
Symposium : Problématique de l'application en droit fiscal de la fiducie de droit civil*

Diane Bruneau**

PRÉCIS

L'élaboration des lois fiscales fédérales a historiquement été basée sur les principes de *common law*. L'auteure propose d'analyser des éléments spécifiques de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) issus de la *common law* et qui soulèvent un problème d'interprétation lorsque appliqués dans un contexte de la fiducie de droit civil.

Dans un premier temps, l'auteure traite de la problématique de l'interaction entre les nouvelles règles régissant la fiducie pour soi et le Code civil du Québec. D'un point de vue de droit civil, l'auteure est d'avis que deux questions sont soulevées par ces dispositions. Qu'est-ce que la propriété effective ? Par quel mécanisme les biens peuvent-ils être dévolus après le décès du constituant ? L'auteure analyse quatre méthodes de dévolution utilisées par les praticiens de droit civil avec la fiducie pour soi et s'interroge à savoir laquelle respecte mieux l'intention du législateur.

Ensuite, l'auteure analyse la notion de dévolution irrévocable dont l'interprétation en droit fiscal réfère au concept de *vested* de la *common law*. L'auteure présente deux genres de situation. La dévolution de biens au patrimoine fiduciaire et la dévolution de biens à un bénéficiaire alors que la fiducie continue de les administrer. Après discussion, l'auteure mentionne que les paramètres de cette dévolution irrévocable auraient avantage à être définis.

En troisième lieu, l'auteure démontre que le recours en *common law* aux *constructive trusts* et aux *resulting trusts* entre conjoints est particulièrement inéquitable pour le droit civil puisqu'il permet de présumer qu'il n'y a jamais eu transfert entre conjoints et ainsi d'échapper aux règles d'attributions ou à l'assujettissement de l'article 160 LIR. Afin de pallier aux iniquités découlant de ces *trusts*, l'auteure propose quatre options et présente leurs avantages et désavantages respectifs.

Dans un quatrième temps, l'auteure examine les notions de revenu et de capital de la fiducie en fonction des distorsions possibles lors de leur application en droit fiscal. Pour éviter telles distorsions, l'auteure suggère notamment dans la fiducie exclusive au

* La traduction de l'expression *beneficial ownership* est rendue par le terme « propriété bénéficiaire » selon la terminologie normalisée du Programme national de l'administration de la justice dans les deux langues officielles. Dans la Loi de l'impôt sur le revenu toutefois, le terme qui traduit le concept de *beneficial ownership* est « propriété effective ». Ainsi, puisqu'il s'agit de l'expression que l'on retrouve dans le texte de loi, le terme « propriété effective » sera utilisé tout au long de cet article.

** Notaire, M. Fisc., Watson Poitevin Turcot Prévost, s.e.n.c., Montréal.

bénéfice du conjoint de remplacer l'exigence voulant que tous les revenus doivent être payés au conjoint par celle d'obliger le fiduciaire à faire toute distribution au conjoint, sa vie durant, sans distinguer entre le revenu et le capital.

L'auteure termine son analyse sur quelques matières à réflexion, à savoir : l'application de l'article 43.1 LIR à l'usufruit et la substitution de droit civil pour diminuer les conséquences fiscales d'un don; la révision du *revocable trust* de l'article 75(2) LIR pour s'assurer qu'il a la même portée en droit civil qu'en *common law*; et l'examen de la « simple fiducie » qui, comme le mandat au Québec, présume que son auteur est réputé demeurer propriétaire des biens.

L'auteure conclut que l'harmonisation de la législation fiscale peut entraîner une très grande amélioration si elle vient à permettre au civiliste de répondre à quelques-unes de ces questions en utilisant ses propres outils, sans avoir à chercher le sens de ces termes utilisés dans la *common law*.

MOTS-CLÉS : BIJURIDISME ■ POLITIQUE FISCALE ■ QUÉBEC ■ LOI DE L'IMPÔT SUR LE REVENU ■ ÉQUITÉ FISCALE ■ DROIT FISCALE

SOMMAIRE

Introduction	192
Modifier la fiscalité, pas le droit privé applicable	193
Des différences importantes et incontournables	193
Forum shopping	194
Éviter toute différence fiscale ?	194
Diminuer les références à des concepts étrangers au droit civil	195
Éviter d'ajouter à la complexité de la loi	196
Incidence de la fiscalité sur le contrat de fiducie	196
Analyse et propositions	196
Problématique de l'interaction entre les nouvelles règles régissant la fiducie pour soi (self-benefit trust) et le Code civil	197
Fiducie pour soi	197
Critères de la LIR	198
Problématique civile	200
Notion de propriété effective	200
Mécanisme de dévolution au décès du constituant	201
Conclusion	212
Dévolu ou dévolu irrévocablement (vested or vested indefeasibly)	212
Dévolution irrévocable à la fiducie	215
Dévolution au bénéficiaire d'une fiducie	216
Dévolution irrévocable à un bénéficiaire	217
Dévolution non irrévocable	220
Constructive trust et resulting trust	221
Constructive trust	222
Resulting trust	225
Particularité qui rend ces trusts si attrayants au plan fiscal	227
Solutions pour le Québec	228
Le gouvernement pourrait revenir sur sa position et ne plus reconnaître l'existence au plan fiscal du constructive trust ou même du resulting trust à titre de fiducie	229

La famille comme unité d'imposition (ou l'abolition des règles d'attribution entre conjoints)	230
Empêcher qu'un resulting trust ou un constructive trust ait un effet fiscal rétroactif en adoptant des mesures du même type que celles qui ont été adoptées pour le régime de communauté du Québec	231
Reconnaître partout au Canada qu'une contrepartie raisonnable correspondant au règlement des droits d'un conjoint sur la base d'un enrichissement constitue une contrepartie valable	232
Conclusion	234
La notion de revenu et de capital	234
Fiducie créée au profit exclusif du conjoint et autres fiducies du même genre	235
Distinction entre revenu et capital	237
Solution pour la fiducie au profit exclusif du conjoint	241
Revenu vs capital : Autres aspects	242
Revenu payable	242
Pertes	243
Nature des dépenses	244
Conclusion	246
Autres matières à réflexion	247
Article 43.1 LIR	247
Fiducie comportant un droit de retour	248
Simple fiducie (bare trust)	250
Conclusion	250

INTRODUCTION

L'élaboration des lois fiscales fédérales a toujours été basée sur la *common law*. Le délai de 21 ans servant à présumer une disposition fiscale des biens de la fiducie, et qui correspond à une référence directe au délai prévu dans le cadre des règles de non-perpétuité des fiducies de *common law*¹ vient appuyer ce constat.

Alors que la fiducie de nature contractuelle au Québec correspond globalement au concept de *l'express trust* de la *common law* pour l'effet qu'elle produit, la présente étude vise à déterminer si la référence au *trust* de *common law* faite dans la Loi de l'impôt sur le revenu² est suffisamment neutre pour englober les particularités de la fiducie de droit civil. Si tel n'est pas le cas, il sera nécessaire d'analyser les conséquences de ces distorsions et de proposer des solutions.

Avant de se lancer dans l'étude technique de ces distorsions, il paraît essentiel de préciser notre façon d'aborder les disparités entre la *common law* et le droit civil dans un contexte global, quitte à permettre certaines exceptions.

1 Louise Bélanger-Hardy et Aline Grenon, *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois* (Scarborough, ON : Carswell, 1997), à la p. 480.

2 LRC 1985, c. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (aussi nommée ci-après « LIR » ou « la Loi »).

Modifier la fiscalité, pas le droit privé applicable

L'objectif à atteindre ne consiste pas à modifier les lois fiscales de façon que les résidents du Québec soient assujettis aux règles de la *common law* ou vice versa. Face à une divergence de traitement, il faut idéalement chercher à respecter le droit civil et non pas à le modifier afin de faire en sorte qu'il équivaille à la *common law*. Par exception, il pourrait être prévu des entorses à ce principe de respect du droit civil, comme la technique qui a été utilisée à l'alinéa 248(3)d) pour reconnaître certains arrangements qui soulevaient des doutes en droit civil, en l'occurrence le REER autogéré, mais qui étaient acceptés dans les autres provinces. Bien que le but de cette disposition était louable, elle constitue tout de même une entorse si elle a pour effet d'inciter l'utilisation des règles de la *common law* au Québec, au lieu d'adapter les dispositions fiscales pour qu'elles s'appliquent en harmonie avec le droit civil.

Des différences importantes et incontournables

Il existe des différences entre le *trust* de *common law* et la fiducie de droit civil que le droit fiscal ne peut vouloir résoudre.

M^e Jean Charles Hare³ a identifié quatre distinctions principales entre la fiducie de droit civil et le *trust* :

1. *la nature de la fiducie;*
2. *le cumul des fonctions de constituant, de fiduciaire et de bénéficiaire;*
3. *le pouvoir d'élire des bénéficiaires;*
4. *la modification ou a liquidation de la fiducie.*

En regard à la nature de la fiducie, cet auteur soulève la différence entre la dualité de propriétaires pour un bien détenu en fiducie de *common law* versus le patrimoine fiduciaire de droit civil sur lequel personne n'a de droit de propriété.

Le cumul des fonctions n'est pas permis par le Code civil du Québec⁴, puisque l'article 1275 CcQ exige qu'un autre fiduciaire, qui n'est pas bénéficiaire ou constituant, soit nommé. Bien que cette différence nécessite l'intervention d'un fiduciaire de plus à la fiducie, contrairement à la *common law*, cette différence ne résulte généralement pas en un traitement fiscal différent au Québec, notamment en raison du paragraphe 75(2) LIR. De plus, il est possible, en droit civil, d'arriver à un résultat similaire en utilisant la substitution, assimilée en droit fiscal à une fiducie, et qui permettrait de ne pas nommer de fiduciaire autre que le grevé pour administrer les biens.

3 Jean-Charles Hare, « Comparaison entre fiducies de droit civil et fiducies de la Common Law », dans *Congrès 98* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1999), 7:7-17.

4 LQ 1991, c. 64, telle que modifiée (ci-après nommé « le Code », « le Code civil » ou « CcQ »).

Relativement à la faculté d'élire, cet auteur mentionne : « le constituant peut donner au fiduciaire le pouvoir illimité d'ajouter ou de soustraire des bénéficiaires à la fiducie⁵ ». Cette liberté n'est pas octroyée en droit civil. Ce point semble être une différence qui amène un traitement fiscal distinct entre le Québec et les autres provinces.

Enfin, M^e Hare fait état de la différence entre les procédures de modification et de liquidation d'une fiducie selon sa juridiction. Ainsi, en *common law*, même si en principe ces modifications ou liquidations peuvent être obtenues du simple consentement des bénéficiaires, elles sont toutefois soumises en général à des exigences particulières édictées par les lois provinciales. La complexité qu'engendrent ces exigences doit alors être considérée lorsque vient le temps de comparer la *common law* à la procédure requise au Québec, soit la requête au tribunal.

L'interdiction de nommer un fiduciaire qui est une société autre qu'une société de fiducie, l'absence du *protector*, l'absence d'une jurisprudence abondante sur la fiducie et l'impossibilité d'utiliser la *Declaration of Trust* sont également des aspects propres au droit civil qu'il est bon de souligner.

La présente étude ne proposera pas de modifications pour la plupart de ces éléments puisqu'ils relèvent du droit privé. Une intervention ne serait justifiée que si une distinction particulière provoquait un traitement fiscal différent.

Forum shopping

Une fois complété, l'exercice d'harmonisation ne modifiera pas l'engouement pour la recherche du système de droit provincial le plus avantageux en matière de fiducie. Compte tenu des différences entre la fiducie de droit civil et le *trust*, et des différences qui existent aussi en matière de législation d'une province à l'autre, certains contribuables continueront de choisir soit le droit du Québec, pour offrir par exemple aux fiduciaires plus de sécurité quant à leur responsabilité personnelle, soit inversement la fiducie de *common law*, pour permettre de se constituer soi-même fiduciaire⁶. Cependant, parce que l'exercice d'harmonisation cherche à résoudre les différences de traitement fiscal, du moins au fédéral, ce choix ne devrait plus être motivé par de telles différences.

Éviter toute différence fiscale ?

Avant de proposer des modifications pour uniformiser au fédéral le traitement fiscal des fiducies partout au Canada, il est essentiel de se demander au préalable s'il est véritablement essentiel de chercher à annuler tous les avantages ou inconvénients fiscaux qui peuvent découler des particularités rencontrées dans une juridiction

5 Supra, note 3, à la p. 7:9.

6 Le choix d'une autre juridiction provinciale pour une fiducie dont les bénéficiaires sont au Québec est rendu plus complexe par suite de la publication par le ministère des Finances du Québec du *Bulletin d'information* n° 2002-8, le 11 juillet 2002.

par rapport à une autre. L'auteure est d'avis que l'harmonisation doit viser surtout les cas où la situation juridique créée est essentiellement la même, mais qui donne lieu, en raison de concepts dissemblables, à un traitement fiscal différent. Cette action irait alors dans le même sens que le courant jurisprudentiel qui a cherché à uniformiser l'application des lois fiscales en dépit du droit privé applicable.

Une telle harmonisation a toutefois des limites puisque certaines différences fiscales résultent de règles particulières qui ne se retrouvent pas dans l'autre système de droit. Ainsi en est-il du *constructive trust* (fiducie par interprétation) qui naît de l'interprétation que fait un juge de *common law* d'une situation passée. Bien que des modalités puissent être proposées pour circonscrire l'effet fiscal de ces différences, il n'en demeure pas moins qu'un résident du Québec ne peut obtenir la création d'une telle fiducie par un tribunal de sa juridiction et, par conséquent, les avantages fiscaux qui en découlent, quoique certains résultats moins spectaculaires puissent être obtenus par la reconnaissance d'une société tacite⁷.

Pour les résidents du Québec, l'utilisation de la substitution permet, quant à elle, de recevoir le traitement fiscal de la fiducie sans qu'il y ait véritablement de fiduciaire. Cette particularité résulte justement d'un effort du gouvernement fédéral pour adapter sa loi fiscale à une institution propre au Québec, en lui appliquant les règles fiscales de la fiducie qui est un concept voisin. Le résultat est intéressant puisqu'il permet d'utiliser à nouveau le concept de substitution que les fiscalistes québécois avaient mis au rancart. Cependant, il est clair que la substitution est un concept particulier au Québec et que les avantages et inconvénients fiscaux qui en résultent ne sont pas applicables ailleurs au Canada.

En définitive, lorsque la différence de traitement fiscal entre les deux systèmes de droit découle de la présence d'éléments propres à un système, une uniformisation parfaite pourra être impossible à atteindre, même si des efforts peuvent être faits pour amenuiser ces différences.

Diminuer les références à des concepts étrangers au droit civil

En présence de concepts juridiques étrangers au droit civil, il faut rechercher des solutions pour que le civiliste puisse en comprendre clairement l'application, sans être nécessairement forcé d'analyser la *common law* pour arriver à ce résultat. Pourraient par exemple être définies la notion de *vested indefeasibly* du paragraphe 70(6) LIR et la notion de *revert* du paragraphe 75(2) LIR. Ces définitions pourraient s'appliquer autant en droit civil qu'en *common law*, mettant ainsi fin à la référence de ces dispositions à la *common law* à titre complémentaire. Cette solution pourrait toutefois être une source additionnelle de différences, dans la mesure où la définition d'un concept de *common law* ne correspondrait pas à celle faite par les tribunaux de cette juridiction.

7 Voir infra, « Solutions pour le Québec ». Le concept de la société tacite ou présumée n'a été appliqué qu'à des entreprises non constituées en sociétés, et il peut tout autant être invoqué dans les juridictions de *common law*.

Éviter d'ajouter à la complexité de la loi

Dans l'analyse des solutions proposées, la préoccupation de ne pas ajouter à la complexité de la loi sera prise en considération. Cette complexité est source de différences et d'iniquités entre les contribuables canadiens puisque la compréhension de la loi est souvent fonction des moyens dont ils disposent pour leur permettre d'accéder à une information fiscale juste. Accroître la complexité de la loi pour en uniformiser l'application horizontalement partout au pays mènerait à des disparités plus grandes dans son application verticale envers diverses catégories de contribuables.

Incidence de la fiscalité sur le contrat de fiducie

En vue de discuter des problèmes et solutions et après avoir fixé les paramètres de travail, il devient nécessaire de constater que le droit fiscal influence grandement le droit des fiducies et qu'il s'agit de deux domaines du droit intrinsèquement liés. Cette influence renforce le besoin d'harmonisation de la législation fiscale, situation qui aurait été différente si la fiscalité était demeurée neutre face au choix de constituer ou non une fiducie.

Loin d'être neutres, les règles fiscales imposent même le schéma à suivre dans la constitution juridique de toute fiducie, dénaturant ainsi parfois la perception qu'en offre le droit civil. Certaines fiducies sont même directement issues des lois fiscales ou autres lois à caractère public.

Voici des éléments qui sont en grande partie tributaires du droit fiscal :

- Le choix du constituant (raisons : paragraphe 75(2); règles d'attribution; choix du bénéficiaire privilégié);
- Le choix des fiduciaires (raisons : paragraphe 75(2); résidence canadienne);
- Le choix des biens transférés (raison : la disposition fiscale qui en résulte);
- Le choix des bénéficiaires (raisons : avantage à un actionnaire; règles d'attribution);
- Les modalités de distribution du revenu ou du capital (raisons : règle de 21 ans; présence d'un bénéficiaire privilégié ou d'un conjoint dans une fiducie exclusive pour son bénéficiaire; exigences de rendre les sommes payables).

Ces éléments sont pourtant fondamentaux dans la décision de constituer une fiducie. Par contre, pour des raisons fiscales, ils doivent souvent être modulés différemment de la volonté première des parties à l'acte de fiducie.

Il faut noter que cette influence n'est pas propre au droit civil. La constitution d'une fiducie en *common law* comporte aussi ses limites fiscales qu'il faut traduire en fonction de la même législation applicable.

Analyse et propositions

Compte tenu de ce qui précède, il s'agit donc d'analyser les éléments particuliers de la loi (autres que les concepts de *beneficial* et de *legal ownership* qui font l'objet

d'une autre étude) qui, lorsqu'ils sont appliqués dans un contexte de droit civil, soulèvent un problème d'interprétation.

Pour chaque problème fiscal identifié, une ou plusieurs solutions seront proposées. Elles permettraient d'atteindre l'unité du traitement fiscal de la fiducie au Canada, dans le respect du droit privé.

PROBLÉMATIQUE DE L'INTERACTION ENTRE LES NOUVELLES RÈGLES RÉGISSANT LA FIDUCIE POUR SOI (SELF-BENEFIT TRUST) ET LE CODE CIVIL

Le Code civil a introduit en 1994 un concept de fiducie renouvelé qui permet au Québec de profiter de la fiducie ayant pour objectif de mettre des actifs à l'abri des créanciers ou à l'abri d'une mauvaise administration, quoique la nature même d'une telle fiducie ne fasse pas l'unanimité⁸.

Pour obtenir cette protection, une personne n'a qu'à transférer à la fiducie certains de ses biens afin de les extraire de son propre patrimoine. Cependant, la protection recherchée pourrait être plus ou moins grande selon les termes de l'acte. La fiducie la plus sûre face aux créanciers paraît être celle qui permet aux fiduciaires une répartition discrétionnaire du revenu et du capital entre plusieurs bénéficiaires, parmi lesquels figure le cédant. Ainsi, la participation de ce cédant dans la fiducie ne serait d'aucune valeur tant que la discrétion n'aura pas été exercée en sa faveur⁹. Les différences entre la *common law* et le droit civil n'affectent pas particulièrement l'utilisation de cette fiducie. Ce type de fiducie comporte toutefois le désavantage de provoquer au plan fiscal une disposition des biens au moment de leur transfert à la fiducie.

La fiducie qui est l'objet du présent chapitre offre une protection moins étanche face aux créanciers, mais a l'avantage de pouvoir recevoir des biens sans conséquences fiscales.

Fiducie pour soi

Lorsque la disposition fiscale doit en effet être évitée, la solution consiste à créer une fiducie qui est à l'avantage exclusif du cédant, qui sera appelée « fiducie pour soi » aussi désignée en anglais par l'expression *self-benefit trust*. Grâce à cette fiducie, les biens ne demeurent pas directement à la disposition des créanciers du cédant, mais sont mis à l'abri dans le patrimoine fiduciaire. Les créanciers, s'il ne peuvent se prévaloir des autres moyens mis à leur disposition pour attaquer ce transfert à la

8 Jacques Beaulne, *Droit des fiducies* (Montréal : Wilson et Lafleur, 1998), aux pp. 70-71. Est-ce une fiducie personnelle ou une fiducie d'utilité privée ? M^e Beaulne opte pour cette dernière.

9 Marc Cuerrier, « L'impôt des fiducies » (1996) vol. 18, n^o 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 805-71, à la p. 870. Voir cependant le commentaire de Jack Bernstein dans « Participation dans une fiducie discrétionnaire » (2003) vol. 11, n^o 5 *Faits saillants en fiscalité canadienne* 2.

fiducie, qui pourrait avoir été fait en fraude de leurs droits¹⁰, ne pourront pas saisir les biens de la fiducie ni les faire vendre. Tout au plus, pourront-ils saisir le produit éventuel qui découlera de la participation dans la fiducie.

Cependant, les juristes québécois qui veulent se prévaloir pour leurs clients de cette fiducie pour soi se butent à des questions de taille. En effet, les récents critères de qualification introduits dans la Loi de l'impôt sur le revenu qui permettent les transferts libres d'impôts à une telle fiducie découlent de la jurisprudence de *common law* et doivent ainsi être interprétés avec les adaptations nécessaires pour pouvoir les transposer dans un cadre de droit civil. La remarque suivante d'une juriste illustre cette problématique :

non seulement il est nécessaire dans ce contexte d'arriver en droit québécois à imiter un transfert du *legal ownership* sans transfert du *beneficial ownership*, mais encore faut-il découvrir comment il sera possible de disposer d'un *life interest* en fiducie, tout en conservant un *reversionary interest* au décès¹¹.

En effet, les critères retenus par le législateur fédéral, bien qu'assez détaillés pour qu'il puisse être possible de les adapter au droit civil, non sans certaines questions, sont puisés dans des concepts étrangers au droit civil.

Critères de la LIR

Deux nouvelles dispositions fiscales similaires permettront qu'un transfert par donation ou par vente en faveur d'une fiducie soit réalisé sans impôt. Il est proposé d'intégrer la première disposition à l'article 73 LIR¹², en compagnie de la nouvelle fiducie pour soi (*alter ego*) et de la fiducie mixte au profit du conjoint, toutes deux permises à compter de 65 ans. Toutes ces fiducies bénéficieront du même roulement que celui concédé à l'origine aux transferts des immobilisations entre conjoints.

La deuxième disposition se trouve au paragraphe 107.4(1) LIR, et figure parmi les situations qui donnent lieu à une disposition admissible permettant un roulement.

Ces deux dispositions prévoient à peu près les mêmes exigences et, compte tenu de la hiérarchie établie, le paragraphe 107.4(1) LIR ne s'applique que si la fiducie ne se qualifie pas aux termes du paragraphe 73(1) LIR¹³, soit par exemple pour un transfert de biens qui ne représentent pas des immobilisations.

10 Pour l'analyse de ces recours, voir notamment Michel Legendre, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières » (1997) vol. 19, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 11-67; et Lucie Beauchemin, « Fiducies entre-vifs de protection des actifs », dans *Congrès 95* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1996), 12:1-47.

11 Conversation téléphonique confidentielle.

12 Plus précisément au paragraphe 73(1.01) LIR.

13 Suivant la condition i) du paragraphe 107.4(1) LIR.

Du point de vue technique, les critères d'application de ces roulements sont les suivants :

Le paragraphe 73(1.01) LIR exige, à l'instar du roulement au conjoint, le respect des conditions suivantes :

- Droit pour le constituant de recevoir tous les revenus sa vie durant;
- Nulle autre personne ne peut bénéficier du capital avant son décès.

Par comparaison, la notion de disposition admissible prévue au paragraphe 107.4(1) LIR comporte implicitement les exigences suivantes¹⁴ qui découlent de la nécessité qu'il n'y ait pas de changement de la propriété effective des biens, condition qui est interprétée dans les notes explicatives¹⁵ accompagnant cet article :

- l'auteur est le seul bénéficiaire de la fiducie;
- l'auteur est en droit de recevoir toute partie du revenu annuel et des gains en capital réalisés de la fiducie qu'il demande;
- les biens de la fiducie retournent à l'auteur s'il est mis fin à la fiducie avant le décès de ce dernier¹⁶.

Il est à noter que, à la différence de l'article 73 LIR, la notion de disposition admissible permet de choisir si le roulement sera total ou partiel¹⁷.

Deux autres conditions doivent être respectées pour se prévaloir de la fiducie pour soi constituée en vertu de l'article 73 :

[L]e transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien et, immédiatement après le transfert, aucune personne (sauf le particulier) ni société de personnes n'a de droit absolu ou conditionnel à titre de bénéficiaire de la fiducie (déterminé par rapport au paragraphe 104(1.1))¹⁸.

Les mêmes critères s'appliquent aussi aux fiducies constituées en vertu du paragraphe 107.4(1) LIR, à quelques différences près.

La loi précise au paragraphe 104(1.1) LIR qu'une personne ne doit pas être considérée avoir un droit de bénéficiaire en raison du fait qu'elle possède un droit

14 Ces critères ont depuis longtemps été appliqués à un tel type de fiducie de protection d'actifs par la pratique administrative. L'expression de ces critères peut notamment être consultée à Agence des douanes et du revenu du Canada, *L'impôt sur le revenu — Nouvelles techniques* n° 7, le 21 février 1996.

15 Canada, Ministère des Finances, *Notes explicatives concernant l'impôt sur le revenu* (Ottawa : mars 2001), article 82.

16 Paragraphe 107.4(3) LIR.

17 Le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) LIR. Il est à noter que les notes explicatives précisent qu'il n'y aura pas de changement du *beneficial ownership* si le constituant se réserve un *general power of appointment*.

18 Alinéas 107.4(1)a) et e) LIR.

pouvant découler du décès *ab intestat* du constituant (alinéa 104(1.1)b)) ou un droit découlant des dispositions du testament ou autre instrument testamentaire de ce dernier (alinéa 104(1.1)a)). Cette précision paraît utile étant donné que la présence d'un droit éventuel de bénéficiaire est interdite. La possibilité qu'il y ait retour au cédant ou à ses héritiers existe¹⁹, et rendre éligibles les héritiers *ab intestat* à titre de bénéficiaires éventuels permis semble approprié. Toutefois, la référence au testament laisse perplexe, puisque le testament à l'alinéa 104(1.1)a) ne sera reconnu valide qu'au décès du cédant. Or, cette date est bien éloignée de celle du transfert initial à la fiducie. Ce paragraphe est-il une indication que les biens doivent nécessairement revenir à la succession du cédant ? Si c'est là l'intention du législateur, il aurait pu être plus explicite. *A contrario*, est-il possible de prétendre que, si une faculté d'élire illimitée est accordée au cédant par l'acte de fiducie, élection qui ne prendra effet qu'à son décès à la fin de la fiducie, la condition voulant qu'aucune autre personne n'a immédiatement après le transfert un droit de bénéficiaire même éventuel est remplie (sans avoir à examiner le paragraphe 104(1.1) LIR) ? Il serait difficile de soutenir dans ces circonstances que tous et chacun sont de tels bénéficiaires éventuels. D'autre part, qu'en est-il d'une faculté d'élire restreinte, mais assez large pour comprendre toutes les personnes qui sont naturellement les héritiers potentiels du cédant ? Ainsi, puisque l'auteure est d'avis que l'utilisation de la faculté d'élire demeure une option, elle fera partie de la présente analyse en plus des héritiers *ab intestat* ou testamentaires.

Par ailleurs, il y aura une disposition des biens d'une telle fiducie au jour du décès du constituant, suivant le nouveau alinéa 104(4)a.4) LIR, et non tous les 21 ans.

Problématique civile

Le civiliste qui prend connaissance de ces exigences techniques est aux prises avec au moins deux questions :

1. Qu'est-ce que la propriété effective ?
2. Par quel mécanisme les biens peuvent-ils être dévolus après le décès du constituant dans un contexte de droit civil ?

Notion de propriété effective

La notion de propriété effective, à laquelle la Loi fait référence, sera l'objet d'autres rapports par Mark Brender et Catherine Brown. Dans l'attente des modifications législatives qui en découleront, la solution pourrait résider dans l'interprétation large de l'alinéa 248(3)e) LIR qui tente de traduire le concept de *beneficial ownership* de la *common law* pour le rendre applicable en droit québécois. Il semblerait possible d'invoquer que, dès qu'une personne a un droit de bénéficiaire dans une

19 Article 1297 CcQ.

fiducie, elle a la propriété effective des biens qui s'y trouvent²⁰. *A contrario* et sur la base des décisions techniques de l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ci-après nommée « l'Agence ») rapportées par M^e Jolin²¹, dès qu'une personne obtient un droit de bénéficiaire, même éventuel, dans une fiducie, ce droit suffit pour entraîner le changement de la propriété effective et empêcher le roulement à une fiducie pour soi²². De récents écrits démontrent toutefois à quel point les juristes du Québec ne savent plus sur quel pied danser à l'égard de ce concept²³. Les précisions qui seront apportées à la Loi seront sûrement les bienvenues si elles réussissent à éclairer le débat. Pour l'instant, l'auteure se contentera de constater que, au chapitre de la fiducie pour soi, les autres critères précisés dans la Loi semblent faire office de description de ce que constitue une absence de modification de la propriété effective en droit civil.

Mécanisme de dévolution au décès du constituant

Un acte de fiducie prévoit habituellement à qui sont remis les biens lors du décès d'un bénéficiaire. Pour respecter les exigences de la Loi, les diverses possibilités que le juriste québécois peut envisager dans la rédaction d'une fiducie pour soi ont été énumérées comme suit dans la doctrine :

Pour respecter la condition selon laquelle nulle autre personne que le constituant soit bénéficiaire actuel ou éventuel de la fiducie en faveur de soi-même sans limite d'âge, l'acte de fiducie pourra prévoir l'une des éventualités suivantes advenant le décès du constituant-bénéficiaire :

- soit ne pas prévoir de bénéficiaire advenant le décès du constituant-bénéficiaire;
- soit prévoir qui deviendront bénéficiaires de la fiducie advenant le décès du constituant-bénéficiaire, des personnes mentionnées à cet effet aux termes du testament du constituant-bénéficiaire;

20 Sophie Bélanger et Isabelle Gouin, « Fiducie en faveur de soi-même, fiducie mixte au profit du conjoint et autres modifications législatives » (2000-2001) vol. 22, n° 2 *Revue de planification fiscale et successorale* 467-511, à la p. 494.

21 Marc Jolin, « Les nouveaux types de fiducies et les possibilités de planification », dans *Colloque 109 — Les fiducies* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, mai 2001), text n° 2, aux pp. 37-39.

22 Le second critère exigeant l'absence d'autres bénéficiaires ne serait donc que l'expression de la conservation de la propriété effective.

23 Voir Richard Gauthier, « Les transferts entre fiducies et les dispositions admissibles faites à une fiducie », dans *Colloque 109*, supra, note 21, texte n° 4, aux pp. 2 et 3, où l'auteur mentionne que pour ce qui est du concept de *beneficial ownership*, le paragraphe 248(3) LIR ne trouve plus application. Son raisonnement s'appuie toutefois sur l'évolution de ce concept par rapport au crédit-bail, alors que pour la fiducie, la Loi est un peu plus claire en ce qu'elle réfère à un droit de bénéficiaire dans sa description de la propriété effective. Cependant, il est évident que de conserver la propriété effective d'un bien ne peut vouloir signifier une simple détention de n'importe quel type de participation dans une fiducie.

- soit prévoir qui deviendront bénéficiaires de la fiducie advenant le décès du constituant-bénéficiaire, des personnes qui sont les héritiers *ab intestat* du constituant-bénéficiaire;
- soit prévoir que tous les biens de la fiducie seront réputés transférés au constituant immédiatement avant son décès.

L'acte de fiducie ne devra pas désigner les personnes qui seront bénéficiaires de la fiducie lors de son décès. Cette désignation pourrait cependant se faire dans un autre document, soit le testament. Un lien devra être fait entre les deux²⁴.

Devant cette panoplie de solutions, il serait difficile d'invoquer qu'il est impossible au Québec d'utiliser une telle fiducie. Cependant, lorsque l'on tente de l'appliquer, il en résulte des difficultés inconfortables et des résultats qui varient selon la solution adoptée. Or, dans les autres provinces, l'utilisation de telles fiducies ne semble pas aussi problématique, puisque ces exigences semblent découler directement de concepts de *common law*, soit le *beneficial ownership* dont il a été fait mention précédemment et le transfert d'un *life interest* en fiducie tout en conservant un *reversionary interest* au décès.

Voici les enjeux en droit civil de ces différentes solutions dans l'ordre de leur énumération ci-dessus :

RESTER MUET SUR L'IDENTITÉ DU OU DES BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE AU DÉCÈS DU CONSTITUANT (OPTION 1)

Le Code civil prévoit à son article 1297 que, s'il n'y a plus aucun bénéficiaire, les biens sont dévolus au constituant ou à ses héritiers.

Cet article permet de respecter les exigences du paragraphe 104(1.1) LIR et laisse au constituant la liberté de tester sur les biens de la fiducie, lui donnant ainsi entière liberté quant au choix des bénéficiaires subséquents.

Le Code civil comprend donc un outil qui permet aux juristes du Québec de rédiger une fiducie pour soi en toute conformité. Cependant, certaines questions de droit civil demandent à être éclaircies dans l'application de cet article :

1. Les biens reviennent-ils dans le patrimoine du défunt par l'effet de cette disposition ?
2. Le constituant peut-il faire un legs à titre particulier des biens de la fiducie ?

Ces deux questions s'adressent, d'une part, à la qualité de la protection d'actifs obtenue et, d'autre part, aux restrictions quant à la liberté de tester.

Le Code civil ne stipule pas d'une manière claire si les biens reviennent et passent dans le patrimoine du constituant à son décès par l'effet de l'article 1297 CcQ. Si la réponse devait être affirmative, ces biens deviendraient disponibles

24 Bélanger et Gouin, *supra*, note 20, à la p. 487.

à ce moment pour le paiement des créanciers²⁵, rendant ainsi la protection des actifs moins efficace. En ce qui a trait aux conséquences fiscales, les biens de la fiducie entre vifs feraient l'objet de la disposition prévue au décès du bénéficiaire et ne pourraient en conséquence bénéficier du roulement entre conjoints²⁶. Cependant, si, comme le pense l'auteure, ces biens reviennent dans le patrimoine du défunt, ils pourraient alors servir à créer des fiducies ayant la qualité de testamentaire. Est-ce là un résultat similaire à celui qu'obtiennent les concitoyens des autres provinces ?

Quant à la question de déterminer si un legs à titre particulier du bénéfice de la fiducie pour soi serait autorisé, le Code civil et la doctrine sont unanimes à l'effet que l'utilisation du terme « héritiers » exclut généralement le légataire à titre particulier²⁷. Le constituant doit alors, suivant cette interprétation, établir une planification testamentaire qui tient compte de ce résultat et prévoir que le bénéfice de telle fiducie sera remis aux successibles qui reçoivent les legs universels ou à titre universel.

Cependant, selon l'auteure, dans le contexte de la fiducie, le terme « héritiers » doit être pris au sens large comme signifiant tous les successibles du constituant, d'autant plus que si la remise avait eu lieu de son vivant, les biens de la fiducie auraient fait partie de cette masse successorale. Lorsque les tribunaux seront confrontés à cette question, il est difficile d'imaginer, dans des circonstances où le constituant laisserait un testament prévoyant clairement que les biens de la fiducie

25 Il y a deux façons d'interpréter l'article 1297 CcQ à cet égard. La première interprétation serait de croire que cet article ne fait que nommer les nouveaux bénéficiaires de la fiducie qui recevront ainsi les biens directement de cette dernière. La deuxième interprétation s'appuie sur le type de nomination faite pour prétendre que, puisqu'il est prévu un retour au constituant ou à défaut à ses héritiers, ce passage aux héritiers signifie en fait que les biens passent par sa succession. C'est notamment l'opinion du professeur Beaulne qui y voit les effets de la caducité au même titre que Faribault auquel il se réfère, lorsque ce dernier analysait l'ancien article 964 CcBC : voir Beaulne, supra, note 8, à la p. 300. Cette position trouve également appui dans les commentaires du ministre de la Justice du Québec qui mentionne que cette règle est conforme au droit antérieur : voir Ministère de la Justice du Québec, *Commentaires du ministre de la Justice*, tome I, *Le Code civil du Québec* (Les publications du Québec, 1993), à la p. 773. L'article 964 CcBC, qui est à l'origine de l'article 1297 CcQ, mentionnait que les biens passaient à l'héritier ou au légataire qui recueillait la succession au cas de caducité ou d'impossibilité d'utiliser les biens aux fins voulues. D'autre part, par analogie, au chapitre des assurances, lorsque la mention du bénéficiaire désigné réfère à la succession, aux ayants droit ou aux héritiers d'une personne, le produit d'assurance se retrouve dans la succession de cette personne, tel que le prévoit l'article 2456 CcQ.

26 Au point de vue fiscal, une disposition des biens de la fiducie surviendra au décès du constituant en vertu de l'alinéa 104(4)a.4) LIR. Même si, immédiatement avant le décès de ce dernier, il détient une participation au capital assujettie elle aussi à une disposition présumée, cette disposition n'occasionnera pas d'impôt pour le défunt, puisqu'une nouvelle présomption vient ajuster le coût de telle participation de façon à éviter une double imposition en vertu de l'alinéa a.1) de la définition de « coût indiqué » du paragraphe 108(1) LIR.

27 Article 619 et 739 CcQ et Germain Brière, *Le nouveau droit des successions*, 2^e éd., Collection bleue (Montréal : Wilson & Lafleur, 1997), 2, au paragraphe 2.

entre vifs sont dévolus à tel légataire à titre particulier, qu'un juge puisse venir à la conclusion, en raison du libellé du code, que ce legs n'est pas valide et que les biens de la fiducie doivent plutôt être remis à ceux qui reçoivent le résidu de sa succession. D'ailleurs, l'article 2456 CcQ crée déjà une exception à la définition du terme « héritiers » en précisant que l'utilisation de l'expression « héritiers » dans le contexte d'une désignation de bénéficiaire d'assurance signifie globalement toute la succession d'une personne.

Cette limite à la liberté de tester pour le constituant n'appelle toutefois pas une solution en matière fiscale, même si cela permet de préciser le cadre québécois de la fiducie pour soi.

PRÉVOIR QUI DEVIENDRONT BÉNÉFICIAIRES DE LA FIDUCIE ADVENANT LE DÉCÈS DU CONSTITUANT-BÉNÉFICIAIRE, DES PERSONNES MENTIONNÉES À CET EFFET AUX TERMES DU TESTAMENT DU CONSTITUANT-BÉNÉFICIAIRE (OPTION 2)

Suivant s'il n'est pas dans l'esprit de la mesure fiscale relative à la fiducie pour soi d'exiger que les biens retournent nécessairement dans le patrimoine du constituant à la fin de la fiducie, il semble alors que la meilleure façon de constituer une telle fiducie soit de prévoir directement dans l'acte de fiducie que les biens seront remis aux personnes qui seront choisies par le constituant aux termes de son testament.

Le grand avantage de cette option réside dans la protection accrue qu'elle offre aux biens de la fiducie qui, en aucun temps, ne passeront par le patrimoine du constituant pour devenir sujets aux réclamations des créanciers. Les aspects fiscaux se différencient de ceux de la première option du fait qu'il devient alors impossible de créer une fiducie testamentaire avec les biens de la fiducie entre vifs. Il faudra même s'assurer de ne pas contaminer d'autres fiducies avec ces biens²⁸.

Cependant, il y a lieu de se demander si cette faculté d'élire est suffisante pour respecter le texte de l'alinéa 104(1.1)a LIR qui permet notamment : « un droit pouvant découler des dispositions du testament ou autre instrument testamentaire d'un particulier qui est bénéficiaire de la fiducie à ce moment ».

Compte tenu de ce libellé et du contexte général de la fiducie pour soi, l'utilisation de la faculté d'élire soulève deux questions :

1. Est-il autorisé par la Loi de l'impôt sur le revenu de prévoir dans l'acte de fiducie qui seront les personnes nommées par le constituant dans son testament qui recevront les biens de cette fiducie à son décès, sans que ces biens passent par son patrimoine ?
2. Est-il possible en droit civil de libeller une telle faculté d'élire de façon qu'elle soit illimitée, ou doit-elle être restreinte à certaines catégories de

28 Cela découle notamment de la position exprimée par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (ADRC) dans ADRC, document n° 9901435, le 16 février 1999.

personnes (auquel cas il faudra aussi s'interroger sur l'effet fiscal de cette restriction)²⁹ ?

Le gouvernement devra préciser sa politique à l'égard de la première question. Quant à la deuxième, elle concerne les limites de la faculté d'élire en droit civil. Cette faculté est le privilège de pouvoir désigner, après la constitution de la fiducie, l'identité des personnes qui en seront les bénéficiaires. Le professeur Brierley décrit cette faculté comme un droit *intuitu personae* sans valeur patrimoniale³⁰.

L'article 1282 CcQ semblerait plutôt favorable à la non-nécessité de limiter la faculté d'élire à une catégorie de personnes, lorsqu'il s'agit de la faculté conservée par le constituant, par opposition à celle conférée au fiduciaire ou à un tiers. Si le Code civil s'interprétait à la manière d'une disposition fiscale, le libellé de cet article permettrait de corroborer cette conclusion :

Le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. [...] [L]a faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif.

M^e Richard Gauthier, à l'occasion d'une conférence présentée au congrès de l'Association de planification fiscale et financière (APFF), s'est prononcé en faveur de cette interprétation voulant que cet article permette la faculté illimitée d'élire³¹. Pour sa part, M^e Jolin a énoncé l'avis que la faculté d'élire se doit d'être limitée :

Le problème est qu'une faculté illimitée d'élire dans une fiducie constituée selon le Code civil du Québec est totalement nulle. De plus, selon l'article 1282 CcQ, seul un fiduciaire ou un tiers peut se voir accorder une faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. Il semble bien que dans l'application du régime fiscal fédéral aux fiducies du Code civil du Québec, l'Agence ait complètement ignoré ces réalités civiles³².

Puisque M^e Jolin fait totalement abstraction dans ce texte de la possibilité pour le constituant de se réserver cette faculté, l'auteure estime que ses propos, qui

29 Dans le texte de Bélanger et Gouin, supra, note 20, à la p. 499, figure le passage suivant qui dénote cette incertitude en droit actuellement : « Compte tenu du fait que l'article 1282 CcQ impose l'obligation de prévoir la catégorie de personnes parmi lesquelles pourra s'exercer la faculté d'élire, la question se pose alors à savoir de quelle manière doit être exprimée la limite de l'article 1282 CcQ afin que le paragraphe 104(1.1) LIR soit considéré comme respecté dans un tel contexte. »

30 John E.C. Brierley, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law (première partie) » (1992) vol. 95, nos 3-4 *La Revue du notariat* 131-67.

31 Richard Gauthier, « Les nouvelles règles concernant les fiducies en faveur de soi-même et les fiducies mixtes au profit du conjoint », dans *Congrès 2000* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 2001), 17:1-23, à la p. 17:13, note 20.

32 Jolin, supra, note 21, à la p. xx.

concluent à l'obligation de limiter la faculté d'élire, auraient pu être différents s'il en avait traité.

Lors de l'introduction de l'article 1282 CcQ, les commentaires du ministre de la Justice du Québec ont été très succincts. En effet, il s'est contenté de mentionner que cette disposition était conforme à l'état actuel du droit³³.

Or, quel était cet état du droit ? Une jurisprudence constante est venue affirmer que, pour être valide, une faculté d'élire doit limiter la catégorie de personnes en faveur de qui elle peut être utilisée³⁴. Parmi ces jugements, est souvent citée la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Brodie*. Il s'agissait d'un contexte testamentaire.

Le professeur Brierley³⁵ a réalisé une étude comparative entre ce jugement et un jugement rendu sur le même sujet en Ontario, également dans un contexte testamentaire. La juridiction de *common law* avait maintenu la validité d'un *general power of appointment*, qui est le correspondant de la faculté d'élire illimitée, alors que le résultat fut contraire au Québec. Le professeur Brierley explique ce résultat par la différence dans la conception du droit de propriété entre les deux juridictions : la *common law* permet qu'un *mere power* testamentaire de désigner les bénéficiaires ait priorité sur la notion de *trust*, qui exige une détermination plus précise des bénéficiaires, alors que, au point de vue du droit civil, la liberté testamentaire devait céder le pas à l'exigence que les personnes devant bénéficier d'un testament « existent ou puissent être identifiables au moment du décès du testateur³⁶ » suivant l'ancien article 838 CcBC. Il explique plus particulièrement ce résultat en droit civil de la façon suivante :

The general power of appointment was struck down in *Brodie*, on the other hand, because the device of a power, like the notion of a trust itself, is perceived to be no more than a modality of gratuitous dispositions of property and, in particular, dispositions by will. [...] That general law is to the effect that a disposition of ownership by one person, the owner (the person divesting), necessarily requires that there be certainty in the person to whom the ownership is transferred (the person to be vested)³⁷.

33 *Commentaires du ministre de la Justice*, supra, note 25, à la p. 764.

34 *Brodie et Brodie c. Compagnie Trust Royal* (1989), 25 QAC 22; JE n° 89-1185 (CA); *Royal Trust c. SMRQ*, [1990] RDFQ 3 (CQ); *Godbout c. Godbout*, [1993] RL 414 (Qué. CA); *Rodrigue c. Fiducie Desjardins Inc.*, JE n° 97-12967 (CA) qui a infirmé certaines conclusions du jugement de première instance, JE n° 96-966 (CS); *Trust La Laurentienne du Canada Inc. c. Beullac*, JE n° 98-163 (CS); *Trust Général du Canada c. Poitras*, JE n° 99-30 (CS).

35 John E.C. Brierley, « *Wills — General Powers of Appointment in Wills — Bare Powers and Trust Powers — Ontario and Québec Compared: Re Nicholls; Royal Trust v. Brodie* » (1990) vol. 69, n° 2 *La Revue du Barreau canadien* 364-79.

36 *Brodie et Brodie*, supra, note 34, (1989), 25 QAC 22, à la p. 30.

37 Brierley, supra, note 35, à la p. 373.

Cette décision a été rendue dans le contexte de l'ancien code qui prévoyait que la constitution d'une fiducie ne pouvait exister qu'en tant que mécanisme d'administration d'une donation ou d'un legs³⁸. Ainsi, même si la Cour suprême du Canada³⁹ avait déjà eu l'occasion de préciser que, dans une fiducie, c'est sur le fiduciaire et non les bénéficiaires que repose la propriété des biens, cette précision n'a pas empêché la Cour d'appel d'affirmer que, dans le cadre d'un legs, pour que la faculté d'élire soit reconnue valide, elle doit au moins prévoir « la catégorie de bénéficiaires à l'intérieur desquels les fiduciaires ou légataires choisiront⁴⁰ ».

L'article 1282 CcQ aurait ainsi codifié cette règle de droit. Cependant, il ne peut être conclu que la faculté d'élire que se réserve le constituant doit nécessairement recevoir le même traitement, étant donné que le Code y apporte une distinction et que la jurisprudence antérieure ne s'est jamais penchée sur cette situation. En fait, la conception traditionnelle de la faculté d'élire se traduit par ce pouvoir qui est laissé à une tierce personne et qui doit être encadré, alors que lorsque cette faculté est appelée à être exercée par le constituant, elle devrait plutôt être considérée comme un droit illimité que se réserve le constituant. D'ailleurs, le Code prévoit aussi à l'article 1281 CcQ que le constituant peut se réserver des droits dans le revenu ou le capital de la fiducie. De plus, le Code civil intègre indirectement une telle faculté illimitée à l'article 1297 CcQ, en prévoyant que les « héritiers » du constituant reçoivent les biens d'une fiducie qui n'a plus de bénéficiaires, s'en remettant ainsi au testament du constituant qui peut alors être rédigé au profit de n'importe qui. Ne pas admettre la possibilité de cette réserve illimitée pour le constituant serait refuser la légalité de la clause suivante dans un acte de fiducie pour soi :

Au décès du constituant les biens seront remis aux personnes qui seront désignées par le testament du constituant.

Alors que le Code admet déjà la validité de la clause suivante :

Au décès du constituant les biens seront remis aux héritiers du constituant suivant l'article 1297 CcQ.

Il est vrai qu'une différence importante existe entre ces deux clauses si la thèse que la deuxième clause provoque le retour des biens dans la succession du constituant est retenue, alors que la première permet un passage direct des biens de la fiducie aux personnes désignées. Cependant, ces deux clauses sont

38 Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1980), à la p. 18.

39 *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 RCS 250.

40 *Brodie et Brodie*, supra, note 34, (1989), 252 QAC 22, à la p. 31. Voir aussi le commentaire de Marcel Faribault, *La fiducie dans la province de Québec* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1936), aux pp. 197-98.

équivalentes quant à l'imprécision de l'identité des personnes qui recevront les biens et l'étendue du pouvoir laissé au constituant qui lui permet de choisir n'importe quel bénéficiaire.

Il faut noter toutefois que, dans le contexte du nouveau Code, le professeur Brierley, si son raisonnement est bien interprété, émet tout de même un doute quant à la possibilité pour le constituant de se réserver une faculté illimitée d'élire, quoiqu'il admette que ce Code ouvre une brèche en faveur du constituant en lui permettant de conserver une telle réserve⁴¹.

Par ailleurs, lorsqu'il est appelé à commenter les nouveaux articles du Code civil dans un autre écrit⁴², le professeur Brierley explique que le Code reprend les grandes lignes de la jurisprudence antérieure, précise la distinction entre la fiducie et la faculté d'élire et ne fait qu'une allusion à la question de telle faculté réservée par le constituant en ces termes :

[L]a deuxième [la faculté d'élire] implique le pouvoir de choisir les bénéficiaires par le titulaire de la faculté (fiduciaire ou autres, même le constituant), au sein d'une catégorie déterminée⁴³.

En additionnant une telle absence d'annonce de changement de la part d'un expert, dans le contexte actuel du droit qui exige depuis des années que la faculté d'élire soit limitée, à l'impossibilité de modifier facilement une fiducie, il n'est pas étonnant que certains juristes québécois n'osent toujours pas utiliser la faculté d'élire sans l'accompagner d'une détermination de la catégorie de personnes en faveur de qui elle peut être exercée.

En ce qui a trait à la faculté d'élire appliquée à la fiducie pour soi, le juriste québécois est donc confronté à deux options :

1. Soit jouer la carte de la prudence en droit civil et prévoir une limite à la faculté d'élire, tout en essayant du même coup de respecter les exigences de la LIR, en faisant en sorte que cette limite soit la plus minime possible, notamment par l'autorisation donnée au constituant de choisir entre toutes les personnes ayant un lien de parenté avec lui ou un organisme de bienfaisance. Cette option assure plus de protection contre le syndic de faillite qui pourrait être tenté de chercher à s'approprier une faculté sans limite. Or, suivant les interprétations techniques rendues par l'Agence, une telle faculté d'élire élargie pourrait être perçue comme la nomination de bénéficiaires potentiels, ce qui entraînerait la non-qualification de la fiducie

41 Brierley, supra, note 30, à la p. 166.

42 John E.C. Brierley, « De certains patrimoines d'affectation : Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, tome 1, *Personnes, successions, biens* (Sainte-Foy, QC : le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec et Presses de l'Université Laval, 1993), 735-82, à la p. 766.

43 Ibid., à la p. 766.

au roulement fiscal⁴⁴. Cependant, M^e Jolin a mentionné récemment qu'il avait obtenu un accord verbal de l'Agence lui permettant d'utiliser une telle faculté d'élire dans le contexte de la fiducie pour soi⁴⁵.

2. Soit jouer la carte de la prudence en droit fiscal et prévoir une faculté d'élire générale et illimitée, au risque qu'elle soit réputée nulle et que soit appliqué l'article 1297 CcQ. Par contre, même en adoptant cette solution, le juriste québécois n'est pas au bout de ses peines, puisque si le retour dans le patrimoine du constituant est un élément essentiel à l'obtention du roulement tel que l'a quelquefois exprimé l'Agence⁴⁶, en contournant cette règle à l'aide de la faculté illimitée, il pourrait ne pas se qualifier au roulement des biens à la fiducie, ce qui peut lui coûter cher.

Dans une interprétation technique, la clause suivante, qui provient vraisemblablement de la *common law*, a été examinée par l'Agence :

[O]n the death of the settlor ("Mr. X"), the trustees of the trust are to deal with the trust property in the same manner as if it formed part of his estate, that is, in accordance with the provisions of his last will, if any, and if none, in accordance with applicable intestacy laws. As an alternative, the trustees are given the power to transfer all or part of the trust property to Mr. X's estate⁴⁷.

Cette clause est aussi large qu'une faculté d'élire illimitée. Or, suivant l'opinion de l'Agence, elle ne permet pas de répondre aux conditions du roulement exprimées dans les Nouvelles techniques n° 7⁴⁸, qui ont été à l'origine des dispositions qui figurent à l'article 73 LIR. Voici quelques extraits de cette décision particulièrement éloquents :

The effect of the "as if" clause is to provide for other (contingent) beneficiaries of the trust. [...] [T]he power to appoint beneficiaries would have to be a general power. [...] Property over which the deceased has a general power which is exercised

44 ADRC, document n° 9832537, le 11 mars 1999; ADRC, document n° 9830105, le 26 février 1999; et ADRC, document nos 9701605 et 9708685, le 10 février 1999, qui exigeaient un *general power of appointment* et, tel que le rapporte Marc Jolin, supra, note 21, à la p. 39, les notes explicatives lors de l'introduction du paragraphe 73(1.02) faisaient aussi état de cette exigence d'une faculté illimitée d'élire.

45 Jolin, supra, note 21, aux pp. 42-43. Jolin en recommande l'usage pour éviter le transfert de la « propriété effective ».

46 Par exemple, l'Agence s'est prononcée sur le fait que si le *general power of appointment* était exercé au niveau du testament, les biens seraient disponibles pour les créanciers du défunt et ainsi cette disponibilité assurerait la perception des impôts. ADRC, document n° 9832537, le 11 mars 1999.

47 ADRC, document n° 9701605, le 10 février 1999.

48 Supra, note 16.

in the deceased's will is, however, generally available for payment of debts of the deceased⁴⁹.

Même si cette opinion est basée sur des principes de *common law*, il est permis de s'inquiéter du sort réservé à une faculté d'élire même illimitée au Québec.

En fait, la véritable conclusion de cette partie est que la traduction en droit civil du *general power of appointment* et ses conséquences au chapitre de la transmission du droit de propriété sont inconnues.

PRÉVOIR À L'ACTE DE FIDUCIE QU'AU DÉCÈS DU CONSTITUANT SES HÉRITIERS AB INTESTAT RECEVRONT LES BIENS (OPTION 3)

En théorie, cette technique répond aux exigences de l'alinéa 104(1.1)b LIR, puisque ce dernier n'exige pas, à première vue, contrairement à ce qui est exprimé dans les notes explicatives⁵⁰ qui accompagnent l'article 107.4 LIR, que l'utilisation des lois de l'intestat ne s'applique qu'en cas d'absence de testament.

Si l'acte de fiducie prévoyait une clause, comme il est proposé dans l'énumération des possibilités présentée ci-dessus, voulant que ce sont les héritiers *ab intestat* qui ont droit aux biens de la fiducie, l'auteure croit que cela constituerait un recul par rapport aux autres situations déjà analysées, en ce sens que la liste des bénéficiaires subsidiaires serait encore plus rigide, écartant totalement la discrétion du constituant. Bien que ces héritiers *ab intestat* soient indéfinis avant le décès du constituant, il devient tout de même certain que, suivant une telle clause, si le constituant a un conjoint et des enfants à son décès, ces derniers se partageront les biens dans les proportions prévues par le Code civil. En l'absence de conjoint, les enfants recevront la totalité des biens, et ainsi de suite. Or, si une telle description des bénéficiaires subséquents avait été faite dans l'acte, elle aurait sans doute disqualifié la fiducie au roulement fiscal, sur la base de la présence d'autres bénéficiaires éventuels.

De plus, une telle description prive le constituant de sa liberté de tester sur les biens de la fiducie, risquant ainsi de creuser davantage le fossé entre le droit civil et la *common law*, dans la mesure où il s'avérerait que la conservation de cette liberté testamentaire est nécessaire pour qu'il y ait l'absence de changement de la propriété effective dans ce dernier système de droit.

Cette option n'est donc pas retenue. Elle est moins souple que la première et est beaucoup plus risquée, en ce sens qu'elle ne semble pas respecter la politique fiscale qui sous-tend la mesure de la fiducie pour soi. Selon l'auteure, il s'agit d'une erreur d'interprétation du projet de loi qui a pour but de permettre de s'en remettre à la loi en matière de décès *ab intestat* qu'à la condition que le constituant n'ait pas laissé de testament. L'auteure est d'avis que cette option fait partie de l'option 1 qui utilise l'article 1297 CcQ.

49 *Supra*, note 47.

50 *Supra*, note 15.

TRANSFERT DU CAPITAL DE LA FIDUCIE IMMÉDIATEMENT
 AVANT LE MOMENT QUI EST IMMÉDIATEMENT AVANT
 LE DÉCÈS DU CONSTITUANT (OPTION 4)

Une pratique relativement répandue dans un contexte de fiducie de protection des actifs⁵¹, même avant les modifications récentes, est de faire en sorte que les biens de la fiducie retournent dans le patrimoine du constituant avant son décès, afin que ces biens puissent figurer parmi les actifs de sa succession. Il sera ainsi possible de se prévaloir du roulement des biens au conjoint au décès et de créer des fiducies testamentaires à compter de cette date. L'effet de cette pratique est donc de devancer le moment où les biens retournent au constituant par l'effet de l'article 1297 CcQ.

Pour arriver à ce résultat, une clause est introduite à l'acte de fiducie pour présumer, soit que la remise du capital de la fiducie a juridiquement lieu immédiatement avant le moment immédiatement avant le décès du constituant, soit que la fiducie prend fin immédiatement avant ce moment. Ainsi, au décès du constituant, l'acte voudrait qu'un retour se fasse, de façon artificielle, à un moment avant le décès pour que cette clause prenne effet, alors que lorsque ce moment s'est écoulé cet effet n'existait pas, puisque la mort n'était pas encore survenue. C'est ni plus ni moins que de donner par contrat un effet rétroactif à une disposition de remise ou de terminaison. Bien que cela puisse valoir pour les parties au contrat, son effet par rapport au fisc est discutable. Cependant, dans un tel contexte, l'argument voulant que le fisc soit un tiers à qui cette clause n'est pas opposable est plus difficile à appliquer que dans le cadre d'une contre-lettre, lorsque, à la création de la fiducie, le fisc a reçu une copie de l'acte et peut prendre connaissance des effets prévus lors du décès.

Selon l'auteure, il s'agit ici d'une problématique fondamentale, soit celle de savoir s'il est possible de forger ou d'échapper à certains effets fiscaux en introduisant une telle clause. L'auteure est d'avis que la loi ne peut permettre cela, tout simplement parce que, avant le décès, la remise ou la terminaison de la fiducie ne s'était pas produite. Prévoir qu'il en est autrement relève de la fiction. En effet, ce n'est qu'au décès que naît cette obligation de remise des biens ou cette fin de la fiducie, pas avant. C'est justement ce que vient de décider la Cour fédérale d'appel dans l'affaire *Nusey c. Canada*⁵² dans un contexte de convention entre actionnaires. Les juges ont rejeté unanimement l'effet d'une présomption contractuelle qui voulait reconnaître un rachat d'actions par la société prenant effet avant la disposition au décès d'un actionnaire, alors que de son vivant, l'actionnaire n'avait bénéficié d'aucun tel rachat.

La Cour, en rendant jugement sur le banc, s'est exprimée ainsi :

51 Jolin en recommande l'usage pour éviter le transfert de la « propriété effective », supra, note 21, à la p. 41. Cette pratique est également mentionnée à la note 27 du texte de Bélanger et Gouin, supra, note 20, à la p. 487.

52 2001 FCA 99. Voir le commentaire de A. Drache, « Governments Have More < Deeming > Powers » (2001) vol. 23, n° 11 *The Canadian Taxpayer* 85-86.

[T]he deemed redemption provision in the agreement did not effect a retroactive disposition of the shares the day before A.W. Nussey's death. By its terms, the agreement could only operate once the taxpayer had died, by which time subsection 70(5) of the Act would have applied⁵³.

Pour les mêmes raisons et parce que, par analogie avec cette situation, la présomption qui serait contenue à l'acte de fiducie permettrait d'échapper à la disposition des biens au décès du bénéficiaire, le fisc n'étant pas partie à cette fiction, cette dernière ne peut lui être opposable même s'il en connaissait l'existence.

Ainsi, en dépit du fait que l'option 4 dispose des mêmes atouts que l'option 1, tout en permettant de profiter du roulement au conjoint et de la création de fiducies testamentaires au décès, cette option ne serait vraisemblablement pas reconnue par le fisc. En outre, il y aurait tout de même application de l'article 1297 CcQ, comme dans la première option, avec le danger que les parties concernées établissent leur planification testamentaire en se fiant sur le libellé de l'acte.

L'utilisation de cette dernière option n'est en conséquence pas recommandée.

Voici un tableau résumant pour chacune des options les conséquences qui en découlent et déterminant si son utilisation peut être recommandée pour la constitution d'une fiducie pour soi.

Conclusion

Le ministère des Finances devrait, à ce chapitre, clarifier les avenues qu'il entend permettre, en tenant compte des deux options de droit civil, soit le retour au constituant suivant l'article 1297 CcQ ou l'utilisation de la faculté d'élire.

DÉVOLU OU DÉVOLU IRRÉVOCABLEMENT (VESTED OR VESTED INDEFEASIBLY)

En matière de fiducie, le fait qu'un bien soit devenu dévolu ou dévolu irrévocablement est essentiel au respect des conditions de certains allègements ou traitements fiscaux⁵⁴. Bien que le concept de dévolution soit connu en droit civil en matière successorale⁵⁵, le terme *vested* de la Loi de l'impôt sur le revenu est traduit dans sa version française non seulement par le terme « dévolu », mais aussi par le terme « acquis⁵⁶ ». Son interprétation réfère plutôt au concept de *vested* bien connu en *common law* et qui a un sens plus étendu que la dévolution de droit civil.

Quant à la notion d'irrévocabilité de cette dévolution, il s'agit aussi d'une référence à la *common law*. Même si son sens littéral semble assez évident, son sens

53 Nussey, *ibid.*, au paragraphe 4.

54 Notamment ceux prévus aux paragraphes 70(6), 104(18) et 108(1) « fiducie » LIR.

55 Article 613 CcQ et le Titre Troisième du Livre Troisième intitulé : « De la dévolution légale des successions ».

56 Paragraphes 248(9.2) et 104(18) LIR.

TABLE 1

Dévolution adoptée pour la remise des biens de la fiducie au décès :				
	Option 1	Option 2	Option 3	Option 4
Identification des bénéficiaires	Aucune mention, ou référence à l'application de l'art. 1297 CcQ.	Prévoir une faculté d'élire les bénéficiaires dans le testament.	Prévoir que les héritiers <i>ab intestat</i> recevront les biens.	Transfert du capital de la fiducie immédiatement avant immédiatement avant le décès.
Réserve de la liberté de choix par le constituant	Ce sont les héritiers testamentaires, ou <i>ab intestat</i> à défaut de testament.	Ce sont les personnes qui sont choisies parmi les catégories de personnes prévues dans l'acte, s'il y a lieu.	Personnes et proportions déterminées par la loi.	Le capital revient au constituant de son vivant.
Disposition présumée dans la fiducie entre vifs au décès (104(4)a.4)	Oui, sous réserve que ne peut transmettre à des légataires à titre particulier, seulement aux héritiers universels ou à titre universel.	Il n'y a pas liberté totale de tester en raison de la nécessité des catégories spécifiques, sauf succès de l'opinion contraire que ces catégories ne sont pas nécessaires.	Non	Oui
Roulement au conjoint	Oui	Oui	Oui	Non, en théorie; en pratique, ne devrait pas pouvoir y échapper.
Création de fiducies testamentaires avec les biens de la fiducie entre vifs au décès du bénéficiaire	Non	Non	Non	Oui, en théorie

(Le tableau est terminé à la page suivante.)

TABLE 1 (fin)

Dévolution adoptée pour la remise des biens de la fiducie au décès :				
	Option 1	Option 2	Option 3	Option 4
	Aucune mention, ou référence à l'application de 1297 CcQ.	Prévoir une faculté d'élire les bénéficiaires dans le testament.	Prévoir que les héritiers ab intestat recevront les biens.	Transfert du capital de la fiducie immédiatement avant immédiatement avant le décès.
Application du par. 75(2)	Oui	Oui	Oui	Oui
Disponibilité des biens pour les créanciers au décès	Oui, mais cette réponse est sujette à l'interprétation de 1297 CcQ.	Non	Non	Oui
Certitude de la qualification de la fiducie au roulement de la fiducie pour soi	Oui	Doute — (1) Non si les biens doivent passer par le patrimoine du constituant; (2) Faculté d'élire et respect du par. 104(1.1) LIR ?	Non, ne se qualifie pas, car il s'agit d'une nomination de bénéficiaires qui enlève au constituant sa liberté de choix.	Oui, car aucun autre bénéficiaire n'est prévu.
Utilisation recommandée ?	Oui, malgré ce qui précède, notamment qu'il n'y a pas de protection de protection des actifs au décès.	Hésitations — Ce serait la meilleure solution pour la protection des actifs, surtout par une faculté d'élire limitée souple, mais pas pour les avantages fiscaux au décès. Incertitude du traitement de l'Agence.	Non, cette utilisation ne semble pas conforme à l'esprit de la mesure.	Non, même si les lois fiscales utilisent cette fiction de la disposition immédiatement avant le décès, l'auteur doute de la possibilité que, sur le plan civil, il puisse être donné un effet rétroactif à une distribution de capital qui au moment du décès n'avait pas encore eu lieu. — L'option 1 est à privilégier.

légal est plus nuancé comme en témoignent les différents aspects de la définition du concept contraire de *defeasible interest* : il peut s'agir d'un intérêt qui est soumis à une condition, d'un intérêt dans un legs qui n'a pas été payé (*subject to being divested*) ou d'un intérêt sujet à un pouvoir de révocation⁵⁷. Le civiliste devra donc non seulement comprendre les nuances que comporte le concept de *common law* de *indefeasibly* conjugué à celui de *vested*, mais aussi adapter ces nuances à son propre droit afin d'être en mesure de se conformer aux conditions prescrites par la Loi de l'impôt sur le revenu.

Puisqu'un contrat de recherche distinct traite de la question de la dévolution irrévocable, il ne sera soulevé dans la présente étude que le genre de difficultés pratiques qu'occasionne ce concept dans l'utilisation de la fiducie de droit civil.

Il est possible de distinguer deux genres de situations où la notion de dévolution ou d'acquisition est utilisée en rapport avec la fiducie : (1) la dévolution de biens au patrimoine fiduciaire et (2) la dévolution de biens à un bénéficiaire alors que la fiducie continue de les administrer. Autant l'une que l'autre se caractérisent par leur nébulosité en droit civil.

Dévolution irrévocable à la fiducie

Se classe dans la première catégorie, le roulement de biens au décès, par exemple à une fiducie créée pour le bénéfice exclusif du conjoint suivant le paragraphe 70(6) LIR⁵⁸. Ce paragraphe exige entre autres que les biens aient été par dévolution irrévocablement acquis par la fiducie. Il est possible *a priori* de préciser que cette dévolution est propre au règlement d'une succession, puisque le paragraphe 73(1) LIR traite d'un roulement similaire pour un transfert qui serait fait entre vifs, sans exiger cette dévolution irrévocable.

La seule définition de ce concept de « dévolution irrévocable » qui figure dans la Loi de l'impôt sur le revenu se trouve au paragraphe 248(9.2) et ne sert qu'à préciser que cette dévolution irrévocable est réputée ne pas avoir lieu après le décès d'un particulier ou d'un conjoint bénéficiaire d'une fiducie, sans donner les paramètres de cette dévolution.

Le principal outil pour analyser les critères de la dévolution irrévocable demeure donc la position de l'Agence reflétée dans le *Bulletin d'interprétation* IT-449R⁵⁹. L'adaptation de ces critères en droit civil a fait l'objet de commentaires en doctrine⁶⁰.

Alors que le Code civil prescrit que l'effet d'un legs s'établit au moment du décès et que son acceptation ne fait que le confirmer⁶¹, suivant ce bulletin, la

57 *Dictionnaire canadien de la common law : Droit des biens et droit successoral*, à la p. 158.

58 Voir aussi les paragraphes 70(9) et 70(9.1) LIR pour les transferts au décès de biens agricoles.

59 *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression < a été, par dévolution, irrévocablement acquis > », le 25 septembre 1987.

60 Marc Jolin, *Les impôts sur le revenu et le décès*, tome 1 (Montréal : Association de planification fiscale et financière) (service à feuilles mobiles), aux pp. I-13-1-23 à 29.

61 Articles 625, 645, 738 et 739 CcQ.

dévolution irrévocable exigerait que le bien sujet au legs soit clairement identifié et concernerait le moment où l'on « obtient un droit de propriété absolue sur ce bien, de manière que ce droit ne peut être annulé par aucun événement ultérieur, même si le conjoint ou l'enfant peut ne pas pouvoir bénéficier immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu⁶² ».

L'effet rétroactif du droit civil ou d'une autre loi provinciale⁶³ n'est donc pas reconnu. Selon Me Jolin, il serait nécessaire d'attendre l'acceptation des héritiers⁶⁴ et même le partage des biens avant d'être en mesure de certifier les droits d'un héritier dans un bien et de pouvoir revendiquer qu'il lui a été irrévocablement dévolu. Même l'effet déclaratif de ce partage⁶⁵ ne suffirait pas à faire reconnaître au plan fiscal une dévolution à une date antérieure à celle de l'accord. Cependant, la publication de la déclaration de transmission, qui officialise le fait que le liquidateur se dessaisit et fait la délivrance des biens au profit des légataires et héritiers à la fin de son administration⁶⁶, ne serait pas un élément nécessaire à la dévolution⁶⁷.

D'autres nuances ont été ajoutées dans l'IT-449R relativement à la dévolution irrévocable d'actions dont le transfert est assujéti à une convention d'achat-vente entre actionnaires⁶⁸.

Ainsi, même si l'interprétation de la notion de dévolution irrévocable dans un contexte de fiducie testamentaire comporte plusieurs différences en rapport avec le droit civil, elle est suffisamment documentée pour que le civiliste en connaisse les limites, même si ces dernières ont été dictées par un environnement de *common law*. Dans un contexte d'harmonisation de la Loi avec le droit privé, il serait opportun que ces limites soient redéfinies pour mieux épouser le droit civil. L'étude de cette adaptation pourrait être liée à celle de la rétroactivité, puisqu'il s'agit notamment de déterminer si, dans ce contexte, il serait opportun de reconnaître l'effet déclaratif de la dévolution ou s'il vaudrait mieux que la Loi le rejette de façon explicite.

Dévolution au bénéficiaire d'une fiducie

Le concept de *vested*, traduit par « dévolu » ou « acquis », et utilisé au niveau du bénéficiaire d'une fiducie, est beaucoup plus nébuleux en droit civil. Il réfère à une

62 IT-449R, supra, note 59, paragraphe 1.

63 Voir Jolin, supra, note 60, aux pp. I-13-1-9 à I-13-1-12, qui rapporte la décision *Hillis Estate c. La Reine*, 82 DTC 6249 (CF 1^{re} inst.), 83 DTC 5365 (CAF), dans laquelle les juges se sont montrés partagés sur la question de savoir s'ils devaient reconnaître la rétroactivité au décès prévue par « *The Dependants' Relief Act* ». Une distinction a été faite entre l'acquisition d'un droit dans la succession et le transfert d'un bien précis.

64 En droit civil, cette acceptation peut être tacite (article 637 CcQ) et le fait de revendiquer le traitement fiscal qui découle d'une telle acceptation devrait être suffisant pour y donner effet.

65 Article 884 CcQ.

66 Article 822 CcQ.

67 IT-449R, supra, note 59, paragraphe 2.

68 Ibid., au paragraphe 8d) et Jolin, supra, note 60, aux pp. I-13-1-23 à I-13-1-30.

situation où un intérêt dans une fiducie est acquis par un bénéficiaire, sans qu'il y ait distribution des biens en faveur de ce dernier. Cette dévolution doit parfois être irrévocable.

Dévolution irrévocable à un bénéficiaire

L'alinéa g) de la définition de « fiducie » contenue au paragraphe 108(1) LIR comporte une exception pour une fiducie dont tous les bénéficiaires ont acquis leurs droits irrévocablement et qui ne comporte aucun droit de jouissance future. Cette fiducie échappe à la règle de disposition à tous les 21 ans, mais continue d'être assujettie aux autres règles fiscales entourant les fiducies, à l'exception du choix du bénéficiaire privilégié.

Les notes explicatives résument brièvement cet alinéa comme suit :

This definition is amended for 1993 and subsequent taxation years so that the exclusion with respect to unit trusts also applies to trusts under which all interests in which have vested indefeasibly and in which no interest may become effective in the future. The ability of a trust beneficiary to sell his or her interest in the trust or gift the interest during his or her lifetime or on death through the terms of a will is not intended to bring a trust outside the terms of this exclusion. [...] This amendment is relevant primarily for those commercial trusts which do not qualify as unit trusts⁶⁹.

Il est ainsi possible de constater que, outre le fait que le bénéficiaire reçoive implicitement un intérêt dont il peut disposer, ces notes ne sont pas d'un grand secours pour comprendre le sens à donner à la dévolution irrévocable.

À la section des prêts à des non-résidents, le paragraphe 17(15) LIR précise qu'une fiducie dont l'ensemble des participations a été dévolu irrévocablement répond à la définition de « fiducie non discrétionnaire ». Cependant, cette définition a une portée qui est restreinte à l'article 17.

Il faut donc revenir au *Bulletin d'interprétation* IT-449R dans lequel la dévolution irrévocable à un bénéficiaire est expliquée comme suit :

si [...] le droit de propriété du particulier ne peut être annulé par aucun événement ultérieur et que personne d'autre n'a quelque droit que ce soit de tirer un avantage immédiat ou futur du bien ou de la fiducie, le bien est considéré être dévolu irrévocablement à ce particulier⁷⁰.

Ce bulletin précise au paragraphe 8c) que si, aux termes d'un testament, une terre doit être détenue en fiducie au profit de l'enfant du contribuable, et que, si l'enfant décède avant l'âge de remise prévu, le testament prévoit que les biens reviennent à

69 Ministère des Finances du Canada, *Amendments to the Income Tax Act and Related Statutes: Explanatory Notes* (Ottawa : Ministère des Finances, juin 1992), dispositions 44(4) à (6).

L'auteur fait référence aux notes en anglais, puisqu'il manque une phrase importante dans la publication gouvernementale en français.

70 *Supra*, note 59, au paragraphe 1.

la succession de l'enfant, cette dévolution est irrévocable. Au contraire, si le testament prévoit qu'en cas du décès de cet enfant les biens reviennent à d'autres personnes, par exemple les petits-enfants, alors la terre ne serait pas considérée dévolue irrévocablement à cet enfant avant cet âge.

Cette interprétation va dans le même sens que le nouveau sous-alinéa g)(v) de la définition de « fiducie » au paragraphe 108(1) qui permet d'échapper à la règle des 21 ans seulement si le droit dévolu irrévocablement du bénéficiaire prend fin de la manière prévue, c'est-à-dire « par suite de l'attribution à la personne (ou à sa succession) d'un bien de la fiducie ».

Or, cette référence à la succession du bénéficiaire fait problème en droit civil en matière de fiducies personnelles, du moins dès que l'âge de remise dépasse la date où l'enfant atteint la majorité et qu'il devient apte à tester. En effet, il n'est pas permis en droit civil de laisser à un bénéficiaire la liberté de désigner les bénéficiaires remplaçants en faisant référence à sa succession⁷¹. Comme cela a été expliqué à la section 1.3.2 au sujet de la faculté d'élire, il est en général nécessaire de préciser les catégories de personnes parmi lesquelles cette faculté pourra être exercée⁷². Bien que ces catégories puissent être assez larges pour englober les membres de la famille, elles ne peuvent être l'équivalent de la liberté de tester puisqu'elles doivent exclure habituellement les « amis » et les autres personnes qui ne peuvent être décrites que dans une catégorie dont l'étendue et l'imprécision fait en sorte qu'elle peut représenter n'importe qui.

Par ailleurs, il faut différencier le pouvoir d'élire des droits qui découlent de la propriété. En ce sens, il est à penser que si une somme est devenue payable à un bénéficiaire qui en devient ainsi le créancier, cette créance ferait partie du patrimoine du bénéficiaire et reviendrait donc automatiquement à sa succession testamentaire ou *ab intestat* selon le cas, sans passer par les dispositions de l'acte de fiducie. Or, selon l'auteure, la notion de dévolution irrévocable ne va pas aussi loin.

Une simple référence aux personnes qui auraient recueilli la succession *ab intestat* du bénéficiaire sans égard au testament de ce dernier pourrait-elle par contre être valide du point de vue fiscal ? Pour répondre à cette question, il faut d'abord savoir si la dévolution irrévocable à un bénéficiaire implique l'exigence fiscale que ce bénéficiaire ait la même liberté testamentaire que s'il avait été le propriétaire des biens.

Devant toute cette imprécision, la première étape consisterait donc à définir quels sont les paramètres de la dévolution irrévocable qui a lieu en faveur du bénéficiaire d'une fiducie. Ces paramètres semblent bien connus en *common law*, mais pour un civiliste, cela ne veut rien dire. Il faudrait notamment répondre aux questions suivantes :

71 Voir par exemple la décision rendue dans *Darling c. Québec*, [1996] RDFQ 28 (CAQ).

72 Le Code civil, à son article 1282 CcQ, ne prévoit pas que la faculté d'élire puisse être exercée par un bénéficiaire, quoique le terme tiers pourrait être assez large pour l'englober.

1. Est-il nécessaire que le bénéficiaire ait la liberté illimitée de tester en rapport avec sa part dans la fiducie ?

Exemple

Trois enfants ont chacun droit à un tiers du patrimoine fiduciaire. Le patrimoine sera divisé en trois lots distincts, le capital et le revenu de tels lots seront affectés aux besoins exclusifs de l'enfant à qui chacun de ces lots s'adresse et, si l'enfant décède, son lot sera distribué à ses héritiers. (N.B. Cette faculté d'élire pourrait être illégale en droit civil.)

2. La dévolution irrévocable équivaut-elle à accorder au bénéficiaire une créance dans les biens de la fiducie qu'il peut transmettre à ses héritiers ?

Exemple

Un fiduciaire rend payable et la fiducie se rend débitrice du tiers des biens de son patrimoine pour un enfant bénéficiaire, et les biens devant servir à payer cette dette seront déposés dans un compte distinct. Aucun autre bénéficiaire n'est prévu pour cette part. Le fiduciaire pourra faire remise de tout ou partie de ces biens à sa discrétion. Au décès de l'enfant, le fiduciaire remettra les biens à sa succession.

La nuance entre ces deux exemples est assez subtile. Il n'est même pas certain qu'ils soient vraiment différents dans le contexte d'une fiducie personnelle puisque, dans les faits, le lien de créancier semble difficile à réaliser. Il est certes permis d'imaginer que la fiducie puisse devenir débitrice pour un bénéficiaire si une somme est due à ce dernier, par exemple lorsque le bénéficiaire a atteint l'âge prévu de distribution ou lorsque le fiduciaire a exercé sa discrétion de remettre du revenu ou du capital. L'émission d'un billet à demande ou à terme pour cette somme pourrait alors constater le lien de créancier/débiteur. Ce billet ou cette créance ferait certainement partie des biens de la succession du bénéficiaire à son décès et serait remis suivant son testament ou les règles de la dévolution *ab intestat*.

Outre ces situations particulières, l'auteure ne pense pas que la fiducie se trouve à être débitrice de la valeur de la part toute entière d'un bénéficiaire pendant qu'elle en assume la propriété et l'administration. Dans le Code civil du Québec, le droit d'un bénéficiaire dans une fiducie est en quelque sorte conditionnel au respect des modalités prescrites par le constituant. Au décès d'un bénéficiaire, si son droit de recevoir le capital n'est pas encore ouvert⁷³, selon l'auteure, sa succession n'aura pas de créance à faire valoir contre la fiducie. Le droit du bénéficiaire décédé sera dévolu aux autres bénéficiaires suivant les dispositions de l'acte de fiducie. Or, la jurisprudence semble d'opinion que la « succession » ne se qualifie pas au titre de bénéficiaire subsidiaire, puisque cette désignation constituerait une faculté d'élire illimitée qui est illégale.

Ainsi, en droit civil, une relation assimilable à celle d'un créancier/débiteur pour la totalité de la participation d'un bénéficiaire paraît inconciliable avec la

73 L'article 1279 CcQ prévoit que le bénéficiaire ne doit pas être décédé avant l'ouverture de son droit.

fiducie personnelle. Le fiduciaire n'administrerait plus le patrimoine de la fiducie, mais le patrimoine des bénéficiaires.

Une fois les réponses à ces questions éclaircies et les autres critères de la dévolution irrévocable précisés, le cas échéant, la deuxième étape consisterait à s'assurer que ces critères sont conformes au droit civil, notamment quant à la faculté d'élire qui ne peut en général être illimitée. Si ce n'était pas le cas, il faudrait revoir ces exigences et les adapter aussi au système de droit civil, en permettant par exemple, au décès d'un bénéficiaire, l'utilisation d'une faculté d'élire générale mais limitée ou la désignation de personnes qui seraient des héritiers *ab intestat* sans exiger une pleine liberté testamentaire.

Il est à noter que les fiducies de type commerciales ne sont pas nécessairement visées par ce qui précède, car il est permis de croire que dans une telle fiducie le droit du bénéficiaire ne s'éteint pas au décès puisqu'il ne résulte pas d'une donation ou d'un legs⁷⁴. La fiducie commerciale pourrait donc plus facilement respecter les conditions requises pour que la participation dans la fiducie soit irrévocablement dévolue.

Dévolution non irrévocable

Dans d'autres contextes, la loi laisse de côté l'exigence de l'irrévocabilité pour ne retenir que celle de la dévolution. Ainsi, le paragraphe 104(18) LIR permet l'imposition du revenu dans les mains d'un enfant, même si ce revenu ne lui est ni payé ni rendu payable, en autant que le droit à ce revenu lui soit « acquis », ou *vested* dans la version anglaise.

À la lumière des interprétations techniques sur ce sujet qui réfèrent à la définition de *vested* de la *common law*, il n'est pas possible d'identifier de différence à première vue entre la dévolution et la dévolution irrévocable. L'une comme l'autre semblent requérir un droit certain dans la fiducie que le bénéficiaire puisse lui-même être en mesure de transférer⁷⁵.

De plus, ces interprétations ont permis de constater que l'Agence se sert de deux décisions de *common law* pour interpréter la notion de *vested*, soit les décisions *Hashman Trust c. MRN*⁷⁶, et *Cole Trusts c. MRN*⁷⁷. Or, la lecture de ces décisions

74 Article 1279 CcQ.

75 ADRC, document n° 9901375, le 12 janvier 1999; ADRC, document n° 9807495, le 12 mars 1999; ADRC, document n° 9702825, le 23 juin 1997; et ADRC, document n° 9633875, le 25 mars 1997. Il est à noter que, dans ces deux dernières interprétations, il est fait mention que, pour le respect du paragraphe 104(18) LIR, il peut être prévu que l'intérêt du bénéficiaire puisse cesser d'exister s'il décède avant 40 ans puisque la Loi le prévoit spécifiquement. Cela confirme ainsi que la notion de *vested* implique que l'intérêt du bénéficiaire ne devrait pas normalement cesser au décès. Comme autre condition, il est indiqué que le fiduciaire peut avoir un pouvoir discrétionnaire quant au moment de la remise du revenu ou du capital. Par contre, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne doit pas affecter la part destinée à un bénéficiaire. Les parts, de même que les personnes qui en sont les bénéficiaires, doivent être fixes.

76 72 DTC 1191 (TRB).

77 81 DTC 8 (TRB).

n'apporte pas un grand éclairage sur ce qui est *vested*, puisqu'elles ne présentent pas une définition, mais plutôt une application de cette notion dans des contextes particuliers.

Serait-il possible de joindre à ce débat le legs d'un REER à une fiducie pour enfant de moins de 18 ans prévu à la disposition 60 l)(ii)(B) LIR ? La Loi exige dans ce cas que l'enfant soit le « seul à avoir un droit de bénéficiaire sur les montants payables aux termes de la rente » qui est acquise à même le REER. Même si dans ce cas la traduction anglaise parle de *sole person beneficially interested* et non de *vested*, ce concept pourrait, selon l'auteure, être équivalent à la dévolution, ou à tout le moins, pourrait-il être considéré *a contrario* que si un intérêt devient « acquis », cela serait suffisant pour que la condition de cette disposition soit respectée. Une certaine confusion règne d'ailleurs au Québec au sujet de l'interprétation de cette disposition. Par exemple, il est véhiculé que cette disposition requiert une fiducie dont le seul bénéficiaire est l'enfant⁷⁸. Or, la Loi exige seulement que le montant de la rente revienne à l'enfant, et non pas tout le patrimoine de la fiducie. Il est certain cependant que le fait de n'avoir que cet enfant à titre de bénéficiaire peut faciliter l'imposition du revenu qui en découle. Cela ne résout cependant pas la question à savoir si l'intérêt de l'enfant peut cesser, par exemple, à son décès pour être remis à ses frères et sœurs.

Le civiliste aimerait bien savoir à quoi rime ce concept de *vested*. Il se peut que sa signification ne soit pas beaucoup plus claire en *common law* et que cet inconfort résulte de l'inexpérience du Québec en matière de fiducie. Il serait toutefois pertinent que le gouvernement fasse la lumière sur ce concept important, utilise un langage uniforme, le cas échéant, et éclaircisse les nuances qu'il reconnaît, s'il y en a, entre un droit acquis par un bénéficiaire, un droit acquis irrévocablement et une fiducie dont il n'y a qu'un seul bénéficiaire pour un certain montant.

Il va sans dire à nouveau que ces précisions devront tenir compte des limites de l'application de ces définitions en droit civil.

CONSTRUCTIVE TRUST ET RESULTING TRUST⁷⁹

Le Code civil du Québec ne reconnaît pas d'autres fiducies que celles qui sont créées expressément. La sous-ministre associée au ministère de la Justice du Québec a d'ailleurs clairement énoncé que les concepts de *resulting trust* et de *constructive trust* de la *common law* n'avaient pas été introduits au Québec⁸⁰.

78 Marc Jolin, *Examen testamentaire*, Brochure diffusée par l'Association de planification fiscale et financière, 1998, question 17, à la p. 11.

79 Pour l'analyse en *common law*, l'auteure s'est essentiellement basée sur l'article de Catherine Brown et Cindy L. Rajan, « Constructive and Resulting Trusts: Challenging Tax Boundaries » (1997) vol. 45, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 659-89. L'auteure n'a donc pas tenu compte de la jurisprudence de *common law* plus récente, puisque ses efforts de recherche ont été concentrés sur l'application de ces doctrines dans les litiges fiscaux.

80 Lise Morency, « La fiducie (*trust*) une institution de *Common Law* dans un contexte de droit civil », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec — Actes des Journées louisianaises* (Cowansville, QC : Éditions Yvon Blais, 1991), à la p. 7.

La jurisprudence fiscale relative à des litiges issus du Québec n'a ainsi pas d'autre choix que de refuser d'appliquer ces fiducies⁸¹.

Il semble toutefois que ces concepts de *resulting trust* et de *constructive trust* soient de plus en plus utilisés en *common law* et de plus en plus invoqués à titre de moyen pour obtenir des résultats fiscaux à l'avantage des contribuables.

Dans le cadre de la présente étude sur les différences entre les juridictions de *common law* et de droit civil appliquées aux fiducies, il vaut la peine de s'attarder sur la question.

Constructive trust

Le *constructive trust* (fiducie par interprétation) naît de l'interprétation que fait un juge de *common law* d'une situation passée.

Ce concept de *constructive trust* sert dans deux types de circonstances :

1. À titre de mécanisme de redressement développé par la jurisprudence américaine et canadienne. Il correspond à la doctrine de droit civil de l'enrichissement injustifié. Ce type de recours est souvent invoqué dans une situation matrimoniale.
2. À titre de présomption pour la protection de la victime dans un contexte de fraude ou de mauvaise administration (*misconduct*). Cette utilisation du *constructive trust* origine de Grande-Bretagne.

La jurisprudence canadienne a appliqué ces concepts à ces deux types de circonstances. Dans les deux cas, la reconnaissance d'un *trust*, plutôt que d'ordonner sur une autre base le transfert de biens à la victime, peut avoir des conséquences fiscales intéressantes, si la création du *trust* est considérée remonter à une date antérieure à celle du jugement qui en prescrit l'existence. Lorsqu'un tel *trust* est soulevé directement dans un litige fiscal, et non lors d'une réclamation contre celui qui s'est enrichi, les juges se sentent souvent bien fondés d'en reconnaître les effets, en dépit du fait que la création même du *trust* excède leur juridiction. Certains estiment en effet que, lorsque la situation du contribuable réunit les conditions pour être en mesure de réclamer un tel *trust* auprès d'une autre cour, les conséquences fiscales doivent être définies en tenant compte.

Voici quelques exemples tirés de la jurisprudence fiscale.

Dans l'arrêt *Karavos c. La Reine*⁸², le juge a refusé d'appliquer le concept de *constructive trust* de type « redressement » dans un litige fiscal. L'existence d'un tel *trust* était invoquée par le contribuable lors de la vente d'un immeuble afin de faire reconnaître l'imposition d'une partie du gain entre les mains de son conjoint. Le juge, après avoir analysé la doctrine et les arrêts de la Cour suprême du Canada, a fait les commentaires suivants :

81 *Drapeau c. La Reine*, 99 DTC 763 (CCJ).

82 96 DTC 1001 (CCJ).

A constructive trust is a mechanism by virtue of which a court with equitable jurisdiction can grant redress to an unjustly deprived person. In determining whether unjust enrichment exists and restitution through the invocation of a constructive trust is appropriate a court may take into account the deprived person's actual financial contributions, (which may properly include the contribution of earnings towards household bills and maintenance), all work performed in relation to the property, both physical and otherwise, and other factors as the performance of housekeeping duties, the raising of children etc. The result is that effectively a court is required to embark on an examination of the totality of a marital relationship extending over a period of 30 years to determine whether an unjust enrichment occurred and whether it would be appropriately remedied by a declaratory order vesting the claimant with title to property or by granting a monetary award. In my view such an inquiry is inappropriate in an income tax context. The use of a restitutory device to remedy situations of unjust enrichment should not be equated with the determination of a collateral issue necessary in order for this Court to carry out its statutory function, that is, to dismiss or allow an appeal or vacate or vary an assessment. [...]

Even if the Appellant had established the prerequisites which would enable this Court to find that unjust enrichment existed this appeal could not succeed. In order to determine whether it is appropriate in a given case to invoke the remedy, the Supreme Court proposed a "causal connection" test. This test was considered by Dickson, C.J.C. in *Sorochan v. Sorochan* where he said:

... It is suggested simply that there should be a "clear link between the contribution and the disputed assets." The question of a connection between the deprivation and the property is further explained as "an issue of fact."

That is, courts must ask whether the contribution is "sufficiently substantial and direct" to entitle the plaintiff in an interest in the property in question.

For this appeal the question may be stated as follows: Were Mrs. Karavos' contributions, in a broad sense, sufficiently substantial and direct so as to entitle her to a portion of the profits realized upon the sale of the property? There must be a clear causal connection between the spousal contribution founding the unjust enrichment and the property which is alleged to [be] the subject of the constructive trust. In my view there is no reasonable connection between the contribution or alleged deprivation and the property⁸³.

Même si dans cette affaire les faits n'ont pas permis au juge d'y reconnaître un *trust*, il est intéressant de remarquer la définition qui en est donnée et qui est directement liée à l'équilibre des relations économiques d'un couple.

Selon les auteures Catherine Brown et Cindy Rajan, l'autre volet du *constructive trust*, soit son aspect « protection », est moins ancré dans la jurisprudence canadienne :

The history of the constructive trust has created uncertainty about its current doctrinal basis. Although it has been argued that the current position in Canada is

83 Ibid., aux pp. 1006-7.

that the constructive trust is to be regarded as a remedy and not a substantive institution, it is not clear that a court would refuse to impose a non-remedial constructive trust on the basis of the British institutional notion of the trust as a cause of action in appropriate circumstances. [...] [T]he specific nature of the constructive trust may have important tax consequences since at least one Tax Court decision appears to have distinguished between the remedial and non-remedial constructive trust when providing tax relief⁸⁴.

Cette décision à laquelle il est fait référence c'est l'arrêt *Fletcher c. MRN*⁸⁵. Dans cette affaire, la Cour canadienne de l'impôt a exprimé l'avis que le terme fiducie dans la LIR comprend tous les types de fiducies, même un *constructive trust* qui serait né de l'inconduite d'une personne agissant aux termes d'un *power of attorney*⁸⁶. Cet arrêt a eu pour résultat de permettre à M. Fletcher, un non-résident, d'invoquer avec succès qu'il avait subi une perte en capital en vertu de l'article 115 LIR par suite de la disposition de sa participation dans une fiducie canadienne⁸⁷, fiducie qui était un *constructive trust* né de la conduite fautive de son mandataire.

Ainsi, même si elle n'avait pas la juridiction pour prononcer l'existence d'un *constructive trust* et exiger que soit versée une compensation, la Cour canadienne de l'impôt ne s'est pas privée du pouvoir de reconnaître, au plan fiscal, les conséquences qui découlent d'une telle fiducie. Elle a appuyé son intervention sur la nécessité de déterminer à qui appartient le *beneficial ownership* d'un bien afin d'être en mesure d'appliquer correctement les impôts⁸⁸.

L'Agence a reconnu le caractère de véritable fiducie du *constructive trust* à l'occasion d'une table ronde qui s'est déroulée après la décision rendue dans *Fletcher*. En réponse à plusieurs questions, notamment à savoir s'il s'agissait d'une simple fiducie (*bare trust*) qui devait être ignorée au plan fiscal, l'Agence a répondu :

Selon nous, une fiducie judiciaire est une fiducie à laquelle s'appliquent toutes les dispositions pertinentes de la Loi. Dans le cadre de ces fiducies, le fiduciaire judiciaire a généralement le contrôle sur le bien de la fiducie au sens du paragraphe 104(1) de la Loi. Une telle fiducie serait réputée avoir été créée au moment où le fiduciaire ultime acquiert le bien ou le contrôle du bien, ou plus tard, selon les circonstances. Normalement, le moment auquel le jugement est rendu par le tribunal n'aurait pas d'effet sur une telle détermination. Selon nous, une fiducie judiciaire serait une fiducie personnelle au sens de la définition figurant au paragraphe 248(1) de la Loi⁸⁹.

84 Brown et Rajan, supra, note 79, à la p. 663.

85 87 DTC 624 (CCI).

86 En droit civil, il s'agirait d'un mandat.

87 Tel qu'il a été rapporté par les auteures Brown et Rajan, supra, note 79, aux pp. 665-66.

88 Ibid., à la p. 675.

89 « Table ronde de Revenu Canada », dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*, 1988 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1989), 53:91-188, question 31, à la p. 53:141.

Un autre exemple d'application aux fins fiscales du concept de *constructive trust* se trouve dans l'affaire *Anderson Estate c. La Reine*⁹⁰. Un terrain du défunt a échappé à la disposition présumée au décès sur la base qu'il n'en avait plus à cette date le *beneficial ownership*, même si le titre de propriété était à son nom. On a reconnu après son décès qu'il appartenait à sa belle-sœur qui a habité pendant 57 ans avec lui et qui n'avait jamais été payée pour ses travaux. Par cette conclusion, la discussion à savoir si un *trust* existait a été évitée en s'en remettant à ce *beneficial ownership*. Du point de vue d'un civiliste, la nuance entre reconnaître un *constructive trust* de type remède et présumer que le *beneficial ownership* a déjà été transféré compte tenu des travaux accomplis par un membre de la famille est difficilement perceptible, mais semble conférer un même résultat qui ne trouve pas écho au Québec.

Un assujettissement en vertu de l'article 160 LIR a aussi été évité dans l'affaire *Savoie*⁹¹, grâce au *constructive trust* qui avait été invoqué avec le *resulting trust*. Le juge a exprimé l'idée que l'existence de ces types de *trusts* peut être soulevée pour la première fois dans le cadre d'un litige fiscal quand il s'agit de déterminer sur qui repose la propriété des biens, et leur reconnaissance n'est donc pas l'exclusivité des tribunaux saisis par un litige entre ex-conjoints qui se disputent⁹².

Resulting trust

Le *resulting trust*, ou la « fiducie par déduction », est présenté sommairement comme suit par le professeur D.W.M. Waters :

[A] resulting trust arises whenever legal or equitable title to property is in one party's name, but that party, because he is a fiduciary or gave no value for the property, is under an obligation to return it to the original title owner, or to the person who *did* give the value for it⁹³.

Cette fiducie requiert au moins deux éléments : une intention commune exprimée ou non que les biens soient détenus en fiducie, et des faits qui appuient ou dont il est possible de déduire cette intention⁹⁴.

Comme le *constructive trust*, et souvent de pair avec lui, le *resulting trust* a été à plusieurs reprises invoqué dans la jurisprudence fiscale en provenance de la *common law*.

90 95 DTC 758 (CCI), commentée par Robert Jarman, 95 DTC 6039, et dans Brown et Rajan, supra, note 79, aux pp. 667-68.

91 *Savoie c. La Reine*, 93 DTC 552 (CCI), commentée dans Brown et Rajan, supra, note 79, aux pp. 667-68.

92 Il faut préciser que, dans cette affaire, puisque le fiduciaire présumé était décédé et qu'il laissait déjà ses biens à son épouse par testament, qui était aussi la bénéficiaire de la fiducie, la reconnaissance de ce *trust* ne pouvait pas avoir d'autre incidence financière que l'avantage fiscal qu'elle procurait.

93 D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2^e éd. (Scarborough, ON : Carswell, 1984), à la p. 299.

94 Brown et Rajan, supra, note 79, aux pp. 668-69.

Il y a eu notamment l'affaire *Holizki*⁹⁵, dans laquelle la Cour fédérale d'appel a confirmé la décision de première instance qui a reconnu que le mari, propriétaire de 99 pour cent des actions de l'entreprise familiale, avait toujours détenu une partie des actions dans un *resulting trust* au bénéfice de son épouse. Les faits qui ont mené à ce résultat représentent encore ici une banale situation de mise en commun des biens d'un couple, dont le mari est en affaires, et qui constitue ensuite son entreprise en corporation à son seul nom. La participation de l'épouse avait consisté notamment à garantir un emprunt pour l'entreprise, à y travailler et à combler certaines insuffisances de liquidités avec son revenu d'infirmière. Il est à noter que, au cours des années d'exploitation de l'entreprise, tous les revenus avaient été imposés au nom de monsieur.

Le juge résume leur situation de la façon suivante :

There was no express trust agreement and no discussion between Mervin and Maureen that he was holding any property in trust for her. Both Mervin and Maureen testified that it was just "understood" that the business belonged to both of them⁹⁶.

Un tel consensus entre les conjoints sur leur propriété commune, malgré le titre des actions qui avait été établi au seul nom du mari, permettait au couple de prétendre que, même si monsieur avait transféré ensuite à son épouse 49 pour cent des actions, le couple devait échapper aux règles d'attribution puisqu'il n'y avait jamais eu transfert de propriété. En application du *resulting trust*, madame avait toujours été propriétaire de ces actions. Le juge leur a d'ailleurs donné raison.

Une autre décision semblable a été rendue dans l'affaire *Disbrowe c. La Reine*⁹⁷.

Le juriste québécois a de quoi sourciller en lisant une telle jurisprudence après tous les efforts que le ministère des Finances a déployés pour empêcher les époux communs en biens du Québec de profiter de la copropriété découlant de leur régime pour fractionner⁹⁸.

Ce juriste a toujours en mémoire les propos du juge Dubé énoncés dans une décision de la Cour fédérale de première instance de 1989 qui refusait de

95 *A.G. of Canada c. Holizki*, 98 DTC 6530 (CAF), 95 DTC 5591 (CF 1^{re} inst.).

96 *Ibid.*, à la p. 5593 (CF 1^{re} inst.).

97 2000 DTC 2587 (CCI), résumée dans « *Half of Capital Gain Held in Trust for Taxpayer's Wife* » (2001) *Tax Topics*, n° 1508 (Toronto, ON : CCH Canadian, le 1^{er} février 2001), 5-6 et « Existence d'une fiducie malgré l'absence de document écrit » (2000) vol. 9, n° 4 *Flash Fiscal* (Montréal : Association de planification fiscale et financière), 2.

98 On se rappellera notamment les affaires *Sura c. MRN*, 62 DTC 1005 (CSC); *MRN c. Faure Estate*, 77 DTC 5228 (CSC); *Laporte c. MRN*, 84 DTC 1208 (CCI). La problématique de l'imposition du revenu et du gain en capital en relation avec les régimes matrimoniaux a été analysée dans André Dionne et Michel Turcot, « Aspects fiscaux des diverses étapes de la vie conjugale selon le nouveau droit familial » [1981] *Cours de Perfectionnement du Notariat* 393-444, et un rappel historique est contenu à Jolin, supra, note 60, chapitre 1.13.1-1-1. Cette bataille juridique a finalement donné lieu à l'introduction dans la LIR de dispositions taillées sur mesure pour éliminer l'avantage que certains époux mariés en communauté pouvaient avoir au Québec : paragraphes 248(22) à (23.1) LIR.

reconnaître le fractionnement du gain en capital entre époux mariés sous le régime de la communauté de biens du Québec, malgré la copropriété des époux :

[I] serait tout à fait inéquitable que les contribuables d'une province soient favorisés par le biais d'une loi provinciale face à l'application de la Loi qui doit viser également tous les contribuables canadiens⁹⁹.

Particularité qui rend ces trusts si attrayants au plan fiscal

La majorité des décisions qui concernent à la fois le *resulting trust* ou le *constructive trust* et l'impôt sont liées au domaine des transactions entre conjoints ou entre personnes liées. Elles ont des conséquences variées telles que l'évitement des règles d'attribution, de la disposition présumée au décès ou de l'assujettissement à l'article 160 LIR. De l'application de ces trusts, il résulte en effet une absence de transfert de biens, ces biens étant présumés avoir toujours été détenus en fiducie au bénéfice de la personne qui a subi l'appauvrissement résultant de la relation établie, qu'elle soit conjugale ou autre.

Comme il a été mentionné plus haut, d'autres situations entre personnes non liées en matière de mauvaise conduite ou d'enrichissement injustifié peuvent aussi donner lieu à ces types de trusts¹⁰⁰. Ces situations semblent toutefois moins problématiques puisqu'elles ne mènent pas à de l'abus, compte tenu des intérêts opposés des personnes en cause. Cependant, s'il faut considérer que, sur le plan fiscal, une véritable fiducie a existé, tel qu'il découle de l'arrêt *Fletcher*¹⁰¹, il serait alors normal de recotiser les années non prescrites en ce sens et de tenir compte notamment de la disposition présumée à tous les 21 ans. Curieusement, comme le fait remarquer les auteures Brown et Rajan¹⁰², les décisions qui se sont penchées sur la réclamation d'un allègement fiscal dans ce contexte n'ont pas reconsidéré l'ensemble du dossier fiscal des contribuables sur la base de l'existence de la fiducie.

Cette question de la rétroactivité des effets fiscaux du *resulting trust* ou du *constructive trust* ne fait pas l'unanimité¹⁰³. Notamment, l'unanimité n'est pas faite quant à la question de savoir si leur existence, et donc le *beneficial ownership* de celui qui en réclame le profit, a commencé lors de l'événement qui y donne droit en cas de mauvaise conduite, lors de l'acquisition du bien qui est visé par une telle fiducie, au fil des événements qui ont donné lieu à un enrichissement injustifié, au moment où on entame une réclamation sur cette base ou lors du prononcé du jugement¹⁰⁴.

99 *La Reine c. Dumais*, 89 DTC 5543, à la p. 5548 (CF 1^{re} inst.).

100 Voir par exemple la décision rendue dans *Fletcher c. MRN*, supra, note 85.

101 Ibid.

102 Brown et Rajan, supra, note 79, à la p. 682.

103 Ibid., à la p. 680.

104 Il faudrait aussi à ce titre distinguer le jugement qui émane d'un tribunal fiscal de celui qui provient d'une cour appelée à régler le litige entre les parties privées.

Il est tout de même intéressant de noter que, sur le plan fiscal, une fois l'existence du *constructive trust* ou du *resulting trust* reconnue, aucune des récentes décisions n'a été décidée sur la base que le *trust* n'aurait commencé à exister que lors du jugement de la Cour.

Solutions pour le Québec

Devant toute cette incertitude fiscale, que retenir et que revendiquer pour trouver une certaine équité au Québec ?

Les différences de traitement entre les deux juridictions commencent à être significatives au chapitre de la réclamation pour enrichissement injustifié dans le cadre d'un *constructive trust* ou d'un *resulting trust*¹⁰⁵, et plus particulièrement en matière matrimoniale. En droit civil, il existe aussi un recours basé sur l'enrichissement dans les mêmes circonstances¹⁰⁶ ou sur la prestation compensatoire entre personnes mariées¹⁰⁷, mais jamais, selon l'auteure, les compensations obtenues n'ont eu un effet fiscal rétroactif.

Une auteure a résumé le traitement de l'enrichissement injustifié comme suit :

Relevant du même principe d'équité et appliquant les mêmes conditions d'exercice, jurisprudence québécoise et des provinces de common law ont évolué en interrelation, les provinces de common law intégrant les principes dégagés en droit québécois et vice versa. [...]

Soulignons toutefois qu'au chapitre de la compensation, les solutions de common law ne pourraient pas être intégralement intégrées à notre droit québécois qui ne connaît pas la fiducie par interprétation sur laquelle s'appuient les tribunaux de common law pour attribuer dans certains cas un titre de propriété dans le bien de l'autre¹⁰⁸.

Les seuls cas qui admettent un effet fiscal rétroactif au Québec sont ceux qui concernent les demandes de redressement fondées sur la société tacite. La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, a reconnu qu'une telle société pouvait avoir été créée entre conjoints de faits partenaires dans une ferme, de sorte que la signature du mari au contrat d'achat initial ne représentait que celle d'un mandataire de la société¹⁰⁹. Le ministère du Revenu du Québec a, pour sa part, soulevé lui-même l'existence d'une telle société tacite entre conjoints pour refuser la déductibilité de certaines pertes¹¹⁰. Ce recours n'est pas propre au droit civil, les contribuables des provinces de *common law* invoquant aussi la notion

105 Comme il a été soulevé, ces deux doctrines sont souvent invoquées en parallèle.

106 Articles 1493 à 1496 CcQ.

107 Articles 427 à 430 CcQ.

108 Violaine Belzile, « Recours entre conjoints de fait : Enrichissement injustifié et action de in rem verso », dans *Développements récents sur l'union de fait* (Montréal : Service de la formation permanente Barreau du Québec, Éditions Yvon Blais, 2000), 125-73, à la p. 139.

109 [1984] 1 RCS 2, à la p. 9.

110 *Savoy c. SMRQ*, [1996] RDFQ 316 (CQ).

de société¹¹¹. Cependant, plusieurs facteurs rendent ce recours plus limité et moins populaire au Québec¹¹² que ne le sont vraisemblablement le *constructive trust* ou le *resulting trust* de *common law*.

Il faut souligner que cela fait tout de même une dizaine d'années que, en *common law*, l'utilisation du *constructive trust* ou du *resulting trust*, ou même du *beneficial ownership*¹¹³, se développe dans la jurisprudence fiscale et apporte des conséquences avantageuses dans le domaine conjugal, sans que ce résultat puisse être appliqué au Québec.

Quelles sont les solutions qui pourraient régler cette iniquité ?

- refus de reconnaître ces *trusts* à titre de fiducie fiscale;
- reconnaître la famille, ou du moins le couple, à titre d'unité d'imposition;
- empêcher qu'un *resulting trust* ou un *constructive trust* ait un effet fiscal rétroactif en adoptant des mesures du même type que celles qui ont été adoptées pour le régime de communauté du Québec;
- reconnaître partout au Canada qu'une contrepartie raisonnable, correspondant au règlement des droits d'un conjoint sur la base d'un enrichissement, constitue une contrepartie valable.

Chacune de ces alternatives est discutée ci-dessous.

Le gouvernement pourrait revenir sur sa position et ne plus reconnaître l'existence au plan fiscal du constructive trust ou même du resulting trust à titre de fiducie

Au même titre que la simple fiducie¹¹⁴ qui est réputée ne pas être une fiducie, il pourrait être prévu que ce genre de *trust* n'est pas reconnu non plus aux fins des lois fiscales¹¹⁵.

111 Voir par exemple *Desrochers c. La Reine*, 99 DTC 962 (CCI) et *Graves c. La Reine*, 90 DTC 6300 (CF 1^{re} inst.).

112 Au Québec, généralement restreinte au contexte de l'exploitation d'une entreprise non constituée en corporation, la société tacite entre conjoints implique de plus la preuve de l'esprit de collaboration entre les associés (*affectio societatis*), qui n'est pas toujours présent lorsque les services rendus correspondent à ceux résultant d'une situation matrimoniale. De plus, le fisc étant un tiers face aux contribuables, cette société ne lui serait pas opposable tant que la déclaration de société ne serait pas publiée et que cette société en serait une en participation. (Articles 2189, 2195 et 2252 CcQ.)

113 *MacDougall c. La Reine*, 98 DTC 2180 (CCI). Dans un litige issu du Québec, le contribuable a invoqué détenir le *beneficial ownership* d'un bien pour ne pas être assujéti à l'application de l'article 160 LIR à l'égard d'un transfert sans considération dont il a été partie. Le juge a rejeté cette prétention parce que ce principe n'est pas connu au Québec, même en considérant le paragraphe 248(3) de la Loi, et parce que les faits n'auraient pas permis de conclure autrement en *common law*.

114 Paragraphe 104(1) et article 248 « disposition » LIR qui prévoient que la simple fiducie n'est pas une fiducie pour l'application des règles fiscales. Le constituant continue de s'imposer puisqu'il n'a pas réellement transféré la propriété de ses biens à la fiducie qui agit à titre d'agent pour lui.

115 Il s'agit d'une proposition tirée de Brown et Rajan, *supra*, note 79, aux pp. 668-69.

Si cette solution draconienne ne convenait pas aux circonstances où ce genre de *trust* résulte de la mauvaise conduite ou de la fraude d'une personne non liée, il pourrait y avoir une exception pour ce genre de situation, et même reconnaître le *trust* depuis la perpétration de l'acte fautif, pourvu que la prescription ne soit pas acquise. Au Québec, comme ce genre de situation est relativement rare, cette exception pourrait ne pas avoir de conséquence, puisque bien que dans certains cas, comme dans les faits de l'arrêt *Fletcher*¹¹⁶, le résultat fiscal puisse être intéressant, la victime pourrait aussi se retrouver à assumer l'impôt sur le revenu durant la période où elle ne possédait pas le bien.

Selon l'auteure, cette solution ne paraît toutefois pas complète en matière matrimoniale, puisque les tribunaux de *common law* fondent parfois leur décision sur la notion de *beneficial ownership*, sans qu'il soit toujours nécessaire de référer au *constructive trust* ou au *resulting trust*¹¹⁷. Ainsi, ce n'est pas tant le statut fiscal de la fiducie qui importe ici comme l'absence de transfert du conjoint qui s'acquitte de la créance qui naît d'une situation d'enrichissement injustifié.

La famille comme unité d'imposition (ou l'abolition des règles d'attribution entre conjoints)

Les principales iniquités résultant de la non-application au Québec du *resulting trust* et du *constructive trust* consistent à ne pas permettre aux Québécois de fractionner le gain en capital ou le revenu de placements sur la partie des biens destinés à combler le déséquilibre financier entre les conjoints, et aussi à ne pas permettre d'invoquer une contrepartie suffisante due au règlement des droits découlant de leur vie commune dans le contexte de l'article 160 LIR.

Ce n'est là que la pointe d'un iceberg dans la politique fiscale familiale. Le ministère des Finances refuse toujours de reconnaître la famille à titre d'entité fiscale unique, alors que de façon contradictoire de plus en plus de limites visant à réduire les déductions et crédits fiscaux sont basées sur le revenu de toute la famille.

La politique fiscale est ainsi favorable à reconnaître cette unité lorsque cela permet de réduire les dépenses fiscales. À titre d'exemple, deux personnes qui travaillent pour un revenu équivalent et qui gèrent leur fortune indépendamment, mais vivent en couple, devront partager l'exonération pour résidence principale si chacune est propriétaire d'une résidence. Par ailleurs, une mère de famille ayant un faible revenu en raison de sa charge familiale verra ses prestations fiscales pour enfant diminuer si son conjoint de fait a un revenu élevé. Puisqu'il est présumé ainsi implicitement que cette mère a accès aux biens de son conjoint pour élever ses enfants, il serait en conséquence logique que soit favorisé le transfert légal de ces biens à son nom sans règles d'attribution. D'autant plus qu'il est possible de prévoir que, même avec un tel avantage fiscal, ces transferts jouiront dans les faits d'une faible popularité.

116 *Fletcher*, supra, note 85.

117 *Anderson Estate*, supra, note 90.

La reconnaissance de la famille, ou à tout le moins du couple, en tant qu'unité fiscale par l'élimination des règles d'attribution entre conjoints, encouragerait la famille unie tout en réduisant la complexité fiscale, d'autant plus que les règles d'attribution sont difficiles à surveiller et sont mal comprises¹¹⁸.

Cette solution empêcherait les litiges fiscaux fondés sur l'effet d'un *constructive trust* ou d'un *resulting trust*, du *beneficial ownership* ou de la société tacite en rapport avec les règles d'attribution. Elle contribuerait ainsi à rendre la fiscalité plus neutre à l'égard du choix du recours le plus approprié. Elle pourrait également favoriser le partage de la propriété des biens du couple en cours d'union, plutôt qu'à la rupture, moment où ces discussions deviennent très pénibles¹¹⁹. En effet, pour obtenir un fractionnement fiscal, il serait nécessaire de transférer au conjoint le titre de propriété.

Cette solution aurait aussi le mérite de placer tous les conjoints sur le même pied : ceux qui équilibrent les biens des conjoints tout au long de leur relation et ceux qui refusent ou négligent de le faire et se retrouvent à la fin de leur union avec des redressements qui devront être ordonnés par la Cour.

Cette solution ne réglerait cependant pas l'épineuse question de l'article 160 LIR. À cet égard, il pourrait être ajouté à la Loi que, en plus de l'exception à son assujettissement accordée par suite d'une rupture, une exception du même type s'appliquerait pour un partage raisonnable accompli en cours d'union. Sinon, la Loi donnerait l'impression qu'elle favorise la rupture dans les circonstances de difficultés financières.

D'un autre côté, si le couple était reconnu comme une unité d'imposition pour toutes fins de la Loi, il peut être pensé que tous les biens du couple pourraient servir à garantir le paiement des impôts.

Empêcher qu'un resulting trust ou un constructive trust ait un effet fiscal rétroactif en adoptant des mesures du même type que celles qui ont été adoptées pour le régime de communauté du Québec

Cette solution, comme celle qui consisterait à nier l'existence d'une fiducie au plan fiscal, est certainement très simple à réaliser. En effet, elle ne requiert pas un changement législatif trop important et n'occasionne pas de dépenses fiscales supplémentaires. À la réflexion cependant, elle pourrait aussi ne constituer qu'un pansement léger sur une plaie profonde.

En effet, selon l'auteure, si une telle présomption était adoptée, un autre argument entraînant à peu près le même effet, mais cette fois-ci partout au Canada, pourrait être de plus en plus utilisé pour déjouer les règles d'attribution et l'article

118 Par expérience, les règles d'attribution et leurs exceptions nécessitent un minimum de trois heures d'enseignement auprès des étudiants de troisième année d'une faculté de droit.

119 Malgré les doctrines du *constructive trust* et du *resulting trust*, le fractionnement sera davantage assuré avec un transfert.

160¹²⁰, soit celui de la contrepartie suffisante. Dans un contexte approprié, cet argument consisterait à prétendre que le transfert entre conjoints s'est fait contre valeur équivalente, soit le règlement de tout ou partie de la dette résultant de la relation conjugale.

Ainsi, selon l'auteure, les litiges relativement au *constructive trust* ou au *resulting trust* ne pourront pas trouver une solution équitable applicable à tout le pays si ces situations ne sont pas considérées dans leur ensemble. Si une présomption qu'un tel *trust* n'existe pas ou n'a pas d'effet, pour contrer le fractionnement qu'il peut causer, était simplement ajoutée dans la Loi, l'argument de la contrepartie à la juste valeur marchande pourrait alors prendre la relève. Il va sans dire qu'il vaudrait mieux encadrer ce nouveau recours pour l'englober et le clarifier partout au Canada au même titre que l'ensemble de cette question relative au paiement des charges du ménage et de la compensation du conjoint.

Reconnaître partout au Canada qu'une contrepartie raisonnable correspondant au règlement des droits d'un conjoint sur la base d'un enrichissement constitue une contrepartie valable

Suivant ce qui précède, plutôt que de remettre en cause la fiscalité liée à la notion de *resulting trust* ou de *constructive trust*, la politique fiscale pourrait apporter une solution au problème d'équité entre le Québec et les autres provinces en établissant clairement l'acceptation du principe que le paiement des dettes conjugales est un transfert contre valeur partout au Canada, à la condition que ce transfert soit réel et raisonnable compte tenu des circonstances. Cette solution est similaire à celle visant l'abolition des règles d'attribution entre conjoints, à la différence que la modification de la loi est circonscrite aux transferts motivés par une situation de rééquilibre financier.

Il faut signaler à cet égard que, même sans une telle reconnaissance officielle, l'argument de la contrepartie raisonnable fait tranquillement son chemin. L'utilisation de cet argument dans un contexte du règlement de la prestation compensatoire en cours de mariage avait déjà été proposée par l'auteure. Dans un article écrit avec Richard Chagnon, ils avaient prétendu que la créance que possède le conjoint créancier de cette prestation pouvait, si elle était réglée à l'occasion d'un transfert de bien, constituer une contrepartie suffisante permettant d'utiliser l'exception du paragraphe 74.5(1) LIR, pourvu que le roulement du paragraphe 73(1) LIR ne soit pas utilisé¹²¹. Cette solution a également été invoquée pour éviter l'application de l'article 160 LIR dans l'affaire *Savoie*. Le juge y a reconnu l'existence d'une considération suffisante, compte tenu des droits de madame, en ces termes :

120 Par application des paragraphes 74.5(1) et 160(1) LIR.

121 Diane Bruneau et Richard Chagnon, « Aspects fiscaux de la loi 146 du Québec » (1990) vol. 38, n° 1 *Revue fiscale canadienne* 21-47, aux pp. 45-46.

Her relinquishment, upon the transfer of the property, of her inchoate right to apply in a provincial superior Court for a declaration that she held a 50% beneficial interest in the property would have a value equal to the 50% interest in the property and would constitute the consideration that paragraph 160(1)(e) requires be taken into account in determining her liability under that paragraph¹²².

Dans leur analyse, les auteures Brown et Rajan¹²³ prétendent même que l'application du *constructive trust* et du *resulting trust* aurait pu être évitée en utilisant cette voie.

L'auteure est toujours persuadée que cet argument, bien planifié et bien documenté¹²⁴, pourrait effectivement avoir du succès auprès des tribunaux. Ainsi, dans le cas où un conjoint verse à l'autre une somme d'argent en règlement d'une créance, qui est née de son travail à la maison pour telles années précises et que les conjoints évaluent à telle somme, il serait surprenant que la Cour refuse de reconnaître qu'il y a eu contrepartie, surtout dans le contexte actuel où la prestation compensatoire et l'enrichissement injustifié servent notamment à compenser les travaux domestiques¹²⁵.

Dans l'affaire *Barroso c. La Reine*¹²⁶, dans laquelle cet argument a été invoqué, le juge Dusseault a laissé entendre en *obiter* que la renonciation au patrimoine familial aurait pu constituer une contrepartie si sa valeur avait été mise en preuve.

Cependant, ce qui rend assez inconfortable son application, particulièrement au Québec, c'est la position prise par l'Agence au début des années 90 voulant qu'elle ne reconnaisse pas que le transfert de biens, fait en contrepartie d'une renonciation au patrimoine familial ou en règlement d'une prestation compensatoire¹²⁷, puisse être considéré comporter une contrepartie suffisante pour éviter les règles d'attribution¹²⁸.

De plus, au chapitre de la jurisprudence, il y a actuellement divergence de la Cour canadienne de l'impôt sur cette question dans le contexte de l'article 160. Il arrive même que certains paiements faits au conjoint ou en sa faveur ne soient pas considérés être des transferts, mais plutôt l'acquittement d'une obligation du contribuable de participer aux dépenses de sa famille. Ainsi, dans l'arrêt *Dupuis*¹²⁹,

122 *Savoie c. La Reine*, supra, note 91, à la p. 555 (note 2).

123 Brown et Rajan, supra, note 79, à la p. 684.

124 Voir aussi au même effet Jean-Marie Fortin, « Transferts de biens entre personnes liées et conséquences fiscales », dans *Congrès 91* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1992), 639-67, aux pp. 666-67.

125 Belzile, supra, note 108.

126 97 DTC 338 (CCI). Voir également *MacDougall*, supra, note 113.

127 Il est à noter que le Code civil prévoit expressément aux articles 427 et 430 que cette prestation peut devenir payable ou être payée volontairement durant le mariage.

128 Benoit Mandeville, « Revenu Canada et le Code civil », dans *Congrès 93* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1994), 18:1-54, aux pp. 18:17-19.

129 *Dupuis c. La Reine*, 93 DTC 723 (CCI).

le transfert de plusieurs petites sommes, servant notamment au mari à assumer sa part aux charges du ménage, n'a pas été reconnu comme un transfert aux fins de l'application de l'article 160, et cela sans qu'il ait été nécessaire de prouver le montant exact de ces charges. Ces transferts constituaient plutôt le paiement de la dette à laquelle il s'était engagé lors de son mariage¹³⁰.

A contrario, dans l'arrêt *Raphael*¹³¹, le juge n'a pas été convaincu que le transfert de plusieurs sommes au profit de l'épouse avait été fait avec une contrepartie ayant une valeur marchande.

Cela amène évidemment très loin de la fiducie, mais, selon l'auteure, il était nécessaire de donner à cette question une vision élargie de la problématique pour que la solution adoptée ne soit pas que superficielle et inutile.

Conclusion

Ce qui rend particulièrement inéquitable pour le droit civil le recours en *common law* aux doctrines de *constructive trust* ou de *resulting trust*, ce sont leurs applications dans le contexte familial qui permettent de présumer qu'il n'y a jamais eu de transfert entre conjoints et ainsi d'échapper aux règles d'attribution ou à l'assujettissement de l'article 160 LIR. En dépit du fait que la jurisprudence de *common law* allant dans ce sens ne soit pas constante, elle offre suffisamment d'exemples pour que le juriste québécois réclame une intervention législative.

LA NOTION DE REVENU ET DE CAPITAL

Une participation au revenu dans une fiducie personnelle¹³² est définie dans la Loi de l'impôt sur le revenu comme un droit immédiat ou futur, conditionnel ou non, à tout ou partie du revenu ou un droit de recevoir le revenu, y compris le droit d'en exiger le versement¹³³. Par ailleurs, le sens à donner au terme « revenu » dans le cadre d'une telle participation réfère à un concept de revenu « calculé compte non tenu des dispositions de la présente loi¹³⁴ ». En conséquence, la LIR reconnaît que l'incidence fiscale des droits des bénéficiaires d'une fiducie personnelle doit tenir compte des rapports fiduciaires établis suivant le droit privé, soit le Code civil au Québec et la *common law* dans les autres provinces. Il en découle également que la

130 D'autres jugements favorables au contribuable ont aussi été rendus dans *Ferracuti c. La Reine*, 99 DTC 194 (CCI) et *Michaud c. La Reine*, 99 DTC 43 (CCI).

131 *Raphael c. La Reine*, 2000 DTC 2434 (CCI).

132 Il est à noter que seules les fiducies personnelles comportent des participations au revenu distinctes des participations au capital.

133 Paragraphe 108(1) LIR « participation au revenu ».

134 Paragraphe 108(3) LIR. Ce même concept se retrouve également au paragraphe 104(13.1). Le ministère du Revenu s'en remet effectivement au droit privé pour définir le revenu d'une fiducie, comme en fait foi l'interprétation rendue dans ADRC, document n° 2001-0076845, le 26 avril 2001.

distinction entre le bénéficiaire du revenu et le bénéficiaire du capital d'une telle fiducie ne relève donc pas de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Or, le genre de participation que détient le bénéficiaire d'une fiducie personnelle est un élément fondamental utilisé dans l'application de plusieurs dispositions fiscales. Par exemple, une différence de traitement est prévue entre la disposition d'une participation au revenu et celle d'une participation au capital¹³⁵. Il devient alors intéressant de vérifier si le fait de s'en remettre au droit privé pour définir la nature de telles participations est la source de variables entre une fiducie personnelle du Québec ou de *common law*¹³⁶.

Fiducie créée au profit exclusif du conjoint et autres fiducies du même genre

S'il y a une situation où des différences entre une participation au revenu et une participation au capital peuvent avoir des conséquences très importantes, c'est lors de la création d'une fiducie au profit exclusif du conjoint suivant les paragraphes 70(6) ou 73(1.01) LIR. La Loi de l'impôt sur le revenu exige qu'une telle fiducie réserve et verse au conjoint tout le revenu, alors que le capital peut être, selon la volonté du constituant, soit versé au conjoint, soit conservé pour l'avantage d'autres bénéficiaires, qui ne pourront toutefois le recevoir qu'à la suite du décès de ce conjoint bénéficiaire. La même problématique est également applicable aux autres fiducies prévues par le paragraphe 73(1.01) LIR, puisqu'elles comportent le même genre d'exigence relativement au revenu pour bénéficier d'un roulement, de sorte que les commentaires qui suivent les viseront également.

Le revenu d'une fiducie est défini par la Loi comme le revenu au sens donné par le droit privé¹³⁷, sans toutefois tenir compte de tout dividende provenant d'un compte de dividendes en capital¹³⁸.

La qualification au roulement fiscal de la fiducie au profit exclusif du conjoint est décrite comme une question de droit et non de fait¹³⁹. Autrement dit, ce qui est déterminant, ce sont les dispositions de l'acte de fiducie et les droits qu'il crée pour chaque bénéficiaire, et non de savoir si l'administration fiduciaire se conforme à cet acte.

Par exemple, lorsqu'un testament fiduciaire prévoit que tous les revenus doivent être versés au conjoint survivant avec empiètement sur le capital pour ce dernier seulement si nécessaire, le roulement est permis dans l'année du décès. Par

135 Articles 106 et 107 LIR.

136 Il est à noter que la description de l'auteure à l'égard de la situation dans les provinces de *common law* se limite à rapporter l'analyse faite par d'autres auteurs. De plus, elle ne tient aucunement compte des lois particulières sur les *trusts* qui ont pu être adoptées dans ces provinces.

137 Le roulement ne serait pas accordé si l'acte prévoyait la remise au conjoint du revenu fiscal. Voir Jolin, *supra*, note 60, à la p. I-13-2-7.

138 Paragraphe 108(3) LIR.

139 Jolin, *supra*, note 60, à la p. I-13-2-7.

la suite, le fiduciaire devra annuellement se questionner sur son obligation de verser tel ou tel élément au conjoint. S'il qualifiait mal un élément de revenu pour conclure qu'il s'agit plutôt d'un capital et vice versa, cela n'affecterait pas le roulement fiscal obtenu au préalable. Tout au plus, ce fiduciaire pourrait voir sa responsabilité retenue envers le bénéficiaire.

Pour rendre la tâche du fiduciaire plus confortable, rien n'empêche de prévoir à l'acte de fiducie qu'il aura le pouvoir de décider que les éléments incertains seront considérés comme du revenu. Cela respecte en effet l'obligation de verser au moins tout le revenu au conjoint. La clause à l'effet contraire, qui permettrait de présumer que du revenu puisse constituer du capital, doit cependant être évitée sous peine de se voir refuser le roulement, quoique la jurisprudence est d'avis que lorsqu'une telle clause ne peut être appliquée de façon arbitraire et ne peut avoir pour effet de diminuer le montant des revenus à remettre au conjoint, elle n'empêchera alors pas le roulement¹⁴⁰. Il faut remarquer que, s'il est possible de prévoir qu'une telle clause aura si peu d'effet, il devient alors inutile de l'ajouter à l'acte.

La véritable difficulté, liée au fait que la Loi s'en remet aux lois privées pour déterminer la nature du revenu et du capital dans ce contexte¹⁴¹, résulte de situations où le constituant ne veut pas se contenter d'énoncer un principe général voulant que le conjoint ait droit à tous les revenus, ou ne désire pas laisser au fiduciaire la discrétion de faire la distinction entre le revenu et le capital en raison de l'importance de l'élément à qualifier. Le constituant insiste alors pour apporter à l'acte des précisions sur les éléments qui doivent revenir au conjoint. Étant donné qu'il existe une zone grise pour déterminer la nature de certains éléments, lorsque de telles précisions sont apportées, elles peuvent particulièrement menacer le statut de fiducie exclusive au profit du conjoint, non qu'elles soient visiblement inconciliables avec la politique fiscale, mais plutôt en raison de l'existence de cette difficulté de bien cerner ce que représente la totalité du revenu. Tout indique que cette incertitude quant à la distinction entre le revenu et le capital n'est pas propre au droit civil. Cependant, comme le processus de qualification dans ce système de droit y emprunte une voie différente, il est permis d'imaginer un même acte de fiducie comportant des précisions qui seraient de nature à empêcher le roulement dans une juridiction de droit civil et pas dans une juridiction de *common law* et vice versa.

Cette problématique sera illustrée à l'aide d'un exemple dans lequel il sera fait abstraction de la possibilité de recourir à une convention entre actionnaires ou à d'autres solutions pour obtenir le résultat recherché. Dans le cas présent, il est fait abstraction de ces solutions pour se concentrer uniquement sur la différence de signification entre l'exigence de distribuer tous les revenus au conjoint en *common law* par rapport à cette même exigence en droit civil.

Cet exemple est inspiré d'une consultation que l'auteure a eue en pratique :

140 *Terrill Estate c. MRN*, 87 DTC 492 (CCI).

141 Paragraphe 108(3) LIR.

Le principal actionnaire d'une entreprise privée (Exploitco), dont les actions sont détenues par le biais d'une société de gestion (Gestco), désire faire son testament et bénéficiaire du roulement au conjoint. Il entend protéger le niveau de vie de sa deuxième épouse en lui remettant le revenu reçu par la fiducie créée pour son bénéficiaire, tout en désirant que les actions de la société exploitante, ou leur produit de disposition, soient conservées pour être transmises à ses enfants au décès de son épouse. La difficulté ici consiste à rédiger une clause qui respectera les exigences de la fiducie au profit exclusif du conjoint tout en respectant ce désir de conservation.

Deux choix s'offrent au rédacteur de testament : soit sécuriser le roulement en affirmant que rien ne peut priver le conjoint de son droit au revenu et diminuer ainsi les chances de remise des actions aux enfants, soit sécuriser la remise des actions aux enfants et affaiblir les chances de roulement.

Si la deuxième option est choisie, une clause de la fiducie au conjoint pourrait mentionner que, nonobstant les autres dispositions de l'acte, les actions d'Exploitco, de même que tout bien acquis en remploi, doivent être conservées pour les enfants. Même si a priori ces éléments représentent du capital, il est possible qu'une telle clause soulève un doute à savoir si elle pourrait avoir pour conséquence que du revenu puisse ne pas être remis au conjoint compte tenu des différentes formes que peut prendre la distribution à la fiducie du prix de disposition des actions d'Exploitco. Ainsi, est-il envisageable que l'éventuelle distribution des actions d'Exploitco à la fiducie puisse avoir la nature d'un revenu, mettant ainsi en danger le roulement ?

Avant de pouvoir affirmer que la difficulté est réelle et que la situation peut varier d'une province à l'autre, la définition du revenu en droit privé doit faire l'objet d'un examen.

Distinction entre revenu et capital

Sont classés parmi les revenus en droit civil¹⁴², le produit de la culture ou de l'élevage d'animaux, les loyers, les intérêts et les dividendes ne représentant pas la distribution d'un capital d'une personne morale. Sont aussi définies comme du revenu les sommes reçues lors de la résiliation ou le renouvellement d'un bail, lors d'un paiement par anticipation ou tout autre montant analogue¹⁴³.

D'autre part, le Code civil prévoit que représentent un capital, outre les éléments indiscutables, le remploi des fruits et revenus, le prix de la disposition d'un capital ou son remploi, les indemnités d'assurances ou d'expropriation d'un capital, ainsi que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription de valeurs mobilières¹⁴⁴.

142 Le Code utilise les termes fruits et revenus, distinguant ainsi les fruits corporels des revenus économiques. La notion de revenu à laquelle réfère la Loi de l'impôt sur le revenu correspond vraisemblablement aux fruits et revenus civils.

143 Cette énumération se trouve à l'article 910 CcQ.

144 Article 909 CcQ.

La nature du dividende est particulièrement importante dans le présent exemple. Suivant ce qui précède, un dividende constitue en principe un revenu, sauf s'il représente la distribution du capital d'une personne morale. Or, puisque le remploi des revenus prend le caractère de capital, la nature de revenu d'un dividende serait-elle limitée aux profits, intérêts et dividendes réalisés dans l'année¹⁴⁵ ?

Il pourrait être envisagé que les articles du Code civil reflètent d'une certaine façon la jurisprudence antérieure puisqu'ils ne précisent pas les situations où la distribution d'un dividende devient du capital. Avant l'entrée en vigueur de ces articles, la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Munro c. Common*¹⁴⁶, avait eu l'occasion de décider que le produit de vente d'un immeuble réalisé par une corporation qui en avait distribué ensuite le produit à une fiducie était de la nature d'un revenu. Le dividende avait été distribué au comptant et ne constituait pas un produit de liquidation et n'avait pas modifié le compte de capital de la corporation, puisque la vente de l'immeuble avait été comptabilisée aux bénéficiaires non répartis. Pour arriver à cette conclusion, le juge s'était servi d'arguments importés de la *common law*. Basé également sur la *common law*, il avait été décidé dans l'affaire *Trust Général du Canada c. Maillet*¹⁴⁷ qu'un dividende en actions suivi du rachat des actions dans la même année constituait un dividende en capital.

Or, contrairement à plusieurs articles du Code civil qui visaient à codifier le droit antérieur, les définitions de fruits et revenu et de capital sont qualifiées de nouveaux articles¹⁴⁸. Cela confirme le fait que la jurisprudence antérieure ne sera pas nécessairement une référence très utile, d'autant plus qu'il peut être envisagé que dans ces arrêts, en appliquant les nouveaux articles, il aurait été possible de conclure que la distribution du produit de vente d'un immeuble constituait du capital et que le dividende en actions était un revenu s'il visait à distribuer les profits de l'année.

Pour ce qui est des juridictions de *common law*, le professeur Waters rapportait, en 1984, que la Cour suprême du Canada avait établi que le facteur déterminant la nature d'un dividende était la forme choisie pour le verser (*form rule*) et non les intentions de la société. Ce critère de la forme a été commenté par le professeur Waters comme suit :

145 Cette question est soulevée dans Guy Fortin, « Concepts de revenu et de capital d'une fiducie : Importance de l'interaction en droit civil et en droit fiscal » (1994) vol. 42, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1236-62, à la p. 1251.

146 JE n° 92-1230; (juillet 1992), Montréal 500-05-005322-894 (CS). Voir Fred Purkey, « Les concepts de capital et de revenu à l'égard des fiducies dans un contexte de planification fiscale », dans *Colloque 109 — Les fiducies* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 2001), qui fait un commentaire sur cette décision à la section V (Jurisprudence).

147 [1972] CS 342.

148 *Commentaires du ministre de la Justice*, supra, note 25, aux pp. 532-33. Ce libellé est différent par exemple du commentaire apporté à l'article 1413 CcQ où il est mentionné, à la p. 858 : « Nouveau, l'article est néanmoins conforme au droit antérieur ».

It is not a matter of real character and substance. Whether a distribution is income or capital is determined by the company's mode of doing things, for whatever reason it chose that mode. As Rand J. said in *Re Waters*, "Here form is substance"¹⁴⁹."

Ainsi, selon ce critère, les dividendes en argent ou en biens sont du revenu, même si un tel dividende était extraordinaire et résultait de la distribution d'un gain en capital. Cependant, constituent du capital les réductions de capital, les rachats d'actions de même que les dividendes en actions, sauf dans le cas où une option de recevoir un montant d'argent de même valeur a été offerte¹⁵⁰.

La difficulté de savoir si le Code civil a codifié ce critère de la forme ou s'en distingue fondamentalement provient du fait, comme il a été mentionné ci-dessus, que le Code civil ne donne aucun exemple de ce qu'il considère un dividende provenant de la distribution d'un capital.

Lorsque les opinions de quelques auteurs de droit civil qui se sont prononcés sur cette question sont regroupées, conjuguées avec la description que fait le professeur Waters de cette règle de forme (comme le montre la table 2), voici comment pourraient être classés les divers dividendes selon la juridiction.

Il faut surtout retenir à ce jour que la doctrine est loin d'être unanime, comme en font foi les deux avis suivants, et qu'il n'y a pas encore de jurisprudence qui précise le sens à donner aux nouveaux articles du Code civil à savoir si vraiment ils prennent de la distance par rapport à la *common law*.

M^e Dominique Lafleur a adopté, par suite de son analyse de ces articles, la conclusion suivante :

À notre avis, le C.c.Q. n'a réglé que la classification des dividendes en numéraire et les dividendes de liquidation, et non pas tous les autres types de dividendes. Ces derniers devront faire l'objet d'un examen de la part du fiduciaire.

Celui-ci, dans l'examen desdits dividendes, devra-t-il considérer le critère de la forme comme sous le C.c.B-C. ? Nous croyons que cette question doit recevoir une réponse affirmative¹⁵¹.

Prenant une position différente, M^e Fortin est plutôt d'avis que le critère de la forme de *common law* ne devrait plus jouer un rôle pour déterminer si un dividende représente une distribution de capital¹⁵². Il propose des exemples dans lesquels la distribution de dividendes à la fiducie provenant d'éléments qui constitueraient du capital pour la corporation, par exemple un surplus d'apport

149 Waters, supra, note 93, à la p. 837.

150 Ibid., à la p. 838.

151 Dominique Lafleur, « Quelques problèmes d'interaction entre le Code civil du Québec et la planification fiscale », dans *Congrès 94* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1995), 23:1-76, à la p. 23:33.

152 Fortin, supra, note 145, aux pp. 1250-51.

TABLE 2

Éléments	Droit civil	<i>Common law</i>
Dividendes en argent	Revenu, <u>sauf si disposition d'un capital</u> (cela vient-il rejoindre la catégorie de liquidation ?)	Revenu (la forme du dividende détermine sa nature même s'il provient de la vente d'un capital)
Dividendes en biens	Revenu <i>a priori</i>	Revenu
Dividende de réduction de capital ou de liquidation	Capital ^a	Capital ^b
Dividende en actions	Revenu <i>a priori</i> ? ^c	Capital <i>a priori</i> ^d
Dividende réputé en vertu de l'article 84	Capital ^e	Capital

^a Voir cependant Guy Fortin, « Concepts de revenu et de capital d'une fiducie : Importance de l'interaction en droit civil et en droit fiscal » (1994) vol. 42, n° 5 *Revue fiscale canadienne* 1236-62, à la p. 1253, qui est d'avis que le produit du rachat qui correspondrait aux bénéficiaires de l'année en cours serait du revenu. Cependant, il n'est pas clair si cette conclusion découle des articles établissant la distinction entre un revenu et un capital ou du fait que le fiduciaire se doit d'agir de façon équitable suivant l'article 1345 CcQ.

^b Ibid.

^c Pour un avis contraire voir Marc Jolin, *Les impôts sur le revenu et le décès*, tome 1 (Montréal : Association de planification fiscale et financière) (service à feuilles mobiles), à la p. I-13-2-8, qui soutient que le dividende en actions constitue d'abord du capital et reprend les positions divergentes des autres auteurs. Cet état est résumé par Pierre Lessard et André Morrissette, « The New Civil Code of Quebec », dans *Report of Proceedings of the Forty-Fifth Tax Conference, 1993 Conference Report* (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1994), 51:1-90, aux pp. 51:31-32, comme suit : « *As well, there will undoubtedly be some confusion over the classification of dividends payable as capital stock, since such a dividend could conceivably fall under both headings. One author has concluded that the courts will simply look carefully at whether the dividend was paid out as a distribution of surplus capital or as a true dividend from profits.* »

^d Fortin, supra, note a, à la p. 1249.

^e Jolin, supra, note c, à la p. I-13-2-9.

résultant d'un roulement avec capital versé faible, ou une liquidation progressive, serait du capital. Il s'interroge également à savoir si les bénéficiaires non répartis qui ne sont pas distribués l'année même de leur réalisation deviendraient du capital.

Même si le Code civil semble avoir adopté davantage un critère de substance que de forme, selon l'auteure, la jurisprudence québécoise n'ira pas aussi loin que le propose M^e Fortin dans sa différenciation avec la *common law*. Sinon, seuls les dividendes provenant des profits de l'année auraient le caractère de revenu, alors que le Code civil semble plutôt accorder en priorité un traitement de revenu aux dividendes, le capital étant l'exception.

Pour en revenir à l'exemple d'Exploitco, compte tenu des différentes formes que peut prendre la distribution des actions d'une filiale ou du produit de sa

disposition en faveur des actionnaires de la société mère, le constituant d'une fiducie de *common law* ne pourrait prétendre que la fiducie est en mesure de distribuer tout le revenu au conjoint si le constituant interdit la distribution du produit de la disposition d'Exploitco. Cependant, la jurisprudence qui se développera au Québec¹⁵³ pourrait permettre une telle clause. *A contrario*, une clause d'un acte de fiducie visant les dividendes en actions pourrait affecter le capital en *common law* et le revenu en droit québécois.

Solution pour la fiducie au profit exclusif du conjoint

Dans ce contexte, il serait opportun de remettre en question l'exigence de la fiducie au profit exclusif du conjoint qui veut que tous les revenus doivent nécessairement être payables à ce dernier. Cette exigence entraîne, tel qu'il a été mentionné, des distorsions entre la *common law* et le droit civil compte tenu de leur définition différente du revenu. Le précédent exemple démontre qu'il se pourrait que la *common law* puisse plus difficilement faire admettre que la restriction relativement à la distribution de l'entreprise n'équivaut pas à limiter le revenu du conjoint. Si au moins il était permis de préciser que certains éléments doivent être considérés à titre de capital par le fiduciaire, il serait alors possible dans les deux juridictions de pallier les incertitudes de chaque système de droit et, dans l'exemple concerné, de mieux répondre au désir du testateur de protéger la valeur de son entreprise au bénéfice de ses enfants sans risquer de compromettre le roulement.

De toute façon, cette exigence de payer tous les revenus au conjoint ne représente plus ni une garantie que l'imposition de ces revenus sera assumée par le conjoint compte tenu du choix fiscal¹⁵⁴ qui s'offre maintenant aux fiduciaires ni une garantie d'un revenu minimum pour le conjoint, puisque ce revenu dépend du genre de biens que la fiducie possède. Dans une fiducie qui détient des actions d'entreprises privées ou un portefeuille de valeurs mobilières, il va de soi que les revenus ne représentent pas tous les gains. Il suffit de préciser que le gain en capital constitue incontestablement du capital pour comprendre qu'une bonne partie de la plus-value du patrimoine échappe au conjoint.

C'est notamment pourquoi un empiètement sur le capital est habituellement nécessaire pour assurer un rendement minimum au conjoint.

Selon l'auteure, il n'y aurait rien de répréhensible, aux termes de la politique fiscale, à ajouter à une telle fiducie le principe que son capital, tel qu'il existait au moment de sa constitution, de même que les biens acquis en remploi puissent être préservés pour les enfants. Actuellement, si ce principe devait être ajouté, pour permettre le roulement il devrait être accompagné d'une réserve voulant qu'il ne doit pas avoir pour conséquence de priver le conjoint de son revenu. Cela n'est pas très rassurant pour le testateur.

153 L'auteure n'a répertorié aucune jurisprudence depuis 1994 traitant des articles 909 et 910 CcQ.

154 Paragraphe 104(13.1) LIR.

Compte tenu de la flexibilité des articles d'imposition qui permettent de choisir entre l'imposition du revenu au niveau de la fiducie ou au niveau du conjoint, selon l'auteure, l'exigence de remettre tout le revenu est devenue désuète et devrait être remplacée par une exigence prévoyant que « tout versement » provenant de la fiducie au conjoint doit être fait à ce dernier durant son vivant et que personne d'autre ne puisse recevoir quoi que ce soit avant son décès. Cette modification permettrait de résoudre deux problèmes dans la rédaction de l'acte et son administration : 1) la difficulté d'établir si certains éléments constituent du revenu, diminuant ainsi le niveau de responsabilité des fiduciaires et 2) la différenciation qui continuera apparemment d'exister entre le droit civil et la *common law* relativement à l'interprétation des notions de capital et de revenu.

On pourrait par ailleurs s'attaquer qu'à cette différenciation, en définissant tous les éléments considérés comme du revenu aux fins de bénéficiaire du roulement. Cette solution permettrait également aux rédacteurs d'apporter dans leurs actes les précisions nécessaires même si cela risque de créer encore plus de distance entre le droit privé et le droit fiscal.

Revenu vs capital : Autres aspects

Revenu payable

La définition exacte du revenu et du capital est également nécessaire dans le calcul des impôts annuels d'une fiducie. Ainsi, une fois déterminé à quel bénéficiaire chaque élément de revenu fiscal est payable¹⁵⁵, parce qu'il avait le droit d'en réclamer le paiement, cette détermination aura pour conséquence de permettre d'imposer ce bénéficiaire sur ces sommes tout en accordant à la fiducie une réduction équivalente¹⁵⁶.

Cependant, compte tenu du paragraphe 104(13.1) LIR, la réduction accordée à la fiducie ne pourra dépasser la part du bénéficiaire dans le revenu fiscal compte non tenu de la LIR. Ce paragraphe a pour but de permettre que du revenu soit conservé dans la fiducie afin d'utiliser les pertes autres qu'en capital qui y sont bloquées. Le paragraphe 104(13.2) permet le même exercice relativement aux gains en capital imposables de la fiducie pour leur utilisation contre les pertes de même type.

Le problème dans ce cas, relativement à la définition du revenu et du capital, se situe au chapitre de la différence qui existe entre le revenu fiscal et le revenu défini par le droit privé. Cette différence, une fois déterminée, ce qui n'est pas toujours facile, amène des distorsions au chapitre de l'imposition globale de la fiducie et de ses bénéficiaires.

Exemple

Le revenu fiscal d'une fiducie se situe à 150 000 \$, alors que son revenu civil s'élève à 140 000 \$. Si tout le revenu est payable à un bénéficiaire, il pourrait exiger 140 000 \$

155 Paragraphe 104(24) LIR.

156 Paragraphes 104(6) et 104(13) LIR.

et s'imposer sur cette somme. La déduction permise à l'égard de la fiducie sera également de 140 000 \$, alors que la fiducie devra assumer le fardeau fiscal entre le revenu civil et fiscal de 10 000 \$, pour lequel elle pourrait avoir un taux d'imposition plus élevé.

Si la fiducie voulait s'imposer elle-même sur ce revenu, elle ne pourrait faire un choix que pour 140 000 \$, soit ce qu'elle doit payer au bénéficiaire. Le capital devra, sur le plan civil, assumer les impôts qui ne sont pas liés au revenu.

Exemple

Le revenu civil de la fiducie se situe à 150 000 \$, alors que le revenu fiscal est seulement de 140 000 \$. Le bénéficiaire ayant droit à 150 000 \$, 140 000 \$ pourront être déduits du revenu de la fiducie et imposés dans ses mains à titre de somme payable, alors que 10 000 \$ deviendront imposables sous la forme d'un avantage reçu de la fiducie en vertu du paragraphe 105(1) LIR. Il n'y aura pas de double imposition sur les 10 000 \$ qui sont sortis de la fiducie, même si la fiducie ne peut déduire que 140 000 \$ de son revenu en vertu du paragraphe 104(6) LIR.

La différence entre ces notions ne crée pas dans le cas présent de graves problèmes. Il est certain qu'il pourra y avoir une argumentation entre les bénéficiaires pour faire reconnaître leur droit à tel ou tel élément de revenu, mais ce problème relève du droit privé. Comme en général l'acte de fiducie peut prévoir que tel élément reviendra à l'un ou à l'autre des bénéficiaires, même si des différences existent dans les deux juridictions, cela n'entraîne pas de grands inconvénients en soi. Ainsi, s'il est estimé qu'un dividende en numéraire provenant de la distribution d'un capital constitue un revenu en *common law* et un capital en droit civil, il en résultera certes un casse-tête au ministère du Revenu de même que pour les fiduciaires, puisque le niveau d'imposition devra respecter cette qualification, mais pas nécessairement d'iniquité, car ce niveau d'imposition sera une conséquence directe des droits respectifs établis entre les bénéficiaires.

Pertes

Lorsque la Loi traite du revenu, ce traitement sous-entend aussi les pertes. Or, M^e Guy Fortin¹⁵⁷ a soulevé une situation de double imposition qui pourrait survenir en droit civil par suite de l'utilisation de pertes et qui résulte de la différence entre le revenu et le capital.

À son avis, puisqu'une perte d'entreprise aurait en droit civil la nature d'un capital¹⁵⁸, son report à l'encontre des autres revenus de la fiducie pourrait avoir pour conséquence de diminuer le revenu fiscal par rapport au revenu civil. Le bénéficiaire s'imposerait sur l'excédent reçu en vertu du paragraphe 105(1) LIR.

157 Fortin, *supra*, note 145, aux pp. 1254-55.

158 Ceci en raison de l'article 909 CcQ qui prescrit que les revenus non distribués s'ajoutent au capital. Cette position pourrait être fortement critiquée. Pourquoi le bénéficiaire du revenu ne profiterait-il que des profits et ne serait-il pas affecté par une perte ?

Ainsi, la perte sert à réduire le revenu de la fiducie mais le bénéficiaire est tout de même imposé sur sa distribution.

Exemple

Compte tenu d'un revenu civil de 50 000 \$ réduit au fiscal par une perte d'entreprise à reporter de 30 000 \$, le bénéficiaire du revenu recevrait 50 000 \$ et s'imposerait, d'une part, en vertu du paragraphe 104(13) LIR sur 20 000 \$ et, d'autre part, en vertu du paragraphe 105(1) LIR sur 30 000 \$¹⁵⁹. Compte tenu du rôle de conduit de la fiducie, il y aurait double imposition du montant de revenu représentant la perte utilisée.

En *common law*, une perte d'entreprise représenterait plutôt une perte imputable aux revenus dans des circonstances d'exploitation normale d'une entreprise¹⁶⁰. Ce qui reviendrait au bénéficiaire serait alors réduit à 20 000 \$ et la perte diminuerait efficacement le fardeau fiscal global.

La solution envisagée dont il a été fait mention précédemment consistant à préciser la nature des revenus et du capital aux fins fiscales n'améliorerait pas cette situation, puisqu'il s'agit plutôt de concilier le niveau d'imposition avec les droits établis par le droit privé pour chaque bénéficiaire. Ainsi, dans le présent exemple, le droit fiscal ne peut prétendre vouloir modifier le droit au revenu du bénéficiaire de droit civil pour le réduire à 20 000 \$ comme en *common law*, et cela en admettant que serait retenue la thèse de M^e Fortin. Le droit fiscal peut cependant modifier les conséquences négatives de telle différence, en assouplissant par exemple les règles d'utilisation des pertes pour prolonger la période d'utilisation et ainsi espérer que la fiducie de droit civil puisse les utiliser contre du gain en capital (pour ne pas trop défavoriser le bénéficiaire du capital).

Nature des dépenses

L'analyse de l'imputation des dépenses, soit au revenu, soit au capital, est complémentaire à la notion de revenu. Le Code civil prévoit, à son article 1345, que c'est d'abord l'acte de fiducie qui doit être respecté à cet égard s'il contient des clauses ayant pour effet d'en préciser la répartition. À défaut d'indication suffisante, cette répartition des dépenses se fait de façon équitable en tenant compte de l'objet de l'administration, des circonstances et des usages comptables généralement reconnus. Après avoir affirmé ces principes, le Code civil propose des exemples qui reflètent l'application des usages comptables¹⁶¹.

Il est opportun de se demander si la répartition prévue à l'acte serait valide au plan fiscal. Même si le Code civil réfère également à l'acte pour établir autant la

159 Pour des exemples au même effet voir Lafleur, supra, note 151, à la p. 23:20, et Fortin, supra, note 145, à la p. 1254.

160 Waters, supra, note 93, à la p. 857.

161 Articles 1346 et 1347 CcQ. Pour le ministre de la Justice du Québec, ces exemples visent à guider le fiduciaire. *Commentaires du ministre de la Justice*, supra, note 25, à la p. 811.

répartition des bénéfices que celle des dépenses¹⁶², une distinction doit probablement être faite entre les deux cas. Contrairement à la répartition des dépenses entre le capital et le revenu, l'auteur ne croit pas que l'acte puisse modifier en droit civil ce que représente le revenu, puisqu'il est défini ailleurs dans le Code civil. Ainsi, même s'il est permis au constituant de préciser ou de modifier à l'acte qui recevra tel ou tel bénéfice, la qualité intrinsèque de ce bénéfice à titre de revenu ou de capital relève du Code civil. Le même raisonnement ne semble pas s'appliquer à la répartition des dépenses suivant les termes des articles 1346 et 1347 CcQ¹⁶³. À cet égard, le Code civil n'apporte pas une définition, mais le reflet des usages comptables généralement reconnus¹⁶⁴. Or, le recours à ces usages paraît arriver bon deuxième après vérification de ce que prescrit l'acte de fiducie au sujet de cette répartition.

La situation semble assez similaire en *common law*. Le professeur Waters a écrit à ce sujet :

Nevertheless, it is always open to the testator or settlor to say how burdens are to be borne, and his intentions will govern. It is only where he says nothing on the matter that the general rule takes effect¹⁶⁵.

Ce n'est qu'à défaut de telles indications dans l'acte que la nature de la dépense déterminera si elle doit être imputée au revenu ou au capital.

Plusieurs distorsions entre le revenu civil et le revenu fiscal résultent des différences entre les diverses dépenses admises de part et d'autre. Ces distorsions peuvent mener à des résultats fiscaux non souhaités, par exemple à une imposition au niveau de la fiducie sans possibilité de transfert au bénéficiaire du revenu de la partie du revenu fiscal additionnel découlant d'une dépense d'amortissement moindre¹⁶⁶.

Relativement à la dépense d'amortissement, pour éviter des situations injustes entre les bénéficiaires du revenu et du capital, M^e Lafleur formule la recommandation suivante :

Ainsi, afin de simplifier l'administration de la fiducie, il serait avantageux de prévoir que l'amortissement civil à déduire du revenu civil soit égal à l'amortissement fiscal réclamé en vertu de la Loi¹⁶⁷.

162 Article 1345 CcQ.

163 Article 1346 CcQ : « le compte de revenu est généralement débité des dépenses suivantes »; article 1347 CcQ : « le compte de capital est généralement débité ».

164 *Commentaires du ministre de la Justice*, supra, note 25, articles 1346-1347, aux pp. 810-11.

165 Waters, supra, note 93, à la p. 845.

166 Voir l'exemple que donne M^e Lafleur à ce sujet. Lafleur, supra, note 151, aux pp. 23-25-26.

167 Ibid., à la p. 23:26.

Une telle répartition des dépenses devra être respectée par le fisc, puisque la Loi de l'impôt sur le revenu, en référant au concept de revenu en droit privé, introduit indirectement la possibilité de s'en remettre à l'acte de fiducie pour obtenir des précisions sur cette répartition. Évidemment, cette référence ne pourra avoir lieu lorsque la fiducie fiscale ne relèvera pas d'un document juridique, par exemple dans le cas d'une succession *ab intestat*, ou lorsque l'acte sera muet sur la question des dépenses. Cependant, compte tenu de ces possibilités, même s'il peut exister des différences entre le traitement d'une même dépense en droit privé lorsque la jurisprudence de *common law* et celle de droit civil sont comparées, l'auteure ne croit pas qu'il y ait matière à prendre une action fiscale, puisque les actes de fiducie pourraient à eux seuls régler cette question.

Ainsi, selon ce principe de la primauté de l'acte de fiducie pour la qualification d'une dépense, la clause proposée ci-dessus par M^e Lafleur pourrait prendre place dans un acte de fiducie au profit exclusif du conjoint, sans avoir pour effet de limiter le droit aux revenus de ce dernier, tant en droit civil qu'en *common law*. De là à la recommander, c'est une autre chose.

Pour assurer ce résultat et éviter d'être confronté à une opinion contraire, le gouvernement devrait préciser qu'il respectera cette primauté de l'acte relativement à la répartition des dépenses.

Conclusion

Puisque la fiscalité n'est qu'accessoire aux transactions et aux droits des parties, le recours au droit privé pour évaluer quelle proportion revient au bénéficiaire du revenu et au bénéficiaire du capital est tout à fait légitime. Cependant, si le droit privé est ambigu, cette ambiguïté se répercute nécessairement sur l'application des lois fiscales. Prévoir un système parallèle qui définirait le revenu et le capital aux fins de l'impôt pourrait avoir pour effet d'usurper la compétence des provinces en cette matière puisque, aux fins de simplicité, les rédacteurs de fiducie auront certainement le réflexe prudent d'orienter leur acte sur la définition fiscale, entraînant ainsi une perte d'intérêt pour la définition de droit privé. Ce phénomène se vérifie notamment au chapitre du concept de la fondation développé récemment par le droit civil¹⁶⁸ et qui n'a que peu d'utilité, puisque les critères de la fondation fiscale sont précis et incontournables.

Il est certain que les différences entre le revenu civil et le revenu fiscal sont de nature à créer certaines difficultés d'application et de double imposition. Cependant, ces problèmes se trouvent autant en *common law* qu'en droit civil. Ce qui est plus ennuyant entre ces juridictions, c'est le traitement différent qu'un même élément de revenu fiscal peut recevoir. Par contre, puisque cette différence se traduit généralement aussi en des droits différents pour les bénéficiaires, il devient très difficile de proposer une solution.

168 Articles 1256 à 1259 CcQ.

La situation de la fiducie au profit exclusif du conjoint est quelque peu différente, en ce sens que les disparités entre la définition du revenu et du capital peuvent mettre en péril le roulement des biens à telle fiducie. À cet égard, l'auteure privilégie la solution qui consiste à modifier l'exigence relativement à la distribution de tous les revenus au conjoint pour la remplacer par une exigence plus souple, obligeant le fiduciaire à faire toute distribution au conjoint sa vie durant, sans nécessité de distinguer entre le revenu et le capital.

Comme autre option, la définition de revenu de la Loi pourrait être revue pour préciser la qualification que doivent recevoir les différents dividendes. Cette autre piste n'est pas dénuée de tout intérêt. Il a été abordé dans l'introduction de ce chapitre la différence de traitement fiscal qui existe entre la distribution de biens à un bénéficiaire en échange de la disposition de sa participation au revenu ou de sa participation au capital. La première constitue un revenu taxable, alors que la deuxième bénéficie d'un roulement¹⁶⁹. Il pourrait être imaginé un acte de fiducie familiale prévoyant la remise à un bénéficiaire d'un seul élément de son actif (par exemple, tout dividende en actions), considéré être un revenu dans une juridiction et un capital dans l'autre. Un écart de traitement fiscal important résulterait de cette différence. La définition de la nature des dividendes, qui serait apportée à la Loi suivant la deuxième option, permettrait de résoudre ces différences, puisque c'est essentiellement ce type d'élément qui pose le plus de problèmes.

Il est à noter que les deux options proposées pourraient être toutes deux appliquées.

AUTRES MATIÈRES À RÉFLEXION

En plus de l'illégalité de la faculté d'élire illimitée, des mystères de la dévolution irrévocable, de l'impossibilité de constituer une *resulting trust* ou un *constructive trust* et de la distinction entre le revenu et le capital, la Loi de l'impôt sur le revenu comporte bien d'autres obstacles en matière de fiducie que le contribuable de droit civil doit affronter. L'auteure a choisi de faire quelques commentaires sur l'application de l'article 43.1 LIR, sur la fiducie comportant un droit de retour et la simple fiducie. Ces points ne sont pas documentés comme les précédents. Il ne peut donc s'agir que d'un survol de leur problématique et des solutions qui pourraient constituer des avenues intéressantes.

Article 43.1 LIR

En *common law*, il semble que seul un bien immobilier puisse faire l'objet d'intérêts successifs, un domaine viager et un domaine résiduel. Ainsi, il serait permis de donner à une fiducie de bienfaisance le domaine résiduel d'un tel bien immobilier, tout en s'en réservant le domaine viager afin de pouvoir continuer à l'utiliser pour le reste de sa vie. Le paragraphe 43.1(1) LIR permet dans un tel cas d'éviter qu'il y ait une disposition fiscale du domaine viager qui est conservé par le donateur. En

169 Paragraphes 106(2) et 107(1) LIR.

conséquence, le donateur ne sera imposé que sur la fraction de la valeur du bien qui correspond à son don et qui fait l'objet d'un crédit pour don.

Comme ces notions n'existent pas au Québec, il serait difficile de les y appliquer, d'autant plus que le paragraphe 248(3) LIR précise le traitement fiscal accordé aux démembrements du droit de propriété propres au Code civil.

Or, l'effet du paragraphe 248(3) LIR est de prévoir une disposition non seulement de la valeur de ce qui est donné, mais aussi de ce qui est conservé, puisque la création d'une substitution ou d'un usufruit ou même d'un simple droit d'habitation emporte la disposition totale de tout le bien qui en fait l'objet.

L'auteure a posé la question dans une table ronde de l'APFF à savoir si, au Québec, il était possible de se prévaloir de l'exception contenue au paragraphe 43.1(1) LIR pour éviter l'imposition de l'intérêt conservé lors d'un don. La réponse du ministère des Finances a été favorable¹⁷⁰, mais, à ce jour, il n'y a toujours pas eu de modification.

L'auteure est d'avis que cette différence importante devrait être corrigée dès que possible.

Fiducie comportant un droit de retour

L'auteure avoue son hésitation à présenter ce sujet. La Loi est tout de même assez précise au paragraphe 75(2) LIR dans la définition des critères devant servir à évaluer si une fiducie répond à ce paragraphe ou non, que cette fiducie soit régie par la *common law* ou le droit civil. Cependant, les civilistes ont la nette impression que le concept de *common law* de fiducie révocable transcende cette disposition et devrait se révéler être un élément fort important dans l'interprétation de cette disposition. Un exemple illustrera la pensée de l'auteure.

Pour reprendre les termes de la Loi, le paragraphe 75(2) s'applique suivant le premier critère si

des biens sont détenus à condition :

a) soit que ces derniers ou des biens qui leur sont substitués puissent :

[...] revenir à la personne dont les biens ou les biens qui leur sont substitués ont été reçus directement ou indirectement.

Les interprétations restrictives de l'Agence nous mener à conclure convaincre que les termes les plus importants sont « revenir à la personne » afin que le paragraphe 75(2) s'applique dès qu'il y a une possibilité que les biens de la fiducie retournent au constituant. Ce genre de raisonnement a engendré notamment l'inquiétude que l'article 1297 CcQ, qui prévoit un retour automatique au constituant, déclenche l'application du paragraphe 75(2), d'où la recommandation

170 « Table ronde sur la fiscalité fédérale », dans *Congrès 98*, supra, note 3, 43:13-60, question 8.1, aux pp. 43:57-58.

de prévoir un organisme de bienfaisance à titre de bénéficiaire en cas de décès de tous les autres comme en témoigne le passage suivant :

Notons enfin que Revenu Canada prend la position dans le Bulletin d'interprétation IT-369R que le paragraphe 75(2) L.I.R. peut également s'appliquer dans les cas où les biens peuvent revenir au cédant par la suite du décès du dernier des bénéficiaires de la fiducie. Ainsi, le droit résiduel du constituant de recueillir le capital de la fiducie prévu à l'article 1297 C.c.Q. risque, selon les autorités fiscales, de provoquer l'application du paragraphe 75(2) L.I.R. Aussi, afin de prévenir une telle possibilité, il est recommandé de prévoir la remise du résidu de la fiducie à un organisme de charité dans l'éventualité où aucun bénéficiaire n'est en mesure de recevoir ce capital¹⁷¹.

Pourquoi ce raisonnement n'a-t-il pas été retenu par l'Agence, qui a ensuite précisé que l'article 1297 CcQ n'entraînerait pas l'application du paragraphe 75(2)¹⁷² ? Parce que, en fait, ce sont plutôt les premiers termes de cette disposition qui priment sur tout, soit « à condition ». Selon l'auteure, le constituant doit avoir prévu expressément¹⁷³ la condition que, malgré son transfert à la fiducie, il se réserve personnellement le droit de la révoquer en reprenant les biens, ou d'agir quant à leur répartition comme s'il n'avait pas cessé d'en être le propriétaire. Il se réserve donc le droit de reprendre les biens à son gré ou d'exercer une faculté d'élire illimitée, ou bien se réserve le pouvoir de disposition sur ces biens comme si la fiducie n'était que son mandataire.

L'acte constitutif devrait donc être le seul élément à considérer pour déterminer si le constituant a imposé de telles conditions à la fiducie de façon que cela corresponde à un *revocable trust*.

Or, l'absence de ce concept en droit civil et la méconnaissance de la jurisprudence qui le sous-tend est un handicap majeur pour le civiliste qui tenterait d'en interpréter le sens véritable.

171 André Morrisette, « Fiducies », dans *Colloque 63 — La réforme du Code civil et son impact sur l'impôt sur le revenu*, texte n° 3 (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1993) 10. Voir la section « La désignation du bénéficiaire et ses droits ».

172 Voir par exemple l'ADRC, document n° 2001-0096435, le 8 novembre 2001. La conclusion de cette discussion est rapportée par Marc Jolin, « Le fractionnement du revenu et les pièges insoupçonnés des règles d'attribution », dans *Colloque 88 — La fiducie : Le véhicule fiscal du nouveau millénaire* (Montréal : Association de planification fiscale et financière, 1999). Voir la section 2.2 (fiducie avec droit de retour).

173 Voir Waters, supra, note 93, à la p. 291. « *A settlor cannot revoke his trust unless he has expressly reserved the power to do so. This is a cardinal rule [...] the trust is a mode of disposition [...] it is sometimes said that the trust is a mode of < restricted transfer. > So indeed it is, but the restriction does not mean that by employing the trust the settlor inherently retains a right or power to intervene once the trust has taken effect, whether to set the trust aside, change the beneficiaries, name other beneficiaries, take back part of the trust property, or do anything else to amend or change the trust.* » Cette description du *revocable trust* évoque ainsi la possibilité pour le constituant de changer d'idée quant aux dispositions de la fiducie, ce qui deviendrait en droit civil une sorte de transfert conditionnel, rarement utilisé en pratique.

Il est tout simplement anormal que, il y a quelques années, la présence de ce paragraphe dans la Loi ne dérangeait pas les fiscalistes du Québec, alors qu'aujourd'hui il est devenu le spectre de tout acte de fiducie¹⁷⁴.

Ce paragraphe devrait être au moins repensé pour vérifier si les termes utilisés ont le même sens et ont la même incidence dans les deux juridictions.

Simple fiducie (bare trust)

La simple fiducie a été dénoncée dans un rapport soumis par l'APFF, dans le cadre du processus d'harmonisation, comme un concept de *common law* différent du droit civil.

Il est certain qu'en droit civil une simple fiducie ne pourrait être constituée à titre de fiducie. La nature juridique du *bare trust* s'apparente en effet à un mandat dans lequel le fiduciaire ne peut, tel un mandataire, agir que suivant les instructions du constituant et doit lui retourner les biens dès qu'il le demande.

Cependant, cette différence entre les deux juridictions semble pour l'instant ne pas avoir de conséquence fiscale, puisque le *bare trust* ne reçoit plus le traitement fiscal de la fiducie depuis la modification apportée au paragraphe 104(1) LIR, le constituant étant réputé être demeuré le propriétaire des biens¹⁷⁵, au même titre que le mandant du Québec.

L'auteure n'a en conséquence aucune recommandation à faire à ce sujet, si ce n'est de tenir compte du droit du Québec dans la rédaction du paragraphe 104(1) LIR, comme l'a proposé M^c Régnier en ces termes :

Comme condition additionnelle pour éviter toute disposition, on ajoute que le fiduciaire doit être un mandataire à l'égard du bien qu'il a reçu. Cette condition s'explique par l'ambivalence reconnue par la jurisprudence anglaise sur la possibilité qu'une personne puisse cumuler les doubles attributs de fiduciaire et d'agent. Dans le cadre du Code civil du Québec, cette situation n'a aucun sens. Une personne peut être soit un fiduciaire, soit le mandataire d'un tiers, mais pas les deux. Les biens du mandant n'appartiennent pas à son mandataire, tandis que ceux de la fiducie ne peuvent appartenir qu'à cette dernière¹⁷⁶.

CONCLUSION

Harmoniser la loi fiscale pour qu'elle s'applique à deux systèmes de droit fondamentalement différents de façon que chacun soit indépendant l'un de l'autre relève de l'exploit. En fait, lorsque l'on prend simplement conscience que la doctrine fiscale québécoise n'est même pas accessible à la majorité des fiscalistes

174 À preuve, la discussion en doctrine de la possibilité que le paragraphe 75(2) s'applique si un prêt à la fiducie n'est pas considéré authentique. Jolin, *supra*, note 172.

175 Voir les notes explicatives qui accompagnaient l'*Avis de motion des voies et moyens* du 16 mars 2001, *supra*, note 15, relativement à l'introduction de l'article 107.4 LIR.

176 Maurice Régnier, « De la morosité! » (1998) vol. 20, n° 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 7-12, à la p. 9.

des provinces de *common law* en raison de la langue, il ne faut pas se surprendre que, bien que louable, cette tâche exigera des efforts importants et constants.

Plusieurs des différences soulevées dans le présent texte sont tributaires de l'évolution du droit privé, notamment la faculté d'élire, les conditions d'application du *resulting trust* et la définition du revenu. Le droit fiscal devra aussi s'adapter à ces changements.

La fiducie est encore un domaine d'expertise au Québec. Curieusement, ce sont les fiscalistes qui se sont approprié ce champ du droit. Cela est heureux en un sens, car ne sont constituées actuellement que des fiducies qui ne provoquent pas trop de problèmes fiscaux. Ainsi, à force de demandes d'interprétations techniques et de discussions, les fiscalistes en sont venus à circonscrire assez bien les clauses nécessaires pour pallier les difficultés d'interprétation de la Loi. Si bien que rien ne ressemble plus à un acte de fiducie au Québec qu'un autre acte de fiducie.

Cependant, aussitôt qu'il est tenté de sortir du cadre préétabli, comme dans l'exemple retenu où l'on cherchait à conserver le capital d'une entreprise au profit des enfants dans le cadre d'une fiducie exclusive au profit du conjoint, surgissent alors toutes les questions existentielles sans réponse.

Si cet exercice d'harmonisation pouvait permettre au civiliste de répondre à quelques-unes de ces questions en utilisant ses propres outils, et donc sans avoir à chercher le sens des termes utilisés dans le système de *common law*, non codifié et difficile d'accès, ce serait déjà une amélioration très importante.