

L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE PAR UNE FIDUCIE : UNE ALTERNATIVE INTÉRESSANTE?

Charlaine Bouchard

Volume 102, Number 1, March 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1046155ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1046155ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Bouchard, C. (2000). L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE PAR UNE FIDUCIE : UNE ALTERNATIVE INTÉRESSANTE? *Revue du notariat*, 102(1), 87–114.
<https://doi.org/10.7202/1046155ar>

**L'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE
PAR UNE FIDUCIE :
UNE ALTERNATIVE INTÉRESSANTE?**

Charlaine Bouchard*

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

1. LES OUTILS DE GESTION DU PATRIMOINE

- 1.1 Le XX^e siècle et l'ère des personnes morales
- 1.2 le XX^e siècle et l'apparition des patrimoines d'affectation

**2. LA FIDUCIE ET LA SOCIÉTÉ PAR
ACTIONS : TECHNIQUES
D'ORGANISATION DE L'ENTREPRISE**

- 2.1 La présentation de la fiducie
 - 2.1.1 La nature de la fiducie
 - 2.1.2 Les acteurs
- 2.2 La comparaison entre les organisations
 - 2.2.1 La constitution
 - 2.2.2 Le fonctionnement interne
 - 2.2.3 La dissolution
 - 2.2.4 Le traitement fiscal de la fiducie

CONCLUSION

* Notaire et professeure à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteure remercie Hugo Gravel pour le travail effectué dans le cadre de cette recherche.

INTRODUCTION

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, le patrimoine était étroitement associé à la personne. Ainsi, tous les biens d'une personne étaient assujettis quant aux dettes au même régime juridique, soit l'impossibilité de diviser son patrimoine. Le *Code civil du Québec* transforme le décor. La cohésion du patrimoine n'est plus fondée uniquement sur la personne, mais aussi sur l'affectation commune des biens. Par conséquent, certains biens peuvent servir par priorité à la garantie de certaines dettes. Cette « révolution » transforme considérablement les données en droit québécois. La personnalité morale qui, jusqu'à tout récemment, constituait l'outil de prédilection pour diviser le patrimoine se voit aujourd'hui concurrencée par les patrimoines d'affectation.

Mais s'agit-il véritablement de concurrence? Les deux outils n'ont-ils pas des rôles complémentaires à jouer? Quelle est la frontière entre les organisations?

Pour mesurer l'efficacité des outils en droit des affaires, il conviendra de comparer la société par actions – reine parmi les personnes morales – à la fiducie – patrimoine d'affectation – complètement remodelée par la réforme de 1994. La fiducie peut aujourd'hui réaliser des bénéfices, avoir une existence perpétuelle, et les bénéficiaires sont, tout comme les actionnaires d'une compagnie, dotés de la responsabilité limitée. Il s'avère donc intéressant de s'interroger sur les avantages et les inconvénients de l'utilisation de la fiducie comme véhicule juridique pour l'exploitation d'une entreprise, car, *a priori*, la fiducie paraît constituer une technique d'organisation toute aussi intéressante que la société par actions.

La première partie de cette étude sera consacrée à tracer l'évolution des outils de gestion du patrimoine (1.); la deuxième partie, à la comparaison des techniques d'organisation de l'entreprise constituées par la fiducie et la société par actions (2.).

1. LES OUTILS DE GESTION DU PATRIMOINE

Avant de procéder à la comparaison entre la fiducie et la société par actions, il s'avère opportun de bien comprendre les supports des organisations.

Il s'agira ainsi de démontrer, dans un premier temps, le rôle fondamental joué par la personnalité morale dans l'évolution du droit des groupements (1.1) et, dans un second temps, les possibilités offertes par l'introduction de la conception du patrimoine d'affectation au Code civil (1.2).

1.1 Le XX^e siècle et l'ère des personnes morales

La personnalité morale est une notion qui, au début du XX^e siècle, a donné lieu à de grands débats juridiques. Peu de concepts juridiques peuvent, en effet, se targuer d'avoir eu une égale signification, tant philosophique que technique¹.

La personnalité morale a permis ainsi d'imposer au pouvoir politique des groupements dont il aurait pu ne pas accepter l'existence parce qu'ils le gênaient² : « [d]ans l'ordre politique, la théorie de la réalité a servi d'allié mystique dans l'éternelle lutte pour la liberté des groupes contre l'autorité publique; elle a aidé à la reconnaissance des droits des groupements, contribué à la conquête de la liberté d'association »³. La personnalité morale est aussi celle qui, dans son sens technique, a conduit à l'apogée la conception de l'unité patrimoniale – pilier du droit civil – malgré des fondements contraires au droit positif. En ayant recours à la création d'une personne fictive, des personnes physiques ont pu réaliser une entreprise commune en isolant une partie de leur patrimoine personnel. Il a donc été ainsi possible de faire indirectement, par la création d'un sujet de droit, ce qu'il était impossible de faire directement, soit de diviser leur patrimoine. C'est donc grâce à la fiction de la personnalité morale que la théorie classique du patrimoine a pu survivre au capitalisme moderne⁴.

Ainsi, ce grand essor connu par le concept, s'il a facilité l'évolution du droit des groupements, a aussi généré un

1 Paul DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études Ripert*, 1950, T. 1, p. 138, 140.

2 J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », (1993) *Revue trimestrielle de droit civil* 705, 736.

3 Paul DURAND, « L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé », dans *Le droit privé français au milieu du XX^e siècle, Études Ripert*, 1950, T. 1, p. 138.

4 Pour plus de détails sur cette question, voir Charlaïne BOUCHARD, *La personnalité morale démythifiée*, Sainte-Foy, P.U.L., 1997.

nombre incalculable de contradictions, à un point tel qu'il est devenu extrêmement difficile de qualifier avec certitude ce que recouvre la notion de personne morale. En effet, lorsque l'on scrute attentivement l'évolution des groupements et des personnes morales, l'éclatement des concepts traditionnels est frappant : la personnalité morale est accordée à certaines entités et niée à d'autres sans aucune politique d'ensemble.

Traditionnellement, deux conceptions se partageaient le terrain en matière de personnalité morale : la théorie de la fiction, en vertu de laquelle il n'y a de personne morale que par reconnaissance législative, et celle de la réalité qui, en s'appuyant sur les attributs juridiques des groupements, a permis aux tribunaux de leur reconnaître la qualité de sujet de droit. L'évolution du droit – et particulièrement la réforme de 1994 – a profondément modifié ce clivage traditionnel.

Il existe, d'une part, plusieurs groupements actifs sur la scène juridique (sociétés, associations, indivisions) qui, sans être titulaires de la personnalité morale, sont pourvus d'une organisation, d'un intérêt collectif à défendre, peuvent ester en justice, ont un patrimoine, un nom, etc. Ces groupements bénéficient d'une individualité juridique hors du cadre de la personnalité morale.

Il existe, d'autre part, des personnes morales reconnues comme telles par le législateur, mais évoluant sans intérêt collectif distinct ou encore sans patrimoine. Le meilleur exemple de ce phénomène est, sans conteste, le syndicat des copropriétaires dont l'attribution de la personnalité morale a essentiellement pour but de simplifier la gestion de la copropriété (prises de décisions à la majorité, exercice d'actions en justice, perception des créances, etc.). Il s'agit donc d'une personne morale dont l'intérêt collectif se distingue difficilement de l'intérêt individuel de chacun des copropriétaires et dont la personnification n'a pas fait disparaître l'action et le droit de propriété des différents copropriétaires. Ainsi, et contrairement à ce qui se produit en matière de société, « la personnification de l'organe ne s'est pas traduite ici par l'abolition de l'indivision »⁵. La personnalité morale n'ayant aucune opacité,

5 Francis DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, Paris, LGDJ, 1968.

les créanciers du syndicat devront poursuivre directement les copropriétaires qui ne pourront invoquer le bénéfice de la discussion préalable du patrimoine de la personne morale puisque celle-ci n'est pas propriétaire de l'immeuble. Le droit de propriété appartient aux copropriétaires, alors que l'exercice du droit d'aliénation y afférent incombe plutôt au syndicat⁶.

C'est ainsi que la théorie de la réalité qui a fourni l'élan à l'évolution du concept de personne morale est actuellement en contradiction avec la récente évolution législative. L'action collective ne passe plus nécessairement par la reconnaissance de la personnalité morale. En effet, si agir collectivement supposait la personnalité morale, il n'y aurait pas de groupement sans personnalité morale; or, précisément, l'étude du droit positif enseigne le contraire⁷. Il existe, et ce particulièrement depuis la réforme de 1994, un dynamisme nouveau des notions de société et d'indivision qui dépasse largement le cadre de la personnalité morale. Aujourd'hui, un groupement a véritablement le choix entre la société et l'indivision pour exploiter son bien. Par ailleurs, il n'est pas faux de mentionner que l'introduction de la conception du patrimoine d'affectation a opéré une « révolution » en droit civil québécois dont les juristes ne mesurent pas encore tout le potentiel.

En effet, l'opposition entre les tenants de la thèse classique et ceux privilégiant les patrimoines d'affectation revient à l'opposition des conceptions sur la façon dont le passif doit grever l'actif. La question du crédit est intimement rattachée à celle du patrimoine. La théorie classique avait pour objectif d'éviter les abus du passé et d'exprimer ainsi les exigences de l'honnêteté dans les affaires : on doit payer ses dettes sur tous ses biens. Malheureusement, cet objectif fort louable n'a pu être atteint qu'avec l'aide de la théorie de la personnalité morale. Ceci explique pourquoi l'absolutisme de la thèse classique a conduit à dénaturer celle de la personnalité morale : « [l]a théorie d'Aubry et Rau n'a pu survivre au capitalisme que parce que s'est développée la théorie de la personnalité morale, qui a fait du lien entre la personne et le patrimoine un

6 Serge ALLARD, « La copropriété divise », *R.D./N.S. - Biens - Doctrine - Document 2*, 1995, n° 286, p. 60.

7 Claude CHAMPAUD, « Les groupements et organismes sans personnalité juridique en droit commercial français », dans *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. 21, Paris, Dalloz, 1974, p. 118, à la page 141.

rapport purement juridique, puisqu'il existait un grand nombre de personnes qui n'étaient pas physiques »⁸. La théorie classique « n'a pu s'adapter aux transformations dans les relations d'affaires que parce qu'au même moment s'était développée la théorie de la personnalité morale qui a permis de détacher le patrimoine de la personne physique »⁹.

Cette contrainte disparue, les possibilités sont aujourd'hui multiples.

1.2 Le XXI^e siècle et l'apparition des patrimoines d'affectation

Le *Code civil du Québec* concilie les deux grandes théories actuelles relatives à la notion de patrimoine. Le commentaire du ministre, sous l'article 2, est, à cet égard, dépourvu d'ambiguïté :

Cet article est nouveau. Il consacre le principe selon lequel chaque personne est titulaire d'un patrimoine unique et indivisible et que l'ensemble de ses biens est garant de ses obligations; il reconnaît cependant la possibilité de divisions au sein de ce patrimoine ou d'une affectation de certains biens qui le composent, mais dans la mesure seulement où la loi le prévoit; cette dernière condition vise à éviter les complications et les fraudes qui pourraient résulter d'une division ou d'une affectation du gage des créanciers qui serait laissée à l'unique volonté d'un débiteur¹⁰.

Ainsi, toute personne physique ou morale est titulaire d'un patrimoine qui constitue le gage commun de ses créanciers. Il s'agit ici de la définition classique, conception qui avait droit de cité sous le C.c.B.C. Cependant – et à la différence de l'ancien Code – le patrimoine général d'une personne peut aujourd'hui comprendre un ou plusieurs patrimoines séparés. C'est ce que le législateur entend lorsqu'il dispose que « celui-ci peut faire l'objet d'une division ou d'une affectation, mais dans la seule mesure prévue par la loi »¹¹.

8 Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les biens*, Paris, Éditions Cujas, 1994, n° 20, p. 23.

9 *Id.*

10 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaires sous l'article 2 C.c.Q., p. 5.

11 C.c.Q., art. 2, al. 2.

La conception québécoise du patrimoine d'affectation se partage ainsi en deux branches : d'une part, les patrimoines affectés et, d'autre part, les divisions de patrimoine.

Les patrimoines d'affectation constituent des patrimoines sans sujet dont le régime de propriété et d'administration est complètement autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou encore du bénéficiaire. Le cloisonnement patrimonial est ici parfait, comme pour la personne morale. Il en existe deux formes au sein du Code : la fondation et la fiducie. En réalité, seule la fiducie constitue un véritable patrimoine d'affectation puisque la fondation n'a pas d'organisation propre et peut se présenter soit sous la forme d'une fiducie, soit encore sous celle d'une personne morale¹².

La situation est différente en matière de division de patrimoine. Certains biens d'une personne pourront être affectés à un même but et former un gage exclusif pour certains créanciers. Il s'agira des divisions du patrimoine général d'une personne. Ces divisions, à la différence des patrimoines d'affectation, n'ont pas de régimes de propriété et d'administration autonomes, ce qui signifie que le lien avec le titulaire du patrimoine est maintenu. L'affectation des biens doit donc être vue, dans ce cas, non comme une véritable disposition – telle qu'elle se produit en matière de fiducie – mais plutôt comme une charge ou une restriction pesant sur le droit de propriété. Par conséquent, le cloisonnement patrimonial ne sera pas aussi étanche que pour le patrimoine d'affectation. Par exemple, dans le cas d'une société en nom collectif, qui engendre face aux tiers une division de patrimoine, les créanciers de la société, après avoir discuté le patrimoine social, auront un recours contre les biens personnels des associés, postérieurement aux créanciers personnels des associés. Les associés sont donc ici beaucoup plus vulnérables aux aléas de l'entreprise que les actionnaires d'une compagnie ou encore les bénéficiaires d'une fiducie. Des exemples de divisions

12 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° 119 ss, p. 73.

patrimoniales¹³ existent en matière de substitution¹⁴, de régimes matrimoniaux (patrimoine familial)¹⁵ et de succession¹⁶.

L'exemple de la société en nom collectif permet de constater que la conception du patrimoine d'affectation concilie les conséquences généralement attribuées à la personnalité morale – le cloisonnement patrimonial – avec certaines situations qui s'avéraient des atteintes à celle-ci – la responsabilité subsidiaire des associés. Les exemples sont nombreux et ne se limitent pas aux sociétés. En fait, la conception du patrimoine d'affectation a le mérite d'adapter le droit à la réalité et d'éviter la dénaturation des concepts. En fait, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou du patrimoine d'affectation, les deux concepts ont la même finalité : conférer une autonomie juridique à un intérêt. Il s'agit, dans les deux cas, d'organisations fournies par le législateur pour l'exercice d'activités collectives ou individuelles. La distinction essentielle tient en ce que la personnalité morale peut s'appliquer à des situations où il n'y a aucune affectation de bien – il existe, en effet, des personnes morales qui n'ont aucun patrimoine à gérer –, alors que le patrimoine d'affectation implique nécessairement une affectation.

La prochaine partie sera consacrée à présenter un exemple des différentes voies empruntées par le patrimoine d'affectation en droit des affaires, l'exploitation d'une entreprise par une fiducie.

2. LA FIDUCIE ET LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS : TECHNIQUES D'ORGANISATION DE L'ENTREPRISE

Au milieu du siècle dernier, dans son ouvrage sur les *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, le réputé commercialiste français Georges Ripert qualifiait la société par actions « de merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation

13 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaires sous l'article 2 C.c.Q., p. 5 et *Id.* t. II, commentaires sous l'article 2644 C.c.Q., p. 1655.

14 C.c.Q., art. 1233.

15 C.c.Q., art. 415.

16 C.c.Q., art. 625, 780.

des entreprises »¹⁷. Pourra-t-on en dire autant de la fiducie au cours du présent siècle?

Les avantages de la société par actions sont connus et elle constitue la technique d'organisation privilégiée par les chefs d'entreprises. Quel est alors l'intérêt d'une entreprise exploitée par une fiducie et comment peut-elle fonctionner?

Il s'agira ainsi de vérifier, après avoir présenté la fiducie (2.1), s'il peut y avoir des avantages, dans certaines situations, à privilégier son utilisation plutôt que celle de la société par actions pour exploiter une entreprise (2.2).

2.1 La présentation de la fiducie

Le paysage juridique québécois s'est enrichi d'un nouveau véhicule juridique. La fiducie, bien connue autrefois en matière de donation et de legs et très utilisée aujourd'hui dans le cadre de la planification fiscale et financière, offre une panoplie d'avenues qui méritent d'être explorées.

Pour ce faire, il s'avère fondamental de bien connaître les rouages de la structure. Il conviendra ainsi de s'arrêter, dans un premier temps, sur la nature de la fiducie (2.1.1) et, dans un second temps, d'en présenter les acteurs (2.1.2).

2.1.1 LA NATURE DE LA FIDUCIE

L'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* modifia substantiellement l'encadrement légal de la fiducie. D'abord étroitement associée à la disposition de biens sous la forme de donation ou de legs sous le *Code civil du Bas-Canada*, la fiducie prend désormais la forme d'un véhicule juridique souple, comparable à plus d'un égard au régime offert par le *trust* anglo-saxon¹⁸.

17 Georges RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1951, p. 109.

18 En *common law*, « [u]ne fiducie (*trust*) existe lorsqu'une personne appelée fiduciaire (*trustee*) détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, appelées bénéficiaires (*beneficiary*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier » : Aline GRENON, *Les fiducies*, vol. 5, coll. *Common law en poche*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1997, p. 7.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, « [t]oute personne capable de disposer librement de ses biens, [pouvait] transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes, en faveur de qui elle [pouvait] faire valablement des donations ou des legs »¹⁹. Sous le *Code civil du Québec*, « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer »²⁰.

Les problèmes qui ont jalonné le passage d'une vision relativement étroite de la fiducie à son ouverture sur des activités débordant largement le circuit des legs et des donations découlent principalement des différences marquées entre certaines caractéristiques fondamentales des systèmes légaux d'origines anglaise et française.

À l'intérieur du système légal anglais, une distinction fondamentale est faite entre *common law* et *equity*, ce dernier régime tirant sa source d'une volonté d'introduire une certaine souplesse sur le plan du droit procédural en particulier. Au cœur de cette distinction figure le *trust* au sein duquel on retrouve les *legal rights* et les *equitable rights*. Ainsi, en droit anglais, celui qui détient des biens dans l'intérêt d'une autre personne ou en vue de la réalisation d'un but particulier, soit le *trustee*, est considéré comme le propriétaire légal des biens (*legal owner*) alors que celui à qui profite le *trust*, soit le *beneficiary*, est considéré comme le propriétaire « équitable » (*equitable owner*). Il apparaît ainsi clair pour le juriste de *common law* que le fiduciaire (*trustee*) est, au regard de la loi, le véritable propriétaire des biens qu'il détient dans le cadre du *trust*, à charge pour lui de répondre aux droits du bénéficiaire (*beneficiary*).

En droit civil, une telle distinction entre *legal rights* et *equitable rights* n'existe pas. Mignault résumait ainsi l'objection à toute idée d'intégration de ces concepts en droit civil : « [i]l est évident que nous ne pouvons accueillir, dans notre

19 C.c.B.C., art. 981a.

20 C.c.Q., art. 1260.

droit, le système assez fantaisiste du droit anglais, qui voit dans le bénéficiaire le propriétaire légal, privé de l'utilité de la chose, et dans le bénéficiaire, le propriétaire équitable, privé du titre légal »²¹. Lepaulle constatait par ailleurs qu'il est « impossible de traduire les droits du *trustee* comme étant ceux d'un "propriétaire" dans notre conception de la propriété. Le *trustee* n'a ni l'usus (si la *res* est une maison, le *trustee* n'a pas le droit de l'habiter), ni le fructus (il n'a aucun droit aux revenus), ni l'abusus (il n'a jamais le droit de détruire la *res* ni de la donner, et n'a le droit de la vendre que dans de strictes limites) »²².

Dans l'objectif de déterminer le véritable titulaire du droit de propriété sur les biens couverts par une fiducie en droit civil québécois, la Cour suprême du Canada vint à la conclusion que les biens en question appartenaient dans les faits au fiduciaire, mais que ce dernier ne pouvait jouir que d'un droit de propriété « particulier »²³ et non du titre légal. De son côté, le bénéficiaire ne serait titulaire que d'un droit de créance (un droit personnel et non réel) pour le capital ou pour le revenu, selon le cas²⁴, qu'il est en droit de réclamer du fiduciaire.

Insatisfaite de cette manœuvre interprétative par laquelle on attribuait la propriété des biens au fiduciaire sans lui accorder formellement le titre de propriétaire, la Cour suprême du Canada se ravisa pour accorder au fiduciaire la propriété des biens accompagnée cette fois du titre légal, en précisant qu'il s'agissait là d'une forme de propriété *sui generis*. Ce droit de propriété jugé inclassable permettait alors de concevoir l'idée d'un « propriétaire » qui, pendant la durée de la fiducie, devait néanmoins exercer ses droits dans l'intérêt des bénéficiaires ou pour les fins de la fiducie, et non pas dans la poursuite de son intérêt personnel²⁵.

21 P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Wilson & Lafleur, 1901, p. 155.

22 Pierre LEPAULLE, « Réflexions sur l'expansion des trusts. Remarques à propos du livre de M. Claude Reymond sur le "trust et le droit suisse" », (1955) *R.I.D.C.* 318, 319.

23 *Curran v. Davis*, [1933] R.C.S. 283.

24 *Masson v. Masson*, [1912] 47 R.C.S. 42.

25 *Royal Trust Company c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250.

Des écoles de pensées suggéraient d'autres interprétations. Parmi celles-ci figurent l'idée d'une fiducie-institution²⁶ et celle d'un droit de propriété transmis au bénéficiaire²⁷. Une autre théorie concurrente, dite de l'affectation, devait plus tard remporter la palme auprès du législateur québécois, soit plus d'un demi-siècle après les premières tentatives d'application au concept de fiducie²⁸. Ainsi, selon cette théorie, un patrimoine n'a pas dans tous les cas à être possédé par une personne physique ou morale; il peut exister de manière autonome. Son support légal existe dans la mesure où il se trouve affecté à une fin quelconque, indépendamment de tout lien personnel. Les biens couverts par la fiducie ne sont ainsi la propriété de personne²⁹, ce qui n'exclut pas que le fiduciaire puisse exercer, pendant la durée de la fiducie, un large éventail de pouvoirs normalement conférés aux propriétaires. Ainsi, dans la conception du patrimoine d'affectation, la notion de pouvoirs³⁰ sur les biens prend le pas sur celle de droits réels dans les biens. Le fiduciaire détient ainsi, de par la loi, les pouvoirs les plus étendus à l'égard du patrimoine, et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom. C'est ce que reconnaît aujourd'hui expressément l'article 1278 C.c.Q. Ainsi, « [e]n précisant que le fiduciaire a la maîtrise exclusive du patrimoine fiduciaire, l'article empêche de considérer les biens qui le composent comme étant des biens sans maître et donc susceptibles d'appropriation par simple occupation. Il permet, en outre, au fiduciaire de revendiquer les biens transmis, même contre les bénéficiaires »³¹.

-
- 26 Marcel FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936.
- 27 J. Emile BILLETTE, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien, donations et testaments*, t. 1, Montréal, Imprimerie Excelsior, 1933.
- 28 Pierre LEPAULLE, «Réflexions sur l'expansion des trusts. Remarques à propos du livre de M. Claude Reymond sur le "trust et le droit suisse"», (1955) *R.I.D.C.* 318.
- 29 C.c.Q., art. 1261.
- 30 GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985; Caroline PRATTE, «Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du Code civil du Québec», (1994) 39 *R. D. McGill* 1.
- 31 MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1 Québec, Publications du Québec, 1993, Commentaires sous l'article 1278, p. 761.

Les fiducies sont classifiées en trois groupes³² en fonction de l'affectation propre à chacune : les *fiducies personnelles*³³, constituées à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être; les *fiducies d'utilité sociale*³⁴, généralement sans but lucratif et servant des objectifs d'intérêt général; et finalement, les *fiducies d'utilité privée*³⁵ qui constitueront la technique d'organisation privilégiée³⁶ pour l'exploitation d'une entreprise.

Il existe deux formes de fiducies d'utilité privée. La première est destinée à procurer indirectement un avantage à un bénéficiaire et comporte un objet de nature privée tel l'érection, l'entretien ou la conservation d'une chose corporelle³⁷. Elle pourra être constituée soit à titre onéreux, soit à titre gratuit³⁸. La seconde forme, obligatoirement à titre onéreux, pourra englober, selon les termes mêmes du législateur³⁹, des buts aussi variés que « la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, pourvoir à une retraite, ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou des porteurs de titre ». Il est donc possible de constater à quel point les utilisations de la fiducie « en

32 C.c.Q., art. 1266 al. 1.

33 C.c.Q., art. 1267.

34 C.c.Q., art. 1270.

35 C.c.Q., 1268-1269.

36 Selon Jacques Beaulne, seule la fiducie d'utilité privée sera susceptible de servir à des fins commerciales (Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 58). Il s'oppose ainsi à l'opinion d'André Morrissette qui est plutôt d'avis que les fiducies personnelle et d'utilité privée se prêtent à cette activité (André MORRISSETTE, « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial », APFF Congrès 1995, p. 13 :1, à la page 13:5.).

Quoi qu'il en soit de ce débat, si en théorie l'exploitation d'une entreprise peut se faire tant par le biais d'une fiducie personnelle que par celui d'une fiducie d'utilité privée, cette dernière forme devrait être privilégiée. Il s'agira, en effet, de la forme la plus avantageuse pour en arriver à cette fin, compte tenu qu'elle peut être perpétuelle (C.c.Q., art. 1273) et, dans certains cas, doit être constituée à titre onéreux (C.c.Q., art. 1268 et 1269) contrairement à la fiducie personnelle.

37 C.c.Q., art. 1268.

38 John E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation - Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, t. I, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 735, à la page 758.

39 C.c.Q., art. 1269.

matière commerciale »⁴⁰ peuvent être diversifiées. Qu'il s'agisse de fiducies aux fins de sûreté⁴¹, de protection des actifs⁴², de conventions de votes⁴³, de titrisation⁴⁴, de détention de biens immobiliers⁴⁵ ou de celle qui retient particulièrement l'attention ici – le véhicule juridique permettant l'exploitation d'une entreprise – les possibilités sont énormes et ne demandent qu'à être explorées.

2.1.2 LES ACTEURS

Le constituant, le fiduciaire et les bénéficiaires constituent les personnages principaux de la fiducie.

Le constituant est la personne qui est à l'origine de la fiducie, l'homologue du fondateur de la société. Le constituant transfère ainsi de son patrimoine à un nouveau patrimoine qu'il constitue des biens qui seront affectés au projet, soit à l'exploitation d'une entreprise. Son rôle est fort limité par la loi. Ainsi, après avoir participé à la constitution de la fiducie⁴⁶, l'administration du patrimoine est confiée au fiduciaire et le constituant ne conserve qu'un simple droit de surveillance⁴⁷.

-
- 40 André MORRISSETTE, « Utilisation des fiducies personnelles dans un contexte commercial »; APFF Congrès 1995, p. 13 :1; D. LACELLE, « L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise », *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999; David B. KIEREANS et David PEREZ, « La fiducie à l'aide des entreprises », *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995.
- 41 Louis PAYETTE, « Fiducie pour fins de garantie et hypothèque : comparaisons », (1997) *Conférence Meredith* 315.
- 42 Michel LEGENDRE, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 no 1 *Revue de planification fiscale et successorale* 11.
- 43 David B. KIEREANS et David PEREZ, « La fiducie à l'aide des entreprises », *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995, 14.
- 44 David B. KIEREANS et David PEREZ, « La fiducie à l'aide des entreprises », *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1995; D. LACELLE, « L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise », *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999, 22.
- 45 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 62; D. LACELLE, « L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise », *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999, p. 21.
- 46 C.c.Q., art. 1260.
- 47 C.c.Q., art. 1287, 1290-1291.

Le constituant ne peut donc, dès lors, intervenir dans la désignation du fiduciaire ou des bénéficiaires, modifier l'affectation de la fiducie ou encore y mettre fin. Cependant, il est clair que par l'insertion de clauses spécifiques à l'acte de fiducie, le constituant pourrait se réserver certains pouvoirs comme celui de nommer ou de remplacer les fiduciaires⁴⁸ et celui d'élire les bénéficiaires⁴⁹. Il pourrait de plus se nommer lui-même fiduciaire, en autant qu'il respecte la condition de l'article 1275 C.c.Q., soit d'agir conjointement avec un autre fiduciaire. Cette prescription est embarrassante dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise. En exigeant que le constituant, qui agit comme fiduciaire, s'adjoigne un tiers pour l'administration de l'entreprise, la législation s'accorde mal avec la réalité des transactions commerciales⁵⁰ où l'entrepreneur a l'habitude d'être maître chez lui et de porter plusieurs chapeaux!

Le *Code civil du Québec* prévoit aussi la possibilité pour le constituant d'être lui-même bénéficiaire de la fiducie⁵¹. Cette règle s'imposait dans le cadre de la fiducie à titre onéreux. En effet, tout comme l'actionnaire fondateur d'une compagnie, il est normal que le constituant puisse, en contrepartie de l'apport effectué à la fiducie, participer à la plus-value de l'entreprise. Par ailleurs, il s'avérera extrêmement important dans le cadre d'une fiducie-entreprise de faire échec au principe énoncé à l'article 1293 C.c.Q., en vertu duquel une personne peut effectuer un apport à la fiducie sans acquérir les droits d'un constituant. Il devra donc être clairement stipulé dans l'acte – s'il s'agit de la volonté des parties – que tout apport à la fiducie confère le droit de voter aux assemblées et de participer au partage des bénéfices et au reliquat de l'entreprise.

Le personnage central de la fiducie est le *fiduciaire* sur qui repose la charge de réaliser l'affectation prévue à l'acte constitutif. Le fiduciaire a donc, dans la fiducie, la même mission que le conseil d'administration dans la société par actions.

48 C.c.Q., art. 1276.

49 C.c.Q., art. 1282.

50 D. LACELLE, « L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise », *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999, note 39, 20.

51 C.c.Q., art. 1281. De plus, dans le cas où il serait impossible de remettre les fruits ou les revenus aux bénéficiaires, les biens reviendront au constituant ou à ses héritiers selon l'article 1297 C.c.Q.

L'importance de ce personnage dans la structure fiduciaire tient au fait que c'est par son acceptation que prendra naissance la fiducie⁵². Son rôle est fondamental : il est chargé de l'administration exclusive du patrimoine et de la remise des biens à la fin de la fiducie⁵³. Cependant, l'absence de fiduciaire n'entraînera pas l'extinction de la fiducie. Des modes sont prévus pour combler les vacances, soit par le constituant⁵⁴, soit encore par le tribunal⁵⁵. Toutefois, dans le cadre d'une fiducie-entreprise, il serait plus pratique de confier le pouvoir de destitution et de réélection d'un nouveau fiduciaire aux bénéficiaires puisqu'ils sont dans la situation des actionnaires d'une compagnie.

Seules les personnes physiques pleinement capables et les personnes morales autorisées par la loi⁵⁶ peuvent être fiduciaires⁵⁷. Les fonctions du fiduciaire cesseront par son décès, sa démission, sa faillite, l'ouverture à son égard d'un régime de protection ou encore par son remplacement⁵⁸.

Le troisième et dernier acteur de la fiducie est le *bénéficiaire*, celui en faveur de qui est établie la fiducie. Le bénéficiaire est presque totalement exclu de l'administration de la fiducie aux termes du Code. La seule ingérence possible se traduit par son droit de surveillance des activités du fiduciaire et son implication dans le cas où il serait lui-même fiduciaire. Dans cette situation, il devrait agir conjointement avec un autre fiduciaire, tout comme pour le constituant⁵⁹.

Dans le cas d'une fiducie-entreprise, il sera important de faire prendre une plus grande place aux bénéficiaires. Les objectifs poursuivis par le constituant ne sont pas de conserver un contrôle sur les biens, comme c'est souvent le cas en matière de libéralités, mais plutôt d'avantager le bénéficiaire

52 C.c.Q., art. 1264.

53 C.c.Q., art. 1297.

54 C.c.Q., art. 1276.

55 C.c.Q., art. 1277.

56 Seules les sociétés de fiducie constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01 et détenant le permis requis peuvent se qualifier.

57 C.c.Q., art. 1274.

58 C.c.Q., art. 1355 al. 1.

59 C.c.Q., art. 1275.

par la réalisation d'un profit. De plus, dans la plupart des cas, le bénéficiaire aura payé sa participation; il est donc normal qu'il puisse bénéficier d'un droit de regard sur l'administration.

Ce premier tour d'horizon du régime juridique de la fiducie permet de constater que la technique, telle qu'organisée au Code civil, n'est pas adaptée à la réalité des entreprises. Toutefois, compte tenu du caractère supplétif de la majorité des dispositions du régime, il apparaît possible de construire contractuellement une organisation intéressante.

La prochaine section permettra de valider ces conclusions préliminaires.

2.2 La comparaison entre les organisations

La grande machine constituée par la société par actions est fortement réglémentée. Ce mécanisme peut ainsi devenir lourd à opérer et très souvent mal adapté aux objectifs poursuivis par les propriétaires de PME. La fiducie, par son cadre souple, sera peut-être plus à même de répondre aux besoins particuliers des entrepreneurs.

Pour avoir une idée claire sur la question, il conviendra d'effectuer une comparaison entre les techniques d'organisation de l'entreprise en ce qui a trait à leur constitution (2.2.1), à leur fonctionnement (2.2.2), à leur dissolution (2.2.3), et à leurs principales caractéristiques fiscales (2.2.4).

2.2.1 LA CONSTITUTION

La constitution d'une société par actions, qu'il s'agisse d'une compagnie provinciale ou d'une société fédérale, est soumise à un formalisme beaucoup plus grand et onéreux (statuts de constitution, réservation de dénomination sociale, etc.⁶⁰) que celle d'une fiducie. Dans ce dernier cas, les règles de constitution sont simples; aucune forme sacramentelle n'est exigée. Le seul cadre à respecter est de répondre aux conditions de l'article 1260 C.c.Q. : 1) constitution d'un patrimoine, 2) transmission de biens à ce patrimoine, 3) détention

60 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.9 s; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 5 s.

des biens par le fiduciaire, 4) affectation à une fin permise par la loi⁶¹. Ainsi, aucun droit n'aura à être acquitté afin de voir la fiducie légalement constituée.

L'exploitation d'une entreprise par une fiducie n'est pas non plus assujettie à l'immatriculation en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*⁶². Seules les personnes physiques exploitant une entreprise sous un nom ne comprenant pas leurs nom et prénom, les sociétés en nom collectif et les personnes morales ont l'obligation de s'immatriculer en vertu

61 La doctrine est partagée quant au nombre d'éléments constitutifs s'inférant de l'article 1260 C.c.Q. : « Certains auteurs ont plutôt considéré qu'il n'y avait que trois éléments constitutifs, sans toutefois s'entendre sur leur énumération. Ainsi, pour le professeur Brierley, les éléments essentiels pour qu'il y ait constitution de fiducie sont :

1^{er} l'intention du constituant de placer comme masse distincte des biens dans les mains d'un fiduciaire; 2^e la détention de ces biens par le fiduciaire, en vue de leur gestion selon les termes de l'acte constitutif et les règles imposées par la loi; et 3^e une fin particulière qui peut être de faire profiter un bénéficiaire ou toute autre fin permise [...].

Pour un autre, l'intention du constituant de transférer des biens à un fiduciaire en vue de constituer un patrimoine affecté, le transfert juridique d'un bien à ce patrimoine et l'acceptation du fiduciaire de détenir et d'administrer seraient ces trois éléments [A. Morrissette]. Pour un troisième, ce sont plutôt le transfert de biens, leur affectation et l'acceptation par le fiduciaire qui constituent les trois éléments essentiels de la fiducie [M. Legendre]. Enfin, une dernière estime que les trois principales composantes de la fiducie sont la relation fiduciaire entre le fiduciaire et le bénéficiaire, la dualité de la propriété des biens transportés en fiducie et la séparation entre le patrimoine personnel du fiduciaire et le patrimoine fiduciaire lui-même [J. Boulanger]. Le moins qu'on puisse dire, c'est que les éléments constitutifs de la fiducie ne font pas l'unanimité! » Voir sur cette question Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 91 s; John E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation - Les articles 1256-1298 », dans *La réforme du Code civil*, t. I, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 735, à la page 745; André MORRISSETTE, « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial », *APFF Congrès 1995*, p. 13 :1, à la page 13:4; Julie BOULANGER, « Le Code civil du Québec et la fiducie : impacts en planification fiscale et financière », (1992) 14 n^o 4 *Revue de planification fiscale et successorale*, 645, 651-652; Michel LEGENDRE, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 no 1 *Revue de planification fiscale et successorale*, 11.

62 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 2.

de cette loi⁶³. Certains auteurs⁶⁴ affirment toutefois que la fiducie exploitée par un fiduciaire, personne physique, serait visée par les termes de l'article 2. Avec déférence pour l'opinion contraire, une telle proposition n'est pas acceptable. En effet, les assujettis sont clairement identifiés dans la Loi sur la publicité légale; le titre même de la loi est éloquent. La fiducie n'entre dans aucune de ces catégories.

Rien n'empêche cependant une fiducie, par l'intermédiaire de son fiduciaire, de procéder volontairement à l'immatriculation de l'entreprise⁶⁵ et de pouvoir ainsi profiter des avantages conférés par la loi, tel la connaissance réputée de l'information par les tiers⁶⁶. Dans ce cas, la fiducie devra produire annuellement⁶⁷ la déclaration exigée par la loi et mettre à jour ponctuellement⁶⁸ chacun des renseignements la concernant. En cas de non-respect, elle s'expose, comme tous les assujettis, à des sanctions et recours⁶⁹.

Le nom d'une société par actions est aussi strictement réglementé par les lois constitutives. Il doit être conforme à la loi et inclure une mention indiquant la forme juridique empruntée⁷⁰. Ainsi, dans le cas d'une compagnie provinciale, l'inspecteur général des institutions financières doit s'assurer que les exigences de l'article 9.1 de la *Loi sur les compagnies* ont été rencontrées avant d'accorder le certificat de constitution⁷¹. Il en va de même pour l'immatriculation. L'inspecteur refusera d'immatriculer les assujettis dont le nom n'est pas conforme aux cinq (5) premiers paragraphes de l'article 13 de la loi. De plus, la dénomination sociale de la société par actions doit être lisiblement indiquée sur tous ses effets de

63 *Id.*

64 André MORRISSETTE, « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial »; *APFF Congrès 1995*, p. 13 :1 à la page 13:6 s; Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « L'ABC des fiducies entre vifs : aspects civils et fiscaux », [1999], 2 *C.P. du N.* 247.

65 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 2, al. 2.

66 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 82.

67 *Id.*, art. 26.

68 *Id.*, art. 33-34. Pour la déclaration de radiation, *id.*, art. 44 s.

69 *Id.*, art. 83 s.

70 *C.c.Q.*, art. 305.

71 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 123.160.

commerce, contrats, factures et commandes de marchandises ou de services⁷². Dans le cas de la fiducie, la règle est simple. L'article 1266 C.c.Q. dispose que la fiducie peut être identifiée sous le nom du disposant, du fiduciaire ou du bénéficiaire ou, si elle est constituée à des fins d'utilité privée ou sociale, sous un nom qui désigne son objet. Ainsi, l'entreprise exploitée sous la forme d'une fiducie n'a pas, dans le cadre de ses activités, à indiquer sa forme juridique. Toutefois, dans le cas d'une fiducie qui s'immatriculera volontairement, les prescriptions de l'article 13 devront être respectées à défaut de quoi l'immatriculation sera refusée.

2.2.2 LE FONCTIONNEMENT INTERNE

Dans une société par actions, les actionnaires élisent le conseil d'administration qui va administrer les affaires de la société. Les administrateurs auront ainsi toute la latitude nécessaire pour exercer leur fonction dans la mesure du respect de certains devoirs. Le rôle des actionnaires se limitera donc à élire ou à destituer les administrateurs. Ce partage des compétences est fondamental et ne pourra être modifié que par une convention unanime des actionnaires.

La fiducie est aussi gérée par un organe d'administration indépendant du groupe en faveur de qui les revenus sont accumulés, soit en faveur des bénéficiaires. Pour ce faire, la loi⁷³ accorde au fiduciaire les pouvoirs les plus étendus à l'égard du patrimoine. Tout comme les administrateurs d'une compagnie, les fiduciaires ont des droits et sont tenus à certaines obligations à l'endroit des bénéficiaires et des tiers. C'est le régime de l'administration du bien d'autrui⁷⁴ qui fixe ce cadre.

Le fiduciaire a ainsi droit à une rémunération pour l'exercice de sa charge⁷⁵. De même, il pourra ester en justice pour tout ce qui touche l'administration de la fiducie⁷⁶.

72 *Id.*, art. 33, 123.6; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 10(5).

73 C.c.Q., art. 1278, al. 1.

74 C.c.Q., art. 1278, al. 2.

75 C.c.Q., art. 1300.

76 C.c.Q., art. 1316.

En ce qui a trait à ses devoirs de plein administrateur du bien d'autrui, le fiduciaire a l'obligation générale de conserver et faire fructifier les biens, d'accroître le patrimoine de la fiducie ou encore d'en réaliser l'affectation⁷⁷. Plus spécifiquement, le fiduciaire se doit, comme l'administrateur d'une compagnie, d'agir avec prudence et diligence, honnêteté et loyauté dans l'intérêt de la fiducie⁷⁸. Il doit donc éviter de se placer dans une situation pouvant engendrer un conflit d'intérêts⁷⁹ et agir avec impartialité en présence de plusieurs bénéficiaires⁸⁰. La pleine administration se caractérise ainsi par un objectif de rentabilité dans un cadre de gestion libre contrôlé par l'obligation de prudence de la personne raisonnable⁸¹.

À l'égard des tiers, la responsabilité du fiduciaire est, par contre, beaucoup moins lourde que celle des administrateurs d'une compagnie. En effet, le fiduciaire qui, dans les limites de ses pouvoirs, s'engage pour le compte du patrimoine fiduciaire ne pourra être tenu personnellement responsable à l'égard des tiers⁸². Par contre, s'il agit en son nom personnel, il pourra engager personnellement sa responsabilité. Vu la généralité des termes en la matière, il sera extrêmement important de prévoir dans l'acte constitutif l'étendue des pouvoirs du fiduciaire. Par ailleurs, aux termes de l'article 1292 C.c.Q., le fiduciaire partage avec les bénéficiaires et le constituant une responsabilité solidaire pour tous les actes fraudant les droits des créanciers! Il y a là une différence importante avec la société par actions où les actionnaires ont une responsabilité limitée à leur mise de fonds. En l'espèce, le constituant et les bénéficiaires, s'ils s'immiscent dans les affaires de la fiducie, verront leur responsabilité engagée au même titre que le fiduciaire. Cette disposition n'est pas sans rappeler la défense d'immixtion des associés commanditaires⁸³ dans le cadre des sociétés en commandite.

77 C.c.Q., art. 1306.

78 C.c.Q., art. 1309.

79 C.c.Q., art. 1310-1315.

80 C.c.Q., art. 1317.

81 Aldé FRENETTE, « La gestion des biens des incapables », (1987-88) 18 R.D.U.S. 81, 87.

82 C.c.Q., art. 1319, al. 1.

83 C.c.Q., art. 2244.

Les lois réglementant les sociétés par actions prévoient la tenue d'assemblées annuelles des actionnaires⁸⁴. Ces assemblées sont l'occasion pour les administrateurs de présenter le rapport annuel aux actionnaires, et pour les actionnaires, de procéder à l'élection du nouveau conseil d'administration, à la ratification des règlements de la compagnie ainsi qu'à la nomination du vérificateur des comptes.

Le Code civil ne prévoit pas de telles assemblées pour les fiducies. De même, les bénéficiaires ne jouissent d'aucun pouvoir légal dans l'administration de la fiducie, hormis leur droit de contrôle sur l'administration fiduciaire. Toutefois, ces dispositions n'étant pas d'ordre public, de telles assemblées pourraient être prévues à l'acte constitutif, à un terme fixe, au cours desquelles pourrait avoir lieu le remplacement des fiduciaires selon une procédure préétablie. D'autres dispositions pourraient aussi autoriser les bénéficiaires à voter, lors de ces assemblées, et leur permettre ainsi d'adopter des résolutions visant la modification de l'acte de fiducie ou encore sa dissolution. L'objectif étant de conférer aux bénéficiaires un contrôle sur les décisions importantes pour l'entreprise.

Chaque année, les administrateurs de la compagnie doivent fournir aux actionnaires, lors de l'assemblée annuelle, des renseignements concernant la situation financière de la compagnie. Ils doivent ainsi leur remettre un bilan, un relevé général des recettes et des dépenses de la compagnie⁸⁵, de même qu'un rapport annuel complet avec des états financiers vérifiés. Dans le cas de la fiducie, seule la reddition d'un compte sommaire aux bénéficiaires est prévue au moins une fois l'an⁸⁶. Aucune forme prescrite n'est exigée et le compte n'a pas à être vérifié. Par conséquent, un simple relevé des produits et des charges pourrait suffire⁸⁷. Toutefois, l'article 1351 C.c.Q. n'étant pas d'ordre public, rien ne fait obstacle à ce que le formalisme soit renforcé.

84 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 98(1); *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 133(a).

85 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 98(2) a) et b); *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 155(1)a).

86 C.c.Q., art. 1351.

87 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 231.

Ainsi, contrairement aux sociétés par actions, le *Code civil du Québec* ne prévoit pas de mode de fonctionnement des organes de représentation de la fiducie. Le régime juridique des fiducies devra être adapté à la réalité des entreprises. Pour ce faire, plusieurs aménagements sont possibles, dans la mesure du respect de l'ordre public.

2.2.3 LA DISSOLUTION

La société par actions ne pourra disparaître sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'autorité compétente⁸⁸. Dans le cas d'une fiducie, tout comme pour sa constitution, la simplicité règne pour sa dissolution. Aucune nécessité d'obtenir un acte de dissolution, la radiation de l'immatriculation et de procéder à la liquidation, la fiducie prend fin soit de plein droit pour les motifs prévus à l'acte constitutif, soit par décision du tribunal, soit encore par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires⁸⁹.

Les motifs de dissolution de plein droit sont prévus à l'alinéa 2 de l'article 1296 C.c.Q. La fiducie pourra ainsi prendre fin par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition ou encore par la réalisation de son objet. L'acte constitutif pourrait aussi stipuler que la fiducie prendra fin sur décision des bénéficiaires.

Les articles 1296 al. 1 *in fine* et 1294 al. 1 C.c.Q., traitent de la dissolution judiciaire. Ainsi, le tribunal peut mettre fin à une fiducie s'il constate son impossibilité à atteindre le but qu'elle s'est prescrit. Il en sera ainsi lorsque la fiducie ne répondra plus à la volonté du constituant. Dans le cas d'une fiducie-entreprise, dont le but est de réaliser un profit, le tribunal pourrait mettre fin à la fiducie s'il constatait que l'exploitation de l'entreprise est devenue trop onéreuse et qu'elle ne rencontre plus l'objet premier pour lequel elle a été transférée en fiducie.

2.2.4 LE TRAITEMENT FISCAL DE LA FIDUCIE

L'objectif de ce travail n'est évidemment pas de traiter des dimensions fiscales de l'exploitation d'une entreprise par une fiducie. Toutefois, comment effectuer une étude sérieuse sur la question sans s'arrêter un tant soit peu à cet aspect qui,

88 *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, art. 28, 123.144; *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985) ch. C-44, art. 210.

89 C.c.Q., art. 1296.

dans bien des cas, commandera l'adoption d'une forme juridique plutôt qu'une autre.

Le système d'imposition des fiducies est basé sur le principe que la fiducie est une entité fiscale hybride agissant parfois à titre de simple intermédiaire au profit de ses bénéficiaires et d'autres fois comme le véritable titulaire du revenu généré par elle⁹⁰. Du point de vue fiscal, la fiducie est réputée être un particulier⁹¹. Ceci a comme conséquence qu'elle est un contribuable distinct de ses acteurs, bien qu'elle ne constitue généralement qu'un intermédiaire puisque son revenu sera intégré à ceux de ses bénéficiaires. Il s'agit de la déduction au titre de conduit. Ce mécanisme d'intégration du revenu est différent de celui des sociétés par actions, pour qui l'intégration s'effectue par l'impôt remboursable des sociétés, la majoration des dividendes reçus, le compte de dividendes en capital et le crédit d'impôt pour dividendes. La fiducie est ainsi qualifiée de conduit « imparfait » par les spécialistes⁹².

Il n'existe pas à proprement parler de définition de la fiducie dans la loi⁹³. En droit fiscal, la fiducie peut être testamentaire⁹⁴

90 Marc CUERRIER, *L'impôt des fiducies*, (1996) 18 n^o 4 *Revue de planification fiscale et successorale* 805.

91 *Loi de l'impôt sur le revenu*, c. 1 (5^e suppl.), L.R.C. 1985, art. 104(2) (ci-après appelée L.I.R.)

92 D. LACELLE, «L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise», *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999, p. 18; Guy LORD, Jacques SASSEVILLE et Diane BRUNEAU, *Les principes de l'imposition au Canada*, 12^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1998, p. 397.

93 L.I.R., art. 104(1).

94 La fiducie testamentaire sera beaucoup plus avantageuse que la fiducie non testamentaire en matière fiscale, son exercice financier pouvant être différent de l'année civile (L.I.R., art. 104(23)a) et n'étant pas assujettie à un taux minimal d'imposition correspondant au taux le plus élevé du particulier (L.I.R., art. 119). La fiducie ne profitera donc pas des taux d'imposition corporatifs préférentiels consentis aux sociétés exploitant activement une entreprise ou impliquées dans la fabrication et la transformation. Toutefois, il faut être bien prudent lorsque l'on est en présence d'une fiducie testamentaire, car elle peut perdre sa qualification du seul fait que des biens lui sont transférés autrement que par le particulier lors de son décès ou postérieurement et par suite de ce décès (L.I.R., art. 108(1)). Il faudra bien se garder d'utiliser la possibilité de transférer des biens à cette fiducie après sa constitution sous peine de lui faire perdre son statut et ainsi les avantages fiscaux que confère son utilisation. Il serait plus profitable, dans ce cas, de créer une nouvelle fiducie pour la gestion des nouveaux biens.

ou non testamentaire⁹⁵, personnelle ou commerciale⁹⁶. Les fiducies personnelles sont, de façon générale, celles où aucune participation n'aura été acquise pour une contrepartie, payable directement ou indirectement à la fiducie ou à une personne ayant effectué un apport à la fiducie. Une participation acquise pour une contrepartie d'une personne qui n'aurait pas fait de contribution à la fiducie ne rendra pas la fiducie commerciale. Les fiducies commerciales ne sont pas définies dans la loi. Ce terme est employé pour désigner les fiducies autres que les fiducies personnelles. Le régime d'imposition de la fiducie personnelle est généralement plus favorable que celui de la fiducie commerciale⁹⁷.

L'utilisation de la fiducie présente, en matière fiscale, plusieurs avantages, mais aussi bon nombre d'inconvénients.

La fiducie permettra, tout d'abord, d'éviter l'application de certaines taxes et impôts propres aux sociétés par actions. Ainsi, la fiducie ne sera pas assujettie à la taxe sur le capital versé⁹⁸ payée au gouvernement du Québec par toute société possédant un établissement au Québec à un moment donné pendant l'année⁹⁹. La fiducie ne sera pas non plus affectée par l'impôt sur les succursales¹⁰⁰ qui s'applique aux sociétés non résidentes exploitant une entreprise au Canada, de même qu'à celui des grandes sociétés¹⁰¹. De plus, les règles d'attribution¹⁰² ainsi que celles sur la capitalisation restreinte ne trouveront

95 L.I.R., art. 108(1).

96 *Id.*, art. 248(1).

97 D. LACELLE, «L'emploi de la fiducie dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise», *Fiducies locales et étrangères*, Institut Canadien, 8 mars 1999, p. 5.

98 Cette taxe est fixée à un taux de 0,64 % du capital versé de la compagnie et elle représente une dépense déductible dans le revenu de la compagnie. Le montant minimum de cette taxe est de 250 \$.

99 *Loi sur les impôts*, L.R.G. c. I-3, art. 1131.

100 De façon générale, les gains assujettis à cet impôt sont ceux générés par la succursale et qui n'y sont pas réinvestis. Cet impôt correspond à 25 % de l'excédent du total des montants énumérés aux alinéas 219 (1) a) à g) sur le total des montants des alinéas 219 (1) h) à l) de la L.I.R.

101 Cet impôt affecte les sociétés canadiennes imposables, de même que les sociétés non résidentes qui exploitent une entreprise au Canada par l'entremise d'une succursale. Il correspond à 0,225 % de la fraction du capital imposable utilisé au Canada et qui est supérieur à 10 millions de dollars. L.I.R., art. 181.1(1).

102 L.I.R., art. 74.1-75.

pas application en matière de fiducie, ce qui aura, dans ce dernier cas, l'avantage d'attirer les investisseurs étrangers¹⁰³.

L'utilisation de la fiducie, du point de vue fiscal, ne comportera cependant pas que des éléments positifs.

Le premier inconvénient important associé à la fiducie est certainement son taux d'imposition. Dans le cas d'une fiducie non testamentaire, le taux d'imposition correspondra au taux marginal maximum des particuliers. De plus, une PME exploitée par le biais d'une fiducie ne pourra pas profiter de la déduction accordée aux petites entreprises qui est réservée aux sociétés privées sous contrôle canadien¹⁰⁴.

Par ailleurs, lors du transfert d'un bien à une fiducie, il y aura disposition du bien¹⁰⁵. Ce transfert devra s'effectuer à la juste valeur marchande, s'il est fait à une fiducie non testamentaire dont les bénéficiaires ont un lien de dépendance avec le contribuable. Il n'y aura aucune possibilité d'effectuer un roulement à la fiducie, à moins qu'il s'agisse d'une fiducie exclusive en faveur du conjoint¹⁰⁶. Il s'agit d'un désavantage important contrairement à ce qui se produit lors du transfert d'un bien à une compagnie, où le roulement permet d'éviter la réalisation d'un gain en capital¹⁰⁷.

La fiducie ne pourra pas non plus bénéficier de l'exonération sur le gain en capital généré par la disposition des actions admissibles de petites entreprises¹⁰⁸. Cet avantage est réservé aux particuliers. Il faudra donc s'assurer d'attribuer ce revenu aux bénéficiaires afin de leur faire profiter de l'exemption. Toutefois, si le gain en capital était distribué aux bénéficiaires, ces derniers pourraient, grâce à la règle du conduit, tirer profit de leur exemption personnelle.

Enfin, afin d'éviter que certains biens soient conservés à l'abri du fisc pendant plusieurs années, la loi prévoit une disposition présumée à la juste valeur marchande à tous les

103 L.I.R., art. 18(4).

104 L.I.R., art. 104(2).

105 L.I.R., art. 54.

106 L.I.R., art. 73.

107 L.I.R., art. 85.

108 L.I.R., art. 110.6.

21 ans¹⁰⁹. Les biens visés par cette disposition sont ceux en immobilisation¹¹⁰, les biens amortissables¹¹¹, les fonds de terres compris dans un inventaire¹¹² et les avoirs miniers¹¹³. Si du point de vue juridique, la fiducie peut avoir une existence perpétuelle¹¹⁴ au même titre que la société par actions, cette règle est à toute fin pratique annihilée par la disposition réputée des biens à tous les 21 ans.

CONCLUSION

S'il est clair que la fiducie ne remplacera jamais la société par actions, elle devrait normalement, au fil du temps, s'acquerir une part de marché intéressante.

L'utilisation de la fiducie comme véhicule juridique pour l'exploitation d'une entreprise comporte, en effet, de nombreux avantages. Les sociétés par actions sont devenues extrêmement sophistiquées et lourdes à gérer, alors que la fiducie bénéficie d'une organisation souple et n'est soumise à aucun contrôle administratif.

Toutefois, il n'y a pas de doute que les règles du Code civil s'accordent mal avec la réalité des transactions commerciales. Par exemple, le rôle limité joué par le constituant et les bénéficiaires, s'il est compréhensible dans une fiducie où le but est de conserver un contrôle sur les biens, il est difficilement acceptable dans le cadre d'une entreprise où la finalité est de faire réaliser des profits aux bénéficiaires. Le même genre de commentaire peut être effectué en ce qui a trait au fonctionnement interne de la fiducie puisque aucun mode de représentation des organes n'est prévu au Code, ce qui complique grandement la gestion de l'entreprise. Il est donc possible de conclure que, si l'entrepreneur veut profiter des avantages liés à l'utilisation de la fiducie, l'acte constitutif devra nécessairement être modelé en fonction de la réalité des entreprises.

109 L.I.R., art. 104(4).

110 L.I.R., art. 104(4).

111 L.I.R., art. 104(5).

112 L.I.R., art. 104(4).

113 L.I.R., art. 104(5.2).

114 C.c.Q., art. 1273.

Par ailleurs, il est certain que – bien que « modelée » à la réalité des entreprises – la fiducie n'aura pas avantage à être utilisée dans toutes les situations. Ainsi, les aspects fiscaux ne doivent pas être négligés. La disposition réputée des biens à tous les 21 ans permet de croire que l'utilisation de la fiducie sera privilégiée dans le cadre de projets à court terme. L'existence perpétuelle de la fiducie d'utilité privée est ici sérieusement mise en échec par le droit fiscal. Beaucoup d'autres exemples pourraient être donnés.

Il n'est pas non plus exagéré de parler de malaise à l'égard de ce nouveau véhicule juridique. La fiducie est, depuis longtemps, étroitement associée à la disposition de biens, sous la forme de donation et de legs, ainsi qu'à la planification fiscale et financière. Ce n'est pas demain le jour où les praticiens envisageront sérieusement le recours à la fiducie hors de ces paramètres traditionnels. L'évolution des mentalités est lente. Un travail de sensibilisation est nécessaire. C'est essentiellement l'objet de cet essai : inviter les notaires à explorer les opportunités offertes par les patrimoines d'affectation.