

L'EXERCICE DE POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES PAR LE FIDUCIAIRE : L'EXEMPLE DE LA FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Audrée Sirois

Volume 122, numéro 3, 2020

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1086989ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1086989ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Sirois, A. (2020). L'EXERCICE DE POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES PAR LE FIDUCIAIRE : L'EXEMPLE DE LA FIDUCIE TESTAMENTAIRE. *Revue du notariat*, 122(3), 513–564. <https://doi.org/10.7202/1086989ar>

L'EXERCICE DE POUVOIRS DISCRÉTIONNAIRES PAR LE FIDUCIAIRE : L'EXEMPLE DE LA FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Audrée SIROIS*

INTRODUCTION	515
1. La discrétion du fiduciaire	518
2. L'exercice de la discrétion dans le cadre des remises et empiétements	520
2.1 Les limites à la discrétion du fiduciaire découlant de la loi	522
2.1.1 La nature de l'institution de la fiducie	522
2.1.2 Les obligations du fiduciaire.	524
2.2 Les limites à la discrétion du fiduciaire aux termes du testament	530
2.2.1 L'affectation de la fiducie	530
2.2.2 Les pouvoirs et balises prévus au testament .	532
3. L'incidence de la protection des droits fondamentaux sur la discrétion du fiduciaire testamentaire	534
3.1 Les dispositions législatives encadrant les droits fondamentaux des bénéficiaires d'une fiducie.	535
3.1.1 La protection des libertés fondamentales et le droit à l'égalité	535

* Notaire et responsable de produit chez Desjardins.

3.1.2	Le droit à la vie privée	539
3.2	Les enjeux pouvant découler de la mise en œuvre discrétionnaire de certaines clauses	542
3.2.1	La protection de la vie privée et des renseignements personnels	542
3.2.2	Le droit à l’inviolabilité et à l’intégrité du bénéficiaire	544
4.	La discrétion du fiduciaire de modifier ou de mettre fin à une fiducie testamentaire	545
4.1	L’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de modifier une fiducie par le fiduciaire	545
4.1.1	Les pouvoirs de modification de fiducie prévus au <i>Code civil du Québec</i>	546
4.1.2	Les pouvoirs de modifier la fiducie accordés au fiduciaire par testament	551
4.1.3	Les pouvoirs discrétionnaires de modifier la fiducie.	552
4.1.4	Les obligations du fiduciaire et sa discrétion de modifier une fiducie	555
4.2	L’exercice d’un pouvoir discrétionnaire de mettre fin à une fiducie par le fiduciaire	556
4.2.1	Les pouvoirs de terminaison d’une fiducie prévus au <i>Code civil du Québec</i>	556
4.2.2	Les pouvoirs de mettre fin à une fiducie accordés au fiduciaire par testament	558
4.2.3	La terminaison d’une fiducie par ses différents acteurs	559
4.2.4	Les obligations du fiduciaire et sa discrétion de mettre fin à une fiducie.	561
	CONCLUSION	562

INTRODUCTION

Parfois quelque peu victime de son encadrement plutôt rigide et de son apparente complexité, la fiducie n'en demeure pas moins une alliée de premier choix en matière de planification posthume. Pourtant, certaines clauses prévues dans les fiducies testamentaires auront pour effet de créer des problèmes d'interprétation ou d'application une fois le décès du testateur survenu. Ces questions continuent de préoccuper les praticiens et praticiennes parce que le patrimoine d'affectation est un nouvel outil qui reste encore à être défini.

Le Code civil du Québec tenta d'ailleurs, par l'entremise de sa qualification en tant que patrimoine d'affectation, de dissoudre un tant soit peu la confusion et le mystère qui, si l'on peut dire, planaient autour de cette institution. Cependant, « le fondement révolutionnaire de la fiducie-patrimoine d'affectation [...] laisse [...] aux juristes un immense terrain vague »¹.

Aujourd'hui mieux connue dans le monde juridique québécois, la fiducie semble voir ses utilisateurs l'adapter de plus en plus à leur situation, et surtout, à leurs diverses attentes. En effet, des clauses accordant une discrétion au fiduciaire dans le cadre de son administration sont fréquemment stipulées, dans un objectif de rendre cette institution un peu plus flexible². Par exemple, le testateur pourra vouloir accorder au fiduciaire une large discrétion en raison des articles du Code civil sur la modification et la fin de la fiducie³. Ces derniers restreignent les situations dans lesquelles il sera possible de modifier la fiducie, en plus de prévoir un recours au tribunal qui pourra être long et coûteux, et accordent peu de flexibilité quant à la façon et au moment d'y mettre fin. En donnant certains pouvoirs discrétionnaires au fiduciaire, ce dernier aura donc un peu plus de flexibilité pour administrer la fiducie au gré des situations qui se

1. Alexandra POPOVICI, « Droits de regard : la fiducie dans le *Code civil du Québec* », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, p. 226.

2. Isabelle FECTEAU, *Réflexions à saveur légale et fiscale relatives à la désignation d'un liquidateur et d'un fiduciaire*, mémoire de maîtrise, Sherbrooke, École de gestion, Université de Sherbrooke, 2008, p. 17.

3. Art. 1293 à 1298 C.c.Q.

présentent, diminuant par le fait même les risques de devoir la modifier ou y mettre fin puisqu'elle ne répondrait plus tout à fait aux objectifs du testateur. Cette pratique se reflète d'ailleurs dans les modèles de testament fiduciaire de la Chambre des notaires, lesquels contiennent plusieurs clauses prévoyant des pouvoirs discrétionnaires en faveur du fiduciaire⁴. On peut également penser que l'institution du « trust » de common law, laquelle est plus flexible sur certains aspects⁵, influence les rédacteurs québécois dans cette recherche de flexibilité.

Il est cependant permis de croire que ce qui pousse un testateur à accorder certains pouvoirs discrétionnaires à son fiduciaire n'est pas qu'un simple désir de flexibilité ; c'est également la volonté de permettre à la personne qui prendra sa place en tant qu'administrateur de se substituer à lui, c'est-à-dire de lui survivre. Le testateur souhaite sûrement qu'il puisse prendre les décisions qui s'imposent au regard des directives laissées, mais, également, de toutes les circonstances contemporaines à la prise de décision. La juriste Diane Bruneau le soulevait d'ailleurs avec éloquence :

[P]eu de constituants s'attendent à ce que le pouvoir discrétionnaire qu'ils offrent au fiduciaire de verser des sommes soit considéré comme un droit du bénéficiaire d'exiger de recevoir le maximum possible, sinon ils exigeraient du fiduciaire qu'il verse tous les revenus. Ils veulent plutôt que les fiduciaires se mettent à leur place et prennent les décisions selon les circonstances du moment.⁶

Certains articles du Code civil accordent expressément une discrétion au fiduciaire et précisent certaines balises entourant son application. Par exemple, le fiduciaire peut se voir accorder une faculté d'élire les bénéficiaires de la fiducie (ou déterminer leurs parts) par le constituant⁷. Le fiduciaire a alors la discrétion d'exercer son choix « comme il l'entend »⁸. On comprend donc, à la lecture de l'article 1283 du Code civil, qu'il bénéficie d'une latitude importante au moment d'exercer sa faculté d'élire et qu'il n'a pas à justifier sa

4. Voir « Les testaments », dans *Répertoire de droit / nouvelle série*, Libéralités, Formulaire, Documents 3.

5. Par exemple, en common law, les bénéficiaires peuvent, dans certaines situations, mettre fin à une fiducie d'un commun accord. Voir *Saunders c. Vautier*, (1841) 41 E.R. 482.

6. Diane BRUNEAU, « La modification et la terminaison des fiducies par les tribunaux du Québec », (2003) 105 R du N. 409, 419.

7. Art. 1282 C.c.Q.

8. Art. 1283 C.c.Q.

décision tant qu'il l'exerce dans certaines limites, elles-mêmes prévues de façon expresse au Code civil⁹.

En revanche, dans plusieurs autres situations, le fiduciaire se voit accorder une discrétion sans balises claires : ce sont ces cas qui nous intéressent dans le cadre de cet article.

Comment le fiduciaire doit-il alors user de cette discrétion dans le cadre de son administration ? Il doit prendre en compte divers éléments découlant de la loi ainsi que du testament fiduciaire.

Cet article propose une réflexion sur les différents éléments d'analyse à considérer lorsque le fiduciaire d'une fiducie québécoise exerce un pouvoir discrétionnaire. Afin de restreindre la portée de notre sujet et de tenir à l'écart de notre réflexion l'implication contemporaine du constituant au moment de la prise de décision, laquelle nous permettrait de nous renseigner sur ses volontés ou son intention, nous aborderons le sujet du point de vue des fiducies testamentaires. Cela nous permettra également de présenter certaines récurrences rédactionnelles dans les testaments fiduciaires ainsi que les problèmes qui peuvent se produire au moment d'appliquer ces clauses testamentaires. On notera au passage que plusieurs réflexions présentées dans ce texte peuvent également s'appliquer aux fiducies entre vifs. Aussi, les exemples étudiés découlent principalement de fiducies personnelles¹⁰, un type de fiducie que l'on rencontre fréquemment dans les testaments fiduciaires, qui permet, au surplus, de faire interagir tous les acteurs de la fiducie.

Nous présenterons, de manière non exhaustive, certaines situations dans lesquelles les testateurs accordent parfois des pouvoirs discrétionnaires. Cela nous permettra d'étudier les limites de cette discrétion et l'analyse à laquelle devra se livrer le fiduciaire avant d'y recourir.

Nous nous proposons premièrement de nous pencher sur le sens de la discrétion accordée au fiduciaire. Nous étudierons ensuite les limites entourant cette discrétion dans le cadre des remi-

9. Voir art. 1282 et 1283 C.c.Q. : le fiduciaire ne peut pas exercer sa faculté d'élire à son propre avantage. De plus, dans le contexte d'une fiducie personnelle ou d'utilité privée, la catégorie de bénéficiaires parmi laquelle il fait son choix doit être clairement déterminée à l'acte constitutif.

10. Art. 1267 C.c.Q.

ses et empiètements qu'il effectue, lesquelles découlent de la loi et de l'acte constitutif. Puis, nous aborderons la façon dont la protection des droits fondamentaux des bénéficiaires encadre la discrétion du fiduciaire en matière des remises effectuées et d'administration. Enfin, nous aborderons la question de savoir dans quelle mesure la discrétion du fiduciaire lui permet de modifier ou de mettre fin à une fiducie, que ce soit aux termes du *Code civil du Québec*, du testament ou suivant les différents pouvoirs des acteurs de la fiducie.

1. La discrétion du fiduciaire

Il y a plusieurs années déjà, le *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues* définissait le mot « discrétionnaire » comme un synonyme d'« absolu »¹¹, c'est à dire « non susceptible d'abus »¹². Cette définition est d'ailleurs conforme au sens commun généralement reconnu du mot « discrétionnaire », soit celui d'un pouvoir sans limite, arbitraire, et qui n'est soumis à aucune autorité¹³, notion dont le sens peut toutefois différer en droit.

Cette définition du mot discrétionnaire, dans le contexte des pouvoirs du fiduciaire, est cependant inadaptée, surtout si l'on considère que, déjà selon le *Code civil du Bas Canada*, la fiducie était « un droit de propriété d'une espèce particulière, un droit qui n'est pas absolu puisqu'il ne peut être exercé, pendant la durée de la fiducie, que pour les fins de la fiducie, dans l'intérêt des bénéficiaires »¹⁴. Suivant le *Code civil du Québec*, cette conception de l'administration de la fiducie n'a pas tellement changé puisqu'on reconnaît encore que les pouvoirs du fiduciaire ne sont pas infinis, et que celui-ci ne pourrait prétendre détenir des pouvoirs absolus afin de les exercer en violation de l'affectation de la fiducie¹⁵.

L'utilisation du mot « discrétion » pour se référer aux actions d'un fiduciaire aurait davantage le sens mis de l'avant par le *Diction-*

11. CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PRIVÉ ET COMPARÉ DU QUÉBEC, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les biens*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, *sub verbo* « discrétionnaire ».

12. *Ibid.*, *sub verbo* « absolu ».

13. *Dictionnaire de français Larousse*, en ligne : <<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais-monolingue>>, *sub verbo* « discrétionnaire ».

14. Yves PRATTE, « L'affaire *Tucker* et le rôle de la Cour suprême », (1984) 15 *R.D.U.S.* 25, 29.

15. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 3^e éd., mise à jour par André J. BARETTE, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, p. 267, n^o 290.

naire de droit québécois et canadien, soit le « [p]ouvoir de décider » ou encore la « faculté accordée à une personne appelée à prendre une décision dans les limites de sa compétence, de choisir parmi les décisions possibles celle qui lui paraît la plus appropriée suivant les circonstances »¹⁶.

Pourtant, la Cour soutenait, dans l'affaire *K.L. c. D.J.*¹⁷, que la discrétion accordée au fiduciaire relativement à un pouvoir ou à son exercice, lui donnerait, en fait, un droit à ce que ses décisions ne soient pas réformées, sauf si elles sont déraisonnables ou malicieuses, ou encore en cas d'abus de pouvoirs¹⁸. La juriste Isabelle Fecteau parle même d'un certain renversement, en faveur du fiduciaire, de la présomption relative à l'exercice correct de sa discrétion, créée par l'insertion de ce terme dans la clause d'un acte de fiducie¹⁹. Le tribunal n'aurait donc pas à intervenir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire exercé de bonne foi²⁰. Cette conception de la discrétion du fiduciaire semble cependant se buter au fait que l'institution fiduciaire prévue par le droit civil québécois ne peut exister complètement sans que le fiduciaire n'ait à rendre compte de ses actions²¹.

L'article 1308 du Code civil prévoit que l'administrateur du bien d'autrui « doit agir dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés ». Le fiduciaire est administrateur du bien d'autrui²² et attributaire de pouvoirs²³. C'est justement ce statut particulier qui fait en sorte que « l'existence d'un pouvoir dans l'acte constitutif ne justifie pas en soi son usage »²⁴. Ce ne sont pas des droits discrétion-

16. Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2015, *sub verbo* « discrétion ».

17. 2003 QCCS 1057, par. 12.

18. Il faut dire que, dans cette affaire, non seulement les décisions des fiduciaires n'étaient pas déraisonnables ou malicieuses, mais qu'elles semblaient plutôt respecter les balises légales ainsi que celles prévues à l'acte.

19. I. FECTEAU, préc., note 2, p. 18.

20. *Allard c. Allard*, 1998 CanLII 9236 (QC C.Q.).

21. A. POPOVICI, préc., note 1, p. 234, reprenant les propos du juge Mignault dans *Valois v. de Boucherville*, [1929] S.C.R. 234, 269.

22. Art. 1278 C.c.Q.

23. Sur les notions d'« attributaire de pouvoirs » et de « pouvoir » et leur application à la fiducie, voir Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n^{os} 79 et s.

24. Julie LORANGER, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », dans Service de la formation du Barreau du Québec, vol. 324, *Développements récents en successions et fiducies*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010, 71, p. 72.

naires que le fiduciaire exerce, mais plutôt des pouvoirs discrétionnaires. Il ne peut donc les exercer tout à fait librement et doit toujours tenir compte du but à réaliser ou de l'objectif dans lequel ces pouvoirs lui ont été conférés²⁵. Bien qu'il bénéficie de l'autonomie et de l'indépendance nécessaires à l'exercice de sa discrétion, il devra répondre de ses décisions en démontrant une habileté convenable dans l'exercice de ses pouvoirs, en plus d'exercer cette discrétion dans les limites de ses pouvoirs²⁶.

La discrétion, dans ce contexte, pourrait donc être définie comme le pouvoir de prendre une décision selon sa propre analyse et son propre jugement, sans la nécessité de l'autorisation d'un tiers. Elle n'en est pas absolue. En effet, cette discrétion demeure soumise à une multitude de règles et balises l'encadrant, et même plus, la guidant²⁷. Non seulement ces règles et balises sont-elles nombreuses et diverses, certains éléments pratiques en rendront encore plus complexe l'application au moment, pour le fiduciaire, d'analyser certaines décisions discrétionnaires. Il ne suffit donc pas, dans un objectif d'en clarifier l'application, de conclure que la discrétion d'un fiduciaire est soumise à certaines limites. Il faut aller plus loin.

C'est pourquoi nous nous attarderons à ces différentes règles et balises dans les prochaines sections, tout en tentant d'en présenter une synthèse et une analyse pratique collées à la réalité de l'administration fiduciaire.

2. L'exercice de la discrétion dans le cadre des remises et empiétements

On trouve, dans certains actes de fiducie québécois, des clauses accordant un pouvoir au fiduciaire d'effectuer à sa discrétion des remises de revenus ou de capital, ou encore des empiétements de capital. Ces clauses ont plusieurs avantages. Elles permettent, entre autres, de donner une certaine latitude au fiduciaire afin de planifier les remises de la façon la plus appropriée ou avantageuse selon les circonstances contemporaines à l'administration fidu-

25. M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, n^{os} 88 à 91.

26. M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, n^{os} 98 à 101.

27. C'est également la position de Boriana CHRISTOV, « Extra-judicial Variation of a Civil Law Trust », (2009) 28 *E.T.P.J.* 151, 171, pour qui les pouvoirs discrétionnaires du fiduciaire ne peuvent être absolus puisqu'ils sont limités par l'acte constitutif et la loi.

ciaire. Pensons seulement au fiduciaire désirant optimiser la situation fiscale d'un bénéficiaire ou encore contrôler les remises d'un bénéficiaire traversant une période de vulnérabilité. On parlera alors habituellement de « fiducie discrétionnaire ».

Mais quel est l'effet, et surtout, l'étendue de cette discrétion accordée au fiduciaire dans ce contexte ? Par exemple, le fiduciaire pourrait-il n'effectuer aucune remise de toute la durée de la fiducie ? Ou, à l'opposé, le fiduciaire pourrait-il se servir de cette discrétion afin de remettre immédiatement et en totalité le capital fiduciaire ? Si notre réflexe pourrait être de répondre non à ces exemples qui peuvent sembler extrêmes, il convient de se demander pourquoi.

Julie Loranger propose une analyse en quatre étapes à tout fiduciaire qui doit poser un geste : se demander (1) si le geste est autorisé par l'acte de fiducie, (2) si le geste est limité ou encadré d'une certaine façon, (3) si le geste est conforme à l'affectation de la fiducie et finalement (4) si le geste est conforme aux devoirs et obligations d'un administrateur du bien d'autrui²⁸. Cette analyse nous rappelle qu'il ne suffit pas qu'un pouvoir, ou une discrétion, nous soit accordé par le testament pour que l'on puisse, en tant que fiduciaire, l'exercer de n'importe quelle façon. En effet, un fiduciaire pourrait, sans excéder ses pouvoirs, mal exercer un pouvoir, c'est-à-dire commettre une faute en exerçant un pouvoir qu'il détient pourtant²⁹.

Nous utiliserons la terminologie « empiètement de capital » pour désigner la situation dans laquelle un fiduciaire est autorisé, dans certaines situations, à remettre une portion du capital fiduciaire à un bénéficiaire qui n'y aurait pas droit autrement ou immédiatement.

Nous sommes d'avis que la discrétion du fiduciaire effectuant des remises ou empiètements de capital est limitée par la loi, laquelle confirme la nature de l'institution de la fiducie québécoise en plus de prévoir les obligations du fiduciaire, ainsi que l'acte de fiducie, notamment l'affectation et l'encadrement des pouvoirs du fiduciaire qui y sont prévus.

28. Julie LORANGER, « Les limites des pouvoirs des fiduciaires dans les fiducies entre vifs », APFF, Congrès 2011, présenté à Québec, 6 octobre 2011, Livre du congrès 22:1, p. 22:26.

29. 9098-6159 *Québec inc. c. Fiducie familiale Mailhot*, 2009 QCCQ 1954.

2.1 Les limites à la discrétion du fiduciaire découlant de la loi

Les actions du fiduciaire sont encadrées par l'affectation de la fiducie ainsi que les devoirs qui incombent à l'administrateur du bien d'autrui³⁰. Ces deux éléments d'encadrement découlent, en fait, directement de la nature et de la structure légale de la fiducie en droit québécois³¹.

2.1.1 La nature de l'institution de la fiducie

Les dispositions du *Code civil du Québec* nous renseignent sur la nature de la fiducie en tant qu'institution ainsi que sur son fonctionnement. L'un des éléments essentiels découlant de ces articles de loi est que la fiducie est un patrimoine d'affectation distinct sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire n'a de droit réel³². La fiducie est constituée par le transfert de biens, par le constituant, à un patrimoine qu'il affecte à une finalité et qu'un fiduciaire accepte de détenir et d'administrer³³.

C'est l'article 2 du Code civil qui prévoit qu'un patrimoine peut faire l'objet d'une affectation, dans la mesure prévue par la loi. Le patrimoine d'affectation sera considéré objectivement ; les biens qui le constituent y sont liés par une finalité commune : l'affectation³⁴. Ce patrimoine peut exister sans sujet de droit puisqu'il ne se définit pas par rapport à une personne, mais plutôt par rapport à un objectif³⁵.

La fiducie est soumise au régime d'administration pour autrui³⁶. En effet, l'administration du bien d'autrui vise toute situation dans laquelle une personne est chargée d'administrer un bien ou un patrimoine qui n'est pas le sien³⁷. On peut également définir cette administration comme l'exercice de pouvoirs sur des biens³⁸. Le régime de l'administration du bien d'autrui s'applique dans ces

30. I. FECTEAU, préc., note 2, p. 19.

31. Art. 1260 et 1265 C.c.Q.

32. Art. 1261 C.c.Q.

33. Art. 1260 C.c.Q.

34. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 35, n° 45.

35. *Ibid.*

36. Art. 1278 C.c.Q.

37. Art. 1299 C.c.Q.

38. M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, n° 78.

situations, sauf s'il est écarté par la loi, l'acte constitutif ou les circonstances³⁹. L'administrateur du bien d'autrui peut être chargé de la pleine ou la simple administration. Le fiduciaire est chargé de la pleine administration⁴⁰, sauf si l'acte constitutif de la fiducie limite ses pouvoirs à la simple administration.

Le fiduciaire n'a donc, sur le patrimoine fiduciaire, aucun droit réel⁴¹. Lorsque viendra le temps d'analyser ses décisions et ses actions, la norme ne sera alors pas celle d'un propriétaire raisonnable, mais plutôt « une norme objective, celle de la personne raisonnable qui administre pour autrui placée dans les mêmes circonstances »⁴². Même si on lui accorde une très grande discrétion aux termes de l'acte constitutif, le fiduciaire demeure un administrateur du bien d'autrui, et n'aura donc jamais toute la latitude que pourrait avoir un propriétaire dans ses actions⁴³.

Considérant le fait que les bénéficiaires n'auront pas non plus de droit réel sur le patrimoine fiduciaire, il est possible de présumer que l'intention du testateur n'était probablement pas de leur donner un accès illimité et immédiat aux biens du patrimoine fiduciaire. C'est pourquoi il a choisi sciemment le véhicule du patrimoine distinct. Comme la Cour l'a déjà soulevé dans l'affaire *Letendre*, un testateur qui veut léguer les biens en pleine propriété peut le faire⁴⁴. Ce choix du patrimoine d'affectation comme véhicule par le testateur devra certainement guider les décisions du fiduciaire au cours de son administration.

Une décision récente portant sur la substitution nous enseignait d'ailleurs qu'une clause prévoyant une large discrétion ne permettait pas à un administrateur de poser des actes allant à l'encontre de la nature de l'institution choisie par le testateur⁴⁵. Nous pensons que le même raisonnement peut s'appliquer à celui qui administre des biens dans le cadre de l'institution fiduciaire. La nature de cette institution pourra donc l'aider à interpréter cette discrétion qui lui est parfois donnée.

39. Art. 1299 C.c.Q.

40. Art. 1278 C.c.Q.

41. Art. 1261 C.c.Q.

42. Lise I. BEAUDOIN, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1994, p. 103.

43. *Ibid.*, p. 94.

44. *Letendre c. Société de fiducie privée MD*, 2012 QCCS 4128, par. 41.

45. *Berthelet c. Bédard*, 2019 QCCS 3676, par. 124 et 183.

Enfin, le Code civil prévoit une distinction, dans le contexte d'une fiducie personnelle, entre les bénéficiaires du revenu et ceux du capital⁴⁶. C'est là la nature particulière et le caractère exceptionnel de l'empiètement de capital au bénéfice de personnes qui auraient seulement droit aux revenus, exception faite de certaines situations prévues par le testateur. L'empiètement doit être le résultat d'une situation qui n'est pas habituelle, les dépenses courantes étant normalement prises au compte de revenus alors qu'une dépense non récurrente sera prise au compte capital⁴⁷, sauf indication contraire au testament. Bien que l'empiètement de capital puisse être qualifié de discrétionnaire par le testateur, y recourir sans retenue pourrait provoquer la fin prématurée de la fiducie. Cela irait non seulement à l'encontre des volontés du testateur, mais pourrait également être vu comme une façon de mettre indirectement fin à la fiducie.

2.1.2 *Les obligations du fiduciaire*

Le fiduciaire est, bien sûr, soumis au droit québécois des fiducies. Il devra donc connaître et respecter ces règles au moment de prendre la décision discrétionnaire de remettre du revenu ou du capital. C'est l'article 1308 du Code civil qui prévoit que « [l']administrateur du bien d'autrui doit, dans l'exercice de ses fonctions, respecter les obligations que la loi et l'acte constitutif lui imposent ».

Donc, s'il est vrai que le fiduciaire a la maîtrise, l'administration exclusive et la pleine administration du patrimoine fiduciaire⁴⁸, il demeure toujours soumis aux règles impératives de l'administration du bien d'autrui⁴⁹ et à ses règles supplétives lorsque celles-ci n'ont pas été écartées par le testateur⁵⁰. On doit, en ce sens, garder en mémoire qu'un pouvoir d'empiètement ou de remise, simplement stipulé au testament sans plus de formalité ou de précision, ne libère pas le fiduciaire de ses obligations de prudence, de diligence et d'impartialité⁵¹.

Il est opportun d'analyser les devoirs de l'administrateur du bien d'autrui ayant la pleine administration. Pour ce faire, il faut

46. Art. 1271 C.c.Q.

47. *Fiducie Desjardins inc. c. Autotte*, [2004] n° AZ-50909124 (C.S.).

48. Art. 1278 C.c.Q.

49. Art. 1278 C.c.Q.

50. Art. 1299 et s. C.c.Q.

51. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 290, n° 1066.

d'abord porter attention à l'article 1306 C.c.Q.⁵². Le professeur Jacques Beaulne précisait que cet article énonce les trois axes de l'administration fiduciaire⁵³, lesquels ont été confirmés par la jurisprudence⁵⁴ : la conservation des biens, la fructification du patrimoine et l'accroissement du patrimoine (ou la réalisation de l'affectation).

Le fiduciaire devra donc s'assurer que toute remise ne mettra pas en péril l'un des trois axes de l'administration fiduciaire. Prenons l'exemple d'un bénéficiaire du revenu demandant un empiètement correspondant à 50 % du patrimoine fiduciaire. Même si, selon le testament et les limites qu'il prévoit, le fiduciaire a le pouvoir discrétionnaire de donner suite à cette demande, il devra quand même se pencher sur les éléments de l'article 1306 C.c.Q. Si la remise de cette somme faisait en sorte de réduire à néant les liquidités disponibles en fiducie et de mettre en péril la conservation de l'immeuble qui compose l'autre moitié du patrimoine, cette remise serait sûrement contre-indiquée. De la même façon, si verser une si grande portion de capital faisait en sorte qu'il n'était plus possible, par la suite, de générer des revenus avec les biens en fiducie (notamment des placements), ou encore de faire croître le capital, ou, par manque de fonds, de réaliser l'affectation après la remise (par exemple, assurer un niveau de vie adéquat au bénéficiaire), l'empiètement pourrait ne pas être justifié. Au-delà des termes de l'acte, le fiduciaire devra donc, avant de prendre une décision, analyser les incidences d'un tel empiètement sur le patrimoine à l'aide de projections financières.

Une auteure notait également que, même si l'acte de fiducie contenait une dispense expresse par rapport à l'article 1306 C.c.Q., par exemple une dispense de faire fructifier les biens, le fiduciaire devrait quand même, s'il décidait de ne pas faire fructifier les biens, justifier cette décision ; il ne pourrait pas se servir de cette dispense pour agir de façon contraire à l'affectation de la fiducie ou ne pas agir du tout⁵⁵. Nous sommes d'accord avec cette position.

52. L'article 1306 C.c.Q. se lit comme suit : « Celui qui est chargé de la pleine administration doit conserver et faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation, lorsque l'intérêt du bénéficiaire ou la poursuite du but de la fiducie l'exigent. »

53. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 269 à 272, nos 291 à 296.

54. *Bell c. Molson*, 2012 QCCS 5498, par. 62 ; *Bell c. Molson*, 2015 QCCA 583, par. 28.

55. J. LORANGER, préc., note 24, p. 78.

L'article 1309 C.c.Q. confirme que le fiduciaire doit agir avec prudence et diligence. Le fiduciaire, même avec les pouvoirs discrétionnaires les plus étendus, ne pourrait pas agir de façon imprudente ou sans diligence raisonnable⁵⁶. Revenant à notre exemple précédent, nous pouvons nous demander si un administrateur prudent et diligent prendrait la décision de verser 50 % du capital qu'il administre si cela mettait en péril la conservation de ce patrimoine et la pérennité de son administration. Nous ne le croyons pas. Le devoir de prudence pourrait sûrement être écarté par l'acte constitutif, par exemple, en autorisant un type de placements risqué, tandis que le devoir de diligence semble inhérent au rôle d'administrateur du bien d'autrui⁵⁷.

L'article 1309 C.c.Q. prévoit le devoir de loyauté de l'administrateur du bien d'autrui, tandis que l'article 1310 C.c.Q. énonce que le fiduciaire ne peut pas agir pour son propre intérêt, celui d'un tiers ou encore se placer en conflit d'intérêts. Ce devoir de loyauté vise la fiducie et sa mission, et non les bénéficiaires directement⁵⁸. L'affaire *Brassard c. Brassard* apporte d'ailleurs un éclairage pertinent sur la question : « L'obligation de loyauté consiste, pour l'administrateur, à agir conformément à l'objet de ses pouvoirs. Aussi s'impose-t-elle à tout administrateur, sans admettre d'atténuation dans son intensité⁵⁹. » Au moment de faire une remise ou un empiètement de capital, le fiduciaire ne doit donc pas se demander s'il est loyal envers les bénéficiaires visés, mais plutôt s'il est loyal à l'affectation, au but de la fiducie. Ajoutons au passage que des auteurs soutiennent que ce devoir de loyauté ne pourrait pas être écarté par l'acte constitutif⁶⁰.

Enfin, comme le prévoit l'article 1317 C.c.Q., le fiduciaire est tenu à un devoir d'impartialité envers les bénéficiaires. Ce devoir ne signifie pas qu'il faille remettre exactement les mêmes sommes à tous les bénéficiaires ; il exige plutôt d'agir de façon neutre⁶¹ face à tous les bénéficiaires. Il oblige le fiduciaire à ne pas favoriser indûment un bénéficiaire par rapport aux autres et à ne pas agir au

56. Dans l'affaire *Bordeleau-Guillet c. Guillet*, 2020 QCCS 3256, le tribunal a étudié les agissements des administrateurs du bien d'autrui au regard de leurs obligations aux termes du Code civil afin de déterminer s'ils avaient correctement exercé leurs pouvoirs, dont certains discrétionnaires, de faire des remises.

57. J. LORANGER, préc., note 24, p. 79.

58. *Ibid.*, p. 82.

59. *Brassard c. Brassard*, 2009 QCCA 898.

60. J. LORANGER, préc., note 24, p. 81 ; M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, n° 288.

61. *Mondoux c. Lapierre*, [2005] R.J.Q. 2946 (C.S.).

détriment d'un bénéficiaire ou de plusieurs bénéficiaires ou encore d'un ordre de bénéficiaires.

Le devoir d'impartialité demeure-t-il en présence d'un pouvoir discrétionnaire ? Nous croyons que si les pouvoirs discrétionnaires sont étendus et qu'ils donnent le pouvoir au fiduciaire de privilégier un bénéficiaire plutôt que les autres, le devoir d'impartialité s'en trouverait amoindri. En revanche, selon nous, une dispense expresse du devoir d'impartialité sera nécessaire pour l'écartier complètement ; à défaut, le fiduciaire devra en tenir compte⁶² lors des remises ou empiètements. Dans l'affaire *Letendre c. Société de fiducie privée MD*⁶³, la Cour a même conclu que le fait d'accorder une priorité à une bénéficiaire dans l'acte constitutif n'écarte pas l'application de l'article 1317 C.c.Q., pas plus que ne le ferait une affectation large et discrétionnaire et un pouvoir d'empiéter sur le capital au profit de la bénéficiaire du revenu.

Bref, le devoir d'impartialité du fiduciaire est un frein à la possibilité de faire des remises à son bon vouloir. Pensons particulièrement à l'exemple que nous avons présenté plus haut d'un empiètement de capital équivalant à 50 % du patrimoine. Une remise entamant de façon aussi importante le capital en plus de limiter ses possibilités d'accroissement se ferait sûrement au détriment du bénéficiaire du capital. Elle ne respecterait donc pas l'article 1317 C.c.Q. En présence de pouvoirs de remise ou d'empiètements discrétionnaires, il vaudra mieux, alors, si telle est la volonté du testateur, écarter expressément l'application de ce devoir d'impartialité ou prévoir que les fiduciaires n'auront aucune obligation de conserver une partie du capital pour les bénéficiaires des ordres subséquents.

Bien que nous ne souhaitions pas aborder ce sujet en détail dans le cadre de cet article, il demeure important de noter qu'un fiduciaire pourrait être tenu à des obligations supplémentaires ou encore à une responsabilité plus grande en raison de son statut de professionnel. En effet, la Cour a déjà reconnu que les obligations ou normes de conduites édictées par les ordres professionnels s'ajoutent aux obligations du fiduciaire prévues au *Code civil du Québec* lorsque le fiduciaire est un professionnel⁶⁴. De la même façon, on appliquera une norme différente pour un professionnel de

62. J. LORANGER, préc., note 24, p. 82.

63. *Letendre c. Société de fiducie privée MD*, préc., note 44, par. 42.

64. *Droit de la famille - 093071*, 2009 QCCA 2460, par. 82.

la gestion de biens, dans l'analyse de l'accomplissement de ses devoirs, soit celle applicable pour un professionnel de la gestion pour autrui⁶⁵. De plus, nous ne croyons pas que le fait qu'un professionnel agisse conjointement avec d'autres fiduciaires pourrait faire en sorte de le soustraire à ses obligations professionnelles, déontologiques ou réglementaires. C'est d'ailleurs la position de M^e Jean Lambert lorsqu'il traite de la question du notaire agissant comme liquidateur ou mandataire⁶⁶. La situation de l'administration collective par plusieurs fiduciaires peut d'ailleurs se révéler complexe lorsque plusieurs professionnels, dont les devoirs sont différents en raison de leur profession respective, agissent conjointement⁶⁷. Enfin, le tribunal peut tenir compte des circonstances de l'administration, notamment du caractère gratuit de la charge, au moment de déterminer l'étendue de la responsabilité de l'administrateur et les dommages-intérêts⁶⁸. Cela entraînera sûrement une responsabilité accrue pour le fiduciaire professionnel, habituellement rémunéré.

Le dernier point que nous allons aborder est capital : le testateur pourrait-il prévoir une clause d'exonération libérant le fiduciaire de sa responsabilité en cas de mauvais exercice de ses pouvoirs ? Aux fins de la présente réflexion, la question se résume ainsi : un testateur pourrait-il permettre à un fiduciaire de n'encourir aucune responsabilité lors de sa prise de décision dans le cadre d'une remise, c'est-à-dire s'il ne prend pas en considération tous les éléments énumérés ci-dessus ?

La Cour a déjà traité cette question. Dans l'affaire *Crawford c. Crawford McGregor*⁶⁹, l'acte de fiducie contenait une clause qui libérait la fiduciaire de toute responsabilité sauf en cas de faute intentionnelle ou de négligence grossière. Le tribunal a décidé qu'une clause de non-responsabilité de ce type ne pouvait pas libérer la fiduciaire d'une de ses obligations essentielles en tant qu'administratrice du bien d'autrui⁷⁰. Cette décision a été confirmée en appel⁷¹.

65. Lise I. BEAUDOIN, « Les conventions relatives à l'administration du bien d'autrui », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, *Les contrats relatifs à l'entreprise*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2001, 317, p. 337, n° 44.

66. Jean LAMBERT, « Notaire liquidateur et mandataire et déontologie », (2017) 1 *C.P. du N.* 105, 113.

67. On peut penser à l'obligation de certains professionnels de conserver les sommes du patrimoine fiduciaire dans leur compte en fidéicommis.

68. Art. 1318 C.c.Q.

69. 2013 QCCS 4460.

70. *Ibid.*, par. 109.

71. 2015 QCCA 273.

De la même façon, dans l'affaire *Bell c. Molson*⁷², la Cour supérieure, suivie par la Cour d'appel sur cette question, se dit d'avis que le fiduciaire qui ne s'acquitte pas de ses devoirs, notamment d'honnêteté et de loyauté, ou celui qui est négligent, manque de prudence et n'agit pas avec diligence, ne pourrait se prévaloir d'une clause d'exonération de responsabilité. On y établit également que l'obligation de prudence est d'ordre public.

La doctrine ajoute qu'« aucune clause d'exonération ne peut dispenser un fiduciaire de remplir les obligations minimales prévues par la loi »⁷³ et qu'« il ne semble pas en effet possible de s'engager à servir l'intérêt d'autrui ou une fin particulière sans s'obliger du même coup à s'en acquitter avec prudence et diligence »⁷⁴. Nous sommes donc d'avis qu'un constituant ne pourrait pas écarter toutes les obligations qui incombent au fiduciaire de façon à ce qu'il puisse n'encourir aucune responsabilité lorsqu'il effectue une remise ou un empiétement.

En conclusion, bien que les constituants veulent parfois conférer une discrétion très étendue au fiduciaire dans un objectif de simplifier l'administration de la fiducie, cela ne le soustrait pas aux règles s'appliquant à l'administration fiduciaire, ou autres règles légales. Dans l'affaire *Succession Terrill c. MRN*⁷⁵, le testament accordait une discrétion totale aux fiduciaires de déterminer ce qui sera qualifié de revenu et de capital aux fins de la fiducie. La Cour a rejeté la prétention selon laquelle cet article pourrait permettre aux fiduciaires de qualifier les sommes à leur gré, en changeant leur nature habituelle. Elle a plutôt soutenu que cette discrétion leur donnait le « droit d'appliquer les principes comptables appropriés pour déterminer la nature d'un montant reçu et l'administrer en conséquence »⁷⁶.

Au surplus, le fiduciaire agit au service du patrimoine fiduciaire⁷⁷ et non comme administrateur des biens des bénéficiaires directement. La Cour a déjà souligné cette distinction en précisant que, contrairement au tuteur, le fiduciaire qui a un pouvoir discrétion-

72. *Bell c. Molson*, préc., note 54.

73. J. LORANGER, préc., note 24, p. 88.

74. L.I. BEAUDOIN, préc., note 65, p. 340, n° 47.

75. 87 D.T.C. 492 (C.C.I.).

76. Caroline RHÉAUME, *Droit des fiducies*, 1^{re} éd., STEP Canada, 2017, p. 4-14, citant *Succession Terrill c. MRN*, préc., note 75.

77. Art. 1261 C.c.Q.

tionnaire de remise n'est pas tenu de verser les revenus ou le capital de la fiducie⁷⁸. Il doit, chaque fois, analyser l'opportunité d'une telle remise. La Cour étudiera d'ailleurs les différents devoirs du fiduciaire, notamment en tant qu'administrateur du bien d'autrui, par exemple lorsque vient le temps d'analyser une demande d'empiètement de capital⁷⁹. Ainsi, avant de poser une action, le fiduciaire doit l'analyser sur les plans juridique et factuel.

2.2 Les limites à la discrétion du fiduciaire aux termes du testament

L'acte de fiducie est primordial dans la vie du fiduciaire. Il lui sert de guide tout au long de son administration, non seulement pour les règles qui y sont établies, mais également pour y trouver l'esprit ou l'intention du constituant de la fiducie. L'affectation de la fiducie est l'un des éléments essentiels que l'on stipulera à l'acte. L'affectation constitue un élément essentiel, non seulement parce que la validité de la création du patrimoine d'affectation fiduciaire en dépend⁸⁰, mais également parce que les pouvoirs du fiduciaire sont implicitement limités par l'affectation⁸¹. Les pouvoirs du fiduciaire peuvent également avoir été expressément limités par le constituant⁸². Le fiduciaire devra donc porter une attention particulière à ces deux éléments au moment d'analyser une demande de versement de revenus ou de capital.

2.2.1 L'affectation de la fiducie

L'affectation est centrale à la fiducie puisqu'elle est un élément essentiel à sa constitution⁸³. En effet, c'est elle qui fait en sorte que le patrimoine soit reconnu comme patrimoine d'affectation, permettant qu'il ne soit rattaché à aucun sujet de droit⁸⁴. La finalité de la fiducie est également à la base du classement des fiducies par types⁸⁵.

78. *K.L. c. D.J.*, préc., note 17.

79. *Fiducie Desjardins inc. c. Autotte*, préc., note 47, par. 11.

80. Art. 2 et 1260 C.c.Q.

81. John B. CLAXTON, « Langage du droit de la fiducie », (2002) 62 *R. du B.* 273, 308, nos 71-72.

82. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 267, n° 290.

83. Art. 1260 C.c.Q. ; J. BEAULNE, préc., note 15, p. 148, nos 158-159.

84. Art. 2 C.c.Q.

85. Art. 1266 C.c.Q. ; J. BEAULNE, préc., note 15, p. 73, n° 80.

Qu'est-ce que l'affectation ? C'est le but poursuivi par la fiducie⁸⁶. Dans le cas de la fiducie personnelle, l'affectation pourra parfois être personnifiée par les bénéficiaires puisque le but sera de les avantager⁸⁷.

Malgré le fait que le fiduciaire ait la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire aux termes de l'article 1278 du *Code civil du Québec*, ses actions doivent néanmoins être en harmonie avec l'affectation de la fiducie. En effet, dans le cadre de son rôle, il est le serviteur de la mission de la fiducie. Il doit veiller à l'affectation des biens en fiducie⁸⁸ et agir dans l'intérêt de la fin poursuivie⁸⁹. Il n'est certainement pas le serviteur de ses propres intérêts, comme le serait un propriétaire. Il n'est pas non plus le serviteur des bénéficiaires, comme on pourrait être porté à le croire⁹⁰.

Il est utile de préciser que la recherche de l'affectation, cet élément central à la compréhension et à l'interprétation d'une fiducie, ne devrait pas se limiter à la lecture de la clause appelée « Affectation » au testament. En effet, afin de bien déterminer quelle est son affectation⁹¹, il faut prendre en compte l'acte constitutif en entier, en plus des circonstances entourant la création de la fiducie. L'ensemble de ces éléments permet de comprendre ce que le testateur avait en tête au moment de signer son testament fiduciaire et d'identifier son intention et ses objectifs. Ces derniers se traduisent par l'affectation devant guider le fiduciaire dans le cadre de son administration.

En conséquence, le fiduciaire doit, avant d'effectuer tout versement discrétionnaire, se demander si ce versement est conforme à l'affectation de la fiducie. En effet, bien qu'un fiduciaire détienne le pouvoir discrétionnaire de remettre certains biens, et que cette remise entre, à première vue, dans les limites prévues par l'acte et la loi, il se pourrait tout de même que cette remise ne soit pas appropriée au regard de l'affectation. Pensons à la remise d'un bien qui aurait pour effet de créer une situation que le testateur souhaitait éviter par la création de la fiducie ; par exemple, mener un béné-

86. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 148, n° 159.

87. *Ibid.*, p. 149, n° 159, citant *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*, 2005 QCCA 492 et *Québec (Curateur public) c. G. (G.)*, J.E. 98-9 (C.S.).

88. Art. 1265 C.c.Q.

89. Art. 1309 C.c.Q.

90. J. LORANGER, préc., note 28, p. 22:28.

91. J. LORANGER, préc., note 24, p. 73.

ficiaire vers une situation précaire alors que le but de la fiducie vise sa protection. Comme nous l'avons dit précédemment, le fiduciaire est celui qui donnera vie aux volontés du testateur, le tout en ayant la connaissance des circonstances présentes, circonstances que le testateur ne connaissait pas au moment de la rédaction de son testament.

La présence d'un pouvoir exprès dans l'acte de fiducie ne libère pas le fiduciaire de justifier l'exercice de ce pouvoir au regard de l'affectation⁹². Prenons le cas d'une fiducie désignant des bénéficiaires de revenus et du capital différents. À moins d'indication spécifique à cet effet, le fiduciaire ne pourrait pas, selon nous, se servir de larges pouvoirs d'empiètement de capital prévus à l'acte afin de remettre en entier le capital de la fiducie aux bénéficiaires des revenus. En effet, cela irait à l'encontre de l'affectation de la fiducie, soit, notamment, l'octroi d'un certain bénéfice aux bénéficiaires ultimes de capital⁹³.

Enfin, l'affectation pourra également guider le fiduciaire dans l'analyse de ses devoirs et obligations. Par exemple, la juriste Julie Loranger soulevait le fait que l'article 1317 C.c.Q., lequel précise le devoir d'impartialité incombant à l'administrateur du bien d'autrui, s'applique à tous les fiduciaires, à moins d'une dispense expresse, ou que « l'affectation de la fiducie justifie qu'ils agissent autrement »⁹⁴. Un fiduciaire à qui l'affectation de la fiducie demande expressément qu'il agisse d'une certaine façon devra accorder priorité à ces directives plutôt qu'aux articles généraux du Code civil qui ne sont pas d'ordre public. C'est donc dire toute l'importance de l'affectation dans l'administration d'une fiducie ! Un fiduciaire ne saurait se soustraire aux devoirs prévus au *Code civil du Québec* s'il n'est pas évident, à la lecture de l'affectation, qu'il était de la volonté du testateur de libérer le fiduciaire de cette obligation afin qu'il puisse réaliser l'affectation. Il doit donc toujours s'appuyer sur une dispense donnée clairement par le constituant ou découlant directement de ses directives.

2.2.2 Les pouvoirs et balises prévus au testament

Une fois l'affectation de la fiducie bien en tête, il faudra, bien sûr, consulter le testament afin de correctement identifier les pou-

92. *Ibid.*, p. 94.

93. *Ibid.*, p. 83.

94. *Ibid.*, p. 82.

voirs accordés par le testateur et les limites qu'il a prévues. Dans une structure prévoyant des bénéficiaires des revenus et, à leur décès, des bénéficiaires du capital, il est généralement admis par la doctrine que le testateur a la faculté d'accorder au fiduciaire un pouvoir discrétionnaire d'empiétement sur le capital au profit des bénéficiaires qui reçoivent actuellement du revenu⁹⁵ et, surtout, que le fiduciaire pourra exercer ce pouvoir.

Le constituant pourra également prévoir à l'acte les limites et les modalités liées à l'exercice de ce pouvoir. Prenons, à titre d'exemple, le pouvoir d'empiéter sur le capital en cas de maladie ou d'accident. Le fiduciaire ne pourrait pas, sans justificatif, se servir de son pouvoir discrétionnaire d'empiéter sur le capital pour simplement commencer à remettre un montant mensuel aux bénéficiaires des revenus. La « discrétion » du fiduciaire lui permettant d'empiéter sur le capital au profit de ces bénéficiaires doit toujours se comprendre comme étant une discrétion d'empiéter dans les limites prévues par l'acte de fiducie, et non un pouvoir de remettre du capital de façon discrétionnaire absolue, suivant sa bonne volonté.

Dans un tel cas, la discrétion du fiduciaire lui permet de déterminer si l'empiétement est opportun au regard de l'affectation, de l'acte de fiducie, de ses obligations, de la législation en vigueur et de la situation qui lui est présentée par le bénéficiaire. Cette discrétion signifie également qu'il n'aura pas ensuite à obtenir l'approbation des bénéficiaires pour effectuer cet empiétement. Sa discrétion lui permettrait aussi, selon nous, si aucune autre indication n'est donnée par le testateur, de déterminer la meilleure façon de verser le capital, par exemple. Mais il semble assez certain qu'une clause de ce genre ne doit pas être comprise comme donnant aux bénéficiaires des revenus un accès illimité au capital.

De la même façon, lors de toute remise discrétionnaire de revenu, le fiduciaire doit respecter les balises prévues à ce sujet. Il devra s'y plier et étayer son dossier afin de démontrer que les remises ont été faites en respect du testament, c'est-à-dire qu'il a exercé sa discrétion de façon conforme. En effet, le fiduciaire, en tant qu'administrateur du bien d'autrui, doit toujours agir dans le cadre prévu par le constituant, dans la mesure où ce cadre est légal⁹⁶.

95. André J. BARETTE, « Nouveaux problèmes courants en matière d'administration successorale et fiduciaire », tome 2, dans *Service de la formation du Barreau du Québec*, vol. 204, *Fiducies personnelles et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2004, 125, p. 127.

96. Art. 1299 C.c.Q.

Les remises discrétionnaires encadrées par certaines balises peuvent cependant donner lieu à de nombreuses difficultés d'interprétation. Par exemple, nous avons pu voir, devant les tribunaux, les difficultés d'interprétation auxquelles a donné lieu l'utilisation du terme « entretien » dans une clause prévoyant les remises aux bénéficiaires⁹⁷. Dans une autre affaire, la Cour a été confrontée à la difficulté d'interprétation d'une clause permettant l'utilisation de sommes afin que le bénéficiaire puisse « mener une vie confortable ». Elle a finalement décidé de limiter la discrétion des fiduciaires en fixant les remises sous forme de rente mensuelle⁹⁸. Ce genre de problème pourra plus facilement être évité en prévoyant des balises en termes de pourcentage du capital disponible ou de sommes établies par le testateur, ou encore en indiquant au fiduciaire les éléments devant être considérés au moment de prendre sa décision : par exemple, les revenus du bénéficiaire provenant de toutes sources.

3. L'incidence de la protection des droits fondamentaux sur la discrétion du fiduciaire testamentaire

Une autre limite à la discrétion du fiduciaire dans le cadre de ses fonctions est l'ensemble des règles d'ordre public et des droits fondamentaux qui encadrent notre système juridique. En fait, il serait surprenant que le fiduciaire puisse prétendre, en raison d'une clause de fiducie testamentaire lui accordant une très large discrétion, ne pas avoir à se soumettre, par exemple, à la *Charte des droits et libertés de la personne*⁹⁹ alors que la disposition préliminaire du Code civil elle-même prévoit que « [l]e Code civil du Québec régit, en harmonie avec la *Charte des droits et libertés de la personne* (chapitre C-12) et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens »¹⁰⁰. Après tout, la fiducie telle que nous la connaissons aujourd'hui est une créature du Code civil du Québec, lequel prévoit les règles l'encadrant. De plus, la Charte québécoise s'intègre dans la notion d'ordre public¹⁰¹, laquelle est applicable au droit privé.

97. *Duclos c. Bélanger*, 2001 CanLII 25072 (QC C.S.).

98. *Pichette c. Pichette*, 2003 CanLII 74402 (QC C.S.).

99. *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

100. *Code civil du Québec*, disposition préliminaire.

101. Carole TREMBLAY, « Les chartes des droits et libertés et les actes juridiques : un aperçu », (1992) 2 *C.P. du N.* 399, 409 et 416, nos 30 et 44.

Nous proposons d'examiner ici certains types de clauses accordant une discrétion au fiduciaire qui pourraient, selon nous, soulever des questionnements relatifs à l'ordre public et aux droits fondamentaux. Nous examinerons ensuite comment la mise en application de ces clauses peut également créer des difficultés à certains égards. L'objectif n'est pas de déterminer hors de tout doute si une clause ou condition pourrait être jugée contraire à l'ordre public ou violer les droits fondamentaux des bénéficiaires, mais plutôt de soulever les limites qui peuvent se présenter au fiduciaire qui use de sa discrétion dans le cadre de ses fonctions.

3.1 Les dispositions législatives encadrant les droits fondamentaux des bénéficiaires d'une fiducie

Afin de simplifier notre analyse, nous aborderons les exemples de clauses sous deux angles différents, soit, dans un premier temps, les libertés fondamentales ainsi que le droit à l'égalité, et, dans un deuxième temps, la protection de la vie privée. Nous nous concentrerons sur les dispositions législatives québécoises¹⁰².

3.1.1 La protection des libertés fondamentales et le droit à l'égalité

Il convient tout d'abord de présenter les principales dispositions législatives que nous utiliserons dans le cadre de notre analyse des droits et libertés fondamentaux de la personne ainsi que du droit à l'égalité et la protection contre la discrimination.

La *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁰³ (ci-après « Charte québécoise ») prévoit :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

[...]

102. Dans *Chaoullic. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, 793, la Cour suprême recommande de se pencher sur les règles spécifiques québécoises avant d'utiliser les dispositions de la *Charte canadienne des lois et libertés (Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11).

103. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 99.

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Une violation de ces dispositions dans un acte emportera certaines conséquences. Premièrement, une clause comportant discrimination est sans effet¹⁰⁴. Deuxièmement, le Code civil prévoit qu'une « condition impossible ou contraire à l'ordre public est réputée non écrite »¹⁰⁵. Ainsi, la condition, dans un testament, qui aurait comme effet de brimer des droits ou libertés fondamentaux reconnus par la Charte québécoise est considérée comme contraire à l'ordre public et, en conséquence, sans effet¹⁰⁶. Donc, si le tribunal établit qu'une condition brime les droits et libertés fondamentaux des légataires ou bénéficiaires, il déclarera la condition illicite. Cela n'aura pas pour effet de rendre le legs caduc ; les légataires ou bénéficiaires n'auront simplement plus à satisfaire la condition¹⁰⁷ puisqu'elle sera réputée non écrite. Enfin, il faut noter que ces principes ne s'appliquent pas seulement aux légataires directs d'une succession, mais aussi, par exemple, au bénéficiaire du revenu qui se voit privé de celui-ci par une condition de ce type¹⁰⁸.

Il est vrai que le droit québécois reconnaît comme principe fondamental la liberté de tester¹⁰⁹. Cependant, cette liberté n'est pas absolue et elle ne peut justifier une atteinte aux droits fondamentaux des légataires¹¹⁰. Afin de déterminer si une clause porte atteinte aux droits fondamentaux des bénéficiaires, il faut se demander si le bénéficiaire se trouve confronté à un choix entre ses

104. *Ibid.*, art. 13.

105. Art. 757 C.c.Q.

106. *Lamothe c. Laroche*, 2016 QCCS 6259 ; *Savard c. Curtin-Savard*, 2012 QCCS 3523.

107. *Trahan (Succession)*, Re, 2004 CanLII 12577 (QC C.S.), par. 45.

108. *Central Guaranty Trust Co. c. Lefebvre-Gervais*, [1992] R.J.Q. 2264 (C.S.).

109. Art. 613 et 703 C.c.Q.

110. Art. 757 C.c.Q. ; Madeleine CANTIN CUMYN, « La liberté testamentaire et la Charte des droits et libertés de la personne », (1981) 84 R. du N. 223, 227.

droits découlant de la fiducie et ses droits fondamentaux protégés par la Charte québécoise¹¹¹.

Le premier exemple de clause est celle qui prévoit le pouvoir discrétionnaire du fiduciaire de cesser les remises au bénéficiaire de la fiducie qui se joint à un ordre, une communauté ou une secte religieuse. Cette clause prévoit même parfois certains détails sur ce que le testateur cherche à éviter, par exemple, une telle communauté qui exige de faire vœu de pauvreté ou de lui remettre ses biens.

Cette condition nous semble brimer le droit fondamental à la liberté de religion prévu à l'article 3 de la Charte québécoise¹¹², ainsi que constituer une discrimination basée sur la religion en violation de l'article 10 de la Charte¹¹³. Ce genre de condition a d'ailleurs déjà été analysé par les tribunaux : une condition qui force les héritiers à professer leur foi pour une certaine religion est nulle puisque contraire à l'ordre public¹¹⁴. De la même façon, est contraire à l'ordre public une condition dans un testament qui forcerait les légataires à choisir entre le respect leurs convictions religieuses et recevoir les biens qui leur seraient dévolus par legs¹¹⁵.

Notre deuxième exemple prévoit que le fiduciaire pourra, ou devra, cesser les remises en faveur d'un bénéficiaire qui a des problèmes de jeu. Bien qu'à première vue le droit de jouer à des jeux de hasard ne soit pas en lui-même une liberté fondamentale protégée par la Charte québécoise, on peut se demander si le problème de jeu compulsif ne pourrait pas être considéré comme un handicap. Si c'était le cas, cesser les remises auprès d'un bénéficiaire qui a ce problème constituerait une discrimination au sens de l'article 10 de la Charte québécoise. Bien que le tribunal n'ait pas confirmé que le jeu compulsif est en tout temps un handicap, nous recommandons au fiduciaire qui doit prendre des décisions découlant d'une clause de ce type de faire preuve de prudence. Au surplus, nous pensons qu'une telle clause pourrait bafouer le droit à la vie privée du bénéficiaire, ce sur quoi nous reviendrons dans la prochaine section.

Discutons, troisièmement, de la clause qui demande ou suggère une cessation des remises au bénéficiaire s'il fait usage de

111. *Ibid.*, p. 235.

112. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 99, art. 3

113. *Ibid.*, art. 10.

114. *Kimpton c. Cie de chemin de fer du Pacifique Canadien*, 1888 CanLII 76 (QC C.S.).

115. *Klein c. Klein*, [1967] C.S. 300.

substances créant une dépendance. Cette rédaction est large et peu précise. Il nous semble qu'elle pourrait couvrir la consommation d'alcool et même, à la rigueur, la consommation de café. Quoi qu'il en soit, et même si une telle clause précisait le type de dépendance, par exemple aux drogues et à l'alcool, ces dépendances sont reconnues comme étant des handicaps¹¹⁶ qui tomberaient sous le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination prévus à l'article 10 de la Charte québécoise¹¹⁷.

Certaines clauses prévoient également un pouvoir ou un devoir de cesser de remettre des biens aux bénéficiaires qui souffrent de troubles psychiatriques. On prend parfois la peine de préciser que ce sont, par exemple, les troubles psychiatriques qui peuvent nuire au jugement du bénéficiaire. Nul besoin d'examiner la question plus longuement, puisque le trouble psychiatrique est un handicap reconnu en droit¹¹⁸. Empêcher un bénéficiaire de jouir de ses droits aux termes de la fiducie pour cette raison constituerait donc un acte discriminatoire¹¹⁹. La clause qui donne instruction au fiduciaire de cesser les remises en cas de problème psychiatrique du bénéficiaire nous semble réputée non écrite conformément à l'article 13 de la Charte québécoise et à l'article 757 du *Code civil du Québec*.

Plusieurs autres types de clauses pourraient être considérées comme brimant les droits et libertés fondamentaux ou le droit à l'égalité des bénéficiaires. Par exemple, une clause discriminant un bénéficiaire sur son état civil serait contraire à l'ordre public¹²⁰. Au-delà des clauses analysées précédemment, la prudence est donc toujours de mise pour le fiduciaire qui prend des décisions basées sur certains facteurs de discrimination couverts par la Charte québécoise.

On peut se demander si un fiduciaire qui applique une clause discriminatoire et invalide pourrait engager sa responsabilité. Par exemple, une telle application pourrait être vue comme un non-respect de son obligation de prudence et de diligence ou encore d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire¹²¹. En plus des différents recours

116. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Doucet*, [1999] R.J.Q. 2151 (T.D.P.).

117. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 99, art. 10.

118. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665.

119. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 99, art. 10.

120. *Lamothe c. Laroche*, préc., note 106.

121. Art. 1309 C.c.Q.

suivant la Charte québécoise visant à faire cesser l'atteinte aux droits fondamentaux, nous pensons que l'article 1290 C.c.Q. pourrait ouvrir certains recours contre les actes faits par le fiduciaire en fraude des droits du bénéficiaire. L'article 1284 C.c.Q. permettrait également au bénéficiaire d'exiger le paiement de ce qui devrait lui être versé.

Enfin, que se passerait-il si le testateur prévoyait, dans son testament fiduciaire, que son intention n'est pas de brimer les droits fondamentaux de ses bénéficiaires, et expliquait ses raisons et convictions pour prévoir de telles clauses ? Cela permettrait-il de sauvegarder ces clauses ? Nous ne le croyons pas puisque, en matière de discrimination, l'intention de discriminer n'est pas un critère d'analyse ; on peut donc discriminer malgré notre bonne foi¹²².

3.1.2 *Le droit à la vie privée*

Les principales dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne*¹²³ prévoyant le respect du droit à la vie se lisent comme suit :

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Le *Code civil du Québec* prévoit, quant à lui, ce qui suit :

3. Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l'inviolabilité et à l'intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée.

Ces droits sont incessibles.

[...]

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci y consente ou sans que la loi l'autorise.

122. *Québec (Ville de) c. CDP*, [1989] R.J.Q. 1831 (C.S.).

123. Préc., note 99.

Notons au passage que le droit à la libre jouissance des biens couvre non seulement les biens dont une personne est propriétaire, mais également ceux qu'elle peut revendiquer¹²⁴. Un bénéficiaire qui a droit aux revenus d'une fiducie et voit ses remises suspendues en contravention des dispositions de la Charte québécoise subirait donc une atteinte à la libre jouissance de ses biens. L'enjeu ici n'est pas le fait de priver le bénéficiaire de la jouissance des actifs légués en échelonnant les remises dans le temps, ce qui est permis en utilisant le véhicule de la fiducie. Il se présente plutôt dans un contexte où des remises prévues au testament ne sont pas effectuées en raison d'une condition basée sur un droit fondamental protégé, notamment le droit à la vie privée.

Si les versements de revenus ou de capital d'une fiducie sont entièrement discrétionnaires, il sera certainement plus difficile de démontrer que ces revenus ou ce capital sont des biens qui peuvent être revendiqués par le bénéficiaire. En revanche, nous croyons que si le bénéficiaire a normalement droit, par exemple, à tous les revenus, et qu'une clause prévoit la suspension des remises, soit automatiquement ou parce que le fiduciaire a la discrétion de cesser les remises pour une de ces raisons qui est protégée par la Charte québécoise, le bénéficiaire pourra soutenir que son droit aux revenus lui était normalement acquis¹²⁵. Dans tous les cas, nous sommes convaincus que ce type de clause présente, minimalement, un risque à cet égard dont il faut demeurer conscient.

Revenons donc, tout d'abord, à notre clause prévoyant la suspension des remises en cas d'adhésion à une communauté religieuse, mais afin de plutôt l'analyser sous l'angle de la vie privée. Nous croyons qu'une telle clause est susceptible de brimer le droit du bénéficiaire à la libre jouissance et disposition de ses biens ainsi que son droit à la vie privée, lesquels sont protégés par les articles précédemment cités. Pensons à l'exemple de la clause qui empêche de remettre ses biens personnels à une communauté religieuse ; cela contrevient certainement au droit du bénéficiaire de disposer de ses biens comme il l'entend. De plus, les pratiques et croyances religieuses semblent relever du secteur privé de notre existence.

De la même façon, la clause qui empêche le bénéficiaire qui souffre de dépendance au jeu ou de problèmes de jeu de recevoir ses

124. *Ryan c. Ryan*, 2015 QCCS 2769.

125. Voir l'art. 1284 C.c.Q.

remises nous semble porter atteinte à son droit à la vie privée et à la libre jouissance de ses biens. De quel droit le limiterait-on dans ses activités personnelles sous peine de lui retirer des biens qu'il pourrait revendiquer ?

Le même raisonnement pourrait, selon nous, s'appliquer à la clause qui prévoit la fin des remises à un bénéficiaire qui consomme des substances pouvant créer une dépendance. Même s'il n'est pas prévu un droit de consommer certaines substances à la Charte québécoise, le droit à la vie privée sous-entend le droit de tous de faire des choix de nature personnelle¹²⁶. Il nous semble que dicter ses choix ou son mode de vie au bénéficiaire sous peine de lui retirer la jouissance de ses biens irait à l'encontre de ces principes.

Les tribunaux n'ayant jamais abordé cette question directement, il nous faudra tenter de faire des parallèles. La Cour a, par exemple, conclu que dicter à un légataire son lieu de vie, en le privant de son legs s'il ne respectait pas ces directives, allait à l'encontre de l'article 6 de la Charte québécoise¹²⁷. L'obligation de résider en un lieu donné violerait également les articles 5 et 7 de la Charte québécoise¹²⁸. Une clause qui forcerait le bénéficiaire à changer son nom irait aussi à l'encontre des articles de la Charte protégeant le droit à la vie privée, en plus des articles 3 et 36 du *Code civil du Québec*¹²⁹. Ces décisions démontrent que le tribunal jugera habituellement qu'une condition qui contraint le bénéficiaire à choisir entre son droit de faire des choix éminemment personnels et celui de jouir des biens qu'il peut réclamer est réputée non écrite en raison de l'article 757 C.c.Q., puisque illicite.

Nous croyons donc que le même raisonnement pourra s'appliquer aux exemples susmentionnés et que le fiduciaire ne pourra pas prendre des décisions ou appliquer des clauses qui briment la vie privée des bénéficiaires sous prétexte qu'il détient une certaine discrétion dans l'application de ces clauses. Il devra peut-être même obtenir un avis juridique ou s'adresser au tribunal afin de confirmer la validité de certaines clauses.

126. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, 1997 CanLII 335, [1997] 3 R.C.S. 844.

127. *Trahan (Succession)*, préc., note 107, par. 45.

128. *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 126.

129. *Savard c. Curtin-Savard*, préc., note 106.

3.2 Les enjeux pouvant découler de la mise en œuvre discrétionnaire de certaines clauses

Une autre question peut s'avérer encore plus préoccupante pour le fiduciaire qui décide d'utiliser sa discrétion afin d'appliquer une des clauses susmentionnées. En effet, même si ces clauses réussissaient à passer le test de la Charte québécoise et de l'article 757 du Code civil, il n'en demeure pas moins que leur application pourra apporter son lot de problèmes. L'application de ces clauses pourrait, selon nous, bafouer les droits fondamentaux des bénéficiaires sur deux plans, soit celui de la vie privée et des renseignements personnels, ainsi que celui du droit à l'inviolabilité et à l'intégrité.

3.2.1 La protection de la vie privée et des renseignements personnels

Quand nous pensons aux clauses qui prévoient la suspension des remises au bénéficiaire qui se joint à une communauté religieuse (et y transfère ses biens) ou qui joue de façon compulsive, on peut se demander quels moyens pourrait prendre le fiduciaire afin de vérifier que le bénéficiaire n'est pas dans une de ces situations.

Si le fiduciaire tentait d'accéder aux documents financiers et personnels du bénéficiaire afin de vérifier, entre autres, l'utilisation de ses fonds et ses différentes activités, il nous semble que cela porterait sans aucun doute atteinte à son droit à la vie privée au sens de l'article 5 de la Charte québécoise¹³⁰. De plus, s'il décidait, avec l'information obtenue, de constituer un dossier sur le bénéficiaire afin d'étayer ses décisions, il pourrait se trouver en violation de l'article 37 du Code civil qui prévoit ceci :

37. Toute personne qui constitue un dossier sur une autre personne doit avoir un intérêt sérieux et légitime à le faire. Elle ne peut recueillir que les renseignements pertinents à l'objet déclaré du dossier et elle ne peut, sans le consentement de l'intéressé ou l'autorisation de la loi, les communiquer à des tiers ou les utiliser à des fins incompatibles avec celles de sa constitution ; elle ne peut non plus, dans la constitution ou l'utilisation du dossier, porter autrement atteinte à la vie privée de l'intéressé ni à sa réputation.

130. *Charte des droits et libertés de la personne*, préc., note 99, art. 5.

Nous croyons qu'il serait difficile, pour le fiduciaire, dans un contexte comme celui-là, de justifier un intérêt sérieux et légitime afin de constituer un tel dossier.

Enfin, la collecte même des informations serait complexe puisque les organismes qui pourraient transmettre l'information se retrouveraient potentiellement à enfreindre les lois protégeant les renseignements personnels, notamment la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*¹³¹ ou la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*¹³².

Une autre façon pour le fiduciaire de vérifier l'applicabilité de ces clauses, ou même de celle encadrant la consommation de substances créant une dépendance, serait d'assurer une surveillance rapprochée du bénéficiaire. À titre anecdotique, nous avons déjà eu connaissance d'une clause qui permettait au fiduciaire, à sa discrétion, d'utiliser les sommes en fiducie afin d'avoir recours aux services d'un enquêteur privé pour vérifier si le bénéficiaire était dans l'une des situations pouvant provoquer la cessation des remises. Il nous semble qu'une telle situation porterait atteinte à la vie privée du bénéficiaire. D'ailleurs, cette situation nous apparaît couverte par l'article 36 du Code civil, lequel fournit des exemples d'atteinte à la vie privée :

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants :

- 1^o Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit ;
- 2^o Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée ;
- 3^o Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés ;
- 4^o Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit ;
- 5^o Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin que l'information légitime du public ;
- 6^o Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

131. RLRQ, c. P-39.1.

132. RLRQ, c. A-2.1.

Nous ne croyons donc pas, une fois de plus, que le fiduciaire pourra utiliser des techniques comme celles énumérées à l'article 36 C.c.Q. simplement parce que le testament fiduciaire le lui permet, à sa discrétion. Le droit fondamental à la vie privée d'un individu ne saurait être écarté par la simple attribution d'une discrétion au fiduciaire dans une fiducie testamentaire.

Enfin, si le fiduciaire décidait de soumettre son bénéficiaire à des tests urinaires ou d'haleine afin de détecter la présence d'une substance pouvant créer une dépendance, ces examens constitueraient certainement une atteinte à sa vie privée¹³³.

3.2.2 *Le droit à l'inviolabilité et à l'intégrité du bénéficiaire*

Comme nous venons de le souligner, le fiduciaire qui se trouve devant une clause lui permettant de cesser les remises en cas de dépendance du bénéficiaire à certaines substances, ou même en cas de problèmes psychologiques, pourrait être tenté, afin de faciliter sa tâche, de soumettre le bénéficiaire à certains examens médicaux ou à certaines évaluations médicales ou psychologiques. Qu'il s'agisse de prélèvements sanguins ou de consultations obligatoires avec des spécialistes, il nous semble clair qu'il existe un risque que ces exigences soient considérées des atteintes à l'inviolabilité et à l'intégrité du bénéficiaire, lesquelles sont protégées par l'article 10 du Code civil. Nous croyons que le consentement libre et éclairé aux soins de santé est un principe fondamental de notre droit, lequel est reflété au premier alinéa de l'article 11 du Code civil qui prévoit que « [n]ul ne peut être soumis sans son consentement à des soins, quelle qu'en soit la nature, qu'il s'agisse d'examens, de prélèvements, de traitements ou de toute autre intervention ».

En conséquence, il ne nous semble pas approprié qu'un fiduciaire force un bénéficiaire à renoncer à son droit de consentir ou non à des soins ou examens, sous peine de se voir retirer ses remises provenant de la fiducie. Le fiduciaire devrait donc garder en tête que sa discrétion dans le cadre de ses fonctions demeure toujours limitée par les droits fondamentaux des bénéficiaires et des tiers.

Bien que peu de jurisprudence sur ces questions précises existe à ce jour, il nous semble que le fiduciaire pourrait se voir

133. *Section locale 143 du Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Goodyear Canada inc.*, 2007 QCCA 1686.

reprocher d'avoir incorrectement exercé ses fonctions à ce titre, en plus de potentiellement s'exposer à des recours personnels selon la nature et gravité des actes.

4. La discrétion du fiduciaire de modifier ou de mettre fin à une fiducie testamentaire

Elle n'est pas si loin l'époque où, sous le *Code civil du Bas Canada*, il fallait recourir à une loi d'intérêt privé pour effectuer la plupart des modifications à une fiducie¹³⁴. Heureusement, l'adoption du *Code civil du Québec*, grâce à l'article 1294, a apporté une solution à cette situation loin d'être idéale. Les modalités visant la modification et la terminaison des fiducies prévues à cet article diffèrent de celles prévues pour les contrats en général, en ce qu'elles sont limitées et requièrent, à la lecture du texte de l'article et selon certains auteurs, l'intervention du tribunal¹³⁵.

À cause de ces modalités contraignantes à respecter pour modifier ou mettre fin à une fiducie, les testateurs ont parfois le réflexe d'insérer à l'acte de fiducie une clause octroyant au fiduciaire la discrétion de modifier ou mettre fin à la fiducie sans l'intervention du tribunal. Nous réfléchissons donc aux questions qui devront occuper un fiduciaire au moment d'avoir recours à une telle clause.

4.1 L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de modifier une fiducie par le fiduciaire

Dans la section énumérant les pouvoirs des fiduciaires, il n'est pas rare que soit prévue la clause suivante :

Modifications d'une fiducie. Modifier par acte notarié en minute, à leur seule discrétion, les dispositions du présent testament ou de l'une ou l'autre des fiducies créées aux termes du présent testament, selon les modalités qu'ils jugeront à propos si les nouvelles mesures,

134. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, art. 1294, p. 772.

135. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 413 ; J. BEAULNE, préc., note 15, p. 367 à 372, nos 408 à 410, lequel cite, à l'appui de sa position, André J. BARETTE, « Problèmes courants en matière d'administration successorale et fiduciaire », tome 3, dans Service de la formation du Barreau du Québec, vol. 225, *Fiducies personnelles et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2005, 79, p. 84. Voir également Julie LORANGER, « Aspects civils des modifications des fiducies », APFF, Congrès 1997 (Montréal), 22:1, p. 22:8.

entre autres sur le plan de la fiscalité applicable, permettent, selon eux, de mieux respecter ma volonté telle que celle-ci peut s'inférer aux termes des présentes ou favorisent l'accomplissement de telle fiducie, et ce, sans besoin de l'intervention du tribunal, à la condition toutefois qu'aucune modification ne soit apportée à l'égard de l'identité des personnes qui auront le droit de recevoir les biens de ma succession ou du patrimoine de la fiducie visée. Nonobstant ce qui précède, une modification ne devra jamais permettre aux fiduciaires d'effectuer des changements à une fiducie exclusive en faveur de mon conjoint si tel changement peut avoir pour effet de la disqualifier au sens du paragraphe 70(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.¹³⁶

On peut se demander de quelle façon un fiduciaire pourra utiliser sa discrétion découlant d'une telle clause et quelles en seront les limites.

Nous n'aborderons pas dans cet article la question du mécanisme de la rectification, que nous ne considérons pas comme une modification au sens strict du terme. De la même façon, nous considérons que l'exercice d'une faculté d'élire, comme le prévoient les articles 1282 et 1283 C.c.Q., n'est pas une modification à une fiducie, pas plus que l'utilisation de l'article 1281 C.c.Q. par le constituant. Nous ne considérerons pas non plus la désignation de fiduciaire conformément au mode de désignation prévu par le testament, prévu à l'article 1276 C.c.Q., comme une modification de fiducie.

4.1.1 *Les pouvoirs de modification de fiducie prévus au Code civil du Québec*

Il n'y a que trois articles dans la section du Code civil intitulée « Des modifications à la fiducie et au patrimoine ». Comme le premier d'entre eux, l'article 1293 C.c.Q., traite des apports subséquents au patrimoine fiduciaire, nous ne nous y attarderons pas. En ce qui concerne l'article 1294 C.c.Q., il porte sur les situations pouvant conduire à une modification d'un acte de fiducie, c'est-à-dire les cas où de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter la volonté du constituant ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie, mais sans pour autant y mettre fin. On utilise la conjonction « ou » puisque ces deux conditions ne sont pas cumulatives. C'est le tribunal qui, dans ces cas, pourra modifier l'acte constitutif de la

136. « Testament fiduciaire », dans *Répertoire de droit / nouvelle série, Libéralités, Formulaire, Document 3.3, article XX*, par. U (août 2014).

fiducie. Enfin, l'article 1295 C.c.Q. prévoit la liste des personnes à qui devra être donné avis de la demande de modification de l'acte de fiducie. Ces articles seraient, selon certains auteurs, d'ordre public¹³⁷. La jurisprudence a également considéré que l'article 1294 C.c.Q. était d'ordre public dans l'affaire *Fiducie Desjardins c. Tremblay*¹³⁸. Certains sont toutefois d'avis qu'il s'agit d'un ordre public de protection auquel on pourrait renoncer¹³⁹. Si c'est le cas, il resterait certainement à trancher la question de savoir qui pourra y renoncer !

Les commentaires du ministre de la Justice sont d'une grande utilité pour mieux comprendre l'article 1294 C.c.Q. On explique que l'objectif de cette disposition est de remédier aux obstacles ou lacunes qui peuvent nuire ou rendre impossible l'accomplissement de la fin de la fiducie en cours d'administration. On y donne également des exemples de modifications visées par cet article, soit : le nombre de fiduciaires, les pouvoirs des fiduciaires, des aspects de l'administration et la durée de la fiducie¹⁴⁰. Une modification visée par l'article 1294 devrait donc toucher l'administration de la fiducie, soit les règles et mécanismes permettant la réalisation de l'affectation, sans toutefois, justement, modifier cette affectation¹⁴¹. Nous sommes en accord avec la position de certains auteurs selon laquelle la modification visée par l'article 1294 C.c.Q. doit avoir pour objet de faciliter l'administration¹⁴². La Cour sera d'ailleurs portée à refuser une modification qui changerait l'affectation plutôt que d'être de nature purement administrative¹⁴³ et elle n'ira habituellement pas à l'encontre de la volonté du testateur à moins qu'il y ait preuve d'une contrainte particulière¹⁴⁴. La volonté du constituant pourra donc être pertinente au moment d'une demande judiciaire de modifica-

137. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 434 ; André J. BARETTE, « "Dead hand", l'administration fiduciaire et les intentions du défunt : toujours compatibles ? », dans Service de la formation du Barreau du Québec, vol. 353, *Développements récents en successions et fiducies*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2012, p. 191.

138. C.S. Montréal, n° 500-14-023112-048, 25 août 2004, j. Downs, cité par A.J. BARETTE, préc., note 135, p. 85.

139. Marc-Antoine DESCHAMPS, « Chronique – La modification unilatérale de l'acte de fiducie : possibilité ou fiction ? », dans *Repères*, août 2010, *La référence*, EYB2010REP974, p. 4.

140. MINISTÈRE DE LA JUSTICE, préc., note 134.

141. A.J. BARETTE, préc., note 137, p. 183.

142. *Ibid.*, p. 186.

143. *Lachance (Succession de)*, 2008 QCCS 1094, par. 80.

144. *Société de fiducie Banque de Nouvelle-Écosse (Trust Scotia) c. La Roque de Roquebrune*, 2007 QCCA 171.

tion de fiducie, la nature de la fiducie faisant en sorte que les tribunaux saisis d'une modification suivant l'article 1294 C.c.Q. auront le souci de ne pas remplacer totalement la volonté du constituant et, surtout, de ne pas créer de toute pièce un nouvel acte de fiducie¹⁴⁵. Cet article ne devrait donc pas être utilisé pour dénaturer ou modifier la finalité de la fiducie ou son affectation. En effet, comme discuté, l'affectation de la fiducie est un élément central à cette dernière.

Les modifications ne doivent pas non plus avoir pour objectif de modifier les droits des bénéficiaires, sauf pour les moduler afin de protéger un bénéficiaire et de mieux respecter l'affectation, soit l'esprit de la fiducie. Dans l'affaire *Rodrigue (Fiducie) c. Rodrigue*¹⁴⁶, la Cour a accepté, par exemple, de modifier les remises de sommes forfaitaires pour les remplacer par l'achat d'une rente, le tout dans l'objectif de protéger le bénéficiaire et de respecter l'affectation.

Faut-il que le testament soit ambigu pour donner application à l'article 1294 C.c.Q. afin de modifier celui-ci ? L'affaire *Lachance (Succession de)*¹⁴⁷ traite de cette question de façon intéressante dans le cadre d'une demande visant à diviser la fiducie en dix fiducies distinctes et à permettre certains empiètements. Selon le tribunal, la fiducie répondait toujours à la volonté du testateur ; le testament était clair et non ambigu et il n'y avait aucune preuve d'une erreur ou que le testateur n'avait pas apprécié correctement la situation au moment de la rédaction du testament¹⁴⁸. De la même façon, dans l'affaire *Poulin c. Poulin*¹⁴⁹, la Cour émettait un commentaire suivant lequel l'intervention du tribunal pour modifier la volonté du testateur, si celle-ci est clairement exprimée, devrait être limitée. Le juriste André Barette apporte un élément de réflexion intéressant à cette question. Il suggère qu'il ne faut pas confondre la modification apportée suivant l'article 1294 C.c.Q. et l'interprétation d'un testament ambigu. En conséquence, la volonté du testateur serait un critère subjectif qui sera plus ou moins pris en compte selon la complexité de la modification ou la lourdeur de

145. *Poirier c. De Coste*, 1997 CanLII 9314 (QC C.S.).

146. 2004 CanLII 42687 (QC C.S.). Voir aussi l'affaire *Salvo*, 2017 QCCS 2768, dans laquelle le tribunal a accepté de modifier une fiducie pour y ajouter comme bénéficiaire toute société dont tous les actionnaires sont une ou des personnes nommées comme bénéficiaires à l'acte de fiducie.

147. 2006 QCCS 6220.

148. *Lachance (Succession de)*, préc., note 143, par. 66 et 72.

149. 2010 QCCS 2928, par. 19.

l'administration fiduciaire, et qu'elle devrait principalement être prise en considération afin de s'assurer de ne pas dénaturer l'affectation¹⁵⁰. Le tribunal se penchera donc, entre autres, sur l'affectation de la fiducie et prendra en compte le devoir du fiduciaire de conserver et faire fructifier le patrimoine au moment d'analyser une demande en modification de fiducie¹⁵¹.

Il serait surprenant que le fiduciaire puisse modifier à sa pleine et entière discrétion une fiducie alors que le tribunal est astreint à une certaine analyse au moment de trancher une demande en modification. En effet, certains éléments d'analyse dictés par l'article 1294 C.c.Q. découlent directement de la nature même de l'institution fiduciaire, laquelle doit toujours être prise en compte par le fiduciaire bien qu'une discrétion puisse lui être accordée. Les guides établis par la jurisprudence afin d'analyser si une modification de fiducie est un mécanisme approprié pourront certainement guider le fiduciaire dans ses réflexions.

Le fiduciaire a-t-il des pouvoirs de modification de la fiducie aux termes du *Code civil du Québec*? Rien de tel n'est expressément prévu au Code civil.

La nature inhérente de la fiducie en tant que véhicule juridique dont la création, l'administration et la terminaison sont encadrées par la loi pourra alors peut-être venir guider notre réflexion. Depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, la fiducie est officiellement reconnue comme un patrimoine d'affectation distinct des patrimoines du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, patrimoine sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel¹⁵². Par conséquent, il nous semble possible qu'aucun de ces acteurs ne puisse détenir le pouvoir de modifier la fiducie¹⁵³. On pourra opposer à

150. A.J. BARETTE, préc., note 137, p. 189.

151. *Rhéaume c. Dufresne*, 2002 CanLII 40211 (QC C.S.).

152. Art. 1278 C.c.Q.

153. C'est la position soutenue par Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 755, p. 790 ; D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 416 ; Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « L'ABC des fiducies entre vifs : aspects civils et fiscaux », (1999) 2 *C.P. du N.* 251, 307, nos 174 et 176. Certains auteurs ne sont pas d'accord avec cette position ; voir notamment : Marylin PICCINI-ROY, « Fiducie discrétionnaire et droit civil », (2003) *Canadian Tax Journal* 1690, 1724 et 1725 ; B. CHRISTOV, préc., note 27 ; Troy MCEACHREN, « Case Comment: Modification of a Trust without (à suivre...) »

cette position que les droits réels ne sont pas nécessaires pour avoir un pouvoir de modification¹⁵⁴. Cependant, cela viendra certainement limiter le champ d'action du fiduciaire. En effet, le fiduciaire ne pourra pas agir à l'égard du patrimoine fiduciaire comme il le ferait avec son propre patrimoine à titre de propriétaire ni exercer sa discrétion de la même façon¹⁵⁵. Son seul pouvoir est d'agir en tant qu'administrateur du bien d'autrui conformément à l'acte de fiducie¹⁵⁶.

Il est, de plus, intéressant de noter que les articles du Code civil sont habituellement clairs sur les pouvoirs étant exercés par la fiducie ou son patrimoine ainsi que sur celui qui pourra les exercer. Par exemple, l'article 1293 C.c.Q. permet à toute personne de modifier, par apport, le patrimoine fiduciaire (en respect des limites prévues à l'acte de fiducie, bien sûr). À l'inverse, le pouvoir de désigner un fiduciaire lorsqu'il n'y en a aucun de nommé ou que celui-ci est impossible à désigner ou à remplacer selon les modalités prévues au testament, échoit sans ambiguïté au tribunal¹⁵⁷. L'article 1282 C.c.Q., quant à lui, prévoit expressément que le constituant a le pouvoir de conserver une faculté d'élire ou de conférer cette faculté au fiduciaire ou à un tiers. Si le législateur avait souhaité que le fiduciaire ait le pouvoir de modifier la fiducie qu'il administre, ou encore que le constituant ait le pouvoir de lui accorder cette faculté de modifier la fiducie, ne l'aurait-il pas prévu expressément ? Bien entendu, le Code civil n'est pas exhaustif et le constituant pourra prévoir plusieurs éléments à l'acte constitutif d'une fiducie. D'ailleurs, certains auteurs sont d'avis que l'article 1294 C.c.Q., en utilisant le terme « peut », énumère seulement une des façons de modifier une fiducie et est supplétif¹⁵⁸.

(...suite)

Court Approval – In the Matter of an Arrangement Proposed by TFI Holdings Inc. et al. », (2008) 67 R. du B. 203 ; Marie-Andrée TRUCHON, « Modification d'un acte de fiducie : aspects légaux et fiscaux », (2018) 37(4) *Revue de planification fiscale et financière* 621.

154. T. MCEACHREN, préc., note 153, p. 206 à 208.

155. Sur la distinction entre droits discrétionnaires et pouvoirs discrétionnaires, voir M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, nos 88 et s.

156. Art. 1261, 1265, 1299 et 1308 C.c.Q.

157. Art. 1277 C.c.Q.

158. T. MCEACHREN, préc., note 153, p. 206 ; M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139, p. 6.

4.1.2 *Les pouvoirs de modifier la fiducie accordés au fiduciaire par testament*

Lorsque rien n'est prévu à l'acte, les auteurs s'entendent généralement sur le fait qu'il faudra obtenir un jugement pour modifier une fiducie¹⁵⁹. En revanche, lorsqu'une clause de modification de l'acte de fiducie est prévue à l'acte, la doctrine semble toujours divisée¹⁶⁰.

Le constituant pourrait-il alors autoriser le fiduciaire à modifier la fiducie à sa discrétion dans son testament ?

La fiducie est créée, entre autres, par le transfert de biens du patrimoine du constituant au patrimoine fiduciaire¹⁶¹. Dans le cas qui nous occupe, soit la fiducie testamentaire, au moment où la fiducie s'ouvre, le constituant est décédé ; il va donc de soi qu'il n'ait pas le pouvoir de modifier la fiducie à ce moment. Ses héritiers n'ont pas non plus ce pouvoir en son nom. Même dans le contexte d'une fiducie entre vifs, le constituant, en transférant ses biens au patrimoine fiduciaire, a effectué une donation irrévocable et ne peut donc plus agir sur les biens à titre de propriétaire ou encore modifier les conditions de la fiducie. Cela irait à l'encontre de la structure juridique du patrimoine d'affectation fiduciaire que le constituant conserve un contrôle sur les biens de la fiducie¹⁶². Alors, comment pourrait-il déléguer ce pouvoir qu'il n'a pas lui-même¹⁶³ ? Et en contexte testamentaire, comment le testateur pourrait-il déléguer au fiduciaire le pouvoir de modifier certaines clauses fiduciaires prévues à son testament¹⁶⁴ ?

Si nous pensons aux autres legs non fiduciaires d'un testament, il nous apparaît que le testateur ne pourrait pas accorder au

159. Voir notamment : D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 413 ; M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139, p. 5.

160. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 436. Voir notamment : M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139, p. 5 ; B. CHRISTOV, préc., note 27, p. 152 et 156 ; Richard GAUTHIER, « Modifications à l'acte de fiducie, marcher sur la corde raide », Collection de l'APFF, 2006, Colloque, C. 159 ; Joshua A. KRANE, « Beneficiary-Initiated Modification of Trusts: A Comparative Examination », (2008) 38 R.G.D. 5, pour qui la modification de la fiducie par le fiduciaire est possible lorsqu'une clause lui accordant ce pouvoir est prévue à l'acte constitutif.

161. Art. 1260 C.c.Q.

162. Art. 2 et 1260 C.c.Q.

163. A.J. BARETTE, préc., note 137, p. 190 et 191.

164. A.J. BARETTE, préc., note 135, 77, p. 79 et 80 ; *Fiducie Desjardins inc. c. Montemurro*, C.S. Montréal, n° 500-05-073756-023, 22 mai 2003.

liquidateur le pouvoir de modifier purement et simplement son testament¹⁶⁵. On opposera à cette analyse le fait que la fiducie est une entité distincte de la succession¹⁶⁶, ce qui est vrai en ce sens que l'administration fiduciaire est distincte de l'administration successorale¹⁶⁷. L'utilisation du testament pour créer la fiducie limite tout de même la possibilité de modification conventionnelle, ce qui porte à croire que le véhicule juridique utilisé demeure pertinent à l'analyse. Le testament est un texte qui se veut habituellement immuable après le décès, sauf intervention du tribunal.

Selon certains juristes, la décision *In the Matter of an Arrangement Proposed by TFI Holdings Inc.*¹⁶⁸ confirmerait qu'un testateur peut octroyer un tel pouvoir de modification de la fiducie à son fiduciaire. En revanche, il faut nuancer la portée de cette décision qui a été rendue *ex parte* et portait sur une fiducie de revenus à vocation commerciale.

Il faut cependant reconnaître que l'ajout d'une clause prévoyant la possibilité de modifier l'acte de fiducie pour certaines raisons ou dans certaines balises semble faciliter la réflexion du tribunal qui fait face à une demande de modification de l'acte de fiducie, puisque la modification lui apparaîtra davantage conforme à la volonté du constituant¹⁶⁹. En ce sens, la clause indiquant cette volonté du testateur de permettre la modification de l'acte peut être utile.

4.1.3 Les pouvoirs discrétionnaires de modifier la fiducie

Nous pouvons, en premier lieu, nous demander si la fiducie pourrait être modifiée par acte accessoire. Dans le cadre d'une fiducie testamentaire, la modification de fiducie conventionnelle signée par le constituant et le fiduciaire n'est, évidemment, pas possible. L'acte accessoire devrait donc être un acte distinct signé par le fiduciaire uniquement.

Le professeur Jacques Beaulne a effectué une revue intéressante des différentes positions doctrinales sur la possibilité de

165. Art. 613 C.c.Q.

166. T. MCEACHREN, préc., note 153, p. 210 et 211.

167. A.J. BARETTE, préc., note 137, p. 193.

168. C.S. Montréal, n° 500-11-033006-087, 14 mai 2008.

169. *Davis (Estate)*, 2002 DCQI 133 (C.S.), par. 21.

modifier un acte de fiducie par acte accessoire¹⁷⁰. Certains auteurs, reconnaissant cette possibilité, soutiennent que l'acte accessoire crée une nouvelle relation contractuelle entre le constituant et le fiduciaire¹⁷¹. Les auteurs soutenant la position inverse s'opposent à ce mécanisme en prétendant qu'il n'existe pas de relation contractuelle entre les différents acteurs de la fiducie¹⁷² et ajoutent que le législateur aurait déjà prévu expressément les situations dans lesquelles on peut utiliser un acte accessoire pour modifier la fiducie, par exemple aux articles 1276 et 1282 C.c.Q.¹⁷³. De plus, donner le pouvoir au constituant de modifier la fiducie par acte accessoire pourrait être un accroc majeur à l'institution fiduciaire¹⁷⁴, surtout s'il s'agit de modifier l'affectation¹⁷⁵.

En conclusion, certains auteurs suggèrent qu'une modification portant sur un élément essentiel de la fiducie, sans recours au tribunal, et même lorsqu'une clause à l'acte de fiducie le permet, ne sera jamais possible ; pourtant, selon eux, il serait néanmoins possible de modifier les règles de régie interne de la fiducie par acte accessoire¹⁷⁶. Des exemples d'éléments essentiels sont l'affectation, le nombre, le mode de remplacement et les pouvoirs des fiduciaires, la détermination et les droits des bénéficiaires, ainsi que la durée et

170. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 372 à 376, nos 411-416.

171. Voir notamment : André MORISSETTE et Marie-Josée LAPIERRE, « L'utilisation des fiducies dans un contexte commercial », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, *Les contrats relatifs à l'entreprise*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 18 et 19, n° 23.

172. John E.C. BRIERLEY, « Titre sixième – De certains patrimoines d'affectation – Les articles 1256-1298 », dans BARREAU DU QUÉBEC ET CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil. Personnes, successions, biens*, t. 1, Ste-Foy, P.U.L., 1993, p. 748 et 749, n° 15.

173. Julie LORANGER, « La rédaction des fiducies établies par testament et par donation », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, mai 1995, p. 31.

174. M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139, p. 6 ; R. GAUTHIER, préc., note 160 ; *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, 2004 CSC 29 : l'intervention continue du constituant viendrait remettre en question l'existence de la fiducie.

175. François FRENETTE, « Les patrimoines sans titulaire ayant droit de cité au Code civil du Québec », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, 107, p. 112 : « [Le constituant] peut difficilement avoir la faculté de pouvoir revenir sur sa décision au gré de sa fantaisie. En fait, cette faculté lui est retirée parce qu'il doit se départir de la propriété des biens en question pour que leur affectation devienne le ciment qui les unit en lieu et place de sa personne. »

176. Julie BOULANGER, « Code civil du Québec et la fiducie : impact en planification fiscale et financière », (1992) 14(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 654, 659 à 661 ; J. LORANGER, préc., note 135, p. 22:8 ; D. BRUNEAU, préc., note 153, p. 792.

l'extinction de la fiducie¹⁷⁷. Cela tombe sous le sens. En effet, l'affectation de la fiducie doit revêtir un caractère permanent¹⁷⁸, étant un élément essentiel de sa création. De plus, dans le cadre d'une fiducie personnelle, le Code civil prévoit des limites claires au constituant qui veut octroyer le pouvoir d'élire des bénéficiaires au fiduciaire¹⁷⁹ ainsi qu'à celui qui l'exerce¹⁸⁰. Une clause ne respectant pas les limites de l'article 1282 C.c.Q. est réputée non-écrite¹⁸¹. Le testateur qui accorde à son fiduciaire le pouvoir de modifier les bénéficiaires à sa pleine et entière discrétion n'agirait-il pas en contravention de ces limites ?

Le fiduciaire aurait-il un pouvoir de modification par acte notarié ? L'affaire *Yared c. Karam*¹⁸² présente une trame factuelle parfaite pour analyser cette question. En effet, le fiduciaire avait utilisé le mécanisme de l'acte notarié pour tenter de modifier ses pouvoirs. La Cour supérieure conclut que la modification des pouvoirs du fiduciaire est une modification visée par l'article 1294 C.c.Q. qui doit être effectuée par le tribunal, après avis aux intéressés¹⁸³. Elle admet que la modification d'une fiducie par un fiduciaire est sujet de controverse chez les auteurs, surtout si un mécanisme de modification est prévu dans l'acte de fiducie. La Cour ajoute que, selon elle, le fiduciaire n'a pas ce pouvoir, même par acte notarié, si rien n'est prévu à l'acte de fiducie¹⁸⁴. La Cour d'appel n'a pas analysé en détail cette question et a seulement confirmé judiciairement la modification à l'acte de fiducie¹⁸⁵. L'affaire s'est conclue devant la Cour suprême du Canada¹⁸⁶ qui a confirmé que « [s]elon les articles 1294 et 1295 du C.c.Q., une telle modification ne peut être apportée que par le tribunal [...]. Ainsi, le juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsque, dans son interprétation de l'acte de fiducie, il n'a pas accordé d'importance à la [modification] »¹⁸⁷.

Enfin, les bénéficiaires pourraient-ils ratifier une modification de fiducie que le fiduciaire a effectuée ?

177. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 375 et 376, n° 416.

178. F. FRENETTE, préc., note 175, p. 112.

179. Art. 1282 C.c.Q.

180. Art. 1283 C.c.Q.

181. *Trust Général du Canada c. Poitras*, J.E. 99-30 (C.S.).

182. 2016 QCCS 5581.

183. *Ibid.*, par. 58.

184. *Ibid.*

185. *Yared c. Karam*, 2018 QCCA 320, par. 111.

186. *Yared c. Karam*, 2019 CSC 62.

187. *Ibid.*, par. 63.

Donner au bénéficiaire d'une fiducie le pouvoir de la modifier, ou de ratifier une modification effectuée par le fiduciaire, nous semble contraire au principe de l'administration exclusive du fiduciaire prévu à l'article 1278 C.c.Q. De plus, les bénéficiaires ne sont pas, en droit québécois, propriétaires des biens en fiducie¹⁸⁸. Cependant, il est vrai que le tribunal sera porté à analyser les intérêts et la volonté des bénéficiaires dans le contexte d'une décision prise en application de l'article 1294 C.c.Q. puisqu'on présume que l'objectif du constituant était, en créant la fiducie, de les avantager¹⁸⁹.

4.1.4 *Les obligations du fiduciaire et sa discrétion de modifier une fiducie*

Si la modification d'une fiducie par un fiduciaire est possible, elle ne sera, de toute façon, jamais absolue. Elle demeurera limitée par les obligations et devoirs qui lui incombent en tant que fiduciaire et administrateur du bien d'autrui¹⁹⁰. Le fiduciaire doit toujours agir dans l'intérêt des bénéficiaires ou de la fin poursuivie¹⁹¹. Il est soumis à plusieurs obligations aux termes des articles 1306, 1309 et 1310 C.c.Q., entre autres, que nous avons abordés plus haut. Il est également soumis à son devoir d'impartialité¹⁹² qui l'empêcherait, par une modification, de porter atteinte aux droits de certains bénéficiaires¹⁹³, sauf dispense prévue à l'acte constitutif. Il semble donc peu probable qu'un fiduciaire puisse exercer une discrétion absolue afin de modifier une fiducie à sa guise, et ce, même si cela est prévu au testament.

Même si plusieurs auteurs présentent des arguments suivant lesquels le recours judiciaire n'est pas requis pour modifier une fiducie en droit québécois¹⁹⁴, il existe toujours une controverse doctrinale à ce sujet et les tribunaux ne semblent pas avoir répondu

188. Art. 1265 C.c.Q.

189. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 434.

190. M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139, p. 7.

191. Art. 1309 C.c.Q.

192. Art. 1317 C.c.Q.

193. A.J. BARETTE, préc., note 137, p. 190.

194. Voir notamment les arguments de M.-A. TRUCHON, préc., note 153 ; M.-A. DESCHAMPS, préc., note 139 ; Marilyn PICCINI ROY, « The Quebec Trust or "Fiducie" », (2009) 16(4) *Journal of International Trust and Corporate Planning* 313, 314, 317 et 318 ; T. MCEACHREN, préc., note 153 ; John B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Carswell, 2005, p. 596, nos 24.47 à 24.72 ; B. CHRISTOV, préc., note 27.

clairement aux diverses questions qui en découlent. En attente d'une réponse claire pour clore ce débat, le fiduciaire qui souhaite modifier une fiducie testamentaire devra certainement faire preuve de prudence, notamment en s'assurant du respect de toutes ses obligations et tous ses devoirs aux termes de la loi et du testament, et en évaluant le risque de contestation de son geste.

4.2 L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de mettre fin à une fiducie par le fiduciaire

Tout comme il n'est pas rare de rencontrer, dans les testaments fiduciaires, des clauses permettant de modifier les fiducies testamentaires à la discrétion des fiduciaires, on rencontre maintenant dans certains testaments des clauses accordant au fiduciaire le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à la fiducie. Elles contiennent parfois certaines balises ou modalités, et parfois aucunes. Il convient donc de se demander de quelle façon le fiduciaire devra aborder ces clauses.

4.2.1 Les pouvoirs de terminaison d'une fiducie prévus au Code civil du Québec

Ce sont principalement les articles 1294 et 1296 du *Code civil du Québec* qui portent sur la terminaison d'une fiducie¹⁹⁵. L'article 1294 C.c.Q. permet au tribunal de mettre fin à une fiducie à la demande d'un intéressé lorsque cette fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant. On y ajoute : « notamment par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie ». L'article 1296 C.c.Q., quant à lui, énumère les autres causes mettant fin à la fiducie : la renonciation ou la caducité des droits de tous les bénéficiaires, l'arrivée du terme, l'avènement de la condition, l'atteinte du but de la fiducie ou, au contraire, l'impossibilité de l'atteindre constatée par le tribunal. On remarque que ces articles ne prévoient pas la possibilité pour le constituant, le fiduciaire ou le bénéficiaire de mettre fin à la fiducie, ni pour le constituant d'accorder à un tiers le pouvoir de mettre fin à la fiducie dans l'acte constitutif¹⁹⁶. De plus, selon la Cour, l'article 1294 C.c.Q. serait

195. L'article 1356 C.c.Q. énumère les causes de fin de l'administration du bien d'autrui.

196. Les acteurs n'auraient donc pas le pouvoir de mettre fin à la fiducie selon D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 153, p. 308, n^{os} 177-179.

d'ordre public, ce qui ferait que toute fin de fiducie devrait être confirmée par le tribunal, même si l'acte de fiducie contient une clause accordant le pouvoir de mettre fin à la fiducie¹⁹⁷. L'article 1295 C.c.Q. prévoit, enfin, à qui doit être donné avis de la demande, tandis que l'article 1297 C.c.Q. encadre la remise des biens du patrimoine fiduciaire advenant la fin de la fiducie.

La jurisprudence fait la distinction entre la situation qui dicte la fin de la fiducie et celle qui dicte plutôt sa modification. Un élément essentiel est le respect des conditions prévues au premier alinéa de l'article 1294 C.c.Q., soit que la fiducie ne remplisse plus la volonté première du constituant ou que l'accomplissement de son but soit devenu impossible ou trop onéreux. La jurisprudence a, par exemple, reconnu que les conditions économiques peuvent être bien différentes entre le moment de signer un testament fiduciaire et celui d'administrer la fiducie testamentaire, plusieurs années plus tard. Ce changement de conditions économiques est donc visé par le premier alinéa de l'article 1294 C.c.Q. et permet la fin de la fiducie par le tribunal¹⁹⁸, en fonction de l'évolution de la possibilité de remplir l'affectation à travers les années. Si les conditions ne sont pas remplies, la Cour privilégiera la modification de l'acte de fiducie, prévue au second alinéa de l'article 1294 C.c.Q., plutôt que la terminaison de la fiducie¹⁹⁹. Mettre fin à la fiducie n'est donc pas une solution à utiliser à la première difficulté venue. C'est plutôt une solution de dernier recours qui sera mise de l'avant lorsqu'il n'est plus possible de modifier la fiducie de façon à remplir la volonté première du constituant ou d'atteindre le but de la fiducie.

Le fiduciaire peut-il mettre fin à une fiducie testamentaire ? Tout d'abord, il est clair que le véhicule de la fiducie permet au testateur d'accorder au fiduciaire une certaine discrétion afin de planifier la remise des revenus et du capital. Si de telles remises devaient mener à la fin de la fiducie, cela ne tomberait pas, à notre avis, dans une situation visée par l'article 1294 C.c.Q., mais constituerait plutôt une terminaison de la fiducie par l'atteinte du but, comme le prévoit l'article 1296 C.c.Q. Le constituant peut également prévoir la fin de la fiducie à la survenance d'une circonstance pouvant être objectivement établie et que le fiduciaire devra seulement constater. Cette

197. *Fiducie Desjardins c. Tremblay*, préc., note 138.

198. *Forgeron (Succession de) c. Forgeron*, 1996 CanLII 4538 (QC C.S.) ; *Re Picard (Succession de)*, 2002 CanLII 4682 (QC C.S.).

199. *Marmet (Succession de) c. Marmet*, 1999 CanLII 11861 (QC C.S.).

situation ne pose, selon nous, pas de problème et serait valide. En effet, nous souscrivons à l'analyse du professeur Jacques Beaulne lorsqu'il soutient que ce type de clause ne serait, en fait, que la stipulation d'un terme ou d'une condition conformément au second alinéa de l'article 1296 C.c.Q. La terminaison d'une fiducie au moyen d'une telle clause n'entrerait donc pas sous l'application de l'article 1294 C.c.Q. et ne requerrait pas l'intervention du tribunal²⁰⁰. Le second alinéa de l'article 1296 C.c.Q. permet, dans ce cas, l'extinction de plein droit en vertu de l'acte constitutif. Cette extinction ne découlerait donc pas d'une décision du fiduciaire ou de l'utilisation d'un pouvoir discrétionnaire de sa part.

Il nous semble donc que le rédacteur de clauses prévoyant la fin de la fiducie devrait éviter de faire référence à la discrétion du fiduciaire, ce qui pourrait ouvrir un débat sur la validité de ces clauses. Ces dernières devraient plutôt identifier de façon non équivoque, par des balises et critères clairs, les situations ou événements qui mettront fin à la fiducie.

4.2.2 *Les pouvoirs de mettre fin à une fiducie accordés au fiduciaire par testament*

Le *Code civil de Québec* ne prévoit nulle part que le fiduciaire peut mettre fin à une fiducie à sa discrétion, pas plus qu'il ne prévoit que le constituant peut lui accorder ce pouvoir dans l'acte constitutif. En conséquence, et compte tenu du libellé de l'article 1294 C.c.Q., certains auteurs considèrent qu'une clause accordant un pouvoir de ce type ne pourrait pas dispenser le fiduciaire de recourir au tribunal pour mettre fin à la fiducie²⁰¹. D'autres ajoutent que cela reviendrait à reconnaître au fiduciaire un droit de vie ou de mort sur la fiducie, ce qui serait en contradiction avec son obligation de réaliser l'affectation²⁰², laquelle est stipulée à l'article 1265 C.c.Q. De plus, tout comme pour la modification de l'acte fiduciaire, nous nous demandons si le testateur peut réellement accorder à son fiduciaire un pouvoir que lui-même n'a pas. Il est également permis de penser que, si le législateur avait voulu permettre ce mode d'extinction, il l'aurait prévu à l'article 1296 C.c.Q. ou à l'article 1356 C.c.Q., ou encore, qu'il aurait donné le pouvoir de mettre fin à la fiducie à plus d'un acteur, et non seulement au tribunal, à l'article 1294 C.c.Q.

200. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 400 à 402, n° 450.1.

201. A.J. BARETTE, préc., note 135, p. 85.

202. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 414, n° 461.

Il serait surprenant que, alors que le tribunal s'impose certains critères d'analyse et un fardeau de preuve assez élevé devant une demande de mettre fin à une fiducie conformément à l'article 1294 C.c.Q., le fiduciaire puisse se voir attribuer une discrétion absolue de mettre fin à la fiducie testamentaire, sans analyse, sans fardeau de preuve, à son bon vouloir. Si le législateur avait voulu qu'on puisse mettre fin à une fiducie sans explication, pourquoi aurait-il alors prévu les situations précises qui commandent la fin d'une fiducie devant le tribunal ? Il semble, en effet, qu'il ait voulu conférer au véhicule de la fiducie une certaine stabilité.

Bref, une clause qui prévoit le pouvoir de mettre fin à la fiducie en tout temps pourrait être, comme l'ont déjà soulevé certains auteurs, invalide²⁰³. D'autres, à l'inverse, soutiennent qu'un constituant peut accorder à son fiduciaire le pouvoir de déterminer une date de fin de fiducie à sa discrétion²⁰⁴. L'insertion d'une telle clause à l'acte semble influencer favorablement le tribunal qui fait face à une demande de mettre fin à une fiducie²⁰⁵.

Il n'est pas ici question de mettre fin à la controverse doctrinale présentement en cours sur cette question, mais plutôt de souligner le fait que le fiduciaire qui se voit accorder le pouvoir discrétionnaire de mettre fin à une fiducie, dans un testament, ne pourra pas, selon nous, se servir de cette discrétion sans analyse préalable et sans faire preuve de prudence, sous peine de se faire reprocher un certain aveuglement volontaire.

4.2.3 *La terminaison d'une fiducie par ses différents acteurs*

Est-il possible de mettre fin à une fiducie à la demande de tous les bénéficiaires ? Cette question nous intéresse dans la mesure où nous nous demandons si le fiduciaire pourrait mettre fin à une fiducie à la demande des bénéficiaires, ou, encore, si le fiduciaire qui désire, à sa discrétion, mettre fin à une fiducie testamentaire pourrait sécuriser sa décision en obtenant une demande de fin de fiducie signée par tous les bénéficiaires.

203. C. RHÉAUME, préc., note 76, p. 7-21, citant Julie LORANGER, « La liquidation des fiducies », APFF, Colloque C181 – Fiducies, 19 février 2009 ; J. BEAULNE, préc., note 15, p. 417, n° 463.

204. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 153, p. 310, n^{os} 186 à 188.

205. *Forgeron (Succession de)* c. *Forgeron*, préc., note 198.

La réponse, en droit civil, nous semble être qu'une telle méthode n'est pas valide. Tout d'abord, dans le cadre d'une requête en vertu de l'article 1294 C.c.Q., le tribunal ne pourrait mettre fin à la fiducie que si elle a cessé de répondre à la volonté première du constituant²⁰⁶, « et ce, quelles que puissent être les raisons invoquées par les parties »²⁰⁷. On voit mal, si la demande des bénéficiaires ne peut pas, en elle-même, permettre le succès d'un recours en fin de fiducie devant le tribunal, comment les bénéficiaires pourraient détenir ce pouvoir sans recours aux tribunaux. Dans l'affaire *Fortier*, le juge rappelle d'ailleurs que si le législateur avait voulu conférer aux bénéficiaires ce pouvoir, il aurait pu le faire, mais qu'il ne l'a pas fait, accordant plutôt au tribunal un rôle de protecteur de la volonté première du constituant²⁰⁸. Cela est également conforme au fait que le fiduciaire est le serviteur de la fin de la fiducie²⁰⁹, des dernières volontés du testateur, et non pas des bénéficiaires. Le tribunal, dans l'affaire *Stevenson c. National Trust*²¹⁰, s'est d'ailleurs penchée sur l'intention du testateur pour l'aider à déterminer si des circonstances inconnues de ce dernier rendent trop onéreuse la poursuite de la fiducie, plutôt que d'analyser la volonté des bénéficiaires.

Nous souscrivons donc à la position de Jacques Beaulne, selon laquelle une convention, même unanime, entre bénéficiaires ne peut pas mettre fin à une fiducie et que toute convention visant à contourner le partage prévu à l'article 1297 C.c.Q. serait nulle²¹¹. Les bénéficiaires ne pourraient pas tenter ainsi de déjouer l'acte de fiducie²¹².

La situation diffère dans certaines provinces de common law à cause du principe découlant de l'arrêt *Saunders c. Vautier*²¹³ selon lequel les bénéficiaires peuvent mettre fin à la fiducie par consentement, à certaines conditions, puisque ce sont eux qui ont le « beneficial interest », le droit de jouissance dans la fiducie. Cette règle ne

206. *Pichette c. Pichette*, préc., note 98.

207. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 426.

208. *Fortier c. Fortier*, 2006 QCCS 1281. Voir également *Alkallay c. Bratt*, 2002 CanLII 18363 (QC C.S.).

209. J. LORANGER, préc., note 24, p. 94.

210. D. BRUNEAU, préc., note 6, p. 426, citant *Stevenson c. National Trust*, J.E. 95-780 (C.S.).

211. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 418, n° 465.

212. Jocelyn DUBÉ, « De la renonciation à une fiducie personnelle », (2002) 81(2) R. du B. can. 431, 440.

213. *Saunders c. Vautier*, préc., note 5.

s'applique pas au Québec²¹⁴, les provinces de common law ne partageant pas la forme juridique de notre fiducie en tant que patrimoine d'affectation.

4.2.4 *Les obligations du fiduciaire et sa discrétion de mettre fin à une fiducie*

Rappelons que le fiduciaire a, conformément à l'article 1306 C.c.Q., différentes obligations, soit celles de conserver, de faire fructifier et d'accroître le patrimoine fiduciaire (ou réaliser l'affectation, dans le dernier cas). Il nous semble que le fiduciaire qui décide d'utiliser sa discrétion pour mettre fin à la fiducie testamentaire ne pourrait le faire sans tenir compte de ces obligations et que, comme nous l'avons dit plus tôt, la simple utilisation du terme « discrétion » ne le libère pas, de ces obligations.

Selon l'article 1308 C.c.Q., l'administrateur du bien d'autrui doit agir dans les limites de ses pouvoirs et respecter les obligations édictées non seulement par l'acte constitutif, mais également par la loi (sauf si les dispositions de la loi ne sont pas impératives et sont écartées expressément par l'acte). Il nous semble que mettre fin à la fiducie prématurément, sans justificatif, sous prétexte d'en avoir le pouvoir discrétionnaire, irait à l'encontre des obligations énumérées ci-dessus puisque cela reviendrait à se départir du patrimoine fiduciaire sans fructification ni accroissement. Si, de plus, cette fin va à l'encontre de la réalisation de l'affectation, la décision nous semble encore plus discutable, le fiduciaire étant le serviteur de la mission de la fiducie²¹⁵. Au surplus, le fiduciaire doit administrer les biens du patrimoine fiduciaire dans l'intérêt des bénéficiaires et il a une obligation d'impartialité envers tous les bénéficiaires aux termes de l'article 1317 C.c.Q. Ces obligations s'imposent toujours au fiduciaire qui désire poser un acte pour mettre fin à une fiducie²¹⁶. Il nous apparaît donc probable que le fiduciaire qui déciderait de mettre fin à l'avance à une fiducie, et d'en remettre les biens, puisse se voir reprocher d'avoir manqué à son obligation de protéger les intérêts des bénéficiaires éventuels de la fiducie.

En plus d'être limitée par ses obligations à titre de fiduciaire, sa discrétion pourra se voir limitée par les questions entourant la validité de la clause la lui accordant.

214. *Alkallay c. Bratt*, préc., note 208.

215. Art. 1265 et 1309 C.c.Q. ; J. LORANGER, préc., note 28, p. 22:28.

216. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 153, p. 310, n° 188.

On peut se demander si le fiduciaire pourrait devancer la remise de capital avant le terme, faisant en sorte que la fiducie prenne fin à l'avance. Rappelons seulement que le fiduciaire ayant le pouvoir d'effectuer de telles avances aux termes du testament devra toujours prendre en compte ses devoirs et obligations fiduciaires, lesquels ont été détaillés.

En conclusion, nous sommes d'avis que la discrétion accordée au fiduciaire de mettre fin à la fiducie qu'il administre est soumise à de nombreuses contraintes et pourrait même être déclarée invalide, selon le contexte. En l'absence de réponse claire à ce débat doctrinal par les tribunaux, nous recommandons au fiduciaire la plus grande prudence au moment d'utiliser une telle discrétion. Nous ne reprendrons pas ici nos commentaires précédents sur la nécessité pour le fiduciaire d'agir conformément à l'affectation de la fiducie, mais cette exigence limitera certainement les actes que le fiduciaire pourra poser dans le cadre de ces remises ainsi que les actes visant à mettre fin à la fiducie²¹⁷.

CONCLUSION

Force est donc de constater, à la lumière de ce qui précède, qu'une clause accordant au fiduciaire un pouvoir discrétionnaire, que ce soit celui de remettre certaines sommes, prévoir des conditions aux remises pouvant être protégées par certains droits fondamentaux ou encore modifier ou mettre fin à la fiducie, impliquera pour lui une importante réflexion. Il ne pourra pas se cacher derrière cette discrétion pour éclipser cette analyse en prétextant que celle-ci est absolue.

D'ailleurs, il serait difficile de reconnaître que le testateur puisse lui accorder une discrétion absolue, soumise à aucune limite, puisque selon plusieurs auteurs, le *Code civil du Québec* contient, en matière de fiducie, plusieurs articles d'ordre public²¹⁸.

217. *Ibid.*

218. Notamment, les articles 1337 et 1338 C.c.Q. sur la délégation des pouvoirs de l'administrateur du bien d'autrui. Voir à ce sujet : C. RHÉAUME, préc., note 76, p. 5-27, citant Hugo PATENAUDE, « Partie A – Panel sur les fiducies, section 6. Délégation de pouvoirs », APFF, Colloque 226, 29 janvier 2014. Les articles 1287 et 1290 C.c.Q., qui soumettent l'administration du fiduciaire à la surveillance du constituant, ou ses ayants droit, et des bénéficiaires, sont généralement reconnus comme étant d'ordre public, tout comme l'obligation du fiduciaire de préparer un inventaire. Voir J. LORANGER, préc., note 24, p. 92 et 93.

Cela nous semble en parfait alignement avec la position selon laquelle « [u]n pouvoir privé n'est jamais libre, absolu ou discrétionnaire en ce sens que l'administrateur n'ait pas à rendre compte de son exercice »²¹⁹. Cette position est également partagée par certains auteurs qui affirment que l'obligation de l'administrateur du bien d'autrui de rendre compte est d'ordre public²²⁰.

Le fiduciaire a toujours l'obligation de justifier ses décisions, qu'elles soient ou non discrétionnaires, au regard de l'acte de fiducie et de la loi. Compte tenu des différentes obligations qui lui incombent à titre d'administrateur du bien d'autrui, il se doit de prendre les décisions les plus appropriées, dans l'intérêt de la fiducie et des bénéficiaires. Même si une certaine discrétion lui est accordée, il faut comprendre cette discrétion comme étant une obligation positive, c'est-à-dire un devoir.

Il ne faut donc pas que l'expression « pouvoir discrétionnaire » soit prise pour ce qu'elle n'est pas, soit une invitation à considérer comme automatiquement amoindries ou levées toutes les obligations et limites qui encadrent l'administration du fiduciaire, mais plutôt une latitude dans la prise de décision, au regard des circonstances contemporaines, sans la nécessité de l'autorisation d'un tiers, toujours dans les balises du testament fiduciaire et de la loi, et avec une obligation de rendre compte.

En résumé, la discrétion du fiduciaire dans ses actes ne lui permet pas de prendre une décision irréfléchie, d'adopter une position de désinvolture ou une attitude d'insouciance, ni même de ne pas avoir à justifier une telle décision, mais lui confère plutôt le pouvoir de choisir, parmi la panoplie des bonnes décisions possibles dans une certaine situation, celle qui lui apparaît être la meilleure.

Peut-être pouvons-nous alors nous questionner sur l'utilité du mot « discrétion » utilisé pour qualifier le pouvoir d'un fiduciaire testamentaire ? L'utilisation de ce terme en particulier et plutôt qu'un autre ne semble pas, à la lumière de notre analyse, automatiquement modifier l'étendue des pouvoirs ou devoirs de l'administrateur

219. M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 23, n° 291, faisant référence à *Hand c. Auclair*, [1970] C.A. 253.

220. J. BEAULNE, préc., note 15, p. 340, n° 374 ; J. LORANGER, préc., note 24, p. 93.

si aucune précision n'y est ajoutée. Dans l'affaire *Duclos c. Bélanger*²²¹, le tribunal a trouvé, en interprétant le testament, que le testateur avait choisi de s'en remettre au bon jugement du fiduciaire pour le choix des remises à effectuer aux bénéficiaires, et ce, sur la base des mots « entretien » et « de temps à autre », alors que le mot « discrétion » n'apparaissait pas à la clause prévue au testament²²². Le testateur pourrait donc accorder au fiduciaire une très grande latitude dans la prise de ses décisions sans même aborder la question de la discrétion.

221. *Duclos c. Bélanger*, préc., note 97.

222. *Ibid.*, par. 25 et 26.