite pas de clauses très particulières. Bien sûr, l'affectation de ce genre de fiducie est très spécifique. Diverses clauses, notamment l'octroi de pouvoirs discrétionnaires, permettent de favoriser autant que possible la protection des intérêts du constituant et des bénéficiaires, notamment en cas de difficultés économiques. Pour le reste, il n'existe pas de « recettes miracles » pour la rédaction de ce type de fiducie. En fait, il faut avouer que l'acte constitutif de protection d'actifs peut ressembler grandement à l'acte constitutif de toute autre fiducie à vocation familiale. Toutefois, la désignation des bénéficiaires d'une fiducie de protection d'actifs mérite toujours une attention particulière. Des motifs juridiques et personnels peuvent inciter le constituant à désigner certains bénéficiaires alors que des motifs fiscaux peuvent motiver des décisions différentes. Pour terminer, nous tenterons de décrire quelques types ou scénarios de fiducies de protection

³⁵⁵ On appelle communément cette clause la « clause de biens propres ».

³⁵⁶ Art. 2649 C.c.Q.. Notons que cette stipulation d'insaisissabilité doit être publiée au registre approprié pour être opposable aux tiers. Les droits de bénéficiaires étant des biens meubles, même si des immeubles font partie du patrimoine fiduciaire, nous croyons que la clause devra être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers. D'autre part, il est possible de préciser que les droits sont octroyés à titre d'aliments. Dans ce cas, l'insaisissabilité s'infère d'elle-même et ne nécessite pas une durée ou une justification pour être valide, contrairement à ce que prévoit l'article 2649 C.c.Q..

³⁵⁷ Voir J. LORANGER, *loc. cit.*, note 18, 27.

³⁵⁸ Art. 1212 C.c.Q. Cette stipulation n'aurait pas à être faite dans un intérêt sérieux et légitime et pour une durée déterminée dans le cas d'une fiducie, selon l'auteur Jacques Beaulne ; voir : J. BEAULNE, *op. cit.*, note 2, no 260, p. 156. D'autre part, la publication d'une telle clause au registre mobilier se fait au moyen d'une réquisition générale, formulaire RG. Voir à cet effet l'annexe iv du *Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers*, (1993) 50 G.O. II, 8059.

d'actifs que l'on pourrait rencontrer fréquemment. Nous expliquerons aussi brièvement les impacts fiscaux différents qui sont inhérents à chaque cas.

6.2. La désignation des bénéficiaires

Il existe autant de scénarios de fiducies de protection d'actifs que l'imagination peut bien permettre. Nous donnerons cependant trois exemples simples qui sont susceptibles de se produire plus couramment dans la pratique³⁵⁹. Comme premier exemple, prenons le cas de la fiducie de protection d'actifs provoquant en principe une « disposition admissible » au niveau fiscal. Imaginons donc que le constituant se désigne comme seul et unique bénéficiaire des revenus et du capital de sa fiducie, sa vie durant. La fiducie prend fin immédiatement avant son décès ou, à la discrétion des fiduciaires, à tout moment antérieur. Les fiduciaires sont au nombre de deux, soit le constituant et un tiers soigneusement choisi par ce dernier. C'est le type de fiducie qui implique le moins de changements dans le quotidien du constituant puisque ce dernier prend une part importante dans l'administration des biens et parce que les biens et revenus lui reviennent nécessairement. Une telle planification est tout à fait légale au niveau civil; toutefois, nous avons vu que le droit de saisie des créanciers n'est alors que suspendu jusqu'à la remise des biens au constituant³⁶⁰. Puisque les revenus et le capital vont exclusivement au constituant sa vie durant et qu'il n'y a pas de changement dans la propriété effective des biens au sens fiscal, le transfert des biens en faveur de la fiducie n'entraîne aucun impact fiscal³⁶¹. En d'autres termes, un roulement fiscal a lieu et la règle d'attribution prévue au paragraphe 75 (2) trouve application. La remise des biens se fait libre d'impôts, en autant bien sûr, qu'elle soit faite en faveur du constituant exclusivement³⁶².

Comme deuxième exemple, imaginons que le constituant nomme son conjoint comme unique bénéficiaire des revenus et du capital sa vie durant. Au décès du conjoint, les revenus et le capital doivent être remis par les fiduciaires, à leur entière discrétion quant au parts et quant aux époques de remise, à l'un ou l'autre ou à tous les

³⁵⁹ L. BEAUCHEMIN, *loc. cit.*, note 18, 12: 37-42.

³⁶⁰ Voir : *Supra*, p. 62 et suiv.

³⁶¹ Par. 75 (2) L.I.R.

³⁶² Par 107 (2) L.I.R. Pour plus de détails sur ces questions, voir : *Supra*, p. 88 et suiv.

enfants majeurs du constituant. La fiducie prend fin suite au décès du constituant et du conjoint lorsque le plus jeune des enfants aura atteint 30 ans ou à tout moment antérieur, à la discrétion des fiduciaires. Ces derniers sont le constituant, le conjoint et un tiers judicieusement choisi. Une telle planification de protection d'actifs est surtout utile parce qu'elle permet d'effectuer un roulement fiscal lors de la disposition des biens en faveur de la fiducie exclusive au conjoint³⁶³. Ce roulement permet d'éviter les gains en capital et la récupération d'amortissement lorsque les biens transférés sont susceptibles d'en produire. Il y a donc un report d'impôts puisque la disposition réputée des biens n'aura lieu qu'au décès du conjoint. Pendant la vie du conjoint, les revenus de biens et gains en capital sont attribués au constituant³⁶⁴. Au décès du conjoint, les revenus de biens ne sont pas réattribués puisque les bénéficiaires potentiels sont tous des enfants majeurs du constituant. Il y a imposition des biens dans la fiducie au décès du conjoint bénéficiaire.

Prenons enfin le cas du constituant qui désirent que les biens transférés profitent à tous les membres de la famille. Le constituant désigne donc comme bénéficiaires des revenus et du capital les personnes suivantes : l'un ou l'autre (ou plusieurs) du constituant, de son conjoint et des enfants mineurs ou majeurs et ce, à l'entière discrétion des fiduciaires quant aux parts et quant aux époques de remise de ces parts. Les fiduciaires sont le constituant, le conjoint et un tiers. Il est prévu que la fiducie se termine au plus tard lorsque le plus jeune des enfants du constituant aura atteint l'âge de 30 ans, suite au décès du dernier des parents, ou à tout autre moment préalable déterminé par les fiduciaires à leur entière discrétion. L'intérêt premier de la planification est la désignation du constituant comme bénéficiaire potentiel des revenus et du capital. Cela est rassurant pour le constituant puisque les fiduciaires peuvent alors, en cas de besoin, remettre au bénéficiaire des revenus ou du capital, notamment pour faire face à tout imprévu. De plus, les fiduciaires peuvent choisir d'avantager n'importe quel membre de la famille, selon les circonstances du moment. Par ailleurs, le transfert des biens en fiducie peut entraîner des impacts fiscaux importants, comme des gains en capital et de la récupération. En effet, il s'agit d'une disposition au sens de la loi fiscale car le constituant n'est pas le seul et unique bénéficiaire de la fiducie. En outre, il n'y a pas de possibilité de roulement car la fiducie ne peut se

³⁶³ Par. 73(1) L.I.R.

³⁶⁴ Par. 74.1 (1), 74.2 et 74.3 L.I.R.

disposition au sens de la loi fiscale car le constituant n'est pas le seul et unique bénéficiaire de la fiducie. En outre, il n'y a pas de possibilité de roulement car la fiducie ne peut se qualifier de fiducie exclusive au conjoint. Puisque le constituant se réserve des droits potentiels au capital, la règle d'attribution mentionnée au paragraphe 75 (2) trouve application. D'autre part, même si le constituant ne comptait pas parmi les bénéficiaires, d'autres règles d'attribution trouveraient sans doute application puisque le conjoint et les enfants mineurs sont des bénéficiaires potentiels de cette fiducie³⁶⁵. Notons que la distribution des biens libre d'impôts, du vivant du constituant, ne peut se faire qu'en faveur du constituant ou de son conjoint puisque le paragraphe 75 (2) s'applique à la fiducie.

³⁶⁵ Par. 74.1 (1), 74.1 (2), 74.2, 74.3, L.I.R.

CONCLUSION

Quels sont donc les éléments essentiels qui doivent ressortir de la présente étude ? D'abord, nous croyons avoir démontré que la fiducie se démarque des autres modes de protection d'actifs, notamment par la souplesse de son administration. Par exemple, la faculté d'élire qui peut être octroyée aux fiduciaires permet de protéger avec efficacité les bénéficiaires insolvable d'une saisie éventuelle. Les droits des bénéficiaires potentiels représentent un intérêt souvent limité pour les créanciers. Aucun autre instrument juridique ne comporte cette flexibilité et cette faculté de s'adapter à de multiples éventualités.

Les créanciers ont certes des lois qui les protègent d'un transfert en fiducie fait en fraude de leurs droits. Toutefois, la fiducie de protection d'actifs ne risque pas sérieusement d'être attaquée si elle est établie de façon légitime par un constituant solvable qui désire dans la mesure du possible continuer de payer ses dettes au fur et à mesure de leurs échéances. De plus, si la fiducie de protection d'actifs ne comporte pas d'avantages fiscaux notables, elle n'engendre pas en principe d'impacts fiscaux vraiment pervers, du moins en cours d'administration fiduciaire. De toute façon, il ne faut pas oublier que cette planification n'est pas effectuée dans le but principal de réduire les impôts du constituant ou des bénéficiaires.

Quant à la fiducie étrangère, il est important de se rappeler qu'il existe des législations d'autres pays qui peuvent favoriser encore davantage la protection des actifs d'un constituant. Ces juridictions refusent souvent de reconnaître les jugements d'autres pays, comme le Canada. Parfois, les créanciers se voient même dans l'obligation d'intenter leurs recours dans ces pays étrangers en respectant leurs règles de droit substantif et procédural.

Enfin, le choix des bénéficiaires est un élément clé dans l'établissement d'une fiducie de protection d'actifs et dans la rédaction de l'acte constitutif. À cet égard, les intérêts civils et fiscaux peuvent parfois être contradictoires.

Si la fiducie de protection d'actifs peut s'avérer une planification d'une efficacité inégalée, elle ne convient toutefois pas à toutes les situations et à tous les individus. Plusieurs facteurs doivent être pris en considération lorsque vient le temps de juger de l'opportunité de la créer. Le bien fondé d'une telle mesure doit être évalué selon les circonstances particulières de chaque individu. L'établissement d'une fiducie de protection d'actifs peut être envisagée si des poursuites peuvent éventuellement affecter sérieusement le patrimoine du client. Il convient donc d'analyser la profession pratiquée par le client ou le poste qu'il occupe dans une entreprise, la clientèle qu'il vise et l'identité de ses créanciers potentiels. De cette manière, on parvient à mieux évaluer les risques de réclamations et les sommes qui peuvent être à l'enjeu. L'importance du patrimoine du client doit également être considérée. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'établissement d'une fiducie de protection d'actifs engendre parfois des coûts considérables.

Le conseiller juridique doit ensuite bien cerner les objectifs du client, tant au niveau de la protection d'actifs comme tel qu'au niveau de l'administration des biens à protéger et des implications fiscales relatives au transfert ou à l'administration des actifs. Quel degré de protection le client recherche-t-il ? Désire-t-il conserver un certain contrôle sur les biens transférés ? Est-il prêt à assumer une charge fiscale en regard de la planification ? La réponse à ces questions dirige le conseiller sur l'opportunité d'établir la fiducie et sur sa structure ou forme éventuelle. En d'autres termes, la nature des biens qui devront être transférés en faveur de la fiducie, le mode d'administration de ces biens et l'identité des bénéficiaires pressentis de la fiducie sont autant d'aspects qui doivent être étudiés à la lumière des objectifs du constituant.

La fiducie de protection d'actifs n'est pas un instrument qui doit être utilisé systématiquement, pour la simple raison qu'un client désire améliorer autant que possible la protection de son patrimoine. Le client doit se sentir à l'aise avec le mécanisme fiduciaire proposé, notamment à l'égard de l'administration des biens en fiducie. Certains clients n'acceptent pas facilement de céder la propriété de certains actifs en faveur d'un patrimoine d'affectation et d'en perdre par le fait même le contrôle absolu. Il nous apparaît inadéquat de suggérer une telle planification lorsqu'elle provoque chez le client des réticences ou des insatisfactions, même si elle semble présenter de prime abord des

avantages juridiques importants. À titre comparatif, notons que ce ne sont pas tous les testateurs ayant un patrimoine considérable qui sont nantis d'un testament fiduciaire, et ce malgré tous les avantages civils et fiscaux qui y sont rattachés. Le conseiller juridique doit donc s'assurer que le client comprend le mécanisme et qu'il n'en perçoit pas personnellement d'inconvénients majeurs.

En somme, la fiducie de protection d'actifs peut être établie une fois que l'étude de tous ces facteurs a été complétée. Il doit aussi ressortir de cette analyse que le constituant pourrait, avec ce mécanisme, affronter les réclamations éventuelles des créanciers d'une manière plus efficace.

L'établissement d'une fiducie de protection d'actifs sous l'égide des dispositions du *Code civil du Québec* peut sans doute convenir à la majorité des constituants qui résident au Québec avec leur famille et dont la plupart des biens s'y retrouvent. La fiducie québécoise possède en effet tous les atouts pour s'acquitter de la tâche d'une façon adéquate. Elle laisse place notamment à une grande flexibilité au niveau de la rédaction de l'acte constitutif. Nous croyons d'ailleurs que la fiducie québécoise sera appelée à être utilisée de plus en plus dans le futur et d'une manière diversifiée. La protection d'actifs représente certes une avenue intéressante à cet égard. Il n'appartient qu'aux juristes québécois d'utiliser la fiducie à son plein potentiel et de faire bénéficier les clients de ses vertus.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

LOIS CANADIENNES

CANADA, ministère des Finances, *Annexe 7 du plan budgétaire de 1999*, « Mesures fiscales : renseignements supplémentaires et Avis de motion de voies et moyens », 16 février 1999.

CANADA, ministère des Finances, *proposition législative du 23 décembre 1998 concernant les fiducies*, par. 14(1), paragraphe proposé : 107.4 (1) à (3) L.I.R.

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46 et mod.

Loi canadienne sur les société par actions, L.R.C. (1985), c. C-44

Loi de 1985 sur les normes de prestation de pension, L.R.C. (1985), c.32

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) 5^e supp. c. 1 et mod.

Loi sur les compagnies, L.R.Q., c. C.-38

Loi sur les faillites, L.C. 1992, c. 27

LOIS QUÉBÉCOISES

Code civil du Québec, L.Q. 1991. C. 64

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25

Loi concernant les droits sur les mutations immobilières, L.R.Q., c. D-15.1

Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, L.Q. 1987, c. 18 art. 1348.

Loi sur l'application, L.Q. 1992, c. 57

Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales, L.R.Q., c. P-45.

Loi sur la qualité de l'environnement, L.R.Q., c. Q-2 art. 109.3 et 113

Loi sur le ministère du Revenu, L.R.Q., c. M-31, art. 15.8

Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics, L.R.Q., C. R-10, art. 122-4 et 220.1

Loi sur le régime de retraite des enseignants, L.R.Q., c. R-11, art. 77

Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires, L.R.Q., c. R12, art. 101.4 et 103

Loi sur les compagnies, L.R.Q., c. C-38

Loi sur les caisses d'épargne et de crédit, L.R.Q., C.4-1

Loi sur les impôts, L.R.Q. c. I-3

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, L.R.Q., c. R-15.1

Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, L.R.Q., c. S-29.01

Règlement sur le registre des droits personnels et réels mobiliers (1993) 50 G.O. II, 8059.

LOI, AUTRE PROVINCE

Loi sur la modification des fiducies, L.R.O., 1990, c. V.1

JURISPRUDENCE

Bercovitch c. Sous-ministre du Revenu du Québec, [1983] C.S. 841

B.R.C. c. La N-A, cie d'Assurance-vie, 96 D.T.C. 6157 (C.S.C.)

Brodie c. The Royal Trust Company, (1989) 25 C.A. 22

Brosseau c. Doré (1904-05) 35 R.C.S. 205

Caisse populaire Laurier c. 2959-6673 Québec Inc. et al., C.S. Québec no 200-05-004938-960, 28 novembre 1996, j. Barakett

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

Industrielle et Financière Holding Genève S.A. c. Hydroforce Québec Ltée, J.E., 98-844 (C.S.).

La Reine c. Théroux, [1993] 2 R.C.S. 5

La Reine c. Zlatic, [1993] 2 R.C.S. 29

Lévesques c. M.F.Q. – Vie, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.)

Loyola Schmidt Ltée c. Crevier, J.E. 93-597

McGibbon c. Abbot (1984-85) 10 C.A. 653

Multisens Inc. (Syndic de) [1995] R.J.Q. 1876 (C.S.)

Paiement-Renaud c. Hébert, J.E.97-833 (C.S.).

Perrier (Syndic de), J.E. 94-931 (C.S.)

Pilon Ltée c. Boivin, J.E. 94-1155.

Poirier c. De Coste, J.E. 97-1742 (C.S.).

Re Cogemar, [1989] R.J.Q. 2266 (C.A.)

Re Nichols (1987) 34, D.L.R. (4th) 321 (Ont. C.A.)

Re Wozniuck, (1987) 76 A.R. 42 (B.R.)

Ross c. Ross, (1893) 25 R.C.S. 307

Royal Trust C. c. Tucker [1982] 1 R.C.S. 250

Salomon c. A. Salomon et co., [1987] A.C. 22

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

St-Louis c. St-Louis [1997] R.J.Q. (C.S.).

Thibodeau family trust c. La Reine

Trépanier c. Fagnan [1972] C.A. 700

Ville de Québec c. Cie d'Immeuble Allard Ltée, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.)

DOCTRINE

OUVRAGES ET MONOGRAPHIES

BEAUCHEMIN, L. « Fiducies entre vifs de protection d'actifs », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, p. 12:1-67.

BEAUCHEMIN, L. « testament fiduciaire », dans *R.D./N.S. – Libéralités – Formulaire – Document 3.3*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1996.

BEAULNE, J. *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur, 345 p.

BERGERON, A., BACON, S., CHAGNON, R. et ST-ROCH, M. « Étude de Cas D la protection de vos actifs : pièges à éviter », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1997, p. 51:1-38.

BRIERLEY, J.E.C. « Titre sixième-De certains patrimoines d'affectation- les articles 1256-1298 dans *La réforme du code civil. Personnes, successions, biens, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec*, tome 1, Ste-Foy, P.U.L. 1993, 782 p.

BOUCHER, B. « Et si du jour au lendemain vous vous retrouviez sans protection », dans *Congrès 96*, Montréal, Association de Planification Fiscale et Financière, 1997.

DUCHARME, S. « Partie C – Panel sur les fiducies », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999.

FORTIN, G. « Economic Reality Versus Legal Reality ; Planning for Trusts : Deemed Disposition on January 1, 1999 : subsection 107 (4.1) of the Income Tax act », dans *1996 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997, p. 5:1-38.

HARE, J.C. « Partie A – Panel sur les fiducies », dans *Congrès 98*, Montréal, Association de planification fiscale et financière 1999.

HOWICK, W.M. « Diversification and Offshore Trust » dans *1994 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1995.

JOLIN, M. « Fiducies familiales discrétionnaires », dans *Congrès 94*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1995.

LORANGER, J. « La rédaction des fiducies établies par testament et par donation », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, mai 1995, 38 p.

LORANGER, J. « Modification d'un acte de fiducie », dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification financière et successorale, 1998.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, Commentaires. *Le Code civil du Québec*, tome 1, Québec, Les Publication du Québec, 1993.

MARTEL, P. et MARTEL, M. *La compagnie au Québec, volume 1 – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998.

MORISSETTE, A. « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial », dans *Congrès 95*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996, p. 13:1-27.

MUIR, B. « La fiducie au Québec » dans *Colloque sur la fiducie dans le code civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, mai 1995, 35 p.

RABEAU, L. « L'insaisissabilité des REER et autres produits connexes », dans *R.D./N.S. – Faillite – Doctrine – Document 2*, Chambre des Notaires du Québec, 1996, 79 p.

RACICOT, M. *Les fiducies de protection d'actifs à l'étranger*, texte inédit, Montréal, Desjardins Ducharme Stein Monast, 1997, 1 p.

RAINVILLE, F. « L'administration du bien d'autrui et le patrimoine d'affectation », dans *R.D./N.S. – Biens - doctrine – Document 2*, Montréal, Chambre des Notaires du Québec, 1997, 78 p.

SAUNDERS, J.H. « Inter vivos discretionary family trusts – A potpourri of issues and traps », dans *1993 Conference Report*. Association canadienne d'études fiscales, 1994.

TALPIS, J. et MCAULEY, M. « The Quebec trust in the Real world », dans *Actes des Journées louisianaises de l'Institut d'études juridiques supérieures / Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1992.

TOBIAS, N.C. « asset protection for professionals », dans *Professional Liability Conference*, Toronto, Federate Press, 1994.

TOBIAS, N.C. « The Uses and Abuses of Foreign Asset Protection Trusts », dans *Corporate Management Tax Conference*, 1993, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1993, p. 14:1-42.

TURCOT, M. « Partie D – Panel sur les fiducies », dans *Congrès 1998*, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1999.

WATERS, D. *Law of trust in Canada*, 2^{ième} éd. Toronto, Carswell, 1984.

ARTICLES DE REVUES

BEAUCHEMIN, L. « La fiducie, véhicule de planification hors-pair dans un contexte familial », (1996), 18 *Revue de Planification Fiscale et Successorale* 873.

BERNSTEIN, J. « Transfer to revocable trust a disposition ? », (1994) 2 *Canadian tax highlight* 36.

BERNSTEIN, J. « A trap for the unwary », (1994), 4 *Tax profile*.

BERNSTEIN, J. « Asset Protection Trusts », (1993) 3 *Tax Profile* 301.

BOUCHARD, C. « La société en nom collectif : personne morale, patrimoine distinct ou patrimoine d'affectation ? », (1997) 6 *Entracte* 11.

BOUCHARD, C. « Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personne », (1996) 2 *C.P. du N.* 35.

BOULANGER, J. « Le Code civil du Québec et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992) 14 *Revue de planification fiscale et successorale* 645.

BRIERLEY, J.E.C. « Powers of appointment in Quebec Civil Law », (1992-93) 95 *R. du N.* 131.

BRUNEAU, D. « La fiducie et le droit civil », (1996) 18 *Revue de Planification fiscale et successorale* 755.

KLONARIS, P.L. « Asset Protection Trusts in the Bahamas », (1998) 4 *Trusts and Trustees* 40.

LEGENDRE, M. « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 *Revue de planification fiscale et successorale* 11.

PARÉ, M.B., QUESNEL, L. et CARRIÈRE, G. « Les régimes d'épargne-retraite », (1986) *C.P. du N.* 151.

PRUD'HOMME, É. « Réflexions sur la faculté d'élire dans le domaine des fiducies testamentaires », (1998) 6 *Repères* 34.

TEXTES ADMINISTRATIFS

Rencontre CGA/Revenu Canada, Montréal, 19 juin 1995, question 8.

REVENU CANADA, *bulletin d'interprétation IT-419R*, « Définition de l'expression « sans lien de dépendance » », 24 août 1995.

REVENU CANADA, *bulletin d'interprétation IT-286R2*, « Fiducies « sommes payables » », 7 avril 1988.

REVENU CANADA, *bulletin d'interprétation IT-342R*, « Fiducies « revenu payable à des bénéficiaires » », 21 mars 1990.

REVENU CANADA, *bulletin d'interprétation IT-369R*, « Attribution du revenu provenant d'une fiducie à un auteur ou disposant », 12 mars 1990.

REVENU Canada, *bulletin d'interprétation IT-447*, « Résidence d'une fiducie ou d'une succession », le 30 mai 1980.

REVENU CANADA, *Interprétation technique 9304585*, le 19 mai 1993.

REVENU CANADA, *Interprétation technique 9524185*, le 4 janvier 1996.

« Revenu Canada Round Table », dans *1990 Conference Report*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1991, question 22.