

Concepts de revenu et de capital d'une fiducie : Importance de l'interaction en droit civil et en droit fiscal

Guy Fortin*

ABSTRACT

This article deals with the importance of certain practical aspects of determining whether an amount is, for civil and income tax purposes, of an income or of a capital nature for a trust. Such a determination is essential in order, inter alia, to establish whether a taxpayer has an interest in the income of a personal trust for tax purposes; to compute income for tax purposes; to determine whether a trust is eligible as an exclusive spouse trust; and to determine the trustee's responsibility regarding certain decisions he has made.

The article emphasizes the new provisions of the Quebec Civil Code, arguing that the law has, in certain respects, been modified in relation to the law under the Civil Code of Lower Canada. According to the author, there are strong arguments that the "form test" that generally prevails in the common law provinces, and that prevailed under the Civil Code of Lower Canada, has largely lost its significance.

The article examines the concepts of capital, fruits, and income under the terms of the Quebec Civil Code, and the civil treatment of the most common types of income and capital, such as proceeds from the sale of an asset, interests, cash or share dividends, share purchase rights, proceeds from the redemption of shares, and the distribution of assets upon the liquidation of a company.

The author also discusses the differences between expenses attributable to income and those attributable to capital for civil and income tax purposes.

PRÉCIS

Cet article fait état de l'importance de certains aspects pratiques de la détermination de la nature d'un montant à titre de revenu ou de capital d'une fiducie aux fins civiles et fiscales. Une telle détermination est importante, entre autres, pour établir s'il existe, pour un contribuable, une participation aux revenus d'une fiducie personnelle au sens fiscal; pour le calcul du revenu aux fins fiscales; pour déterminer si une fiducie

* Associé, Ogilvy Renault, Montréal.

est admissible au titre de fiducie à l'avantage exclusif du conjoint et pour évaluer la responsabilité du fiduciaire quant à certaines décisions qu'il a prises.

L'article met l'accent sur les nouvelles dispositions du Code civil du Québec tout en argumentant qu'à certains égards, le droit a été modifié par rapport au droit existant sous le Code civil du Bas-Canada. Selon l'auteur, il y a de bons arguments à faire valoir que le critère de forme, qui prévaut généralement dans les provinces de Common Law et qui a prévalu sous le Code civil du Bas-Canada, a grandement perdu de l'importance.

Sont revus, les concepts de capital, de fruits et de revenus selon le Code civil du Québec, ainsi que le traitement aux fins civiles des types de revenu et de capital le plus couramment utilisés, à savoir, le produit de la vente d'un bien; les intérêts; les dividendes, versés soit en numéraire soit en actions; les droits de souscription; le produit de rachat d'actions et la distribution de biens lors de la liquidation d'une société.

L'auteur discute également des différences entre les dépenses imputables au revenu et au capital aux fins civiles et fiscales.

INTRODUCTION

L'objectif de cet article est de souligner l'importance en planification fiscale et successorale de l'interaction des notions de revenu et de capital d'une fiducie aux fins civiles et fiscales.

Sans être exhaustif, le premier volet décrit quelques aspects pratiques du sujet, le deuxième donne un aperçu des règles d'administration du bien d'autrui applicables à la fiducie, alors que le troisième analyse les notions de revenu et de capital selon le Code civil du Québec¹ et les compare à celles de l'ancien Code civil du Bas-Canada ou de la Common Law.

L'auteur présente une argumentation appuyant la position que le droit civil a été modifié à cet égard et qu'il a grandement atténué, voire mis à l'écart, l'importance du «critère de la forme» utilisé en Common Law qui avait été appliqué par les tribunaux sous l'empire du Code civil du Bas-Canada, l'intention de l'auteur de la fiducie et les principes d'équité et d'impartialité devant maintenant jouer un rôle prépondérant. Il est à noter que l'argumentation met implicitement l'accent sur la «substance» de la transaction et sur les principes d'équité et d'impartialité pour déterminer à quel compte doit être créditée ou débitée une somme donnée. Le lecteur pourra constater que l'auteur d'une fiducie aura intérêt à expliciter davantage ses intentions, à formuler ses directives à ses fiduciaires et à bien préciser leurs devoirs et leurs pouvoirs, démarches doublement nécessaires dans les cas où la

¹ LQ 1991, c. 64 (ci-après «CcQ»).

fiducie pourrait devenir, en vertu des clauses dites «expatriation en cas d'urgence», régie par la Common Law lorsque diffèrent les principes en droit civil et en Common Law sur le sujet.

Quelques aspects pratiques de l'importance de la question

Selon le droit privé, la détermination de la nature d'un montant comme revenu ou capital est importante, *inter alia*, pour les raisons qui suivent :

- pour déterminer si un contribuable a une participation au revenu d'une fiducie personnelle au sens fiscal²;
- pour le calcul du revenu aux fins fiscales³;
- pour déterminer si une fiducie est admissible au titre de fiducie à l'avantage exclusif du conjoint⁴; et
- pour évaluer la responsabilité du fiduciaire quant à certaines décisions qu'il a prises.

Selon la Loi de l'impôt sur le revenu⁵, un bénéficiaire d'une fiducie personnelle au sens fiscal et non civil aura «une participation au revenu»⁶ d'une fiducie s'il a un droit immédiat, futur, absolu ou conditionnel à la totalité ou à une partie du revenu de cette fiducie, le revenu étant à ces fins le revenu aux fins civiles⁷. Par contre, un contribuable aura «une participation au capital» d'une telle fiducie personnelle s'il a un droit à tout ou à une partie de son capital⁸. Si la fiducie n'est pas une fiducie personnelle⁹, les bénéficiaires ne peuvent, aux fins fiscales, avoir de participation au revenu; ils ont uniquement droit à une participation au capital au sens de la LIR. La détermination du revenu et du capital selon le CcQ est donc nécessaire en matière fiscale.

Qui plus est, les concepts de revenu et de capital ne sont pas toujours identiques en droit civil et en droit fiscal.

Immédiatement apparente est une divergence relative au gain en capital qui, aux fins civiles et en l'absence de dispositions contraires prévues à l'acte de fiducie, s'accroît normalement à l'avantage du bénéficiaire du capital. Toutefois, 75 pour cent doit être inclus dans le revenu aux fins fiscales¹⁰.

² Définition de «fiducie personnelle» au paragraphe 248(1), de «participation au revenu» à l'alinéa 108(1), et de «revenu» au paragraphe 108(3), Loi de l'impôt sur le revenu, LRC (1985), c. 1 (5^e supp.), telle que modifiée (ci-après «LIR»).

³ Exemple : paragraphe 104(6) LIR.

⁴ Paragraphes 73(1), 70(6) et 108(3) LIR.

⁵ Supra, note 2.

⁶ Paragraphe 108(1) LIR.

⁷ Paragraphe 108(3) LIR.

⁸ Définition de «participation au capital» au paragraphe 108(1) LIR.

⁹ Ibid.

¹⁰ Article 39 LIR.

Qui devrait assumer les pertes réalisées par la fiducie dans l'année ou dans les années antérieures, telles les pertes au titre de placement d'entreprise qui sont des pertes en capital et dont une fraction est déductible à l'encontre des revenus de toutes sources selon l'alinéa 3(d) de la LIR¹¹ ? Le revenu aux fins fiscales peut alors être nul, même si le bénéficiaire du revenu reçoit une somme, puisque le revenu aux fins civiles n'est pas diminué pour autant par de telles pertes.

Une divergence entre le montant de revenu aux fins civiles et fiscales peut également se produire à la suite d'une différence de traitement des dépenses engagées par la fiducie. En droit civil, certaines dépenses peuvent être attribuables au revenu, sans pour autant être déductibles dans le calcul du revenu aux fins fiscales, alors que d'autres dépenses attribuables au capital aux fins civiles sont admissibles en déduction aux fins fiscales.

La détermination du revenu et du capital selon les règles du droit privé est également importante pour évaluer si un bénéficiaire a le droit de recevoir une somme quelconque à cause des incidences directes sur le calcul du revenu aux fins fiscales, soit pour le contribuable, soit pour la fiducie¹².

En effet, le paragraphe 104(6) LIR permet à la fiducie, sous réserve de certaines dispositions, de déduire dans le calcul de son revenu toute partie de son revenu de l'année qui était «devenue payable» à un bénéficiaire ou qui a été incluse dans le calcul du revenu du bénéficiaire en vertu du paragraphe 105(2) LIR. Sous réserve des dispositions du paragraphe 104(13.1) LIR, la somme ainsi payable doit alors être incluse dans le calcul du revenu du bénéficiaire¹³, soit à titre de revenu provenant d'un bien qui est une participation dans la fiducie¹⁴, de gain en capital imposable¹⁵ ou de dividende imposable¹⁶.

Or, «un montant ne sera réputé être devenu payable par une fiducie au cours d'une année d'imposition que si la fiducie l'a payé au cours de l'année à la personne à laquelle il était payable ou que cette personne avait le droit au cours de l'année d'en exiger le paiement¹⁷». Encore faut-il que dans les faits, la fiducie ait reçu du revenu pour qu'il y ait un montant payable, comme l'a bien fait remarquer le juge Jackett dans l'affaire *Pichosky c. MRN*¹⁸. Pour déterminer si une partie du revenu de la fiducie est «devenu payable» et, en conséquence,

¹¹ Supra, note 2.

¹² Paragraphes 104(6), 104(13) et 105 LIR.

¹³ Paragraphe 104(13) LIR.

¹⁴ Paragraphe 108(5) LIR.

¹⁵ Paragraphe 104(21) LIR.

¹⁶ Paragraphe 104(19) LIR.

¹⁷ Paragraphe 104(24) LIR.

¹⁸ 64 DTC 5105 (C. de l'É.).

déductible dans le calcul du revenu de la fiducie, il faut déterminer si la personne à qui elle était payable avait le droit d'en exiger le paiement en vertu du droit privé. Aux fins civiles, il faut donc que le revenu soit, dans une même année d'imposition, équivalent au revenu fiscal, autre preuve que la détermination du revenu et du capital selon le CcQ est nécessaire en matière fiscale.

Pour qu'une fiducie soit admissible au titre de fiducie à l'avantage exclusif du conjoint, la LIR exige que le conjoint ait droit, de son vivant, de recevoir tout le revenu de la fiducie et que personne, autre que ce conjoint, n'ait le droit de recevoir le capital et le revenu¹⁹. À cette fin, le revenu se calcule sans égard aux dispositions de la LIR²⁰. L'admissibilité au titre de fiducie à l'avantage exclusif du conjoint requiert donc une détermination du revenu et du capital aux fins civiles. Il importe de le souligner de nouveau : la détermination du revenu et du capital selon le CcQ est nécessaire en matière fiscale.

Enfin, la caractérisation aux fins civiles à titre de revenu ou de capital d'une somme reçue ou d'une dépense engagée par la fiducie prend une grande importance car elle devient un facteur critique pour le contribuable qui devra supporter le fardeau fiscal. Qui doit payer ? La fiducie sur son revenu accumulé ? Le bénéficiaire du revenu sur les sommes qui lui sont payables ? Le bénéficiaire du capital ? Comme le CcQ impose une obligation d'agir avec impartialité et avec équité²¹, cette détermination engage la responsabilité du fiduciaire car, s'il y a erreur et qu'un bénéficiaire supporte un coût fiscal qui n'aurait pas dû lui être attribué, il aura intérêt à mettre en question la bonne administration du fiduciaire.

FIDUCIAIRE — ADMINISTRATEUR DU BIEN D'AUTRUI

Introduction

Le fiduciaire est un personnage central de l'institution de la fiducie. Il a la gestion exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis en son nom. Il agit en toutes choses conformément à l'acte constitutif et à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration. Le renvoi aux règles de l'administration du bien d'autrui a pour effet, d'une part, de conférer au fiduciaire le pouvoir de faire tous les actes se rapportant aux biens gérés, dans la mesure où il l'estime nécessaire ou utile dans l'intérêt de la fiducie ou du bénéficiaire et, d'autre part, de l'assujettir à un ensemble de dispositions destinées à garantir son intégrité et la qualité de son administration²².

¹⁹ Paragraphes 70(6), 73(1) et 108(3) LIR.

²⁰ Paragraphe 108(3) LIR.

²¹ Articles 1278, 1317 et 1345 CcQ.

²² Voir Gil Rémillard, *Commentaires du ministre de la Justice : Le Code civil du Québec*, tome 1 (Québec : Les Publications du Québec, 1993), 747.

Comme le fiduciaire agit en qualité d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, il est assujéti aux règles du CcQ sur la pleine administration du bien d'autrui²³.

Devoirs du fiduciaire

Puisqu'il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, le fiduciaire 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 l'exigent²⁴. La fiducie est essentiellement une institution dont l'essence est de préserver et de faire accroître les biens détenus en fiducie par opposition à une société où la vocation du capital peut représenter un degré de risque élevé.

Le fiduciaire peut, pour exécuter ses obligations, aliéner le bien à titre onéreux et faire tout autre acte nécessaire ou utile, y compris toute espèce de placement²⁵. Lue isolément, cette règle permettrait *en soi* au fiduciaire d'aliéner, disons, les actions d'une société exploitant une entreprise familiale. Est-ce qu'une telle aliénation répondrait aux désirs de l'auteur de la fiducie ? A-t-il bien précisé ses intentions à cet égard ? Or, selon l'article 1308 CcQ, le fiduciaire doit respecter les obligations imposées par la loi et l'acte constitutif; il ne doit agir que dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés, avec prudence et diligence, honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du bénéficiaire, et l'article 1317 stipule que s'il y a plusieurs bénéficiaires, simultanément ou successivement, le fiduciaire est tenu d'agir avec impartialité à leur égard, compte tenu de leurs droits successifs.

La fiducie peut déroger à ces règles et, en l'absence de précisions prévues à l'acte relativement aux devoirs et pouvoirs du fiduciaire, le fiduciaire pourrait facilement se faire reprocher certaines décisions dans des cas analogues à celui dans l'affaire ontarienne *Re Smith*²⁶. A-t-il vendu les actions de la société familiale alors qu'il n'aurait pas dû ou a-t-il gardé ce placement alors qu'il aurait dû le vendre ? Quel est le meilleur intérêt du bénéficiaire du revenu ? Du capital ?

Dans *Re Smith*, le fiduciaire avait manqué à son obligation d'impartialité envers le bénéficiaire du revenu et le bénéficiaire du capital, même si l'acte de fiducie paraissait lui conférer le pouvoir d'agir comme il avait agi. L'auteur de la fiducie avait hérité de son père un bloc substantiel d'actions d'Imperial Oil Limited en vertu d'un testament qui stipulait toutefois qu'une partie des actions devaient être mises en fiducie pour le bénéfice de sa mère sa vie durant. Agissant conformément aux désirs de son père, l'auteur établit une fiducie,

²³ Article 1278 et articles 1299 à 1370 CcQ.

²⁴ Article 1306 CcQ.

²⁵ Article 1307 CcQ.

²⁶ (1971), 1 OR 584; (1971), 16 DLR (3d) 130 (HC), confirmé par (1971), 2 OR 541; (1971), 18 DLR (3d) 405 (CA).

précisant à l'acte que le fiduciaire était libre de conserver le bien détenu en fiducie dans sa forme originale, sans toutefois l'obliger à le faire. Comme les actions donnaient un très faible taux de dividendes comparativement au taux d'intérêt qu'elle aurait pu gagner à même le produit de vente des actions, la mère demanda que le fiduciaire vende les actions et qu'il investisse le produit de la vente afin de générer des revenus plus élevés pour elle. Conformément au désir de l'auteur de la fiducie et selon les pouvoirs prévus à l'acte de fiducie, le fiduciaire refusa d'agréer à cette demande. Il fut tout de même destitué de sa fonction de fiduciaire.

Afin de mieux comprendre l'état du droit sous le Code civil du Bas-Canada et celui du présent Code civil du Québec, il importe de bien comprendre la signification du «critère d'impartialité» en Common Law, critère que les tribunaux civils avaient déjà refusé d'appliquer sous l'ancien Code civil du Bas-Canada²⁷.

En Common Law, la responsabilité première qui incombe au fiduciaire, lorsqu'il gère une fiducie comportant plusieurs bénéficiaires, est de s'assurer que chacun d'entre eux reçoive la part qui lui est due conformément à l'acte de fiducie, même si ce dernier crée un déséquilibre entre les parties bénéficiaires. La volonté de l'auteur de la fiducie prime, ce qu'énonce également le premier alinéa de l'article 1345 CcQ. Cependant, à défaut de stipulations précises à cet effet par l'auteur, le fiduciaire d'une fiducie de Common Law doit veiller à ce que chaque bénéficiaire obtienne des avantages et, le cas échéant, des inconvénients équivalents. «In this way the trustees act impartially; they hold an even hand²⁸». Ainsi, par exemple, si un investissement génère un profit, ce nouveau capital doit profiter à l'ensemble des bénéficiaires; à l'inverse, si un placement entraîne un déficit, il doit être assumé par tous les bénéficiaires. L'obligation d'agir avec impartialité envers les divers bénéficiaires se fonde sur des principes d'*equity*; elle constitue une règle de conduite qui s'impose au fiduciaire. L'impartialité doit être respectée dans tous les agissements du fiduciaire; il doit maintenir un équilibre entre les divers bénéficiaires. Si le fiduciaire manque à cette obligation, il engage sa responsabilité envers le bénéficiaire lésé.

L'auteur D.W.M. Waters a écrit :

A. *The Fiduciary Duties (or Obligations)*

This branch of the law is entirely equitable in origin. The quintessential fiduciary is the express trustee, and the task of this person is to administer and distribute the trust property, as stipulated, for the sole and exclusive benefit of the trust beneficiary or beneficiaries.

²⁷ Ibid.

²⁸ *Canada Trust c. Gabriel* (1993), 48 ETR 154, à la p. 171 (CS Qué.) où le juge Piché relevait cette citation tirée d'un ouvrage de D.W.M. Waters, *The Law of Trusts in Canada*, 2^e éd. (Toronto : Carswell, 1984), 787, pour conclure à la p. 173, que : «La <even-hand rule> n'existe pas comme telle en droit québécois et n'a jamais été acceptée ici.»

Consequently, he must discharge his task with honesty and care, he must perform the task himself delegating only those ministrations which a reasonable person of business would delegate, he must maintain an even hand between the beneficiaries on behalf of whose several interests he is acting, and he must act with complete loyalty, which means [...] “the avoidance of a conflict of duty and interest, and a duty not to profit at the expense of the beneficiary”²⁹.

Sous le Code civil du Bas-Canada, la Cour supérieure du Québec avait conclu dans *Canada Trust c. Gabriel*³⁰ (un jugement rapporté du 28 janvier 1993) que la *even hand rule* n’existait pas comme tel en droit québécois et que cette règle n’avait jamais été acceptée sous le Code civil du Bas-Canada : «La even-hand rule n’existe pas comme telle en droit québécois et n’a jamais été acceptée ici».

Cela ne devrait plus être le cas car le fiduciaire devra dorénavant agir avec impartialité.

Dans cette cause, le testateur avait désigné la requérante et l’intimée comme fiduciaires de la succession et exécuteurs du testament. Le testament prévoyait que le revenu provenant du reliquat de la succession devait être payé à l’intimée sa vie durant, le résidu du capital devant être versé à l’Hôpital Royal Victoria à son décès. Un désaccord est survenu quant au mode d’investissement des biens de la succession, l’Hôpital souhaitant que les fonds soient investis dans un portefeuille diversifié afin d’accroître la valeur du capital de la succession alors que l’intimée demandait que la requérante ne place les fonds que dans des Bons du Trésor susceptibles de générer des revenus. Mis à part certains points de droit considérés par la Cour supérieure du Québec, il s’agissait essentiellement de déterminer si le choix de l’intimée de ne placer les fonds que dans des Bons du Trésor contrevenait ou non à la norme de «la personne raisonnable», bien qu’il ne s’agissait pas là de la seule bonne façon de procéder. La Cour a conclu que bien qu’en certaines circonstances les fiduciaires puissent être obligés de maintenir un portefeuille diversifié, le testateur en l’espèce avait clairement indiqué que la priorité devait être accordée aux investissements le plus susceptibles de bénéficier l’intimée.

La fiducie est essentiellement une institution devant préserver et faire accroître les biens détenus en fiducie. L’élément de risque du capital qui se retrouve normalement dans une société n’est pas présent³¹. Est-ce qu’il est donc approprié pour le fiduciaire d’utiliser

²⁹ D.W.M. Waters, *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.* (1990), vol. 69 *Revue du Barreau canadien* 455-82, à la p. 468. Le jugement intégral se retrouve à [1989] 2 RCS 574, aux pp. 646-47.

³⁰ *Supra*, note 28.

³¹ Dans son article «Trusts That Control Corporations» (1976-77), vol. 3 *Estate and Trusts Quarterly* 115-28, aux pp. 115-16, W.D. Goodman écrit :

The different functions of the corporation and the trust dictate the differing responsibilities. As Richard E. Nathan pointed out in a 1961 article, “The Trust
(page suivante s.v.p.)

des véhicules corporatifs pour élargir la catégorie des placements des biens en fiducie ? Par exemple, dans l'affaire *Re Fleming*³², le High Court de l'Ontario devait considérer la position d'un fiduciaire d'une fiducie qui détenait le contrôle d'une société privée propriétaire de biens immobiliers. L'auteur de la fiducie était décédé en 1964 et, en 1971, la société avait vendu l'édifice, ce qui lui donnait des liquidités de 125 000 \$. Ce montant a été placé dans des certificats car il n'était pas requis à des fins corporatives. Les administrateurs se devaient de déterminer l'utilisation de ces argents. Un choix pouvait être fait en vertu de l'ancienne Partie XI de la LIR en payant 15 pour cent sur le surplus libre en mains non réparti de 1971, ce qui permettait à la fiducie de recevoir le solde de 85 pour cent sous forme de dividendes non imposables. Alternativement, l'argent pouvait servir au rachat d'actions privilégiées détenues par la fiducie. Dans le premier cas, si les argents étaient payés sous forme de dividendes imposables, ils seraient attribués aux bénéficiaires du revenu, mais dans le second cas, les argents pourraient être attribuables aux bénéficiaires du capital. Le juge Osler a décidé que les argents devaient servir au rachat d'actions privilégiées car ils favorisaient l'attribution aux bénéficiaires du capital au détriment des bénéficiaires du revenu. Deux motifs ont été invoqués : d'abord, une distribution d'argent sous forme de dividendes libres d'impôts ne pouvait être faite sans le paiement d'un impôt de 15 pour cent, ce qui aurait diminué d'autant les actifs de la succession, et ensuite, le juge Osler a indiqué que presque tous les surplus de la société existaient à la date du décès en 1964 et étaient reflétés dans la valeur des actions aux fins des droits successoraux. Par conséquent, il semblait inéquitable que les exécuteurs se soient permis, à titre d'administrateurs de la société d'agir de façon à transformer en revenu ce qui était du capital à la date du décès. Ainsi, le tribunal jugeait essentiellement que, dans les circonstances, la déclaration du dividende aurait réduit la valeur des actions à une valeur inférieure à celle qu'elles avaient à la date du décès et aurait ainsi diminué le capital qui devait ultimement s'accroître à l'avantage des bénéficiaires du capital.

(... suite)

Corporation" in 109 U. of Penn. Law Rev. 713 at p. 719, "The trust has been traditionally considered a useful device for preservation and conservation of property for the benefit of objects of the settlor's bounty. It is no less clear that the corporate form is appropriate for the risk employment of capital in commercial situations". He comments on the *Doelger* decision, "For a court to hold as did the Surrogate [that the controlled corporation could not be used to broaden the investment powers of the trustee] is to preclude utilization of a device which is suitable for settlors who desire that their funds be put to more dynamic use than that offered by the stolidity inherent in the traditional trust." He also states at p. 723: "What the Courts have characterized as conservation of trust corpus works in the corporate context to destroy the vitality of management necessary in the commercial world."

³² (1973), 3 OR 588; (1973), 37 DLR (3d) 512 (HC).

Intention de l'auteur de la fiducie : équité et impartialité

Selon l'article 1345 et suivants du CcQ, la répartition des bénéfices et des dépenses entre le bénéficiaire des fruits et revenus et celui du capital, doit se faire conformément aux dispositions de l'acte constitutif et suivant l'intention qui y est manifestée. Par conséquent, il découle de ce premier alinéa que l'intention plutôt que la forme doit prévaloir dans la détermination de ce qui est du revenu et de ce qui est du capital. Par contre, le deuxième alinéa prévoit qu'à défaut d'indication suffisante dans l'acte, cette répartition se fait le plus équitablement possible, en tenant compte de l'objet de l'administration, des circonstances qui y ont donné lieu et des usages comptables généralement reconnus. Il importe de noter que les principes comptables généralement reconnus ne sont pas déterminants à tous égards pour le calcul du revenu fiscal et que des divergences existent. De plus, comme il a déjà été mentionné, s'il y a plusieurs bénéficiaires, simultanément ou successivement, le fiduciaire est tenu d'agir avec impartialité à leur égard, compte tenu de leurs droits respectifs.

L'auteur de la fiducie a donc grand intérêt à bien développer et à articuler davantage ses intentions dans l'acte de fiducie, en particulier dans le testament.

Dans l'hypothèse que l'acte de fiducie ne prévoit pas spécifiquement la répartition des bénéfices et des dépenses entre le bénéficiaire des fruits et revenus et celui du capital, le fiduciaire devra adopter une règle d'équité et maintenir un juste équilibre entre le compte du bénéficiaire du revenu et le compte du bénéficiaire du capital, étant donné que le CcQ introduit des concepts d'équité et d'impartialité³³.

Cet article 1345 atténue grandement et semble même mettre à l'écart le «critère de la forme» qui est souvent employé dans les provinces de Common Law (en l'absence de précision sur les intentions de l'auteur) et qui avait été adopté au Québec dans les arrêts *Trust Général du Canada c. Maillet*³⁴ et *Hosmer c. Royal Trust Company*³⁵. Ce critère avait d'ailleurs encore récemment été retenu au Québec dans l'affaire *Munro c. Common*³⁶.

Mesure possible pour répondre aux principes d'équité et d'impartialité

Pour répondre aux critères d'équité et d'impartialité, il serait possible d'utiliser une société qui détiendrait un portefeuille de placements

³³ Supra, note 21.

³⁴ [1972] CS 342.

³⁵ [1953] RL 502 (CS).

³⁶ CS Montréal, n° 500-05-005322-894, 14 juillet 1992, j. Côté, 15; JE 92-1230 :

It is the view of this Court that the "form test" is appropriate for the reasons given in the common law authorities. Further, the "form test" was adopted in *Trust Général du Canada v. Maillet* and arguably in *Hosmer v. Royal Trust Company*. The "form test" leads to the conclusion that the dividend was income.

divers. La fiducie pourrait détenir des actions privilégiées de cette société comportant un droit à des dividendes non cumulatifs, indexés pour refléter les taux du marché d'une année à l'autre. Ainsi, la fiducie serait assurée d'un minimum de revenus, ce qui serait d'autant plus vrai si une convention unanime d'actionnaires obligeait la société à déclarer des dividendes. Entre autres, une clause d'empiètement sur le capital devrait être prévue pour combler tout déficit qui pourrait exister entre le taux prescrit et les surplus de la société, ce qui permettrait de mieux répondre au critère d'équité. Mais encore faudrait-il, lors de la création d'une fiducie, que les termes prévoient que le fiduciaire ait le droit d'incorporer une société de portefeuille de placements!! Il serait nécessaire d'assurer que les revenus des placements de la société soient suffisants pour qu'elle puisse déclarer un dividende sur ses actions privilégiées et que l'usage d'une société n'entraîne pas de coût fiscal additionnel, c'est-à-dire, que le mécanisme «d'intégration» fonctionne bien.

CONCEPTS DE REVENU ET DE CAPITAL EN DROIT CIVIL

Notion générale de capital et de fruits et revenus

Les nouveaux articles 909 et 910 CcQ prévoient maintenant une classification de capital et des fruits et revenus.

Sont du capital, entre autres, les biens dont on tire des fruits et revenus, les biens affectés au service ou à l'exploitation d'une entreprise, les actions ou les parts sociales d'une personne morale ou d'une société, le emploi des fruits et revenus, le prix de disposition d'un capital ou son emploi, ainsi que les indemnités d'expropriation ou d'assurance qui tiennent lieu de capital. Le capital comprend également les obligations et autres titres d'emprunt payables en argent, de même que les droits dont l'exercice tend à accroître le capital, tels les droits de souscription des valeurs mobilières d'une personne morale, d'une société en commandite ou d'une fiducie.

Sont des fruits et revenus, ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien. Également classées parmi les revenus sont les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale. Le sont aussi, les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues.

Les fruits et revenus payables périodiquement doivent être comptés jour par jour. Toutefois, les dividendes et distributions d'une personne morale sont dus depuis la date indiquée à la déclaration de distribution ou, à défaut, depuis la date de cette déclaration. L'article 1348 CcQ prévoit que le bénéficiaire des fruits et revenus a droit au revenu net (donc après dépenses) des biens administrés, à compter de la date

déterminée dans l'acte donnant lieu à l'administration ou, à défaut, de la date du début de l'administration ou de celle du décès qui a donné ouverture.

Guides du législateur

Aux articles 1346 à 1350 CcQ, le législateur a prévu une série de dispositions qui visent à guider le fiduciaire qui doit résoudre des difficultés d'administration courante. Un ensemble de guides établit des principes généraux pour aider le fiduciaire dans la répartition des bénéfices et des dépenses de l'administration entre le bénéficiaire des fruits et revenus et celui du capital.

Les articles 1346 et 1347 sont des règles pour guider le fiduciaire.

Ainsi, le compte du revenu est généralement débité des dépenses suivantes et autres de même nature :

- 1) les primes d'assurances, le coût des réparations mineures, les autres dépenses ordinaires de l'administration;
- 2) la moitié de la rémunération du fiduciaire et des dépenses raisonnables qu'il a encourues dans l'administration conjointe du capital et des fruits et revenus; la rémunération du fiduciaire est donc partagée à 50 pour cent entre l'intérêt des bénéficiaires du capital et l'intérêt des bénéficiaires du revenu;
- 3) les impôts payables sur les biens administrés; la question demeure de savoir si les impôts payables sur les biens administrés visent l'impôt sur le revenu, en soi un impôt sur la personne³⁷, et non un impôt payable sur les biens;
- 4) à moins que le tribunal n'en décide autrement, les frais acquittés pour protéger les droits du bénéficiaire des fruits et revenus et la moitié des frais de la reddition de compte en justice;
- 5) l'amortissement des biens, sauf ceux utilisés à des fins personnelles par le bénéficiaire; il est à noter que le taux d'amortissement aux fins comptables ne correspond pas nécessairement au taux d'amortissement aux fins fiscales et que la déduction fiscale est également facultative et non obligatoire³⁸, avec le résultat qu'il est fort probable que le revenu civil soit différent du revenu fiscal.

De plus, le fiduciaire peut, pour régulariser le revenu, répartir les dépenses considérables sur une période de temps raisonnable. Cette répartition ne sera pas nécessairement celle qui sera applicable aux fins fiscales, ce qui peut créer une divergence entre le quantum du montant du revenu fiscal et celui du revenu civil.

Le compte de capital est généralement débité des dépenses qui ne sont pas débitées au revenu, y compris celles qui sont engagées pour le

³⁷ *Sura c. MRN*, [1962] CTC 1 (CSC), *Dumais c. MRN*, [1990] 1 CTC 342 (CF 1^{re} inst.).

³⁸ Alinéa 20(1)(a) LIR.

placement du capital, l'aliénation des biens, la protection des droits du bénéficiaire du capital et/ou du droit de propriété des biens administrés. Sont également généralement débités au compte du capital, les impôts sur les gains et autres montants attribuables au capital, lors même que la loi qui régit ces impôts les considère comme impôts sur le revenu.

Ces règles sont presque, mais pas tout à fait, analogues à celles de l'ancien Code civil du Bas-Canada. Selon Marcel Faribault³⁹, les dettes qui existent lors de la création de la fiducie, les frais du règlement de la succession, les grosses réparations et le coût des procès relatifs au capital sont imputables au capital⁴⁰. Par contre, les dépenses courantes, les réparations d'entretien, la rémunération du fiduciaire et les taxes dues lors du décès du testateur pour le reste de l'année à courir sont imputables au revenu⁴¹. Cependant, le CcQ suggère de répartir également les frais de rémunération du fiduciaire, pour autant que l'administration soit conjointe.

Un examen, selon le droit actuel, doit se faire sur la nature de certains types de sommes reçues ou recevables par une fiducie : produit de la vente d'un bien qui a donné lieu à un gain ou à une perte; intérêts; dividendes; montants reçus lors d'un rachat d'actions ou lors d'une liquidation de compagnie; droits de souscrire à des actions, ainsi que sur certains types de dépenses engagées par une fiducie : dépenses courantes, amortissement, et autres.

Produit de la vente d'un bien

Vu que les biens de la fiducie font partie de son capital, il s'ensuit que le prix de vente d'un bien fait également partie du capital, même si le prix reflète la plus-value de l'actif. Le gain en capital est donc attribuable au bénéficiaire du capital, à moins d'indication contraire à l'acte de fiducie.

Dans l'hypothèse où le gain en capital imposable était le seul revenu imposable de la fiducie, aucune partie de ce revenu ne serait payable au bénéficiaire du revenu et la fiducie serait imposée sur ce revenu. Il en serait autrement si les dispositions de l'acte de fiducie prévoyaient qu'un tel gain faisait partie des revenus distribuables au bénéficiaire du revenu. Le compte du capital serait débité des dépenses encourues lors de l'aliénation du bien⁴², comme le seraient les impôts sur les gains en capital⁴³.

Ainsi, le gain en capital réalisé par une fiducie à l'avantage exclusif du conjoint n'a pas, sauf stipulation contraire à l'acte de fiducie, à être

³⁹ Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec* (Montréal : Wilson & Lafleur, 1936), n° 297, à la p. 346.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Article 1347 CcQ.

⁴³ Ibid.

distribué au conjoint survivant, car il ne fait pas partie du revenu que le conjoint a le droit de recevoir⁴⁴.

Intérêts

L'article 910 CcQ stipule que les intérêts sont du revenu.

Dividendes

La distribution d'une société peut provenir de diverses sources (surplus accumulé, surplus de réévaluation, surplus d'apport) et revêtir plusieurs formes, soit du numéraire, des actions émises du Trésor ou des actifs de la société.

Dans les juridictions de Common Law, les tribunaux ont adopté, en l'absence de dispositions précises à l'acte de fiducie, le «critère de la forme» qui s'est développé principalement au cours de périodes pré-inflationnistes⁴⁵. Tout en étant sécurisant, ce «critère de la forme» peut facilement donner des résultats qui ne reflètent pas nécessairement les intentions de l'auteur de la fiducie, surtout si ses intentions et ses objectifs ne sont pas clairement explicités. Pour éviter que son résultat ne soit carrément contradictoire à la volonté de l'auteur, les tribunaux ont, dans quelques décisions isolées, fait appel à «la substance de la transaction»⁴⁶, entre autres, lors de réorganisations du type «papillon»⁴⁷ ou lors de la distribution de dividendes en capital⁴⁸. Toutefois, selon la jurisprudence en Common Law, un dividende en numéraire constitue du revenu alors qu'un dividende en actions constitue du capital, même si les actions ainsi payées sont immédiatement rachetées par la société⁴⁹.

Sous l'ancien Code civil du Bas Canada, la doctrine et la jurisprudence avaient assimilé les dividendes en numéraire à des «fruits», même s'il est indéniable qu'en fait, les dividendes ne s'accroissent pas jour par jour et, tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas déclarés, il n'existe aucune dette due par une société à l'endroit de ses actionnaires. Dans *Laverdure c. Du Tremblay*⁵⁰, le Conseil privé, en se fondant sur l'interprétation des actes de fiducie et sur l'intention de l'auteur, avait jugé que des dividendes déclarés et payés périodiquement, dans la mesure permise par les circonstances, à même les profits gagnés, étaient généralement considérés comme des «fruits»

⁴⁴ Paragraphe 108(3) LIR.

⁴⁵ Thomas Allen, «Reflections on Trusts and the Allocation of Corporate Distributions» (1994), 13 *Estates and Trusts Journal* 209-18, à la p. 212. Voir aussi Patricia A. Robinson et Andrea W. Rowe, «Estate Ownership of Shares of a Private Company» (1993), 12 *Estates and Trusts Journal* 25-48.

⁴⁶ *Welsh (Re)* (1980), 111 DLR (3d) 390 (HC Ont.); *Fleck (Re)*, [1952] 2 DLR 657 (CA Ont.); *Mills (Re)*, [1953] 2 DLR 80 (HC Ont.).

⁴⁷ *Sinclair c. Lee*, [1993] 3 WLR 498 (Ch. D.). Voir Allen, supra, note 45.

⁴⁸ Supra, note 46.

⁴⁹ *Waters c. Toronto Gen'l Trusts* (1956), 4 DLR (2d) 673 (CSC).

⁵⁰ [1937] AC 666 (CL).

civils au sens de l'article 449 du Code civil du Bas-Canada et qu'ils devaient donc s'accroître jour par jour. Toutefois, dans *Rondeau c. Poirier*⁵¹, la Cour d'appel du Québec avait rejeté le principe de l'accroissement jour par jour des dividendes sans toutefois mentionner la décision du Conseil privé dans *Laverdure c. Du Tremblay*⁵². Le «critère de la forme» a d'ailleurs survécu au Québec sous l'ancien Code civil du Bas-Canada⁵³.

Sous le nouveau Code civil du Québec, les dividendes sont classés à titre de revenu en vertu du deuxième paragraphe de l'article 909. De plus, le deuxième paragraphe de l'article 1349 prévoit que les dividendes et distributions d'une personne morale sont dus depuis la date indiquée à la déclaration de distribution ou, à défaut, depuis la date de cette déclaration. Il y a donc embûche à la notion d'accroissement jour par jour. Le bénéficiaire n'a pas droit aux dividendes d'une personne morale s'ils n'ont pas été déclarés durant la période d'existence de son droit.

Ainsi, les dividendes, soit en numéraire, soit en actions ou en biens, sont *a priori* classés à titre de revenu et le «critère de la forme» semble grandement atténué, même écarté. Cependant, le troisième paragraphe de l'article 910 prévoit une exception pour les dividendes représentant la distribution d'un capital d'une personne morale. Cela va dans le même sens que l'affaire *Bishop's College of Lennoxville c. Boulton*⁵⁴. Dans cette cause, les droits miniers et la coupe de bois représentaient du capital et la distribution, sous forme de dividendes, des sommes provenant de la vente de ces biens partageait du même caractère vis-à-vis les actionnaires. D'ailleurs, le deuxième paragraphe de l'article 1345 qui prévoit qu'à défaut d'indications suffisantes, une répartition doit se faire aussi équitablement que possible en tenant compte de l'objet de l'administration et des circonstances qui ont donné lieu, permettrait que certains dividendes versés par une société à ses actionnaires puissent représenter le paiement de capital plutôt que de revenu au motif qu'ils participeraient davantage à la nature d'un produit.

Dans quels cas les dividendes représentent-ils une distribution de capital d'une personne morale ? Est-ce que la forme continue à jouer un rôle si, aux fins corporatives, une transaction donnée représente une distribution de capital ? Sans être absolument certain, l'auteur croit que non. La forme ne devrait plus jouer de rôle.

Voici un premier exemple. Un particulier crée une fiducie et lui cède des actions d'une société exploitante. L'acte de fiducie prévoit que le

⁵¹ [1980] CA 35.

⁵² *Supra*, note 50.

⁵³ Voir *Munro c. Common*, *supra*, note 36. Voir également l'allocation de Guy Fortin, «L'utilisation d'une fiducie en planification successorale», dans *Séminaire Technique (I)* (Toronto : Association Canadienne d'Études Fiscales, 1990), tab 2:1-67, aux pp. 31-36.

⁵⁴ (1924), 30 RL NS 167 (CS).

fiduciaire a le pouvoir de céder ces actions à une société de portefeuille. Lors de la cession, la fiducie utilise les dispositions de roulement de l'article 85 LIR afin de limiter le capital versé et d'éviter l'application de l'article 84.1 LIR. Ce faisant, il crée un surplus d'apport. Si, par la suite, la société de portefeuille déclare un dividende en espèces tout en respectant les critères de solvabilité à la suite de la création du surplus d'apport, ce dividende en espèces sera, selon le critère de la forme, au bénéfice des bénéficiaires du revenu alors qu'il représente du capital. Selon l'auteur, il semblerait que d'après le CcQ, ce dividende représente du capital, le fiduciaire se devant d'agir avec équité et impartialité.

Un deuxième exemple favorise cette opinion. Une société entame un processus de liquidation, vend tous ses actifs et déclare, de temps à autres, un dividende égal au produit de vente de certains de ses actifs. Selon le critère de la forme, un tel dividende est attribuable au bénéficiaire du revenu parce que la société n'est pas formellement engagée dans un processus de liquidation, à moins qu'il n'en soit démontré autrement. Clairement, le bénéficiaire du revenu a reçu la valeur qui était reflétée et attribuable au bénéficiaire du capital. Il est vrai que la fiducie détient toujours le capital, soit les actions, mais ces actions ont perdu énormément de valeur. Toutefois, selon l'auteur, il semblerait que les critères d'équité et d'impartialité font en sorte que ces dividendes en numéraire constituent, du moins en partie, du capital.

Qu'en est-il des bénéfices non répartis et cumulés depuis la date de la création de la fiducie ou de l'ouverture du droit du bénéficiaire du revenu ? Selon l'article 909 CcQ, le remploi des fruits et revenus constitue du capital. Est-ce que cela signifie que le dividende versé à même des bénéfices cumulés avant l'année de déclaration du dividende constitue du capital puisqu'il représente une «distribution d'un capital de la fiducie» ?

En l'absence d'indications claires et précises dans l'acte de fiducie, est-ce que le fiduciaire qui contrôle une société pourrait être obligé de faire une déclaration annuelle de tous les bénéfices non répartis sous forme de dividendes ? Y aurait-il une distinction à faire si la société est une société de portefeuille ou si elle est une société qui exploite une entreprise ? Dans ce dernier cas, des sommes sont nécessaires pour remplacer les actifs de l'entreprise et, par conséquent, une partie des bénéfices non répartis ne devrait pas être distribuée mais plutôt être gardée par la société exploitante. Les administrateurs ne doivent-ils pas, au meilleur intérêt de la société, réinvestir ces bénéfices non répartis et ne pas déclarer de dividendes s'ils le jugent approprié ? Dans le cas d'une société exploitante, il serait plus facile de justifier que les administrateurs ne fassent pas une distribution entière sous forme de dividendes mais qu'ils retiennent des fonds en prévision des coûts de remplacement de divers biens, des immobilisations et autres. Qu'en est-il si une convention unanime d'actionnaires prévoit une distribution totale ou partielle ? Y a-t-il distinction selon que la société existait ou

non avant la création de la fiducie ? Dans le premier cas, le fiduciaire doit respecter la règle de l'impartialité et maintenir un juste équilibre entre les bénéficiaires du revenu et les bénéficiaires du capital, ce qui nécessiterait que certaines sommes ne soient pas distribuées pour préserver la valeur réelle du pouvoir d'achat. Qu'en est-il si la fiducie ne détient pas 100 pour cent des actions mais qu'il existe des actionnaires minoritaires ? Il est facile de voir que, pour le fiduciaire, les circonstances peuvent être aussi complexes que délicates à gérer.

Si les dispositions de l'acte de fiducie permettent au fiduciaire d'accumuler du revenu, et si l'exercice de sa discrétion d'accumuler des dividendes reçus par la fiducie de société est justifiable, le fiduciaire ne manquerait pas à ses obligations s'il faisait en sorte que la société accumule des bénéfices non répartis au lieu de les distribuer par voie de dividendes. De même, si la fiducie prévoit une clause d'empiétement sur le capital au bénéfice du bénéficiaire du revenu, le fiduciaire sera libre d'utiliser tout produit en capital à cette fin.

Ainsi, lors du processus décisionnel d'incorporer une société, le fiduciaire doit prévoir soit que les administrateurs aient droit de retenir des revenus, soit qu'ils doivent tout distribuer. Peut-il former une société et transférer les biens de la fiducie à cette société ? Devrait-il y avoir distinction entre une société de portefeuille et une société exploitante ?

Droits de souscription

Selon l'article 909 CcQ, les droits de souscription sont du capital, ce qui est d'ailleurs conforme à l'état du droit sous l'ancien Code civil du Bas-Canada. En effet, selon Faribault⁵⁵, les droits de souscription partagent de la nature du capital. Ce point a d'ailleurs déjà été soulevé dans l'affaire *Lamb c. Lamb*⁵⁶ où le juge Martineau de la Cour supérieure devait répondre à deux questions :

- lorsque le taux d'une nouvelle émission est plus bas que la cote des anciennes actions et, qu'en conséquence, le droit de souscription a une valeur *per se*, le droit appartient-il à l'usufruitier qui a la jouissance des actions donnant droit à cette souscription ou au nu-propriétaire ?
- si ce droit est vendu pour partie et que le produit est affecté à l'achat du reste des parts de la nouvelle émission attribuée aux actionnaires originaux, à qui appartiennent les nouvelles actions ?

Le juge Martineau avait décidé en faveur du nu-propriétaire.

Dans l'affaire *Hargrave c. Clouston*⁵⁷, le juge Torrance a décidé qu'un droit d'option sur des actions était de nature capitale.

⁵⁵ Supra, note 39.

⁵⁶ (1908), 34 CS 355.

⁵⁷ (1874), 18 LCJ 290 (CS).

Rachat d'actions

Tel qu'il a déjà été mentionné, le produit de rachat d'actions, soit le prix de disposition des actions, constitue du capital. Il semble que ce soit le cas, quel que soit le montant du capital versé⁵⁸.

Alors que dans les juridictions de Common Law le «critère de la forme» a pour effet de considérer comme du capital le rachat d'actions même si une partie du prix représente des bénéfices cumulés au cours de la période d'existence du droit du bénéficiaire du revenu, l'auteur est d'avis que le nouveau CcQ fera probablement en sorte que le produit de rachat de ces actions soit au bénéfice du bénéficiaire du revenu et non du capital, à tout le moins pour la partie qui correspond aux bénéfices de l'année courante. Il est moins certain qu'il en sera de même à l'égard des bénéfices cumulés au cours d'années antérieures à la date de rachat mais postérieures à la date d'ouverture du droit du bénéficiaire, l'article 909 prévoyant que le remploi de revenus constitue du capital.

Selon l'article 1345 CcQ, il faudra examiner les intentions de l'auteur de la fiducie et, à moins d'indications, la répartition devra se faire «le plus équitablement possible, en tenant compte de l'objet de l'administration, des circonstances qui y ont donné lieu et des usages comptables généralement reconnus». Or, ces usages favoriseraient une attribution complète au compte capital alors que l'objet et les circonstances pourraient favoriser une attribution au compte revenu. Le fiduciaire qui est également administrateur sera en position délicate pour déterminer si la société doit procéder à un dividende ou à un rachat, d'autant plus si la fiducie contrôle la société, à preuve, le jugement *Re Fleming*⁵⁹ décrit précédemment.

Liquidation d'une société

Sous l'ancien Code civil du Bas-Canada, dans les cas de liquidation volontaire d'une société dont la fiducie était actionnaire, Marcel Faribault se fondait sur la LIR d'avant 1972 pour conclure que la proportion du montant payé correspondant au revenu non distribué constituait du revenu, alors que s'il s'agissait d'une liquidation forcée ou d'une faillite, le montant reçu constituait du capital. Il faut toutefois préciser que cet auteur se fondait principalement sur le jugement *Hosmer*⁶⁰ et passait outre l'affaire *Trust Général du Canada c. Maillet*⁶¹ qui reflétait davantage la jurisprudence avant l'entrée en vigueur du nouveau CcQ.

Dans *Bishop's College of Lennoxville c. Boulton*⁶², une corporation avait adopté une politique de liquidation graduelle après la mort de

⁵⁸ Article 909 CcQ.

⁵⁹ Supra, note 32.

⁶⁰ Supra, note 35.

⁶¹ Supra, note 34.

⁶² Supra, note 54.

l'actionnaire majoritaire qui avait légué ses actions à certains membres de sa famille, lesquels étaient grevés d'une substitution en faveur de Bishop's College. La corporation avait vendu des droits miniers et de coupe de bois et il s'agissait de décider si le produit de ces dispositions, versé sous forme de dividende en espèces, allait aux grevés ou à l'appelée. Il a été décidé que la distribution était de nature capitale :

There is one further question for consideration here, namely: what is the nature of the price received from the sale of company's capital assets? is it capital or income, or part the one and part the other? I think it will be admitted, that if the asset sold were the sole asset of the company, and the price received were either exactly equal to, or less than, capital of the company, such price of sale in its entirety should be considered as capital. If, however, the price received were [...] higher than the asset had cost [...] the fact that the asset itself formed part of capital [...] seems to me to be a peremptory reason for concluding that the integral price of sale is also, in its nature, capital⁶³.

Le professeur Waters⁶⁴ est d'avis qu'un paiement par la société *on a voluntary or compulsory winding-up* est de nature capitale pour les fiducies des provinces de Common Law. De même, dans *In re Keating Estate*⁶⁵, les biens d'une société avaient été expropriés et son seul actif était l'indemnité payée par le gouvernement. Lors de la liquidation, ce montant avait été distribué. La Cour a conclu que le montant reçu par une fiducie de Common Law devait être attribué au compte capital.

L'auteur est d'avis que le droit n'a pas changé à cet égard.

Pertes en capital et pertes des années antérieures

Comme les gains de nature capitale ont le caractère de capital, il va de soi que les pertes en capital partagent du même caractère. Mais qu'en est-il des pertes autres que les pertes en capital⁶⁶ subies par la fiducie ?

En l'absence de dispositions précises à l'acte de fiducie et, comme les revenus non distribués par la fiducie s'ajoutent à son capital⁶⁷, les pertes nettes subies au cours d'un exercice devraient être déduites du capital plutôt que des revenus des années subséquentes. Ainsi, en droit civil, le revenu de la fiducie pour l'année pourrait être supérieur à son revenu fiscal, lequel aurait été diminué par les pertes subies au cours d'années antérieures. Aucune partie du revenu fiscal de la fiducie ne serait distribuable aux bénéficiaires du revenu selon les dispositions des paragraphes 104(6) et 104(13) LIR, mais le bénéficiaire du revenu aurait tout de même reçu le revenu civil de la fiducie. D'une part, la fiducie utiliserait ses pertes alors que d'autre part, le bénéficiaire serait imposé !!

⁶³ Ibid., à la p. 182.

⁶⁴ Waters, supra, note 28, à la p. 838.

⁶⁵ [1934] RCS 698.

⁶⁶ Paragraphe 111(8) LIR.

⁶⁷ Article 909 CcQ.

Par exemple, si la fiducie avait un revenu d'investissement de 50 000 \$ et qu'elle réalisait également une perte au titre de placement d'entreprise de 20 000 \$, son revenu fiscal, calculé selon les règles de l'article 3 LIR, serait de 35 000 \$ ($50\,000\ \$ - (3/4 \times 20\,000\ \$)$) avant toute déduction pouvant être réclamée en vertu du paragraphe 104(6) LIR. Or, selon le droit civil, le fiduciaire devrait distribuer 50 000 \$ aux bénéficiaires du revenu en l'absence de stipulation contraire à l'acte de fiducie. La perte au titre de placement d'entreprise devient un bénéfice fiscal pour le bénéficiaire du revenu alors qu'en droit civil, elle représentait une perte en capital attribuable au capital de la fiducie.

Dépenses imputables au revenu et au capital

Le bénéficiaire du revenu d'une fiducie n'a droit qu'au revenu net de la fiducie. Le fiduciaire a l'obligation d'administrer les biens de façon à conserver et à accroître le capital. Quelles sont donc les dépenses imputables au revenu ? Au capital ?

Tel que mentionné et brièvement discuté précédemment, les articles 1346 et 1347 CcQ donnent des règles pour guider le fiduciaire. Sur la question de l'amortissement, l'article 1346 prévoit qu'il devrait être débité du compte revenu, tandis que sous l'ancien Code civil du Bas-Canada, l'usufruitier devait assumer lui-même les dépenses d'entretien de la chose et le nu-proprétaire devait subir la dépréciation des biens. Dans *Bourdeau c. Bourdeau*⁶⁸, la Cour supérieure du Québec avait jugé que l'usufruitière n'était pas tenue de mettre en réserve pour amortissement une partie du revenu brut provenant des biens immeubles de la succession : «Enfin, il n'existe aucune loi obligeant de mettre en réserve pour amortissement une partie du revenu brut provenant d'un immeuble, le droit de le faire étant purement facultatif⁶⁹».

Il en découlait que le fiduciaire n'avait, sauf stipulation contraire à l'acte de fiducie, aucune obligation de constituer un fonds de réserve pour l'amortissement d'immeubles loués qui feraient partie des biens de la fiducie. Le bénéficiaire du revenu pouvait donc recevoir tout le revenu net, sans tenir compte de déductions fiscales ou comptables attribuables à l'amortissement. Toutefois, toute charge fiscale résultant de récupération lors de la vente des biens immeubles était à la charge du capital de la fiducie.

Wolfe D. Goodman exposait sommairement dans un article⁷⁰ l'état du droit alors existant dans les provinces de Common Law. Dans l'affaire *In Re Robertson*⁷¹, la Cour suprême du Canada a décidé que lorsqu'une

⁶⁸ [1978] CS 657.

⁶⁹ Ibid., à la p. 659.

⁷⁰ Wolfe D. Goodman, «The Allocation of Tax Burdens Between Income Beneficiaries and Capital Beneficiaries» (1983), vol. 31, n° 2 *Canadian Tax Journal* 169-82.

⁷¹ [1953] 2 RCS 1.

succession exploite une entreprise, l'amortissement doit être réclamé et déduit dans le calcul du revenu net de la succession qui est distribuable aux bénéficiaires du revenu, en l'absence de dispositions contraires au testament. La Cour suprême de la Nouvelle-Écosse en est venue à la même conclusion à l'égard de plusieurs biens immeubles productifs de revenu dans *Re Zive*⁷², alors que le High Court of Justice de l'Ontario a jugé dans *Re Katz*⁷³ que le calcul du revenu d'un seul immeuble détenu à titre de placement ne devait tenir compte d'aucun amortissement.

Bien que la lecture du jugement de la Commission de révision de l'impôt dans *No. 216 c. MRN*⁷⁴ ne révèle pas si la fiducie testamentaire était régie par le droit civil ou par la Common Law, la Commission a jugé appropriée une déduction réclamée par des fiduciaires qui avaient continué d'exploiter une entreprise de location de biens immeubles et seul le revenu net après déduction de cette allocation devait être inclus dans le calcul du revenu du bénéficiaire. La Commission s'était fondée sur le fait qu'il s'agissait d'une entreprise et avait distingué sa décision de celle qu'elle avait rendue dans un autre cas, *No. 184 c. MRN*⁷⁵, au motif que les activités y étaient effectuées sur une plus petite échelle et ne constituaient donc pas l'exploitation d'une entreprise. Dans son jugement rapporté sous le nom de *Manning c. MRN*⁷⁶, la Cour de l'Échiquier a renversé la décision de la Commission dans *No. 184 c. MRN*⁷⁷ en décidant qu'il s'agissait d'une entreprise et que les fiduciaires avaient donc le droit et même le devoir de protéger le capital de la fiducie en prévoyant une réserve pour amortissement.

Qu'en est-il de la récupération qui entraîne une inclusion dans le calcul du revenu fiscal et des impôts qui en résultent ?

Le prix de disposition d'un capital ou son remploi constituent du capital. Par contre, l'article 1346 CcQ prévoit que le compte du revenu est généralement débité de l'amortissement, ainsi que des impôts payables sur les biens, alors que l'article 1347 stipule que sont généralement débités au compte du capital, les impôts sur les gains ou les autres montants attribuables au capital. Est-ce que la récupération relève du capital alors que l'amortissement est une déduction du compte revenu ? La récupération résulte d'une aliénation et, selon l'auteur, la récupération, qui est un effet d'aliénation, relèverait du capital, les impôts attribuables à la récupération devant être débités du compte capital. Comme l'amortissement réclamé ou débité du revenu réduira le montant payable au bénéficiaire du revenu, des sommes correspondantes

⁷² (1977), 77 DLR (3d) 669 (CS N.-É.).

⁷³ (1981), 29 OR (2d) 81 (HC).

⁷⁴ 54 DTC 551 (CAI).

⁷⁵ 54 DTC 366 (CAI).

⁷⁶ *No. 184 c. MRN*, 56 DTC 1099 (C. de l'É.).

⁷⁷ *Supra*, note 75.

au montant de la déduction pour amortissement n'auront pas été versées au bénéficiaire du revenu, le montant auquel il a droit selon le droit civil étant réduit par l'amortissement; elles seront donc conservées par la fiducie pour devenir du capital.

Le calcul des impôts est complexe et le calcul du revenu fiscal comprend à la fois des éléments de revenu et de capital et permet la déduction de certains éléments à l'encontre d'autres qui représentent du capital. Comment alors répartir des impôts sur le revenu entre une partie attribuable au revenu de la fiducie et débitée du compte revenu et l'autre partie attribuable au capital et débitée du compte capital ?

Les modifications apportées à la LIR prévoient que l'allocation du coût en capital ne peut être réclamée qu'au niveau du calcul du revenu de la fiducie. Avant 1988, une fiducie pouvait se prévaloir des dispositions du paragraphe 104(16) LIR et attribuer l'allocation du coût en capital et la déduction pour épuisement à l'avantage des bénéficiaires au lieu de réclamer elle-même ces déductions. La récupération est et continue d'être incluse dans le calcul du revenu de la fiducie et est dès lors supportée par les bénéficiaires du capital, même si ce sont les bénéficiaires du revenu qui ont pris avantage de la déduction pour allocation du coût en capital. Maintenant, puisque la déduction pour allocation du coût en capital est attribuée au revenu de la fiducie, même si les dispositions de l'acte de fiducie précisent que tout le revenu civil doit être distribué aux bénéficiaires, le fiscaliste serait porté à conseiller au fiduciaire de se prévaloir du paragraphe 104(13.1) LIR et de ne pas réclamer une pleine déduction pour le montant de revenu payable au bénéficiaire afin que la fiducie ait du revenu à l'encontre duquel la déduction pour allocation du coût en capital pourrait être imputée. Il en résulte que les bénéficiaires du revenu paient moins d'impôt sur le revenu qui leur est payé et que les bénéficiaires du capital devront supporter l'impôt attribuable à la récupération.

Il serait prudent que le fiduciaire se fasse compenser par le bénéficiaire du revenu avant de faire la désignation prévue au paragraphe 104(13.1) LIR; l'auteur de la fiducie devrait prévoir une clause d'empiétement de capital dans les dispositions de l'acte de fiducie ou prévoir que le montant du revenu civil payable aux bénéficiaires du revenu soit un montant net de toute allocation du coût en capital. Si le montant de l'amortissement fiscal et civil est le même, il ne sera pas nécessaire de le prévoir à l'acte de fiducie, compte tenu de l'article 1346 CcQ.

Il est intéressant de mentionner la décision de Common Law du Queen's Bench de l'Alberta dans *Re Liberal Petroleum Trust*⁷⁸ concernant la charge créée par les impôts payables par une fiducie. À cet égard, le résumé du jugement se lit comme suit :

⁷⁸ (1985), 39 Alta. LR (2d) 357 (QB).

L. Ltd. assigned to the trustee all proceeds of oil and gas production from lands described in the trust agreement. Units in the trust were created and distributed. These units entitled each unit holder to one ten-thousandth of the proceeds of production received by the trustee. Pursuant to the provisions of the Income Tax Act, a trustee was allowed to deduct from its income the income attributable to resident beneficiaries, and such income was then taxable in the hands of those beneficiaries. However, income attributable to non-resident beneficiaries was fully taxable in the hands of the trustee. The trustee applied to the court for advice and direction as to whether the non-resident beneficiaries must bear the tax burden resulting from the aforesaid provisions of the Income Tax Act or whether the trust should pay the after-tax income rateably to both resident and non-resident beneficiaries so that the resident beneficiaries were burdened with a portion of the tax expense.

The trust deed and the Income Tax Act were silent as to what class of beneficiaries was to bear the burden of the tax imposed. The trust, by its very provisions, required the trustee to pay any tax imposed on the trust funds and to distribute the residue rateably among the beneficiaries without making any distinction between resident and non-resident beneficiaries. To hold that the full burden of the tax should be borne by the non-resident beneficiaries would be an improper construction of the clear provisions of the trust. In order to impose such a burden on the non-resident beneficiaries, the principle of apportionment would have to be extended to this case. That principle is founded on the notion that he who gets the benefit must bear the burden. However, the principle is a working rule only and not a principle of law. Moreover, the rule does not apply at all if the residue of the trust is not settled on persons in succession. Further, those cases which applied the principle could be distinguished on their facts. It was inappropriate to extend the rule to the facts of this case. Although the result may be inequitable, it arose from the will of Parliament; it should be that body which changes the result if it is so inclined, and not the courts.

Impôt de la Partie XII.2

Il est important d'étudier la nouvelle Partie XII.2 dont l'objectif est d'assurer que certains revenus soient assujettis à un impôt supérieur à celui de la Partie XIII ou bien à assurer que des entités exonérées d'impôt (telle une oeuvre de charité) ne puissent gagner indirectement, en franchise d'impôt, des revenus qu'elles ne pourraient gagner directement.

Certaines fiducies sont assujetties à l'impôt spécial de la Partie XII.2 sur le «revenu désigné», c'est-à-dire le revenu provenant de biens immobiliers au Canada, de biens forestiers, d'avoirs miniers canadiens, sauf ceux acquis par la fiducie avant 1972, le revenu d'entreprise exploitée au Canada, ainsi que les gains en capital imposables provenant de la disposition de biens canadiens imposables lorsque la fiducie n'est pas résidente du Canada.

L'historique du concept de «revenu désigné» a été brièvement décrit par W.D. Goodman dans une allocution prononcée lors du congrès

annuel de 1988 de l'Association Canadienne d'Études Fiscales⁷⁹. Il y mentionnait qu'à la suite d'une décision du Queen's Bench de l'Alberta dans *Re Liberal Petroleum Trust*⁸⁰, le législateur canadien a été contraint de reconsidérer le traitement fiscal du «revenu désigné» prévu à l'ancien paragraphe 104(8) et a jugé préférable d'abroger ce paragraphe et de le remplacer par un impôt de 36 pour cent prévu à la Partie XII.2 de la LIR sur ce type de revenu. Ce mécanisme vise à assurer qu'aucune partie de l'impôt qui serait supporté par les non-résidents ne puisse être «transmis» aux résidents du Canada et supporté indirectement par eux.

Cet impôt n'est toutefois pas applicable aux fiducies admissibles tout au cours de l'année à titre de fiducies testamentaires, de fiducies de fonds mutuels, de fiducies exonérées d'impôt selon le paragraphe 149(1) LIR et de fiducies non résidentes du Canada. Il n'est pas nécessaire de payer cet impôt si le fiduciaire atteste qu'il n'existe aucun bénéficiaire désigné.

Compte tenu de la définition spécifique de l'expression «fiducie testamentaire»⁸¹, il faut éviter que des biens soient remis à la fiducie autrement que par un particulier lors de son décès ou après son décès. Si tel était malheureusement le cas, quels en seraient les effets ? La fiducie devrait payer un impôt et les bénéficiaires assujettis à l'impôt de la Partie I auraient droit à un crédit d'impôt. L'impôt payé par la fiducie réduira son revenu selon le paragraphe 104(30) LIR.

Cet impôt est un impôt sur le revenu touchant soit l'exploitation d'une entreprise, soit la réalisation d'un gain en capital lors de la disposition d'un bien. Une charge fiscale relative à un gain en capital est attribuable au capital, alors qu'une telle charge relative à un revenu d'entreprise est attribuable au revenu.

Clause permettant au fiduciaire de déterminer ce qui est du revenu et ce qui est du capital

L'acte de fiducie prévoit souvent que le fiduciaire aura entière discrétion, sans ingérence de la part des bénéficiaires, de déterminer si une somme a été reçue ou déboursée à titre de capital ou de revenu, ou partiellement à titre de capital et partiellement à titre de revenu.

Quelle est la portée d'un tel pouvoir conféré au fiduciaire ? Y a-t-il risque que la fiducie perde son statut dit de «fiducie à l'avantage exclusif du conjoint» ?

⁷⁹ Wolfe D. Goodman, «Canadian Trusts with Non-Resident Beneficiaries and Non-Resident Trusts with Canadian Resident Beneficiaries», dans *Report of Proceedings of the Fortieth Tax Conference*, 1988 Conference Report (Toronto : Association Canadienne d'Études Fiscales, 1989), 39:1-11.

⁸⁰ *Supra*, note 78.

⁸¹ Paragraphe 108(1) LIR.

Pour qu'une fiducie soit admissible à titre de «fiducie à l'avantage exclusif du conjoint», il faut, entre autres, que les termes de l'acte prévoient que le conjoint de l'auteur ait droit, sa vie durant, à tous les revenus de la fiducie, et que nulle autre personne puisse, avant son décès, recevoir ou obtenir de toute autre façon l'usage de toute partie du revenu ou du capital de la fiducie⁸². À ces fins, le paragraphe 108(3) LIR stipule que le revenu de la fiducie est son revenu calculé sans égard aux dispositions de la LIR (c'est-à-dire selon les règles de droit civil), duquel sont soustraits tous les montants admissibles, y inclus ceux qui sont visés à l'article 83 ou décrits au paragraphe 131(1) LIR.

Le fiduciaire, sans l'intervention des bénéficiaires, gère la propriété qui lui est confiée et en dispose, place les sommes d'argent qui ne sont pas payables aux bénéficiaires et change, modifie et transpose les placements et exécute la fiducie, conformément aux dispositions et conditions du document créant la fiducie.

Ce pouvoir n'exclut pourtant pas l'intervention des tribunaux qui sont l'autorité compétente pour déterminer les droits des bénéficiaires du revenu et du capital.

Dans le jugement *Quintal c. Bohémier*⁸³, la connaissance et le consentement de l'exécuteur testamentaire à considérer un dividende applicable au solde impayé des actions n'avaient pas suffi pour en transformer le caractère de revenu en capital. Le professeur Cantin Cumyn semble assez catégorique en écrivant que la détermination des droits des bénéficiaires du capital et du revenu est «une question qu'il revient ultimement au tribunal de trancher»⁸⁴ et, bien que la Cour canadienne de l'impôt n'ait pas juridiction pour déterminer l'état du droit civil, elle a tout de même partagé ce point de vue dans l'affaire *Succession Terrill c. MRN*⁸⁵ en disant :

À la lumière de l'ensemble de cet article, il y a lieu de se demander ce que veut dire «déterminer et distinguer capital du revenu et créditer ou charger les revenus et les déboursés au capital ou au revenu de ma succession selon la proportion et les montants comme ils le croient approprié».

En premier lieu, la décision de considérer un montant comme du revenu ou du capital n'est pas une décision purement arbitraire selon le caprice des exécuteurs testamentaires. Il s'agit là d'une question purement objective appuyée sur les principes généraux de comptabilité. «... As they may think proper», qui sont les derniers mots de la clause 9(g), invitent, selon moi, à cette base objective.

⁸² Paragraphes 73(1) et 70(6) LIR.

⁸³ (1941), 79 CS 168.

⁸⁴ Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, McGill Legal Studies n° 4 (Montréal : Wilson & Lafleur, 1980), n° 112, à la p. 80.

⁸⁵ 87 DTC 492 (CCI).

Il en est de même des dépenses de capital et des dépenses de revenu s'appliquant à la réparation d'un immeuble tel que prévu à la clause 9(f). La réfection d'un toit est une dépense de capital tandis que la peinture de la cuisine et autres appartements est une dépense de revenu.

Quand il s'agit de déterminer d'un montant reçu s'il est de nature de capital ou de nature de revenu, il faut voir la source. Si la source est de l'intérêt ou du loyer perçu, il est évident qu'il s'agit de revenu. Si la source, par ailleurs, est le produit de la vente d'une maison, il est évident aussi qu'il s'agit de capital. Les exécuteurs ne peuvent en aucune façon, selon moi, considérer comme du revenu le produit de la vente d'une maison et le distribuer au bénéficiaire comme du revenu. En aucune façon non plus, les exécuteurs ne peuvent décider comme étant du capital des loyers ou des intérêts et ne pas le distribuer au bénéficiaire⁸⁶.

De plus, dans *Munro c. Common*, le juge dit ce qui suit :

There was also a suggestion that the first part of Article XV(i) gives the trustees the power to declare that the dividends in the present case constitute capital even though they would otherwise constitute income.

Such an argument cannot succeed. In *Terrill Estate*, the Court considered the interpretation of an essentially identical clause in a will and held (p. 514) :

“In conclusion, clause 9(g) of the will cannot in substance be regarded as giving the executors the power to change an amount received as income into an amount received as capital or vice versa at their whim.

They are only entitled to apply the appropriate accounting principles to determine the nature of an amount received and administer it accordingly. Such a clause, in my view, cannot taint a trust.”

In any event, even if the clause were such as to give the trustees that power, such a clause would be contrary to public policy: *Re Bronson*, D.W.M. Waters, page 842; Fortin, pages 603 to 605; *In re Wynn*, [1952] 1 Ch. 271, pages 278-9⁸⁷.

Il faut noter qu'une décision provenant des provinces de Common Law, soit l'affaire *Re Bronson*⁸⁸, a également jugé qu'une telle clause ne pouvait pas soustraire la juridiction des tribunaux de déterminer les droits des bénéficiaires en vertu d'un testament.

Enfin, il semble relativement bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire ne peut modifier la nature d'un montant de revenu ou d'une dépense déductible en un montant ou en une dépense de nature capitale et vice versa.

CONCLUSION

Les quelques réflexions exprimées dans cet article soulèvent plus de questions qu'elles ne donnent de réponses. L'intérêt du sujet est qu'il

⁸⁶ Ibid., à la p. 503.

⁸⁷ Supra, note 36.

⁸⁸ (1958), 14 DLR (2d) 51 (HC Ont.).

permet d'illustrer la complexité du droit, en particulier les problèmes, tant théoriques que pratiques, que présente le mariage de deux domaines de droit. L'auteur est d'avis que la prudence dicte de faire en sorte que l'auteur de la fiducie soit aussi explicite et précis que possible quant à ses intentions. La rédaction d'un acte de fiducie entre vifs ou testamentaire, ainsi que l'analyse juridique de certaines décisions en matière de planification fiscale et successorale demandent une bonne connaissance juridique de toutes les institutions utilisées.