

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2015 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Diane BRUNEAU

Volume 118, Number 1, 2016

REVUE SÉLECTIVE DE JURISPRUDENCE 2015

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043461ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043461ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BRUNEAU, D. (2016). REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2015 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE. *Revue du notariat*, 118(1), 139–169. <https://doi.org/10.7202/1043461ar>

REVUE DE LA JURISPRUDENCE 2015 EN FISCALITÉ ET EN FIDUCIE

Diane BRUNEAU*

INTRODUCTION	141
1. Impôt et taxes	141
1.1 Suivi de décisions commentées l’an dernier	141
1.1.1 Remboursement de la TVQ après deux ans	141
1.1.2 Contrôle de fait	142
1.1.3 Rectification	143
1.1.4 Opposition d’une grande société	145
1.2 Pertes	145
1.2.1 Perte de clientèle.	145
1.2.2 Pertes locatives chroniques	147
1.3 Frais juridiques	148
1.4 Autocotisation pour un immeuble locatif	150
1.5 Vente d’un immeuble	151
1.6 Donation entre vifs ou à cause de mort ?	153

* Notaire, M.Fisc., professeure associée à la Faculté de droit de l’Université de Montréal.

1.7 Débat autour d'un nouveau-né bénéficiaire d'une fiducie.	154
2. Fiducies	156
2.1 Faculté d'élire – suivi de l'an dernier.	156
2.2 Conflit d'intérêts du fiduciaire	158
2.3 Fiduciaire qui transige sur les biens administrés . . .	159
2.4 Nature fiduciaire d'un compte pour autrui.	161
2.5 Modification d'une fiducie	163
2.6 Litige à suivre	167
2.7 Fiducie testamentaire et aide sociale	168
CONCLUSION	169

INTRODUCTION

Cette chronique se veut un tour d'horizon des principales causes de jurisprudence récentes pouvant intéresser la communauté notariale en matière de droit fiscal et de droit civil de la fiducie. Plusieurs décisions en fiscalité ont toutefois déjà fait l'objet de commentaires lors des *Cours de perfectionnement* d'avril 2016. Afin d'éviter les recoupements, et sauf exceptions, elles ne seront pas reprises ci-dessous. Le lecteur est plutôt invité à consulter le texte de cette conférence intitulée « Revue des actualités fiscales »¹. La jurisprudence concernant les droits sur les mutations immobilières ne sera pas examinée non plus, considérant les changements législatifs importants annoncés par le Québec dans son Budget de 2016².

Il reste néanmoins plusieurs causes en fiscalité ou en fiducie qui sont d'un intérêt certain. La priorité sera donnée à celles qui émanent des plus hautes instances. Chacun des sujets qui suit mériterait de s'attarder aux pourquoi et comment de ces décisions avec doctrine à l'appui. Cependant, le propos a été limité à l'essentiel compte tenu du nombre de décisions à traiter.

1. Impôt et taxes

1.1 Suivi de décisions commentées l'an dernier

1.1.1 Remboursement de la TVQ après deux ans

Dans l'arrêt *Agence du revenu du Québec c. Larocque*³, la Cour d'appel a accepté de infirmer la décision de première instance. Dans cette affaire, le délai de deux ans accordé pour une demande de remboursement de la taxe de vente lors de l'achat d'un immeuble locatif neuf⁴ avait été dépassé.

1. Isabelle FECTEAU et Diane BRUNEAU, « Revue des actualités fiscales », (2016) 1 C.P. du N. 181-233.

2. FINANCES QUÉBEC, *Le plan économique du Québec – Renseignements additionnels 2016-2017*, mars 2016, p. A81 à A92.

3. 2016 QCCA 556.

4. En vertu de l'article 378.16 de la *Loi sur la taxe de vente du Québec*, RLRQ, c. T-0.1 [« LTVQ »].

La Cour du Québec avait démontré une ouverture pour permettre au contribuable de demander le remboursement après les deux ans en se distinguant de l'analyse faite au fédéral. Jugeant qu'il s'agissait là d'un délai de prescription au lieu d'un délai de déchéance, elle a admis la possibilité de la suspension de ce délai de prescription par une preuve de l'impossibilité d'agir du contribuable⁵. L'excuse du contribuable étant qu'il n'avait pas pu agir à temps en raison de la confiance qu'il avait eue envers les professionnels qui le conseillaient dans le cadre de son acquisition d'immeuble.

Pour sa part, considérant clair le sens de la disposition fiscale, la Cour d'appel n'a pas vu la nécessité de suppléer à la loi et de recourir au *Code civil du Québec* pour l'interpréter. Examinant le texte de l'article 378.16 LTVQ, la Cour a pourtant elle-même constaté qu'il n'y avait pas d'indication concernant la nature du délai. Elle a cependant interprété ce silence en le comparant à l'article 370.12 LTVQ (remboursement pour le propriétaire-constructeur) qui, au contraire, ouvre la porte à une discrétion du ministre d'accepter une demande tardive. Ce silence du législateur à l'article 378.16 LTVQ équivaldrait donc à une impossibilité de dépasser le délai de deux ans. De plus, la *Loi sur l'administration fiscale*⁶ qui permet à l'article 36 de demander au Ministre une prorogation de délai, ne s'appliquerait pas à une demande de remboursement pour taxes. Ce faisant, la Cour d'appel s'est dite d'avis que ce délai était plutôt de rigueur, comme l'avait décidé la Cour canadienne de l'impôt en interprétant l'article correspondant de la loi fédérale. La Cour d'appel a d'ailleurs qualifié de « loi jumelle » la loi québécoise et a ajouté que ces deux lois concernant la TPS et la TVQ devaient être interprétées avec un souci de cohérence. Le remboursement du contribuable a donc finalement été refusé.

1.1.2 Contrôle de fait

Malgré ses efforts, la société Lyrtech RD inc. n'aura pas réussi à faire infirmer le jugement de la Cour canadienne de l'impôt, ni par la Cour d'appel fédérale ni par la Cour suprême du Canada. Cette dernière a refusé d'entendre son appel⁷. Il faut conclure de cette saga

5. Voir le commentaire de l'an dernier à Diane BRUNEAU, « Revue de la jurisprudence 2014 en fiscalité et fiducie », (2015) 117 R. du N. 155, 174.

6. RLRQ, c. A-6.002 (« LAF »).

7. *Lyrtech RD inc. c. R.*, 2015 CanLII 39807 (CSC). Voir aussi le commentaire de l'an dernier à D. BRUNEAU, préc., note 5, p. 163-164.

que le concept de contrôle de fait utilisé par les lois fiscales est étendu à l'influence au niveau économique que l'on peut exercer sur une société. Il ne se limite pas à l'influence que l'on peut avoir sur le choix de ses administrateurs.

La Cour canadienne de l'impôt a appliqué cette notion de contrôle élargie dans la décision *Solutions MindReady R&D inc. c. La Reine*⁸. Elle y fait le constat suivant au sujet de ce concept :

[...] il est maintenant bien établi que la détermination de l'influence requise pour qu'une société soit considérée comme étant contrôlée par une autre société requiert l'examen des décisions opérationnelles et économiques de la société en question. Une forme d'influence économique déterminante permettant à une société d'être en position d'imposer sa volonté sur la gestion des affaires d'une autre société est suffisante pour constituer un contrôle de fait.

Il est à noter que le contrôle de fait est un atout supplémentaire au contrôle de droit que le fisc peut invoquer lorsque la loi le permet.

1.1.3 Rectification

Cette année, deux sociétés ont connu des revers en appel en tentant de faire appliquer la doctrine de rectification en droit civil du Québec afin de pallier des erreurs dans des dossiers de fiscalité internationale. Il faut rappeler que la Cour suprême du Canada a permis au Québec la rectification rétroactive d'une transaction lorsque son exécution ne correspond pas à la négociation ayant eu lieu entre les parties⁹.

Dans les deux nouvelles décisions, il s'agit de situations où les conseillers, en proposant une planification, ont par inadvertance provoqué l'application d'une autre disposition fiscale qui entraînait des impôts imprévus. Dans les deux cas, la Cour d'appel du Québec a refusé de rectifier ces planifications. Dans l'arrêt *Canada c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*¹⁰, la Cour d'appel a renversé le jugement de première instance sur la base que les contribuables avaient bel et bien mis en place le scénario qui avait été choisi pour contrer les fluctuations de taux de change dans les états financiers. La question fiscale ne semblait pas être un enjeu. Cette décision a été

8. 2015 CCI 17, par. 35.

9. *Québec (Agence du revenu) c. Services Environnementaux AES inc.*, 2013 CSC 65.

10. 2015 QCCA 838.

portée en appel devant la Cour suprême du Canada¹¹. Dans l'arrêt *Mac's Convenience Stores inc. c. Canada*¹², une planification plus agressive comportant le versement d'un dividende n'a pas pu être rectifiée rétroactivement. Tant en première instance qu'en appel, les juges ont refusé de voir dans l'application inattendue des règles de capitalisation restreinte (limitant la déduction d'intérêts) une erreur dans la mise en œuvre de l'intention première des parties.

D'autre part, dans le cadre d'un gel successoral mal exécuté, la Cour supérieure du Québec a permis la rectification dans la décision *Lemair c. Québec (Procureur général)*¹³, même si les autorités fiscales s'y étaient opposées. Un billet de plus de 1 M \$ a ainsi été annulé rétroactivement.

De plus, une demande de correction rétroactive d'un acte de fiducie, non contestée cette fois, a été accueillie favorablement. Elle avait comme objet d'éliminer toute possibilité dans l'acte que le constituant se retrouve parmi les bénéficiaires¹⁴. On sait que cette situation peut engendrer un problème d'imposition en vertu du paragraphe 75(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*¹⁵. D'ailleurs, les autorités fiscales avaient été mises en cause dans cette histoire, mais elles ne se sont pas opposées. Tous les témoins étaient d'avis qu'il n'avait jamais été de leur intention que le constituant soit bénéficiaire, en dépit du fait qu'il s'agissait d'un acte notarié. Soulignons que le terme rectification n'a pas été utilisé ici, mais vu l'effet rétroactif accordé à la modification, il semble que cela en soit bel et bien une.

La rectification, en tant que nouvel outil jurisprudentiel, n'a pas fini de faire couler beaucoup d'encre. En même temps, elle recèle bien des incertitudes pour le contribuable qui désire s'en prévaloir. La différence est mince entre les arguments de celui qui réussit et celui qui échoue.

11. *Jean Coutu Group (PJC) Inc. c. Canada*, 2015 CanLII 75963 (SCC), 19 novembre 2015.

12. 2015 QCCA 837.

13. 2015 QCCS 1142.

14. *Thériault c. Thériault*, 2015 QCCS 2954.

15. L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.), telle que modifiée (« LIR »).

1.1.4 Opposition d'une grande société

L'an dernier, nous avons fait état de la difficulté pour une grande société de faire opposition à une cotisation¹⁶. Une grande société¹⁷ doit en effet respecter les obligations du paragraphe 165(1.1) L.I.R. Il exige de divulguer, dès le stade de l'opposition, son argumentation et tous ses motifs et faits invoqués, et de s'en tenir à cela ensuite. Or, la Cour d'appel fédérale dans *Devon c. La Reine*¹⁸, a ouvert une petite porte dans le cadre de l'interprétation rigide de cette exigence, et ce, en dépit du fait qu'elle a reconnu que la loi ne permet pas à une société d'amender son avis d'opposition¹⁹.

Les juges ont en effet permis qu'un nouvel argument soit avancé après le dépôt de l'avis d'opposition, mais alors que la société se trouvait toujours en discussion avec le fisc. En fait, la réponse du fisc à l'avis d'opposition avait été suspendue en attendant une décision dans une affaire du même genre. Lorsque, à la suite de ce jugement, un mémorandum a été déposé par le contribuable pour avancer de nouveaux arguments, le fisc y a répondu, acceptant implicitement de les considérer. De l'avis de la Cour d'appel, le fisc ne peut donc plus plaider devant les tribunaux qu'il refuse maintenant ces nouveaux arguments.

1.2 Pertes

1.2.1 Perte de clientèle

Prendre connaissance d'histoires de contribuables qui débattent avec les autorités fiscales d'une problématique inusitée permet de consolider l'interprétation des principes fiscaux en jeu. Dans la décision *Martin c. Canada*²⁰, un employé d'une firme de courtage ayant perdu son emploi à la suite de la vente de l'entreprise par son employeur, réclame une perte en capital de 14 M \$. Il invoque le vol

16. D. BRUNEAU, *op. cit.*, note 5, p. 164.

17. Définie au par. 225.1(8) L.I.R. Ce sont les sociétés qui ont un capital imposable utilisé au Canada de plus de 10 M \$ au sens de l'ancienne taxe sur le capital. Dans ce calcul, on tient compte des sociétés liées et associées.

18. 2015 CAF 214.

19. « [...] there is no provision in the Act that specifically allows a large corporation to amend its notice of objection. However, if the Minister allows a large corporation to raise additional issues before the objection stage is completed, it is difficult to accept that the Minister would be prejudiced if the large corporation is allowed to continue to pursue those issues before the Tax Court of Canada. » *Ibid.*, par. 31.

20. 2015 CAF 204.

de sa clientèle par l'acquéreur de l'entreprise ainsi que la valeur des biens qu'il a perdus, incluant sa maison, en raison de son insolvabilité qui a suivi. Le contribuable qui se représentait lui-même a porté sa cause jusqu'à la Cour d'appel.

Il est intéressant de voir comment les juges se sortent de ce genre d'arguments.

En premier lieu, ils ont évidemment refusé de reconnaître une perte fiscale pour la perte de biens à usage personnel. Ce genre de perte est spécifiquement exclue dans la loi²¹.

En deuxième lieu, les juges ont écarté l'argument de la perte de revenu futur. Il ne s'agissait pas d'une perte en lien avec du travail déjà réalisé, seulement une expectative de revenu sur du travail futur. Cela n'est ni imposable ni déductible.

La Cour canadienne de l'impôt avait expliqué clairement ce résultat :

En ce qui concerne l'impôt sur le revenu, une perte de revenu est généralement subie lorsque les dépenses effectivement engagées par un contribuable tirant un revenu d'une source au cours d'une année excèdent les revenus réellement tirés de cette source pour l'année. Comme la Loi n'impose pas les revenus avant qu'ils aient été gagnés, même s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'ils soient gagnés, selon la Loi, les revenus attendus mais non gagnés ne donnent pas lieu à une perte compensatoire. Cela ressort clairement de l'alinéa 18(1)a) de la Loi, qui prévoit qu'une dépense d'entreprise doit avoir été engagée ou effectuée pour être déductible dans le calcul du revenu d'une entreprise.²²

Enfin, en troisième lieu, les juges ont dû expliquer leur refus de reconnaître au niveau fiscal la perte de la clientèle. On doit reconnaître ici qu'il s'agit sans doute d'une perte économique réelle. La Cour d'appel est d'accord avec le juge de première instance qui s'appuie sur deux arguments. Elle est effectivement d'avis que le contribuable n'avait pas prouvé que la liste de clients lui appartenait réellement et qu'il pouvait la vendre. Bien sûr, ce constat suffisait à clore le dossier. Cependant, la Cour d'appel mentionne au surplus que le contribuable n'avait rien payé pour l'achat de sa clientèle. Puisqu'il n'avait supporté aucune dépense liée à cette clientèle,

21. Sous-al. 40(2)g)iii) LIR.

22. *Martin c. R.*, 2014 CCI 200, par. 9.

excluant les dépenses de représentation déjà déduites du revenu au fil des ans, il n'en résultait nécessairement aucune perte fiscale.

La notion de perte en matière fiscale nécessite donc un investissement monétaire préalable. *A contrario*, il est certain que tout produit de disposition reçu pour cette clientèle aurait été imposé, même en l'absence de coût pour ce bien. À première vue, il paraît y avoir une iniquité ici. La Cour rappelle toutefois que la fiscalité n'est pas une police d'assurance contre des déboires financiers. Le contribuable qui subit un dommage du fait d'un tiers doit plutôt poursuivre ce dernier.

Il est étrange dans cette affaire que les juges n'invoquent aucunement les dispositions applicables aux immobilisations admissibles (« BIA »). Dans la loi de l'impôt, la clientèle est un intangible qui constitue une telle immobilisation admissible. Le traitement fiscal de ces biens est cependant appelé à changer²³. En 2017, le coût des immobilisations admissibles sera versé dans une catégorie d'amortissement, comme tout bien amortissable. À titre de principe général, rappelons qu'une perte en capital n'est pas admissible pour un bien amortissable. La moins-value d'un tel bien se reflète dans le solde de la catégorie d'amortissement qui, lors de la disposition de tous les biens de la catégorie devient une perte terminale déductible, au même titre que les autres dépenses courantes de l'entreprise. Comme nous venons de le voir dans l'affaire *Martin*, encore faut-il qu'un solde du coût de ces biens lié à une dépense réelle existe...

1.2.2 Pertes locatives chroniques

Le propriétaire d'un petit domaine, qui y habite avec sa famille tout en louant des chalets d'été à des tiers, peut-il valablement déduire des pertes locatives année après année durant 20 ans ? C'est la question qui a été posée à la Cour du Québec dans l'affaire *Marcoux c. ARQ*²⁴. L'Agence du revenu du Québec refusait ces pertes invoquant « que les activités des appelants comportent un fort aspect personnel, qu'il n'y a pas prédominance commerciale et qu'il n'en découle aucune expectative raisonnable de profits »²⁵.

23. MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, « Mesures fiscales – Notes explicatives – immobilisations admissibles », dans *Le Budget 2016*, Ottawa, 22 mars 2016.

24. 2015 QCCQ 1269.

25. *Ibid.*, par. 3.

Le juge a rappelé le changement qui a eu lieu dans l'interprétation de ce genre de situation avec la décision *Stewart*²⁶. Depuis cette affaire, pour déterminer si on a une source de revenu, au lieu de s'en remettre au critère d'expectative raisonnable de profit, on doit d'abord se demander dans quelle catégorie l'activité se trouve. Est-ce une activité purement commerciale ? Alors les pertes sont déductibles sans autre examen. Est-ce plutôt une activité ayant un aspect personnel (usage personnel, passe-temps, etc.) ? Alors il faut établir si le caractère commercial est prédominant pour admettre les pertes. Se situant dans cette deuxième catégorie, monsieur Marcoux a quand même pu convaincre la Cour que l'aspect commercial de son domaine prédominait.

Fait à noter, dans ses discussions avec le fisc, le contribuable avait notamment renoncé à la prescription acquise pour deux années d'imposition. La Cour souligne qu'il n'y a alors pas d'opposition ni d'appel prévus dans la *Loi sur l'administration fiscale*²⁷ pour une nouvelle cotisation qui en résulte. La cotisation concernant des années prescrites ne peut donc pas être contestée du moins par le mode normal. Heureusement ici le fisc avait réduit sa réclamation pour ces années rouvertes, même si ce n'était pas tout à fait au goût du contribuable.

1.3 Frais juridiques

La Cour d'appel fédérale s'est penchée sur deux causes concernant la déductibilité des frais juridiques.

Dans le jugement *Deschênes c. Canada*²⁸, une autre triste saga judiciaire au sujet d'une succession, un héritier a voulu déduire les frais judiciaires engagés pour augmenter sa part dans le partage des biens. La Cour d'appel le lui a refusé car il ne s'agissait pas d'une dépense pour gagner un revenu, mais bien pour faire reconnaître un droit. En première instance²⁹, le contribuable a bien tenté d'invoquer une décision³⁰ qui avait reconnu la déductibilité des frais juridiques pour recouvrer un montant dû en vertu d'un

26. *Stewart c. Canada*, 2002 CSC 46.

27. RLRQ, c. A-6.002, art. 93.1.7 et 93.1.11.

28. 2015 CAF 147.

29. *Deschênes c. La Reine*, 2014 CCI 261.

30. *Nadeau c. MRN*, 2003 CAF 400, par. 17.

droit existant, mais ici la Cour n'a même pas conclu à un tel droit existant. La Cour suprême du Canada n'a pas autorisé son appel³¹.

Dans la cause *Gouveia c. Canada*³², le contribuable qui a été dirigeant d'une entreprise publique et le seul actionnaire d'une société de consultation, a voulu déduire des frais juridiques totalisant plus de deux millions de dollars. Ces frais avaient été engagés pour préserver sa réputation et se défendre contre des allégations d'infractions par l'Ontario Securities Commission pour son rôle dans la société publique. Ce qui est intéressant dans ce jugement est la détermination du lien que l'on peut faire entre des dépenses et l'entreprise ou l'activité auxquelles elles se rattachent. En effet, le contribuable invoquait ici que ses frais juridiques étaient en lien avec le revenu qu'il gagnait par ses services dans sa société conseil. Les autorités fiscales y voyaient plutôt une dépense en lien avec son ancien emploi de dirigeant de la société publique.

En entérinant complètement le raisonnement du juge Favreau en première instance³³, la Cour d'appel a approuvé du même coup dans ces circonstances l'application du test élaboré par la juge Iacobucci dans la décision *Symes*³⁴. Ce test visait à déterminer si une dépense est une dépense rattachée à une entreprise ou si elle est une dépense personnelle. Ce test comporte les volets suivants :

- a) Cette dépense est-elle une dépense qui est normale pour d'autres dans le même secteur et qui serait acceptée comme dépense au niveau comptable ?
- b) Cette dépense aurait-elle été engagée en l'absence de l'entreprise ?
- c) La dépense répond-elle à un besoin de l'entreprise ?

En appliquant ce test et en constatant notamment que les frais juridiques du contribuable auraient été les mêmes en l'absence de son entreprise, la Cour canadienne de l'impôt a jugé que ces frais n'étaient pas liés à l'entreprise de conseil, qui d'ailleurs n'avait pas vu ses résultats baisser malgré les allégations. Ces frais étaient

31. *Michel G. Deschênes c. La Reine*, 2016 CanLII 7610 (CSC), 18 février 2016.

32. 2014 CAF 289.

33. *Gouveia c. R.*, 2013 CCI 414.

34. 1993 CanLII 55 (SCC).

davantage liés à la perspective de perte de gains futurs dans un emploi du même genre. De plus, les frais pour la préservation de la réputation et la capacité de gagner du revenu sont des dépenses de la nature d'un capital et ne sont pas déductibles du revenu³⁵.

1.4 Autocotisation pour un immeuble locatif

À propos d'évaluation, on entend parfois la réflexion suivante : réunissez deux évaluateurs dans une pièce et il en ressortira trois évaluations différentes ! C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Société Paul-Gury s.e.n.c. c. ARQ*³⁶. Dans cette affaire, il s'agissait d'un auto-constructeur devant s'autocotiser lorsqu'il a commencé à louer ses nouveaux immeubles neufs et devant remettre la taxe de vente à Revenu Québec en vertu de l'article 225 LTVQ. En première instance³⁷, le débat a porté sur la meilleure méthode à utiliser pour évaluer les immeubles et déterminer leur juste valeur marchande, soit, en fin de compte, le plus haut prix qu'un acheteur serait prêt à payer pour les acquérir dans un marché libre de contraintes.

Or, afin d'établir une telle juste valeur marchande, Revenu Québec avait publié un Bulletin d'interprétation³⁸ où elle admettait que l'évaluation peut se faire suivant trois méthodes : la méthode du coût de remplacement, la méthode de comparaison avec des immeubles similaires et la méthode du revenu visant à déterminer la valeur actuelle d'un tel placement en fonction de ses revenus futurs anticipés et des taux d'intérêts. Ces trois méthodes sont expliquées et illustrées dans la décision du juge de la Cour du Québec. L'Agence du revenu a retenu la méthode du coût de remplacement et l'a appliquée sans aucune dépréciation, alors que l'évaluatrice du contribuable avait établi une valeur moindre en se basant sur la méthode des revenus. C'est la position de l'Agence qui a été retenue,

35. Par. 18(1) b) LIR. La Cour est muette sur le fait que cela pourrait être ajouté à la catégorie des intangibles si c'était en lien avec une entreprise.

36. 2015 QCCA 398.

37. *Société Paul-Gury, s.e.n.c. c. ARQ*, 2013 QCCQ 7452.

38. REVENU QUÉBEC, *Bulletin d'interprétation et des pratiques administratives concernant les Lois et les Règlements*, numéro TVQ.225-1, 30 septembre 2010. Au paragraphe 7 : « À cet égard, il existe des pratiques reconnues sur la façon de déterminer la juste valeur marchande d'un bien. Ainsi, trois méthodes ou approches générales quant à l'évaluation au prix du marché sont utilisées, à savoir la méthode du coût, la méthode de comparaison et la méthode du revenu. Différentes approches peuvent être utilisées pour différentes composantes de l'immeuble évalué et aucune méthode ne doit être exclue de façon catégorique. »

même si le résultat faisait en sorte que la valeur obtenue était supérieure au coût de construction du contribuable (qui bénéficiait d'une certaine économie d'échelle).

Le choix de la méthode d'évaluation étant une question de fait, la Cour d'appel s'est trouvée incapable de voir une erreur manifeste et dominante dans la décision de première instance lui permettant de la modifier ou de l'infirmier. Le contribuable a été incapable de « montrer du doigt », selon les termes de la Cour, la faille ou l'erreur fondamentale. Elle signale tout de même au passage le bien-fondé de l'utilisation de la méthode du coût de remplacement lorsque l'immeuble est neuf, ainsi que la possibilité d'utiliser d'autres méthodes suivant les circonstances.

Nous verrons plus loin au chapitre sur les fiducies les conséquences catastrophiques que peut entraîner l'application à grande échelle de la mauvaise méthode³⁹.

1.5 Vente d'un immeuble

Dans le jugement *Tibilla c. Canada*⁴⁰, qui a encore simplement accepté les conclusions de la décision de première instance basées sur les faits, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur deux questions : (1) la date de transfert d'un immeuble peut-elle être différente de la date du contrat notarié en raison d'un problème survenu à l'achat et (2) le PBR du bien peut-il être augmenté par des dépenses sans pièces justificatives ?

Monsieur Tibilla est vérificateur d'impôt au moment où il vend un immeuble à revenu. Même si le contrat notarié de vente au comptant avec occupation immédiate a été signé en décembre 2007, ce n'est que pour l'année 2008 qu'il a déclaré la vente, sous prétexte d'un différend avec l'acquéreur. Ce dernier ayant demandé une baisse du prix de vente, monsieur Tibilla voulait annuler la vente. Or le tout s'est réglé en 2008.

Lorsque la Cour examine s'il y a eu disposition du bien en 2007, elle ne peut que conclure que oui. Tous les éléments y étaient : produit de disposition et transfert des attributs de la propriété à la date

39. Voir *infra* le commentaire sur l'arrêt *Maynard c. Legault Joly Thiffault* à la section 2.5.

40. 2014 CAF 227.

de l'acte notarié. Ainsi, le contribuable ne pouvait réussir sur ce point. Il en aurait été autrement par exemple si le contrat avait prévu que le transfert du titre de propriété était reporté en 2008.

L'autre point examiné par la Cour est la possibilité d'ajouter au coût de l'immeuble certaines dépenses afin d'en augmenter le prix de base rajusté et d'en diminuer par le fait même le gain en capital. Cependant, le contribuable n'a pas pu justifier ces dépenses par des factures. Il a sur le tard invoqué une inondation de son sous-sol pour excuser cette absence de preuve. Il arrive en effet que les autorités fiscales soient plus souples dans ce genre de circonstances et il était bien placé pour le savoir... Malheureusement pour lui, il n'a pas pu convaincre le juge de la survenance de cet événement.

Finalement, cette cause serait d'un intérêt plutôt faible si ce n'était de la discussion sur l'obligation pour le contribuable de conserver ses pièces justificatives. En effet, monsieur Tibilla a soutenu qu'il n'avait pas l'obligation de conserver ses factures de dépenses en capital en raison du délai de plus de six ans déjà écoulé, tel que le prescrit le paragraphe 230(4) LIR. En première instance, cet argument a été réfuté sur la base que le délai de six ans dans l'exigence de « six ans qui suivent la fin de la dernière année d'imposition à laquelle les documents se rapportent » commence non pas à compter de l'année de la dépense, mais plutôt à compter de l'année où on utilise cette dépense dans une déclaration...⁴¹. Au surplus, la loi prévoit au paragraphe 230(6) LIR qu'en cas d'opposition ou d'appel, l'obligation de conservation se poursuit jusqu'à ce que les procédures soient terminées.

En clair, cela indique que les individus propriétaires fonciers doivent conserver leurs factures de dépenses en capital pour toute la durée de la détention de leur immeuble, plus six ans après l'année de sa disposition, et plus longtemps encore si cette disposition est l'objet d'une contestation. Lorsqu'un particulier est propriétaire de plus d'un logement qu'il habite, toutes les dépenses en capital doivent être ainsi conservées jusqu'à ce que l'on détermine si l'habitation sera entièrement exonérée en tant que résidence principale.

Soit dit en passant, il serait intéressant de savoir s'il y a des copropriétés divisées qui font l'exercice de distinguer les dépenses courantes des dépenses en capital en matière de cotisations payées

41. *Tibilla c. La Reine*, 2013 CCI 215.

par les copropriétaires, particulièrement les cotisations spéciales. Cela pourrait être très pertinent lorsque l'habitation ne se qualifie pas de résidence principale exemptée aux fins fiscales.

En ce qui a trait aux dépenses courantes déductibles, le délai de six ans s'applique à partir de la dernière année de leur utilisation pour réduire le revenu.

1.6 Donation entre vifs ou à cause de mort ?

Dans la décision *Arsenault c. La Reine*⁴², le libellé d'une donation contenue à un contrat de mariage a pris une grande signification. L'interpréter comme étant une donation entre vifs permettrait à la donataire d'échapper au fisc, alors qu'une donation à cause de mort n'aurait pas le même effet.

Pour expliquer ce résultat, il faut reprendre les faits de cette décision. Il s'agissait au départ d'une société ayant fait défaut de remettre des taxes de vente et dont le seul actionnaire et administrateur s'est vu réclamer ces sommes personnellement⁴³. Au moment où il était ainsi endetté envers le fisc, ce dernier a fait donation « entre vifs » de la moitié indivise d'un immeuble en exécution des donations mentionnées dans son contrat de mariage. Le fisc s'est donc tourné vers la donataire pour lui réclamer ce bien donné sans contrepartie par son débiteur⁴⁴. En réponse, la contribuable a opposé au fisc qu'elle avait versé une contrepartie d'une valeur égale à celle de la part de l'immeuble reçu, puisqu'elle avait accordé quittance d'une donation consentie lors du mariage.

Selon la Cour, pour que cet argument soit recevable, encore fallait-il que l'obligation de payer la donation contenue au contrat de mariage existe réellement, donc qu'il y ait une véritable créance. Une donation à cause de mort ne serait pas suffisante car à la manière d'une disposition testamentaire, il ne s'agirait pas encore d'une créance. Or, la clause de la donation en litige se lisait à peu près comme suit :

Donation entre vifs et en pleine propriété à compter de la célébration du mariage d'une somme de 300 000 \$ qui devient exigible au décès

42. 2015 CCI 179. Au moment de mettre sous presse, cette décision avait été infirmée : *Arsenault c. Canada*, 2016 CAF 225.

43. En vertu du paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, telle que modifiée (« LTA »).

44. En vertu de l'article 325(1) LTA, qui est le pendant de l'article 160 LIR en impôt sur le revenu.

du futur époux. Celui-ci se réserve cependant le droit de payer ladite somme, en tout ou en partie, en tout temps durant le mariage, soit en argent, soit par le transport à la future épouse de biens meubles ou immeubles.⁴⁵

La juge Lamarre, après une longue analyse de la différence entre une donation à cause de mort et une donation entre vifs dont le terme est la mort, a conclu qu'il s'agissait ici d'une donation à cause de mort. Elle s'est appuyée sur le fait qu'en l'espèce, le décès n'était pas un terme, mais une condition d'exigibilité. Elle note aussi dans le même sens qu'il n'y avait aucune mention que la donation était irrévocable, et il n'y avait pas de droit de retour en faveur du mari en cas de prédécès de l'épouse.

En conséquence, l'épouse a dû payer le fisc, car le transfert fait par son mari « n'a pas été fait en contrepartie de l'extinction de son obligation de faire une donation entre vifs à son épouse en vertu d'un contrat de mariage »⁴⁶.

Il s'agit certainement d'un point de discussion à ajouter lors de la préparation d'un contrat de mariage et qui peut sauver certains biens du couple face au fisc, le cas échéant... Ainsi, si l'on suit le raisonnement de la Cour, afin de pouvoir faire un transfert de biens au conjoint sans provoquer l'application de ces dispositions fiscales, il faudrait pour augmenter les chances que la donation soit considérée entre vifs, prévoir un terme autre que le décès, ou avoir comme terme ultime le décès tout en étant une donation irrévocable et avec un droit de retour.

1.7 Débat autour d'un nouveau-né bénéficiaire d'une fiducie

Une question mixte de fiscalité et de fiducie nous servira à faire le lien avec la prochaine section.

Il s'agit de l'histoire inédite d'un bébé de moins de deux ans qui reçoit des actions d'une société privée sous forme de distribution de capital d'une fiducie entre vifs familiale⁴⁷. Ces actions sont ensuite vendues à des tiers peu de temps après cette distribution. Or, pour pouvoir profiter de l'exonération pour gain en capital, il faut respec-

45. *Arsenault c. La Reine*, préc., note 42, par. 2 et 3.

46. *Ibid.*, par. 41.

47. *Pellerin c. La Reine*, 2015 CCI 130.

ter la règle qui veut qu'au cours des 24 mois précédant la vente, personne d'autre que le contribuable ou une personne liée ne détenait les actions⁴⁸.

La fiducie avait effectivement détenu les actions durant 24 mois. De plus, au moment de la vente des actions, le bébé était lié à la fiducie de qui il avait reçu les actions. La seule question restant à régler était la période au cours de ces 24 mois où le bébé était conçu, mais non encore né. Était-il lié à la fiducie et fallait-il qu'il le soit ?

Le juge Boyle de la Cour canadienne de l'impôt accorde le bénéfice de l'exonération en se basant sur deux points distincts. Premièrement, en analysant le Code civil et particulièrement l'article 1814, il reconnaît à l'enfant conçu, mais non encore né, des droits de bénéficiaire⁴⁹ s'il naît vivant, et ce, en dépit du fait que l'acte de fiducie énonçait que l'enfant devenait bénéficiaire seulement après sa naissance. Le juge voit en effet dans la règle de reconnaître rétroactivement l'existence d'un enfant dès sa conception, si cela est dans son intérêt, une règle d'ordre public à laquelle on ne peut contrevenir.

Deuxièmement, et cela aurait suffi à clore le débat, l'exonération sera aussi accordée sur la base que le critère de personne liée n'a pas à s'étendre aux 24 mois, mais doit être réalisé lors de l'événement imposable, soit la vente ici. Il est clair qu'au moment de la vente des actions, même si l'enfant n'était pas né tout au long de la période de 24 mois avant, à tout le moins il était né et lié à la fiducie en tant que son bénéficiaire à cette date.

Par ailleurs, il faut noter que pour avoir le droit de réclamer l'exonération pour gain en capital, encore faut-il déclarer le gain que l'on veut exonérer. C'est ce que nous rappelle la décision rendue dans l'affaire *Pizzagalli c. ARQ*⁵⁰. La contribuable tentait de se prévaloir de son exonération à l'égard d'un gain non déclaré sur lequel elle a été cotisée. Afin de réussir, il fallait qu'elle puisse dire qu'elle n'avait pas omis de déclarer son gain en capital « sciemment ou dans des circonstances qui équivalent à de la négligence flagrante » selon les termes de l'article 726.11 de la *Loi sur les impôts*⁵¹. En fait, un

48. Par. 110.6(1) LIR.

49. Une personne est liée à une fiducie si elle en est bénéficiaire en vertu du sous-alinéa 110.6(14)c(i) LIR.

50. 2015 QCCQ 13092.

51. RLRQ, c. I-3 (« LI »).

relevé 16 déclarant ce gain attribué par sa fiducie lui avait été remis, mais ce gain n'a pas été rapporté dans sa déclaration par la même firme de comptables. Face à ces circonstances atténuantes, le Ministère n'a donc pas pu prouver l'intention requise suivant l'article 726.12 LI et la dame a pu utiliser son exonération.

2. Fiducies

Voici quelques décisions très importantes cette année en droit civil de la fiducie. La Cour d'appel du Québec s'est prononcée entre autres sur l'exercice de la faculté d'élire et sur l'introduction d'une procédure au nom de la fiducie.

2.1 Faculté d'élire – suivi de l'an dernier

Une faculté d'élire confère-t-elle à celui qui en est titulaire le pouvoir de choisir les bénéficiaires comme il l'entend ? *A contrario*, peut-on dire que la faculté d'élire n'est pas un pouvoir absolu et que l'élection doit pouvoir se justifier raisonnablement ? Voilà la question de fond sur laquelle la Cour d'appel du Québec devait se prononcer dans l'arrêt *G.B. c. Si. B.*⁵².

Dans cette affaire, un père, lui-même bénéficiaire d'une fiducie, s'est prévalu d'une clause de faculté d'élire contenue dans l'acte fiduciaire⁵³ pour exclure trois de ses sept enfants de la remise de capital. La clause en question se lisait comme suit :

L'un quelconque des grevés de substitution pourra par acte entre vifs, ou par testament, changer les proportions des biens donnés ; il pourra exclure temporairement, ou conditionnellement l'un quelconque de ses descendants de tout [sic] part dans ou participation aux biens données ; et toute disposition à ce sujet restera révocable par la personne qui l'aura adoptée.⁵⁴

Les enfants exclus du partage ont invoqué un abus de droit. Selon eux, la raison ayant motivé cette exclusion serait la vengeance et les représailles.

52. 2015 QCCA 1223. Voir notre commentaire sur la décision de première instance à D. BRUNEAU, *op. cit.*, note 5, à la section 2.2, p. 191-192.

53. Le libellé est celui d'une substitution, mais un jugement antérieur a décidé qu'il s'agissait d'une fiducie.

54. *G.B. c. Si. B.*, préc., note 52, par. 9.

Les relations entre le père et ses enfants étaient très tendues. Les deux filles exclues du partage avaient dénoncé à la police et accusé leur père d'agression sexuelle, mais les preuves n'étaient pas suffisantes pour que la poursuite entame des procédures. Un fils également exclu avait été sympathique à leur cause. Or, le juge de première instance a rejeté l'argument de l'abus de droit. Selon lui, le père n'a pas exercé ses droits civils de façon à nuire ou de manière excessive et déraisonnable. De plus, la faculté d'élire lui permettait de désigner et d'exclure les bénéficiaires *sans devoir invoquer une raison juste et raisonnable*⁵⁵. D'après la preuve, le père n'avait pas été de mauvaise foi. Il a déshérité ses enfants en raison de la mauvaise relation qu'il a eue avec eux à la suite de la dénonciation.

La Cour d'appel, sous la plume du juge Doyon, réitère le principe de la liberté de tester, prend note de l'absence de mauvaise foi du père et conclut ainsi au sujet de la latitude que confère la faculté d'élire :

En d'autres mots, puisqu'il demeurait dans les limites de la catégorie déterminée par son aïeul et qu'il respectait les autres dispositions de l'acte constitutif, R..B... avait pleinement le droit d'exercer sa faculté d'élire (et d'exclure) comme il l'a fait. *Aucun contrôle ne peut être exercé sur cette décision, quelle qu'en soit la motivation*, à moins que l'on applique à la faculté d'élire la règle prohibant les clauses illicites ou contre l'ordre public.⁵⁶ (Nos italiques)

La Cour d'appel est très claire dans sa conclusion. Si l'acte permet à une personne d'exercer une faculté d'élire de façon pleinement discrétionnaire, alors la Cour ne peut intervenir pour modifier la décision.

Restait toutefois à examiner si la théorie de l'abus de droit du domaine contractuel, qui impose d'agir de bonne foi et de ne pas utiliser son droit de manière à nuire à autrui, est applicable en matière de libéralités ou de faculté d'élire. Rappelant le caractère discrétionnaire de la faculté d'élire, la Cour d'appel est d'avis que déshériter ou exclure une personne ne lui est pas préjudiciable puisque cette personne n'a jamais possédé ce droit. Elle n'avait qu'un espoir d'hériter ou d'obtenir quelque chose par l'élection. L'abus de droit est donc

55. 2013 QCCS 6128, par. 65.

56. G.B. c. Si. B., préc. note 52, par. 55.

inapplicable ici. La Cour rejette donc l'appel et par le fait même le recours des enfants exclus du partage.

Malgré la tristesse de cette situation familiale, cette interprétation est de nature à confirmer l'effet véritable de la faculté d'élire. En ce sens, on ne peut que se réjouir de la position adoptée par la Cour d'appel. Elle confirme la pleine liberté de l'exercice d'une telle faculté, sans avoir à motiver sa décision, sous réserve de restrictions qui pourraient être prévues à l'acte et des clauses illicites ou contre l'ordre public. La conclusion suivante du juge Doyon donnera beaucoup de mal à ceux qui entendent contester le choix fait par celui qui exerce une telle faculté :

Pour ces motifs, j'en viens à la conclusion que ni les restrictions législatives, ni l'ordre public, ni mêmes les motivations sous-jacentes au choix des bénéficiaires ne peuvent faire échec à la liberté de tester et au pouvoir discrétionnaire afférent à la faculté d'élire. La faculté d'élire est, au même titre que la liberté de tester, un droit discrétionnaire et la théorie de l'abus de droit est, dans ces circonstances, inapplicable.⁵⁷

Ce jugement devrait donc aussi s'appliquer à la faculté d'élire prévue dans une fiducie entre vifs. Même s'il s'agit alors d'un contrat et que l'interprétation que l'on fait de la théorie de l'abus de droit commande un exercice raisonnable de tout pouvoir discrétionnaire dans l'exercice des droits contractuels, cette théorie ne s'applique toujours pas selon la Cour d'appel. Ceux qui ont l'espoir d'être élus ne sont pas les parties contractantes. « Il n'existe pas un droit à l'élection. »⁵⁸ Décevoir cet espoir de recevoir ne peut être considéré comme nuire à autrui.

En résumé, celui qui exerce une faculté d'élire peut le faire en toute liberté, sous réserve de l'acte. Il faut en prévenir les constituants et apporter un grand soin à l'acte. Il sera intéressant de vérifier si ce résultat sera pleinement appliqué dans des situations de divorce ou d'évaluation des participations dans une fiducie.

2.2 Conflit d'intérêts du fiduciaire

Dans la décision *Fiducie résidentielle LRSTM c. Constructions Masy inc.*⁵⁹, la Cour supérieure du Québec a rejeté la requête pour

57. *Ibid.*, par. 95.

58. *Ibid.*, par. 88.

59. 2016 QCCS 405.

permission d'amender une requête introductive d'instance afin d'ajouter le nom des fiduciaires à la demande en justice qui avait été faite seulement au nom de la fiducie. Le recours a été jugé irrecevable en vertu de l'article 165(2) du *Code de procédure civile*⁶⁰ et de l'article 1278 C.c.Q. pour défaut de qualité. Malheureusement, en rejetant la demande initiale en vice caché, la Cour sonnait le glas de ce recours puisqu'il ne pouvait plus être intenté en raison de la prescription. Le résultat aurait sûrement été différent si le juge avait pris connaissance d'une décision récente de la Cour d'appel. Il y aura heureusement appel de cette décision⁶¹.

En effet, la Cour d'appel a été pour le moins cinglante dans la décision *Fiducie Jean Maynard c. Colas*⁶². Invoquant la primauté du fond sur la forme, elle a refusé, dans cette très courte décision, de prononcer la nullité absolue d'une procédure introductive d'instance faite au nom de la fiducie et non en celui des fiduciaires, ès qualités. S'indignant presque, qualifiant le débat d'un autre âge, la Cour s'est de plus dite d'avis que la modification n'était même pas requise « car on pourrait penser que la désignation employée initialement par les intimés suffisait, renvoyant implicitement, mais nécessairement aux fiduciaires de l'appelante »⁶³.

Voilà enfin une position très claire et qui devrait permettre tous les amendements de ce genre. Elle pourrait même servir au chapitre des actes notariés afin de conforter la théorie dominante⁶⁴ selon laquelle la comparution de la fiducie agissant par ses fiduciaires est aussi valable que la comparution des fiduciaires agissant pour la fiducie.

2.3 Fiduciaire qui transige sur les biens administrés

La doctrine n'est pas fixée sur la question de savoir si l'article 1312 C.c.Q. est d'ordre public ou non⁶⁵. Cet article prévoit que l'administrateur du bien d'autrui ne peut faire de contrat sur les biens qu'il administre, sauf s'il y est expressément autorisé par le bénéficiaire.

60. RLRQ, c. C-25.

61. *Fiducie résidentielle LRSTM c. Construction Masy inc.*, 2016 QCCA 775.

62. 2016 QCCA 42.

63. *Ibid.*, par. 1.

64. Isabelle FECTEAU et Julie LORANGER, « La comparution des fiduciaires », vol. 23, n° 7 *Entracte*, septembre 2014.

65. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 306.

Peut-on prévoir alors dans un acte de fiducie que le fiduciaire, autrement que comme bénéficiaire, pourra profiter de sa situation privilégiée pour acquérir ou autrement établir un contrat sur des biens de la fiducie sans cette autorisation des bénéficiaires ?

On peut avoir une idée de la réponse des tribunaux dans l'affaire *Bourbeau c. Viens*⁶⁶.

Le litige ne portait pas précisément sur cette question, puisqu'il s'agissait plutôt d'une demande de destitution des liquidateurs et fiduciaires. Les motifs invoqués allaient de l'absence d'inventaire à la reddition de compte non conforme, en passant par une donation de bienfaisance de 520 \$ sans pouvoir. Tous ces moyens ont été jugés insuffisants pour justifier une destitution, mesure qui requiert un manquement important au devoir de loyauté, de diligence et de bonne foi.

En plus de ces fautes alléguées, la Cour du Québec s'est aussi penchée sur le fait que l'un des deux fiduciaires, un neveu du testateur, avait loué pour lui-même un logement faisant partie des biens administrés pour un loyer raisonnable. S'appuyant sur une disposition du testament au chapitre des pouvoirs des administrateurs qui prévoyait qu'il pouvait « [s]e porter acquéreur de quelque façon que ce soit de tout bien de ma succession ainsi que de tout bien faisant l'objet de toute fiducie créée en vertu de mon présent testament [...] »⁶⁷, le juge a conclu que le fiduciaire était dans son droit, et ce, d'autant plus que la bénéficiaire n'en a subi aucun préjudice.

La Cour d'appel, dans un très bref commentaire, n'y a vu aucune erreur.

Cela donne donc un argument certain pour contrer le caractère d'ordre public de l'article 1312 C.c.Q.

66. 2015 QCCS 3398, confirmé en appel à 2015 QCCA 1594.

67. *Ibid.*, par. 10 du jugement de première instance. Il est à noter que le juge a passé sous silence que le même testament comportait une clause exigeant l'accord de la bénéficiaire libellée ainsi : « Conflit d'intérêts. Si tout administrateur désire transiger personnellement avec ma succession, il ne sera pas nécessaire pour lui de démissionner ni de nommer un remplaçant à la condition toutefois que tous mes bénéficiaires et légataires majeurs et capables consentent à ladite transaction. La même règle s'applique à une transaction avec toute fiducie créée en vertu de mon présent testament. »

2.4 Nature fiduciaire d'un compte pour autrui

Au Québec, détenir des fonds au bénéfice d'autrui ne suffit pas pour constituer une véritable fiducie. Ce résultat s'applique aussi en matière de faillite comme le précise l'arrêt *Groupe Sutton- Royal inc. (Syndic de)*⁶⁸. Cette interprétation a été adoptée en dépit du fait que le créancier au Québec se retrouve dans une situation différente de celle du créancier d'une autre province bénéficiant de la doctrine du *constructive trust*.

Les faits à l'origine de cette décision sont simples. Un contrat de courtage prévoit la remise des commissions de vente des courtiers directement à l'agence immobilière à laquelle ils sont affiliés. Cette dernière dépose cet argent dans un compte distinct et, malheureusement, fait faillite. Les courtiers à qui ces sommes sont dues les réclament en invoquant que l'agence détenait ce compte à titre de mandataire, sinon en fiducie pour eux. Ces deux arguments ont été rejetés par la Cour d'appel du Québec. La Cour suprême du Canada a refusé d'entendre l'appel⁶⁹.

L'interprétation du contrat de courtage a mené à la conclusion que le courtier représentait l'agence et non l'inverse, de sorte que les sommes versées à l'agence ne pouvait être considérées comme appartenant au courtier, même par mandat. Il s'agit d'un cas d'espèce. Dans d'autres situations, telles que l'ouverture d'un compte *in trust* au bénéfice de tiers, on pourrait reconnaître l'existence d'un mandat ou d'une administration pour autrui. Tel serait par exemple le cas d'un acheteur qui verse au notaire le prix d'achat d'une propriété dans son compte en fidéicommiss. Il est évident que même si l'acheteur mandant ne peut exercer de contrôle sur le compte du notaire, ce dernier n'est pas propriétaire des fonds. Le compte de banque distinct n'a donc pas perdu son utilité ici...

L'autre argument invoqué par les courtiers pour exclure de la faillite les sommes représentant leurs commissions, reposait sur l'existence d'une fiducie au sens du paragraphe 67(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷⁰. Ce paragraphe exclut de l'actif de faillite « les biens^[71] détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne ». Or, suivant le *Code civil du Québec*, qui est la loi supplétive

68. 2015 QCCA 1069, EYB 2015-253526.

69. *Lambros Demos et al. c. Demers Beaulne inc.*, 2016 CanLII 24874 (CSC).

70. L.R.C. (1985), ch. B-3.

71. Y compris les sommes d'argent suivant la définition de « bien » au par. 2 de cette loi.

pour toute interprétation d'un concept non défini relativement à une faillite au Québec⁷², en l'absence de transfert du patrimoine du constituant vers le patrimoine fiduciaire, on ne peut reconnaître qu'une fiducie existe⁷³. Ici le compte de banque était apparemment demeuré dans les faits la propriété du Groupe Sutton-Royal inc.

Il peut être choquant pour les courtiers de savoir que dans une autre province, le juge aurait pu appliquer la doctrine de la fiducie par interprétation pour leur donner raison.

Le juge Kasirer a rédigé de longs commentaires sur les éléments requis et qui ne sont pas présents pour constituer une fiducie. Il souligne que placer des sommes dans un compte distinct ne suffit pas. Encore faut-il un véritable transfert de la part du constituant dans un autre patrimoine que le sien. Or l'agence était, selon le juge, libre de faire ce qu'elle voulait de ces sommes, contrairement à un patrimoine distinct. Elle n'avait qu'une dette envers le courtier. Ces arguments peuvent à eux seuls permettre de conclure comme il l'a fait. Il y a tout de même deux éléments qui s'opposent à la conclusion du juge : (1) s'il s'agissait de son patrimoine, pourquoi l'agence a-t-elle pris la peine de faire un compte distinct ? (2) les règles de remise de ces sommes aux courtiers étaient bien établies, à la manière de remises d'un acte de fiducie. L'agence n'avait pas la possibilité de diviser ces commissions entre les courtiers selon son bon vouloir.

Cependant, l'existence d'une fiducie ne se présume pas en droit québécois. Le juge n'a pas pu se convaincre qu'il y avait là la preuve d'un transfert à un patrimoine fiduciaire qu'un fiduciaire a accepté d'administrer⁷⁴, même *de facto*.

À ce propos, le juge constate qu'il n'y a pas de preuve de l'acceptation d'un fiduciaire permettant de constituer la fiducie contrairement à l'article 1264 C.c.Q. Cet autre argument aurait suffi, mais le juge fait en plus des remarques sur le fait que l'agence n'était pas autorisée à jouer le rôle de fiduciaire. Il se demande si le président de l'agence qui a ouvert le compte pourrait avoir été fiduciaire. En *obiter*, il mentionne en s'appuyant sur les écrits du professeur Claxton : « although his non-arms-length relationship with the

72. Art. 8.2 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

73. Art. 1260 C.c.Q.

74. Préc., note 68.

Agency makes it difficult to suppose that he has the requisite independence from the settlor in the circumstances »⁷⁵.

Avec respect, le juge peut bien constater qu'il n'y a pas eu de patrimoine fiduciaire de créé, mais lorsqu'il étend ses commentaires au fait que le fiduciaire n'était pas approprié, son argumentation n'est plus appuyée par le texte du *Code civil du Québec*. Il ne s'agissait pas de savoir ici si l'article 1275 C.c.Q. s'appliquait, mais si les conditions de création d'une fiducie étaient posées. La jurisprudence a tendance à oublier que l'article 1277 C.c.Q. prévoit une mesure de réparation en cas d'omission de nomination d'un fiduciaire, ou de nécessité de son remplacement, de sorte que tout fiduciaire ici, même si l'article 1275 C.c.Q. n'est pas respecté, aurait pu servir à démontrer l'existence d'une fiducie, quitte à devoir s'adresser au tribunal pour nommer un autre fiduciaire ensuite⁷⁶.

Dans les faits de cette cause, aucune personne ne s'était vue confier ce rôle de fiduciaire, puisque le Groupe Sutton-Royal n'a jamais même exprimé l'intention que ce soit une fiducie. Voilà le cœur de cette décision.

La symbiose que l'on recherche entre la création d'une fiducie et les fiduciaires conformes à l'article 1275 C.c.Q., est une tendance malheureuse. Par exemple, dans une décision du TAQ, *M.A. c. Québec (Travail, Emploi et Solidarité sociale)*⁷⁷, l'argument pour conclure qu'un compte d'investissement n'était pas en fiducie reposait sur l'absence d'un fiduciaire qui n'était ni constituant ni bénéficiaire. Cela est un argument insoutenable étant donné que le fils pouvait jouer le rôle d'un fiduciaire dans cette histoire.

2.5 Modification d'une fiducie

Outre la décision *Thériault*⁷⁸ mentionnée plus haut, il y a eu d'autres requêtes visant à modifier une fiducie.

La première affaire rappelle au constituant l'importance de s'assurer que les personnes nommées liquidatrices ou fiduciaires accepteront d'agir. Lorsque la personne que le testateur nomme fiduciaire est son conseiller financier, il se pourrait bien qu'entre

75. *Groupe Sutton-Royal inc. (Syndic de)*, préc., note 65, par. 123.

76. 1277 C.c.Q.

77. 2015 CanLII 45652.

78. Préc., note 14.

deux rôles, ce dernier choisisse celui qui sied le mieux à ses compétences (ou est le plus payant...) et refuse la fonction de fiduciaire afin de ne pas se placer en conflit d'intérêts avec la gestion du portefeuille.

C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *Succession de Tremblay et Martel*⁷⁹. La fiduciaire, de même que sa remplaçante, refusaient la fonction de fiduciaire de ce testament rédigé en 2011. Une requête non contestée a donné lieu à l'ajout par la Cour d'un mode de remplacement des fiduciaires libellé ainsi :

Si, toutefois, l'un ou l'autre des fiduciaires ci-haut nommés au présent sous-paragraphe a) décède, renonce, refuse la charge de fiduciaire, démissionne ou ne peut agir pour quelque cause que ce soit, de sorte qu'il ne reste plus qu'un seul fiduciaire en fonction, ce dernier subsistant devra dans un délai raisonnable procéder lui-même à la désignation d'un fiduciaire remplaçant par acte notarié en minute, de manière à ce qu'il y ait toujours deux fiduciaires en fonction pendant toute la durée de la fiducie.⁸⁰

Soit dit en passant, lorsque l'on prévoit que telle personne, par exemple un fiduciaire bénéficiaire, a le pouvoir de nommer son cofiduciaire remplaçant, il s'agit alors de l'exercice de ce pouvoir de nomination, pouvoir qui pourrait même être laissé au Pape ! Il ne s'agit pas alors d'une décision des fiduciaires dans l'administration du patrimoine fiduciaire et qui serait assujettie à la restriction de l'article 1275 C.c.Q. qui exige nécessairement un fiduciaire qui n'est ni bénéficiaire ni constituant ! Sinon, l'exercice de ce pouvoir de nomination se retrouverait souvent dans une impasse ! Le législateur ne peut pas avoir voulu cela.

Par exemple, ici, les décisions de la fiducie seront prises par deux fiduciaires. Ce sont ces décisions qui seront visées par l'article 1275 C.c.Q. et non pas la désignation comme telle du fiduciaire remplaçant. À défaut, on empêche le mode de remplacement d'être utile.

Dans le jugement *Landry et Trépanier*⁸¹, on a demandé au tribunal d'intervenir pour appliquer le mode de nomination prévu à l'acte de fiducie et pour utiliser la possibilité prévue de diminuer le nombre de fiduciaires. Or, était-ce vraiment une modification de

79. 2015 QCCS 5532.

80. *Ibid.*, par. 17.

81. 2016 QCCS 1401.

la fiducie qui requérait l'intervention du tribunal ? L'auteure est d'avis que non. Cette demande visait à diminuer de trois à deux le nombre de fiduciaires. La juge cite l'acte de fiducie qui mentionnait clairement la possibilité de réduire ce nombre, de même que ses modalités. La juge constate en effet que son rôle ne correspond pas à l'article 1294 C.c.Q. quand elle écrit :

CONSIDÉRANT qu'il ne s'agit pas ici *de remédier aux divers obstacles ou lacunes qui peuvent nuire à l'accomplissement de la fin première de la fiducie* ;

[...]

CONSIDÉRANT *que la demande vise plutôt à modifier l'Acte, dans le cadre de ce que la Constituante a permis* ;⁸²

Rappelons qu'à l'égard du mode de nomination des fiduciaires, le Code civil prévoit qu'il peut être décrit à l'acte suivant l'article 1277 C.c.Q. En conséquence, appliquer les modalités prévues pour réaliser ces nominations ne peut pas être des « modifications » de l'acte de fiducie. Pas plus que l'exercice de la faculté d'élire annuellement constitue la modification des bénéficiaires...

Considérons donc cette décision comme ayant l'effet d'un jugement déclaratoire.

La troisième décision concerne le mode de rémunération des fiduciaires. La modification demandée au tribunal étant que la rémunération des fiduciaires soit limitée à un pourcentage correspondant à 1,28 % du capital administré. La Cour supérieure a refusé cette modification dans l'affaire *Rajesky c. Orenstein Little*⁸³. Cette décision met en cause une fiducie testamentaire commencée en 2006 au bénéfice des petits-enfants du défunt et ayant un capital de plus de 6 M \$.

Au départ, il s'agissait d'une demande de destitution des fiduciaires pour rémunération excessive. Ils utilisaient leur taux horaire d'avocats et de comptable, le testament fiduciaire étant muet sur la question.

82. *Ibid.*, par. 13 et 15.

83. 2015 QCCS 5268.

Les trois fiduciaires nommés à l'origine étaient une avocate, un comptable et l'épouse du défunt. Lors de la demande à la Cour, cette épouse avait été remplacée par un avocat de la même étude que l'avocate fiduciaire. La demande initiale proposait de les remplacer par un fiduciaire corporatif ainsi qu'un cousin comptable qui accepterait des honoraires de 5 000 \$ plus ses dépenses.

En règlement partiel hors cour on a remplacé à titre de fiduciaire le nouvel avocat par un membre de la famille, soit ce cousin.

À la suite de ce développement, les demandeurs ont restreint leur demande à la fixation de la rémunération pour les fiduciaires, autres que le cousin, à un taux de pourcentage du capital. Appuyés par un expert, ils ont soutenu que « les usages » auxquels réfère l'article 1300 C.c.Q., est que la rémunération des fiduciaires devrait se situer entre 1 % et 1,45 % du capital. Les bénéficiaires demandent au tribunal de la fixer à 1,28 %.

La Cour répond ainsi à cette demande :

Donner effet à la demande des bénéficiaires, à savoir imposer un pourcentage à titre de rémunération plutôt que les honoraires basés sur un taux horaire, ne respecte pas l'esprit et la volonté du constituant. De même, à moins que la rémunération ne soit excessive ou déraisonnable, la preuve d'une possibilité d'administration à coûts moindres n'est pas suffisante pour passer outre la volonté du testateur.⁸⁴

La juge Mayrand explique ensuite que, selon elle, vu la longue relation du défunt avec les professionnels et leur cabinet, il est implicite que le testateur avait accepté que leur rémunération soit fixée selon un taux horaire. Enfin, elle entend respecter le choix du testateur de ne pas nommer un fiduciaire corporatif, même si cela est plus coûteux. Après analyse, elle conclut de toute façon que la différence est minime entre les deux modes de gestion.

On peut saluer ici le respect des intentions du testateur et l'absence d'ingérence dans le mode de nomination des fiduciaires remplaçants. Cependant, nous croyons que les juges doivent être vigilants dans ce genre de situation. S'il n'y avait pas eu un règlement hors cour, nous espérons que la juge se serait questionnée sur le choix d'un deuxième avocat du même cabinet pour remplacer l'épouse, alors qu'un membre de la famille était disponible pour la

84. *Ibid.*, par. 20.

remplacer. Les notaires aussi doivent se poser ce genre de questions lors de la rédaction du mode de remplacement. La diversité initiale des fiduciaires devrait-elle être prolongée malgré les remplacements ?

2.6 Litige à suivre

Dans la décision *Maynard c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l*⁸⁵, il s'agit d'une fiducie qui a intenté un recours en dommages contre le cabinet comptable qui conseillait les sociétés dont elle est actionnaire et qui ont fait faillite. La fiducie avance que ce serait une erreur de ces conseillers qui aurait provoqué les déboires de ses sociétés. Cette erreur serait celle d'avoir utilisé la méthode d'évaluation basée sur les revenus, plutôt que sur les coûts de remplacement, lors de l'autocotisation des taxes de vente sur les multiples résidences de personnes âgées que le groupe corporatif avait construites pour louer. Les cotisations qui ont découlé du changement de méthode par le fisc ont provoqué la faillite de tout le groupe. La fiducie réclame maintenant à ces conseillers la somme de 55 M \$, soit la valeur de son patrimoine fiduciaire perdu.

En première instance, la juge a déclaré qu'étant donné la personnalité distincte des sociétés et étant donné les dettes toujours impayées de 96 M \$ de ces sociétés en faillite, la fiducie n'avait pas en tant qu'actionnaire un intérêt juridique pour introduire cette demande. Cet intérêt appartenait plutôt aux syndic des sociétés en cause. La juge Mayrand précise :

Si elle veut intenter un recours, Fiducie doit démontrer une faute découlant d'une obligation distincte et de dommages directs et distincts de ceux qui sont subis par la société, ce qu'elle n'a pas accompli.⁸⁶

La Cour d'appel aura l'occasion d'entendre l'appel⁸⁷.

Dans la même veine, la Cour du Québec, Division des petites créances fait droit de son côté à deux recours distincts de 15 000 \$ chacun pour une fiducie de protection des actifs ainsi que son constituant (qui était aussi un des fiduciaires et le seul bénéficiaire de

85. 2015 QCCS 3482.

86. *Ibid.*, par. 52.

87. *Morin c. Legault Joly Thiffault, s.e.n.c.r.l.*, 2015 QCCA 1870.

cette fiducie)⁸⁸. L'immeuble de la fiducie ayant été endommagé par un camion, la fiducie réclame des dommages matériels, alors que le bénéficiaire qui occupait l'immeuble introduit un recours en réclamation pour perte de revenus. Selon le juge, il ne s'agit pas de la division de la même créance d'une même entité, en dépit du lien étroit entre la fiducie et son bénéficiaire. La Cour a reconnu ici le patrimoine distinct de la fiducie.

Songons tout de même que si cette fiducie n'avait pas été mise en place, il est clair que la réclamation aurait été limitée à 15 000 \$...

2.7 Fiducie testamentaire et aide sociale

Le ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité sociale a voulu tester l'article 164 du *Règlement sur l'aide aux personnes et aux familles*⁸⁹ qui permet maintenant aux prestataires, sans subir de réduction de prestation, de recevoir des biens ou avoirs liquides pour un total de 203 000 \$ provenant d'une succession net des dettes ou charges.

Les fonctionnaires prétendaient que les versements périodiques provenant de fiducies testamentaires ne se qualifiaient pas à cette exception, puisqu'ils étaient selon eux des revenus de fiducie et non des biens et avoirs liquides reçus par succession.

Les décisions du TAQ sont cependant toutes allées dans le même sens en refusant ce raisonnement. Il est à noter que pour évaluer l'atteinte du maximum autorisé on n'examine pas le montant du legs fiduciaire comme tel, mais plutôt le montant qui a été remis au prestataire. Tant que les montants reçus de la fiducie ne dépassent pas le montant autorisé, qui était de 130 000 \$ mais a été augmenté à 203 000 \$, l'exception s'applique et ne vient pas diminuer les prestations⁹⁰.

88. *Fiducie DL 2009 c. 9009-0689 Québec inc.*, 2015 QCCQ 11423.

89. RLRQ, c. A-13.1.1, r. 1.

90. *MT c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2015 CanLII 36428 (Qc TAQ), dont la valeur de la fiducie dépassait 130 000 \$ (le plafond de l'époque) ; *C.D. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2015 CanLII 45630 (Qc TAQ) ; *M.L. c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2015 CanLII 45998 (Qc TAQ) et *SL c. Québec (Emploi et Solidarité sociale)*, 2015 CanLII 45884 (Qc TAQ).

CONCLUSION

La jurisprudence de 2015 en droit fiscal et en matière de fiducie ne nous offre pas de grands classiques, mais nous permet à tout le moins d'identifier les secteurs qui sont visés par le fisc. À cet égard, les notaires noteront par exemple que le calcul des taxes de vente lors d'une autocotisation est dans leur ligne de mire, de même que l'utilisation de l'exonération pour gain en capital par les enfants.