

Université de Montréal

**LES MAILLES DE LA FIDUCIE EN CONTEXTE DE DISSOLUTION DE L'UNION
MATRIMONIALE :
DE L'APPLICATION DES MÉCANISMES DU C.C.Q AU SOULÈVEMENT DU
VOILE FIDUCIAIRE EN DROIT QUÉBÉCOIS**

Mémoire de maîtrise

Travail présenté à :
Madame Brigitte Lefebvre
Directrice de recherche

par
Raphaëlle Olivier
(B1578)

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de LL.M. —
Maîtrise en droit des affaires, option recherche

juillet 2017

RÉSUMÉ

Si les compagnies sont utilisées pour détenir de l'actif depuis de très nombreuses années, de même que les sociétés de personnes, un nouveau véhicule a gagné de façon fulgurante en popularité depuis son introduction dans le *Code civil du Québec* : la fiducie. Dans ce contexte, la question de savoir si une telle détention d'éléments d'actif par l'entremise de ce véhicule juridique pourra avoir un impact sur le partage entre conjoints au moment de la dissolution de leur union matrimoniale. Lorsque la résidence familiale est détenue par l'entremise d'une fiducie, le premier recours de l'époux cherchant à obtenir partage est souvent fondé sur l'article 415 C.c.Q., lequel prévoit l'inclusion au patrimoine familial, outre la résidence familiale elle-même, des *droits qui en confèrent l'usage*. Or, la nature de ces droits, l'identité du titulaire de ceux-ci, ainsi que les modalités de leur calcul demeurent la source d'un certain débat au sein de la communauté juridique. Lorsque les biens détenus en fiducie sont autres que la résidence familiale, l'attribution d'une valeur à la participation dans la fiducie peut offrir un certain secours à l'époux qui cherche à obtenir un partage, principalement lorsque le régime matrimonial des parties est celui de la société d'acquêts. Il conviendra à cet égard d'examiner la nature juridique de cette participation dans la fiducie et de qualifier le droit qui en découle en regard du régime matrimonial des parties, ainsi que de s'attarder sur les modalités de calcul de la valeur de cette participation. Lorsque ces mécanismes juridiques ne sont pas adéquats dans les circonstances, certains époux pourraient chercher à obtenir le partage de certains éléments d'actif par application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif. Encore peu mise de l'avant et rarement appliquée, cette théorie semble néanmoins tendre vers une reconnaissance en droit québécois.

Mots-clés : fiducie, divorce, résidence familiale, droits qui en confèrent l'usage, 415 C.c.Q., voile corporatif, voile fiduciaire, société d'acquêts, bénéficiaire, bénéficiaire éventuel, bénéficiaire potentiel, *auteur* de la fiducie, fiducie discrétionnaire, gel successoral, fraude, abus de droit, contravention à une règle d'ordre public, *alter ego*, calcul de la valeur du droit de bénéficiaire, participation dans une fiducie

ABSTRACT

Although companies and partnerships have traditionally been used to hold assets, the trust is a new legal tool that has gained tremendous popularity since its introduction in the Civil Code of Québec. Given this context, the question that must be asked is whether assets holding by a trust could have an impact on the partition between spouses at the time of the dissolution of their matrimonial union. When the family residence is held by a trust, the first resort of the spouse seeking partition is often based on section 415 CCQ, which establishes the family patrimony, that is composed of the family residence and also by the *rights which confer use of them*. The nature of these rights, the identity of the holder of the rights, and the modalities of their calculation remain a source of debate amongst the legal community. When the assets held in trust are not the family residence, attributing a value to the interest in the trust may provide some relief to the spouse seeking partition, primarily when the matrimonial regime of the parties is that of the partnership of acquests. In this regard, it will be necessary to examine the legal nature of that interest in the trust and to identify the rights deriving with respect to the matrimonial regime of the parties, as well as to consider the modalities of calculating the value of that interest. When these legal mechanisms are not adequate to the circumstances, some spouses may seek to obtain the sharing of certain assets by applying the theory of the lift of the fiduciary veil, an analogy to the lift of the corporate veil. Although its use is infrequent at the time being, there are positive developments towards the recognition of this theory in Quebec civil law.

Keywords : trust, divorce, residence of the family, rights which confer use of them, 415 CCQ, corporate veil, trust veil, partnership of acquests, beneficiary, potential beneficiary, *author* of the trust, discretionary trust, freeze Estate, fraude, abuse of right, contravention of a rule of public order, *alter ego*, value of the right of beneficiary, participation in the trust.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ.....	i
ABSTRACT.....	ii
TABLE DES MATIÈRES.....	iii
LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS.....	v
DÉDICACE.....	vii
REMERCIEMENTS.....	viii
INTRODUCTION.....	1
1. LES MESURES DU <i>CODE CIVIL DU QUÉBEC</i>	7
1.1 L'attribution d'une valeur partageable aux <i>droits qui confèrent l'usage de la résidence</i> au sens de l'article 415 C.c.Q.....	7
1.1.1 La nature <i>des droits qui confèrent l'usage</i>	9
1.1.1.1 Le droit d'usage découlant d'une entente avec la fiducie.....	11
1.1.1.2 Le droit d'usage découlant d'un droit dans la fiducie.....	18
A) Hypothèse 1 : droit rattaché à la qualité de fiduciaire.....	26
B) Hypothèse 2 : droit rattaché à la qualité de bénéficiaire.....	29
1.1.2 Le partage <i>des droits qui confèrent l'usage de la résidence</i>	34
1.1.2.1. Le calcul de la valeur <i>des droits qui confèrent l'usage de la résidence</i>	35
A) Calcul de la valeur des <i>droits</i> égal à un pourcentage de la valeur de la résidence.....	35
B) Calcul de la valeur des <i>droits</i> égal à la valeur totale de la résidence.....	38
1.1.2.2. Les déductions de l'article 418 C.c.Q.....	41
1.2 L'attribution d'une valeur partageable à la participation dans la fiducie en vertu du régime matrimonial des époux.....	47
1.2.1 La validité du transfert d'actif en fiducie.....	47
1.2.1.1 Les formalités requises lors d'un transfert dans une fiducie de protection d'actif.....	48
1.2.1.2. Les formalités requises lors d'un transfert à l'occasion d'un gel successoral.....	49
1.2.2 La nature du droit de bénéficiaire d'une fiducie.....	52
1.2.3 La qualification des avantages reçus d'une fiducie.....	54
1.2.3.1. La qualification de la participation dans la fiducie.....	56
A) Fiducie mise en place avant l'union.....	56
B) Fiducie mise en place après l'union.....	60
1.2.3.2 La qualification de la distribution de capital et de revenu.....	66
1.2.4. Le calcul de la valeur du droit de bénéficiaire dans la fiducie.....	70
1.2.4.1 La valeur du droit du bénéficiaire d'un droit certain.....	71

1.2.4.2 La valeur du droit du bénéficiaire d'ordre subséquent.....	72
1.2.4.3 La valeur du droit du bénéficiaire « potentiel » d'une fiducie discrétionnaire.....	74
A) L'intention du constituant et les termes de la fiducie.....	75
B) Le contrôle du constituant pouvant compromettre le caractère discrétionnaire.....	81
2. LE SOULEVEMENT DU VOILE FIDUCIAIRE.....	84
2.1 La notion de soulèvement du voile corporatif au Québec.....	84
2.2 Les conditions d'application du soulèvement du voile corporatif en droit québécois.....	87
2.2.1 L'acte accompli pour masquer un acte commis de mauvaise foi.....	88
2.2.2 La théorie de l' <i>alter ego</i>	89
2.3 Les protagonistes visés par l'application de la mesure.....	90
2.4 Le soulèvement du voile corporatif en matière matrimoniale	91
2.5 Le soulèvement du voile fiduciaire.....	95
2.5.1 Le soulèvement du voile fiduciaire par analogie au voile corporatif : quel fondement juridique en l'absence de disposition statutaire?.....	98
2.5.1.1 Les fondements du soulèvement du voile corporatif au Québec avant 1994.....	98
2.5.1.2 Les principes dégagés par l'étude de la jurisprudence récente de common law.....	100
A) Une notion remise en question aux assises précaires.....	101
B) Une notion d'exception devant s'appliquer en l'absence de possibilité d'avoir recours à une disposition du droit statutaire.....	101
C) Une notion reconnue malgré tout.....	103
D) Une notion qui s'applique en contexte matrimonial.....	103
2.5.2 Le soulèvement du voile fiduciaire en matière matrimoniale.....	104
2.5.2.1 Les éléments à considérer pour soulever le voile fiduciaire.....	105
A) Masquer une fraude, un abus ou une contravention à l'ordre public.....	106
B) Théorie de l' <i>alter ego</i>	111
2.5.2.2 Quelques décisions récentes appliquant la notion de soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois.....	114
CONCLUSION.....	120
ANNEXE I.....	ix
TABLE DE LA LÉGISLATION.....	x
TABLE DES JUGEMENTS.....	x
BIBLIOGRAPHIE.....	xiii

LISTE DES SIGLES ET ABRÉVIATIONS

Abréviations relatives à la législation et à la réglementation québécoise et fédérale

C.c.B.C.	<i>Code civil du Bas-Canada</i>
C.c.Q.	<i>Code civil du Québec</i>
C.p.C.	<i>Code de procédures civiles</i>
LSA	<i>Loi sur les sociétés par actions (Québec)</i>
L.I.R.	<i>Loi sur l'impôt et le Revenu</i>
REER	<i>Régime enregistré d'épargne-retraite</i>
RPDB	<i>Régime de part différée aux bénéfices</i>

Abréviations relatives à la jurisprudence québécoise et fédérale

C.A.	Cour d'appel
C.Q.	Cour du Québec
C.S.	Cour supérieure
C.S.C.	Cour suprême du Canada
QCCA	Cour d'appel
QCCQ	Cour du Québec
QCCS	Cour supérieure

Abréviations des provinces de common law en matière de législation et de jurisprudence

A.2d	Atlantic second West National Reporter
A.C.	Appeal Court
B.C.J.	British Columbia Judgments (LN/QL)
O.J.	Ontario Judgments (LN/QL)
ONSC	Superior Court of Ontario
ONCA	Appeal Court of Ontario

R.F.L	Reports of Family Law
UKSC	United Kingdom Supreme Court
UKPC	United Kingdom Privy Council

Abréviations des principales revues de droit et des recueils de doctrine du Québec et des provinces de common law

APFF	Association de planification fiscale et financière
B.E.	Banque Expresse
CCH	Wolter Kluwers
C. de D.	Cahier de droit
C.P. du N.	Cours de perfectionnement du notariat
EYB	Recueil électronique des Éditions Yvon Blais
J.E.	Jurisprudence Expresse
J.Q.	Jugements Québec
R.C.S	Recueil de la Cour suprême (du Canada)
R.D.	Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec
R.D./N.S	Répertoire de droit de la Chambre des notaires du Québec / Nouvelle série
R.D.F.	Recueil de droit de la famille
R.D.J	Revue de droit judiciaire
R. du B.	Revue du Barreau
R du D.	Revue du Droit
R. du N.	Revue du notariat
RD McGill	Revue de droit de McGill
R.E.J.B	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R.J.Q.	Recueil de jurisprudence du Québec
R.J.T.	Revue juridique Thémis
S.F.P.B.Q	Service de la formation permanente du Barreau du Québec
T.A.B.	Tax Appeal Board

DÉDICACE

À ma mère et pour ma fille.

REMERCIEMENTS

Je remercie le professeur Brigitte Lefebvre pour son appui, sa bienveillance, ses commentaires constructifs ainsi que pour l'intérêt démontré quant à ce projet. Je remercie la Chambre des notaires du Québec, dont l'appui financier a rendu possible la réalisation du présent travail de recherche. Je remercie mon conjoint Josselin pour sa patience et sa compréhension.

INTRODUCTION

Le *Code civil du Québec* est venu atténuer la théorie classique du patrimoine avancée par les professeurs Aubry et Rau¹, lesquels considèrent le patrimoine à titre d'émanation de la personnalité. Or, derrière ces divisions et ces affectations se trouve un individu qui, unique, développe des relations avec d'autres individus. Ces relations incluent notamment des relations matrimoniales, à l'occasion desquelles cet individu pourra être appelé à devoir partager son patrimoine. Dans ce contexte, la question de savoir dans quelle mesure la détention d'éléments d'actif à travers certains véhicules élaborés par la loi pourra avoir un impact sur un tel partage présente un intérêt.

Si le véhicule corporatif est utilisé depuis de très nombreuses années, ainsi que le véhicule de la société de personnes, un nouveau véhicule a gagné de façon fulgurante en popularité depuis son introduction dans le *Code civil du Québec* : la fiducie. Compte tenu des avantages fiscaux qu'elle a offerts durant de nombreuses années et qui ont constitué un atout majeur à son endroit, plusieurs individus ont mis en place une fiducie permettant de fractionner leur revenu ou leur droit à la déduction pour gain en capital. D'autres encore ont effectué un gel successoral par son entremise dans le cadre de leur planification successorale. Finalement, d'autres individus se considérant comme « à risque » financièrement, notamment des professionnels et des entrepreneurs, ont mis sur pied une fiducie de protection d'actif afin de bénéficier d'une division du patrimoine apte à protéger certains biens de saisies éventuelles. Ces exemples ne sont que quelques motifs fréquemment évoqués comme motivation à mettre, ou pour avoir mis en place, une fiducie. La question se pose ainsi de savoir quel sera l'impact de cette détention d'éléments d'actif au moment de la dissolution de l'union matrimoniale des époux.

Répondre à cette question exige de faire face à une double difficulté. Premièrement les décisions rendues l'ont été d'abord en contexte de société de personnes et de compagnies. D'une part, il faut prendre en compte que ces véhicules ont également évolué dans le

¹ Charles AUBRY et Charles RAU, « *Cours de droit français* », dans Étienne BARTIN, *tome 2*, 6^e édition, Librairie Marchal & Billard, Paris, 1935, p. 247 et ss.

temps et se méfier de la possibilité de formuler une conclusion découlant d'une interprétation anachronique d'une décision. À titre d'exemple, la nature du patrimoine détenu par la société de personnes a connu une évolution au fil des ans. Les premières décisions rendues par rapport *aux droits qui confèrent l'usage* de l'article 415 C.c.Q.² l'ont été en contexte de société et le juge assimile la société et la corporation tout au long des motifs de la décision. Or, cela est normal, si l'on considère que cette décision a été rendue sous l'ancien Code, alors que le courant doctrinal et jurisprudentiel majoritaire justifiait la capacité de la société par la notion de la personnalité juridique³. Or, cette approche n'a pas été retenue par le législateur lors de la promulgation du *Code civil du Québec*, lequel écarte désormais sans aucune ambiguïté cette personnalité et il importe de considérer ce changement législatif lorsque l'on analyse ces décisions. D'autre part, la récente évolution jurisprudentielle du droit des sociétés nous permet de faire certains parallèles entre les principes dégagés en contexte de société de personnes et en contexte corporatif, notamment dans l'examen de la jurisprudence liée à l'article 415 C.c.Q. D'autre part, il faut demeurer prudent dans toute tentative d'appliquer à un véhicule les principes dégagés à l'endroit d'un autre véhicule. De prime abord, contrairement à la compagnie, la fiducie et la société ne bénéficient pas de la personnalité juridique. De plus, comme avec la société, la fiducie implique plusieurs personnes, dont les rôles et pouvoirs seront plus ou moins similaires. La position de l'associé, de l'actionnaire et du bénéficiaire ou du fiduciaire présentent des différences importantes. Les actionnaires disposeront à la fois du contrôle, d'un droit aux dividendes et d'un droit au reliquat⁴. Également, l'associé aura le droit de participer aux décisions de la société⁵, le droit au partage des biens de celle-ci⁶ et le droit au profit qui en découle⁷. Nécessairement,

² Par exemple, l'affaire *Droit de la famille -1646*, [1992], R.D.F. 463(C.S.).

³ En effet, sous l'égide du *Code civil du Bas-Canada*, la société de personne était considérée par une large proportion de la communauté juridique comme bénéficiant d'une personnalité morale, souvent qualifiée d'incomplète. Voir Charline BOUCHARD, « Le statut juridique incertain de la société en nom collectif et en commandite - Étude des décisions les plus significatives des 13 dernières années », [2008] 110 *R. du N.* 859. Voir aussi : *Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 (C.A.), *Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec*, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.).

⁴ Notons que dans le présent texte, nous entendons par « actionnaire » le détenteur d'actions de contrôle de la compagnie, c'est-à-dire des actions votantes de celle-ci (souvent les actions de catégorie A, d'autres catégories d'actions pouvant être souscrite dans le cadre d'un investissement par l'actionnaire ou un tiers dans la compagnie).

⁵ Article 2216 C.c.Q.

⁶ Article 2202 C.c.Q.

l'associé devra partager ces prérogatives et exercer ces droits avec au moins une autre personne. Or, dans le contexte d'une fiducie, ces droits sont plus ou moins scindés. Le fiduciaire aura ainsi le contrôle de la fiducie⁸, le bénéficiaire disposera du droit au revenu⁹ et ce même bénéficiaire, ou un autre bénéficiaire, jouira du droit au reliquat des biens à l'issue de la fiducie¹⁰. Force est désormais de constater que la fiducie présente de nombreuses similarités avec les véhicules précités, surtout lorsque l'époux en cause cumule les fonctions de fiduciaire et de bénéficiaire. Malgré tout, une grande distinction qui demeure concerne la société versus la fiducie et la compagnie, en ce sens que la société implique réellement plusieurs personnes, alors qu'on peut être en présence d'un actionnaire et administrateur unique dans le cadre d'une compagnie et dans une fiducie, d'un constituant symbolique (ex : secrétaire du bureau d'avocat), d'un bénéficiaire qui est aussi fiduciaire accompagné d'un tiers coopérant (voir complaisant), dont on peut remettre en cause le réel impact à titre d'administrateur de la fiducie (ex : parents ou grands-parents du fiduciaire). Également, lorsque le fiduciaire n'est pas bénéficiaire mais que ses enfants mineurs le sont, il advient un cumul indirect des fonctions dans la fiducie. Bref, dans ces situations on s'approche à de multiples égards de la compagnie *alter ego* et c'est dans cette seule mesure que l'on peut considérer, lorsque les faits le permettent, que ces situations sont assimilables. Ainsi, les trois véhicules présentent à la fois de nombreuses similarités et des distinctions importantes et il convient de nuancer toute observation en opérant les distinctions qui s'imposent et de se garder d'appliquer littéralement les principes d'une décision rendue en contexte d'un véhicule légal à un autre véhicule.

La deuxième difficulté majeure que nous pouvons rencontrer découle de l'extrême flexibilité du véhicule fiduciaire. En effet, il peut parfois s'avérer périlleux de tenter de dégager des lignes directrices en comparant des jugements rendus pour différentes fiducies, compte tenu des différences majeures qui peuvent exister entre celles-ci. Outre la possibilité de cumuler ou non certains attributs, on dénote la grande malléabilité des

⁷ Article 2203 et 2203 C.c.Q.

⁸ Article 1278 C.c.Q.

⁹ Article 1297 C.c.Q.

¹⁰ Article 1271 C.c.Q.

règles entourant la rédaction de l'acte de fiducie, lequel pourra par ailleurs, ou non, prévoir des dispositions permettant au fiduciaire d'exercer un plus ou moins grand contrôle sur la fiducie (notamment une clause d'Électeur permettant au fiduciaire d'élire les bénéficiaires, voire de s'élire lui-même comme bénéficiaire, ou de déterminer si les avantages reçus seront imputés au revenu ou au capital de la fiducie, de modifier unilatéralement l'acte de fiducie, d'acquérir au prix qu'il juge convenable les biens de la fiducie, etc...). En définitive, chaque fiducie est unique et une partie de l'analyse reposera toujours sur les faits de chaque cas d'espèce. Pour cette raison, les généralisations superficielles demeurent un écueil important, que nous avons tenté le plus possible d'éviter dans la présente démarche.

Quoi qu'il en soit, peu de décisions ont à ce jour été recensées en contexte matrimonial dans le cadre de détention d'actif par une fiducie et les décisions rendues en un tel contexte, mais dans le cadre de détention d'éléments d'actif par une société ou une corporation, offrent des pistes d'analyse pertinentes et alimentent assurément la réflexion qui fait l'objet des présentes.

Ainsi, il conviendra dans un premier temps de se pencher sur les mécanismes déjà offerts par le *Code civil du Québec* et de discuter de leur application au contexte fiduciaire. À cet égard, il aurait été intéressant de se livrer à l'examen de la totalité des recours offerts aux époux face à un transfert d'actif familial en fiducie, et notamment l'action en inopposabilité¹¹, le paiement compensatoire¹², la prestation compensatoire¹³, l'enrichissement injustifié¹⁴ ou la dissolution d'une société tacite¹⁵. Tous ces recours peuvent entrer en ligne de compte et auraient certainement mérité que l'on s'y attarde.

¹¹ Article 1631 C.c.Q. À ce sujet dans le contexte de détention d'actifs par une fiducie voir Jocelyne JARRY, « Traquons le débiteur récalcitrant : à la poursuite de ceux qui sont prêts à tout pour éviter de faire face à leurs obligations familiales », dans S.F.P.B.Q., vol 308, *Développements récents en droit familial (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.1-5.

¹² Article 421 C.c.Q. Nous reviendrons cependant sur ce recours dans la deuxième section des présentes touchant le soulèvement du voile fiduciaire, puisque celui-ci permet d'en arriver à un résultat similaire en permettant la diminution de la part de l'un des époux au profit de l'autre lorsque le patrimoine familial a été diminué dans l'année précédant la demande introductive d'instance de divorce ou de séparation de corps.

¹³ Article 427 C.c.Q. et ss.

¹⁴ Articles 1493 à 1496 C.c.Q.

¹⁵ Articles 2250 C.c.Q. et ss

Or, pour des raisons liées aux exigences de forme, notamment la longueur maximale du présent travail, certains choix ont dû être effectués et nous avons préféré réserver nos commentaires à ce chapitre aux recours offerts par l'article 415 C.c.Q. ainsi qu'à l'attribution d'une valeur partageable à la participation dans une fiducie. La résidence familiale constitue en effet souvent l'actif le plus important d'une famille. Lorsque celle-ci est détenue en fiducie, le premier recours de l'époux cherchant à obtenir partage est souvent fondé sur l'article 415 C.c.Q. lequel prévoit l'inclusion au patrimoine familial non seulement de la résidence familiale elle-même, mais également *des droits qui en confèrent l'usage*. Lorsque l'on prête attention aux décisions rendues, on constate que la question de savoir quelle est la nature de ce droit ainsi que l'identité du titulaire de ce droit ne fait l'objet d'aucun consensus dans la doctrine ni la jurisprudence. Or, la réponse à cette interrogation est cruciale lorsque l'on cherche à appliquer par analogie les principes d'ores et déjà dégagés en contexte de société de personnes ou de compagnie au contexte fiduciaire. De plus, les modalités du calcul de la valeur de ces droits demeurent en évolution, laquelle appelle quelques commentaires dans le cadre du présent travail.

Lorsque les biens détenus en fiducie sont autres, l'attribution d'une valeur à la participation dans la fiducie peut offrir un certain secours à l'époux qui cherche à obtenir un partage, principalement lorsque le régime matrimonial des parties est celui de la société d'acquêts. À ce sujet, il importe premièrement de préciser que le transfert initial du bien en question devra avoir été valablement opéré et d'examiner les conditions de fond et de forme liées à untel transfert. Il conviendra ensuite d'examiner la nature juridique de cette participation dans la fiducie et de qualifier le droit qui en découle en regard du régime matrimonial des parties. Finalement, les modalités de calcul de la valeur de cette participation appelleront quelques réflexions.

Lorsque ces mécanismes juridiques ne sont d'aucun secours, certains époux pourraient chercher à faire inclure certains biens au patrimoine de leur époux par application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif. La notion de soulèvement de voile fiduciaire en droit québécois est encore embryonnaire, mais elle présente le grand avantage de pallier les lacunes du droit

civil dans les cas où aucun autre recours n'est offert au conjoint qui cherche réparation. Ainsi, il conviendra d'abord de prêter attention aux fondements juridiques de la notion de soulèvement du voile corporatif en droit québécois et d'examiner les conditions de son application. Par la suite, il conviendra de porter une attention toute particulière au traitement réservé à cette théorie par la doctrine et la jurisprudence en contexte matrimonial. De façon subséquente, il conviendra d'examiner la possibilité d'opérer un soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, en droit québécois. En l'absence de toute disposition statutaire en ce sens, il conviendra alors d'observer les origines du principe du soulèvement du voile corporatif avant la codification de 1994 et d'observer l'évolution du principe à titre d'exception jurisprudentielle. Il conviendra par la suite d'examiner cette possibilité de soulever le voile fiduciaire en contexte matrimonial et de dégager certains critères mis de l'avant par certains auteurs et certaines décisions. Finalement, il sera opportun de souligner une récente décision, ayant mis de l'avant cette théorie et de jauger l'impact de celle-ci sur les décisions à être rendues.

1. LES MESURES DU *CODE CIVIL DU QUEBEC*

Bien que le principe de l'autonomie du patrimoine fiduciaire soit un principe consacré en droit québécois¹⁶, il connaît certaines limites en matière de droit familial. En effet, «[M]algré l'absence d'un article de loi équivalent à l'article 317 C.c.Q. en droit des fiducies qui autoriserait expressément le tribunal à « lever le voile fiduciaire » dans une situation de fraude, d'abus de droit ou encore d'actes contrevenant à une règle d'ordre public, les mécanismes juridiques existants peuvent conduire à un résultat similaire »¹⁷. Ainsi, l'époux¹⁸ qui se sent lésé par un transfert d'actif au patrimoine fiduciaire peut ainsi avoir recours à l'application du *Code civil du Québec* pour obtenir une créance à l'encontre de son époux(se). En premier lieu, si les biens visés par le transfert sont ceux qui composent le patrimoine familial, l'époux qui subi préjudice du transfert pourrait trouver un certain secours dans l'application des règles entourant la protection du patrimoine familial prévues à l'article 415 C.c.Q., de sorte à rattacher une valeur aux *droits qui confèrent l'usage de la résidence familiale* et à obtenir le partage de ceux-ci. De plus, si le patrimoine fiduciaire est composé de biens autres que la résidence familiale, il convient d'examiner la possibilité pour le conjoint d'obtenir le partage de la valeur de la participation dans la fiducie, en vertu des règles encadrant le régime matrimonial.

1.1 L'attribution d'une valeur partageable aux *droits qui confèrent l'usage de la résidence* au sens de l'article 415 C.c.Q.

¹⁶ Article 1261 C.c.Q. Voir aussi Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, para. 31 et ss.

¹⁷Marie-Claude ARMSTRONG, Laure BONNAVE, Julie BRISSON, Anne-Sophie LAMONDE, «La fiducie en droit familial: à l'abri de qui et de quoi? », dans S.F.P.B.Q., vol. 372, *Développements récents en droit familial (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.369. Voir aussi : Doris THIBAUT, « Commentaires sur la décision D. (L.) c. L. (G.) – La théorie du voile corporatif dans le cadre de l'évaluation des droits d'usage d'un bien du patrimoine familial », dans *Repères*, Décembre 2006, EYB2006REP553 (La référence), p.1. Voir aussi J. JARRY, préc., note 11, p.1-18.

¹⁸ Par souci d'alléger le texte, nous ne référerons ici qu'àux époux. Notons toutefois que nos commentaires pourraient trouver application pour les conjoints unis civilement en vertu de l'article 521.6 C.c.Q.

L'article 414 C.c.Q. prévoit que le mariage emporte constitution d'un patrimoine familial formé de certains biens, peu importe l'identité du détenteur du droit de propriété sur ceux-ci entre les époux. Il s'agit d'une mesure d'ordre public de protection¹⁹ qui vise tous les époux domiciliés en sol québécois sans égard au régime matrimonial auquel ils sont assujettis et sans possibilité pour eux d'y renoncer²⁰. L'article 415 C.c.Q. prévoit les biens qui composent le patrimoine familial et qui feront l'objet d'un partage à ce titre suivant la dissolution de l'union matrimoniale. Cet article vise ainsi notamment la résidence familiale en tant que telle, mais également *les droits qui en confèrent l'usage*.

L'article 415 C.c.Q. énonce que :

415. Le patrimoine familial est constitué des biens suivants dont l'un ou l'autre des époux est propriétaire: les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage, les meubles qui les garnissent ou les ornent et qui servent à l'usage du ménage, les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille et les droits accumulés durant le mariage au titre d'un régime de retraite. Le versement de cotisations au titre d'un régime de retraite emporte accumulation de droits au titre de ce régime; il en est de même de la prestation de services reconnus aux termes d'un régime de retraite. (Nos soulignements)

Il convient ainsi d'examiner si la notion de *droit qui confère l'usage de la résidence* familiale prévue par l'article 415 C.c.Q. pourrait viser le droit à l'usage d'une résidence détenue par une fiducie et, dans l'affirmative, de déterminer si cet usage constitue un droit d'usage au sens de l'article 1172 C.c.Q. ou plutôt un droit d'usage émanant d'une autre source de droit. Tel que ci-après exposé, il n'existe présentement aucun consensus dans la jurisprudence concernant la nature de ces droits, certains y voyant un démembrement du droit de propriété alors que d'autres y voient un droit d'usage distinct découlant du « droit dans la fiducie ». De plus, l'identification du titulaire de ce droit demeure sujet à débat, certains l'attribuant au fiduciaire et d'autres au

¹⁹Voir : Pierre CIOTOLA et Martine LACHANCE, *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Famille », Doctrine – Document 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014, p. 4; Mireille D.-CASTELLI et Dominique GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005, p. 123 et ss; Guy LEFRANÇOIS, *Les conventions et les partages entre conjoints*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Famille », Doctrine – Document 3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2016, p.2;

²⁰ Article 3089 C.c.Q. Une telle exclusion était possible jusqu'en 1991.

bénéficiaire. Finalement, le calcul de la valeur de celui-ci fait également l'objet de plusieurs interprétations, un courant jurisprudentiel tendant à assimiler la valeur de ces droits à celle de la résidence en tant que telle, alors qu'un autre courant semble plus enclin à considérer que ceux-ci constituent une proportion de la valeur de ladite résidence.

1.1.1 La nature des *droits qui en confèrent l'usage*

Une fois la résidence familiale transférée ou acquise par la fiducie, les époux continueront généralement d'y habiter. La question se pose de savoir quelle est la nature de ce droit et celle-ci fut l'objet d'une certaine analyse par la jurisprudence²¹. Cette analyse ayant principalement été effectuée dans le cadre de la détention d'une résidence par une compagnie ou par une société nominale, la prudence s'impose et il conviendra d'opérer certaines nuances au cours de l'analyse. Compte tenu des distinctions multiples entre les véhicules fiduciaire et corporatif²² ou sociétaire²³, il convient de faire preuve d'une certaine retenue relativement à l'application, par analogie, des principes dégagés dans le cadre de ces décisions à la détention d'une résidence par une fiducie. Néanmoins, les grands axes de réflexion qui y sont dégagés demeurent pertinents dans le cadre de la présente analyse portant sur la détention de biens par une fiducie et, plus éventuellement, la notion de soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois.

²¹ Voir notamment : *Yared (Succession de)*, 2016 QCCS 5581, D. (L.) c. (L.(G.)), 2006 QCCA 1125, *Droit de la famille-1646*, préc., note 2, *Y.(B.) c. L.(C.)*, 2001 R.D.F. 779 (C.S.).

²² Notamment en ce qui a trait aux attributs dont bénéficient les actionnaires détenteurs d'actions dites de contrôle, qui disposeront à la fois d'un droit de vote (donc du contrôle de la compagnie), d'un droit aux dividendes et d'un droit au reliquat. Dans le contexte d'une fiducie, ces droits sont plus ou moins scindés. Ainsi, le fiduciaire aura le contrôle de la fiducie, le bénéficiaire disposera du droit au revenu et ce même bénéficiaire, ou un autre bénéficiaire, jouira du droit au reliquat des biens à l'issue de la fiducie. De plus, en vertu de l'article 1275 C.c.Q., il ne pourra y avoir parfaite confusion entre ces différents attributs.

²³ Particulièrement en ce qui a trait à la dissolution de la société. En vertu de l'article 2230 C.c.Q et 2232 C.c.Q., la société peut être dissoute par le tribunal pour une cause légitime et peut être dissoute en raison de la réunion des parts sociales entre les mains d'un seul associé si cette situation perdure plus de 120 jours. Or, lorsque la durée de la société n'est pas fixée ou si ce droit est prévu au contrat, les associés peuvent se retirer en présentant un simple avis (2228 C.c.Q.). Ceci induit une précarité au véhicule sociétaire qui n'est pas présente dans le véhicule fiduciaire. Cette précarité, tel que ci-après discuté, sera prise en considération par le juge dans la décision *Droit de la famille-1646*, préc., note 2, lequel soulignera la précarité du droit de l'un des époux au motif de l'octroi d'une valeur largement inférieure à celle de la résidence en tant que telle. Pour cette raison, il conviendra de demeurer prudent dans l'application de ces décisions par analogie au contexte fiduciaire. Néanmoins, la structure de cette analyse demeure pertinente et offre un éclairage intéressant dans le cadre de la présente discussion.

Alors qu'un certain courant considère le droit ainsi créé sous l'angle d'un démembrement du droit de propriété, un autre courant considère plutôt qu'il s'agit d'un droit distinct en lien avec le régime spécifique entourant la protection de la résidence familiale et découlant de la détention d'actions de la compagnie ou, par analogie, du « droit » dans la fiducie. Or cette distinction présente un intérêt : la valeur d'un démembrement ne saurait équivaloir à la valeur du droit de propriété comportant le bénéfice de tous ses attributs, alors qu'un droit spécifique pourrait comporter telle valeur.

Il est admis que les *droits qui en confèrent l'usage* peuvent viser les démembrements du droit de propriété, tels l'usage, l'usufruit, l'emphytéose²⁴ ou la superficie et plus largement, d'autres droits²⁵, notamment le droit découlant de la détention de parts dans une société immobilière ou dans une coopérative d'habitation²⁶. Plus largement, la notion pourrait inclure tous les autres droits qu'un époux pourrait détenir dans la résidence et plus spécifiquement « tout autre droit en vertu duquel une résidence peut être utilisée par la famille, par exemple la détention des actions d'une société ou d'une part de fiducie, laquelle société ou fiducie est propriétaire de la résidence »²⁷.

La réflexion quant à la nature de ce droit d'usage visé par l'article 415 C.c.Q. ne date pas d'hier. Déjà en 1992 dans la décision *Droit de la famille- 1646*²⁸, le juge Frappier y référerait en évoquant un droit d'*usus*. Par la suite, deux courants quant à l'interprétation de la nature de ce droit d'usage semblent s'être dégagés au sein de la jurisprudence opposant ceux qui y voient un droit d'usage découlant d'une entente écrite ou tacite et d'autres qui analysent davantage ce droit comme découlant du droit dans la compagnie ou, par analogie, dans la fiducie.

²⁴ Brigitte LEFEBVRE, « Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial », (2014) 116-3 *R. du N.* 389, 391.

²⁵ Sur la question du droit du locataire dans la résidence familiale louée aux termes d'un bail voir la décision *Droit de la famille-071064*, 2017 QCCS 2076. Sur la question plus générale voir l'analyse du professeur B. LEFEBVRE, préc., note 24, 392 et ss.

²⁶ *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

²⁷ G. LEFRANCOIS, préc., note 19, p.84.

²⁸ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2.

1.1.1.1 Le droit d'usage découlant d'une entente avec la fiducie

Un courant jurisprudentiel développé dans le cadre de l'analyse de la détention d'une résidence familiale par une compagnie ou une société tend à suggérer que l'on puisse, par analogie, considérer le droit d'usage ainsi exercé comme découlant d'une entente avec la fiducie. Dans la décision *Droit de la famille- 1646*²⁹, le juge Frappier s'est exprimé en ces termes :

« [L]e droit d'*usus* d'un actif d'une société ou d'une corporation ne peut découler de la simple détention d'actions ou de parts sociales. Il doit nécessairement découler, comme dans le présent cas, d'une entente entre sociétaires ou actionnaires. Ici, il n'y a pas de preuve des termes de cette entente. Il faut présumer que ce droit à l'usage exclusif de la résidence familiale est consenti en toute bonté et gratuitement par l'associé du défendeur, son père, durant le temps que durera la société »³⁰.

Ce raisonnement s'articule ainsi autour d'un droit d'usage de la résidence considéré comme découlant d'une entente formelle, ou verbale voire même tacite. Il a par la suite été repris et appliqué à de nombreuses reprises, et ce, dans le contexte de la détention d'une résidence familiale par une compagnie comme par une société de personnes.

Dans l'*arrêt Y.(B.) c. L.(C.)*³¹, le juge Richard reprend littéralement les commentaires du juge Frappier dans l'affaire *Droit de la famille-1646*³² et applique par analogie les principes dégagés par cette décision en contexte sociétaire, en soulignant que la participation de l'épouse dans la société « ne lui confère pas un droit personnel et réel sur chacun des biens qui appartiennent à la société »³³. Il poursuit en réitérant que le droit d'usage dans la résidence constitue « un droit limité dans le temps, aléatoire, conditionnel à l'existence de la société et surtout lié à l'exploitation de la ferme dont il

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.*, p.468.

³¹ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

³² *Droit de la famille -1646*, préc., note 2.

³³ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21, p.5.

constitue une partie »³⁴. Il découle ainsi de cette décision que ni la simple détention de parts sociales, ni l'actionnariat, n'est suffisant pour conférer un droit d'usage de la résidence. Par analogie et suivant le même raisonnement, certains pourraient considérer que ce courant induit l'idée que le droit dans la fiducie n'est pas suffisant pour conférer un droit d'usage de la résidence et que ce droit doit découler d'une entente.

À l'appui d'une telle hypothèse se range la décision *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*³⁵, dont les faits entouraient la détention d'une résidence par une fiducie cette fois, et où l'on peut lire qu' : « un contrat non-écrit est intervenu entre la fiducie familiale, d'une part et les parents, d'autre part, conférant à ces derniers un droit d'usage de la résidence »³⁶.

Une approche s'inscrivant dans ce schéma de réflexion a été appliquée en contexte sociétaire dans le jugement *Droit de la famille- 111766*³⁷, où le juge s'est montré d'avis que le *droit qui confère l'usage de la résidence* découlait d'une entente (non écrite) entre la société et la famille, qu'il s'agissait d'un droit aléatoire et d'une durée indéterminée, dont la valeur correspondait à un pourcentage de la valeur de la résidence. Le Tribunal réfère ainsi au « droit d'habitation provenant de l'entente avec Ferme A pour que la famille puisse habiter la résidence » tout en soulignant que « [L]e droit d'habitation n'est constaté par aucun écrit est d'une durée indéterminée et l'acte de donation de parts de la ferme à Monsieur en 2002 n'y fait pas mention »³⁸. Finalement, dans le jugement *Droit de la famille- 133443*³⁹, le Tribunal fait siens les propos du juge Fournier dans l'affaire précitée et reprend cette idée de « l'entente avec Ferme A » pour appliquer le raisonnement par analogie au motif de sa décision :

« [L]e Tribunal fait siens les propos de la juge Fournier dans la décision précitée [*Droit de la famille- 111766*], alors qu'elle affirme « le Tribunal est d'avis que la valeur du droit d'habitation provenant de l'entente avec Ferme A pour que la famille puisse habiter la résidence sur le terrain de la ferme fait partie du patrimoine

³⁴ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc. note 21.

³⁵ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, 2007 QCCS 3792.

³⁶ *Id.*, p.11.

³⁷ *Droit de la famille -111766*, 2011 QCCS 3122, p.2.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Droit de la famille – 133443*, 2013 QCCS 6099.

familial. Le fait qu'il s'agisse d'un droit difficile à évaluer ne lui enlève pas cette caractéristique. Depuis le début du mariage jusqu'à la séparation et encore maintenant, ce droit d'usage a été accordé à monsieur et à sa famille. Bien qu'il soit aléatoire dans le temps et d'une durée indéterminée, il n'est pas moins existant et une valeur doit lui être attribuée lors du partage du patrimoine familial »⁴⁰.

Notons toutefois que dans ces deux dernières décisions, malgré que le droit d'usage ait été accordé par l'entité à « la famille », un droit de créance à l'encontre de l'époux avait été prononcé par le juge, contrairement à la décision *Droit de la famille-071938 (V.K. c. S.D.)*⁴¹ où le partage n'a donné lieu à aucune créance, les deux époux étant considérés également titulaires dudit droit.

À la lumière de ces décisions et de la récurrence du raisonnement, il nous semble aujourd'hui possible de suggérer qu'un courant jurisprudentiel pourrait se montrer susceptible d'adhérer, par analogie, à l'idée que les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence puissent découler d'une entente, formelle ou tacite, écrite ou verbale, avec la fiducie.

Une décision récente a fait un pas de plus et considéré que ce droit d'usage faisant l'objet de ladite entente avec la fiducie pouvait être assimilé à un droit d'usage tel que défini par l'article 1172 C.c.Q. Cette question de savoir si les *droits qui confèrent l'usage* des résidences en vertu de l'article 415 C.c.Q. peuvent se qualifier de véritable droit d'usage au sens de l'article 1172 C.c.Q.⁴² ou plutôt d'un droit d'usage « disons présumé »⁴³ comme le suggèrent certaines auteures, fait encore l'objet de débats au sein de la doctrine et de la jurisprudence.

⁴⁰ *Id.*, p.4.

⁴¹ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

⁴² Soulignons au passage que certains auteurs considèrent que le législateur a entendu créer un droit d'usage visé par l'article 1172 C.c.Q. aux endroits où il instaure un droit d'usage de la résidence pour les époux en contexte matrimonial dans certaines circonstances. Bien que les commentaires de ces auteurs ne visent pas exactement le droit d'usage découlant de l'article 415 C.c.Q., leur raisonnement peut offrir certaines pistes de réflexion en la matière. Voir : Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, 2^e édition, Les Éditions Thémis, Montréal, 2007, p. 838, François FRENETTE, *De l'usufruit et de l'usage*, 3^e édition, R.D. / N.S., « Biens », Doctrine – Document 11, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014, p.5.

⁴³ Diane BRUNEAU et Denise COURTEMANCHE, « Mariage et fiducie familiale : un ménage à trois qui réserve bien des surprises! », Conférence de la Chaire du notariat, Montréal, Université de Montréal, 2008, p. 29 (PDF), en ligne : http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/092008/fiducie_matrimonial.doc (consulté le 14 mai 2017).

L'article 1172 C.c.Q. dispose que :

1172. L'usage est le droit de se servir temporairement du bien d'autrui et d'en percevoir les fruits et revenus, jusqu'à concurrence des besoins de l'usager et des personnes qui habitent avec lui ou sont à sa charge.

Le droit d'usage de l'article 1172 C.c.Q. constitue un démembrement du droit de propriété qui confère un droit réel sur l'immeuble sur lequel il s'exerce. Comme le souligne le professeur Pierre-Claude Lafond : « Au même titre que l'usufruit, l'usage constitue un droit de jouissance. Il présente une grande ressemblance avec lui, au point d'en être en quelque sorte un dérivé, un usufruit « à échelle réduite »⁴⁴. » Ce droit peut porter sur un meuble ou un immeuble et doit être constitué par le propriétaire de l'immeuble en faveur d'une personne ou plusieurs personnes physiques⁴⁵. Il s'agit d'un droit à caractère *intuitu personnae*⁴⁶, qui ne peut être cédé ou saisi⁴⁷, sauf si cette possibilité est prévue à l'acte constitutif.

Le droit d'usage est constitué au moyen d'un contrat, par testament, par la loi ou par jugement⁴⁸. Il pourrait également s'acquérir par prescription⁴⁹. L'article 1121 C.c.Q. se lit comme suit :

1121. L'usufruit s'établit par contrat, par testament ou par la loi; il peut aussi être établi par jugement dans les cas prévus par la loi.

L'arrêt *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*⁵⁰ est relativement loquace sur le sujet. Les faits concernant un couple qui a transféré la résidence à une fiducie familiale sans stipuler formellement de droit d'usage pour les époux à l'encontre de la résidence.

⁴⁴ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 837.

⁴⁵ Articles 1121 et 1176 C.c.Q.

⁴⁶ P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 837.

⁴⁷ Article 1173 C.c.Q.

⁴⁸ Articles 1121 C.c.Q. et 1176 C.c.Q.

⁴⁹ *Cardinal c. Syndicat de la copropriété Le Plateau A.B.C.*, J.E 95-983 (C.S.) dans P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 837.

⁵⁰ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

Dans le cadre de son analyse, le juge considère que la résidence est désormais hors du patrimoine familial et choisi d'avoir recours à la théorie classique du droit des biens pour qualifier la nature du droit dont bénéficie le conjoint ayant l'usage de la résidence familiale. L'article 1172 C.c.Q. prévoit en effet que le droit d'usage peut être constitué par contrat, même tacite. Ainsi, le juge considère que les époux sont devenus « tous deux titulaires d'un droit d'usage selon 1172 C.c.Q., dont la fiducie familiale est devenue débitrice »⁵¹. Pour le tribunal ce droit d'usage est visé par 1172 C.c.Q. La fiducie est débitrice du droit d'usage et les deux époux en sont créanciers en vertu d'un contrat verbal ou innomé. Un tel droit n'est pas de nature à s'éteindre par la simple rupture du couple et conséquemment, il perdure encore. Ainsi, les époux seraient tous deux bénéficiaires d'un droit d'usage encore en vigueur, bien que Monsieur en soit privé, puisque « [L]e témoignage non-contredit de Monsieur est à l'effet qu'il n'a pas abandonné volontairement la résidence familiale, mais qu'il s'en est trouvé évincé par Madame, à son corps défendant »⁵². Aussi, « rien ne permet d'affirmer que ce droit d'usage avait pour condition la vie commune des parents, non plus que pour terme la cessation de telle vie commune »⁵³. Ceci étant, ce droit d'usage ne se serait pas éteint par non usage de 10 ans et il serait toujours en vigueur puisque les époux, « en tant que fiduciaires de la fiducie familiale (« Trustee ») n'ont pris aucune décision unanime qui aurait pu affecter les droits ou les obligations de la fiducie familiale à cet égard »⁵⁴. Cette affaire n'a donc donné lieu à aucune créance pour l'un ou l'autre des époux, puisque les deux parties se trouvaient ainsi co-titulaires du droit. De plus, les parties n'ayant pas fait de demande spécifique en lien avec le droit d'usage, le tribunal n'a pas eu à poursuivre son analyse ni attribuer à un conjoint ce droit ou lui accorder une valeur pécuniaire⁵⁵. On peut cependant penser que si tel avait été le cas, une valeur moindre que celle de la résidence aurait été accordée, l'usage étant un démembrement du droit de propriété dont la valeur est nécessairement moindre que le droit présentant la réunion de tous ses attributs.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Le tribunal a ainsi statué que les droits avaient une valeur égale sans devoir procéder au calcul de cette valeur.

Donc, dans le jugement *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*⁵⁶ le juge a respecté l'étanchéité du véhicule fiduciaire et a qualifié les droits des parties de droit d'usage. Cette décision se distingue ainsi des autres décisions⁵⁷ où les motifs s'articulent autour de la notion d'un droit visé par l'article 415 C.c.Q. ayant comme fondement une entente avec la fiducie, mais où le partage avait donné lieu à une créance à l'encontre de l'un des époux. Si on avait appliqué ce raisonnement à la jurisprudence précitée, Madame se serait trouvée débitrice de Monsieur pour la moitié de la valeur du droit d'usage de la propriété. C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue l'occasion de la récente décision *Droit de la famille- 133443*⁵⁸.

La décision *Droit de la famille-071938 (V.K. c. S.D.)*⁵⁹ est ainsi vivement critiquée par les auteures Diane Bruneau et Denise Courtemanche⁶⁰ qui soulignent en premier lieu qu'un droit d'usage, tel que visé par l'article 1172 C.c.Q., constitue un démembrement du droit de propriété dont la validité, compte tenu de son caractère à titre gratuit, est soumise à des règles de forme. Aux termes de l'article 1824 C.c.Q., la donation doit être contenue dans un acte notarié et doit être publiée au registre foncier. Or, ces conditions n'ont pas été rencontrées en l'espèce. Pour les auteures, « les droits de bénéficiaire de l'épouse dans la fiducie lui confèrent un droit d'usage, disons « présumé », au sens de l'article 415 C.c.Q. dont la valeur aurait dû être incluse dans le partage du patrimoine familial, et non un droit réel d'usage au sens des articles 1172 et suivants C.c.Q. »⁶¹.

Notons que le raisonnement à l'effet que le droit d'usage de l'article 415 C.c.Q. est un droit d'usage visé par l'article 1172 C.c.Q. ne semble pas avoir été ouvertement repris dans les décisions subséquentes. Dans l'arrêt *Y. (B.) c. L. (C.)*⁶², le juge Richard reprend les commentaires du juge Frappier dans l'Affaire *Droit de la famille-1646*⁶³, à

⁵⁶ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

⁵⁷ *Droit de la famille -1646*, préc., note 2 et *Y.B. c. L.C.*, préc., note 21.

⁵⁸ *Droit de la famille - 133443*, préc., note 39.

⁵⁹ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

⁶⁰ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 29 et ss.

⁶¹ *Id.*, p 29.

⁶² *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

⁶³ *Droit de la famille -1646*, préc., note 2.

l'effet que le droit visé par l'article 415 C.c.Q. constitue un droit d'*usus*, tout en admettant que ce droit d'*usus* diffère de ceux visés par l'article 1172 C.c.Q. De plus, les décisions *Droit de la famille- 111766*⁶⁴ et *Droit de la famille- 133443*⁶⁵ n'abordent pas spécifiquement la question sous cet angle.

Il importe de souligner que lorsqu'un démembrement du droit de propriété, tel un droit d'usage visé par l'article 1172 C.c.Q., est formellement créé par les époux et que les conditions de sa formation sont dûment rencontrées, notamment en ce qui concerne les conditions de forme, ce droit est visé par l'article 415 C.c.Q. À cet égard, il convient de distinguer la décision *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*⁶⁶ de l'affaire *(N) R. c. (R).P.*⁶⁷, dans laquelle le juge a également assimilé le droit des époux d'occuper les lieux à un droit visé par l'article 1172 C.c.Q. Dans cette affaire, un couple marié en communauté de biens avait fait une donation de sa résidence familiale à leur fils, qui la transfère par la suite à son père. Or, contrairement à l'arrêt précité, la donation avait été consacrée dans un acte de donation notarié qui stipulait un droit d'usage à l'endroit des parents. Dans ce jugement, le juge considère ainsi que *les droits qui en confèrent l'usage* visés par l'article 415 C.c.Q. sont en l'espèce un droit d'usage au sens de l'article 1172 C.c.Q. et que celui-ci a une valeur partageable dans le cadre du partage du patrimoine familial. Utilisant son pouvoir discrétionnaire, le juge attribue en conséquence une valeur équivalant à un pourcentage de la valeur de la résidence.

Suivant cette approche, la qualification d'un droit d'usage visé par l'article 415 C.c.Q. de droit ayant comme fondement légal une entente avec la fiducie repose ainsi sur l'idée que, suite au transfert au patrimoine fiduciaire, la résidence n'appartient plus à l'un ou l'autre des époux et que seuls les *droits qui en confèrent l'usage* peuvent être inclus dans le partage du patrimoine familial. Nécessairement, ces droits découlent d'une entente distincte entre la fiducie et les époux et celle-ci peut prendre la forme d'un droit d'habitation. Les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence tels que visés par l'article

⁶⁴ *Droit de la famille -111766*, préc., note 37.

⁶⁵ *Droit de la famille – 133443*, préc., note 39.

⁶⁶ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

⁶⁷ *(N) R. c. (R). P.*, [2003] R.D.F. 831 (C.S.).

415 C.c.Q. seraient ainsi possiblement des droits qui sont susceptibles de se qualifier de droit d'usage au sens de l'article 1172 C.c.Q., suivant certaines décisions. En conséquence, ces droits peuvent perdurer suite à la rupture et leur valeur partageable, pour autant qu'il y en ait une, se situe au maximum à une fraction de la valeur de la propriété elle-même.

1.1.1.2 Le droit d'usage découlant d'un « droit » dans la fiducie

Un autre courant doctrinal et jurisprudentiel adhère à l'idée que l'article 415 C.c.Q. peut viser un droit d'usage distinct de l'article 1172 C.c.Q. et qui découle de l'actionnariat dans la compagnie. Ce courant pourrait suggérer, par analogie, que l'article 415 C.c.Q. puisse viser un droit d'usage distinct de l'article 1172 C.c.Q. et qui découle du droit dans la fiducie. Il supposerait ainsi qu'il ne soit pas nécessaire qu'une entente distincte intervienne entre la fiducie et les époux et que le droit dans la fiducie est suffisant pour conférer un droit à l'usage du bien détenu en fiducie.

La notion de *droits qui en confèrent l'usage* n'est pas expressément définie par le législateur et fait l'objet de diverses interprétations et applications par la jurisprudence⁶⁸. Dans le cadre de l'analyse de la nature et de la portée de ce droit, la revue des débats tenus à l'Assemblée nationale peut nous fournir certaines indications. Comme le souligne la professeure Brigitte Lefebvre⁶⁹, si aucune explication des termes *droits qui en confèrent l'usage* n'a été offerte au moment des débats en chambre, l'examen des commentaires entourant la promulgation de l'article 406 C.c.Q. peuvent nous éclairer sur les motifs du législateur. Elle analyse les fondements de cette notion ces termes :

« [J]usqu'en 1989, le Code accordait une protection à la résidence familiale lorsque l'un des conjoints en était propriétaire, locataire, usufruitier, usager ou emphytéote. Or, pour contourner la règle, qui empêche notamment l'aliénation de la résidence familiale sans le consentement du conjoint non propriétaire, il n'était pas rare que la résidence familiale soit détenue par une société dont l'époux propriétaire était l'unique actionnaire. Ce dernier pouvait alors disposer de ses actions sans que le consentement de son conjoint ne soit requis. Pour contrer cette pratique, l'ajout

⁶⁸ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.; *D. (L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21; *(N) R. c. (R) P.*, préc., note 67.

⁶⁹ B. LEFEBVRE, préc., note 24, p. 392.

d'un deuxième alinéa à l'article 454 C.c.Q. (1980) a été proposé. Ce faisant, on souhaitait en élargir la portée de façon à viser non seulement les démembrements du droit de propriété déjà expressément nommés au premier alinéa, mais également la disposition de tout droit qui confère l'usage de la résidence familiale. Suivant cette modification, le logement familial serait protégé quel que soit le mécanisme juridique qui en permettait l'usage. Ainsi, on peut émettre l'hypothèse que lorsque le législateur énonce à l'article 415 C.c.Q. que le patrimoine familial se compose des résidences et « des droits qui en confèrent l'usage », il visait notamment à contrer tout stratagème imaginé par un conjoint afin de se soustraire à l'application de la loi⁷⁰ ».

Il appert donc que l'emploi de la mention droits *qui en confèrent l'usage* avait pour objet d'inclure la valeur de la résidence familiale dans le patrimoine familial des époux, bien que celle-ci eut été détenue par le biais d'une corporation afin d'éviter l'application de la mesure. Tel que souligné par la Cour d'appel⁷¹, l'article 415 C.c.Q., ayant pour objectif d'augmenter la masse d'actif partageable, doit recevoir une interprétation libérale⁷². Ainsi, malgré le fait que la mesure ait été élaborée dans un contexte de détention d'immeuble par une corporation, la jurisprudence ne semble pas hésiter à appliquer cet article en contexte de détention de la propriété par une fiducie⁷³ et ce à juste titre. Comme le souligne le professeur Brigitte Lefebvre :

« [O]n pourrait objecter que lorsque l'un des conjoints détient la totalité ou la quasi-totalité des actions d'une société, il a de fortes chances de récupérer, à la dissolution, la valeur de la résidence lors de la dissolution et que dans le cas d'une fiducie la situation est tout autre. En effet, lorsque la fiducie prendra fin, les biens dont elle est propriétaire, notamment la résidence familiale, pourraient être remis à une autre bénéficiaire du capital que l'épouse, en l'espèce une de filles. Avec respect pour l'opinion contraire, il nous apparaît que ce n'est pas là la façon dont on doit voir les choses »⁷⁴.

« [L]e Code prévoit en effet que les droits qui confèrent l'usage doivent être évalués afin de faire partie de la masse partageable. Au stade du partage du patrimoine familial, le sort de la propriété sur laquelle porte ce droit n'a pas d'importance. Ce que le tribunal doit évaluer, c'est la valeur économique de l'utilisation désormais exclusive de l'usage de la résidence (...) L'associé n'a aucune certitude que la propriété de la résidence lui revienne lors de la dissolution

⁷⁰ B. LEFEBVRE, préc., note 24, p. 393, laquelle cite également Jean-Pierre SENÉCAL, *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, p.39.

⁷¹ *Droit de la famille-977*, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.).

⁷² Voir Brigitte LEFEBVRE, préc., note 24, p. 395.

⁷³ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35. Voir aussi B. LEFEBVRE, préc., note 24; G. LEFRANÇOIS, préc., note 19, p. 61.

⁷⁴ B. LEFEBVRE, préc., note 24., p. 400.

de la société. Ces droits sont incertains tout comme ceux du bénéficiaire potentiel d'une fiducie. Il n'en demeure pas moins que durant la période où il bénéficie de l'usage de la résidence, cet usage a une valeur économique car il n'a pas à payer de loyer pour se loger. Que le conjoint devienne éventuellement propriétaire de la résidence n'a pas *d'importance* en soi, c'est l'expectative d'utilisation qu'il faut tenter d'évaluer afin de pouvoir attribuer une valeur à ce dont l'autre conjoint est privé »⁷⁵.

L'affaire *Droit de la famille-3511*⁷⁶ datant de 1999 met en scène des faits qui s'apparentent dans une certaine mesure à ceux de l'affaire *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D)* : un couple transfère la résidence familiale à une fiducie de protection d'actif dans laquelle, l'époux, suivant diverses manœuvres, est seul fiduciaire. Qui plus est, le transfert a lieu dans le cadre d'une donation aux termes d'un acte notarié qui prévoyait la clause suivante :

« 2- D'accorder aux donateurs, C... M... et L... B..., un droit d'habitation de façon à leur permettre d'occuper leur vie durant et jusqu'à leur décès, l'immeuble présentement donné »⁷⁷.

Or, contrairement à la jurisprudence précitée, le droit ici créé n'a pas été analysé sous l'angle de l'article 1172 C.c.Q. mais plutôt sous celui d'un autre droit visé par l'article 415 C.c.Q. pour les motifs suivants : « [L]e tribunal partage l'avis du juge Jean-Pierre Senécal qui considère que l'expression « *droit qui confère l'usage* » ne peut viser uniquement des droits de la nature d'un droit d'habitation. En effet, pour le juge Senécal, l'ajout à la Loi 146, de l'article 406 alinéa 2, des termes « *droits qui confèrent l'usage* » démontre clairement que l'expression « *droit* » de l'article 415 C.c.Q., ne peut viser uniquement des droits de la nature d'un droit d'habitation puisque le premier alinéa de l'article 406 couvrirait déjà ce type de droit »⁷⁸. Dans l'arrêt *Y.(B.) c. L.(C)*⁷⁹, le tribunal était également d'avis que les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence constituaient un droit d'*usus* qui diffère de ceux visés par l'article 1172 C.c.Q. Cependant, en poursuivant son analyse et à la différence de la décision précitée, le Tribunal a considéré que la

⁷⁵ *Id.*, p. 401.

⁷⁶ *Droit de la famille-3511*, J.E. 2000-252.

⁷⁷ *Id.*, p. 5.

⁷⁸ J.-P. SENÉCAL, *Droit de la famille au Québec*, Farnham, Publications CCH/FM, 1991, p. 95-530 dans *Droit de la famille-3511*, préc., note 76, p. 5. Voir aussi, J.-P. SENÉCAL, préc., note 70, p. 124.

⁷⁹ *Y.(B.) c. L.(C)*, préc., note 21.

participation du sociétaire était insuffisante pour conférer un droit d'usage tel qu'entendu par l'article 415 C.c.Q. au motif de sa décision d'user de son pouvoir discrétionnaire pour octroyer à celui-ci une valeur correspondant à une proportion de la valeur de la résidence. Ainsi, même en admettant que le droit visé par l'article 415 C.c.Q. constitue un droit tirant son origine d'une source autre que l'article 1172 C.c.Q., encore faut-il reconnaître que cette qualité emporte un droit certain et suffisant à l'usage de la résidence pour qu'il découle de ce droit une valeur partageable en vertu de l'article 415 C.c.Q.

De plus, le courant jurisprudentiel⁸⁰ à l'effet que l'actionnariat n'est pas suffisant pour conférer le droit à l'usage de la résidence a par la suite été renversé par la décision de la Cour d'appel *D.(L) c. L.(G)*.⁸¹, qui est venu établir très clairement que « l'actionnariat constitue un droit suffisant pour conférer l'usage des résidences familiales au sens de l'article 415 C.Q. », avant d'attribuer à ce droit une valeur égale à celle de la résidence.

Si on considère que l'actionnariat est suffisant pour conférer un droit d'usage de la résidence, c'est ainsi le statut de l'actionnaire qui devient la source du droit d'habitation visé à l'article 415 C.c.Q. et non de l'entente de laquelle peut découler le démembrement du droit de propriété visé par l'article 1172 C.c.Q. Par analogie, pourrions-nous du même souffle conclure que le droit dans la fiducie pourrait être suffisant pour conférer le droit d'usage de la résidence tel que visé par l'article 415 C.c.Q. ? Si l'actionnaire unique cumule les prérogatives de contrôle, de droit aux avantages sous forme de dividendes et de droit au reliquat des biens, il advient que l'actionnaire qui n'est pas unique doit partager ses attributs. Or, tel que mis en lumière après la décision de la Cour d'appel précitée, ce droit à l'usage de la résidence découle de l'actionnariat, peu importe le nombre d'actions détenues. Cette précision pourrait ainsi militer en faveur de l'application par analogie des principes dégagés dans cette décision au contexte fiduciaire, surtout lorsque l'époux concerné cumule également, avec d'autres individus, les fonctions de fiduciaire et bénéficiaire. Plus de prudence serait toutefois de mise, particulièrement lorsque l'époux concerné ne cumule pas ces fonctions et la question de

⁸⁰ Notamment les décisions *Droit de la famille- 1646*, préc. note 2 et *Y.(B.) c. L.(C)*., préc., note 21.

⁸¹ *D.(L.) c. L.(G.)*, préc., note 21.

savoir quel « droit » dans la fiducie serait à l'origine du droit d'usage de la résidence fera l'objet de quelques commentaires ci-après. Quoiqu'il en soit, la jurisprudence ne semble pas fermée à l'hypothèse d'une application par analogie au contexte fiduciaire des principes dégagés par la Cour d'appel relativement à l'article 415 C.c.Q. Bien que la décision *Droit de la famille -3511*⁸² précitée ait été rendue avant la décision *D. (L) c. L(G)*.⁸³ et qu'elle n'édicte pas en autant de mots que le droit dans la fiducie est suffisant pour conférer un droit d'usage de la résidence tel que visé par l'article 415 C.c.Q., peut-être le lit-on entre les lignes lorsque le juge dispose que : « [L]e Tribunal est d'avis que la fiducie et la donation constituent des droits qui confèrent l'usage de la résidence »⁸⁴. Faisant un pas supplémentaire dans cette direction dans le cadre de l'analyse de la nature des droits que confèrent l'usage de la résidence à l'occasion du récent jugement déclaratoire *Yared (Succession de)*⁸⁵, le juge Gaudet s'exprime en ces termes :

«[L]a jurisprudence reconnaît, en effet, que « les droits qui confèrent l'usage [d'une résidence familiale] ne se limitent pas au droit d'usage en tant que tel (c.-à-d. le démembrement du droit de propriété), mais visent tous les droits ou arrangements qui permettent effectivement d'occuper une résidence comme si on était le véritable propriétaire, ce qui peut donc inclure le contrôle effectif d'une compagnie qui est propriétaire de la résidence ou encore le contrôle de la fiducie qui détient la résidence en question »⁸⁶.

À la lecture de ces décisions, il semble possible de suggérer qu'un deuxième courant jurisprudentiel adhère à l'idée que les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence tels que visés par l'article 415 C.c.Q. découlent de la qualité d'actionnaire de la compagnie ou, par analogie, du « droit » dans la fiducie⁸⁷. Il est intéressant de souligner que les faits de la décision précitée *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*⁸⁸ présentaient de nombreuses similarités avec ceux de l'arrêt *D.(L). c. L.(G)*.⁸⁹ rendu seulement un an plus tôt par la Cour d'appel en 2006, bien que la première vise le transfert de biens à une fiducie et la seconde, à une corporation. On peut s'interroger sur les raisons qui ont

⁸² *Droit de la famille-3511*, préc., note 76.

⁸³ *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

⁸⁴ *Droit de la famille-3511*, préc., note 76.

⁸⁵ *Yared (Succession de)*, préc., note 21.

⁸⁶ *Id.*, p. 6.

⁸⁷ Cette question de savoir quel « droit » dans la fiducie est susceptible de conférer un droit à l'usage de la résidence sera ci-après plus amplement examinée.

⁸⁸ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

⁸⁹ *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

motivé le tribunal à complètement écarter les principes établis par le jugement *D.(L). c. L.(G)*.⁹⁰ - à l'effet que l'actionnariat est suffisant pour conférer un droit à l'usage de la résidence et qui mènent à la conclusion que les *droits qui en confèrent l'usage* sont inhérents à la qualité d'actionnaire - au lieu de les appliquer par analogie en contexte fiduciaire pour conclure que les *droits qui en confèrent l'usage* sont inhérents à la qualité de bénéficiaire également⁹¹. Force est de constater que le juge n'a pas repris la ligne de pensée de la Cour d'appel dans cette affaire et en est arrivé à un résultat à tout le moins distinct, voire complètement opposé. Doit-on conclure que ce courant jurisprudentiel élaboré en contexte de détention d'une résidence par une compagnie ne trouve pas application par analogie en contexte de détention d'un immeuble par une fiducie? Cette divergence est-elle motivée par l'absence de pouvoir décisionnel du bénéficiaire de la fiducie par rapport à l'actionnaire, qui bénéficie quant à lui d'un contrôle de la compagnie? Il est certain que les contextes sociétaire et corporatif présentent de nombreuses similarités. Ainsi, l'actionnaire détenteur d'actions votantes bénéficie du droit de vote, du droit aux dividendes et du droit au reliquat des biens, comme l'associé bénéficie du droit de participer aux décisions, aux profits et au reliquat. En principe, dans le contexte d'une fiducie, c'est le fiduciaire qui détient le contrôle de la fiducie et c'est un ou plusieurs bénéficiaires - qui peuvent être une même personne ou des personnes différentes - qui bénéficient du droit aux avantages découlant de la fiducie et du reliquat au moment de sa dissolution. Aussi, il ne peut y avoir cumul de tous les attributs en raison de l'article 1275 C.c.Q. Néanmoins, il est fréquent qu'un individu cumule, avec une ou plusieurs personnes la fonction de bénéficiaire et de fiduciaire de la fiducie. Dans ce contexte, nous suggérons que la situation de l'époux puisse, si l'analyse des faits le permet, s'assimiler à celle du contexte sociétaire ou corporatif. Nous sommes davantage d'avis que le juge a emboîté le pas de ses prédécesseurs et adhéré au raisonnement mis de l'avant dans les décisions précitées *Droit de la famille- 1646*⁹² et *Y.(B.) c. L.(C)*.⁹³, lesquelles sont citées au motif de sa décision. Or, les faits relatifs à ces décisions

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Voir nos commentaires sous la section 1.1.1.2 Soulignons aussi que dans l'arrêt *Yared (Succession de)*, préc., note 21, le tribunal admet que la décision *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35 était invoquée à titre de précédent et doit désormais être écartée.

⁹² *Droit de la famille -1646*, préc., note 2.

⁹³ *Y.(B.) c. L.(C)*, préc., note 21.

entouraient la détention d'une résidence par une société de personnes. Aussi, rappelons que l'existence et la pérennité du véhicule de la société de personnes est plus précaire que celui de la fiducie ou de la corporation. C'est justement cette précarité, ce caractère aléatoire ou incertain, qui a été souligné par les juges au motif de leur conclusion à l'effet que la détention de parts sociales ou d'actions était insuffisante pour conférer le droit d'user des biens ainsi transférés⁹⁴. À la lumière de ces éléments, on peut se demander si c'est à juste titre que le juge a appuyé sa réflexion par les décisions rendues en contexte sociétaire – et récemment renversée en Cour d'appel – ou si, au final, ces principes dégagés par la Cour d'appel en contexte de détention d'actif par une corporation n'étaient pas plus appropriés pour répondre aux questions de droit posées par les circonstances.

Considérant que *les droits qui en confèrent l'usage* peuvent donner lieu à une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial, il convient par ailleurs d'établir qui sera titulaire de ce droit d'usage. Tel que ci-après examiné et suivant les récentes décisions en la matière, deux hypothèses peuvent être mises de l'avant quant à l'identité du titulaire des *droits qui confèrent l'usage* de la résidence. Un courant doctrinal pourrait militer en faveur de l'attribution de ce droit au bénéficiaire de la fiducie alors qu'un autre courant jurisprudentiel semble enclin à l'attribuer au fiduciaire.

Lorsque l'on analyse *les droits qui en confèrent l'usage* sous l'angle d'un droit découlant du « droit » dans la fiducie, la question se pose en effet, de savoir si on vise ici le droit de fiduciaire ou de bénéficiaire. Le patrimoine fiduciaire est autonome, de sorte que ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne dispose d'un droit réel sur les biens qui le composent⁹⁵. La doctrine et la jurisprudence semble ainsi éprouver un certain malaise au niveau de l'attribution de ce « droit dans la fiducie ». À titre d'exemple Guy Lefrançois s'exprime en ces termes dans son texte sur le droit de la famille:

⁹⁴ Par exemple dans *Droit de la famille -1646*, préc., note 2, le juge prend soin de mettre l'emphase sur cette précarité de la société en soulignant qu'une partie peut y mettre fin en tout temps. Néanmoins, tout au long de la décision, le juge réfère indistinctement à la part dans la société ou la compagnie, assimilant les deux notions. Il importe toutefois de souligner que cette décision a été rendue en 1992, sous l'ancien Code, soit à une période où la société était considérée comme bénéficiant d'une personnalité juridique par une partie de la communauté juridique.

⁹⁵ Article 1261 C.c.Q.

« L'alinéa 2 de l'article 406 C.c.Q. va encore plus loin en indiquant que la personne mariée ou unie civilement, qui est autrement titulaire de droits lui conférant l'usage de la résidence familiale, ne peut non plus en disposer sans le consentement de son conjoint. On vise ici tout droit, autre que la propriété ou un démembrement de la propriété, en vertu duquel un immeuble est utilisé par la famille à des fins d'habitation. Ce peut être, par exemple, la détention d'actions d'une société ou d'une part de fiducie, laquelle société ou fiducie est propriétaire de la résidence familiale, ou encore une entente par laquelle un conjoint se voit prêter l'immeuble servant de résidence»⁹⁶. (Nos soulignements)

Doit-on comprendre qu'en référant à une « part de la fiducie », l'auteur vise ici les droits de fiduciaire ou de bénéficiaire? À priori, selon les auteures Bruneau et Courtemanche, l'auteur viserait ici notamment les droits de bénéficiaire de la fiducie, mais sans exclure pour autant que l'article vise également les droits de fiduciaire :

« [M]algré qu'il soit clair qu'un conjoint ne peut pas disposer de ses droits de bénéficiaire dans la fiducie sans obtenir le consentement de son époux, nous pouvons cependant nous demander si les fiduciaires pourraient disposer, quant à eux, de la résidence familiale, sans le consentement de l'époux non bénéficiaire de la fiducie? »⁹⁷.

Si l'on considère que *les droits qui en confèrent l'usage* de l'article 415 C.c.Q. peuvent donner lieu à une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial, la question se pose de savoir qui est alors titulaire de ce droit à l'usage de la résidence⁹⁸.

⁹⁶ G. LEFRANÇOIS, préc., note 19, p. 15, par. 52;

⁹⁷ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p.11.

⁹⁸ Ce questionnement n'est pas sans rappeler (et ne doit pas être confondu avec) la question relative à l'identité du titulaire du droit de propriété sur le patrimoine de la fiducie. On se rappelle que plusieurs hypothèses avaient cours avant la promulgation du *Code civil du Québec*, la première défendue par la doctrine à l'effet que c'est le bénéficiaire qui était propriétaire des biens de la fiducie, une deuxième qui ralliait largement la jurisprudence à l'effet que c'est le fiduciaire qui était détenteur du droit sur les biens de la fiducie, une troisième à l'effet que la fiducie jouissait de la personnalité juridique et, finalement, une quatrième hypothèse voulant que les biens de la fiducie soient détenus par celle-ci à titre de patrimoine autonome. Dans l'analyse de la question de savoir qui est titulaire *des droits qui confèrent l'usage* de la résidence lorsque celle-ci est détenue par une fiducie, des questions similaires semblent se poser et la doctrine semble, encore une fois, emphaser sur les prérogatives du bénéficiaire alors que la jurisprudence semble, encore une fois, mettre de l'avant le contrôle exercé par la fiducie. Là s'arrête toutefois l'analogie entre ces deux questionnements, la fiducie étant définitivement un patrimoine d'affectation alors que le patrimoine familial, n'est ni un patrimoine divisé, ni un patrimoine affecté. Voir à ce sujet J.BEAULNE, préc., note 16, para. 48. Néanmoins, sachant que le patrimoine familial se compose des biens possédés par l'époux, ou des *droits qui en confèrent l'usage*, on peut à juste titre se demander en quelle qualité l'époux bénéficie de tels droits postérieurement au transfert du bien en fiducie. Le bien ne se trouvant plus dans son patrimoine, ces *droits* sont nécessairement autres qu'un droit de propriété. Quelle est donc leur source? La réponse à cette question découlera ainsi nécessairement d'une analyse du cadre théorique entourant le régime du patrimoine familial. Il s'agit là d'une vaste réflexion qui demeure, somme toute, assez théorique.

Doit-on considérer que ce droit d'utiliser la résidence familiale est lié à la qualité de fiduciaire, donc à la notion de contrôle de la fiducie, ou qu'il est plutôt lié à la qualité de bénéficiaire, qui comporte un droit exclusif de bénéficier des revenus et avantages de la fiducie? En effet, si ce droit appartient à l'un des conjoints, une créance pourra être incluse au partage du patrimoine familial. Si le droit bénéficie à un tiers ou si les deux conjoints en sont titulaires d'un droit qui s'exerce concurremment, la valeur du droit de créance sera nulle puisque chaque conjoint devra compenser l'autre d'un montant équivalent.

A) Hypothèse 1 : droit rattaché à la qualité de fiduciaire

L'analyse des droits qui en confèrent l'usage est souvent effectuée par analogie au transfert d'une résidence à une corporation. Or, en contexte corporatif, l'époux qui est actionnaire a souvent à la fois le contrôle de la compagnie et le droit au capital et au reliquat des biens⁹⁹.

Dans le contexte d'une fiducie il est fréquent qu'un époux conserve le contrôle en agissant à titre de fiduciaire, en étant ou non également bénéficiaire de la fiducie. Si l'époux est bénéficiaire de la fiducie, il devra s'adjoindre un co-fiduciaire¹⁰⁰ alors que s'il n'est pas bénéficiaire de la fiducie, il pourra exercer un plein contrôle sur celle-ci. Rappelons qu'il est une pratique courante que d'inclure à l'acte de fiducie une clause permettant au fiduciaire d'agir en conflit d'intérêt malgré les dispositions de l'article 1312 C.c.Q. Néanmoins, rappelons que seul le bénéficiaire de la fiducie est en droit de

L'objectif du présent travail se voulant d'abord et avant tout un examen de l'état du droit sur la possibilité pour un époux d'obtenir le partage des biens familiaux détenus en fiducie, nous nous contenterons d'observer le traitement doctrinal et jurisprudentiel de la question en date des présentes, sans chercher à davantage élaborer sur la théorie du droit soutenant telles conclusions.

⁹⁹ Notons que la charte d'une compagnie peut prévoir différentes catégories d'actions prévoyant divers attributs, tel le droit de vote, un droit à des dividendes ou au reliquat en cas de dissolution. Néanmoins, dans le présent texte, il faudra entendre par « actionnaire » le détenteur d'une partie ou de la totalité des actions de contrôle de la compagnie, soit normalement les actions de catégorie A, les autres catégories d'actions - dites de contrôle ou d'investissement - étant largement prévues afin de répondre à des impératifs comptables et fiscaux, de permettre ou garantir des investissements dans la corporation, ou de permettre de sécuriser une transaction en contexte de transfert d'entreprise.

¹⁰⁰ Article 1275 C.c.Q.

bénéficiaire des avantages découlant de celle-ci¹⁰¹. Il peut donc exister un plus ou moins grand nombre de similitudes entre la position de l'actionnaire de la compagnie et du bénéficiaire ou fiduciaire de la fiducie et il conviendra de porter attention au cumul des attributs en contexte fiduciaire afin de permettre d'appliquer par analogie les raisonnements mis de l'avant en contexte corporatif. Compte tenu de la flexibilité du véhicule fiduciaire, une attention particulière devra donc être portée aux faits entourant chaque cas d'espèce ainsi qu'à la rédaction de chaque acte de fiducie, de sorte à permettre d'opérer les nuances appropriées à chaque circonstance. Aussi, une certaine prudence devra être de mise dans l'assimilation de la situation de l'actionnaire à celle du détenteur de « droits » dans la fiducie en l'absence de cumul des fonctions de bénéficiaire et de fiduciaire.

La question de savoir si l'actionnaire bénéficie d'un droit d'usage de la résidence tel que visé par l'article 415 c.c.Q. en raison du contrôle qu'il exerce ou en raison du fait qu'il bénéficie de la valeur de la propriété ne semble jamais avoir été analysée par la doctrine ou les tribunaux. Néanmoins, les jugements traitant de la détention de la résidence par une compagnie axent fréquemment leur analyse autour de la notion de contrôle de la compagnie. Il en découle naturellement que les décisions qui appliquent par analogie ce raisonnement aux fiducies observent avec beaucoup d'attention l'exercice du contrôle de la fiducie. L'examen de la jurisprudence traitant du transfert de la résidence à une corporation conduit naturellement à considérer que le détenteur du contrôle de la compagnie bénéficie du droit d'usage de la résidence. À titre d'exemple, dans l'arrêt *D.(L.) c. (L.(G.))*¹⁰², un couple a des actions de compagnie dont l'époux se trouve être actionnaire majoritaire. Il a le contrôle et bénéficie du droit aux dividendes et au résidu, ce qui serait l'équivalent d'être à la fois bénéficiaire et fiduciaire de la fiducie. La Cour déclare que le simple fait de détenir des actions de la compagnie propriétaire est suffisant pour instituer un droit d'usage de la résidence principale. De plus, le nombre d'actions n'est pas lié à la quote-part dans la valeur de ce droit d'usage. En effet, le

¹⁰¹ Article 1267 C.c.Q. et article 1284 C.c.Q. Voir aussi : Madeleine CANTIN CUMYN, *Le droit des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980, p. 69, dont les propos, bien que formulés sous le C.c.B.-C., demeurent pertinents pour fiducie du C.c.Q.

¹⁰² *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

tribunal assimile cette situation à celle où l'un des conjoints est propriétaire en totalité de la résidence ou dans des proportions inégales. On dénote au passage que « [M]onsieur, qui possède la majorité des actions semble bien se comporter comme le roi et maître de la résidence tout comme s'il était le propriétaire en titre »¹⁰³. Suivant cette logique, le juge prononce un partage de la résidence comme si le couple en était personnellement propriétaire.

Or, dans un contexte de fiducie, le contrôle est exercé par le fiduciaire. Par analogie, plusieurs jugements considèrent que c'est le fiduciaire qui est titulaire du droit d'habiter la résidence. Dans l'affaire *Droit de la famille-3511*, l'époux est le seul fiduciaire de fiducie de protection d'actif à laquelle la résidence familiale a été transférée et n'est vraisemblablement pas bénéficiaire de celle-ci¹⁰⁴. Après avoir souligné l'intention frauduleuse de l'époux eut égard à l'application du patrimoine familial, le juge assimile ce droit au droit visé par l'article 415 C.c.Q. et attribue ce droit à l'époux avant d'en effectuer un partage en faveur de l'épouse. Suivant ce raisonnement, il est intéressant de dénoter que le consentement du conjoint non fiduciaire pourrait être requis pour disposer de la résidence familiale¹⁰⁵.

Dans le récent jugement déclaratoire *Yared (Succession de)*¹⁰⁶, l'épouse et les enfants de l'époux sont les bénéficiaires. Le constituant est la belle-sœur des époux alors que l'époux est le co-fiduciaire avec sa mère. L'époux bénéficie par contre du statut d'Électeur, qui lui confère de larges pouvoirs et notamment le droit d'élire ou de destituer les bénéficiaires¹⁰⁷. Au passage le juge souligne que « le Défendeur, même s'il n'est pas bénéficiaire de la Fiducie, occupe toujours la résidence avec les enfants mineurs, comme

¹⁰³ *L.(G.) c. D.(L.)*, [2005] J.Q. No 8405 (C.S.) confirmée dans *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

¹⁰⁴ Cet aspect n'est pas précisé dans le jugement, mais on peut le déduire des faits puisque l'époux est seul fiduciaire de la fiducie, ce qui aurait été proscrit par l'article 1275 C.c.Q. s'il était également bénéficiaire de celle-ci.

¹⁰⁵ Voir à ce sujet D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 47, p. 11 et ss.

¹⁰⁶ *Yared (Succession de)*, préc., note 21.

¹⁰⁷ La fiducie lui conférerait également le pouvoir de s'élire personnellement à titre de bénéficiaire de la fiducie et de déterminer quels bénéficiaires recevront une partie du revenu ou du capital de la fiducie. L'époux renoncera finalement à cette prérogative d'élire ou destituer les bénéficiaires au moment du début des procédures. Le tribunal soulève la validité de cette renonciation pour divers motifs et emphase sur le fait que le contrôle de la fiducie a été maintenu par l'époux malgré cette renonciation.

s'il en était propriétaire »¹⁰⁸. (Les italiques figurent au texte original). Or, plutôt que de considérer que le droit de l'époux est accessoire à celui des enfants et n'est pas à même de donner lieu à une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial, le juge soulève le contrôle *de facto* et déclare Monsieur débiteur d'une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial. Réitérant que l'actionnariat suffit pour conférer le droit d'user des résidences, le juge assimile la position de l'actionnaire et du fiduciaire en ces termes : « [S]i l'actionnariat est considéré comme étant un « droit qui confère l'usage de la résidence » au sens de l'art. 415 C.c.Q., il doit en être de même du contrôle d'une fiducie qui permet un pareil usage »¹⁰⁹. Ce jugement semble ainsi consacrer une application de l'hypothèse voulant que le titulaire du droit soit le fiduciaire en vertu du contrôle qu'il exerce sur la fiducie. Néanmoins, cette hypothèse semble aller à l'encontre des principes de base du droit des fiducies, notamment en ce qui a trait au droit aux avantages découlant de la fiducie. La professeure Madeleine Cantin Cumyn nous enseigne ainsi que : « [N]ous sommes, de plus, incapables de discerner un droit quelconque chez le fiduciaire quant aux biens de la fiducie. Sa situation apparaît plutôt être l'antithèse même d'un droit. Il est titulaire d'une charge en vertu de laquelle l'autorisation de poser un acte se double souvent de l'obligation de poser l'acte autorisé. Il est non seulement tenu de poser les actes nécessaires à une saine gestion, ce qui exclut toute faculté, mais il a aussi le devoir de ne tirer aucun avantage personnel des biens de la fiducie »¹¹⁰.

B) Hypothèse 2 : droit rattaché à la qualité de bénéficiaire

Ainsi, il y a lieu de se demander si cette attribution du droit au fiduciaire par analogie aux décisions rendues en contexte corporatif est bien-fondé en droit. En effet, seul le bénéficiaire est en position de bénéficier des avantages découlant de la fiducie. Comme le souligne le professeur Beaulne: « [L]e bénéficiaire est celui qui est destiné à profiter des biens ou de l'existence de la fiducie. Il est généralement, dans les faits, la raison d'être ou

¹⁰⁸ *Yared (Succession de)*, préc., note 21., p. 9.

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ M. CANTIN CUMYN, préc., note 101., p. 69.

l'affectation de la fiducie»¹¹¹. Ce bénéficiaire détient un droit de créance à l'encontre de la fiducie¹¹² et est investi du droit d'exiger que lui soit accordé la prestation d'un avantage ou le paiement des fruits et revenus en fonction de l'acte constitutif¹¹³. Ainsi, l'attribution d'avantage à titre gratuit à une personne qui n'est pas bénéficiaire de la fiducie irait à l'encontre des devoirs les plus fondamentaux des fiduciaires¹¹⁴.

La décision *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*¹¹⁵, ayant considéré les deux époux comme titulaires d'un droit d'usage tel que visé par l'article 1172 C.c.Q. est critiqué par certains auteurs qui suggèrent que ce droit aurait dû être imputé en totalité au bénéficiaire de la fiducie et, conséquemment, donner lieu à compensation. Ainsi, le résultat obtenu au terme de l'analyse semble soulever certaines questions. Les auteurs Bruneau et Courtemanche s'expriment en ces termes :

« [L]'article 1172 C.c.Q. permet à l'usager de se servir du bien jusqu'à concurrence de ses besoins et *de ceux des personnes qui habitent avec lui* ou qui sont à sa charge. Nous croyons donc que l'époux aurait alors plutôt utilisé la résidence à titre de personne qui habitait avec un usager mais n'aurait pas joui lui-même d'un droit d'usage. Comment les fiduciaires auraient-ils pu attribuer des avantages à titre gratuit à une personne qui n'est pas bénéficiaire de la fiducie ? Cela aurait été à l'encontre des devoirs les plus fondamentaux des fiduciaires et, qui plus est, l'époux étant lui-même l'un des fiduciaires, il se serait placé en position d'un évident conflit d'intérêt »¹¹⁶.

Suivant cette logique, c'est uniquement l'époux bénéficiaire de la fiducie qui deviendrait débiteur à l'endroit de l'époux non-bénéficiaire, que ce dernier soit ou non fiduciaire de la fiducie¹¹⁷. Ainsi, le conjoint bénéficiaire de la fiducie pourrait continuer à

¹¹¹ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 218.

¹¹² Voir nos commentaires à la section 1.2.2. des présentes.

¹¹³ Article 1284 C.c.Q.

¹¹⁴ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 30.

¹¹⁵ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

¹¹⁶ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p.30.

¹¹⁷ Il est intéressant de relever que le juge Gaudet, dans la récente affaire *Yared (Succession de)*, préc., note 21, utilise cette idée de la personne qui habite avec le titulaire du droit, à savoir le bénéficiaire de la fiducie, pour en arriver à une conclusion tout autre. Après avoir assimilé le droit d'usage de la résidence aux droits visés par l'article 415 C.c.Q., il insiste sur l'ampleur du contrôle exercé par l'époux fiduciaire, lui permettant d'élire ses enfants à titre de bénéficiaires de la fiducie et de lui-même continué d'habiter la résidence en sa qualité de tuteur à ses enfants mineurs. Or, plutôt que de considérer que ce droit est accessoire à celui des enfants et n'est pas à même de donner lieu à une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial, il utilise cet élément comme argument pour conclure que ce contrôle *de facto* contribue

habiter les lieux en cette qualité et aurait droit à un dédommagement advenant la vente de la résidence par la fiducie.

La professeure Brigitte Lefebvre¹¹⁸ souligne quant à elle la présence de règles entourant le régime de l'indivision et plus particulièrement l'article 1016 C.c.Q. Suivant cet article, un indivisaire ne peut user du bien indivis que dans le respect du droit de ses co-indivisaires et il peut leur être redevable d'une indemnité s'il prive ceux-ci de leur droit. Monsieur n'aurait-il pas alors pu obtenir compensation pour le droit d'usage duquel il s'est trouvé privé ? Le professeur Lefebvre suggère que oui et c'est un avis que nous partageons. L'arrêt précité est relativement récent mais il semble reprendre à son compte une analyse datant de 1992¹¹⁹, en faisant fi de l'évolution jurisprudentielle en la matière survenue depuis cette période.

Suivant cette logique, c'est uniquement l'époux bénéficiaire de la fiducie qui deviendrait débiteur à l'endroit de l'époux non-bénéficiaire, que ce dernier soit ou non fiduciaire de la fiducie. Ainsi, le conjoint bénéficiaire de la fiducie serait titulaire des droits qui confèrent l'usage et aurait droit à un dédommagement advenant la vente de la résidence par la fiducie. Les auteures Bruneau et Courtemanche semblent partager cette analyse, lorsqu'elles soulignent que dans l'arrêt *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*¹²⁰ « le droit de bénéficiaire de l'épouse dans la fiducie était suffisant pour lui conférer des droits lui conférant l'usage de la résidence au sens de l'article 415 C.c.Q. et d'inclure la valeur de ces droits dans le calcul du patrimoine familial pour les rendre partageables pour moitié en faveur de l'époux.(Nos soulignements)¹²¹ et de façon plus générale, que : « les droits de bénéficiaire que l'un des époux possède dans la fiducie détenant la résidence sont suffisants pour lui conférer un droit d'usage au sens de l'article 415 C.c.Q. (Nos soulignements)»¹²².

à rendre Monsieur titulaire du droit visé par l'article 415 C.c.Q et susceptible d'engendrer une créance dans le cadre du partage du patrimoine familial. On peut se questionner sur le fait que l'épouse était également tutrice légale des enfants avant son décès et aurait en conséquence bénéficié du même droit.

¹¹⁸ Brigitte LEFEBVRE, préc., note 24, p.400.

¹¹⁹ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2.

¹²⁰ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

¹²¹ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p.30.

¹²² *Id.*, p. 33.

Cette approche soulève cependant un questionnement lorsque les enfants seulement sont bénéficiaires de la fiducie, les deux parents étant en droit d'occuper la résidence à titre de personnes résidant avec les bénéficiaires. Si ceux-ci ne souhaitent plus résider ensemble, y aurait-il lieu de considérer que ce droit ne donne lieu à aucune créance puisque les deux parents n'avaient qu'un droit accessoire à celui de leurs enfants ? Dans cette situation et dans un contexte de garde partagée, comment trancher lequel des parents pourrait continuer à bénéficier de la résidence suite à la rupture. Le conjoint fiduciaire qui s'accorderait un tel droit au détriment de l'autre conjoint agirait en conflit d'intérêt au sens de l'article 1312 C.c.Q. et cette décision serait dès lors contestable. À moins que l'acte de fiducie pourvoie à cette possibilité en accordant au fiduciaire ce pouvoir d'agir en conflit d'intérêts, ce qui est souvent le cas en pratique¹²³. Ce raisonnement assimile la situation où une résidence est transférée à une fiducie dont les enfants sont bénéficiaires et dont l'un des époux est fiduciaire à la situation où la résidence est transférée à une compagnie dont les enfants sont actionnaires et l'époux est administrateur.

Force est par ailleurs de dénoter une certaine cohérence entre cette hypothèse d'attribuer au bénéficiaire de la fiducie le droit d'occuper la résidence et le régime de droit fiscal, qui attribue au bénéficiaire de la fiducie la possibilité de se prévaloir de la déduction pour gain en capital au moment de la vente de l'immeuble ou, au contraire, lui impute le gain en capital lors de la vente de la propriété s'il ne l'a pas lui-même désigné comme résidence principale¹²⁴. De plus, cette approche présente une certaine cohérence avec l'analyse faite par certains auteurs, notamment Guy Lefrançois¹²⁵ et François Vaillancourt¹²⁶ qui se sont penchés sur la renonciation au droit de bénéficiaire d'une fiducie par celui-ci pour en conclure à la nécessité du consentement du conjoint du

¹²³ Par exemple l'acte de fiducie prévoyait une telle stipulation dans *Yared (Succession de)*, préc., note 21.

¹²⁴ Art. 40(2)b) et 40(7) L.I.R. Voir Caroline RHÉAUME, *Stratégies de planification utilisant des fiducies*, Publications CCH Ltée, Brossard, 2011.

¹²⁵ G. LEFRANÇOIS, préc., note 19, par. 52;

¹²⁶ François VAILLANCOURT, « Conséquences du patrimoine familial sur certains immeubles détenus par les époux », (1990) 93 *R. du N.* 48.

bénéficiaire pour que celui-ci puisse valablement disposer de son droit de bénéficiaire à la fiducie lorsque celui-ci se qualifie d'acquêt¹²⁷.

Si une telle approche devait être retenue par la jurisprudence, nous ne saurions insister assez sur l'importance du devoir de conseil du notaire au moment du transfert de la résidence principale à la fiducie. En effet, si l'un des époux n'est ni fiduciaire ni bénéficiaire de la fiducie et que son droit se résume à habiter les lieux à titre de personne qui habite avec le bénéficiaire, son droit (ou est-ce alors un privilège?) devient assez précaire. On peut alors remettre en question la volonté initiale de consentir à la donation et se questionner sur les paiements hypothécaires faits en cours d'union. Serait-ce un enrichissement injustifié de la part du patrimoine fiduciaire, qui se trouve alors à bénéficier d'un apport au détriment du conjoint qui se trouve en quelque sorte privé du bénéfice de l'équité acquise par la propriété, du fait de cette détention par l'entremise de la fiducie?

Bien que séduisante, on peut aussi se demander si cette théorie est adéquate pour atteindre les objectifs des mesures d'ordre public de protection promulguées à travers les règles de droit entourant le patrimoine familial. Dans ce contexte, les techniques de rédaction auraient un impact considérable sur la capacité pour un époux de faire valoir sa créance en vertu du patrimoine familial et chaque fiducie deviendrait un cas d'espèce. La décision de s'inclure ou de s'exclure, ainsi que son époux(se), de la liste des bénéficiaires potentiels pourrait s'avérer lourd de conséquences. Or, n'a-t-on pas voulu assurer l'égalité économique des conjoints en créant un régime d'ordre public s'appliquant à tous les époux nonobstant toute convention contraire? Au final, n'est-ce pas l'auteur de la fiducie que l'on souhaite atteindre, peu importe qu'il se soit donné le rôle de simple constituant, de fiduciaire, de bénéficiaire, ou les deux? Cette question ne semble pas avoir été abordée sous cet angle par la jurisprudence à l'heure actuelle mais il sera intéressant de voir si des jugements futurs nous apporteront un éclairage nouveau sur cette question.

¹²⁷ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p11.

Finalement, on peut s'interroger sur la nature du droit d'un époux qui habiterait la résidence alors qu'il est le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire, parmi d'autres bénéficiaires, ou qui est bénéficiaire de sous-ordre. Soulignons que dans de telles fiducies, le droit du bénéficiaire est considéré comme incertain, voir futur au point de n'avoir aucune valeur tel que ci-après explicité¹²⁸. Rappelons aussi que « les actifs faisant partie du patrimoine familial ou les biens selon le régime matrimonial de la société d'acquêts n'incluent pas nécessairement les droits futurs ou les droits éventuels »¹²⁹. Cette question de l'impact de la qualification du droit du bénéficiaire ne semble jamais avoir fait partie d'aucune analyse dans le cadre de l'examen des droits que confèrent l'usage visés par l'article 415 C.c.Q. Pourtant, cet aspect s'avère d'une importance cruciale dans le cadre de l'attribution d'une valeur du droit d'un bénéficiaire dans le cadre du partage du régime secondaire. La jurisprudence en lien avec l'interprétation de l'article 415 C.c.Q s'est pour l'instant contentée de mettre de l'avant que la qualité d'actionnaire - et éventuellement de bénéficiaire - était suffisant pour conférer un droit certain à l'usage de la résidence, que ce droit de bénéficiaire soit lui-même certain, futur ou simplement potentiel.

1.1.2 Le partage des droits qui confèrent l'usage de la résidence

S'il semble exister un consensus à l'effet que *les droits qui confèrent l'usage* de la résidence entrent dans le patrimoine familial des époux et, qu'à ce titre, ils sont susceptibles de faire l'objet d'un partage dans le cadre de la dissolution de l'union matrimoniale, force est de constater que plusieurs solutions sont retenues au moment de procéder au calcul des dits droits. De plus, la question de savoir si le droit aux déductions de l'article 418 C.c.Q. trouve application dans un tel contexte mérite que l'on s'y attarde pour formuler quelques commentaires.

¹²⁸ Voir à cet égard nos commentaires sous la section 1.2.4 des présentes

¹²⁹ Lyne KASSIE, « La fiducie est-elle à toute épreuve? », dans *Congrès 2004*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., 2004, p.6.

1.1.2.1. Le calcul de la valeur *des droits qui confèrent l'usage de la résidence*

Certaines décisions sont venues attribuer aux droits visés par l'article 415 C.c.Q. une valeur correspondant à une fraction plus ou moins élevée de la valeur globale de la résidence alors que d'autres jugements leur ont octroyé une valeur correspondant à celle de la résidence elle-même. Dans l'ensemble, il semble que les juges tiennent compte de chaque cas d'espèce et usent largement de leur pouvoir discrétionnaire, aucun critère pour déterminer telle valeur n'ayant été édicté par le législateur ni fait l'objet d'un consensus au sein de la jurisprudence. Dans la décision *Droit de la famille – 111766*¹³⁰, le juge Fournier formule le commentaire suivant en ce qui à trait à l'évaluation de la valeur des *droits qui confèrent l'usage* de la résidence prévus à l'article 415 C.c.Q.: « [L]a jurisprudence accorde dans certains cas une valeur équivalant à la valeur de la résidence. Dans d'autres cas, un pourcentage moindre que la valeur de la résidence est retenu. Dans tous les cas, il s'agit d'un exercice essentiellement discrétionnaire qui doit tenir compte des faits particuliers aux faits de la cause »¹³¹. Avec tous les égards pour cette position et sans remettre en cause le fait que cette analyse demeure une question de faits, dont l'examen minutieux aura un impact majeur, il ressort de notre recherche que certaines lignes directrices présentent une récurrence à travers les différents jugements examinés et qu'il convienne de faire certaines précisions relativement à celles-ci.

A) Calcul de la valeur des *droits égal à un pourcentage de la valeur de la résidence*

Certaines décisions ont octroyé au droit qui confère l'usage de la résidence tel que visé par l'article 415 C.c.Q. une valeur correspondant à un pourcentage de la valeur de la résidence elle-même. À l'appui d'un tel résultat, divers motifs ont été invoqués, notamment le fait que le démembrement du droit de propriété vaut moins que le droit comportant tous ses attributs¹³², que la qualité d'actionnaire est insuffisante pour conférer

¹³⁰ *Droit de la famille -111766*, préc., note 37.

¹³¹ *Id.*, p.2 dont les propos sont repris dans *Droit de la famille – 133443*, préc., note 39, p.4.

¹³² *Droit de la famille-1646*, préc., note 2; *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

un droit d'habiter la résidence¹³³, de même que le caractère temporaire et aléatoire¹³⁴, incessible¹³⁵ ou inaliénable¹³⁶ de ce droit d'habitation.

Dans l'ensemble c'est sans surprise que l'on constate que les jugements ayant considéré le droit d'usage visé par l'article 415 C.c.Q. sous l'angle d'un démembrement du droit de propriété ont eu tendance à attribuer au droit *qui confère l'usage* de la résidence une valeur moindre que celle-ci¹³⁷. En effet, le: « [L]e droit d'*usus* ici ne peut logiquement valoir ni plus ni autant que la valeur nette de la résidence familiale. La valeur du droit d'usage représente une part de la valeur nette de la résidence »¹³⁸. Ces jugements ont par ailleurs soulevé que le droit d'*usus* (le droit d'user) est également différent du *fructus* (le droit aux fruits) et qu'en conséquence, la valeur locative de la propriété ne saurait constituer une référence pertinente pour évaluer la valeur du droit d'usage visé par l'article 415 C.c.Q¹³⁹.

Un autre argument qui semble avoir milité en faveur de l'octroi au droit d'usage d'une valeur inférieure à celle de la propriété est le caractère incertain, voire aléatoire, de ce droit en certaines circonstances. À titre d'illustration, dans l'affaire *Droit de la famille 1646*¹⁴⁰, l'époux possédait la moitié des parts de la société détenant la résidence familiale. Le juge a adopté le raisonnement à l'effet que la simple détention des parts sociétaires est insuffisante pour conférer un droit d'habiter la résidence et que ce droit découle d'un droit d'*usus* consenti par la société. Poursuivant son analyse, il a usé de son pouvoir discrétionnaire pour accorder auxdits droits une valeur correspondant à un peu moins du tiers de la valeur de la résidence en s'exprimant ainsi : « [E]nfin il faut tenir compte,

¹³³ *Id. Contra* : *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

¹³⁴ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2. *Droit de la famille -111766*, préc., note 37. *Contra R.(N) c. P.(R.)*, [2003] R.D.F 831 (C.S.); *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

¹³⁵ B. LEFEBVRE, préc., note 24, p. 397.

¹³⁶ *Droit de la famille -111766*, préc., note 37 et *Droit de la famille -092729*, 2009 QCCS 5132 : dans ces jugements les juges ont considéré la valeur de l'usage de la propriété en considération du fait que la résidence ne pouvait être aliénée distinctement du terrain, puisqu'elle était située en zone agricole. Voir aussi B. LEFEBVRE, préc., note 24, 397.

¹³⁷ Voir *Droit de la famille-1646*, préc., note 2 et *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.. Notons que ces deux jugements ont été rendus avant la décision *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21 par la Cour d'appel en 2006.

¹³⁸ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2, p. 469 dont le raisonnement a été repris intégralement dans *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2.

comme je l'ai souligné, que selon l'entente le droit d'*usus* ne peut subsister qu'en autant que la société existe »¹⁴¹. En effet, il advient que la dissolution de la société pourrait engendrer la perte du droit d'usage¹⁴². Dans une même lignée, l'arrêt *Y.(B.) c. L.(C.)*¹⁴³, le juge Richard souligne: « [C]e droit ne peut valoir ni plus ni autant que la valeur nette de la résidence familiale. Il ne peut représenter qu'une part de la valeur entre de la résidence, car il s'agit d'un droit limité dans le temps, aléatoire, conditionnel à l'existence de la société et surtout lié à l'exploitation de la ferme dont il constitue une partie »¹⁴⁴. Dans ce jugement, le juge n'a pas inclus la valeur du droit d'usage dans le partage du patrimoine familial étant donné que le transfert en société avait été effectué de bonne foi plusieurs années avant la séparation des parties. Considérant également le niveau d'incertitude du droit dans l'affaire *R.(N) c. P.(R.)*¹⁴⁵, le juge souligne que le droit d'usage n'est en l'espèce pas aléatoire, car il dépend des parties elles-mêmes. Il souligne toutefois le caractère temporaire du droit, celui-ci étant en l'espèce viager. À la lumière de ces éléments, il utilise son pouvoir discrétionnaire pour attribuer aux droits qui confèrent l'usage de la résidence tels qu'entendu par l'article 415 C.c.Q. à une valeur correspondant à approximativement 60% de celle de la résidence¹⁴⁶. Quant à l'arrêt *Droit de la famille-071938 (V.K. c. S.D.)*¹⁴⁷, le juge n'a pas eu à poursuivre son analyse dans cette direction puisque les époux étaient co-titulaires de ce droit au terme de l'analyse. Considérant l'influence des jugements précités, qui sont abondamment cités dans la décision, on peut cependant supposer que le juge aurait emboîté le pas et, analysant le droit d'usage comme un démembrement du droit de propriété, accordé une valeur correspondant à une fraction de la valeur de la propriété.

Ainsi, il semble exister un courant jurisprudentiel enclin à accorder aux droits qui confèrent l'usage de l'article 415 C.c.Q. une valeur correspondant à un pourcentage de la valeur de la propriété. Soulignons que ce courant tire ses assises de deux décisions

¹⁴¹ *Id.*, p. 469.

¹⁴² B. LEFEBVRE, , préc., note 24, p. 397.

¹⁴³ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

¹⁴⁴ *Id.*

¹⁴⁵ *R.(N) c. P.(R.)*, préc., note 134.

¹⁴⁶ *Id.*

¹⁴⁷ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

rendues en contexte de société de personnes¹⁴⁸ dont le raisonnement semblait avoir été largement nuancé, voire renversé, par la Cour d'appel en 2006¹⁴⁹. Ainsi donc, l'approche promue par les deux premières décisions aurait pu être considérée obsolète, n'eût été des récents jugements *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*¹⁵⁰ et *Droit de la famille - 111766*¹⁵¹, qui semblent reprendre cette direction. Quant à la décision *Droit de la famille - 133443*¹⁵², elle en arrive au résultat d'inclure la valeur totale de la résidence par une application toute avouée du pouvoir discrétionnaire du juge. À ce titre, elle pourrait être considérée comme militant en faveur d'un tel résultat, compte tenu des motifs mis de l'avant par le juge. Il sera intéressant d'observer à quel courant adhéreront les juges dans le cadre de leurs décisions futures et de voir si le débat sera tranché pour de bon dans les années qui viennent.

B) Calcul de la valeur des *droits* égal à la valeur totale de la résidence

Un autre courant jurisprudentiel tend en faveur de l'attribution aux droits *qui confèrent l'usage* de la résidence par l'article 415 C.c.Q. d'une valeur qui correspond à celle de la résidence elle-même. L'affaire phare de cette ligne de pensée est l'affaire *Droit de la famille-3511*, qui a traité expressément de cette question dans un contexte de fiducie. Le juge Gendreau s'exprime en ces termes : « [L]e tribunal est d'avis que la fiducie et la donation constituent les droits qui confèrent l'usage de la résidence et que cet immeuble doit retourner dans le patrimoine familial »¹⁵³. Ainsi, le juge semble avoir fait abstraction de la fiducie et la valeur du droit a été considérée comme étant la valeur totale de l'immeuble¹⁵⁴. À cet égard, ce jugement reprend la ligne de pensée de la juge Grenier dans la décision *Droit de la famille 1931*¹⁵⁵, qui avait émis l'opinion que les droits qui

¹⁴⁸ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2 et *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

¹⁴⁹ *D.(L.) c. (L.(G.))*, préc., note 21.

¹⁵⁰ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

¹⁵¹ *Droit de la famille -111766*, préc., note 37.

¹⁵² *Droit de la famille - 133443*, préc., note 39.

¹⁵³ *Droit de la famille-3511*, préc., note 76, p. 7.

¹⁵⁴ Par ailleurs, dans cette affaire le juge prend en compte la valeur du droit sous l'angle du dédommagement relatif à la perte de l'usage de la résidence.

¹⁵⁵ *Droit de la famille- 1931*, [1994] R.J.Q. 378 (C.S.) confirmé en cour d'appel dans *Droit de la famille-1931*, [1996], R.D.F. 6 (C.A.).

confèrent l'usage visaient le droit de propriété en tant que tel et que leur valeur était en conséquence celle de la propriété en tant que telle.

Aussi, le plus récent jugement *D.(L.) c. L.(G.)*¹⁵⁶, en arrive à un résultat similaire fondé sur un raisonnement complètement différent que celui mis de l'avant dans les décisions précitées. Ce jugement considère l'actionnariat comme étant un droit suffisant pour conférer l'usage des résidences familiales au sens de l'article 415 C.c.Q. et suggère que la proportion de détention des actions n'a pas d'impact sur le calcul de la valeur du droit d'usage, qui correspond à la valeur de la résidence et qui doit se partager en parts égales entre les époux. Peut-on ainsi considérer que cette décision *D.(L.) c. L.(G.)*¹⁵⁷ - ayant consacré l'idée que l'actionnariat était suffisant pour conférer le droit à l'usage des résidences et accordant à ces droits une valeur correspondant à celle de la résidence - est venue renverser les décisions précitées *Droit de la famille-1646*¹⁵⁸ et *Y.(B.) c. L.(C.)*¹⁵⁹. - à l'effet que les parts d'une société où l'actionnariat sont insuffisants pour conférer le droit à l'usage des résidences tel que visé par l'article 415 C.c.Q. et octroyant auxdits droits que confèrent l'usage une valeur équivalent à un pourcentage de la valeur de la résidence? Cette idée mérite d'être nuancée en ce sens qu'il importe de souligner que les faits entourant les deux premières décisions concernaient la détention d'une résidence par une société, alors que la décision de la Cour d'appel concernait la détention d'une résidence par une corporation. Or, les relations juridiques liant les actionnaires à la compagnie et les associés à la société présentent des distinctions. De plus, bien que disposant d'un patrimoine autonome, la société ne dispose pas de la personnalité morale. En ce sens, on peut avancer l'idée que la corporation, détentrice de la totalité d'un immeuble, demeure contrôlée par son actionnaire majoritaire et qu'en conséquence la valeur des *droits que confère l'usage* de la résidence puissent s'assimiler à la valeur de la totalité de l'immeuble, alors que la situation du sociétaire diffère du fait que la part de chaque associé dans l'actif est présumé égale (article 2202 C.c.Q.) s'il n'en est pas stipulé

¹⁵⁶ *D.(L.) c. L.(G.)*, préc., note 21.

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Droit de la famille-1646*, préc., note 2.

¹⁵⁹ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 2.

autrement¹⁶⁰. Compte tenu de ce transfert de la résidence à un patrimoine autonome, qu'il s'agisse d'un patrimoine fiduciaire, sociétaire ou corporatif, il n'en demeure pas moins que les époux sont dessaisis du droit dans la propriété. Compte tenu des similitudes entre l'actionnaire (qui détient un droit de vote dans la compagnie en proportion de ses quotes-parts), du sociétaire (qui détient un droit de participer aux décisions), et du fiduciaire (qui détient seul ou avec une autre personne le contrôle de la fiducie), on peut avancer l'hypothèse que ces situations puissent conduire à des résultats similaires en matière de calcul des *droits que confèrent l'usage* d'une résidence détenue par l'une de ces entités dans certains cas. On dénote ainsi une grande similitude entre la position de l'actionnaire unique de la compagnie et le bénéficiaire de la fiducie qui cumule également la fonction de fiduciaire, particulièrement si l'autre fiduciaire est une personne liée largement *coopérante* (ex : sa grand-mère) ou si l'acte de fiducie prévoit de larges pouvoirs discrétionnaires (sous réserve de nos commentaires concernant la fiducie discrétionnaire, pour laquelle la participation n'a que peu de valeur étant donné l'incertitude du droit). Néanmoins, cette position ne semble pas avoir été reprise dans la récente décision *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*¹⁶¹. Quant au récent arrêt *Yared (Succession de)*¹⁶², rappelons que le juge inclut la valeur totale de la résidence dans le partage du patrimoine familial. Doit-on y voir un argument militant en faveur de l'attribution d'une valeur correspondant à celle de la résidence aux *droits qui confèrent l'usage* de celle-ci? La question mérite d'être posée. Les motifs invoqués par le juge semblent s'articuler davantage autour d'une réflexion sur la reconnaissance de la notion du soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois et sur l'opportunité d'y procéder à la lumière des faits démontrés en l'espèce. Le juge Gaudet ne fait ici qu'effleurer la question de l'inclusion des *droits qui confèrent l'usage* de la résidence, en prenant soin de préciser que « certains auteurs y voient là une application particulière du principe de la levée du voile corporatif

¹⁶⁰ En ce sens, elle s'apparente davantage à la situation de l'indivisaire et que, ceci étant, il serait logique que les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence bénéficie d'une valeur correspondant à une proportion de la valeur de la résidence en tant que telle. Nous croyons qu'un tel raisonnement s'avère définitivement écarté par la récente décision *Ferme C.G.R. enr. S.E.N.C. (Syndic de), Surintendant des faillites c. Raymond Chabot*, 2010 QCCA 719, laquelle est venue consacrer définitivement l'autonomie du patrimoine sociétaire tout en mettant en garde contre l'absence de possibilité de considérer le patrimoine fiduciaire comme une indivision des associés.

¹⁶¹ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35.

¹⁶² *Yared (Succession de)*, préc., note 21.

ou fiduciaire en matière de patrimoine familial, laquelle serait fondée sur le texte même de l'article 415 C.c.Q. »¹⁶³. Néanmoins, cette décision semble aller dans le même sens que la Cour d'appel à cet égard. Il s'agit néanmoins d'un simple jugement déclaratoire.

Suite à une analyse exhaustive de la jurisprudence et un examen approfondi de la question, les auteurs Bruneau et Courtemanche avançaient en 2008 l'idée que: « les droits de bénéficiaire que l'un des époux possède dans la fiducie détenant la résidence sont suffisants pour lui conférer un droit d'usage au sens de l'article 415 C.c.Q. dont la valeur pourrait être égale à la valeur totale de la résidence, sans égard à sa part de bénéficiaire »¹⁶⁴. Suivant les récentes décisions en la matière, on peut se demander si cet énoncé est toujours d'actualité. Contre toute attente, les principes élaborés dans l'arrêt *D.(L.) c. L.(G.)*¹⁶⁵ n'ont pas été appliqués dans les décisions subséquentes¹⁶⁶, sous réserve du jugement *Yared (Succession de)*¹⁶⁷.

1.1.2.2. Les déductions de l'article 418 C.c.Q.

L'article 418 C.c.Q. permet à l'époux de récupérer les sommes investies dans un bien inclus au patrimoine familial, lorsque le bien ou une partie de celui-ci a été payé avant le mariage ou au moyen d'une donation ou d'une succession.

L'article 418 C.c.Q. édicte que :

418. Une fois établie la valeur nette du patrimoine familial, on en déduit la valeur nette, au moment du mariage, du bien que l'un des époux possédait alors et qui fait partie de ce patrimoine; on en déduit de même celle de l'apport, fait par l'un des époux pendant le mariage, pour l'acquisition ou l'amélioration d'un bien de ce patrimoine, lorsque cet apport a été fait à même les biens échus par succession ou donation, ou leur emploi.

¹⁶³ *Yared (Succession de)*, préc., note 21, p. 6, le juge Gaudet y cite *Droit de la famille-133443*, préc., note 39.

¹⁶⁴ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43.

¹⁶⁵ *D.(L.) c. L.(G.)*, préc., note 21.

¹⁶⁶ *Droit de la famille -111766*, préc., note 37, *Droit de la famille – 133443*, préc., note 39. Notons que la décision *D.(L.) c. L.(G.)*, préc., note 21 est citée comme assise de la décision *Droit de la famille -133433*, préc., note 39, qui ne reprend pourtant aucun des principes qui y sont élaborés mais en arrive néanmoins à un résultat similaire à celui obtenu au terme du raisonnement mis de l'avant dans cette décision.

¹⁶⁷ *Yared (Succession de)*, préc., note 21.

On déduit également de cette valeur, dans le premier cas, la plus-value acquise, pendant le mariage, par le bien, dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute du bien et, dans le second cas, la plus-value acquise, depuis l'apport, dans la même proportion que celle qui existait, au moment de l'apport, entre la valeur de l'apport et la valeur brute du bien.

Le emploi, pendant le mariage, d'un bien du patrimoine familial possédé lors du mariage donne lieu aux mêmes déductions, compte tenu des adaptations nécessaires.

À la lecture de cet article, on constate qu'il vise la situation où un bien est possédé avant l'union et la situation où un bien est acquis ou amélioré en cours d'union, grâce à des sommes reçues par succession ou donation (ou leur emploi). Comme le soulignent les auteurs Dominique Goubau et Mireille D. Castelli :

«[L]e **premier scénario** concerne le cas où l'un des conjoints possédait déjà, au moment de la célébration du mariage ou de l'union civile, un bien qui fait partie du patrimoine familial au temps de la dissolution. On peut songer ici au cas d'un couple qui a décidé d'emménager dans une maison qui appartenait à l'un d'eux au moment du mariage et d'en faire la résidence familiale. La **première étape** consiste donc à **déduire la valeur nette** qu'avait ce bien au moment de la célébration. La **deuxième étape** consiste à **déduire la plus-value** acquise pendant le mariage. En toute logique, cette déduction ne peut se faire que dans la même proportion que celle qui existait, au moment du mariage, entre la valeur nette et la valeur brute de ce bien. En d'autres mots, pour prendre un exemple simplissime, la plus value d'une maison qui était payée à 60% au moment du mariage pourra, à cette deuxième étape, faire l'objet d'une déduction de 60%.

Le **second scénario** concerne les cas où un bien du patrimoine familial a été acquis ou amélioré pendant le mariage (ou l'union civile) et que cet investissement (la loi dit cet « **apport** ») a été fait à même les biens échus par **succession** ou **donation** ou leur **emploi**. Ce scénario est également soumis à une déduction en deux étapes : déduction de la valeur de l'apport et déduction de la plus-value proportionnelle de cet apport. La différence entre les deux scénarios, sur le plan du calcul, est que la plus-value de l'apport est calculée évidemment dans la même proportion qu'avait cet apport par rapport à la valeur brute du bien au moment de l'acquisition ou de l'amélioration. (Le caractère gras est de l'auteur) »¹⁶⁸.

Les *droits qui confèrent l'usage* de la résidence tel que visés par l'article 415 C.c.Q. sont inclus dans le calcul de la valeur du patrimoine familial et, à ce titre, pourraient

¹⁶⁸ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 19.

donner lieu à des déductions lorsque les critères d'application de l'article 418 C.c.Q. sont rencontrés. On pourrait notamment penser au cas d'une résidence améliorée au moyen de sommes provenant d'une donation ou d'une succession. La valeur *des droits qui confèrent l'usage* étant souvent considérée comme étant équivalente à celle de la résidence, il y aurait lieu de tenir compte de la prise de valeur découlant de cet apport.

Le troisième alinéa de l'article 418 C.c.Q. prévoit la possibilité de faire remploi de biens possédés avant l'union. À cet égard, il convient de mentionner qu'un courant jurisprudentiel jadis majoritaire¹⁶⁹ adhérait à l'idée que l'acquisition conjointe d'une résidence par les époux en cours d'union, en utilisant comme mise de fonds le produit de vente d'une résidence possédée antérieurement par l'un des époux, constituait une renonciation à la possibilité de se prévaloir de l'article 418 C.c.Q. En effet, si l'on ne peut renoncer à l'avance aux droits découlant du patrimoine familial, on peut toutefois renoncer à ce qui ne fait pas partie du patrimoine familial, tel la valeur nette d'un immeuble acquis avant le mariage¹⁷⁰. Ainsi, lorsqu'un époux était propriétaire d'une résidence avant l'union et qu'il achetait conjointement avec son époux(se) une résidence sans précision quant aux quotes-parts respectives, il existait une présomption à l'effet que le bien était alors acquis en égales proportions et cette présomption emportait renonciation au droit d'invoquer la déduction de l'article 418 C.c.Q.¹⁷¹. Cette situation se distinguait de celle où les deux conjoints étaient déjà copropriétaires de la résidence au moment de l'union. Dans ce contexte, l'acquisition conjointe constituait un remploi et la présomption de copropriété indivisaire en parts égales n'emportait aucune renonciation aux déductions de l'article 418 C.c.Q.¹⁷².

Par analogie, la question se posait de savoir si un conjoint qui transfère en fiducie une résidence acquise en partie ou en totalité avant l'union ou ayant bénéficié d'apports issus

¹⁶⁹ P. CIOTOLA et M. LACHANCE, préc., note 19, p.100 para 148. Voir aussi : *C.V. c. D.L.*, 2006 QCCS 861, *D.(R) c. T.(P)*, REJB 2003-52018 (C.A.), *L.R. c. J.M.*, [2005] R.D.F. 350; *F.A. c. I.D.* [2004] R.D.F. 66 (C.S.); *T.L. c. L.A.P.*, [2002] R.D.F. 809 (C.A). *Contra* : *Droit de la famille – 3349*, B.E. 99BE-745 (C.S.); *Droit de la famille-2150*, [1995] R.D.F. 203 (C.A.), *Droit de la famille-2509*, [1996] R.D.F. 794 (C.S.); *C.G. c. G.B.* 2006 QCCS 2644. Voir aussi : D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p 34.

¹⁷⁰ *Droit de la famille-1636*, préc., note 2.

¹⁷¹ *C.V. c. D.L.*, préc., note 169.

¹⁷² *D.(R) c. T.(P)*, préc., note 169.

d'une donation ou succession se trouvait à avoir renoncé à son droit de réclamer les déductions de l'article 418 C.c.Q., du fait de ce transfert. L'arrêt *Y.(B) c. L. (C)*.¹⁷³ semble suggérer cette avenue, le juge précisant que n'eut été du transfert de la résidence à la société ayant conféré une créance à l'épouse au terme du partage du patrimoine familial, celle-ci n'aurait eu droit à aucune créance puisque la propriété avait été acquise avant l'union et améliorée grâce à des donations. Ainsi, si l'époux avait conservé la résidence dans son patrimoine, celle-ci n'aurait fait l'objet d'aucun partage. Or, c'est suite au transfert en cours d'union à la société que l'épouse a pu obtenir le partage des droits qui en confèrent l'usage, semble-t-il.

Quoi qu'il en soit, une décision émanant de la Cour d'appel semble être venue clore le débat en 2010 et aurait finalement tranché à l'effet que l'acquisition conjointe par les époux de la résidence familiale n'emportait pas présomption de renonciation au droit de réclamer les déductions de l'article 418 C.c.Q.¹⁷⁴. Comme le relèvent les professeurs Pierre Ciotola et Martine Lachance:

« [E]n réalité, la thèse en faveur d'une présomption de renonciation « mène à une sorte de renversement du fardeau de démontrer l'intention claire et non équivoque de renoncer aux déductions lorsque les parties ont acquis une résidence familiale en copropriété ». Aussi est-il heureux que la Cour d'appel ait levé toute incertitude dans l'arrêt *Droit de la famille – 10304*, en réitérant les enseignements tirés de deux arrêts de principe rendus dans les années 1990 :

«[D]'abord, le mode d'acquisition des biens qui composent le patrimoine familial n'a rien à voir avec la détermination de son contenu et avec l'application de la déduction. Ensuite, la renonciation à la déduction est possible durant le mariage en rapport avec un bien acquis en copropriété, mais ce constat doit reposer sur une preuve qui en établit le caractère clair et non équivoque.

L'achat d'une résidence en copropriété ne fait donc pas naître une présomption que l'un ou l'autre des époux a renoncé à se prévaloir de son droit aux déductions prévues à l'article 418 C.c.Q. »¹⁷⁵.

¹⁷³ *Y.(B) c. L.(C)*, préc., note 21.

¹⁷⁴ *Droit de la famille – 10304*, 2010 QCCA 317.

¹⁷⁵ P. CIOTOLA et M. LACHANCE, préc., note 19, p. 102, lequel cite *Droit de la famille – 10304*, préc., note 174; *Droit de la famille – 1636*, préc., note 2; *Droit de la famille – 1893*, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.).

Soulevant cette inclusion à l'occasion du jugement *Y.(B.) c. L.(C.)*.¹⁷⁶ les auteures Bruneau et Courtemanche se permettent ainsi de s'« interroger sur l'inclusion dans le patrimoine familial des *droits qui confèrent l'usage* donnés ou acquis avant de mariage »¹⁷⁷. Compte tenu de la décision précitée, on peut penser que le juge en serait arrivé à une conclusion différente aujourd'hui. La lecture de ce commentaire nous amène toutefois à nous interroger sur le moment de la naissance du droit à la déduction de 418 C.c.Q. Doit-on comprendre que la déduction pourra s'appliquer pour ***les droits qui confèrent l'usage d'une résidence donnée ou acquise avant le mariage*** ou bien que la déduction s'applique pour ***les droits qui confèrent l'usage d'une résidence donnés ou acquis avant le mariage.***

Si on adhère à l'idée que c'est le droit dans la fiducie, par analogie à l'actionnariat, qui est la source des *droits qui confèrent l'usage*, on pourrait reformuler l'énoncé de l'article 418 C.c.Q. tel que « les droits qui en confèrent *le droit d'usage* » (que ce droit soit visé par 1172 C.c.Q. ou qu'il soit spécifique) et découle de la qualité de bénéficiaire de la fiducie.

Ceci étant, doit-on considérer que la déduction s'applique dès lors que la résidence est possédée avant le mariage et garder cette date en tête, ou prendre en considération la naissance du *droit*, que l'on peut situer soit au moment où l'époux acquiert son droit dans la fiducie (à savoir la qualité de bénéficiaire, si on adhère à la théorie du droit découlant de cette qualité) soit suivant le moment où le droit d'usage commence à être exercé ou est formellement consenti (suite au transfert de la résidence en fiducie si on adhère à la théorie du droit d'usage découlant d'une entente et notamment d'un droit d'usage visé par l'article 1172 C.c.Q.) ? La réponse à cette question aura un impact important sur l'issue d'une réclamation en vertu de l'article 418 C.c.Q.¹⁷⁸, tel que ci-après exposé :

Avec tous les égards pour l'opinion contraire, nous soumettons l'idée que la première interprétation doit être retenue et que le libellé de l'article 418 C.c.Q. doit s'interpréter

¹⁷⁶ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

¹⁷⁷ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 22.

¹⁷⁸ Voir annexe 1.

comme référant aux *droits qui confèrent l'usage* d'une résidence donnée ou acquise avant le mariage, de sorte à permettre le remploi. Nous croyons également que c'est ce que les auteurs Bruneau et Courtemanche ont voulu mettre de l'avant, puisque dans la décision *Y.(B.) c. L.(C.)*.¹⁷⁹, c'est bien la résidence qui avait été acquise avant l'union et non les droits à l'usage de celle-ci, au sens de l'article 415 C.c.Q. La position contraire reviendrait à ressusciter le courant jurisprudentiel désormais renversé de sorte à compromettre le remploi dans les nombreux cas où la fiducie est mise en place en cours d'union, au motif du consentement de l'époux au transfert.

En conclusion, il convient d'insister sur l'importance des faits en cause pour chaque cas et des techniques de rédactions employées au moment de la création de la fiducie et au moment du transfert de la résidence. Suivant l'ancien courant jurisprudentiel, on observait tout l'impact d'inclure ou non une clause de droit d'usage en faveur des époux au moment du transfert par acte notarié de la résidence à la fiducie. En effet, s'il advenait que les deux conjoints soient devenus titulaires du droit par application des principes dégagés dans l'arrêt *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*¹⁸⁰, alors le droit aux déductions de l'article 418 C.c.Q. pouvait être compromis suivant l'ancien courant majoritaire. Si, au contraire, il advenait que l'époux soit demeuré seul titulaire *des droits qui en confèrent l'usage* par application du principe que ce droit découle du droit de bénéficiaire dans la fiducie, alors le droit aux déductions de l'article 418 C.c.Q. pouvait être maintenu avec une certaine certitude. Malgré la nouvelle tendance jurisprudentielle et pour pallier toute incertitude en écartant tout doute possible, les auteurs Bruneau et Courtemanche insistent sur l'importance d'insérer à l'acte de donation une clause stipulant l'absence de renonciation au droit d'invoquer les déductions prévues par l'article 418 C.c.Q., si applicables¹⁸¹.

1.2 L'attribution d'une valeur partageable à la participation dans la fiducie en vertu du régime matrimonial des époux

¹⁷⁹ *Y.(B.) c. L.(C.)*, préc., note 21.

¹⁸⁰ *Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.)*, préc., note 35. Voir aussi nos commentaires à la section 1.1.1.1. des présentes.

¹⁸¹ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 34.

La question se pose de savoir si un époux est en mesure d'obtenir le partage des biens détenus en fiducie au moyen de l'attribution d'une valeur à la participation de son conjoint dans la fiducie. Dans la recherche d'une réponse à cette interrogation, il convient dans un premier temps de procéder à l'examen de la nature du droit de bénéficiaire de la fiducie, de sorte à déterminer si ce droit est visé par l'une des catégories visées par les règles encadrant les rapports pécuniaires des époux, notamment les règles relatives au régime matrimonial. Suite à cette analyse, il convient ensuite de s'attarder au traitement des avantages découlant de la fiducie en cours d'union. À ce chapitre, quelques commentaires s'imposent quant aux formalités entourant le transfert initial de bien en fiducie, le *Code civil du Québec* pouvant effectivement prêter un certain secours à l'époux qui se verrait opposer un transfert pour lequel certaines formalités n'auraient pas été accomplies. De plus, il convient de procéder à une étude approfondie de la qualification des avantages reçus de la fiducie, en opérant toutes les distinctions qui s'imposent entre la participation à la fiducie en tant que telle et les sommes versées à titre de revenu ou de capital. Une fois déterminé dans quelles circonstances le droit dans la fiducie sera susceptible de partage, il conviendra d'examiner quelle valeur doit être accordée à cette participation et en vertu de quelles modalités ce calcul doit être effectué.

1.2.1 La validité du transfert d'actif en fiducie

Avant même d'examiner l'opportunité d'attribuer une valeur partageable à la participation dans la fiducie, il y a lieu de se demander si les formalités entourant la disposition d'actif au profit de la fiducie ont été scrupuleusement observées. Le transfert des autres biens, qui ne composent pas le patrimoine familial mais qui sont susceptibles d'entrer dans la masse des acquêts est également soumis à certaines règles. En effet, chaque conjoint a la libre disposition de ses biens, qu'ils soient qualifiés de propres ou d'acquêts¹⁸². Toutefois, un époux ne peut disposer de ses acquêts entre vifs à titre gratuit, sauf si ce n'est de biens de peu de valeur ou de cadeaux d'usage¹⁸³. Ainsi, un époux qui

¹⁸² Article 461 C.c.Q.

¹⁸³ Article 462 C.c.Q.

désire transférer dans une fiducie des éléments d'actifs qui sont des acquêts devra obtenir le consentement de l'autre époux au transfert initial.

1.2.1.1 Les formalités requises lors d'un transfert dans une fiducie de protection d'actif

Le véhicule fiduciaire est fréquemment utilisé en contexte de planification successorale comme dans le cadre d'une recherche de protection d'actifs. Ainsi, certains individus vont ressentir le besoin de mettre une partie de leur actif à l'abri de réclamations futures de leurs créanciers. Ils vont ainsi constituer une fiducie dite de protection d'actif et y transférer certains biens composant leur patrimoine.

Si un(e) époux(se) désire transférer à titre gratuit un actif qui se qualifie d'acquêt ou de résidence familiale, il devra obtenir le consentement de son époux(se) au transfert initial. Ainsi, la validité du transfert pourra être attaquée si ce consentement n'a pas été valablement donné¹⁸⁴. À l'inverse, le fait qu'un consentement étayé ait été donné ne devrait pas affecter le droit, pour le conjoint ayant ainsi consenti, de réclamer à l'autre conjoint un montant à titre de partage de la valeur de sa participation dans la fiducie si celle-ci se qualifie d'acquêts, puisque ce consentement n'affecte en rien la valeur de la participation.

La constitution de la fiducie elle-même se fait généralement au moyen d'un don d'une valeur nominale qui pourrait se qualifier de bien de peu de valeur et ne nécessitera pas l'accord du conjoint¹⁸⁵. Cependant, l'époux qui est également bénéficiaire de la fiducie au terme de l'opération de gel pourra vouloir documenter le don et l'effectuer à même un bien propre afin de préserver la qualification de propre du droit de bénéficiaire dans la fiducie dont il est également le bénéficiaire.

¹⁸⁴ Article 1399 et 1407 C.c.Q.

¹⁸⁵ Hugo PATENAUDE et Éric PRUD'HOMME, « La fiducie de gel : une approche pratique », dans *Congrès 2013, Planification financière, retraite et succession*, Montréal, A.P.F.F., p. 15.

1.2.1.2 Les formalités requises lors d'un transfert à l'occasion d'un gel successoral

Le gel successoral est une opération par laquelle un entrepreneur transfère de son vivant les actions de contrôle de son entreprise à une fiducie discrétionnaire¹⁸⁶. Ce transfert des actions participantes est fait en contrepartie d'actions privilégiées ayant une valeur nominale correspondant à celle des actions cédées. De cette façon, la plus-value de l'entreprise sera attribuable à celle-ci, de sorte à permettre une réduction de l'impôt personnel de l'auteur au moment de son décès. Le constituant de cette fiducie pourra être un parent, afin de permettre à l'entrepreneur d'exercer le rôle de fiduciaire et ainsi, lui s'assurer de conserver le contrôle de la compagnie. Les bénéficiaires de la fiducie pourront être l'entrepreneur lui-même¹⁸⁷ ou ses enfants.

La question s'est posée de savoir si ce transfert d'action auprès de la fiducie constituait une donation indirecte de la plus-value future de la compagnie aux bénéficiaires potentiels de la fiducie familiale discrétionnaire en faveur de laquelle ces actions ont été transférées¹⁸⁸. Cette question a fait l'objet d'une analyse exhaustive par les auteurs Bruneau et Courtemanche, qui s'expriment en ces termes :

« [M]algré l'effet du gel qui peut, au bout du compte avoir transmis une valeur considérable aux enfants au plan économique sans véritable implication financière ou personnelle, d'un point de vue juridique, nous sommes d'avis qu'il ne s'agit pas d'un don pour les raisons suivantes. Premièrement, nous ne pouvons pas reconnaître comme don le fait de permettre à une personne de participer à une occasion d'affaire. Deuxièmement, les transactions effectuées lors du gel sont valides et légitimes. Il ne ferait pas de doute que si le gel était fait pour impliquer un tiers collaborateur à l'actionnariat, qui contribuera pour l'avenir à l'augmentation de la plus-value de la société, il ne s'agirait pas d'un don indirect de la plus-value de la société. Or c'est la même transaction juridique qui est faite avec les enfants et en conséquence on doit y voir le même résultat. On ne peut pas considérer un résultat économique futur et incertain pour prétendre ici à l'existence d'une donation. D'ailleurs, les autorités fiscales reconnaissent également

¹⁸⁶ Dans le cadre du gel successoral, l'enfant peut souscrire personnellement les actions de contrôle et tous les gels successoraux n'ont pas lieu par l'entremise d'une fiducie.

¹⁸⁷ Dans ce cas, il devra s'adjoindre un co-fiduciaire en vertu de l'article 1275 C.c.Q.

¹⁸⁸ Voir notamment à cet effet Dominique LAFLEUR, « Relations familiales et utilisation de fiducies », dans *Journée d'études fiscales du 1^{er} juin 1994* Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994, p. 4.

implicitement qu'il n'y a pas de donation en faveur des enfants dans ces cas. Troisièmement au moment du gel, la valeur reçue des actions privilégiées en contrepartie des actions ordinaires correspond à leur valeur marchande. Ainsi, la valeur des acquêts en actions privilégiées correspond au prix que l'auteur du gel aurait reçu s'il avait vendu son entreprise à un tiers acquéreur de bonne foi. Dans cette hypothèse, la plus-value future de la société aurait aussi échappé à l'épouse, sans que son consentement ne soit nécessaire. Pour quel motif, devrait-il en être différent lorsque la plus-value passe aux enfants de l'auteur plutôt qu'à un tiers acquéreur ? »¹⁸⁹

Suivant cette analyse, le consentement de l'époux ne serait pas requis, le transfert des actions ayant lieu à la juste valeur marchande. Même si l'on n'adhère pas aux arguments des auteures ci-avant citées et que l'on considère que le gel successoral constitue une donation, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une donation d'un bien de peu de valeur¹⁹⁰ et encore ici, le consentement de l'époux ne saurait être requis¹⁹¹. Et encore, même en considérant que ce gel successoral constitue une donation qui ne s'assimile pas à une donation d'un bien de peu de valeur, certaines auteures avancent l'idée que l'article 462 C.c.Q. pourrait permettre de procéder au transfert nonobstant l'absence de ce consentement en raison d'un raisonnement articulé autour de la notion de « l'intérêt de la famille ». Ainsi, « même si ce consentement était requis, on aurait pu y passer outre puisque le deuxième paragraphe de l'article 462 C.c.Q. stipule que le juge peut autoriser un conjoint à passer un acte seul si le refus n'est pas justifié dans l'intérêt de la famille. Le fondement du gel successoral repose sur le transfert de l'entreprise familiale aux générations à venir. Dans tout ce contexte, nous verrions mal comment un juge pourrait conclure à la nullité d'un acte au motif que le consentement du conjoint n'a pas été obtenu, alors que l'obtention d'un tel consentement aurait sûrement pu être donné par le tribunal, dans les circonstances »¹⁹².

En date des présentes, cette notion de l'intérêt de la famille de l'article 462 C.c.Q. ne semble avoir fait l'objet d'aucune analyse approfondie de la part des tribunaux ni de la

¹⁸⁹ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 44.

¹⁹⁰ Certaines auteures émettent l'opinion que ce transfert pourrait constituer un don de peu de valeur au jour du transfert puisque la croissance future est hypothétique. Voir à cet effet D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p.45.

¹⁹¹ Brigitte LEFEBVRE, *Les régimes matrimoniaux—Contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2011, p. 45.

¹⁹² D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 44.

doctrine et n'est définie nulle part dans la loi. La lecture de l'analyse des commentaires du ministre et du Code civil commenté ne nous éclairent malheureusement guère davantage¹⁹³. Néanmoins, cette notion est également présente à l'article 399 C.c.Q., sous la rubrique plus générale des droits et devoirs des époux et a fait l'objet de quelques commentaires dans une décision émanant de la Cour d'appel en 1989. Dans cette affaire, le juge Baudouin avait pris en considération « l'intérêt de la famille » pour autoriser un époux à grever la résidence familiale d'une hypothèque. Le juge avait alors évoqué une distinction entre l'*intérêt économique* de la famille et l'*intérêt moral* de la famille. Il avait défini l'intérêt économique de la famille comme se résumant à « l'intérêt direct de l'appelante et de l'intimé et indirect de l'enfant majeure créancière alimentaire potentielle »¹⁹⁴. Ce raisonnement avait été repris dans l'affaire *Droit de la famille-2927*¹⁹⁵, où le juge Plouffe, à la lumière de la décision précitée, avait émis le commentaire suivant: « comme la notion d'intérêt de la famille n'est pas définie dans la loi, on peut présumer que la « famille » dans un contexte de l'article 456 C.C.Q. (devenu 399 C.c.Q.) dans le nouveau code), comprend les enfants du mariage et le parent qui en a la garde »¹⁹⁶.

Cette interprétation soulève certains questionnements tout particulièrement en contexte de familles recomposées. Par exemple, est-ce que l'épouse d'un entrepreneur considéré comme étant *à risques de poursuites* et ne donnant pas son consentement au transfert en fiducie de protection d'actif de la résidence familiale, afin de protéger sa propre créance éventuelle, pourrait se voir opposer cette notion « d'intérêt de la

¹⁹³ Jean-Louis BAUDOUIN et Yves RENAUD, *Code civil du Québec annoté*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, article 462; Benoît MOORE (dir.), *Code civil du Québec : annotations-commentaires 2016-2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, art. 462, lequel reprend les propos des auteures Bruneau et Courtemanche à l'effet que le gel successoral pourrait être justifié au regard de cet article sans donner davantage d'explications. A ce sujet, rappelons que le gel successoral n'est généralement pas considéré comme engendrant une disposition entre vifs à titre gratuit des actions, notamment compte tenu du fait que des actions de valeur équivalentes sont reçues en échange. Même, en souscrivant au courant minoritaire qui considérerait qu'un tel consentement du conjoint soit malgré tout requis, on peut s'interroger sur la légitimité de ce critère : par exemple, est-ce que « l'intérêt de la famille » pourrait justifier de passer outre le refus de consentir de l'épouse de secondes noces pour opérer un gel successoral en faveur des enfants issus d'une première union, si ce gel réduit la créance de celle-ci, et donc éventuellement le droit des enfants issus de cette branche par rapport à ceux issus du « premier lit » ? Qu'en serait-il alors de l'intérêt économique versus l'intérêt moral de la famille.

¹⁹⁴ *Droit de la famille-709*, J.E. 89-1446 (C.A.), p.3.

¹⁹⁵ *Droit de la famille -2927*, [1998] R.D.F. 301 (C.S.).

¹⁹⁶ *Id.*, p.3.

famille »? Il sera intéressant d'observer si cette idée sera précisée ou appliquée par les tribunaux à l'occasion d'un jugement futur, dans un contexte de transfert de biens à une fiducie alors que l'un des époux refuse de donner son consentement au transfert.

1.2.2 La nature du droit de bénéficiaire d'une fiducie

Dans le cadre de l'examen de la possibilité d'un partage de la valeur des biens détenus en fiducie au moment de la dissolution de l'union matrimoniale, il convient d'examiner plus en profondeur la nature du droit du bénéficiaire de la fiducie afin de déterminer si un tel droit entre dans une catégorie de droits régie par les règles encadrant le régime matrimonial des époux. Il est un principe désormais bien établi que le bénéficiaire d'une fiducie dispose d'un droit personnel seulement et ne dispose d'aucun droit réel sur les biens qui la composent¹⁹⁷. Comme le souligne l'auteur Martin Lord :

« [E]n vertu du nouveau *Code civil du Québec*, le bénéficiaire a le droit d'exiger, suivant l'acte constitutif de la fiducie, le paiement des fruits et revenus et du capital ou l'un d'eux seulement. De plus, le bénéficiaire d'une fiducie constituée à titre gratuit est présumé avoir accepté le droit qui lui est accordé. Quelle est la nature de ce droit ? Le bénéficiaire ne possède aucun droit réel sur les biens transférés à la fiducie tel que nous l'indique l'article 1261 C.c.Q. En droit québécois, les rapports de droit qu'une personne entretient à l'égard des biens sont pour l'essentiel de deux ordres : les droits personnels et les droits réels. Par conséquent, le droit du bénéficiaire de la fiducie doit être qualifié de droit personnel »¹⁹⁸.

Ce droit personnel est considéré par certains auteurs comme étant un droit de créance du bénéficiaire à l'encontre de la fiducie¹⁹⁹. Sans nier que le bénéficiaire de la fiducie a

¹⁹⁷ Article 1261 C.c.Q. Voir J. BEAULNE, préc. note 16, para. 290.

¹⁹⁸ Martin LORD, « Transfert d'entreprise parents-enfants : l'effet des régimes matrimoniaux selon la méthode d'acquisition des actions de croissance choisie », *Congrès 95*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., p.13.

¹⁹⁹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 101, p. 60, nous enseigne que : « [L]e bénéficiaire exerce le droit qui lui confère la disposition contre le fiduciaire qui est tenu non pas personnellement, mais sur les biens de la fiducie. Le bénéficiaire se trouve à cet égard dans la situation d'un créancier de la fiducie. (...) L'analyse du droit du bénéficiaire du revenu soulève des difficultés dont il est intéressant de constater qu'elles existent même dans le système juridique où la fiducie s'est développée. D'une part, on peut considérer le droit du bénéficiaire comme étant semblable à celui du simple donataire ou légataire de fruits ou revenus, c'est-à-dire un droit de jouissance viager conféré à titre de droit personnel et comme tel ne donnant à son titulaire aucun droit direct sur le chose produisant des revenus. Ainsi, la comparaison que la doctrine française fait entre l'usufruit, qui confère un droit de jouissance à titre de droit réel, et le legs de revenus, qui donne un droit de jouissance à titre de droit personnel, pourrait être appliqué au bénéficiaire du revenu. Comme le légataire de revenu, le bénéficiaire ne serait alors qu'un

une créance à l'encontre du fiduciaire²⁰⁰, le professeur Beaulne nous enseigne plutôt qu'il s'agit plus largement d'un « droit aux avantages » découlant de celle-ci²⁰¹. Peu importe l'angle sous lequel il est analysé, ce droit est considéré comme étant un bien meuble au sens du *Code civil du Québec*²⁰². Cette position à l'effet que la participation dans une fiducie constitue effectivement un « bien » devant être partagé dans le cadre de la société d'acquêts semble être suggérée par l'arrêt de la Cour d'appel *Droit de la famille-3258*²⁰³. Cette position semble toutefois devoir être nuancée à la lumière de la récente décision *Droit de la famille-17336*²⁰⁴, laquelle concerne la possibilité d'inclure au partage des *acquêts* la valeur du Régime de part différée aux bénéficiaires (RPDB)» de l'un des époux. Le tribunal y rappelle que le R.P.D.B.: « est un mécanisme qui se caractérise par la création d'une fiducie dans laquelle un employeur verse une part de ses profits à l'acquis et avantage de ses employés, les bénéficiaires. Les employés ne détiennent aucun droit réel sur ce bien tant que dure la fiducie. En conséquence, l'absence d'un droit réel dans le patrimoine respectif des parties entraîne le même manque dans le patrimoine commun.»²⁰⁵. Sans dire que cette approche prévaut pour tous les types de fiducies et en toutes circonstances, il appert qu'en suivant ce courant plus restrictif, il ne pourrait découler aucune créance de la participation que détient l'un des époux dans une fiducie.

1.2.3 La qualification des avantages reçus de la fiducie en cours d'union

simple créancier chirographaire». Voir aussi sous le nouveau Code: M. LORD, préc. note 198, p.13, qui émet l'opinion suivante : « [S]agit-il d'un bien ? Le droit personnel est une créance qu'une personne possède à l'encontre d'une autre d'exiger l'exécution d'une prestation consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Dans la perspective du créancier, il s'agit d'une créance et, du point de vue du débiteur, d'une obligation. Une créance est un meuble incorporel. Le C.c.Q. n'a pas repris les dispositions de l'article 387 C.c.B.-C. Cependant, une créance serait vraisemblablement un bien meuble incorporel en vertu de la règle générale de l'article 907 C.c.Q. prévoyant que les biens qui ne sont pas autrement qualifiés par la loi sont meubles. À notre avis, le bénéficiaire d'une fiducie est titulaire et propriétaire d'un bien meuble incorporel. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer complètement et librement d'un bien. Le bénéficiaire d'une fiducie est autorisé à disposer librement de son droit. La faculté de cession du droit du bénéficiaire d'une fiducie implique qu'il a la propriété d'un bien, soit une créance. Cette créance doit être qualifiée de propre ou d'acquêt ». Voir aussi Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, nos 74 à 76 dans J. L. JEANNOTTE et S.D'AOUST, préc., note 199, p. 87.

²⁰⁰ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 27.

²⁰¹ *Id.*, p. 227.

²⁰² P.-C. LAFOND, préc., note 42, p. 33.

²⁰³ *Droit de la famille-3258*, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.).

²⁰⁴ *Droit de la famille 17336*, 2017 QCCA 281

²⁰⁵ *Id.* Voir aussi *Droit de la famille - 2285*, [1995] R.J.Q. 2784 (C.A.).

L'époux qui est bénéficiaire de la fiducie sera éventuellement appelé à recevoir les avantages qui en découlent. Afin de déterminer quels biens seront partageables dans le cadre de la dissolution du régime matrimonial, il convient de qualifier les avantages qui seront reçus par l'époux de la fiducie dans laquelle il est bénéficiaire. Il y aura lieu d'opérer certaines distinctions entre les droits dans la participation à la fiducie en elle-même, qui consiste au droit au capital fiduciaire, et les distributions de sommes au bénéficiaire sous forme de capital et de revenu en cours d'existence de la fiducie.

Au Québec, les conjoints qui se marient peuvent choisir le régime matrimonial qui leur sera applicable. En date des présentes, le régime légal est celui de la société d'acquêts²⁰⁶, c'est-à-dire que c'est ce régime qui s'applique par défaut aux conjoints qui ne se sont pas prévalus contractuellement de la possibilité de choisir un autre régime²⁰⁷. Comme le souligne le professeur Lefrançois: « chaque couple peut créer son propre régime, mais, en pratique, le choix s'exerce entre la séparation de biens et la société d'acquêts, les deux régimes expressément règlementés par le Code civil. (...) Le régime de la communauté de meubles et acquêts, quant à lui, fut abrogé le 2 avril 1981, tout en continuant de s'appliquer aux couples qui y étaient alors soumis. Il est théoriquement possible d'adopter ce régime encore aujourd'hui, mais, comme on peut s'y attendre, seule une infime proportion de couples effectue ce choix »²⁰⁸.

Étant donné que le régime de la communauté de biens vise un nombre plus marginal d'époux et est appelé à disparaître, l'examen des conséquences du transfert de biens en fiducie dans le cadre de sa dissolution ne sera pas abordé dans la présente recherche. De plus, le régime de la séparation de biens n'emporte pas de partage en vertu du régime matrimonial au moment de la dissolution. Les époux qui s'y sont astreints par contrat de mariage conservent alors leurs avoirs respectifs, sous réserve des dispositions du patrimoine familial qui ont fait l'objet d'une analyse dans la section précédente à

²⁰⁶ Article 432 C.c.Q. Voir à ce sujet B. LEFEBVRE, préc., note 191, p. 3 et ss. Voir aussi : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc. note 19, p. 159.

²⁰⁷ G. LEFRANÇOIS, préc., note 19, para 84.

²⁰⁸ *Id.*, para 66.

l'occasion de l'examen du sort des droits qui confèrent l'usage de la résidence familiale suite au transfert de celle-ci en fiducie. Ainsi, notre analyse portera uniquement sur le partage de la valeur des biens détenus en fiducie dans le cadre de la dissolution d'une union régie par le régime de la société d'acquêts.

Le régime de la société d'acquêts est visé par les articles 448 C.c.Q. à 484 C.c.Q. et repose sur la qualification des biens en deux catégories, à savoir les biens propres²⁰⁹ et les biens acquêts²¹⁰. La catégorie des biens propres est une catégorie d'exception, ainsi tous les biens qui ne sont pas spécifiquement inclus dans la catégorie des biens propres sont présumés acquêts²¹¹.

L'article 450 C.c.Q. édicte les biens qui doivent recevoir une qualification de propre. Cette qualification de propre ou d'acquêt est cruciale, puisqu'en cas de dissolution du régime matrimonial, chaque époux conserve ses biens propres, dont la valeur n'est pas partageable²¹². La valeur des biens qualifiés d'acquêts est quant à elle partageable en parts égale entre les époux, afin de permettre à chaque époux de bénéficier de l'enrichissement de l'autre en cours de mariage, que cet époux y ait contribué directement ou indirectement²¹³.

On constate que les « droits » dans la fiducie ne font l'objet d'une catégorie spécifique. Comme le soulignent les auteures Bruneau et Courtemanche :

« [L]es articles 448 à 460 C.c.Q. établissent les règles pour qualifier si un bien est propre ou acquêt. Parmi ces règles, certaines visent les actions d'une société mais aucune règle spécifique n'a été prévue à l'égard des biens détenus en fiducie ou même des droits de bénéficiaire de l'un des époux dans une fiducie. En conséquence, pour procéder à la qualification de ces biens ou de ces droits, il faudra s'en remettre aux dispositions d'ordre général »²¹⁴.

²⁰⁹ Article 450 C.c.Q.

²¹⁰ Article 449 C.c.Q.

²¹¹ Article 449 al.1 et 459 C.c.Q.

²¹² Voir à ce sujet B. LEFEBVRE, préc. note 191, p. 181 et ss. Voir aussi : M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 19, p. 159.

²¹³ M. D.-CASTELLI et D. GOUBAU, préc., note 19, p. 160.

²¹⁴ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 36.

1.2.3.1 La qualification de la participation dans la fiducie

Afin de qualifier adéquatement la participation dans la fiducie, soit de droit au capital, il convient d'observer si celle-ci peut être visée par l'une des catégories d'exception prévues par la loi. Dans un premier temps, il conviendra de déterminer dans quelles circonstances cette participation se qualifie de bien dont l'époux a la possession avant l'union au sens de l'article 450(1) C.c.Q. Dans un deuxième temps, il conviendra d'examiner dans quels cas cette participation dans la fiducie peut se qualifier de biens échus au cours du régime par succession ou donation au sens de l'article 450(2) C.c.Q.

A) Fiducie mise en place avant l'union

En vertu de l'article 450(1) C.c.Q., les biens dont l'époux a la possession avant l'union demeurent propres à celui-ci. Rappelons que la fiducie dispose de son propre patrimoine et que l'époux qui y transfère un bien dessaisit automatiquement son patrimoine personnel de ce bien dès le transfert en fiducie. Le « bien » dont il est ici question est le droit de bénéficiaire de la fiducie²¹⁵. Ainsi, les droits de l'époux dans la fiducie qui ont été reçus avant l'union ne feront l'objet d'aucun partage lors de la dissolution du régime matrimonial. La question se pose de déterminer quel faits donnent lieu à considérer que les droits dans la fiducie ont effectivement été « reçus ». Une première hypothèse serait que l'évènement pertinent à considérer soit la date de la création de la fiducie stipulant un droit de bénéficiaire pour l'époux concerné, c'est-à-dire la date de l'acte de fiducie. Une deuxième hypothèse voudrait que l'on retienne la date de la réception du bien par le bénéficiaire de la fiducie et, qu'en conséquence, l'évènement pertinent à prendre en compte soit la date de l'élection du bénéficiaire par la fiducie²¹⁶.

La doctrine s'accorde pour dire que la date à considérer, dans le cadre d'un droit de bénéficiaire certain (ex : fiducie exclusive au bénéfice du conjoint, fiducie de prestations à vie) ou éventuel (bénéficiaire de second ordre), est la date de la création de

²¹⁵ *Droit de la famille-3258*, préc., note 203.

²¹⁶ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p.47 et ss.

la fiducie²¹⁷. Comme le résume Martin Lord : «Puisque le droit dans la fiducie s'ouvre avant le mariage, la créance, soit la participation au capital, est un propre »²¹⁸. De plus, l'examen du libellé de 1275 C.c.Q., où l'on réfère au droit du bénéficiaire comme s'il existait dès la création de la fiducie, ainsi que les commentaires du ministre de la Justice, qui avait exprimé l'opinion que le bénéficiaire était présumé avoir accepté un droit duquel il pouvait dès lors disposer²¹⁹, militent en faveur de cette interprétation. Finalement, une décision émanant de la Cour d'appel est également venue conforter cette position²²⁰. Comme le soulignent les auteurs Bruneau et Courtemanche dans le cadre de l'analyse de la cette décision : « la Cour d'appel accorde le statut de « bien » à un « droit de recevoir » dans le futur qui peut être évalué. Nous croyons que tel serait le sort d'une participation au capital. Elle serait un « bien » dès le début de la fiducie, au risque que son évaluation soit minime, sinon nulle »²²¹. Suivant cette logique, le droit de bénéficiaire que l'on peut qualifier de certain ou d'éventuel recevrait une qualification de bien propre dans le cadre du partage de la société d'acquêts²²².

Ceci étant, il demeure intéressant d'observer le sort réservé aux biens transférés à la fiducie entre vifs suite à la création de celle-ci. Prenons l'exemple d'une fiducie de protection d'actif créée au bénéfice exclusif de son auteur. Advenant que la fiducie soit créée avant l'union et que le bénéficiaire de celle-ci détienne un droit certain, ce qui est nécessairement le cas si la fiducie est à son bénéfice exclusif, le droit de bénéficiaire de la fiducie serait alors qualifié de propre. Aussi, les époux demeurent libres d'y transférer

²¹⁷ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 251. D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 49 et M. LORD, préc., note 198, p.13. *Contra*: M. CANTIN CUMYN, préc., note 101, p.64 qui nous enseigne que le bénéficiaire éventuel de la fiducie acquiert son droit au moment de l'extinction de la fiducie et rejette vivement l'idée que le bénéficiaire éventuel dispose d'un droit dès la création de la fiducie, qui soit soumis à un terme ou une condition.

²¹⁸ M. LORD, préc., note 98, p.13.

²¹⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Québec, *Publications du Québec*, 1993, p. 766.

²²⁰ *Droit de la famille-3258*, préc., note 203. Notons que le juge Brossard avait émis une opinion dissidente à l'effet que les droits accumulés dans un régime de retraite, lesquels s'assimilent à un droit de bénéficiaire éventuel, ne constituaient qu'un droit de créance éventuel et aléatoire.

²²¹ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 51.

²²² Notons que dans l'affaire *Lacopo c. Ragonese*, EYB 2001-195219 (C.S.), un bénéficiaire éventuel d'une fiducie testamentaire a cherché à contraindre le fiduciaire de la fiducie à lui rendre des comptes. Le Tribunal a fait droit à sa demande en considérant que celui-ci avait un intérêt éventuel dans la fiducie qui lui conférait le droit de demander dès maintenant des comptes aux fiduciaires. On en conclut que son droit a été considéré comme ayant pris naissance.

des biens en cours d'union, notamment des biens acquêts, tels des immeubles à revenus ou des placements hors REER. Comme le soulignent avec justesse les auteurs Bruneau et Courtemanche : « la particularité que nous rencontrons dans la présente fiducie de protection d'actif est le fait que les placements de l'épouse étaient à leur entrée dans la fiducie des acquêts et seront à leur sortie des propres »²²³. Or, la légalité du changement de statut d'un bien d'acquêt à propre, comme l'inverse, a suscité durant plusieurs années un débat doctrinal où deux écoles de pensées se confrontaient. La première, soutenue par les professeurs Jean Pineau et Danielle Burman²²⁴, adhérait à l'idée que le changement de qualification d'un bien en cours de régime était prohibé en droit québécois au motif que le libellé de l'article 438 C.c.Q. ne le permettait pas expressément et qu'il constituait une renonciation anticipée au partage et que cette renonciation était contraire à l'ordre public²²⁵. Par opposition, le professeur Ernest Caparros²²⁶ mettait l'accent sur la liberté contractuelle et considérait un tel changement comme étant valide en droit québécois²²⁷. La décision *Droit de la famille - 3258*²²⁸ semble être venue favoriser la deuxième ligne de pensée. Suivant cette évolution jurisprudentielle, la qualification de propre du droit de bénéficiaire ne saurait désormais être attaquée au motif qu'il constitue un changement de qualification indirect prohibé par l'article 438 C.c.Q.²²⁹.

En ce qui concerne le droit d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire (ex : gel successoral, fiducie de type Henson²³⁰, fiducie d'utilité sociale), qualifié par le professeur

²²³ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 39.

²²⁴ Jean PINEAU et Danielle BURMAN, *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984, p. 146.

²²⁵ Voir Jacques AUGER, « La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », [1981] *C.P. du N.* 33, 85; Roger COMTOIS, « Biens communs, biens réservés, acquêts, «biens familiaux»: la qualification des biens des époux », [1984], 2 *C.P. du N.* 223-241, 84, J. PINEAU et D. BURMAN, préc., note 224, p. 146.

²²⁶ Ernest CAPARROS, *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988, p. 99.

²²⁷ Voir: Pierre CIOTOLA et Nicole GAGNON, « Conflits matrimoniaux et partage de biens », [1990] 2 *C.P. du N.* 303, 371.

²²⁸ *Droit de la famille-3258*, préc., note 203.

²²⁹ Notons que cette affaire concernait le partage des droits accumulés dans un régime de retraite fédéral et les juges ont conclu que les sommes accumulées avant l'union pouvaient être partageables en vertu du contrat de mariage. À contrario, on pourrait penser que le bien qui était un acquêt pourrait changer de qualification et donc que le bien acquêt valablement transféré à une fiducie se qualifiant de propre pourrait perdre cette qualification Voir aussi : Alain ROY, « Le changement de qualification d'un bien en cours de régime matrimonial est-il permis? », (2000) 102 *R. du N.* 151, 1.

²³⁰ Fiducie qui nous provient de la Cour suprême de l'Ontario (*Ministry of Community and Social Services*) *c. Henson*, (1987) 28 E.T.R. (C.S.J. Ont.). Dans cette affaire, le père de la jeune femme handicapée avait

Beaulne de « postulant »²³¹, la question suscite toujours une controverse au sein de la doctrine²³². L'auteur Martin Lord suggère que la date pertinente demeure même dans ce cas celle de la création de la fiducie. Il s'exprime en ces termes :

« [U]n auteur a exprimé l'opinion que les bénéficiaires discrétionnaires n'auraient aucun intérêt sur une fiducie jusqu'à ce que la discrétion soit exercée par les fiduciaires. Nous croyons toutefois qu'un tel raisonnement ne s'applique pas en droit civil québécois puisque le bénéficiaire est réputé avoir accepté le droit qui lui est accordé. Par ailleurs, le C.c.Q. exige que le bénéficiaire possède les qualités requises pour recevoir par donation ou par testament à l'ouverture de son droit. L'ouverture du droit d'un bénéficiaire discrétionnaire a lieu, selon nous, dans l'année où il peut recevoir pour la première fois du revenu ou du capital de la fiducie. L'exercice de la discrétion des fiduciaires est indépendant de ce droit. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait effectivement exercice de la discrétion des fiduciaires par une distribution pour que le droit du bénéficiaire s'ouvre. Ce droit s'ouvre plutôt lorsque le bénéficiaire a l'habileté de recevoir. Or, dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, cette faculté existe à compter de sa formation »²³³.

Le professeur Beaulne²³⁴ ainsi que les auteures Bruneau et Courtemanche²³⁵ souscrivent pour leur part à une autre interprétation. Insistant sur le caractère éventuel et incertain du droit du bénéficiaire de la fiducie discrétionnaire, ils articulent leur raisonnement autour de l'exemple d'une fiducie d'utilité sociale, où la faculté d'élire peut s'exercer envers la communauté. Or, on ne pourrait pas considérer toute la communauté comme détenant un « droit de recevoir », ni la faculté de céder ce droit de bénéficiaire à un tiers avant d'avoir été désignée. Suivant ces commentaires, ils concluent que tel droit

constitué une fiducie testamentaire discrétionnaire dans le but de permettre à sa fille de cumuler les prestations gouvernementales et son héritage. La validité de la fiducie avait été remise en cause par le gouvernement de l'Ontario et la jeune femme a finalement eut gain de cause. Ce type de fiducie est également reconnue au Québec depuis la décision *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, préc., note 294.

²³¹ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 252.

²³² Ce sujet a aussi fait l'objet de divers commentaires dans les juridictions de common law, qui bien que présentant certaines différences en ce qui a trait à la nature du droit du bénéficiaire de la fiducie, peut offrir certaines pistes de réflexions. Voir William E. CRAWFORD, « Estate planning : What is now ? », *Ontario Tax Conference*, 1993 TAB 18, p.8 lequel est d'avis que le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire acquiert son droit au moment de la création de la fiducie. *Contra* : Douglas P. HAYHURST, « Transactions in Income and Capital Interests in Trusts » dans *Conference Report*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1989.

, p. 38 lequel est d'avis que le droit ne s'acquiert qu'au moment de l'élection du bénéficiaire.

²³³ M. LORD, préc., note 198, p. 13.

²³⁴ J. BEAULNE, préc., note 16.

²³⁵ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 52.

pour le bénéficiaire de la fiducie discrétionnaire ne serait reconnu que lors de l'élection du bénéficiaire²³⁶.

Compte tenu de la présomption d'acquêt édictée par l'article 459 C.c.Q. et de l'impossibilité d'établir que le « bien », soit le droit de bénéficiaire, a été acquis avant l'union dans une circonstance où l'élection du bénéficiaire serait postérieure à celle-ci, on pourrait alors conclure que tel droit entrerait dans la masse des acquêts.

À l'heure actuelle, cette question ne semble pas avoir été tranchée de façon définitive par les tribunaux et il sera intéressant de voir quelle tournure prendra le débat au fil des prochaines décisions. Chose certaine, il appert que le bénéficiaire d'une telle fiducie discrétionnaire devra prendre conscience de la précarité de son droit dans un contexte matrimonial et de la possibilité que celui-ci soit qualifié d'acquêt au moment de la dissolution de son union. Afin d'éviter toute discussion, il pourrait vouloir sécuriser son droit au moment du mariage, en optant pour le régime de la séparation de biens ou en stipulant par contrat de mariage que son droit de bénéficiaire de la fiducie constitue un propre.

B) Fiducie mise en place après l'union

L'article 450(2) C.c.Q. prévoit que seront qualifiés de propres à l'époux les biens qui lui échoient au cours du régime, par succession ou donation et, si le testateur ou le donateur l'a stipulé, les fruits et revenus qui en proviennent. Ainsi, si le bénéficiaire n'avait pas encore acquis son droit dans la fiducie au moment de son union, il pourra néanmoins soustraire sa valeur à tout partage dans la mesure où il arrive à démontrer que ce bien lui a été échu en cours d'union par voie de donation ou de succession.

L'époux qui est bénéficiaire d'une fiducie testamentaire pourra aisément démontrer que le bien lui a été échu par succession. Rappelons que la fiducie testamentaire prend naissance au moment du décès du constituant. Ainsi, le partage des

²³⁶ *Id.*

acquêts suite à la dissolution de l'union pour cause de décès s'opérera sans impact de ce legs en fiducie du point de vue du partage de la société d'acquêts. L'époux survivant pourra exercer son option²³⁷ et il y aura lieu de procéder à la liquidation du régime matrimonial et du patrimoine familial avant d'opérer la dévolution du résidu des biens qui composent la succession. Du point de vue de l'époux(se) du constituant, le legs en fiducie n'a donc aucun impact sur le partage. Quant à l'époux du bénéficiaire ayant reçu des biens à travers une fiducie testamentaire à son profit, la jurisprudence ne semble pas remettre en question le fait que ce droit dans la fiducie ait été échu par voie successorale²³⁸.

Quant à l'époux qui est bénéficiaire d'une fiducie entre vifs, il devra établir que son droit dans la fiducie a été reçu par donation. Il est admis que la fiducie peut recevoir des biens par donation. Or, la donation dont il est question ici n'est pas la donation de biens à la fiducie, mais bien la donation du droit dans la fiducie, soit le droit de bénéficiaire de celle-ci. En effet, le bénéficiaire n'est pas directement donataire du bien transféré en fiducie puisque c'est la fiducie qui l'est. Il convient donc de déterminer si celui-ci acquiert ses droits dans la fiducie par voie de donation²³⁹ ou en remplacement d'un bien reçu par donation²⁴⁰.

D'emblée, le libellé de l'article 1279 C.c.Q. milite en faveur d'une interprétation voulant que le bénéficiaire de la fiducie acquière son droit par donation. Celui-ci stipule en effet littéralement que le bénéficiaire de la fiducie doit avoir la capacité de recevoir

²³⁷ Article 473 C.c.Q et 467 C.c.Q.

²³⁸ Nous n'avons effectivement recensé aucune décision portant sur ce point spécifique, où le partage de biens échus à une fiducie testamentaire était recherché. De plus, l'auteure L. KASSIE, préc., note 129, p.11 suggère même que les tribunaux québécois pourraient être enclins à appliquer le raisonnement retenu dans l'affaire *Armstrong c. Armstrong*, [1997], 34 R.F.L. (4^e) 38 (C. Ont. Div. Gén.) où le juge avait exclu de tout partage des actifs de la fiducie de gel successoral en considérant qu'il s'agissait d'un héritage. Voir aussi nos commentaires sous la section 1.2.3.1. des présentes.

²³⁹ Article 450(2) C.c.Q.

²⁴⁰ Article 450(3) C.c.Q.

par donation au moment de l'ouverture de son droit²⁴¹. De plus, certains auteurs adhèrent à cette idée²⁴². Selon l'auteur Martin Lord :

« [D]ans l'ancien code, il était clair que les biens donnés à une fiducie entre vifs étaient exclus du régime de la société d'acquêts. Si on considère que la fiducie créée après l'entrée en vigueur du nouveau code n'est plus une donation, cela signifie que les biens transmis à une fiducie entre vifs n'ont aucune protection dans le cadre de la société d'acquêts. Ce qui est paradoxal par contre, c'est que les biens transmis à une fiducie testamentaire sont exclus du régime de la société d'acquêts. En effet, si on reconnaît que la création d'une fiducie au moment du décès se fait par testament, il s'ensuit que les biens distribués par la fiducie testamentaire à un enfant en cours de régime de la société d'acquêts le sont par succession et, par là, exclus de la société d'acquêts. En définitive, le résultat serait tout à fait incohérent si on permettait de traiter de façon différente les biens transmis à une fiducie entre vifs de ceux transmis à une fiducie testamentaire. De plus, seule la donation directe permettrait d'atteindre l'objectif de protection. Il y aurait là un manque total de flexibilité pour la personne qui souhaiterait voir un de ses enfants avantagé. La forme l'emporterait sur le fond. À notre avis, la fiducie à titre gratuit a toujours été considérée comme une libéralité dans le C.c.B.-C. et elle l'est encore dans le C.c.Q. Par souci de cohérence, il nous apparaît qu'un juge n'aurait aucune difficulté à interpréter que la constitution d'une fiducie entre vifs à titre gratuit l'est par voie de donation. Par conséquent, nous sommes d'avis que les biens donnés à une fiducie pour le bénéfice d'un enfant constituent une modalité de la donation par ailleurs visée à l'article 450(2) C.c.Q.»²⁴³.

Les auteures Bruneau et Courtemanche en arrivent également à cette conclusion et articulent leur raisonnement autour de la notion de donation indirecte²⁴⁴. Elles se réfèrent, notamment à ce sujet, au professeur Jacques Beaulne, lequel a recours à la théorie de la stipulation pour autrui pour suggérer que « le droit du bénéficiaire aux avantages de la fiducie pourrait, de la même manière et aux mêmes conditions que la stipulation pour

²⁴¹ Voir note 13, p.19.

²⁴² M. LORD, « Transfert d'entreprise parents-enfants : l'effet des régimes matrimoniaux selon la méthode d'acquisition des actions de croissance choisie », préc., note 198, p. 18, Diane BRUNEAU, Rachel CHAGNON et Sylvie BERTHOLD, « L'entreprise familiale : Évolution et transmission », dans Journées Maximilien-Caron, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p.33 ; Marc BARBEAU, Pierre T. ALLARD, Hélène MARQUIS, Pierre ROY, « Étude de cas B – Transfert d'entreprise familiale du vivant et au décès », dans *Congrès 2000*, Impôts et taxes, Montréal, A.P.F.F., 2000, p.10.

²⁴³ M. LORD, préc., note 198, p. 18.

²⁴⁴ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 60. Elles reprennent à ce sujet les propos du professeur Ciotola dans Pierre CIOTOLA, *De la donation*, R.D. / N.S., « Libéralité », Doctrine – Document 3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006, p.8.

autrui, constituer une donation indirecte »²⁴⁵. Les auteures reconnaissent néanmoins que ce concept de stipulation pour autrui ne cadre pas parfaitement avec la fiducie mais considèrent l'analogie intéressante. Notons qu'outre la stipulation pour autrui, l'acte neutre peut également constituer une donation indirecte. À ce sujet, le professeur Germain Brière nous enseigne ce qui suit :

«[L]a formule acte neutre n'est pas usuelle, mais elle est assez expressive. L'acte neutre est celui qui n'indique pas s'il est à titre onéreux ou à titre gratuit ; il est valable indépendamment de sa cause.

L'exemple donné plus haut du virement d'un compte à un autre en banque illustre ce procédé, encore que l'on puisse tout aussi bien considérer qu'il s'agit là d'un don manuel par l'intermédiaire d'un tiers. L'endossement d'un chèque est aussi un acte neutre ; point n'est besoin de mentionner pourquoi on l'endosse ; ce peut être pour s'acquitter d'une dette envers la personne à qui on le remet, mais ce peut être pour lui faire une donation »²⁴⁶.

Quant aux professeurs Martine Lachance et Pierre Ciotola, ils nous enseignent que : « [L]a constitution d'une rente viagère au profit d'un tiers peut dissimuler une donation. Elle se réalise alors par voie d'une donation indirecte »²⁴⁷. L'analogie est certes intéressante car la situation du bénéficiaire d'une rente viagère s'apparente grandement à la situation du bénéficiaire d'une fiducie de prestations à vie ou d'une fiducie se qualifiant de fiducie exclusive au bénéfice du conjoint. Peut-on ainsi voir dans la constitution d'une fiducie une donation indirecte, qui permettrait au bénéficiaire de recevoir par donation les biens ainsi échus ? Cette question soulève des questionnements importants, compte tenu qu'une cause de propre ou d'insaisissabilité ne peut être insérée que dans un acte à titre gratuit. Remettre en question l'idée que le bénéficiaire d'une fiducie reçoit ses avantages par voie de donation reviendrait effectivement à remettre en question la validité de telles clauses insérées à l'acte, ce qui aurait un effet catastrophique sur certaines planifications.

²⁴⁵ Voir J. BEAULNE, préc., note 16, para. 259.5. Voir aussi Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducie*, Wilson & Lafleur Ltée, Montréal, 1988, p. 111.

²⁴⁶ G. BRIÈRE, préc., note 245, p. 109.

²⁴⁷ P. CIOTOLA et M. LACHANCE, préc., note 19, p.9.

Bien que la question ne semble pas avoir été analysée à l'heure actuelle au Québec, elle a récemment fait l'objet d'une analyse chez nos voisins ontariens. Sans chercher à importer littéralement dans notre droit les principes qui y sont dégagés, cette décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *McNamee c. McNamee*²⁴⁸ semble néanmoins susceptible d'alimenter la réflexion en la matière. Les faits, tels que relatés par l'auteure Caroline Rhéaume se résument comme suit : « [M]onsieur John McNamee avait procédé au gel des actions de sa société McNamee Concrete Ltd. Une société de gestion avait été utilisée à cette fin. Il avait ensuite souscrit 1 000 actions ordinaires du capital-actions de la société de gestion pour 1\$. Finalement, il avait transféré sans contrepartie 500 actions ordinaires à chacun de ses deux fils Clayton et Trevor. Un acte de donation avait été signé»²⁴⁹. Notons que la donation contenait une stipulation de propre et que la donation avait été effectuée pour permettre aux fils de protéger leurs actions de tout créancier éventuel, notamment de toute réclamation matrimoniale.

Dans cette affaire et dans le cadre du divorce du fils Clayton, la question s'est posée de savoir si le transfert des actions constituait un don, puisque la *Family Law Act* ontarienne prévoit, à l'instar de la loi québécoise, une exclusion de tout partage pour les biens reçus par voie de donation ou de succession. En première instance²⁵⁰, les biens ont été inclus au partage. Le juge avait alors formulé six critères permettant de conclure à une donation et avait considéré que plusieurs critères étaient absents des faits en l'espèce, en évoquant principalement que la donation n'avait pas été faite à titre gratuit, l'absence d'intention du père de se départir desdites actions en raison du fait qu'il avait gardé le contrôle de celles-ci²⁵¹ et à l'issue de l'examen de ses motivations jugées non conformes aux critères mis de l'avant.

Cette décision a été renversée en Cour d'appel où le tribunal a établi trois critères essentiels à la donation, soit : (1) L'intention de se départir d'un bien sans attendre de recevoir une considération ou une rémunération ; (2) Une acceptation de la donation par

²⁴⁸ *McNamee c. McNamee*, 2010 ONSC 674 et 2011 ONCA 533.

²⁴⁹ C. RHÉAUME, préc., note 124, p.148.

²⁵⁰ *McNamee c. McNamee*, préc., note 248.

²⁵¹ Dans cette affaire, les actions privilégiées de gel comportaient un droit de vote ainsi qu'un droit aux dividendes discrétionnaires. Voir C. RHÉAUME, préc., note 124, p 148.

le donataire ; (3) un transfert du bien²⁵². En ce qui concerne le premier élément, le Tribunal souligne que la question n'est pas de savoir si l'auteur du gel a retiré des bénéfices de l'opération, mais bien de savoir s'il a reçu quelque chose en contrepartie de l'opération. Il souligne aussi l'importance de ne pas confondre l'intention de l'auteur avec sa motivation, en précisant que l'intention du père était de donner ses actions à ses fils et que c'est le gel successoral qui motivait ce don²⁵³. En conclusion, la Cour d'appel juge que les actions ont bel et bien été l'objet d'une donation du père en faveur de ses fils et qu'à ce titre, elles doivent être exclues du partage en vertu de la *Family Law Act*.

Aux termes de l'article 1806 C.c.Q., la donation se définit comme suit : « [L]a donation est un contrat par lequel le donateur transfère la propriété d'un bien à titre gratuit à un donataire ». Aussi, on constate que les critères du droit québécois présentent certaines similitudes avec les critères du droit ontarien : en effet, la définition québécoise comporte également une notion de « transfert de bien », à l'instar du troisième critère de la Cour d'appel de l'Ontario. De plus, ce transfert doit être à « titre gratuit », ce qui correspond à un transfert « sans attendre de recevoir une considération ou une rémunération »²⁵⁴. Finalement, l'idée d'« acceptation du donataire » est également une condition en droit québécois, puisqu'il s'agit d'une condition essentielle à sa formation²⁵⁵. À cela s'ajoute une condition de forme, l'acte notarié, laquelle condition est remplie par l'acte de fiducie qui est également sous forme notariée. Suivant cette logique et tout en demeurant prudent dans l'application de cette décision par analogie en droit

²⁵² *McNamee c. McNamee*, préc., note 248.

²⁵³ À ce sujet voir le texte du professeur français Michel GRIMALDI, *Intention libérale*, 2^e Conférence Roger-Comtois (2003), Chaire du notariat, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p.9 et ss.,(PDF) en ligne :<http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/publications/ConferencesRogerComtois2.pdf>. (consulté le 8 juillet 2017), qui traite de cette question du critère d'intention de consentir une libéralité lorsque le transfert est effectué pour des considérations fiscales. L'auteur y traite notamment de la situation des parents français opérant transfert de la nu-propriété de leurs immeuble à leurs enfants tout en se réservant l'usufruit ce ceux-ci et sa réflexion peut certainement alimenter celle qui fait l'objet du présent texte, particulièrement en ce qui concerne les parents effectuant un gel successoral au profit de leurs enfants dans le cadre de leur planification fiscale et successorale.

²⁵⁴ De plus, l'article 1386 al.2 C.c.Q. stipule en autant de termes que : « [L]e contrat à titre gratuit est celui par lequel l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans retirer d'avantage en retour ».

²⁵⁵ Article 1387 C.c.Q. Voir Pierre CIOTOLA et Martine LACHANCE, *De la donation*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Libéralités », Doctrine – Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014, p. 10;

québécois, on peut penser que le droit de bénéficiaire d'une fiducie entre vifs, notamment d'un gel successoral, serait susceptible d'être considéré, au Québec, comme ayant reçu sa participation par voie de donation indirecte, laquelle est expressément permise par l'article 1811 C.c.Q. En conséquence, il pourrait invoquer le caractère propre des biens détenus par la fiducie et de son droit de bénéficiaire au moment de la dissolution de son union matrimoniale et du partage de la société d'acquêts.

1.2.3.2 La qualification de la distribution de capital et de revenu

Au cours de l'union, l'époux bénéficiaire de la fiducie sera appelé à recevoir des avantages de celle-ci. En fonction de l'acte constitutif, le bénéficiaire pourra même exiger le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement²⁵⁶. La qualification de propre ou d'acquêt dépendra de la nature du bien reçu de la fiducie, à savoir le capital lui-même de la fiducie qui est lié au droit de bénéficiaire en tant que tel, ou le revenu de la fiducie, qui est un acquêt aux termes de l'article 449(2) C.c.Q. en l'absence de stipulation de propre. La notion de revenu civil diffère de la notion de revenu du point de vue fiscal²⁵⁷.

L'article 908 C.c.Q. édicte que :

908. Les biens peuvent, suivant leurs rapports entre eux, se diviser en capitaux et en fruits et revenus

Le *Code civil du Québec* établit une distinction entre le capital et le revenu. Cette distinction présente un intérêt certain en matière matrimoniale, puisque le bien reçu de la fiducie à titre de capital ne recevra pas le même traitement que le bien reçu à titre de revenu.

²⁵⁶ Article 1284 C.c.Q.

²⁵⁷ Dominique LAFLEUR, « Quelques problèmes d'interaction entre le *CODE CIVIL DU QUÉBEC* et la planification fiscale », dans *Congrès (1994)*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., p.1.

Lorsque des actions de compagnie sont détenues par une fiducie, celle-ci sera appelée à recevoir des dividendes sur celles-ci. Si le bénéficiaire de la fiducie détenait personnellement les actions de croissance de la compagnie, ces dividendes seraient des acquêts en vertu de l'article 449(2) C.c.Q. Or, la situation diffère quelque peu lorsque les actions sont détenues par le biais d'une fiducie. En effet la fiducie dispose d'un patrimoine d'affectation autonome. Comme le souligne Dominique Lafleur « Les revenus civils qui ne sont pas distribués au bénéficiaire du revenu s'ajouteront au capital civil de la fiducie, et reviendront ultimement au bénéficiaire du capital »²⁵⁸. Ainsi, s'il advient que la fiducie reçoit des dividendes de la compagnie dont elle détient les actions, celles-ci ne feront qu'accroître le patrimoine fiduciaire et ne tomberont pas sous l'application de l'article 449(2) C.c.Q. En effet, puisque le bénéficiaire n'a aucun droit sur les biens de la fiducie, ces dividendes n'accroîtront pas le patrimoine du bénéficiaire mais bien celui de la fiducie. Certains auteurs considèrent que les dividendes non distribués par la fiducie viendront accroître le capital du patrimoine fiduciaire²⁵⁹.

Le bénéficiaire de la fiducie pourra être appelé à recevoir du revenu de la fiducie. Le revenu sur la créance constitue une participation dans les revenus qui doit recevoir une qualification d'acquêt²⁶⁰. La notion de revenu est définie par l'article 910 C.c.Q., qui édicte que :

910. Les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien.

²⁵⁸ D. LAFLEUR, préc., note 257, p.18. Voir aussi : Jean-Pierre DESROSIERS, « Imposition des fiducies – Partie I », dans *Colloque – Fiducies Trust 44 (1991)*, Montréal, A.P.F.F., p. 14 et Guy FORTIN, « Importance de l'interaction des concepts de revenu et de capital en droit civil et en droit fiscal », dans *Journées d'études fiscales 1994*, Association canadienne d'études fiscales, Toronto, 1994, p. 19. *Contra* : François MORIN, « Caractérisation des distributions d'une fiducie : capital ou revenu? Les fiducies de protection du patrimoine », dans S.F.P.B.Q., vol 186, *Fiducies personnelles et successions (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 39 et ss, lequel souligne que cette question devrait faire l'objet d'une analyse plus raffinée. Notons que l'acte de fiducie de protection d'actif contient fréquemment une clause à l'effet que tout revenu non distribué accroîtra le capital de la fiducie.

²⁵⁹ M. LORD, préc., note 198, p. 14; D. LAFLEUR, préc., note 188, p.18. D'autres auteurs sont plus nuancés et considèrent que le sort de ces dividendes doit faire l'objet d'une analyse raffinée. Voir à ce sujet F. MORIN, préc., note 258, p. 39 et ss.

²⁶⁰ M. LORD, préc., note 198, p.13.

Sont classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien de même que par ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds. Le croît des animaux, de même que ce qu'ils produisent, sont également classés parmi les fruits.

Sont classées parmi les revenus les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale; le sont aussi les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues.

Ainsi, toute somme versée à titre de revenu au bénéficiaire par la fiducie sera qualifiée d'acquêt et ce, sans égard à la qualification de propre ou d'acquêt que pourrait recevoir la participation à la fiducie, à savoir le droit de bénéficiaire. Si l'époux est déjà bénéficiaire de la fiducie au moment de l'union, il serait possible de modifier conventionnellement cette qualification au moyen d'un contrat de mariage stipulant une qualification de propre pour ce type de bien. Rappelons que le régime secondaire n'est pas d'ordre public et que les époux sont déjà mariés au moment de la mise en place de la fiducie, ils demeurent libres de le modifier ou de convertir un bien acquêt en propre, et ce, même en cours d'union²⁶¹. Il sera par ailleurs possible pour le constituant de prévoir à l'acte de fiducie une stipulation de propre à l'effet que toute somme ou bien, meuble ou immeuble, remis au bénéficiaire à même le revenu de la fiducie ou son capital, ainsi que toute somme ou revenu provenant d'un emploi de tel bien ou somme sera considéré comme un bien propre du bénéficiaire.²⁶² Si l'acte de fiducie contient une telle stipulation, tous les revenus versés par la fiducie au bénéficiaire pourront se qualifier de propres et à ce titre, être exclus du partage. Dans cette situation, le bénéficiaire a tout intérêt à déposer ces sommes dans un compte distinct afin qu'elles ne soient pas confondues avec le reste de ses biens considérés acquêts et de faciliter la preuve du emploi de celles-ci, le cas échéant²⁶³.

Le bénéficiaire de la fiducie pourra également être appelé à recevoir du capital de la fiducie, que ce soit en cours d'existence de celle-ci ou au moment de sa dissolution où la notion de capital est définie à l'article 909 C.c.Q. qui édicte que :

²⁶¹ Voir nos commentaires sous la section 1.2.3.1. des présentes

²⁶² Pour un modèle de clause voir L. JEANNOTTE et S. D'AOUST, préc., note 199, p. 84.

²⁶³ M. LORD, préc., note 198, p. 19.

909. Sont du capital les biens dont on tire des fruits et revenus, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise, les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société, le emploi des fruits et revenus, le prix de la disposition d'un capital ou son emploi, ainsi que les indemnités d'expropriation ou d'assurance qui tiennent lieu du capital.

Le capital comprend aussi les droits de propriété intellectuelle et industrielle, sauf les sommes qui en proviennent sans qu'il y ait eu aliénation de ces droits, les obligations et autres titres d'emprunt payables en argent, de même que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription des valeurs mobilières d'une personne morale, d'une société en commandite ou d'une fiducie.

Lorsque les revenus de la fiducie sont insuffisants pour atteindre l'affectation poursuivie par celle-ci, les fiduciaires peuvent procéder à une distribution partielle du capital de celle-ci. Dans ce cas, lorsque le droit du bénéficiaire est un propre, la remise du capital se qualifiera de propre également. Selon Martin Lord, le capital versé au bénéficiaire devrait recevoir une qualification de propre pour la raison suivante : « [L]e bénéficiaire est titulaire d'une créance à l'encontre de la fiducie et cette créance se qualifie de propre car elle a été acquise avant le mariage ». Par analogie, on pourrait considérer que cette créance se qualifie également de propre quand elle a été acquise en cours de mariage, puisqu'alors échue par donation²⁶⁴. Les auteures Bruneau et Courtemanche suggèrent quant à elles que le capital pourrait être qualifié de propre en ce qu'il constitue un emploi²⁶⁵ du droit de bénéficiaire qui est lui-même un propre²⁶⁶. Au niveau de la remise finale du capital à l'occasion de la fin de la fiducie, il semble exister un consensus à l'effet qu'il s'agit bel et bien du emploi de la participation dans la fiducie : « Lorsqu'il est mis fin à la fiducie, l'enfant disposera de sa créance et recevra des actions de croissance en remplacement. Elles se qualifieront à titre de biens de remplacement selon la règle prévue à l'article 450(3) C.c.Q.»²⁶⁷.

La difficulté est donc ici de qualifier la somme reçue par le bénéficiaire de la fiducie. Lorsque la fiducie verse un montant, s'agit-il d'une part de capital ou d'un

²⁶⁴ Voir nos commentaires sous la rubrique précédente.

²⁶⁵ Article 450(3) C.c.Q.

²⁶⁶ D.BRUNEAU et D.COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 60

²⁶⁷ M. LORD, préc., note 198, p.19.

revenu ? Il s'agit là d'une délicate question. Sachant qu'il est fréquent que les bénéficiaires aient droit au revenu de la fiducie sans pouvoir pour autant en entamer le capital, les auteures Bruneau et Courtemanche avancent l'idée suivante : « le bénéficiaire du revenu qui reçoit des sommes de la fiducie sans entamer sa participation au capital, reçoit sans doute des revenus et, *a contrario*, le bénéficiaire du capital qui reçoit une remise partielle de sa part reçoit sans doute du capital »²⁶⁸. Ainsi, l'examen de l'acte de fiducie et de l'étendue du droit du bénéficiaire dans la fiducie pourrait s'avérer utile afin de déterminer si les sommes qu'il a reçues l'ont été à titre de revenu ou de capital. Dans l'éventualité d'une fiducie avec un bénéficiaire unique ou des bénéficiaires ayant droit au revenu comme au capital, cette question de savoir si le versement constitue une remise de capital ou de revenu pourra certes s'avérer extrêmement complexe. Compte tenu de la présomption d'acquêt édictée par l'article 459 C.c.Q., on peut se demander si le versement au bénéficiaire pourrait être présumé être un versement à même le revenu de la fiducie. Une fois le montant reçu qualifié de versement de capital ou de revenu, on peut considérer que les sommes reçues à titre de capital se qualifieront également de propres lorsque le droit de bénéficiaire se qualifie comme tel, et que les revenus versés au bénéficiaire seront considérées comme des acquêts, sauf stipulation contraire.

1.2.4 Le calcul de la valeur du droit de bénéficiaire dans la fiducie

Lorsque les biens sont transférés en fiducie, ils n'appartiennent plus à l'époux qui en était autrefois propriétaire²⁶⁹. Comme le souligne le professeur Madeleine Cantin Cumyn : «[E]n tant que patrimoine d'affectation, la fiducie devient une entité autonome, titulaire des biens affectés à la fin particulière voulue par le constituant. Son patrimoine forme une universalité juridique indépendante des patrimoines personnels des personnes impliquées dans la fiducie »²⁷⁰. À ce titre, ils ne sont donc pas inclus dans le partage de la société d'acquêts des conjoints au moment de la dissolution de l'union. Or, si l'époux n'est plus détenteur des biens qu'il possédait avant le transfert en fiducie, il convient de

²⁶⁸ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 53.

²⁶⁹ Article 1261 C.c.Q.

²⁷⁰ Madeleine CANTIN CUMYN, « Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil », (2013) *R.D. McGill* 821.

déterminer si une valeur peut être accordée à son droit de bénéficiaire de la fiducie, et dans l'affirmative, d'observer les modalités de calcul de la valeur de ce droit. Comme l'affirme le professeur Madeleine Cantin Cumyn : « le droit réel et le droit personnel représentent nécessairement un actif dans le patrimoine de leur titulaire »²⁷¹.

1.2.4.1 La valeur du droit du bénéficiaire d'un droit certain

Le bénéficiaire d'une fiducie à son bénéfice exclusif, comme par exemple le bénéficiaire d'une fiducie *alter ego*, d'une fiducie au bénéfice exclusif du conjoint ou d'une fiducie admissible pour personne handicapée, a un droit certain dans la fiducie²⁷². Suivant l'article 1284 C.c.Q., ce bénéficiaire est en droit d'exiger, suivant l'acte constitutif, soit la prestation d'un avantage qui lui est accordé, soit le paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement. En conséquence, ce dernier est titulaire d'un droit certain et quantifiable qui pourrait être cédé si les dispositions de l'acte de fiducie le permettent²⁷³. Le calcul de la valeur du droit de bénéficiaire dans ce contexte ne semble jamais avoir été examiné par les tribunaux. L'auteur Richard M Wise nous indique que la « participation dans une fiducie non discrétionnaire est évaluée en tenant compte de la valeur et de la composition de l'actif de la fiducie, des taux de rendement, de l'espérance de vie du bénéficiaire, du montant et du moment estimatif des distributions, des droits de prélèvement, de l'historique des distributions, des impôts, etc. »²⁷⁴. Soulignons que la notion de « juste valeur » de la participation dont il est ici question peut différer de la « juste valeur marchande »²⁷⁵. Comme le souligne Richard M. Wise :

« [L]'évaluation de la participation dans une fiducie, aux fins du droit familial ou de l'impôt, peut mener à des résultats forts différents. La valeur à des fins

²⁷¹ M. CANTIN CUMYN, préc., note 101, p. 69.

²⁷² Cette certitude est évidemment sous réserve de sa propre acceptation des bénéfices qui lui sont destinés. Ainsi un bénéficiaire peut toujours renoncer aux avantages dans la fiducie. Voir article 1285 C.c.Q. Voir aussi J. BEAULNE, préc., note 16, para.251. On peut toutefois se questionner sur l'opposabilité d'une telle renonciation à l'égard des créanciers de l'époux concerné et notamment de son créancier matrimonial.

²⁷³ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 50.

²⁷⁴ Richard M. WISE, « Évaluation de la participation dans une fiducie », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, no 5, Mai 2009 (PDF), en ligne : https://www.fcf-ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/Faits_Saillants/2009FS05.pdf (consulté le 14 janvier 2017) dont les propos sont repris dans C. RHÉAUME, *Stratégies de planification utilisant des fiducies*, préc., note 124, p. 131.

²⁷⁵ C. RHÉAUME, préc., note 124, p.131.

matrimoniales est généralement la valeur subjective pour le propriétaire, alors qu'à des fins fiscales, c'est plutôt la JVM objective. La valeur pour le propriétaire est le montant qu'une personne prudente et diligente paierait pour un actif au lieu d'en être privé, alors que la JVM est le prix auquel des personnes informées et prudentes, sans lien de dépendance, réaliseraient une opération d'achat-vente – le critère de la vente à l'amiable ou de gré-à-gré »²⁷⁶.

Bien que la « juste valeur » du point de vue matrimonial ne corresponde pas nécessairement à la JVM du point de vue fiscal, les techniques d'évaluation de la JVM de la participation à une fiducie dans ce contexte peuvent offrir des outils intéressants lorsque vient le temps d'accorder une valeur à ce droit en situation de dissolution de l'union matrimoniale.

Par analogie au traitement jurisprudentiel actuel des *droits qui confèrent l'usage* de la résidence de l'article 415 C.c.Q.²⁷⁷ il nous semble cependant permis de nous demander si la valeur d'une telle participation ne pourrait pas, dans certains cas et suivant l'évaluation du juge des faits, correspondre à la valeur des biens qui la composent, notamment lorsque le bénéficiaire unique exerce un contrôle important à titre de co-fiduciaire²⁷⁸.

1.2.4.2 La valeur du droit du bénéficiaire d'ordre subséquent

Le bénéficiaire d'ordre subséquent est celui qui est désigné à titre de bénéficiaire dans l'éventualité du décès du ou des bénéficiaire(s) de premier ordre. Le droit du bénéficiaire constitue un « bien » enrichissant son patrimoine dès la création de la fiducie²⁷⁹, mais il est soumis à une condition : la survie au bénéficiaire de premier ordre²⁸⁰. Ce droit de recevoir prendra ainsi naissance au moment de la création de la fiducie mais ne sera concrétisé qu'au moment de la réalisation de la condition. Ainsi, la certitude dont il est question à l'article 1265 C.c.Q. signifie-t-elle tout au plus « que les

²⁷⁶ R. M. WISE, préc. note 274, dans C. RHÉAUME, préc., note 124, p. 131.

²⁷⁷ Voir nos commentaires à la section 1.1 des présentes.

²⁷⁸ Voir *A .c. B*, 2006 QCCS 2850 où les experts appuient leur prétention à l'effet que la participation de Monsieur a une valeur considérable par la démonstration du contrôle que celui-ci exerce sur ses biens.

²⁷⁹ *Droit de la famille-3258*, préc., note 253.

²⁸⁰ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 252. et D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 49 et M. LORD, préc., note 198, p.13. *Contra* : M. CANTIN CUMYN, préc., note 101, p. 64.

règles du jeu établies dans l'acte constitutif à l'égard du bénéficiaire sont désormais scellées »²⁸¹. Comme le souligne le professeur Beaulne :

« [C]ette « certitude » n'altère pas le caractère aléatoire ou éventuel du droit du bénéficiaire. Ainsi, le droit du bénéficiaire du capital ne sera concrétisé qu'au moment prévu pour son « ouverture », généralement le décès du bénéficiaire du revenu ; l'article 1265 C.c.Q. n'a donc pas comme conséquence de faire disparaître cette condition. Par exemple, si C, le bénéficiaire du capital, décède avant le moment prévu pour le versement de son capital, en l'occurrence le décès du bénéficiaire du revenu, son droit s'éteint également. Bien que le droit ait été « certain » depuis l'acceptation du fiduciaire, il n'en demeurerait pas moins dépendant de la condition qui s'y rattache, c'est-à-dire l'existence du bénéficiaire du capital au moment du décès du bénéficiaire du revenu. La certitude de l'Article 1265 C.c.Q. n'empêche donc pas la caducité du droit du bénéficiaire, selon les termes de l'acte constitutif »²⁸².

La situation du bénéficiaire éventuel présente plusieurs points communs avec la situation du conjoint du bénéficiaire d'un fond de pension. À cet égard, le jugement *Droit de la famille – 3258*²⁸³ suggère que les principes actuariels reconnus pour le calcul du partage des droits dans les régimes de retraite pourraient présenter des éléments de réflexion applicable en l'espèce²⁸⁴. Dans un même ordre d'idées, l'auteur Richard M. Wise énumère les critères usuellement pris en compte dans le cadre de la détermination de la participation dans la fiducie du bénéficiaire du capital, soit notamment : « la valeur totale de la fiducie déduction faite de la participation des bénéficiaires des fruits et revenus, des droits de prélèvement, des éventualités et des autres facteurs de risque »²⁸⁵, soulignant également que l'intervention d'un actuaire est souvent nécessaire. Suivant cette logique, on peut penser qu'une valeur pourrait en théorie être octroyée à la participation du bénéficiaire éventuel, bien que certaines auteures estiment que la valeur de ce droit pourrait être en pratique très faible, voire nulle²⁸⁶.

²⁸¹ J. BEAULNE, préc., note 16, para 251.

²⁸² *Id.*

²⁸³ *Droit de la famille-3258*, préc., note 203.

²⁸⁴ Voir : Simon DESCÔTEAUX, *Le partage des droits dans les régimes de retraite*, Brossard, publications CCH, 2002.

²⁸⁵ R.M. WISE, préc., note 274, p. 10 dans Caroline RHÉAUME, préc., note 124, p. 131.

²⁸⁶ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 51. Bien que les auteures n'élaborent pas davantage sur le raisonnement qui leur permet d'en arriver à une telle conclusion, on peut penser que le caractère éventuel de l'ouverture de ce droit, lequel semble dès lors soumis aux caprices de divers aléas et notamment à la survie de ce bénéficiaire et au maintien dans le temps des biens qui composent la fiducie, contribuent à en altérer la valeur économique.

1.2.4.3 La valeur du droit du bénéficiaire « potentiel » d'une fiducie discrétionnaire

La fiducie discrétionnaire est fréquemment utilisée en contexte de gel successoral. Dans le cadre de cette opération, l'auteur reçoit généralement des actions privilégiées d'une valeur correspondant à celle des actions de contrôle transférées à la fiducie. Ceci étant, il appert que ces actions privilégiées accroîtront son patrimoine. Lorsque tel auteur est lui-même bénéficiaire de la fiducie, inclure la valeur de la participation dans la fiducie, en plus de la valeur de ces actions privilégiées, aurait pour effet de compter deux fois la valeur desdites actions et il semble cohérent de considérer que la participation dans la fiducie ne doit alors recevoir aucune valeur économique. La situation serait toute autre lorsque ses enfants sont bénéficiaires de la fiducie ou lorsque la fiducie discrétionnaire en est une de protection d'actif et la question de savoir si la participation du bénéficiaire d'une telle fiducie discrétionnaire demeure.

Les bénéficiaires potentiels d'une fiducie discrétionnaire sont qualifiés de « postulants » par le professeur Beaulne, qui souligne que « dans la fiducie discrétionnaire, les « postulants » qui rencontrent les qualités propres à la catégorie indiquée par le constituant ont seulement un espoir d'être désignés. Mais ils n'ont aucun droit, même éventuel ; ils doivent attendre que le fiduciaire exerce son choix en leur faveur pour que naissent leurs droits »²⁸⁷.

Suivant cette logique, on peut penser que ce droit ne serait susceptible de se voir attribuer aucune valeur économique. Comme le souligne Martin Lord :

« [S]oulignons que le caractère discrétionnaire d'une fiducie est en soi une forme de protection contre la créance que détiendrait le conjoint d'un bénéficiaire de la fiducie. La fiducie discrétionnaire prévoira une catégorie de bénéficiaires pouvant avoir droit aux revenus ou au capital de la fiducie. Si l'un des bénéficiaires de la fiducie est affecté par la réclamation de son conjoint, le fiduciaire exercera sa discrétion de façon à ne pas lui distribuer des revenus ou du capital de la fiducie. Le conjoint du bénéficiaire de la fiducie réussira difficilement à faire valoir une

²⁸⁷ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 252.

réclamation sur les participations sur la fiducie au moment de la dissolution de la société d'acquêts. En effet, les droits possédés par le bénéficiaire de la fiducie seront vraisemblablement évalués à zéro dans un tel cas (Nos soulignements) »²⁸⁸.

Dans un même ordre d'idées, l'auteur Richard M. Wise admet qu'une telle participation dans une fiducie puisse comporter une valeur du point de vue fiscal et énumère brièvement les éléments à considérer dans le cadre de l'évaluation de cette valeur :

« [D]ans le cas d'une fiducie discrétionnaire, il faut également considérer, entre autres, les pouvoirs des fiduciaires, les intentions générales du constituant ou du testateur, l'historique des distributions, les participations des autres bénéficiaires ainsi que leur âge, leur état de santé et leurs besoins, les relations entre le bénéficiaire et le fiduciaire, l'obligation d'impartialité du fiduciaire, les souhaits formulés par le testateur (le cas échéant), l'information disponible de la part du fiduciaire et la possibilité d'un changement de fiduciaire. Dans une fiducie discrétionnaire, il n'y a aucune participation déterminée, que ce soit aux fruits et aux revenus ou au capital, à moins que le vendeur ne soit l'unique bénéficiaire des revenus ou du capital de la fiducie. Quel que soit le cas, la JVM est, au mieux, spéculative » (Nos soulignements) »²⁸⁹.

Il ressort toutefois de l'analyse de la jurisprudence récente que cette opinion doit être légèrement nuancée en regard de deux critères, soit l'étendue de la discrétion compte tenu de l'intention du constituant et des termes de l'acte de fiducie et le contrôle du constituant sur la fiducie susceptible de compromettre la réelle discrétion des fiduciaires.

A) L'intention du constituant et les termes de la fiducie

Une récente évolution jurisprudentielle se situe dans la même ligne de pensée que le courant doctrinal précité, à savoir que le droit de bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire ne comporte pas de valeur économique, tout en mettant en lumière l'importance des termes utilisés à l'acte de fiducie. En effet, si la question de la valeur économique de la participation dans une fiducie discrétionnaire ne semble pas avoir été véritablement tranchée dans un contexte matrimonial, elle fait fréquemment l'objet de commentaires dans le cadre du contexte où un enfant prestataire de l'aide sociale se

²⁸⁸ M. LORD, préc., note 198, p. 21; Voir aussi D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 52.

²⁸⁹ R. M. WISE, , préc., note 274, p. 10 dans C. RHÉAUME, préc., note 124, p. 131.

trouve bénéficiaire d'une fiducie suite au décès de ses parents. Rappelons que la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*²⁹⁰ impose des montants maximaux que peut détenir un prestataire dans son patrimoine et dont il peut disposer à titre de revenu pour avoir droit aux bénéfices de la loi. La question s'est donc posée de savoir si la part du bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire présente une valeur économique devant être considérée dans le cadre de l'évaluation du droit aux prestations.

La fiducie de type Henson tire son origine de l'Ontario²⁹¹. Il s'agit d'une fiducie totalement discrétionnaire au profit d'une personne ayant une déficience et qui établit clairement que le bénéficiaire n'a aucun droit acquis dans la fiducie. De plus, les bénéficiaires ultimes du capital doivent y être nommés afin de démontrer que le bénéficiaire n'a pas la propriété effective des biens qui y sont détenus²⁹². Cette fiducie a fait l'objet d'un examen par la Cour d'appel de l'Ontario, qui a conclu que l'actif détenu par cette fiducie n'avait pas à être inclus dans l'actif du bénéficiaire aux fins du *Ontario Disability Support Program*, puisque le bénéficiaire n'avait aucun droit au revenu et au capital de ladite fiducie. Comme le souligne l'auteure Caroline Rhéaume dans ses commentaires à l'égard de cette décision : « [L]a Cour a déclaré que les montants reçus en vertu de ladite fiducie étaient purement discrétionnaires et ne créaient pas un intérêt dans les biens détenus en fiducie en vertu de la loi ontarienne »²⁹³.

Traditionnellement, ce type de fiducie n'était pas reconnu en droit québécois comme moyen de protéger les prestataires de Solidarité sociale et les avantages reçus de la fiducie se trouvaient souvent pris en compte dans l'évaluation des ressources financières de la personne concernée. Cependant, une récente décision semble laisser présager un changement de cap en la matière. L'affaire *Curateur public c. A.N. (Succession de)*²⁹⁴ est venue conforter la position à l'effet que les droits du bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire ne devaient se voir attribuer aucune valeur économique. Les

²⁹⁰ *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, L.R.Q. c. A-13.1.1

²⁹¹ *Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. Henson*, préc., note 230.

²⁹² Ce critère est en lien avec la notion de « *beneficial owner* » des fiducies de common law qui n'est pas présent en droit québécois.

²⁹³ C. RHÉAUME, préc., note 124, p. 207.

²⁹⁴ *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, 2014 QCCS 616.

faits entourent également un prestataire de Solidarité sociale qui est désigné à titre de bénéficiaire discrétionnaire de la fiducie testamentaire de sa mère. L'analyse entoure la question de savoir si, en vertu des droits qui lui sont accordés dans une fiducie purement discrétionnaire, le bénéficiaire peut exercer ses « droits » au sens de l'article 63 de la *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*²⁹⁵, c'est-à-dire contraindre les fiduciaires à lui verser les sommes d'environ 12 000,00\$ qui constituent une évaluation de ses besoins de base autrement couverts par les prestations de Solidarité sociale. À la question de savoir quels sont les droits du bénéficiaire dans la fiducie discrétionnaire et si ceux-ci comportent une valeur économique, le Tribunal déclare ce qui suit :

« [D]'abord, il n'a pas de droit réel sur le *corpus* de la fiducie, il n'a qu'un droit personnel. Ensuite, l'Acte constitutif de la fiducie, le testament signé le 16 octobre 1986, crée une fiducie discrétionnaire suivant les termes de l'art. 4(b). Le bénéficiaire d'une telle fiducie ne possède donc qu'une sorte de « droit » précaire et éventuel sujet à la discrétion du fiduciaire. Si ce bénéficiaire a un « droit précaire et éventuel assujéti à la discrétion du fiduciaire, pourquoi alors l'art. 1265 C.c.Q. énonce-t-il que l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire suffit pour rendre « certain » le droit du bénéficiaire ? La certitude édictée par l'article 1265 C.c.Q. n'empêche pas le caractère aléatoire du droit du bénéficiaire, selon les termes de l'Acte constitutif »²⁹⁶ (...) Un principe fondamental en matière de fiducie veut que le droit du bénéficiaire soit assujéti aux termes de l'acte créant la fiducie, en l'espèce le dernier testament de madame N... Or, ces termes indiquent clairement que les sommes auxquelles peut avoir droit le bénéficiaire sont, d'une part, assujétiées à la discrétion du fiduciaire et, d'autre part, qu'elles ont un caractère subsidiaire à celles qu'il reçoit déjà en vertu de la loi. (...)

La fiducie de droit civil québécois tirant ses origines de la *common law*, il peut être instructif de comparer comment les tribunaux de *common law* qualifient le droit d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire et si ce droit peut empêcher le bénéficiaire de recevoir des prestations de sécurité sociale.

Après analyse, le tribunal conclut que même si les textes législatifs sont différents, les principes sont essentiellement les mêmes tant au Québec qu'ailleurs au Canada : le « droit » éventuel et précaire du bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire ne fait pas perdre à ce dernier son droit à des prestations de sécurité sociale auxquelles il a par ailleurs droit en vertu de la loi. À titre d'exemple, il suffit de citer un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, *Thomas v. Director, Employment and Income Assistance Programs*, 2013 MBCA 91[2], dans lequel le juge Burnett, rendant le jugement unanime de la Cour, s'exprime ainsi :

²⁹⁵ *Loi sur l'aide aux personnes et aux familles*, préc., note 290.

²⁹⁶ *Id.*, para 44.

[13] In *Quinn v. Director of Social Services (Westman Region)* (1981) 9 Man.R. (2d) 161 (C.A.), this court addressed a similar issue. The issue in *Quinn* was whether the appellant's interest in the estate of her deceased mother was a « financial resource » as defined by The Social Allowances Act, C.C.S.M., c.S160, s as to make her ineligible for social assistance under that statute. The definition of « financial resources » considered by the court was very similar to the definition of that term in s. 1 of the present Act.

[14] (...) After reviewing various authorities, Hall J.A, concluded that « the contingent beneficial rights of the applicant in the discretionary trust are not a financial resource adversely affecting her eligibility to receive social allowance (at para. 13).

[15] I am of the same opinion in the present case.

Cet arrêt de la Cour d'appel du Manitoba conforte le tribunal dans sa conclusion que M. N... n'a pas véritablement de « droits » dans la fiducie testamentaire discrétionnaire selon le droit civil québécois et, par voie de conséquence, il n'a aucun droit à exercer au sens de l'article 63 de la Loi sur l'Aide aux personnes et aux familles ou de l'art 41 de la Loi sur le soutien de revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale » (Nos soulignements) ²⁹⁷.

Avant d'en arriver à cette conclusion, la Cour a dû se pencher sur la problématique suivante : bien qu'une fiducie discrétionnaire ne comporte pas de droit certain aux avantages de la fiducie, qui sont soumis à la discrétion des fiduciaires, n'advient-il pas que les fiduciaires bénéficient d'une discrétion qui, loin d'être totale, est rigoureusement encadrée par le *Code civil du Québec*, de sorte que le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire puisse malgré tout être considéré comme étant en droit d'exiger le versement de certains avantages ? En effet, comme le relève le Tribunal : « il est manifeste que le constituant peut conférer au fiduciaire la faculté de déterminer la part d'un bénéficiaire de la fiducie : art. 1282 al.1 C.c.Q. De plus, le fiduciaire qui a la faculté de déterminer la part d'un bénéficiaire l'exerce comme il l'entend : art. 1283 al.1 C.c.Q. Toutefois, il est acquis que le fiduciaire ne peut exercer cette faculté de façon totalement arbitraire »²⁹⁸.

²⁹⁷ *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, préc., note 294, p. 6 et ss.

²⁹⁸ *Id.*, p. 8.

Le professeur Beaulne nous enseigne ce qui suit concernant l'encadrement de la faculté d'élire des fiduciaires :

« [L]'Article 1283 C.c.Q. fixe, d'une manière très générale, il faut l'avouer, le cadre de la faculté d'élire, en accordant à son titulaire une grande latitude quant à son exercice. En effet, celui-ci peut élire les bénéficiaires ou déterminer leur part sans véritable contrainte, c'est-à-dire sans intervention extérieure et sans aucun contrôle. Bien plus, l'article lui permet même de modifier ou de révoquer sa décision en cours de fiducie. Malgré l'apparente liberté absolue de la règle, il est évident que celui qui jouit de la faculté d'élire ne peut cependant pas l'exercer d'une façon totalement arbitraire. En effet, il doit l'employer dans le plus strict respect de l'acte constitutif. Ainsi, même s'il est vrai qu'il bénéficie d'une grande latitude dans la désignation des bénéficiaires, il ne pourrait, par exemple, désigner un bénéficiaire qui ne répond pas aux critères établis dans l'Acte constitutif, car cette règle est impérative. Cela est d'ailleurs particulièrement vrai pour les fiducies personnelles ou d'utilité privée, dont nous examinerons immédiatement les règles. Enfin, et nonobstant la grande liberté accordée à celui qui jouit de la faculté d'élire, il faut remarquer qu'elle constitue néanmoins une « obligation d'élire » : celui à qui est accordé le droit de choisir les bénéficiaires est obligé de les choisir. Selon le professeur Brierley, le fiduciaire qui bénéficie de la faculté pourrait même être contraint d'exercer sa faculté par l'un des postulants. Sous l'ancien Code, ce droit avait été admis par les tribunaux, qui avaient reconnu au postulant l'intérêt suffisant pour prendre action afin de forcer le fiduciaire à prendre une décision. Cependant le professeur Brierley signale qu'il n'y a jamais eu de décision où une distribution a effectivement été faite par le tribunal »²⁹⁹.

Afin de bien cadrer la discussion et de faire toutes les distinctions qui s'imposent, il convient de préciser qu'il existe deux sortes de faculté d'élire :

« [E]n premier lieu la faculté d'élire consentie par le constituant peut consister, soit en un mandat de désignation, soit en un mandat d'attribution. Le premier, dont il est question à l'article 1282 al.1 *in limine* C.c.Q. permet au constituant d'autoriser à l'avance son fiduciaire à déterminer les bénéficiaires. Dans le cas du mandat d'attribution, la fin de ce même alinéa permet que soit conféré au fiduciaire le droit de déterminer les biens qui entreront dans le lot de chacun des bénéficiaires »³⁰⁰.

Soulignons que dans l'affaire dont il est question, il s'agissait d'un mandat d'attribution, puisque le prestataire en question était seul bénéficiaire de premier ordre, le capital de la fiducie devant être distribué à d'autres bénéficiaires suite à son décès. Or, le professeur Brierley souligne que dans le cadre d'une fiducie discrétionnaire, cette faculté

²⁹⁹ J. BEAULNE, préc., note 16, para. 243.

³⁰⁰ J. BEAULNE, préc., note 16, para 240.

d'élire se présente comme une véritable « obligation de faire »³⁰¹ en conformité avec l'intention du constituant et sous l'ancien Code, on avait reconnu que les postulants pouvaient contraindre les fiduciaires à exercer cette faculté en leur faveur³⁰². Aussi, dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*³⁰³, le juge Dugré prend-il soin d'insister sur le critère de subsidiarité stipulé à l'acte constitutif de la fiducie :

« Cette subsidiarité imposée par la testatrice est parfaitement légale et conforme à la liberté de tester. Cette liberté n'est restreinte que par les lois prohibitives et l'ordre public. Or, le tribunal est d'avis que cette clause n'est contraire ni aux lois prohibitives ni à l'ordre public, et elle doit donc être respectée et appliquée par le fiduciaire, M. B... en somme, le tribunal est d'avis que le demandeur n'a le droit de recevoir que les sommes additionnelles – à celles que M. N... reçoit déjà en vertu de la loi – jugées raisonnables par le fiduciaire conformément aux termes de l'acte constitutif de la fiducie »³⁰⁴.

On constate ainsi toute l'importance accordée à l'intention du constituant et au fait qu'en l'espèce, on ne peut déceler de celle-ci aucun élément nous permettant de dégager un « droit » de se voir verser les sommes couvrant les besoins de base, bien au contraire.

À la lumière de son analyse, le Tribunal conclut ainsi que le bénéficiaire n'est pas en droit d'exiger que lui soient versés les avantages de la fiducie et n'inclut pas la valeur de son droit de bénéficiaire dans le patrimoine du prestataire ni dans son revenu³⁰⁵. Cette évolution jurisprudentielle et les commentaires émis à l'occasion de cette analyse pourraient ouvrir la porte à la consécration de l'idée voulant que la participation du bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire ne doive se voir imputer d'aucune valeur économique. On peut toutefois se demander si le tribunal en serait arrivé à la même conclusion dans le cadre d'une fiducie discrétionnaire se présentant sous l'angle d'un mandat d'attribution, mais en l'absence de clause de subsidiarité. Quoiqu'il en soit, il appert que la faculté d'élire présente dans les fiducies discrétionnaires mises en place

³⁰¹ J.E.C. BRIERLEY, « Power of Appointment in Quebec Civil Law », 95 *R. du N.* 131, 245.

³⁰² *Contant c. Mercier*, (1898) 20 R.L. 379 (C.S.); *Ross c. Ross*, (1896) 25 R.C.S. 307. Néanmoins, pour que ce droit leur soit accordé, les postulants devraient démontrer que l'intention du constituant à l'effet que tous les membres d'une catégorie devaient être avantagés ou que la distribution devait avoir lieu en part égale était claire. Voir J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, préc., note 16, note 871.

³⁰³ *Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de)*, préc., note 294.

³⁰⁴ *Id.*

³⁰⁵ C. RHÉAUME, préc., note 124, p. 206.

dans le cadre d'un gel successoral ou d'une stratégie de protection d'actif se présente souvent sous l'angle d'un mandat de désignation et que les commentaires du Tribunal précités pourraient trouver application, par analogie, à ce cas de figure³⁰⁶. Suivant ce raisonnement et à la lumière de ces commentaires, les propos de Martin Lord apportent une piste de réflexion intéressante : certaines fiducies utilisées dans les provinces de Common Law, notamment le *protective trust* et le *spendthrift trust*, prévoient que le droit du bénéficiaire dans le capital ou le revenu s'éteint en cas de faillite ou d'insolvabilité du bénéficiaire³⁰⁷. On peut se demander s'il ne serait pas loisible pour le constituant d'inclure à son acte de fiducie une clause similaire en cas de divorce ou de réclamation d'un conjoint afin d'encadrer la discrétion des fiduciaires de sorte à accroître encore davantage la protection offerte par cette fiducie en contexte de dissolution de l'union matrimoniale, le tout sous réserve des dispositions d'ordre public.

B) Le contrôle du constituant pouvant compromettre le caractère discrétionnaire

Cette question de la valeur du droit de bénéficiaire dans le cadre d'un partage suite à la dissolution d'une union a aussi fait l'objet de longs débats dans le cadre de l'un des volets de l'affaire *Éric c. Lola*³⁰⁸. Bien que concernant le partage de biens possédés par des conjoints vivant en union libre, les plaidoiries sur cette question ont le mérite de bien camper la problématique.

Dans cette affaire Monsieur a effectué un gel successoral par le biais d'une fiducie discrétionnaire dans laquelle il est bénéficiaire « potentiel », ainsi que Madame et ses enfants, entre autres. Il est établi que le gel a eu lieu pour des raisons fiscales et il est admis que l'opération n'a pas été faite dans le but de dissimuler des revenus à Madame. Le Tribunal relève toutefois que Monsieur conserve un contrôle important et

³⁰⁶ En effet, il serait difficile pour le bénéficiaire de démontrer l'intention du constituant que des sommes lui soient attribuées en présence de plusieurs bénéficiaires potentiels.

³⁰⁷ M. LORD, préc., note 198, p. 21.

³⁰⁸ *A.c. B.*, préc., note 278.

exceptionnel sur la fiducie, à titre de co-fiduciaire, et par la rédaction spécifique de cet acte³⁰⁹.

La question de savoir si les droits de Monsieur dans la fiducie ont une valeur qui est quantifiable et qui devrait être incluse dans l'évaluation de son patrimoine est alors posée en autant de mots et fait l'objet d'un débat appuyé d'expertises fiscales. Le procureur de Monsieur invoque l'autonomie du patrimoine de la fiducie pour suggérer que la valeur des actions de la compagnie ne saurait être incluse au patrimoine de celui-ci. Il fonde son analyse sur l'article 1261 C.c.Q. et sur le principe que le bénéficiaire de la fiducie ne dispose d'aucun droit réel, mais seulement d'un droit personnel sur les biens qui la composent. Il conclut que la valeur des biens de la fiducie ne peut être considérée comme partie du patrimoine de Monsieur. En réponse à cet argumentaire, les propos du procureur de la partie adverse sont résumés comme suit :

« [M]e Raich répondra à ceci en disant que Me Charette « deals with a different question than the one I addressed. « The question my report addresses is what is the value if any, of Mr B's interests in the Trust? Il ajoute « Even if there is no confusion between the assets of the trust and the assets of Mr. B. this does not preclude there being significant value in Mr B's contingent rights to the revenue and or capital from the trust ». Il ajoute qu'il est incorrect de prétendre que: « All of the interests of the income and capital beneficiaries of the trust have no value. The beneficiaries are the ones who have rights in the capital and income that are economically quantifiable. If the trust holds assets worth 300 million, it only make sense that the interests of the capital and income beneficiaries total eighter 300 million or close to 300 million. », même si les actifs de la Fiducie appartiennent à la Fiducie (le Trust) il est aussi clair, selon Me Raich, que « Mr. B, with his power over the administration of the trust and his status as a beneficiary of the trust has an interest in the trust, the value of which is considerable »³¹⁰.

À l'issue de ce débat, fort bien étayé, le Tribunal fait preuve d'une grande réserve et se contente de déclarer ce qui suit : « [L]e Tribunal dira simplement sans s'immiscer plus en avant dans le débat que s'il est exact que la Fiducie mise sur pied pour Monsieur par ses fiscalistes ne fasse pas partie de son patrimoine, on doit conclure quand même que cette

³⁰⁹ Me Raich s'exprime ainsi à la page 4 de son opinion: « In my experience as a tax lawyer of over 30 years, I have never seen a trust that is part of an estate freeze which retains so many powers in favor of the freezer ». De façon sous-jacente, on peut donc se demander si telle fiducie est réellement discrétionnaire en l'espèce? Dans *A.c. B. préc.*, note 278, p. 30.

³¹⁰ *A.c. B.*, *préc.*, note 278, p 31.

Fiducie détient des actifs imposants et que ces actifs ne devraient qu'augmenter avec les années. Enfin, il est aussi possible que Monsieur ait un certain contrôle sur la fiducie »³¹¹. On constate donc que le Tribunal *flirte* prudemment avec l'idée d'inclure au patrimoine du bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire la valeur de cette participation, dans un contexte où le bénéficiaire dispose par ailleurs d'un important contrôle sur la fiducie. Notons que cette affaire concernait des conjoints de fait et que le débat entourait le calcul de la pension alimentaire versée pour les enfants. Ainsi, la question du revenu s'est posée mais la question de l'évaluation du patrimoine des parties n'a pas été requise, aucun partage n'ayant à être effectué en l'espèce.

Pour conclure, il ressort ainsi de cet examen que la portée de la discrétion se trouve au centre de l'analyse. Une discrétion réelle et démontrée pourrait ainsi conduire à la conclusion que le droit de bénéficiaire ne comporte aucune valeur, alors qu'une discrétion mitigée, alors que le bénéficiaire est aussi co-fiduciaire et qu'il conserve un grand contrôle sur la fiducie³¹² ou alors qu'une intention du constituant à l'effet que tous les membres d'une catégorie doivent être bénéficiaires ou que la distribution doit avoir lieu de façon égale entre tous les bénéficiaires³¹³, pourrait conduire à l'attribution d'une valeur au droit de bénéficiaire de telle fiducie.

³¹¹ *Id.*

³¹² *A.c. B. préc.*, note 278.

³¹³ J. BEAULNE, *préc.*, note 16, dans sa note 871.

2. LE SOULEVEMENT DU VOILE FIDUCIAIRE

Est-il possible d'envisager un soulèvement du voile fiduciaire par analogie au soulèvement du voile corporatif en contexte matrimonial, de sorte à permettre à un époux de faire abstraction de l'autonomie du patrimoine fiduciaire au moment de régler les conséquences de la dissolution de cette union? Cette question ne semble pas avoir été véritablement réglée par la doctrine ni la jurisprudence à ce jour. Dans le cadre de l'analyse de cette problématique, il conviendra dans un premier temps de définir la notion de soulèvement du voile corporatif en droit québécois et de circonscrire les conditions de son application. Il conviendra ensuite d'observer quel traitement les tribunaux réservent à cette notion en contexte matrimonial. Dans un deuxième temps, la notion de voile fiduciaire en tant que telle sera plus amplement discutée. Dans le cadre de cet examen, il conviendra de déterminer les fondements juridiques sur lesquels une telle notion serait susceptible de s'appuyer et de dégager certains principes des récentes décisions rendues en la matière dans les juridictions de common law. Par la suite, cette notion sera analysée sous l'angle du droit matrimonial plus spécifiquement et une attention toute particulière à de récentes décisions clés en la matière méritera d'être portée.

2.1 La notion de soulèvement du voile corporatif au Québec

Le droit québécois reconnaît le principe de « soulèvement du voile corporatif ». Ce principe implique que bien que la personne morale dispose d'une personnalité et d'un patrimoine distinct de celle de ses actionnaires, il y a possibilité de soulever la barrière de la personnalité juridique distincte de la corporation pour sanctionner les actionnaires qui se servent de la personnalité morale de l'entreprise pour contrevenir à leurs obligations légales ou contractuelles.

La notion de personnalité juridique distincte de la corporation a été consacrée, il y a de cela de nombreuses années, dans l'arrêt *Salomon c. Salomon & A. Co*³¹⁴ (ci-après

³¹⁴ *Salomon c. Salomon & A. Co*, [1987] A.C. 22.

« *Salomon* »), où le juge a souligné que la compagnie disposait d'une personnalité juridique propre et distincte de celle de ses actionnaires et administrateurs. En conséquence, elle dispose de droits et obligations qui lui sont propres et n'engage pas la responsabilité de ses membres en cas de manquement à ses obligations. Ce principe de la personnalité distincte de la personne morale a été codifié dans le *Code civil du Québec* à l'article 309 C.c.Q., qui édicte que :

309. Les personnes morales sont distinctes de leurs membres. Leurs actes n'engagent qu'elles-mêmes, sauf les exceptions prévues par la loi.

Cependant, ce principe de la personnalité distincte de la corporation connaît des limites. Ainsi, « ce principe de la personnalité morale distincte, généralement accepté, n'est toutefois pas absolu. La jurisprudence s'est vue dans l'obligation de devoir faire abstraction de la personnalité morale indépendante de la personne morale dans certains cas pour atteindre directement en droit les actionnaires et les personnes qui la composent. Et le motif invoqué était régulièrement, avant l'avènement du *Code civil du Québec* et particulièrement de l'article 317 C.c.Q., celui de la « levée du voile corporatif »³¹⁵. Ce droit est en effet désormais prévu spécifiquement par l'article 317 C.c.Q., qui stipule que :

317. La personnalité juridique d'une personne morale ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

La « levée du voile corporatif » est une notion issue de la jurisprudence et inspirée par la common law³¹⁶. Le terme levée du voile corporatif est en effet une traduction littérale de l'expression « corporate veil » ou « lifting the corporate veil ». Comme le soulignent les auteurs « [A]u Québec étant donné la très forte influence de la common law sur le droit des sociétés, les tribunaux ont puisé dans la jurisprudence anglo-canadienne et

³¹⁵ Jean TURGEON, « Le Code civil du Québec, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires », (2005) 65 *R. du B* 115, 134.

³¹⁶ Le terme levée du voile corporatif est en effet une traduction littérale de l'expression « corporate veil » ou « lifting the corporate veil ». Voir : Stéphane ROUSSEAU et Nadia SMAÏLI, « La « levée du voile corporatif » en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47 *C. de D* 4, 815.

britannique pour élaborer un mécanisme similaire de soulèvement du voile corporatif en l'absence de solutions appropriées dans le Code civil du Bas-Canada »³¹⁷. A priori plus floue, « les tribunaux ayant tendance à faire jouer des principes d'équité pour créer certains liens de droit inexistant en raison de la présence d'une compagnie »³¹⁸ et en l'absence de « lignes directrices claires quant aux circonstances donnant ouverture au soulèvement du voile corporatif »³¹⁹, cette notion a évolué et s'est précisée au fil des années. Au moment de l'adoption du *Code civil du Québec*, le législateur est venu codifier la jurisprudence et la doctrine qui prévalaient alors à l'article 317 C.c.Q.³²⁰.

Par ailleurs, le soulèvement du voile corporatif se veut une mesure d'exception. Comme le soulignent des auteurs : « [I]l convient toutefois de garder à l'esprit que l'article 317 C.c.Q. n'est pas une panacée que l'on peut appliquer à chaque fois qu'un litige met en cause une compagnie. En effet, l'article 317 est une exception au principe bien établi de la personnalité distincte de la personne morale et doit être interprété tel quel, c'est-à-dire de façon restrictive » (Nos soulignements)³²¹. Ainsi, le professeur Paul Martel invite les tribunaux « à faire preuve de plus de rigueur pour contrer le « flot des demandes de soulèvement du voile corporatif » et éviter une « érosion anarchique et

³¹⁷ *Id.*

³¹⁸ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions – Principes fondamentaux*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, p. 824 dans Suzanne CÔTÉ, Julie GIRARD, « La percée du voile corporatif, qu'en est-il 10 an plus tard? Développements récents sur les abus de droit », dans S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les abus de droit (2005)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p.134.

³¹⁹ S. ROUSSEAU et N.SMAILI, préc., note 316, 815.

³²⁰ La question de savoir si cet article, qui constitue une première mondiale en la matière, consiste en une codification du droit antérieur inspirée de la common law ou s'il s'agit plutôt d'un article de droit nouveau a fait l'objet d'un certain débat dans la doctrine qui, véritablement à ce jour, ne semble faire l'objet d'aucun consensus. Ainsi, il appert pour certains que l'article 317 C.c.Q. ne constitue pas une codification littérale de l'état de la jurisprudence puisque certaines catégories ont été reprises (la fraude, ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public, d'autres ajoutées (l'abus de droit), et d'autres encore retranchées (la violation des obligations contractuelles et les relations des personnes morales liées). Pour d'autres, notamment le professeur Paul Martel, « le législateur entendait, par l'article 317 C.c.Q., codifier l'état du droit antérieur en matière de « levée du voile corporatif », et non créer du droit nouveau ». Voir : P. MARTEL, *La société par actions au Québec- Les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 2016, p. 1-75. Il nuance toutefois ce propos vers la page 1-85, particulièrement en ce qui concerne la notion d'abus de droit à laquelle réfère l'article 317 C.c.Q. Comme il le souligne : « [L]es éléments de « masquer » et d' «abus de droit » sont nouveaux, et leur interaction déterminera la véritable portée de l'article. Voir aussi J. TURGEON, « Le Code civil du Québec, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires », préc., note 315, 134.

³²¹ S. CÔTÉ, J. GIRARD, préc., note 318, p. 92.

injustifiée » de la personnalité juridique distincte de la société »³²². Reprenant cette idée dans la décision *Caporicci c. Calzaturificio Sirio S.R.L.*³²³, le juge Vallerand critique vivement, puis renverse, la décision de première instance dans laquelle le juge avait soulevé le voile corporatif en présence d'un actionnaire *alter ego* de la corporation mais en l'absence de démonstration de fraude, d'abus de droit ou de contravention à l'ordre public. De même, dans l'affaire *Lanoué c. Brasserie Labatt Ltée*³²⁴, le tribunal a réitéré l'interprétation restrictive que doit recevoir l'application de l'article 317 C.c.Q. et son caractère d'exception, en reprenant les propos du professeur Martel précités à son compte.

2.2 Les conditions d'application du soulèvement du voile corporatif en droit québécois

Pour donner ouverture au soulèvement du voile corporatif, il importe que certains critères soient rencontrés. Ainsi, la théorie du soulèvement du voile corporatif vise à sanctionner un acte commis de mauvaise foi, par une compagnie avec laquelle son actionnaire présente des liens si étroits et un tel contrôle, qu'on peut considérer qu'elle est son *alter ego*, ou vice-versa.

En premier lieu, la personnalité morale doit être invoquée pour « masquer » certains abus. Comme le soulignent les auteurs Stéphane Rousseau et Nadia Smaïli, cette manipulation de la personnalité morale peut revêtir deux formes:

« [E]n premier lieu, l'article 317 C.c.Q. s'intéresse à l'actionnaire qui manipule la personnalité morale pour légitimer une fraude, un abus de droit ou une dérogation à l'ordre public. Dans un tel cas, l'actionnaire se sert de la société comme d'une façade afin de camoufler ses agissements personnels. Il fait commettre à la société un acte qui est légitime de prime abord, mais qui revêt, parce qu'il « la contrôle et bénéficie de cet acte, un caractère frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public ». Autrement dit, n'eût été de la personnalité morale qui est interposée, « l'acte ou l'omission en cause serait fautif ».

³²² P. MARTEL, *Le « voile corporatif » - l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec*, (1998) 58 R. du B. 95, 33. Voir aussi S. ROUSSEAU et N. SMAÏLI, préc., note 316, 837.

³²³ *Caporicci c. Calzaturificio Sirio S.R.L.*, J.E.99-2098 (C.A.).

³²⁴ *Lanoué c. Brasserie Labatt Ltée*, J.E.99-857 (C.A.).

En second lieu, l'emploi du verbe « masquer » permet de réprimer une autre forme de manipulation de la personnalité morale où l'actionnaire se sert de la société comme d'un intermédiaire pour commettre une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public sans encourir de responsabilité personnelle »³²⁵.

Aux termes du libellé de l'article 317 C.c.Q., ces abus ainsi masqués devront ainsi revêtir la forme d'une fraude, d'une contravention à l'ordre public ou d'un abus de droit.

2.2.1 L'acte accompli pour masquer un acte commis de mauvaise foi

Le premier type d'acte sanctionné par l'article 317 C.c.Q. est celui qui se qualifie de fraude. Comme le souligne le professeur Paul Martel :

« [L]e mot « fraude » vise vraisemblablement la fraude au sens du Code criminel, soit le fait par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif de frustrer le public ou toute personne, déterminée ou non, d'un bien ou d'argent, mais comme il est utilisé dans le Code civil du Québec, il ne requiert pas d'accusation aussi extrême ou de condamnation criminelle ; il couvre assurément l'«acte accompli de mauvaise foi avec l'intention de porter atteinte aux droits ou aux intérêts d'autrui ou d'échapper à l'application d'une loi »(Nos soulèvements)³²⁶.

Le second type d'acte sanctionné par l'article 317 C.c.Q. est celui qui se qualifie d'abus de droit. Comme le souligne le professeur Paul Martel :

« [Q]uant aux mots « abus de droit », cette expression a une portée encore incertaine, et ne reflète probablement pas le droit antérieur en matière de voile « corporatif ». À la lumière de l'article 7 du *Code civil du Québec*, on peut présumer que l'abus de droit vise le fait d'exercer ses droits de manière à causer délibérément ou malicieusement un préjudice à autrui, ou d'une manière excessive et déraisonnable et contraire à la bonne foi »³²⁷.

La troisième situation visée par l'article 317 C.c.Q. est celle qui comporte une contravention à l'ordre public. Comme le souligne le professeur Paul Martel :

« [Q]uant à l'expression « une contravention à une règle intéressant l'ordre public », elle vise, notamment, nous informe le ministre de la Justice, « des contraventions à la réglementation en matière d'environnement, de sécurité

³²⁵ S. ROUSSEAU et N. SMAÏLI, préc., note 316, p. 829.

³²⁶ P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-75.

³²⁷ *Id.*, p.1-77.

publique, de communications ou de services d'utilité publique ». Il s'agit en fait de contraventions à des règles juridiques à caractère impératif et auxquelles il ne peut être dérogé par contravention, dont celles énoncées dans les lois sur l'organisation de l'État, les lois administratives et fiscales, les lois d'organisation des ordres professionnels, les lois pénales, les lois du travail et les chartes des droits et libertés. Ceci codifie une autre série des exceptions jurisprudentielles susmentionnées, soit l'utilisation de la société comme écran pour masquer une contravention à une prohibition d'ordre public »³²⁸.

2.2.2 La théorie de l'*alter ego*

Une fois qu'il est démontré que la compagnie sert à masquer certains agissements en faisant office de façade ou d'intermédiaire, la notion de contrôle effectif de la compagnie entrera en jeu. Comme le soulignent les professeurs Stéphane Rousseau et Nadia Smaïli, « ce n'est que lorsque l'actionnaire pourra être qualifié d'« *alter ego* » ou d'« âme dirigeante » de la société qu'il sera possible de rechercher sa responsabilité pour avoir commis une fraude, un abus de droit ou une dérogation à une règle d'ordre public »³²⁹. Cette notion d'*alter ego* réfère à une société si intimement liée à son actionnaire qu'elle n'est en quelque sorte que le prolongement de celui-ci ou « son reflet »³³⁰. Ainsi :

« [L]'élément central de l'application de cette théorie consiste en la qualification de la relation qui existe entre l'actionnaire et la compagnie. Pour qu'un actionnaire soit l'*alter ego* d'une société, il est nécessaire de démontrer que ces derniers ne sont pas des personnes distinctes en raison des liens de droit qui les unissent. Aux fins de la détermination de l'existence d'une telle relation, le critère le plus important à considérer est celui de la domination de la personne morale par l'actionnaire. Deux critères sont utilisés pour appliquer la théorie de l'identification dans le contexte de l'article 317 C.c.Q. : le contrôle de l'actif et le contrôle légal. Le premier type de contrôle réside dans le pouvoir d'influer de manière effective sur l'utilisation de l'actif de la compagnie par la prise de décision quant à la conduite de ses affaires. Il requiert que l'actionnaire, ou le groupe d'actionnaires, exerce des fonctions de direction qui relèvent du conseil d'administration. Le second type de contrôle, le contrôle légal de la compagnie, se réfère au pouvoir qu'exercent indirectement les actionnaires sur l'administration des affaires de la compagnie par l'entremise de leur droit de vote »³³¹.

³²⁸ *Id.*

³²⁹ S. ROUSSEAU et N. SMAÏLI, préc., note 316, p. 831.

³³⁰ P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-90.1; *Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal*, [1994] 3 R.C.S. 29, p.48.

³³¹ S. ROUSSEAU et N. SMAÏLI, préc., note 316, p. 831.

Soulignons toutefois que la simple présence d'un *alter ego* n'est pas suffisante pour soulever le voile corporatif. Encore faut-il que cet actionnaire utilise la personnalité morale dans le but de commettre une fraude, un abus de droit ou pour contourner l'application d'une règle d'ordre public³³².

2.3 Les protagonistes visés par l'application de la mesure

La question demeure de savoir si le soulèvement du voile corporatif peut viser uniquement l'actionnaire qui n'est pas également administrateur, l'actionnaire qui cumule la fonction d'administrateur, ou l'administrateur qui n'est pas actionnaire. Cette question ne semble pas réglée au sein de la doctrine et de la jurisprudence et a fait l'objet d'une analyse exhaustive par les auteures Suzanne Côté et Julie Girard. Il ressort de cette analyse que la responsabilité de l'administrateur et actionnaire peut indubitablement être mise en cause dans le cadre de l'article 317 C.c.Q.³³³. En ce qui concerne l'actionnaire qui ne cumule pas les fonctions d'administrateur également, sa responsabilité pourrait être engagée par le biais de l'article 317 C.c.Q., bien que le recours en responsabilité extracontractuelle de l'article 1457 C.c.Q. paraisse dans certains cas un recours plus approprié³³⁴. Quant à la question de savoir si l'article 317 C.c.Q. permet le soulèvement du voile corporatif à l'encontre de l'administrateur non actionnaire, un courant qualifié de majoritaire, dont le professeur Paul Martel «est sans contredit le plus grand défenseur»³³⁵ et qui a été adopté par la Cour d'appel³³⁶, considère que l'article 317 C.c.Q. ne vise que l'actionnaire et n'est pas un mécanisme approprié pour viser l'administrateur. Le professeur Paul Martel s'exprime en ces termes :

« [L]'article 317 C.c.Q. ne constitue pas une source additionnelle de responsabilité personnelle pour les administrateurs. Cette disposition ne vise que les sociétés entièrement détenues et contrôlées par un actionnaire ou un groupe très restreint d'actionnaires, au point d'être considérées comme leur instrument ou *alter ego*; dans le cas de telles sociétés, l'application de l'article 317, lorsqu'elle survient, sert

³³² Voir P. MARTEL, préc., note 320, p.1-99 et ss.

³³³ Suzanne CÔTÉ, Julie GIRARD, « La percée du voile corporatif, qu'en est-il 10 an plus tard? », préc., note 318, p.79 – 101. Dans même ordre d'idée le professeur Paul Martel considère que « la société à actionnaire unique est présumément l'*alter ego* de celui-ci ». Voir : Paul MARTEL, préc., note 320, p. 1-102.

³³⁴ Voir à ce sujet S. CÔTÉ, J. GIRARD, préc., note 318, p.79 – 101, P. MARTEL, préc., note 320, p.1-89.

³³⁵ S. CÔTÉ, J. GIRARD, préc., note 318, p.96.

³³⁶ *Lanoue c. Brasserie Labatt Ltée*, J.E.99-857 (C.A.).

à « démasquer » cet actionnaire ou ce groupe d'actionnaires. Comme généralement c'est lui ou eux qui agissent comme administrateurs de la société, cela donne la fausse impression que c'est en raison de cette fonction qu'ils sont condamnés »³³⁷.

Par opposition, un courant que l'on peut qualifier de minoritaire, principalement soutenu par les professeurs Crête et Rousseau³³⁸, ainsi que par le professeur Jean Turgeon³³⁹, se fait partisan d'une approche plus large et suggère que l'article 317 C.c.Q. puisse s'avérer d'un certain secours pour celui qui cherche à engager la responsabilité d'un administrateur lorsque les conditions de son application sont respectées.

2.4 Le soulèvement du voile corporatif en matière matrimoniale

Si le voile corporatif peut être soulevé en différentes matières, il convient d'observer le traitement réservé à cette doctrine, dans un contexte matrimonial, par les tribunaux québécois. La revue des récentes décisions permet de dégager trois circonstances dans lesquelles les tribunaux sont susceptibles de soulever le voile corporatif en matière matrimoniale, soit pour inclure certains biens au patrimoine de l'un des époux afin d'en prononcer le partage, dans le cadre de l'évaluation de la valeur de l'actif d'un époux ou pour assurer la possibilité d'exécuter le jugement à l'occasion de l'octroi d'une prestation compensatoire et dans le cadre de l'évaluation des revenus ou de la capacité de payer de l'un des époux à l'occasion de l'octroi d'une pension alimentaire ou d'une somme forfaitaire en vertu de la *Loi sur le divorce*³⁴⁰.

La possibilité d'obtenir le partage de certains éléments d'actif détenus par une corporation par l'application de la théorie du soulèvement du voile corporatif en matière matrimoniale est désormais admise en droit québécois. Bien que l'article 317 C.c.Q. soit une originalité du droit québécois, les tribunaux se réfèrent encore fréquemment aux décisions de common law dans leur analyse de la théorie du voile corporatif. C'est ainsi que commentant des décisions récentes ontariennes dans lesquelles le juge a

³³⁷ P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-88.

³³⁸ Raymonde CRÊTE et Stéphane ROUSSEAU, *Droit des sociétés par actions*, Éditions Thémis, Montréal, 2011, p.146.

³³⁹ J. TURGEON, préc., note 315. Voir aussi : André MORRISSETTE et Jean TURGEON, *Droit corporatif canadien et québécois*, Farnham, CCH/FM Canadian, n°1-010.

³⁴⁰ *Loi sur le divorce*, (L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.)).

expressément soulevé le voile corporatif, le professeur Paul Martel avance l'idée suivante : [E]n droit québécois, il sera possible d'arriver à des résultats similaires en appliquant l'article 317 du *Code civil du Québec*, au motif que le mari invoque la personnalité juridique de sa ou ses sociétés pour se soustraire à ses obligations matrimoniales, et donc pour masquer sa fraude ainsi que sa contravention à une règle intéressant l'ordre public »³⁴¹.

Quoi qu'il en soit, les décisions ayant appliqué un tel raisonnement ne foisonnent pas. Rappelons en effet que la théorie du soulèvement du voile corporatif se veut une mesure d'exception. Certains jugements méritent cependant d'être soulignés. Dans l'arrêt *Droit de la famille -1931*³⁴², le tribunal *flirte* timidement avec le soulèvement du voile corporatif, sans toutefois nommer le principe, ni l'article 317 C.c.Q. Dans cette affaire, la demanderesse souhaite faire inclure dans le partage du patrimoine familial la résidence principale du ménage et le défendeur s'y oppose au motif qu'elle est détenue par une compagnie. Les faits indiquent que la résidence a été acquise par la compagnie pour des fins fiscales mais les faits suggèrent aussi une intention frauduleuse, puisque l'époux a refusé que l'épouse soit copropriétaire étant donné que leur relation connaissait des difficultés. De plus, le tribunal souligne que l'époux est l'unique actionnaire de la compagnie. Le juge statue finalement sur l'inclusion de la valeur totale de la résidence dans le calcul du patrimoine familial. Comme le soulignent les auteures Bruneau et Courtemanche, « [M]algré qu'il puisse paraître étonnant que le droit de propriété d'une tierce partie, soit la société, fasse partie du calcul du patrimoine familial, il est intéressant de constater que selon l'interprétation qu'en fait la juge Grenier, l'expression « les droits qui en confèrent l'usage » ne comprend pas uniquement le droit d'usage que l'un des époux possède dans la résidence détenue par la société, mais également la résidence elle-même et, de là, son inclusion dans le patrimoine familial »³⁴³. Peut-on voir dans ce jugement une forme de soulèvement du voile corporatif, les critères de son application étant mis de l'avant dans la décision et le juge statuant par l'inclusion de la valeur de la résidence, en dépit de sa détention par le biais d'une corporation? L'article 317 C.c.Q.

³⁴¹ P. MARTEL, préc., note 320, p.1-46.

³⁴² *Droit de la famille -1931*, [1994] R.J.Q. 378 (C.S.).

³⁴³ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 19.

n'est nulle part expressément mentionné dans les motifs du juge, mais on dénote que ces critères d'application semblent avancés comme motifs à la décision. On peut se demander si la réflexion n'aurait pas pris cette direction en l'absence de possibilité de prononcer un partage en vertu de l'article 415 C.c.Q.

Dans l'affaire *Droit de la famille-3264*, le tribunal cite l'arrêt susmentionné pour inclure la valeur d'un véhicule dans le patrimoine familial bien que celui-ci soit la propriété d'une compagnie pour des raisons fiscales, cette fois en référant expressément à l'article 317 C.c.Q. Le juge Banford s'exprime en ces termes : « [L]e fait que le véhicule ait été immatriculé au nom d'une entreprise contrôlée par le défendeur plutôt qu'en son nom personnel comme c'était le cas pour la Mercedes, ne peut être motivé que par des raisons fiscales ou pour éviter l'inclusion du bien parmi ceux du patrimoine. Dans l'un ou l'autre cas, le Tribunal estime qu'en contournant ainsi la loi, un époux contrevient à l'esprit d'équité que veulent créer les règles du patrimoine familial. Il y a lieu dans ces circonstances, de lever le voile corporatif et d'inclure le bien dans le patrimoine familial des parties »³⁴⁴. Plus succincts, les arrêts *droit de la famille -3147*³⁴⁵ et *G.F. c. H.T.*³⁴⁶ ont également inclus dans le patrimoine familial la valeur des biens appartenant à une compagnie et utilisés pour les besoins de la famille³⁴⁷.

Le soulèvement du voile corporatif est par ailleurs parfois invoqué en matière matrimoniale afin d'inclure ou d'exclure au patrimoine de l'un des époux une dette relative au ménage. Dans l'affaire *Droit de la famille-2384*³⁴⁸, l'époux a acquis la

³⁴⁴ *Droit de la famille-3264*, [1999] R.D.F. 273 (C.S.). On se surprend ici de l'assimilation que fait le juge entre la situation d'un transfert motivé par des fins fiscales, qui est normalement considéré comme fait en l'absence d'intention frauduleuse, et le transfert frauduleux visant à contourner l'application du patrimoine familial. En effet, les planifications successorales qui sont largement effectuées par considérations fiscales ne sont généralement pas remises en cause sous l'angle d'une intention frauduleuse, bien au contraire : la démonstration de ces considérations étaye plutôt la preuve de l'absence d'intention frauduleuse. Quoi qu'il en soit et tel que ci-après explicité, il importe de contextualiser la décision en ce sens qu'elle porte sur un bien qui aurait normalement été inclus au patrimoine familial et de souligner que c'est alors le résultat obtenu qui devient le critère d'application du soulèvement du voile corporatif. Ainsi, l'acte sera sanctionné s'il a pour effet - et non pour objet- de contourner l'application du patrimoine familial, d'où l'assimilation à juste titre de ces deux situations dans ce contexte précis.

³⁴⁵ *Droit de la famille-3147* [2000] R.D.F. 160 (C.A.).

³⁴⁶ *G.F. c. H.T.*, [2003] R.D.F. 376 (C.S.).

³⁴⁷ *Droit de la famille-3147*, préc., note 345.

³⁴⁸ *Droit de la famille-2384*, [1996] R.D.F. 410 (C.S.).

résidence familiale au moyen d'un emprunt à une compagnie dont il était le seul actionnaire. À la date du divorce, cette « dette » contractée pour l'acquisition de la résidence avait toujours cours. En conséquence, l'époux allègue que la somme de cet emprunt devrait être déduite du calcul de l'actif composant le patrimoine familial en vertu des articles 416 et 417 C.c.Q., réduisant d'autant le montant sur lequel calculer la créance de son épouse. Rejetant la demande de soustraction de cette somme à la valeur du patrimoine familial, le tribunal motive ainsi sa décision:

« [E]nfin, accepter qu'une personne puisse acquérir tous les biens qui font normalement partie du patrimoine familial (résidence, automobiles, meubles, etc.) par le biais de sommes « empruntées » d'une compagnie lui appartenant en exclusivité et que ces « dettes » puissent ensuite être opposées au partage du patrimoine serait ouvrir une porte de sortie béante pour contourner les règles du patrimoine. Ce serait permettre que soit fait indirectement ce qu'on ne peut faire directement. Ce serait permettre de pouvoir exclure du patrimoine familial la presque totalité des biens qui en font normalement partie par un simple jeu d'écritures comptables que le premier venu pourrait réaliser. Tout le monde pourrait, en se créant une petite compagnie, lutter contre les règles du patrimoine familial; du moins, tous les conjoints que le partage risque de désavantager. Le législateur, qui a fait des règles du patrimoine familial des règles impératives applicables à tous les époux quelle que soit leur volonté, n'a pu vouloir pareille situation. Accepter la proposition de monsieur serait ouvrir une boîte de Pandore, dont on sait à l'avance que le résultat serait de permettre de vider de tout sens les règles du patrimoine familial. Cela ne peut être permis par les tribunaux »³⁴⁹.

Considérant que la famille n'a jamais été endettée envers la compagnie et que cette dette est en quelque sorte artificielle, le juge ne la prend pas en compte dans le calcul du patrimoine. Le tribunal assimile ainsi cette situation à la situation où l'époux aurait acquis la résidence à même le produit de son travail et sans ce mécanisme de prêt à la compagnie, élaboré principalement pour des raisons fiscales. Le tribunal semble donc ici appliquer, sans y référer expressément, la doctrine du soulèvement du voile corporatif.

L'arrêt *Droit de la famille-1128*³⁵⁰, est encore plus éloquent, puisque le juge soulève littéralement le voile corporatif en considérant que tous les biens de l'époux sont possédés par la compagnie, qui paie également toutes les dépenses de son unique actionnaire. Le juge Pronovost s'exprime en ces termes : « [I]l est nécessaire pour la

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ *Droit de la famille-1128*, 2011 QCCS 70.

demanderesse que le voile corporatif soit levé puisque les seuls biens que le défendeur possède sont les biens de la compagnie. Sans la levée du voile corporatif, il est utopique pour la demanderesse d'obtenir quelque montant d'argent (...) Ici le défendeur ne peut pas prétendre que sa compagnie est une personnalité différente de la sienne. Au contraire, tout est fondu en une seule et même entité. C'est la compagnie qui défraie tout, le défendeur ne se paie aucun salaire. Le défendeur n'a aucun autre bien que ceux de la compagnie. Il y a donc lieu de lever le voile corporatif et de permettre à la demanderesse d'exécuter le présent jugement sur les biens de la compagnie A »³⁵¹.

Enfin, dans le très récent arrêt *Droit de la famille-142165*³⁵² le tribunal inclut dans le calcul du patrimoine familial des biens possédés par la corporation de l'époux en appliquant également expressément l'article 317 C.c.Q. Après avoir réitéré le principe de l'autonomie du patrimoine de la corporation, le juge expose les critères d'application de l'article 317 C.c.Q., soit (a) que la personne soit l'*alter ego* de la compagnie, (b) qu'une fraude, un abus de droit ou la contravention à une règle d'ordre public survienne et (c) que la compagnie soit utilisée pour masquer cette fraude, abus de droit ou contravention à une règle d'ordre public. Le juge souligne ensuite que l'époux est l'unique actionnaire et administrateur des compagnies, dont il a le plein contrôle. À la question de savoir si une dérogation à une règle d'ordre public est survenue, le juge s'exprime en ces termes : « *The companies which are totally controlled by Father alone cannot disregard his responsibilities and obligations and particularly so, when such obligation are of public order. The partition of the value of the family patrimony and alimentary support are of public order* »³⁵³. Le juge reprend ensuite les propos de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co*³⁵⁴ et statue en faveur du soulèvement du voile corporatif au motif qu'en l'espèce le défaut de lever le voile corporatif mènerait à un résultat trop grossièrement opposé à la justice.

Dans un autre ordre d'idées, une fois le jugement rendu, il demeure toujours la problématique de faire exécuter le jugement. Qu'advient-il lorsque l'époux débiteur ne

³⁵¹ *Id.*, para 25 et 93.

³⁵² *Droit de la famille-142165*, 2014 QCCS 4138

³⁵³ *Id.*, p.16.

³⁵⁴ *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 RCS 2

dispose d'aucun patrimoine alors que tous les biens familiaux, ou une large proportion de ceux-ci, sont détenus par une compagnie? Afin de pallier cette difficulté, il arrive que le tribunal procède au soulèvement du voile corporatif, afin de permettre l'exécution du jugement non seulement à l'encontre du patrimoine de l'époux concerné, mais également à l'encontre du patrimoine de la corporation détentrice des éléments d'actif.

Dans certains cas, le tribunal pourra aller jusqu'à condamner la corporation solidairement avec l'époux concerné. Cette possibilité fut largement discutée dans l'arrêt *M.D. c. Plante*³⁵⁵. Bien que cette affaire concerne une poursuite en responsabilité à l'encontre du procureur ayant représenté l'époux dans le cadre de la demande en divorce, il offre une piste de réflexion dans le cadre de la présente analyse en raison des motifs évoqués par le juge au soutien de la décision. Les faits liés au divorce en question entourent un époux qui opérait trois entreprises collectivement appelés FERME. L'épouse recherche le partage du patrimoine familial et une prestation compensatoire. En première instance, la juge Monast fait droit à sa demande au motif suivant :

« [L]a preuve ayant démontré qu'il y a confusion entre le patrimoine du défendeur et celui de la [ferme A], le Tribunal ne fera pas de distinction entre les deux, sauf pour assurer le caractère exécutoire des ordonnances qui seront rendues.

[...]

Le Tribunal n'a pas de réserve à condamner la mise en cause puisque ses biens et ceux du défendeur sont confondus et que leurs patrimoines sont indissociables. [...] »³⁵⁶.

Dans cette affaire, tous les actifs de la famille étaient détenus par FERME et celle-ci payait également toutes les dépenses de la famille. On peut donc lire entre les lignes du jugement une application de la théorie du soulèvement du voile corporatif en matière matrimoniale de la façon suivante : dans un premier temps, la juge a donc procédé à l'application des règles du *Code civil du Québec* en accordant à l'épouse le paiement d'une prestation compensatoire. Or, la plupart des éléments d'actif « de l'époux » étaient détenus par les corporations. Pour cette raison, la juge a jugé nécessaire de soulever le voile corporatif dans un deuxième temps, afin de permettre l'exécution du jugement sur

³⁵⁵ *M.D. c. Plante*, 2009 QCCS 6113.

³⁵⁶ *B.L. c. M.D.*, [2001] R.D.F. 737(C.S.), par. 79-80.

le patrimoine de la corporation, en condamnant cette dernière solidairement avec l'époux au paiement de la prestation compensatoire³⁵⁷. Il semble ainsi se dégager une récente inclinaison des tribunaux à appliquer la théorie du soulèvement du voile corporatif en matière familiale.

2.5 Le soulèvement du voile fiduciaire

À la lumière des décisions précitées ainsi que des commentaires du professeur Paul Martel, il appert que le soulèvement du voile corporatif soit un principe reconnu en matière familiale au Québec³⁵⁸. Ce principe permet donc de faire échec à l'utilisation abusive de la personnalité juridique pour se défilier de certaines obligations contractuelles ou légales et peut permettre d'inclure dans le patrimoine de l'actionnaire les biens qui la composent aux fins de calcul ou de partage, ainsi que d'assurer la possibilité d'exécuter le jugement. Comme le soulignent les auteures Armstrong, Bonnavé et Bisson : « [E]n principe, et similairement aux biens transférés dans une compagnie, les biens transmis à la fiducie entre vifs ne font plus partie du patrimoine de l'époux-constituant, et ce, en vertu de la règle de l'autonomie des patrimoines et de la présomption relative de bonne foi. Lors du partage du patrimoine familial, il ne serait donc en principe plus possible pour un conjoint de se prévaloir de son droit de créance sur la moitié de la valeur nette de la résidence familiale ou des véhicules dont la propriété a été transférée à la fiducie entre vifs. Cela dit, en pratique, le véhicule fiduciaire peut parfois être utilisé pour masquer la réalité des actifs et des revenus d'un époux et contourner certaines règles de droit qui ont

³⁵⁷ Le juge n'est pas très loquace quant au mécanisme juridique lui ayant permis de prononcer cette solidarité, qui peut avoir cours entre codébiteurs. Aussi, on comprend mal comment et par quelles considérations une compagnie pourrait se trouver codébitrice d'une prestation compensatoire. Le recours tout avoué à la notion de soulèvement du voile corporatif aurait-elle été ici plus appropriée? Bien que cette notion en soit une d'exception, nous ne sommes pas convaincus que la notion de solidarité était ici adéquate pour permettre l'exécution du jugement sur les biens de la corporation et nous sommes d'avis que le soulèvement du voile corporatif offrait ici une avenue plus cohérente. Néanmoins, ce recours à la notion de solidarité n'est pas sans intérêt, surtout dans le cadre du partage du patrimoine familial ou de la société d'acquêts, si l'on considère que la corporation, dont l'époux est unique administrateur et actionnaire, ne pouvait ignorer les obligations de celui-ci envers l'autre époux(se). Ceci étant, peut-on alors considérer que la compagnie a engagé sa responsabilité extracontractuelle en participant à cette diversion de patrimoine? Nous croyons que cette avenue puisse offrir un certain secours en des circonstances bien précises, spécialement lorsque l'intention frauduleuse de l'époux serait démontrée.

³⁵⁸ *Yared (Succession de)*, préc, note 21, *M.D. c. Plante*, préc, note 355. Voir aussi P. MARTEL, préc., note 320, p.1-46.

pour objet de remédier à des iniquités et de protéger le conjoint vulnérable »³⁵⁹. Suivant cette hypothèse, il convient d'examiner si un tel soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, pourrait être envisageable et sur quels principes il pourrait être fondé. Par la suite, il conviendra d'observer de quelle manière est présentement appliquée cette théorie par les tribunaux en matière matrimoniale.

2.5.1 Le soulèvement du voile fiduciaire par analogie au voile corporatif : quel fondement juridique en l'absence de disposition statutaire?

L'article 317 C.c.Q. réfère à la « personnalité juridique d'une personne morale » ce qui ne permet pas *a priori* d'adresser la situation de l'époux qui utilise l'autonomie du patrimoine fiduciaire pour se défilier de ses obligations légales ou contractuelles. On peut se demander si, en droit québécois et à l'heure actuelle, une application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, peut être envisageable compte tenu que le libellé de l'article 317 C.c.Q. ne réfère qu'à la « personnalité juridique d'une personne morale » et ne vise aucunement l'autonomie du patrimoine fiduciaire. L'examen du fondement juridique de ce principe au Québec avant la promulgation de l'article 317 C.c.Q. en 1994, ainsi que de son application actuelle par les tribunaux des juridictions ne connaissant toujours aucune disposition statutaire équivalente à cet article pour répondre aux défis posés par le gain de popularité du véhicule fiduciaire, offre certaines pistes de réflexion.

2.5.1.1 Les fondements du soulèvement du voile corporatif au Québec avant 1994

Tel que ci-avant exposé, le principe du soulèvement du voile corporatif se voulait à la base une exception jurisprudentielle au principe de l'autonomie de la personnalité juridique. Avant 1994, cette exception pouvait prendre la forme d'une exception statutaire ou d'une exception jurisprudentielle. Du point de vue statutaire, plusieurs lois instauraient (et instaurent toujours) des limites en permettant de soulever le voile

³⁵⁹ M.-C. ARMSTRONG, L. BONNAVE et J. BRISSON, préc., note 17, p.369.

corporatif³⁶⁰. Autrement, certaines exceptions jurisprudentielles pouvaient servir de fondement à une telle décision. Néanmoins, comme le soulignent Suzanne Côté et Julie Girard : « en l'absence d'une disposition permettant la levée du voile corporatif sous l'ancien Code civil, celle-ci ne pouvait être justifiée, et encore difficilement, que par des motifs plutôt larges, tels l'équité et la bonne foi »³⁶¹. À ce sujet, le professeur Paul Martel émet les commentaires suivants :

« [A]u Québec, comme d'ailleurs en common law, il était avant 1994 à peu près impossible de dégager des principes directeurs clairs du corps jurisprudentiel portant sur la levée du « voile corporatif ».

(...)

Partout, en matière de « voile corporatif », flottait un parfum indéfinissable d'équité. Quand ce parfum devenait trop capiteux (et ceci était purement subjectif, selon l'acuité olfactive de chaque juge!), tout à coup le tribunal se sentait justifié de passer outre les structures corporatives, de « lever le voile ». (Les italiques sont de l'auteur et les soulignements de nous) »³⁶².

Pour le professeur Paul Martel, avant 1994, le bien fondé même de ce principe pouvait être mis en cause. Il poursuit en ces termes :

« [C]omme le souligne si bien Bruce Welling, *les tribunaux n'avaient pas le droit, à moins de disposition statutaire expresse, de ne pas respecter l'identité corporative*. Cette identité indépendante est la base même du droit corporatif, et elle est clairement établie par la loi, lorsque celle-ci affirme sans équivoque qu'une société bénéficie de la personnalité juridique. Ne pas reconnaître cette personnalité indépendante équivaut à court-circuiter tout le système.

Aucun tribunal ne songerait à ne pas reconnaître la personnalité juridique d'un individu : pourquoi serait-il justifié d'agir de la sorte envers une société par actions à qui la loi confère la même capacité, la même personnalité qu'à une personne physique?

Ou bien la société est une personne indépendante, ou bien elle ne l'est pas du tout. Il est tout à fait illogique de prétendre dans un même souffle que cette personnalité existe, mais que pour les fins de tel ou tel geste ou contrat, on peut faire comme si elle n'existait pas. C'est pourtant exactement cela que sous-entend la « levée du voile corporatif ». Les tribunaux « soulèvent le voile » pour les fins d'une

³⁶⁰ Voir P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-33 et ss.

³⁶¹ S. CÔTÉ, J. GIRARD, préc., note 318, p. 82.

³⁶² P. MARTEL, préc., note 320, p.1-63.

transaction particulière, mais s'empressent de préciser qu'à toute autre fin ils reconnaissent l'opacité de ce voile »³⁶³.

Il appert donc que la notion de soulèvement du voile corporatif, en l'absence de disposition législative claire et précise comme l'article 317 C.c.Q., présente un fondement légal assez fragile.

2.5.1.2 Les principes dégagés par l'étude de la jurisprudence récente de common law

Compte tenu des origines du principe du soulèvement du voile corporatif et considérant l'absence de disposition statutaire en droit québécois qui prévoirait expressément le soulèvement du voile fiduciaire, il demeure pertinent de jeter un bref regard sur l'évolution de l'application de la doctrine du soulèvement du voile corporatif dans les juridictions de common law, où il ne fait l'objet d'aucune disposition statutaire. à titre d'exception jurisprudentielle.

Les tribunaux du Royaume-Uni ont récemment tenu la communauté juridique en haleine dans le cadre d'un litige concernant un divorce à l'occasion duquel la question du partage des résidences détenues par une société dont l'époux était l'unique actionnaire comme paiement partiel de la somme globale due s'est posée³⁶⁴. Dans le cadre de leur analyse, les Lords de la Cour Suprême du Royaume-Uni ont procédé à l'examen exhaustif des principes régissant le soulèvement du voile corporatif, depuis ses débuts jusqu'à aujourd'hui, et à la revue des décisions clés en la matière. Bien que les principes dégagés dans cette décision émanant du Royaume-Uni ne puissent être importés et appliqués littéralement dans notre droit, leur analyse approfondie de la théorie du soulèvement du voile corporatif a retenu l'attention de la doctrine³⁶⁵ et présente un intérêt dans la présente réflexion compte tenu du fait que cette théorie, en droit québécois, tire ses assises du droit anglo-saxon. Ainsi, les commentaires formulés par les Lords peuvent

³⁶³ *Id.*, p.1-66.

³⁶⁴ *Prest c. Pétrodel Resources Limited*, [2013] UKSC 34 dans P. MARTEL, *La société par actions au Québec- Les aspects juridiques*, préc., note 320, p.1-103.

³⁶⁵ Notamment celle de Paul Martel dans Paul MARTEL, préc., note 320, p. 1-103 et ss.

contribuer à clarifier les fondements du principe tout en étayant notre analyse. À la lumière des commentaires des Lords, voici les grandes lignes qui émanent de cette décision à l'égard de la notion du soulèvement de voile corporatif :

A) Une notion remise en question aux assises précaires

À la lecture des commentaires des Lords, on constate que le fondement de ce principe, en l'absence de toute disposition statutaire demeure précaire, voire susceptible d'être remis en cause. Dans cette décision « remarquable par les efforts déployés par les sept Lords qui l'ont rendue, pour tenter de circonscrire la doctrine du soulèvement du voile corporatif »³⁶⁶, le tribunal suggère que la théorie du soulèvement du voile corporatif est parfois contestée ou appliquée de façon inadéquate. Ainsi, Lord Neuberger s'exprime en ces termes :

« [T]he history of the doctrine over 80 years of its putative life (taking *Gilford Motor* as the starting point) is, therefore, at least as I see it, a series of decisions, each of which can be put into one of three categories, namely:

- (i) Decisions in which it was assumed that the doctrine existed, but it was rightly concluded that it did not apply on the facts;
- (ii) Decisions in which it was assumed that the doctrine existed, and it was wrongly concluded that it applied on the facts;
- (iii) Decisions in which it was assumed that the doctrine existed and it was applied to the facts, but where the result could have been arrived at on some other, conventional, legal basis, and therefore it was wrongly concluded that it applied (see para 62 above) »³⁶⁷.

B) Une notion d'exception devant s'appliquer en l'absence de possibilité d'avoir recours à une disposition du droit statutaire

Le tribunal insiste aussi sur la nécessité de recourir à d'autres instruments du droit, lorsque les faits se qualifient. Lord Mance s'exprime comme suit : « [I]t is however often dangerous to seek to foreclose all possible future situations which may arise and I would not wish to do so. What can be said with confidence is that the strength of the principle in *Salomon's case* and the number of other tools which the law has available mean that, if

³⁶⁶ P. MARTEL, note 320, p. 1-104.

³⁶⁷ *Prest c. Pétrodel Resources Limited*, préc., note 364, (Lord Neuberger).

there are other situations in which piercing the veil may be relevant as a final fall-back, they are likely to be novel and very rare »³⁶⁸. Lord Clarke souscrit à l'opinion précitée en emphasant sur le caractère exceptionnel de la mesure. Il émet le commentaire suivant : « I also agree with Lord Mance and others that the situations in which piercing the corporate veil may be available as a fall-back are likely to be very rare and that no-one should be encouraged to think that any further exception, in addition to the evasion principle, will be easy to establish. It will not »³⁶⁹.

À l'issue de ces réflexions, les Lords ont préféré procéder au partage de la résidence par le biais d'une disposition statutaire de leur droit. Après avoir souligné le caractère incertain et controversé de cette doctrine, dénoncé « l'absence de tout principe cohérent »³⁷⁰ à titre de balises et déploré l'application souvent confuse ou inappropriée de celle-ci, les Lords ont prononcé l'octroi de ces résidences à l'épouse, non pas par application du principe du soulèvement du voile corporatif, mais en ayant plutôt recours à l'article 24(1) du *Matrimonial Cases Act 1973*³⁷¹. Comme le souligne le professeur Paul Martel : [C]ette décision n'était pas fondée sur la levée du « voile corporatif », longuement étudiée par la Cour, mais plutôt sur le fait que les propriétés, en l'occurrence, étaient « beneficially owned » par le mari actionnaire, et constituaient au sens de l'article 24(1) de la loi susmentionnée, des propriétés auxquelles il était « entitled, either in possession or reversion ». Les sociétés étaient en effet de simples prête-noms détenant les propriétés in trust par le mari »³⁷². Il est intéressant de constater que les tribunaux du Royaume-Uni, dans le cadre de cette décision, ont été plus enclins à appliquer un mécanisme du droit statutaire britannique qu'à prononcer l'octroi des résidences par application de la théorie du soulèvement du voile corporatif. Bien que la notion de *beneficial owner* soit absente de notre droit et que la notion de *droits qui confèrent l'usage d'une résidence* en lien avec le patrimoine familial soit absente du leur, force est de constater que leur raisonnement n'est pas sans rappeler le recours aux mécanismes du

³⁶⁸ *Id.*, préc., note 364 (Lord Mance).

³⁶⁹ P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-103.

³⁷⁰ *Id.*, p. 1-104

³⁷¹ En effet, tel que susmentionné, le soulèvement du voile corporatif est une mesure d'exception. Compte tenu de la présence d'une disposition statutaire permettant le partage des biens, les Lords n'ont ainsi pas eu à avoir recours à cette théorie dans le cadre de cette décision.

³⁷² P. MARTEL, préc., note 320, 1-104.

droit québécois que préfèrent souvent appliquer les tribunaux par opposition à la théorie du soulèvement du voile corporatif, et notamment l'attribution d'une valeur aux droits qui confèrent l'usage d'une résidence ou à la participation du bénéficiaire dans une fiducie.

C) Une notion reconnue malgré tout

Malgré tout, force est de constater que les juridictions de common law, qui ne connaissent aucun article similaire à l'article 317 C.c.Q., reconnaissent dans certaines circonstances la théorie de la levée du voile corporatif. Plus encore, il s'avère que leur interprétation des conditions liées à l'application de ce mécanisme a évolué de façon similaire à l'article 317 C.c.Q. Commentant la décision précitée, Paul Martel souligne ce qui suit: « Comme on peut le constater, l'approche de droit civil citée par la Cour (abus de droit, fraude), et celle préconisée par elle pour la common law (« évasion » de devoirs ou responsabilités par interposition de société) ont beaucoup de choses en commun avec la codification de l'article 317 du Code civil du Québec »³⁷³.

D) Une notion qui s'applique en contexte matrimonial

Puisque l'application de la théorie du voile fiduciaire par analogie à la théorie du soulèvement du voile corporatif ne reposerait sur aucune disposition statutaire, et que l'évolution de l'exception jurisprudentielle du soulèvement du voile fiduciaire dans les juridictions de common law présente des similitudes avec le droit québécois, il convient d'observer de quelle façon ce principe a récemment été appliqué par les tribunaux de ces juridictions en contexte matrimonial. À la lecture des décisions récentes, force est de constater que les tribunaux de common law n'ont pas à ce jour véritablement ouvert la voie, orientant davantage leur analyse vers l'attribution d'une valeur à la participation dans la fiducie correspondant à une proportion de la valeur des éléments d'actif qui la composent, respectant ainsi l'étanchéité du patrimoine fiduciaire³⁷⁴. De récentes

³⁷³ *Id.*, note 320, p. 1-107.

³⁷⁴ Lynne KASSIE, préc., note 129, p.5 et ss. Voir notamment *Sagl c. Sagl*, [1997] Ont.J. (Quicklaw) no 2837 (C.Ont. Div. Gén.), *Armstrong c. Armstrong*, (1997) 34 R.F.L. (4^e) 38 (C. Ont. Div. Gén.), *Black c. Black*, (1988) 18 R.F.L. (3^e) 303 (Ont. H.C.J.), *DaCosta c. DaCosta*, (1992) 29 R.F.L. (3^e) 422 (C. Ont. Div. Gén.), *MacDonald c. Macdonald*, [2003] 33 R.F.L. (5^e) 119, (C.S.B.C.), *Aylott c. Aylott*, [1999] B.C.J. (Quicklaw) no 1524 (C.S.B.C.), *Grove c. Grove*, [1996] B.C.J. (Quicklaw) no 658 (C.S.B.C.), *Flaherty v.*

décisions émanant de la Cour d'appel de l'Ontario³⁷⁵, semblent néanmoins indiquer que les tribunaux ontariens « démontrent une volonté claire de soulever le voile corporatif en matière de droit matrimonial, lorsque ce fait ne porte pas atteinte aux droits des tiers »³⁷⁶. Dans l'arrêt *Debora c. Debora*³⁷⁷, le tribunal a soulevé le voile corporatif pour qualifier de « matrimonial home » un chalet détenu par une corporation, qualifiée d'*alter ego* de l'époux³⁷⁸. Finalement, dans l'affaire *Lynch c. Segal*³⁷⁹, le tribunal a déclaré l'épouse propriétaire de terrains détenus par une compagnie considérée comme *alter ego* de son époux « en raison des manœuvres systématiques de celui-ci pour échapper au paiement de toute pension »³⁸⁰.

2.5.2 Le soulèvement du voile fiduciaire en matière matrimoniale au Québec

À la lecture de ces commentaires de la section 2.5.1.2, on constate qu'en l'absence de disposition statutaire comme celle prévue au *Code civil du Québec*, la théorie du soulèvement du voile fiduciaire présente des assises tangibles, mais chambranlantes. Néanmoins, il appert que cette théorie demeure reconnue et que les tribunaux continuent à l'appliquer à l'heure actuelle. De plus, cette théorie a fait l'objet d'une analyse exhaustive par l'auteure Lynne Kassie, au terme de laquelle l'auteure a dégagé un certain nombre d'éléments à considérer dans le cadre de l'examen de l'opportunité de soulever le voile fiduciaire. Au niveau du traitement doctrinal et jurisprudentiel de la notion, considérant le caractère d'exception de la théorie du soulèvement du voile corporatif et la relative jeunesse du véhicule fiduciaire, c'est sans surprise que notre recherche n'a permis de mettre en lumière que très peu de décisions ayant appliqué explicitement la théorie du soulèvement du voile fiduciaire. Néanmoins, certains jugements méritent d'être relevés et tout particulièrement certaines récentes

Flaherty, 638 A.2d 1254 (N.H. Sup. Ct 1994) (WL), *Tremaine v. Tremaine*, 643 A. 2d 1291 (Conn. App. 1994) (WL), *Re Balanson*, 25 P. 3d 28 (Colo Sup. Ct 2001) (WL).

³⁷⁵ *Wildman c. Wildman*, [2006] O.J. No 3966 (C.A.), *Debora c. Debora*, [2006] O.J. No 4826 (C.A.) et *Lynch c. Segal*, [2006], O.J. no 5014 (C.A.).

³⁷⁶ P. MARTEL, préc., note 320, p. 1-44.1

³⁷⁷ *Debora c. Debora*, [2006] O.J. No 4826 (C.A.)

³⁷⁸ *Family Law Act* (R.S.O. 1990, c. F.3)

³⁷⁹ *Lynch c. Segal*, [2006], O.J. no 5014 (C.A.)

³⁸⁰ P. MARTEL, préc., note 320, p 1-45.

décisions semblant utiliser la notion de soulèvement du voile fiduciaire, au Québec, en contexte matrimonial.

2.5.2.1 Les éléments à considérer pour soulever le voile fiduciaire

Cette question de savoir si un soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, suscite un certain intérêt dans la doctrine³⁸¹. Examinant les motifs qui ont poussé les tribunaux de diverses juridictions³⁸² à prononcer le partage des biens détenus par une fiducie, l'auteure Lynne Kassie a tenté de dégager certaines tendances en la matière. Elle avance l'hypothèse suivante: « [L]a réponse à une telle question dépendra largement du langage utilisé dans la législation de chaque juridiction au Canada, l'objectif de la fiducie, l'intention du constituant et le rôle de l'époux dans la fiducie; par exemple, l'époux est-il un fiduciaire, un bénéficiaire ou les deux à la fois»³⁸³. Les critères mis de l'avant par l'auteure sont le fruit de son analyse de la jurisprudence canadienne³⁸⁴ et américaine et ceux-ci doivent donc être appliqués au cadre québécois avec prudence et réserve, en faisant les distinctions qui s'imposent, plutôt que largement et littéralement. En effet, sa réflexion à ce niveau se situe principalement en contexte de partage des droits détenus en fiducie. Néanmoins, ce partage relève largement du soulèvement du voile fiduciaire dans les juridictions de common law, lesquelles ne prévoient pas de régime matrimonial susceptible d'engendrer tel partage³⁸⁵. De plus, ces éléments sont repris lorsque l'auteure analyse la question de savoir si un époux peut échapper au partage du patrimoine familial ou des éléments d'actif matrimonial en plaçant ses avoirs dans une fiducie. Aussi et lorsque l'on s'y penche, on constate que ces éléments de réflexion sont actuellement bien présents en arrière plan des décisions québécoises qui abordent la question du soulèvement du voile fiduciaire, avant de ranger

³⁸¹ Voir notamment : Lynne KASSIE, préc., note 129, p.1 et ss.; M.-C. ARMSTRONG, L. BONNAVE et J. BRISSON, préc., note 17, p.1 et ss.

³⁸² Particulièrement le Québec ainsi que l'Ontario et la Colombie-Britannique, dont les règles du droit matrimonial prévoient également un partage d'actif de la famille et une exclusion de tout partage pour les biens reçus par voie de donation.

³⁸³ L. KASSIE, préc., not 129, p.7.

³⁸⁴ Les décisions sous analyse émanent principalement du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique.

³⁸⁵ L. KASSIE, préc., note 129, p.6.

leur conclusion dernière l'octroi d'un partage par application des principes du *Code civil du Québec*³⁸⁶. Ceci étant, nous suggérons que ces éléments de réflexion puissent également alimenter le débat en contexte québécois et qu'ils pourraient être pris en considération par le tribunal qui, se trouvant dans l'impossibilité de recourir au *Code civil du Québec* pour prononcer un partage, en viendrait à prononcer le soulèvement du voile fiduciaire. Il nous semble également possible d'ajouter à ces quatre critères un cinquième élément, soit la confusion entre le patrimoine de l'époux et celui de la fiducie. Aussi, il y a lieu d'examiner un peu plus spécifiquement ces grands axes de réflexion susceptibles de militer en faveur d'un soulèvement du voile de la fiducie³⁸⁷, considérant que ceux-ci se rangent naturellement sous l'un ou l'autre des critères d'application du soulèvement du voile corporatif en droit québécois, soit masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public et indiquer une relation d'*alter ego*.

A) Masquer une fraude, un abus de droit ou une contravention à l'ordre public

Puisque le soulèvement du voile fiduciaire s'appliquerait en présence d'une action commise de mauvaise foi³⁸⁸, il conviendra en toute logique de s'attarder sur les raisons de la fiducie. Il importe donc de considérer les raisons qui ont poussé l'auteur à mettre en œuvre sa fiducie. Ainsi, le « voile » d'une fiducie qui serait mise sur pied dans le but d'éluder certaines obligations légales ou contractuelles serait plus *léger* que celui d'une fiducie mise en place pour des raisons fiscales ou dans le cadre d'une planification

³⁸⁶ Notamment le partage des *droits qui en confèrent l'usage* ou l'octroi d'une valeur à la participation dans la fiducie.

³⁸⁷ Il est permis de s'interroger sur le réel fondement de ce soulèvement du voile fiduciaire. Devrait-on considérer qu'il s'agit d'une évolution de l'exception statutaire au principe de l'autonomie de la personnalité juridique consacré à l'article 317 C.c.Q. pour faire en sorte que la théorie du soulèvement du voile corporatif telle qu'entendue par cet article, s'applique aussi, par analogie, au contexte fiduciaire ou devrait-on considérer qu'il s'agit là d'une évolution de l'exception jurisprudentielle de common law créée par l'arrêt *Salomon*, appliquée avant 1994 au Québec et, suivant son évolution, encore aujourd'hui dans les juridictions de common law? En d'autres termes, les critères pertinents à l'analyse de l'opportunité de soulever le voile fiduciaire seraient-ils ceux de l'article 317 C.c.Q. ou ceux retenus à ce jour en common law? L'intérêt théorique de cette question demeure, bien que ses conséquences pratiques soient diminuées du fait de l'évolution similaire du principe, tel que ci-avant exposé. Pour cette raison, nous sommes d'avis que les critères mis de l'avant par Lynne Kassie présentent un intérêt peu importe l'angle sous lequel on considère la théorie du soulèvement du voile fiduciaire.

³⁸⁸ Notamment, une fraude ou un abus de droit, si on considère le soulèvement du voile fiduciaire par analogie au voile corporatif par application des critères de l'article 317 C.c.Q. Si on considère que la théorie du soulèvement du voile fiduciaire relève de l'application des principes de common law, on pourrait plutôt référer au concept d'évasion.

successorale. Comme le souligne Lynne Kassie : « l'objectif de la fiducie et les intentions de son constituant sont des facteurs très importants à considérer. Par exemple, le tribunal pourra traiter de revenus et d'actif d'une fiducie de façon différente. Dans un premier cas, l'analyse sera différente pour une fiducie qui est créée par un parent de l'époux (tel qu'un grand parent), malgré le fait que l'époux soit à la fois fiduciaire et bénéficiaire. Deuxièmement, le résultat de l'analyse divergera, si la fiducie est créée par l'époux pour des raisons fiscales et pour protéger ses actifs »³⁸⁹. Comme le souligne l'auteure et conférencière Caroline Rhéaume : « [L]e tribunal n'est généralement pas disposé à permettre à un ex-conjoint de percer le voile de la fiducie lorsque celle-ci a été mise en place quelques années avant la rupture du couple pour de véritables motifs de planification fiscale ou successorale ».³⁹⁰ Ainsi, dans l'affaire *Droit de la famille- 111774*³⁹¹, le juge maintient l'étanchéité du patrimoine fiduciaire en soulignant que : « [B]ien que la théorie du défendeur n'apparaisse pas à première vue très sympathique sur le plan de l'équité, il n'est quand même pas évident qu'elle aurait été écartée. À cet égard, il faut dire que ce montage financier avait été fait plusieurs années avant la séparation des parties, que les deux gestionnaires s'octroient un salaire à première vue raisonnable et que les deux ont mis sur pied une fiducie en faveur de leur conjointe et de leurs enfants, ce qui rendait peu plausible qu'il visait à priver la demanderesse de ses « droits ». Cela posait un risque dont elle a dû tenir compte. Et cela est sans compter que cette dernière aurait été entraînée dans un débat qui aurait nécessité temps et argent, sans mentionner la possibilité d'un appel »³⁹². De plus, le Québec exclut de tout partage les biens reçus en héritage. Ainsi, les tribunaux semblent enclins à maintenir l'étanchéité du patrimoine fiduciaire lorsque la fiducie a été constituée dans le cadre d'une planification successorale et notamment dans le cadre d'un gel successoral.

Pour les mêmes raisons, la fiducie ne doit pas servir de mécanisme pour distraire indûment une partie de son patrimoine à son époux. Ainsi, il conviendra pour le juge des faits d'examiner avec beaucoup d'attention les circonstances ayant entouré la mise en

³⁸⁹ L. KASSIE, préc., note 129.

³⁹⁰ Caroline RHÉAUME, *Utilisation des fiducies en planification fiscale et financière*, 3^e édition, Brossard, Wolters Kluwer, 2015, p 186.

³⁹¹ *Droit de la famille- 111774*, 2011 QCCS 3127

³⁹² *Id.*, para 45.

place de la fiducie afin de déceler toute intention frauduleuse de la part de l'un des époux. Une fiducie dans laquelle seuls les éléments d'actif autrement partageables dans le cadre du partage du patrimoine familial ou de la dissolution du régime matrimonial ont été transférés pourrait induire une telle intention³⁹³.

On peut penser que les termes utilisés par le législateur auront un impact sur la possibilité de se prévaloir de la doctrine du soulèvement du voile fiduciaire, en ce sens qu'une juridiction qui prévoirait une disposition statutaire semblable à celle de l'article 317 C.c.Q. et visant le patrimoine fiduciaire viendrait écarter toute hésitation. Au contraire, doit-on considérer que la notion de soulèvement du voile corporatif ne peut être appliquée par analogie en contexte fiduciaire, étant donné que le législateur n'en fait pas mention expresse à l'article 317 C.c.Q.? Il est vrai que l'article 317 C.c.Q. vise spécifiquement les personnes morales, c'est-à-dire les compagnies et ne semble pas étendre son champ d'application aux fiducies, ni aux sociétés de personnes d'ailleurs³⁹⁴.

³⁹³ Cette notion avait d'ailleurs été évoquée dans l'arrêt *Droit de la famille-3511*, préc., note 76, dans laquelle, le juge avait conclu que la création de la fiducie et le transfert de la résidence avait également pour but d'éviter l'application du patrimoine familial, l'époux s'étant gardé d'y transférer le moindre de ses actifs autrement exclus du partage du patrimoine familial. En conséquence, la valeur de la résidence avait été incluse au patrimoine familial au motif suivant : « [L]e tribunal est d'avis que la fiducie et la donation constituent les droits qui confèrent l'usage de la résidence et que cet immeuble doit retourner dans le patrimoine familial »³⁹³. Plus encore, le tribunal avait été jusqu'à ordonner à l'époux de procéder au transfert de la résidence à l'épouse, semblant faire complètement abstraction de la fiducie. Ainsi, le tribunal avait inclus la valeur de la résidence dans le calcul du patrimoine familial sans égard au transfert de celle-ci à une fiducie, après avoir dénoté une intention frauduleuse et dénoté la qualité de fiduciaire unique. Les juges pourraient donc se montrer enclins à inclure la valeur du bien concerné dans le patrimoine de l'époux lorsque l'intention frauduleuse ou malveillante de l'époux est démontrée. Par analogie, il semble permis de se demander si le raisonnement mis de l'avant dans cette décision n'aurait pas conduit au soulèvement du voile fiduciaire, n'eût été de la possibilité d'appliquer l'article 415 C.c.Q.

³⁹⁴ En ce qui concerne les sociétés de personnes, il est intéressant de souligner que cette question de savoir si la société de personne bénéficie ou non de la personnalité morale a fait l'objet d'un débat au sein de la communauté juridique durant de nombreuses années. Durant une certaine période, il existait un courant majoritaire se positionnant en faveur de l'octroi d'une telle personnalité, souvent par ailleurs qualifiée d'incomplète. Or, l'évolution jurisprudentielle et législative a conduit à écarter cette hypothèse et l'article 2188 C.c.Q. est désormais très clair sur cette question. Néanmoins comme le souligne le juge Brossard dans l'arrêt *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis)* J.E. 99-2330 (C.S.): « même si la société en nom collectif ne possède pas tous les attributs d'une personne morale, elle en possède les principaux ». À cet égard, il semble permis d'envisager que compte tenu des nombreux attributs qu'elle partage avec la compagnie, il soit possible de l'assimiler pour les fins de l'article 317 C.c.Q. De plus, il est intéressant de noter que l'O.R.C.C. avait initialement prévu octroyer à la société de personne le statut de personne morale. Néanmoins, cette intention ne s'est pas matérialisée et le législateur a sciemment écarté cette possibilité. Compte tenu du fait que les différents chapitres du *Code civil du Québec* sont entrés en vigueur de façon successive plutôt que simultanée, une étude approfondie de la chronologie serait intéressante en ce qu'elle pourrait, ou non, mettre en lumière que cette approche était

Rappelons que les compagnies et les fiducies présentent de nombreuses similitudes, au point que certains auteurs ont initialement souhaité accorder à cette dernière la personnalité juridique³⁹⁵. Cette alternative fut sciemment écartée par le législateur en 1994, au motif d'arguments davantage en lien avec le contexte économique, que soutenus par la théorie du droit en tant que telle. À ce sujet la professeure Madeleine Cantin Cumyn émet le commentaire suivant :

« [L]e rattachement de la fiducie aux personnes morales est une solution qui vient naturellement à l'esprit dès lors que les éléments constitutifs de la personnalité morale sont réunis. Tel paraît bien être le cas de la fiducie, ensemble de biens affectés à la poursuite d'un but légitime et pourvus d'une organisation suffisante pour mettre en œuvre l'affectation. La fiducie du nouveau Code possède en outre les attributs normaux de la personnalité morale, soit un patrimoine distinct, un nom propre et le droit d'agir en justice à titre d'entité distincte. Préconisée par une partie de la doctrine, la personnalisation de la fiducie a fait l'objet d'une proposition formelle dans le cadre des travaux de l'Office de révision du Code civil. La prise en compte, cependant, de toutes les circonstances de la rédaction du Code rend difficile aujourd'hui la défense de la qualification de personne morale. La déclaration que la fiducie est constitutive d'un patrimoine d'affectation semble avoir été retenue plutôt que le choix alternatif de la personnification. Or, ce n'est pas sans justification que le législateur s'est abstenu de personnifier la fiducie.

D'importantes considérations de la politique législative militent contre cette option. Le droit québécois s'est assez distancé de la théorie civiliste actuelle sur les personnes morales. Sous l'influence du droit anglo-américain, il admet rarement la personnalité d'un groupement en l'absence d'une reconnaissance législative expresse, ainsi que semblent le confirmer plusieurs articles du Code. Les mêmes influences poussent à confiner le recours à la personnalité morale au contexte de l'incorporation. Puisque la fiducie québécoise est appelée à évoluer dans une sorte de symbiose avec le *trust*, il serait irréaliste de ne pas tenir compte de la réaction des *common lawyers* à la proposition de faire de la fiducie une personne morale. S'agissant pour eux d'un rapprochement inadmissible, on risque, à y insister, de discréditer la réforme de l'institution québécoise »³⁹⁶.

encore privilégiée au moment de l'introduction de l'article 317 C.c.Q. par le comité de révision de l'article 317 C.c.Q. Néanmoins, comme le présent travail porte sur le transfert de bien en fiducie, nous n'avancerons pas davantage sur ce sujet. Voir Charlaïne BOUCHARD, « Le statut juridique incertain de la société en nom collectif et en commandite - Étude des décisions les plus significatives des 13 dernières années », (2008) 110 *R. du N.* 859. Voir aussi: Bernard LAROCHELLE et Charlaïne BOUCHARD, *Contrat de société de d'association*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Sociétés », Doctrine – Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2012, p. 21;

³⁹⁵ Voir J. BEAULNE, préc., note 16, dans sa note 98.

³⁹⁶ M. CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? », dans Jacques BEAULNE (dir.) *Mélanges Ernest CAPARROS*, Coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p.138.

De plus, les compagnies et les fiducies ont souvent la même utilité fonctionnelle, en ce sens qu'elles sont utilisées par les individus pour atteindre les mêmes objectifs, notamment détenir de l'actif³⁹⁷. Force est donc de constater que la fiducie partage beaucoup avec la compagnie et surtout, qu'elle est dans bien des cas utilisée aux mêmes fins que celle-ci. Compte tenu de ceci, il semble permis de ne pas écarter l'idée que l'article 317 C.c.Q. puisse s'appliquer, par analogie, aux fiducies. Un argument militant en faveur de cette hypothèse est par ailleurs avancé dans l'arrêt *Yared (succession de)*³⁹⁸, sur lequel nous reviendrons plus amplement ci-après, lorsque commentant l'absence de mention de la fiducie à l'article 317 C.c.Q., le tribunal fait siens les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Cie Immobilière Viger c. Giguère*³⁹⁹ et affirme que: « [L]e Code civil ne contient pas tout le droit civil. Il est fondé sur des principes qui n'y sont pas tous exprimés et dont il appartient à la jurisprudence et à la doctrine d'assurer la fécondité »⁴⁰⁰.

Par ailleurs, étant donné que la contravention à une règle d'ordre public est une situation spécifiquement visée par l'article 317 C.c.Q., il conviendra de s'attarder aux termes employés par le législateur. Ainsi, le fait que le législateur ait accordé le statut de disposition d'ordre public⁴⁰¹ à certaines règles de droit, et notamment aux règles entourant la protection du patrimoine familial, peut être porteur de conséquences. Dans ce contexte, il ne sera pas nécessaire de prouver l'intention frauduleuse. Il conviendra plutôt d'établir que l'acte reproché a pour effet de contourner la règle d'ordre public. Cette question a fait l'objet de plusieurs commentaires à l'occasion du jugement *Yared (succession de)*⁴⁰², sur lequel nous reviendrons à la section 2.5.2.2 plus en détails. Dans cette décision, le juge Gaudet s'exprime comme suit :

³⁹⁷ Par exemple, un gel successoral pourra fréquemment se faire par l'entremise d'une compagnie comme une fiducie. De plus, afin de détenir des actifs, une compagnie de gestion comme une fiducie pourra être constituée et le choix du véhicule dépendra souvent de l'analyse du fiscaliste.

³⁹⁸ *Yared (succession de)*, préc., note 21, p.5.

³⁹⁹ *Cie Immobilière Viger c. Giguère*, [1977] 2 R.C.S. 67

⁴⁰⁰ *Id.*, p. 76.

⁴⁰¹ Notamment l'article 415 C.c.Q.

⁴⁰² *Yared (succession de)*, préc., note 21. Dans cette affaire, les faits non contestés indiquent que l'objectif poursuivi au moment de la constitution de la fiducie était la protection de l'actif au bénéfice des enfants mineurs. Or, même en l'absence de toute intention frauduleuse, le juge inclut la résidence familiale dans le calcul du patrimoine familial nonobstant le transfert en fiducie.

« [L]a valeur de la résidence doit donc être incluse dans le calcul aux fins du partage du patrimoine familial. Cette conclusion n'est aucunement affectée par le fait que la Fiducie aurait été créée, selon le témoignage du Défendeur, comme mesure de protection d'actifs. En effet, même si l'intention n'était pas d'é luder les règles du patrimoine familial *per se*, il demeure que, comme l'a dit la Cour d'appel, « *la constitution d'une fiducie ne peut avoir pour conséquence d'éviter l'application des dispositions d'ordre public telles que celles relatives au patrimoine familial* ». La question n'est donc pas tant de savoir quel était l'objectif du Défendeur en créant la fiducie, mais plutôt de savoir si l'interposition du patrimoine fiduciaire aurait ici pour *conséquence* d'éviter les règles impératives du patrimoine familial. Or, en l'espèce, l'Acte de fiducie permet clairement au défendeur d'exercer un contrôle effectif sur la résidence de la famille, comme s'il en était propriétaire, malgré que celle-ci ne soit pas et n'ait jamais été dans son patrimoine. Permettre au Défendeur, en un tel cas, d'éviter l'application des règles impératives du patrimoine familial ouvrirait une immense brèche dans ce régime d'ordre public applicable à l'ensemble des couples mariés vivant au Québec »⁴⁰³.

Comme le souligne ailleurs le juge Gaudet : « [B]ien sûr, lorsque la preuve révèle que la fiducie a été créée dans le but de se soustraire à l'application des règles impératives relatives au patrimoine familial, la levée du voile fiduciaire s'impose alors tout naturellement, mais celle-ci reste possible, même si tel n'était pas le but recherché, lorsque l'un des époux conserve, malgré l'existence de la fiducie, le contrôle effectif sur la résidence familiale de manière à pouvoir se comporter comme s'il était le véritable propriétaire »⁴⁰⁴(Nos soulignements). Le jugement est donc clair sur ce point : en matière de contravention à une obligation d'ordre public, la preuve que l'époux ait constitué la fiducie pour des raisons légitimes et sans intention démontrée d'é luder l'application des règles d'ordre public n'est pas pertinente. L'analyse doit être orientée vers le résultat induit par le transfert et entourer la notion de contrôle de la fiducie.

B) Théorie de l'*alter ego*

Lorsqu'il est question de soulever le voile corporatif, ou fiduciaire par analogie, la notion de contrôle demeure toujours au centre de l'analyse. Ainsi, il appert que la doctrine du soulèvement du voile fiduciaire pourrait trouver application lorsque la fiducie

⁴⁰³ *Yared (succession de)*, préc., note 21, p.9.

⁴⁰⁴ *Id.*, note 35.

est considérée comme étant l'*alter ego* de l'un des époux. Aussi, il conviendra de pousser parfois plus loin l'analyse et d'examiner le rôle que joue l'époux dans la fiducie à la lumière des droits et pouvoirs qui lui sont conférés dans l'Acte de fiducie. Il sera à titre d'exemple pertinent d'observer le caractère discrétionnaire ou non de la fiducie⁴⁰⁵. En effet, une fiducie discrétionnaire ne comporte aucune obligation pour le fiduciaire de verser du revenu ou du capital à un bénéficiaire, contrairement à la fiducie non-discrétionnaire qui peut comporter telle obligation. Pour cette raison, « [I]l y a une distinction à faire entre une fiducie discrétionnaire, où le fiduciaire jouit de la discrétion de prendre toute décision concernant la fiducie et son patrimoine, mais où il n'est pas bénéficiaire, et la situation où le fiduciaire jouit de la discrétion et où il est bénéficiaire de la fiducie. Cette distinction devient importante dans un contexte de droit de la famille, notamment, lorsqu'un tribunal doit évaluer les revenus et les actifs d'une personne qui est simplement fiduciaire ou d'une personne qui est à la fois fiduciaire et bénéficiaire, ou encore lorsque cette dernière est simplement bénéficiaire. (...) Dans ce dernier cas [lorsque l'époux est à la fois fiduciaire et bénéficiaire] le tribunal sera plus hâtif à percer le « voile de la fiducie » et à inclure les actifs de la fiducie dans « l'actif familial » des parties.»⁴⁰⁶.

Aussi, il y aura lieu de porter attention aux modalités d'exercice de cette charge fiduciaire et de jauger l'étendue du contrôle exercé par l'époux dans la fiducie⁴⁰⁷. L'acte de fiducie prévoit-il que l'époux fiduciaire a le pouvoir de nommer et de destituer les fiduciaires? Peut-il se désigner lui-même comme bénéficiaire? Peut-il élire un bénéficiaire ou déterminer lequel des bénéficiaires recevra une part de revenu ou de capital dans la fiducie? Quels sont l'identité et le degré d'indépendance de la personne qui agit également à titre de co-fiduciaire? Le fiduciaire peut-il modifier unilatéralement l'acte de fiducie? Doit-il rendre compte de sa gestion ou accroître le patrimoine? Tous ces éléments devraient être pris en compte au moment de l'analyse des faits relatifs à chaque cas d'espèce car ils permettent d'évaluer le degré de contrôle de l'époux sur la fiducie.

⁴⁰⁵ L. KASSIE, préc., note 129, p. 4.

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ *Id.* Voir aussi: *Yared (succession de)*, préc., note 21.

De plus, cette question de savoir quel rôle doit occuper l'époux en question dans la fiducie pour que la notion trouve application revêt une importance particulière lorsque l'époux ne cumule pas les fonctions de fiduciaire et de bénéficiaire. Si les tribunaux semblent plus enclins à prononcer le partage des biens dans l'actif de l'époux cumulant ces fonctions⁴⁰⁸, la question demeure de savoir si un tel soulèvement serait envisageable lorsque tel n'est pas le cas. En effet, ce débat n'est pas sans rappeler la délicate question de savoir si la théorie de la percée du voile corporatif s'applique uniquement à l'actionnaire administrateur ou si elle peut trouver application lorsque l'actionnaire ne cumule pas la fonction d'administrateur. Considérant le courant doctrinal et jurisprudentiel majoritaire en la matière précitée⁴⁰⁹, l'application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire par analogie au soulèvement du voile corporatif nous mène-t-elle à conclure que seule la fiducie pour laquelle le bénéficiaire agit également comme fiduciaire pourrait être visée? S'il semble logique que le voile de la fiducie dont le bénéficiaire agit comme administrateur puisse être soulevé, il n'est pas aussi certain que le fait que le fiduciaire ne soit pas par ailleurs bénéficiaire de la fiducie fasse échec à l'application de la théorie⁴¹⁰. En effet, le récent arrêt *Yared (succession de)*,⁴¹¹ semble

⁴⁰⁸ Comme la théorie de l'*alter ego* constitue une condition de l'application de la théorie du soulèvement du voile corporatif en droit québécois, il demeure primordial de considérer le rôle de l'époux dans la fiducie. Rappelons que la notion de contrôle est une question de fait. Ainsi, il convient de souligner que dans *D. (L.) c. (L. (G.))*, préc., note 21, comme dans la décision *Yared (succession de)*, préc., note 21, l'époux cumulait ces fonctions et le juge a ordonné que la valeur de la résidence soit incluse dans le calcul de la créance découlant du patrimoine familial. Cette inclusion a été prononcée en vertu de l'article 415 C.c.Q., mais les commentaires des juges laissent à penser que ces faits auraient pu conduire à l'inclusion d'un bien par application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, n'eût été possible d'avoir recours à la notion de *droits qui en confèrent l'usage*. Voir aussi *Droit de la famille-14133*, 2014 QCCS 275.

⁴⁰⁹ Voir section 2.3

⁴¹⁰ Compte tenu de la pratique qui consistait durant longtemps à faire une fiducie dite de fractionnement de revenu (ou fiducie familiale) où les bénéficiaires étaient les enfants de l'auteur de la fiducie, on peut se demander si un tel avantage reçu indirectement, par l'entremise d'un enfant mineur par exemple, ne pourrait être pris en considération. Dans un tel contexte, la notion d'avantage indirectement accordé à un individu par l'entremise d'une fiducie est d'ailleurs déjà prise en compte par les autorités fiscales, qui imputent les revenus d'un enfant mineur à ses parents, afin de prendre en compte l'avantage conféré indirectement au parent d'un enfant mineur nommé à titre de bénéficiaire de la fiducie. Voir paragraphe 120.4(4) et (5) L.I.R., art.766.7.1, 766.7.2 L.I et C. RHÉAUME, préc., note 390, p. 341. De plus, cet avantage indirect est également considéré dans le cadre du calcul du revenu du débiteur alimentaire. Voir notamment : *Droit de la famille – 133195*, 2011 QCCS 5463. On peut donc penser que dans cette situation, cette idée d'avantage indirect pourrait être analysée également dans le cadre du partage des actifs des époux.

⁴¹¹ *Yared (succession de)*, préc., note 21.

suggérer que le voile fiduciaire puisse être soulevé, même lorsque l'époux n'est pas également bénéficiaire de la fiducie⁴¹².

Toujours en lien avec cette notion d'*alter ego* et dans un même ordre d'idées, certaines auteures insistent sur l'importance de cesser de se comporter comme les propriétaires de la résidence suite à son transfert en fiducie : « [A]fin de faire valoir tous les avantages du patrimoine autonome et distinct qu'est la fiducie, les époux devraient suite au transfert de la résidence à la fiducie, cesser de se comporter comme s'ils étaient encore les propriétaires de la résidence, la fiducie doit assumer elle-même les obligations lui résultant de son titre de propriétaire de la résidence »⁴¹³. Par analogie à l'arrêt *Droit de la famille-1128*⁴¹⁴ précité, on peut penser que l'époux qui transférerait tous ses biens en fiducie et qui paierait les dépenses de la famille par son entremise pourrait se voir opposer le soulèvement du voile fiduciaire au moment de calculer la valeur de son patrimoine. En effet, cette confusion des patrimoines est un élément souvent évoqué au moment de prononcer le soulèvement du voile corporatif et on peut penser que, de la même façon, cette confusion des patrimoines pourrait servir d'assise au soulèvement du voile fiduciaire, dans l'optique d'inclure au partage du patrimoine familial ou de la société d'acquêts la valeur des biens qui y auraient été transférés et qui auraient autrement constitué l'une ou l'autre de ces masses.

2.5.2.2 Quelques décisions récentes appliquant la notion de soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois

Donc, dans l'ensemble, on constate que la doctrine du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, est un thème souvent abordé par les juges, qui hésitent généralement à motiver leur décision de prononcer le partage des éléments d'actif qui la composent et qui préfèrent finalement avoir recours au *Code civil du Québec* à un fondement du droit statutaire comme l'attribution d'une valeur aux

⁴¹² *Id.* Soulignons néanmoins que dans cette affaire, l'époux continuait d'habiter la résidence avec ces enfants mineurs, lesquels étaient les bénéficiaires de la fiducie. De plus, l'époux n'avait que très récemment renoncé à la possibilité de se désigner lui-même à titre de bénéficiaire de la fiducie.

⁴¹³ D. BRUNEAU et D. COURTEMANCHE, préc., note 43, p. 35.

⁴¹⁴ *Droit de la famille-1128*, 2011 QCCS 70.

droits qui confèrent l'usage ou à la participation dans la fiducie⁴¹⁵. Et pour cause : rappelons que le soulèvement du voile fiduciaire est une mesure d'exception ne devant trouver application qu'en l'absence de disposition statutaire adéquate pour en arriver à un résultat similaire.

Parmi ces autres recours⁴¹⁶ du *Code civil du Québec* pouvant permettre d'en arriver à un résultat similaire à celui du soulèvement du voile fiduciaire, notons l'action en inopposabilité⁴¹⁷, le paiement compensatoire⁴¹⁸, la prestation compensatoire⁴¹⁹, l'enrichissement injustifié⁴²⁰ ou la dissolution d'une société tacite⁴²¹. Mais même lorsqu'un tel recours est entrepris, on peut penser que le tribunal pourrait, si les faits le permettent, soulever le voile fiduciaire pour inclure la valeur des sommes détenues en fiducie afin de bien évaluer la valeur du patrimoine de l'un des époux au moment de la dissolution de l'union. Dans cet ordre d'idées, l'arrêt *Droit de la famille-13171*⁴²² concerne l'octroi d'une prestation compensatoire, ainsi que la reconnaissance d'une société tacite entre deux époux de même que l'inopposabilité des fiducies à l'endroit de l'épouse. Les fiducies avaient été mises en place bien avant la rupture dans le cadre d'une planification fiscale et successorale. L'époux est fiduciaire de ces fiducies et bénéficiaire de certaines d'entre elles. Néanmoins, le juge ordonne l'évaluation de l'actif détenu par les fiducies⁴²³.

Par analogie aux principes dégagés par l'arrêt *M.D. c. Plante*⁴²⁴, on pourrait également penser que le tribunal serait susceptible de condamner la fiducie *alter ego* de l'un des époux solidairement avec celui-ci au paiement de la prestation compensatoire

⁴¹⁵ Voir nos à la partie 1 du présent travail.

⁴¹⁶ L'énumération qui suit est non exhaustive. Chacun des recours qui y sont mentionnés mériterait que l'on s'y attarde et, certainement, que l'on y consacre un chapitre dans le cadre des présentes. Étant donné que l'objectif poursuivi par cette section est l'application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois, nous ne ferons pas davantage de commentaires eut égard à ces autres recours prévus au *Code civil du Québec*.

⁴¹⁷ Article 1631 C.c.Q. Voir aussi J. JARRY, préc., note 11.

⁴¹⁸ Article 421 C.c.Q.

⁴¹⁹ Article 427 C.c.Q. et ss.

⁴²⁰ Articles 1493 à 1496 C.c.Q.

⁴²¹ Article 2250 C.c.Q. et ss.

⁴²² *Droit de la famille-13171*, 2013 QCCS 339

⁴²³ Notons que dans cette affaire, l'épouse souhaite se faire déclarer copropriétaire de tous les actifs du demandeur en raison d'une société tacite ayant existé entre eux et attaque la validité des transferts d'actifs en fiducie.

⁴²⁴ *M.D. c. Plante*, préc., note 355.

afin de permettre à l'autre époux d'exécuter sa créance sur le patrimoine fiduciaire⁴²⁵. Dans un même ordre d'idées, le tribunal pourrait même aller jusqu'à ordonner la saisie avant jugement de biens détenus par la fiducie. L'affaire *Droit de la famille -121897*⁴²⁶, concerne le divorce d'un couple dont une part importante de l'actif, notamment les biens composant le patrimoine familial, a été transféré à des fiducies dans lesquelles l'époux agit comme fiduciaire et est bénéficiaire également. L'épouse recherche le partage du patrimoine familial et de la société d'acquêts ainsi qu'une pension alimentaire. Elle allègue expressément que le soulèvement du voile fiduciaire est un principe reconnu en droit québécois. Ainsi, dans l'arrêt *Droit de la famille -121897*⁴²⁷, le juge a accordé des saisies avant jugement en vertu de l'article 734.0.1. C.p.c.⁴²⁸ à l'encontre des éléments d'actif détenus par la fiducie familiale; dans l'arrêt *Droit de la famille -121905*⁴²⁹, le juge Diézel s'est prononcé en faveur du maintien durant l'instance de la saisie avant jugement des éléments d'actif de la fiducie et dans l'arrêt *Droit de la famille-121906*⁴³⁰, le juge Diézel a confirmé cette décision. Ces jugements, ayant créé une « commotion » dans l'univers juridique⁴³¹, consacrent-ils l'application du soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois? Il faudra attendre la décision sur le fond pour que soit tranchée la question⁴³².

Quoi qu'il en soit, une récente décision vient faire office de précédent en consacrant de façon explicite et détaillée la possibilité d'appliquer la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au soulèvement du voile corporatif, en droit québécois. En effet, la doctrine du soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois a récemment été l'objet d'une discussion fort intéressante dans le cadre du

⁴²⁵ On peut néanmoins se questionner sur les assises juridiques menant à une telle conclusion. Voir à ce sujet nos commentaires à la section 2.4 des présentes.

⁴²⁶ *Droit de la famille -121897*, 2012 QCCS 3976, *Droit de la famille -121905*, 2012 QCCS 3977, *Droit de la famille - 121906*, 2012 QCCS 3978 .

⁴²⁷ *Droit de la famille -121897*, préc., note 426.

⁴²⁸ Lequel a été abrogé lors de l'adoption du nouveau *Code de procédure civiles*, chapitre C-25.01.

⁴²⁹ *Droit de la famille -121905*, préc., note 426.

⁴³⁰ *Droit de la famille - 121906*, préc., note 426.

⁴³¹ Sandra ARMANDA, « Les fiducies et le droit de la famille », dans *Congrès 2014, Planification financière, retraite et succession*, Montréal, A.P.F.F., 2014, p.13 : À la question de savoir si ces décisions constituent un soulèvement du voile fiduciaire, l'auteure préfère aborder la question sous l'angle de « l'identification des zones de risques ».

⁴³² Notons au passage que l'épouse est représentée dans cette affaire par la procureure Marie-Claude Armstrong, elle-même auteure de plusieurs textes à ce sujet. Nul doute ainsi que cette question fera l'objet d'un examen exhaustif et étayé.

récent jugement déclaratoire *Yared (succession de)*⁴³³. Les faits relatifs à cette affaire se résument comme suit : les parties se sont mariées en 1998 et ont eu quatre enfants, tous mineurs au moment du jugement. En 2011, l'épouse apprend être atteinte d'un cancer du tronc cérébral. Cette même année, ils mettent en place une fiducie familiale, dans laquelle la belle-sœur de l'époux est constituante, l'époux et sa mère sont fiduciaires et l'épouse et leurs enfants sont bénéficiaires. De plus, l'époux bénéficie du statut d'Électeur, lui conférant un important contrôle sur la fiducie et notamment la faculté d'élire de nouveaux bénéficiaires (incluant lui-même) ou de les destituer. En juin 2012, la Fiducie acquiert une luxueuse demeure évaluée à plusieurs millions de dollars. Le 22 août 2014, l'épouse fait un testament notarié dans lequel elle lègue tous ses biens à quatre fiducies testamentaires établies en faveur de ses enfants. Elle décède le 6 avril 2015. L'actif principal de sa succession, autrement modeste, serait ses droits dans la résidence familiale pour autant que ceux-ci soient considérés comme partageables, nonobstant l'acquisition faite à travers la Fiducie. L'époux renonce à sa faculté d'élire ou destituer les bénéficiaires en juillet 2016, le même mois que le début des procédures visant à obtenir le partage de la résidence familiale en vertu des règles entourant la protection du patrimoine familial⁴³⁴. Dans son analyse de la question, le juge Gaudet s'exprime en ces termes :

« [L]a jurisprudence reconnaît que l'on ne peut éviter l'application des règles impératives du patrimoine familial par l'intermédiaire d'une corporation qui serait contrôlée par l'un des époux. Cela est une application de la règle prévue à l'article 317 C.c.Q. qui permet la levée du voile corporatif, notamment lorsque la personnalité de la personne morale est invoquée pour contrevenir à une règle impérative : La personnalité juridique ne peut être invoquée à l'encontre d'une personne de bonne foi, dès lors qu'on invoque cette personnalité pour masquer la fraude, l'abus de droit ou une contravention à une règle intéressant l'ordre public.

Le tribunal ne voit pas pourquoi il en irait autrement d'une fiducie. En effet, quoiqu'elle ne soit pas dotée de la personnalité juridique, la fiducie constitue néanmoins un patrimoine autonome et distinct de celui du constituant, des fiduciaires et des bénéficiaires, tout comme le patrimoine d'une corporation est distinct de celui de ses actionnaires. De la même façon que la personnalité juridique distincte d'une corporation ne peut être invoquée pour masquer une

⁴³³ *Yared (succession de)*, préc., note 21.

⁴³⁴ La validité même de cette renonciation est d'ailleurs remise en cause par le tribunal, notamment compte tenu du fait que l'acte de fiducie ne comportait aucun mécanisme permettant aux fiduciaires ou à l'Électeur de modifier ses pouvoirs.

contravention à une règle intéressant l'ordre public, le patrimoine distinct de la fiducie ne peut lui non plus servir à contourner l'application d'une telle règle.

Autrement dit, la « levée du voile fiduciaire », même si elle n'est pas codifiée, est néanmoins possible dans les cas appropriés, et ce, par analogie avec le principe établi par le Code civil à son art. 317 C.c.Q.

(...)

La Cour d'appel a d'ailleurs réitéré le principe dans un arrêt récent, en insistant sur le fait que la constitution d'une fiducie ne peut avoir pour conséquence d'éviter l'application des règles impératives du patrimoine familial :

La constitution d'une fiducie ne doit pas avoir pour conséquence d'éviter l'application de dispositions d'ordre public telles que celles relatives au patrimoine familial.

Selon le tribunal, cette décision récente de la Cour d'appel [*D.L. c. L.G.*, 2006 QCCA 1125] permet d'écarter le précédent invoqué par le Défendeur, soit l'affaire Droit de la famille-071938, une décision de la Cour supérieure de 2007 où le juge avait refusé de considérer comme faisant partie du patrimoine familial les biens transférés à une fiducie.

La doctrine se montre d'ailleurs favorable à la levée du voile fiduciaire en matière de patrimoine familial, notamment lorsque l'époux ayant transféré à une fiducie des biens qui aurait autrement fait partie du patrimoine familial « est fiduciaire discrétionnaire et bénéficiaire de la fiducie, ou s'il a le pouvoir de s'ajouter comme bénéficiaire comme bon lui semble » (Les caractères gras sont de nous et les soulignements de l'auteur)⁴³⁵.

Poursuivant son analyse en insistant sur l'étendue du contrôle de l'époux, agissant à titre de fiduciaire et bénéficiant en l'espèce du statut d'Électeur, sur la fiducie, le juge range finalement sa conclusion derrière l'octroi d'une valeur aux droits qui en confèrent l'usage correspondant à la juste valeur marchande de la résidence. Après tous ces commentaires entourant la théorie du soulèvement du voile fiduciaire et l'examen soigneux des faits en lien avec les critères d'application de cette doctrine, on s'étonne à prime abord, que le partage ait été octroyé en vertu de l'article 415 C.c.Q plutôt qu'en application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire. Or, rappelons-le encore une fois, la théorie du soulèvement du corporatif – et donc celle du voile fiduciaire par analogie- se veut une mesure d'exception qui ne doit être invoquée qu'en l'absence

⁴³⁵ *Yared (succession de)*, préc., note 21, p.5.

d'autres dispositions légales permettant d'en arriver à un résultat similaire, ou à tout le moins acceptable. En l'espèce, les critères d'application de l'article 415 C.c.Q. étaient rencontrés et c'est à bon droit que le juge Gaudet a rangé sa conclusion derrière les prescriptions de cet article. Néanmoins, les motifs évoqués mènent à penser que le soulèvement du voile fiduciaire aurait été prononcé en l'absence de possibilité d'appliquer une disposition statutaire du droit québécois, notamment si le bien avait visé un actif autre que la résidence familiale et si Monsieur avait été considéré par le tribunal comme n'étant pas bénéficiaire de la fiducie. L'attribution d'une valeur à sa participation dans la fiducie n'ayant pas été possible, le seul recours applicable aurait été la levée du voile fiduciaire. Quoi qu'il en soit, avec un jugement aussi détaillé et non équivoque quant à la reconnaissance de la doctrine du soulèvement du voile fiduciaire en droit québécois, cela ne pourrait bien être que partie remise.

CONCLUSION

Le conjoint qui cherche à obtenir le partage de certains éléments d'actif détenus par une fiducie bénéficie ainsi de divers recours. Le plus fréquemment appliqué en vertu du *Code civil du Québec* touche le bien qui s'avère souvent être le plus important de la famille : la résidence familiale, laquelle bénéficie d'un statut tout particulier. La notion de *droits qui en confèrent l'usage* est prévue à l'article 415 C.c.Q. et cette protection est, à ce titre, considérée comme étant d'ordre public. Ainsi, les juges auront fréquemment recours à ce mécanisme pour prononcer le partage d'une valeur correspondant à la valeur de la résidence, ou à un pourcentage de celle-ci, dans le cadre de la dissolution du patrimoine familial. Si des biens autres que la résidence familiale ont été transférés⁴³⁶, l'attribution d'une valeur à la participation du bénéficiaire dans la fiducie pourra être octroyée. Les balises de ce recours demeurent cependant plus nébuleuses et la question de l'identité du titulaire de ce droit et des modalités du calcul de sa valeur ne font actuellement l'objet d'aucun consensus au sein de la doctrine et de la jurisprudence.

À la lecture des décisions entourant ces questions, on semble cependant dénoter certains malaises. Le premier est propre à l'article 415 C.c.Q. et concerne la source de ce droit. On sait que l'actionnaire, pas plus que l'associé ou le bénéficiaire d'une fiducie, ne dispose d'un droit *sine qua non* d'utiliser les biens de l'entité. Ce droit doit donc nécessairement procéder d'un mécanisme, qui demeure flou. Certains juges ont alors considéré que la source était une entente. D'autres, que cette entente constituait un démembrement du droit de propriété. Au contraire, d'autres décisions semblent suggérer que ce droit découle nécessairement du statut de l'actionnaire ou, si on applique le raisonnement par analogie au contexte fiduciaire, du statut de bénéficiaire (ou est-ce alors du statut de fiduciaire?). Dans l'ensemble, il flotte sur ces motifs un certain brouillard et il semble qu'on essaie de manoeuvrer les concepts relativement jeunes et originaux de patrimoine familial et de fiducie québécoise, pour faire cadrer le résultat souhaité de façon cohérente avec l'ensemble des règles de droit du *Code civil du Québec*, et que cette entreprise ne soit pas aisée. Du point de vue de la théorie du droit, l'inclusion *des droits*

⁴³⁶ qu'il s'agisse de biens autrement visés par l'article 415 C.c.Q. ou par le régime de la société d'acquêts, lorsque ces biens n'ont pas été exclus du partage en vertu de l'acte de fiducie ou d'un contrat de mariage.

que confèrent l'usage à un bien détenu par une société, une compagnie et, encore davantage par une fiducie, continue de présenter un défi intellectuel important et ce n'est certainement pas un hasard si certaines décisions se font aaves de commentaires.

Le deuxième malaise vise les deux mécanismes du *Code civil du Québec* que nous avons analysé et concerne l'identité du titulaire de ces droits. Les jugements semblent effectivement souvent axer leur analyse autour de la notion de contrôle de la compagnie, pour finalement ranger leur conclusion derrière l'octroi de droits par l'application de l'article 415 C.c.Q. ou, moins fréquemment d'une valeur à la participation dans la fiducie, induisant parfois l'idée que ce soit le fiduciaire qui soit détenteur des droits. Aussi, cette approche est vivement critiquée par la doctrine, à juste titre, car elle va à l'encontre des principes de base du droit québécois en matière de fiducie. Il est normal que les juges aient recours aux mécanismes du *Code civil du Québec* pour prononcer le partage de biens, lorsque ceux-ci sont adéquats dans les circonstances, plutôt que d'en arriver à un résultat similaire par application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire. Néanmoins, orienter alors l'analyse vers le contrôle du fiduciaire procède du syllogisme.

On peut comprendre la raison qui pousse à un tel résultat : l'objectif poursuivi par la mesure n'est-il pas la ré-inclusion au patrimoine familial d'un bien transféré sciemment par un époux pour priver l'autre époux de ses droits, ou encore consenti naïvement par l'époux préjudicié en suivant les conseils d'un fiscaliste, sans réaliser l'impact de ce transfert du point de vue des droits matrimoniaux? Pourtant, cet aspect intentionnel n'est pas pris en compte, en principe, par les critères de l'article 415 C.c.Q., ni par les critères de calcul de la valeur de la participation dans la fiducie. En effet, pour l'article 415 C.c.Q. le critère d'analyse s'articule d'une part – et de façon bien technique – autour de la question de la nature de ce droit et d'autre part – de façon plus pragmatique – autour de la question de la date du mariage versus celle de l'acte de fiducie et du transfert du bien. Quant à la valeur de la participation dans la fiducie, l'analyse s'articule principalement autour de la chronologie des événements où une attention particulière est portée à la date de la fiducie versus la date du mariage, de l'acquisition des biens et de

leur transfert, ainsi que des termes de la fiducie, tout particulièrement en ce qui a trait à l'étendue de la discrétion conférée au fiduciaire. Néanmoins, toute la notion d'intention entourant la trame factuelle n'est pas prise en compte pour déterminer la valeur de ces droits.

Au final, on constate que tous ces critères d'application de ces mesures – notamment la question de la nature du droit de l'article 415 C.c.Q. ayant un impact direct sur la possibilité d'obtenir partage, la question de la date de l'acte de fiducie, et même la question du rôle de l'époux dans la fiducie lorsque l'on sait que ce choix fait partie de la planification de l'époux concerné - demeurent bien rigides et théoriques. On se demande si en axant notre analyse de la sorte, on ne passe pas à côté du véritable objectif de la mesure, qui est de permettre au conjoint qui subit préjudice du transfert d'obtenir partage nonobstant celui-ci, dans la mesure où ce transfert revêt un caractère artificiel compte tenu de la participation de l'époux dans la fiducie propriétaire dudit actif et du contrôle que son statut lui permet d'exercer sur celui-ci.

On peut toutefois comprendre la réticence de certains à appliquer la théorie du soulèvement du voile fiduciaire, par analogie au voile corporatif, en l'absence de règle de droit spécifiquement prévue du *Code civil du Québec* à l'instar de l'article 317 C.c.Q. et compte tenu du caractère d'exception dont bénéficie cette mesure. On comprend que les juges cherchent - parfois bien ardemment - à se ranger derrière le *Code civil du Québec* et la disposition de l'article 415 C.c.Q. dans ces circonstances, mais on constate que cette démarche mène parfois à un raisonnement alambiqué et on se demande si finalement le recours ouvert à l'application de la théorie du soulèvement du voile fiduciaire par analogie à la théorie du soulèvement du voile corporatif, telle que reconnue en droit québécois, ne serait pas plus indiquée dans beaucoup de cas. Le soulèvement du voile fiduciaire semble effectivement à bien des égards un mécanisme plus approprié pour répondre aux défis engendrés par le gain en popularité du véhicule fiduciaire et de son emploi commun dans le cadre des planifications fiscales et juridiques, car il permet de prendre en compte l'intention des parties. En effet, alors que les deux premiers recours examinés axent leur analyse autour de critères objectifs, la notion du soulèvement du

voile fiduciaire a le mérite d'inclure un élément plus subjectif - l'aspect intentionnel- à l'analyse, notamment l'intention frauduleuse d'une partie et la notion de contrôle envisagée sous l'angle de la théorie de l'*alter ego*, plutôt que de s'empêtrer dans les technicalités et les divisions conceptuelles théoriques et artificielles⁴³⁷. Aussi, c'est cet aspect intentionnel qui demeure la pierre angulaire du recours en partage de la valeur de certains éléments d'actifs détenus par la fiducie

Au final, n'est-ce pas l'*auteur*⁴³⁸ de la fiducie que l'on cherche à atteindre par l'inclusion *des droits qui confèrent l'usage* de la résidence ainsi transférée dans le calcul du patrimoine familial ou par l'attribution d'une valeur partageable à la participation dans une fiducie? Ultimement, c'est bel et bien cet *auteur* de la fiducie, lorsque celui-ci conserve des avantages *de facto* via la fiducie, que l'on veut atteindre. Il advient que théoriser cette notion en essayant de la cadrer en fonction du rôle de l'époux dans la fiducie, du caractère plus ou moins discrétionnaire de celle-ci ou en se livrant à une analyse technique et décontextualisée de la chronologie des événements consiste certes en un exercice intéressant, mais qui ne saurait réellement atteindre l'objectif visé par la mesure et aboutir à une théorie juridique constante parce que, finalement, ce sont les faits de chaque situation qui sont pris en cause. En effet, c'est l'intention d'éluder l'application des règles de droit que l'on cherche à sanctionner. Lorsque ces règles sont d'ordre public, la démonstration de cette intention ne sera même pas requise, la simple preuve du résultat obtenu étant suffisante en laissant présumer telle intention.

Les relations entre conjoints comme la société ont connu toute une évolution au fil des années et le droit de la famille est appelé à se modifier pour prendre en compte une panoplie de nouvelles réalités familiales et sociales. S'il semble inéquitable qu'un conjoint transférant des actions acquises avant l'union à une fiducie dans le cadre d'un gel successoral puisse être tenu d'en partager la valeur au moment de la dissolution de

⁴³⁷ Allant plus loin en matière d'ordre public, les décisions analysées suggèrent la possibilité de soulever le voile fiduciaire même en l'absence d'intention frauduleuse, un critère parfois difficile à prouver, dès lors que la fiducie permet de contourner les dispositions d'ordre public.

⁴³⁸ C'est-à-dire la personne qui a mis en œuvre la fiducie peu importe le rôle qu'elle *se soit donné* en l'occurrence et suivant souvent les conseils de ses conseillers légaux et fiscaux.

son union⁴³⁹ ou qu'un enfant recevant son héritage sous forme de gel successoral soit tenu d'en partager les fruits et revenus accumulés en cours d'union, l'est-il davantage que le conjoint d'un entrepreneur soit tenu de partager avec lui son fonds de retraite, alors que le fonds de ce conjoint-entrepreneur, bel et bien existant mais certes pas constitué de placements investis sous de forme de REER, se trouve immobilisé dans son actif propre, en valeur d'actions de compagnie ou en dividendes non réparties dans celle-ci? Devant des véhicules juridiques souples et malléables qui sont mis en place pour répondre à des besoins et réalités diverses, il advient que c'est l'aspect intentionnel de l'individu instigateur du changement de statut des biens qui fait toute la différence. Il semble certes souhaitable de poursuivre la réflexion amorcée sur cette question et de préciser le sort du conjoint non détenteur de droit dans la fiducie afin de s'assurer que le *Code civil du Québec* demeure au service de l'encadrement des rapports économiques entre conjoints d'une façon efficace et cohérente.

⁴³⁹ Notamment si cette fiducie est non discrétionnaire et crée en cours d'union ou si une valeur en venait malgré tout à être accordée à la participation dans cette fiducie discrétionnaire.

ANNEXE I : EXEMPLE DE JULIE ET MATHIEU

<u>Évènement</u>	<u>Date</u>	<u>Valeur</u>
- Achat par Mathieu au comptant	12 mai 2008	320 000\$
- Mariage de Mathieu et Julie	12 mai 2012	380 000\$
- Création de la fiducie dont Mathieu est seul bénéficiaire	12 mai 2014	400 000\$
- Transfert de la résidence la fiducie	12 mai 2016	410 000\$
- Divorce de Mathieu et Julie	12 mai 2017	420 000\$

N'eut été du transfert en fiducie, Mathieu aurait eu droit en vertu de 418 C.c.Q. à une déduction de 380 000\$ correspondant à la valeur au moment du mariage et à une déduction de 40 000\$ ($40\,000 \times 380\,000 / 380\,000$) à titre de plus-value proportionnelle. Aux termes de la jurisprudence précitée, Mathieu pourrait également bénéficier d'un emploi s'il acquérait une résidence à même cette somme.

Analysons maintenant deux hypothèses :

1- Les droits qui confèrent l'usage d'une résidence donnée ou acquise avant le mariage :

Admettant qu'il conserve ce droit suite au transfert et que l'on retienne les droits qui confèrent l'usage d'une résidence donnée ou acquise avant le mariage et que l'on y voit une situation de emploi, Mathieu aurait droit à une déduction de 380 000\$ correspondant à la valeur au moment du mariage et à une déduction de 40 000\$ ($40\,000 \times 380\,000 / 380\,000$) à titre de plus-value proportionnelle. La situation demeure ainsi la même qu'en l'absence du transfert en fiducie et ce dernier ne compromet pas le droit de Mathieu d'invoquer les déductions de l'article 418 C.c.Q.

2- Les droits qui confèrent l'usage d'une résidence donnés ou acquis avant le mariage :

Suivant cette logique, Mathieu n'aurait droit à aucune déduction car les droits n'ont pas été acquis ou donnés avant l'union. Doit-on comprendre que pour se prévaloir de l'article 418 C.c.Q., le transfert en fiducie devrait avoir eu lieu avant le mariage et l'époux devrait avoir débuté son usage avant le mariage (en sa qualité de titulaire du droit d'usage de l'article 1172 C.c.Q. ou en sa qualité de bénéficiaire de la fiducie). Suivant cette logique, le transfert en cours d'union de la résidence à la fiducie emporterait nécessairement renonciation au droit d'invoquer les déductions de l'article 418 C.c.Q., sans égard au fait que l'époux demeure le seul titulaire du droit suite au transfert puisque, dès lors, les *droits qui confèrent l'usage* sont reçus ou acquis en cours d'union.

TABLES BIBLIOGRAPHIQUES

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes québécois

Code civil du Bas Canada, S.P.C., c. 41

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

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25.01

Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2^e suppl.).

Loi sur l'aide aux personnes et aux familles, L.R.Q. c. A-13.1.1.

Loi sur l'impôt et le revenu, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)

Textes canadiens

Family Law Act, R.S.O. 1990, c. F.3

TABLE DES JUGEMENTS

Jurisprudence québécoise

A .c. B, 2006 QCCS 2850 (C.S.)

B.L. c. M.D., [2001] R.D.F. 737 (C.S.)

Buanderie Centrale de Montréal c. Montréal, [1994] 3 R.C.S. 29 (C.A.)

Caporicci c. Calzaturificio Sirio S.R.L., J.E.99-2098 (C.A.)

Cardinal c. Syndicat de la copropriété Le Plateau A.B.C., J.E 95-983 (C.S.)

Cie Immobilière Viger c. Giguère, [1977] 2 R.C.S. 67 (C.S.C.)

C.G. c. G.B. 2006 QCCS 2644

Contant c. Mercier, (1898) 20 R.L. 379 (C.S.)

C.V. c. D.L., 2006 QCCS 861

D. (L.) c. L.(G.), 2006 QCCA 1125

Droit de la famille-709, J.E. 89-1446 (C.A.)

Droit de la famille -977, [1991] R.J.Q. 904 (C.A.)

Droit de la famille-1128, 2011 QCCS 70

Droit de la famille -1646, [1992] R.D.F. 463 (C.S.)

Droit de la famille-1893, [1993] R.J.Q. 2806 (C.A.)

Droit de la famille- 1931, [1994], R.J.Q. 378 (C.S.)
Droit de la famille- 1931, [1996] R.D.F. 6 (C.A.)
Droit de la famille - 2150, [1995] R.D.F. 203 (C.A.)
Droit de la famille - 2285, [1995] R.J.Q. 2784 (C.A.)
Droit de la famille-2384, [1996] R.D.F. 410. (C.S.)
Droit de la famille-2509, [1996] R.D.F. 794 (C.S.)
Droit de la famille-2927 [1998] R.D.F. 301(C.S.)
Droit de la famille-3147 [2000] R.D.F. 160 (C.A.)
Droit de la famille-3258, [1999] R.J.Q. 643 (C.A.)
Droit de la famille–3264, [1999] R.D.F. 273 (C.S.)
Droit de la famille – 3349, B.E. 99BE-745 (C.S.)
Droit de la famille - 3511, AZ-00021120 (C.S.)
Droit de la famille-3511, J.E. 2000-252 (C.A.)
Droit de la famille – 10304, 2010 QCCA 317
Droit de la famille-13171, 2013 QCCS 339
Droit de la famille-14133, 2014 QCCS 275
Droit de la famille 17336, 2017 QCCA 281
Droit de la famille-071064, 2017 QCCS 2076
Droit de la famille- 071938 (V.K. c. S.D.), 2007 QCCS 3792
Droit de la famille -092729, 2009 QCCS 5132
Droit de la famille -111766, 2011 QCCS 3122
Droit de la famille-111774, 2011 QCCS 3127
Droit de la famille -121897, 2012 QCCS 3976
Droit de la famille -121905, 2012 QCCS 3977
Droit de la famille - 121906, 2012 QCCS 3978
Droit de la famille – 133195, 2011 QCCS 5463
Droit de la famille – 133443, 2013 QCCS 6099
Droit de la famille-142165, 2014 QCCS 4138
Droit de la famille, 142142, 2014 QCCA 1562
Duchsesne c. Genest, 2013 QCCS 5188
D.(R). c. T.(P), REJB 2003-52018 (C.A.)

F.A. c. I.D., [2004] R.D.F. 66 (C.S.)
Ferme C.G.R. enr. S.E.N.C. (Syndic de), Surintendant des faillites c. Raymond Chabot,
2010 QCCA 719
G.F. c. H.T., [2003] R.D.F. 376 (C.S.)
Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co., [1987] 1 RCS 2
Lacopo c. Ragonese, EYB 2001-195219 (C.S.)
Lanoue c. Brasserie Labatt Ltée, J.E.99-857 (C.A.)
Levasseur c. 9095-9206 Québec inc., 2010 QCCS 6513
Lévesque c. Mutuelle-vie des fonctionnaires du Québec, [1996] R.J.Q. 1701 (C.S.)
L.(G) c. D.(L)., [2005] J.Q. No 8405 (C.S.)
L.R. c. J.M., [2005] R.D.F. 350
M.D. c. Plante, 2009 QCCS 6113
(N) R. c. (R). P., [2003] R.D.F. 831 (C.S.)
Québec (Curateur public) c. A.N. (Succession de), 2014 QCCS 616 (C.S.)
Ross c. Ross, (1896) 25 R.C.S. 307.
T.L. c. L.A.P., [2002] R.D.F. 809 (C.A.)
Ville de Québec c. Cie d'immeubles Allard Ltée, [1996] R.J. Q. 1566 (C.A.)
Yared (Succession de), 2016 QCCS 5581
Y.(B.) c. L.(C)., [2001] R.D.F. 779 (C.S.)

Jurisprudence canadienne

Armstrong c. Armstrong, [1997], 34 R.F.L. (4^e) 38 (C. Ont. Div. Gén.)
Aylott c. Aylott, [1999] B.C.J. (Quicklaw) no 1524 (C.S.B.C.)
Black c. Black, [1988], 18 R.F.L. (3^e) 303 (Ont. H.C.J.)
DaCosta c. DaCosta, [1992] 29 R.F.L. (3^e) 422 (C. Ont. Div. Gén.)
Debora c. Debora, [2006] O.J. No 4826 (C.A.)
Grove c. Grove, [1996] B.C.J. (Quicklaw) no 658 (C.S.B.C.)
Lynch c. Segal, [2006], O.J. no 5014 (C.A.)
Ludmer c. Ludmer, 2009 QCCA 1414
MacDonald c. Macdonald, [2003] 33 R.F.L. (5^e) 119, (C.S.B.C.)
McNamee c. McNamee, 2010 ONSC 674

McNamee c. McNamee, 2011 ONCA 533

Ontario (Ministry of Community and Social Services) c. Henson, [1987] 28 E.T.R. (C.S.J. Ont.).

R.(N) c. P.(R.), [2003] R.D.F 831

Sagl c. Sagl, [1997] Ont.J. (Quicklaw) no 2837 (C.Ont. Div. Gén.)

Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis), J.E. 99-2330 (C.S.)

Wildman c. Wildman, [2006] O.J. No 3966 (C.A.)

Jurisprudence américaine

Flaherty v. Flaherty, 638 A.2d 1254 (N.H. Sup. Ct 1994) (WL)

Tremaine v. Tremaine, 643 A. 2d 1291 (Conn. App. 1994) (WL)

Jurisprudence européenne

Salomon c. Salomon & A. Co, [1987] A.C. 22

Prest c. Pétrodel Resources Limited, 2013 UKSC 34

BIBLIOGRAPHIE

Monographies et ouvrages collectifs

BAUDOIN, J.-L. et RENAUD Y., *Code civil du Québec annoté*, 9^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2006

BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015

BRIÈRE, G., *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1988.

CANTIN CUMYN, M., « La fiducie, un nouveau sujet de droit? », dans *Mélanges Ernest CAPARROS*, J. BEAULNE, (dir.), Coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002.

CANTIN CUMYN, M., *Le droit des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980

CAPARROS, E., *Les régimes matrimoniaux au Québec*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1988.

CRAWFORD, W. E., « Estate planning : What is now ? », dans *Ontario Tax Conference*, (1993) TAB 18

CRÊTE, R., et ROUSSEAU, S., *Droit des sociétés par actions*, Montréal, Éditions Thémis, 2011.

Cours de droit français, t.2, 6^e édition, par AUBRY, C. et C. RAU, Paris, Librairie Marchal & Billard, 1935

D.-CASTELLI, M. et D. GOUBAU, *Le droit de la famille au Québec*, 5^e éd., Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005

DESCÔTEAUX, S., *Le partage des droits dans les régimes de retraite*, Brossard, Publications CCH, 2002

GRIMALDI, M., *Intention libérale*, 2^e Conférence Roger-Comtois (2003), Chaire du notariat, Université de Montréal, Montréal, Éditions Thémis, 2003

LAFOND P.-C., *Précis de droit des biens*, 2^e édition, Montréal, Les Éditions Thémis, 2007

LEFEBVRE, B., *Les régimes matrimoniaux – Contrat de mariage, séparation de biens, société d'acquêts*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011

MARTEL, P., *La société par actions au Québec- Les aspects juridiques*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, Martel Ltée, 2016.

MOORE, B., (dir.), *Code civil du Québec : annotations-commentaires 2016-2017*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016

MORRISETT, A. et J. TURGEON, *Droit corporatif canadien et québécois*, Farnham, CCH/FM Canadian, 1990

PAYETTE, L., *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 2^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001

PINEAU J., et BURMAN D., *Effets du mariage et régimes matrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1984

RHÉAUME, C., *Stratégies de planification utilisant des fiducies*, Brossard, Publications CCH Ltée, 2011

RHÉAUME, C., *Utilisation des fiducies en planification fiscale et financière*, 3^e édition, Brossard, Wolters Kluwer, 2015

SENÉCAL, J.-P. *Le partage du patrimoine familial et les autres réformes du projet de loi 146*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989

Articles de revues et études reproduites dans les collections éditées par des chambres professionnelles

ARMANDA S., « Les fiducies et le droit de la famille », dans *Congrès 2014*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., 2014

ARMSTRONG, M.-C., L. BONNAVE, J. BRISSON, A.-S. LAMONDE, «La fiducie en droit familial: à l'abri de qui et de quoi? », dans S.F.P.B.Q., vol. 372, *Développements récents en droit familial (2013)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais.

AUGER, J., « La loi 89 et la réforme des régimes matrimoniaux », [1981] *C.P. du N.* 33

BARBEAU M., P.T. ALLARD, H. MARQUIS, P. ROY, « Étude de cas B – Transfert d'entreprise familiale du vivant et au décès », dans *Congrès 2000*, Impôts et taxes, Montréal, A.P.F.F., 2000

BOUCHARD, C., « Le statut juridique incertain de la société en nom collectif et en commandite - Étude des décisions les plus significatives des 13 dernières années », (2008) 110 *R. du N.* 859

BRIERLEY, J.E.C., « Power of Appointment in Quebec Civil Law », (1992) 95 *R. du N.* 131

BRUNEAU, D., et D. COURTEMANCHE, « Mariage et fiducie familiale : un ménage à trois qui réserve bien des surprises! », Conférence de la Chaire du notariat, Montréal, Université de Montréal, 2008 (PDF), en ligne : http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/092008/fiducie_matrimonial.doc (consulté le 14 mai 2017)

BRUNEAU, D., R. CHAGNON et S. BERTHOLD, « L'entreprise familiale : Évolution et transmission », dans *Journées Maximilien-Caron*, Montréal, Éditions Thémis, 2005

CANTIN CUMYN, M., « Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du trust dans les pays de droit civil », (2013) 58 *R.D. McGill* 821

CIOTOLA, P., et LACHANCE, M., *Le patrimoine familial, perspectives doctrinales et jurisprudentielles*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Famille », Doctrine – Document 2, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014

CIOTOLA, P., *De la donation*, R.D. / N.S., « Libéralité », Doctrine – Document 3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2006

CIOTOLA, P., et LACHANCE, M., *De la donation*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Libéralités », Doctrine – Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014

CIOTOLA, P., et GAGNON, N., « Conflits matrimoniaux et partage de biens », [1990] 2 *C.P. du N.* 303

COHENE, V., « Commentaire sur la décision Yared (Succession de) – La valeur de la résidence de la famille, propriété d'une fiducie, est-elle incluse dans le patrimoine familial? », *Repères*, Février 2017, EYB2017REP2135 (La Référence)

COMTOIS R., « Biens communs, biens réservés, acquêts, «biens familiaux»: la qualification des biens des époux », [1984] 2 *C.P. du N.* 223

CÔTÉ S., Julie GIRARD, « La percée du voile corporatif, qu'en est-il 10 an plus tard? Développements récents sur les abus de droit », S.F.P.B.Q., *Développements récents sur les abus de droit (Colloque)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

DESROSIERS, J.-P., « Imposition des fiducies – Partie I », dans *Colloque – Fiducies Trust 44 (1991)*, Montréal, A.P.F.F., 1991

FRENETTE, F., *De l'usufruit et de l'usage*, 3^e édition, R.D. / N.S., « Biens », Doctrine – Document 11, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014

FORTIN, G., « Importance de l'interaction des concepts de revenu et de capital en droit civil et en droit fiscal », dans *Journées d'études fiscales 1994*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994

HAYHURST D. P., « Transactions in Income and Capital Interests in Trusts » dans *Conference Report*, Toronto, Canadian Tax Foundation, 1989

JARRY, J., « Traquons le débiteur récalcitrant : à la poursuite de ceux qui sont prêts à tout pour éviter de faire face à leurs obligations familiales », dans S.F.P.B.Q., vol 309, *Développements récents en droit familial (2009)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais

KASSIE, L., « La fiducie est-elle à toute épreuve? », dans *Congrès 2004*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., 2004

LAFLEUR, D., « Quelques problèmes d'interaction entre le *CODE CIVIL DU QUÉBEC* et la planification fiscale », dans *Congrès (1994)*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., 1994

LAFLEUR, D., « Relations familiales et utilisation de fiducies », dans *Journée d'études fiscales du 1^{er} juin 1994*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1994

LAROCHELLE, B., et BOUCHARD, C., *Contrat de société de d'association*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Sociétés », Doctrine – Document 1, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2012

LEFEBVRE, B., « Les droits qui confèrent l'usage des résidences familiales : quelques difficultés lors de la liquidation du patrimoine familial », (2014) 116 *R. du N.* 389

LEFRANÇOIS, G., *Les conventions et les partages entre conjoints*, 3^e éd., R.D. / N.S., « Famille », Doctrine – Document 3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2016

LORD, M., « Transfert d'entreprise parents-enfants : l'effet des régimes matrimoniaux selon la méthode d'acquisition des actions de croissance choisie », *Congrès 95*, Planification financière, retraite et succession, Montréal, A.P.F.F., 1995

MARTEL, P., « Le « voile corporatif » - l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec », (1998) 58 *R. du B.* 95

MORIN F., « Caractérisation des distributions d'une fiducie : capital ou revenu? Les fiducies de protection du patrimoine,», dans S.F.P.B.Q., vol 186, *Fiducies personnelles et successions (2003)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Québec, *Publications du Québec*, 1993

PATENAUDE, H. et E. PRUD'HOMME, « La fiducie de gel : une approche pratique », dans *Congrès 2013*, Planification financière, retraite et succession Montréal, A.P.F.F., 2013

ROUSSEAU, S., et SMAÏLI, N., « La « levée du voile corporatif » en vertu du Code civil du Québec : des perspectives théoriques et empiriques à la lumière de dix années de jurisprudence », (2006) 47 *C. de D* 4

ROY, A., « Le changement de qualification d'un bien en cours de régime matrimonial est-il permis? », (2000) 102 *R. du N.* 151

SENÉCAL J.-P., *Droit de la famille au Québec*, Farnham, Publications CCH/FM, 1991

THIBAUT, D., « Commentaires sur la décision D. (L.) c. L. (G.) – La théorie du voile corporatif dans le cadre de l'évaluation des droits d'usage d'un bien du patrimoine familial », *Repères*, Décembre 2006, EYB2006REP553 (La référence)

TURGEON, J., « Le Code civil du Québec, les personnes morales, l'article 317 C.c.Q. et la levée de l'immunité des administrateurs, des dirigeants et des actionnaires », (2005) 65 *R. du B* 134

VAILLANCOURT, F., « Conséquences du patrimoine familial sur certains immeubles détenus par les époux », (1990) 93 *R. du N.* 48

WISE, R. M., « Évaluation de la participation dans une fiducie », *Faits saillants en fiscalité canadienne*, vol. 17, no 5, Mai 2009 (PDF), en ligne : https://www.fcf-ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/Faits_Saillants/2009FS05.pdf (consulté le 14 janvier 2017)