

---

---

# Symposium : Propriété effective et Loi de l'impôt sur le revenu\*

Catherine Brown\*\*

---

## PRÉCIS

Cet article porte sur la notion de « propriété effective » (*beneficial ownership*) dans la Loi de l'impôt sur le revenu. Il fait partie d'une série d'études préparées dans le cadre du projet sur le bijuridisme canadien et examine la signification de l'expression propriété effective, en équité et telle qu'elle est interprétée dans le contexte juridique moderne. L'article intéressera tant les civilistes que les praticiens de la *common law* parce qu'il conclut que la signification de propriété effective aux fins de la LIR n'est pas très claire. Au terme de son étude, l'auteure recommande que, dans l'effort d'harmonisation des dispositions législatives de la LIR avec le droit du Québec, le sens de certaines expressions présentement utilisées dans la LIR soit déterminé, à commencer par « propriété effective ».

**MOTS CLÉS :** BIJURIDISME ■ DISPOSITION ■ EQUITY ■ TRANSFERT ■ FIDUCIE ■ PROPRIÉTÉ ■ QUÉBEC

---

## SOMMAIRE

Vue d'ensemble	455
Observations préliminaires	456
Survol historique : Equity, common law et droit des fiducies	458
Propriété et propriétaire (« ownership » et « owner »)	462
Propriétaire effectif et propriété effective	464
Quel est le sens de « propriété effective » ?	467
Quelle est la nature de l'intérêt du bénéficiaire à l'égard de la fiducie au Canada ?	470
Quel sens ont les expressions « beneficial owner », « beneficial ownership » et « beneficially owned », et leur équivalent français le plus fréquent, « propriété effective », dans la LIR ?	479

---

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

\*\* De la Faculté de droit, The University of Calgary. La version intégrale de cette étude peut être obtenue du ministère de la Justice, projet sur le bijuridisme au Canada, Ottawa, Canada.

« Beneficial ownership », « beneficial owner » et « beneficially owned » (« propriété effective »)	480
Récapitulation des catégories de sens véhiculées par ces termes	480
Regroupement des dispositions selon le sens de « propriété effective » (« beneficial owner », « beneficial ownership » et « beneficially owned »)	484
Catégorie 3 — Explication approfondie	491
Comment l'ADRC interprète-t-elle les expressions « beneficial owner », « beneficial ownership » et « beneficially owned », ainsi que leurs équivalents français ?	495
Propriété et propriété effective (« beneficial ownership », « owner », « beneficial owner » et « beneficially owned »)	496
L'assimilation de la fiducie à un particulier n'est pas un facteur	499
L'assimilation de la fiducie à un particulier est un facteur	500
Intérêt spécifique sur les biens en fiducie	509
Disposition : changement de propriété effective	510
Position antérieure à 2001	510
Modifications de 2001	511
Conclusion	512

## VUE D'ENSEMBLE

Dans le cadre de son projet sur le bijuridisme au Canada, le ministère de la Justice a demandé une étude des questions touchant le sens de certains termes d'*equity* employés en droit canadien, plus particulièrement quant à leur signification dans le contexte de la Loi de l'impôt sur le revenu<sup>1</sup>. L'objet de l'étude est d'analyser le sens de ces termes à des fins d'harmonisation avec les lois du Québec.

Cet article porte sur le sens du concept de « propriété effective » — rendu en anglais par les expressions « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » — à la fois en *common law* et dans les dispositions de la LIR. Également examinée est l'interprétation de chacune de ces expressions par l'Agence des douanes et du revenu du Canada (« ADRC »), ainsi que sa concordance avec le droit canadien. L'auteure se penche surtout sur le concept de propriété effective et ne discute pas des concepts d'« intérêt bénéficiaire » et de « droit de bénéficiaire » (en anglais, « *beneficial interest* », « *beneficially interested* » et « *beneficial entitlement* »), d'une part pour éviter qu'il soit trop volumineux, et d'autre part parce que l'expression « droit de bénéficiaire » est définie pour l'application de la LIR<sup>2</sup>.

1 LRC 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), telle que modifiée (« LIR »). À moins d'indication contraire, les renvois législatifs dans cette article sont à la LIR.

2 Le paragraphe 248(25) prévoit qu'une personne (ou une société de personnes) a un droit de bénéficiaire dans une fiducie donnée si elle a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non, ou soumis ou non à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, à titre de bénéficiaire d'une fiducie de recevoir tout ou partie du revenu ou du capital de la fiducie. De plus, une personne qui n'a par ailleurs aucun droit de bénéficiaire dans une fiducie peut être réputée avoir un tel droit puisqu'en raison des modalités de la fiducie ou de tout arrangement la concernant à ce moment, cette personne peut acquérir un droit de bénéficiaire dans la fiducie à ce moment ou

D'intérêt tant pour les avocats de droit civil que ceux de *common law*, cet article conclut que le sens des expressions employées pour exprimer le concept de propriété effective, voire de propriété, n'est plus aussi évident dans la LIR. Au contraire, ces expressions véhiculent des sens variés, et des arguments juridiques valables mènent à la conclusion que plusieurs contribuables, ou des contribuables différents, peuvent être considérés comme les propriétaires ou les propriétaires effectifs des biens selon des contextes fiscaux différents, plus particulièrement dans le cas des fiducies. La conclusion de l'étude aura des répercussions profondes, que ce soit à des fins de planification fiscale ou en vue d'éviter des conséquences fiscales autres que celles prévues lorsqu'il est question de propriété effective de biens.

L'étude est divisée en cinq parties. La première contient une vue d'ensemble, ainsi que des observations préliminaires. La deuxième dresse en un bref historique de l'*equity* et du droit des fiducies, discute du concept de jouissance bénéficiaire et du sens du terme « propriétaire » (*owner*), pour ensuite parler de l'application du concept de propriété effective dans un contexte moderne. Sur cette toile de fond, la troisième partie examine le sens de l'expression « propriété effective » (*beneficial ownership*) dans la LIR et considère l'importance du concept de propriété effective pour l'application des dispositions de la LIR dans lesquelles n'apparaissent aucun des termes employés pour l'exprimer (*beneficial ownership*, *beneficial owner* et *beneficially owned*, rendus généralement en français par « propriété effective »), ainsi que la manière d'établir la propriété effective dans ces circonstances. Par exemple, la définition de « société de personnes canadienne » au paragraphe 102(1) prévoit que tous les associés d'une telle société doivent résider au Canada. Si une participation dans une société de personnes est détenue par une fiducie, qui est la personne à considérer pour déterminer si les critères de « société de personnes canadienne » sont satisfaits : le fiduciaire, la fiducie ou le bénéficiaire ? La quatrième partie contient une récapitulation des observations sur l'interprétation par l'ADRC des expressions « *beneficial owner* », « *beneficial ownership* » et « *beneficially owned* ». La cinquième partie offre certaines recommandations et tire des conclusions.

## Observations préliminaires

La distinction entre le détenteur d'un titre de propriété en *common law* et une personne qui a la jouissance bénéficiaire d'un bien ou un intérêt bénéficiaire sur ce

---

ultérieurement en raison de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par un tiers. Pour l'application de cet aspect de la présomption, la fiducie doit avoir acquis des biens de la personne donnée, d'une autre personne ayant un lien de dépendance avec cette personne, d'une société étrangère affiliée contrôlée par la personne donnée ou d'une société non résidente qui serait une société étrangère affiliée contrôlée si elle était une société résidant au Canada. La définition vise également les personnes qui auraient donné une garantie au nom de la fiducie ou qui lui auraient fourni une forme quelconque de soutien financier. Il ressort de cette définition que, lorsque le fiduciaire a le pouvoir discrétionnaire de distribuer le revenu ou le capital de la fiducie à un groupe de personnes mentionnées dans l'acte de fiducie, ces personnes ont un droit de bénéficiaire dans la fiducie aux fins d'impôt.

bien est clairement établie en *equity* et joue un rôle clé dans le droit canadien. Souvent, ces concepts juridiques précis sont exprimés au moyen d'expressions comme « *legal ownership* » et « *beneficial ownership* »<sup>3</sup> (« propriété en *common law* » et « propriété effective »). Le sens de ces expressions fait partie intégrante des connaissances juridiques des avocats de *common law*, ce qui veut dire que, dans la plupart des lois et dans la jurisprudence, lorsque les expressions « *beneficial owner* » et « *beneficial ownership* » (propriétaire effectif et propriété effective) sont utilisées, leur sens est clair et évident. Il est donc rare de trouver des commentaires sur le sens de ces expressions dans la loi ou la jurisprudence contemporaine. Aux fins de cet article, il convient de tenir compte de différents éléments pour établir le sens précis de ces expressions et fournir une base pour l'analyse qui suit.

En premier lieu, le concept de propriété effective ou de propriétaire effectif (exprimé en anglais par *beneficial owner*, *beneficial ownership* et *beneficially owned*) découle de l'*equity* et compte une longue et riche histoire parsemée de recours, de défenses et de causes d'action. Ce concept est apparu parce que la *common law* adopte la position que la propriété est indivisible. L'*equity* permet la division de la notion de propriété entre la personne qui en détient le titre légal et une autre qui en a la propriété bénéficiaire (propriété effective), expressions qui décrivent cette distinction technique.

En deuxième lieu, le sens du concept est fonction du contexte dans lequel il sert, y inclus le recours et la cause d'action applicables en *equity*. Par exemple, selon la terminologie moderne, une personne peut avoir la « propriété effective » d'un bien en droit des biens et en droit des fiducies, mais pour des raisons complètement différentes. En droit des biens, l'acheteur qui est partie à une convention de rachat sera désigné comme le propriétaire effectif puisqu'il peut avoir le droit de demander l'exécution en nature de la convention. En droit des fiducies, le concept de propriété effective reflète le fait que le bénéficiaire peut forcer le fiduciaire à administrer la fiducie de façon appropriée. Toutefois, dans l'un et l'autre cas, l'expression « *beneficial owner* », ou propriétaire effectif est employée parce que les tribunaux reconnaissent le droit en *equity* au requérant et accordent un recours en *equity*.

En troisième lieu, depuis les années 1880, l'emploi du mot « *owner* » (propriétaire) fait l'objet d'un débat acharné quant à l'intérêt d'un bénéficiaire sur un bien en fiducie<sup>4</sup>. Le propriétaire en *common law* détenait le titre de propriété et bénéficiait de tous les autres droits en découlant. Comme l'existence d'une fiducie

3 L'expression « *beneficial owner* » est parfois employée au sens large pour désigner le propriétaire ou le détenteur du titre en *common law* dans les cas où il a aussi la jouissance bénéficiaire du bien.

4 La nature précise de l'intérêt détenu par un bénéficiaire dans un bien particulier en fiducie est une question importante qui n'a pas encore été réglée, ni au Canada, ni ailleurs. Voir D.W.M. Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest » (1967) vol. 45, n° 2 *La Revue du barreau canadien* 219-83, à la p. 220. L'histoire des « *uses* » et des fiducies est étudiée dans Mark R. Gillen et Faye Woodman, édit., *The Law of Trusts: A Contextual Approach* (Toronto : Emond Montgomery, 2000), chapitre 1. Voir également D.W.M. Waters, *The Law of Trusts in Canada*, 2<sup>e</sup> édit. (Toronto : Carswell, 1984).

imposait au propriétaire en *common law* l'obligation de détenir le bien au bénéfice d'un tiers, l'un des principaux attributs du droit de propriété, soit la jouissance du bien, n'était plus dévolu au détenteur du titre de la propriété. En *equity*, le bénéficiaire disposait d'un moyen de faire respecter son droit de jouissance du bien. Il existait un droit personnel (*right in personam*) qui pouvait être exercé sur le fiduciaire, sans être pour autant un droit de propriété sur le bien en fiducie<sup>5</sup>. Par conséquent, il n'est pas tout à fait exact de dire que le bénéficiaire d'une fiducie est le propriétaire en *common law* des biens de la fiducie, puisque cela suggérerait que le bénéficiaire a un droit *in rem* sur ces biens.

En quatrième lieu, bon nombre des décisions les plus importantes rendues au Canada concernant la nature de l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie et la question de savoir si le bénéficiaire possède un intérêt spécifique sur les actifs de la fiducie s'inscrivent dans le contexte des lois fiscales et ont trait à la perception de l'impôt sur le revenu<sup>6</sup>.

Enfin, des termes différents servent souvent à véhiculer un même concept, par exemple « *beneficial* » ou « *equitable* » pour qualifier le propriétaire (*owner*) ou l'intérêt (*interest*)<sup>7</sup>. Les deux mots, « *beneficial* » et « *equitable* » correspondent au même concept : le droit du demandeur est reconnu en *equity*, et les tribunaux imposeront ce droit en vertu de leur compétence en *equity*.

## SURVOL HISTORIQUE : EQUITY, COMMON LAW ET DROIT DES FIDUCIES

Les expressions formulées avec les mots « *beneficial owner* », « *entitlement* » ou « *interest* » tirent leur origine du corps de règles du droit anglais appelé *equity*. Elles véhiculent la notion d'obligation fiduciaire, dont l'application en *equity*, depuis neuf siècles, a relevé d'abord du roi par l'intermédiaire de son grand chancelier, puis des cours de chancellerie et, au Canada, depuis les années 1880, des cours supérieures des provinces. L'*equity* a toujours eu comme objet de garantir la justice et l'équité en *common law*. L'obligation fiduciaire a été la principale raison pour laquelle l'*equity* sert maintenant de complément à la *common law*.

---

5 Toutefois, avec le temps, le bénéficiaire pouvait, dans certaines circonstances, imposer ses droits à l'encontre de tiers à l'égard de biens en fiducie. Tel que discuté dans le texte qui suit, l'évolution des droits de ces tiers est à l'origine de l'argument voulant que le bénéficiaire puisse avoir un droit *in rem* sur le bien en fiducie.

6 Consulter les notes 73 à 89, *infra*, pour une discussion sur ce sujet.

7 Voici qui peut ajouter à la confusion sur la terminologie : Robert Megarry et M.P. Thompson, édit., *Megarry's Manual of the Law of Real Property*, 7<sup>e</sup> édit. (Londres : Sweet & Maxwell, 1993), à la p. 64, parlent du propriétaire effectif d'un domaine en *common law* et déclarent : « [traduction] la possibilité pour le propriétaire effectif du domaine en *common law* (c'est-à-dire la personne qui possède l'intérêt en *equity* ainsi que le domaine en *common law* pour sa propre jouissance) de faire une distinction entre l'intérêt en *common law* et l'intérêt en *equity* est l'un des éléments fondamentaux du droit anglais ».

L'*equity* a pris forme au Moyen Âge à la suite des requêtes présentées au roi par des parties à des litiges qui n'étaient pas satisfaits des décisions rendues. Les auteurs de ces requêtes soutenaient en général que justice n'avait pas été rendue en raison d'une lacune, non du droit proprement dit, mais de son mode d'application. Le chancelier, à qui le roi confiait habituellement le soin de donner suite à ces requêtes, occupait souvent une fonction élevée au sein de l'église et avait une formation en droit romain, en droit canonique ou dans ces deux disciplines à la fois. Ces principes de droit servaient au chancelier non pas pour reformuler la *common law*, mais pour en prévenir l'application à la lettre lorsqu'il en résultait une injustice. Le plus souvent, il écartait l'exécution de jugements rendus par les tribunaux de *common law*, par exemple lorsque ces jugements n'avaient pas été obtenus dans les règles.

Le chancelier et, par la suite, les cours de chancellerie, en sont également venus à assurer l'application des principes d'*equity* à l'égard des « *uses* », terme anglais qui désigne l'ancêtre des fiducies. À compter de 1225, le chancelier a joué un rôle essentiel à la bonne marche des activités des fiducies. Plus précisément, il veillait à ce que le fiduciaire (fieffé soumis à un droit d'usage, ou *feoffee to uses*) se conforme en tout point à ce qui avait été convenu avec le constituant au sujet des biens en fiducie. Par exemple, si, en *common law*, A transférait un bien-fonds à B (fieffé soumis à un droit d'usage) afin que B le détienne pour l'usage ou le bénéfice de C (bénéficiaire de la fiducie, ou *cestui que trust*), les tribunaux de *common law* considéraient que B possédait l'intérêt exclusif sur le bien-fonds et ne tenaient pas compte du droit de bénéficiaire sur le bien que A voulait conférer à C. L'*equity* permettait de combler cette lacune. Dans l'exercice de leur compétence en *equity*, les cours de chancellerie employaient des moyens persuasifs — menaces d'emprisonnement, et autres — pour convaincre B de se conformer à ses engagements relativement au bien-fonds.

Le recours aux fiducies est devenu un moyen très populaire pour se soustraire aux créanciers et à d'autres obligations féodales, et les droits des bénéficiaires de fiducie ont été clairement définis et dûment appliqués en *equity* durant les 13<sup>e</sup>, 14<sup>e</sup> et 15<sup>e</sup> siècles. À la fin du 15<sup>e</sup> siècle, l'intérêt en *equity* du bénéficiaire d'une fiducie correspondait plus ou moins au concept actuel de « titre en *equity* » ou de « propriété effective<sup>8</sup> ». Les cours de chancellerie assuraient également le respect de ce titre en *equity*.

Au 18<sup>e</sup> siècle, le recours en *equity* pour le règlement de différends juridiques devant les cours de chancellerie était déjà bien établi. En 1873, aux termes de la Judicature Act, la compétence des cours de chancellerie a été confiée à une nouvelle cour suprême de justice; c'était la première fois qu'en Angleterre, la *common law* et l'*equity* relevaient d'un même tribunal.

---

8 Voir Philip Girard, « History and Development of Equity », dans Gillen et Woodman, *supra*, note 4, chapitre 2, à la p. 20.

Dans les années 1800, la plupart des provinces canadiennes avaient adopté des lois semblables en matière d'organisation judiciaire<sup>9</sup>. Ces lois ont conduit à la réforme de l'organisation des tribunaux canadiens et au transfert de la compétence sur les questions d'*equity* aux tribunaux de *common law* (les cours supérieures provinciales). Ainsi, pour la première fois, les recours, défenses et causes d'action en *equity* étaient entendus par les tribunaux de *common law*.

À l'époque où ces lois sur l'organisation judiciaire sont entrées en vigueur au Canada, il était généralement assumé que la « fusion » de la *common law* et de l'*equity* se limitait à la procédure et qu'il ne s'agissait pas d'une modification de fond<sup>10</sup>. Il y avait encore deux ensembles de règles de droit — l'*equity* et la *common law* — mais tous deux relevaient de la compétence d'un même tribunal. À la suite de cette fusion, les tribunaux canadiens pouvaient confirmer et faire respecter à la fois le titre en *common law* du fiduciaire sur les biens en fiducie et l'intérêt en *equity* du bénéficiaire de la fiducie si, par exemple, le fiduciaire cherchait à transférer le bien à un tiers<sup>11</sup> ou à le conserver frauduleusement pour son propre bénéfice. En cas de conflit entre les règles d'*equity* et les règles de *common law*, la plupart des lois sur l'organisation judiciaire prévoit expressément la primauté des règles d'*equity*<sup>12</sup>. L'*equity* demeure très présente en *common law* moderne, les droits du bénéficiaire en *equity* à l'égard des biens en fiducie y sont reconnus et les tribunaux canadiens continuent d'en assurer le respect.

Un autre point important lié à l'évolution des « *uses* » et des fiducies a été l'adaptation du concept d'intérêt en *equity* (intérêt bénéficiaire), de manière à l'employer à des fins plus complexes. Au départ, les « *uses* » ou fiducies avaient trait uniquement aux biens-fonds. Pour que le bénéficiaire en *equity* possède un droit et puisse le faire valoir, il suffisait que le bien-fonds soit transféré *au fiduciaire en fief simple pour son usage* et détenu en fiducie pour le bénéficiaire. Le rôle du fiduciaire consistait simplement à détenir le titre en fief simple (titre en *common law*) du bien-fonds, à remettre les bénéfices qui en étaient tirés au bénéficiaire de la fiducie, à disposer du bien-fonds conformément aux instructions de l'auteur du

9 Voir notamment les lois sur l'organisation judiciaire de la Nouvelle-Écosse, RSNS 1989, c. 240, et de l'Alberta, SA 2000, c. J-2, telles que modifiées.

10 Voir Girard, *supra*, note 8, à la p. 35.

11 En vertu des règles d'*equity*, le titre du bénéficiaire prévaut sur celui de tout tiers à qui le fiduciaire transfère les biens, sauf en cas d'acquisition de bonne foi, à titre onéreux et sans connaissance préalable. Il pourrait donc être conclu que le bénéficiaire détient un intérêt de quasi-proprétaire puisqu'il a le droit de suivre les biens de la fiducie à un tiers, même si ces biens sont recouverts pour le compte de la fiducie. À ce propos, voir les commentaires d'A.H. Oosterhoff et E.E. Gillese dans *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 5<sup>e</sup> édit. (Scarborough, ON : Carswell, 1998), à la p. 29, note 109, et le renvoi à « H.A.J. Ford et W.A. Lee, avec l'aide de Peter McDermott, *Principles of the Law of Trusts*, 3<sup>e</sup> édit. (Sydney : L.B.C. Information Services, 1966), § 1790, qui mentionnent cette hypothèse en traçant une analogie avec le droit du bénéficiaire d'une succession non administrée de recouvrer les actifs de la succession. »

12 Girard, *supra*, note 8, à la p. 36.

transfert et à engager toute procédure nécessaire pour protéger ou recouvrer le bien-fonds<sup>13</sup>.

Étant donné la simplicité de cette méthode de distinction entre le titre en *common law* et la jouissance du bien à titre de bénéficiaire, il n'est pas surprenant que le bénéficiaire ait été considéré comme le véritable propriétaire ou parfois, selon la terminologie courante, comme « *beneficial owner* » ou propriétaire effectif du bien. Toutefois, le droit du bénéficiaire en *equity* était et demeure essentiellement un droit qui permet de forcer le fiduciaire à respecter les modalités de l'acte de fiducie<sup>14</sup>. Le droit du bénéficiaire, et le bien qui en est l'objet, découlent clairement du transfert d'un bien-fonds à un fiduciaire en fief simple pour le bénéfice d'un bénéficiaire déterminé. C'est dans ce contexte simple qu'il est le plus facile de saisir le concept de propriété effective. En *equity*, le bénéficiaire de la fiducie était considéré comme propriétaire effectif, tandis qu'en *common law*, le fiduciaire était considéré être le propriétaire.

Les choses sont rapidement devenues plus compliquées. Le fait que le fiduciaire détenait le titre en *common law* ou la propriété en fief simple du bien-fonds n'empêchait pas les détenteurs du domaine en *equity* de faire valoir leurs droits. Par exemple, l'usage d'un bien-fonds pouvait être accordé à une personne pour la vie ou pour un nombre précis d'années, tandis que le domaine résiduel était donné à une autre personne. De même, l'intérêt que possédait une personne pouvait être conditionnel à un événement particulier tel un mariage ou la naissance d'un enfant.

Le rôle du fiduciaire a lui aussi commencé à changer. À l'origine, il était un simple prête-nom, un homme de paille, dont le rôle était purement passif, soit détenir le titre de propriété en *common law* à l'égard de biens en fiducie : « [traduction] le fieffé remplissait un rôle passif et était tenu en *equity* de se conformer aux instructions du bénéficiaire de la fiducie<sup>15</sup> ». Cependant, avec le temps, il est devenu possible en droit de « [traduction] créer des fiducies spéciales où le fiduciaire pouvait remplir certaines tâches, comme la vente de biens-fonds, l'accumulation de bénéfices, la gestion des domaines, etc.<sup>16</sup> ».

L'objet des fiducies a aussi changé : alors que les « *uses* » ne concernaient que les biens-fonds, il est désormais possible de transférer à peu près n'importe quel actif à une fiducie<sup>17</sup>. Ces fiducies ont donc évolué bien au delà de la simple fiducie telle qu'elle est connue aujourd'hui, puisqu'elles comprennent des responsabilités

13 Oosterhoff and Gillese, *supra*, note 11, à la p. 6.

14 Le bénéficiaire a également certains droits à l'endroit de tiers en vue de suivre et de recouvrer les biens de la fiducie.

15 E.H. Burn, *Cheshire and Burn's Modern Law of Real Property*, 15<sup>e</sup> édit. (Londres : Butterworths, 1994), à la p. 55.

16 *Ibid.*

17 Les intérêts conjoints représentent une importante exception à cette règle puisqu'il doit y avoir disjonction préalable de la tenance conjointe.



plus importantes pour les fiduciaires et des intérêts plus complexes détenus par les bénéficiaires.

À la suite de ces divers changements, il n'est plus aussi facile de déterminer, dans la pratique, qui est le propriétaire « réel » ou « effectif » des actifs de la fiducie. Il peut y avoir plusieurs bénéficiaires qui peuvent avoir des intérêts dévolus ou éventuels. Le fiduciaire peut avoir un vaste pouvoir discrétionnaire dans le choix des bénéficiaires de la fiducie ou dans l'établissement du montant de revenu ou de capital à leur affecter. Il peut aussi avoir le pouvoir de nommer d'autres bénéficiaires. De ce fait, l'usage de termes tels « propriétaire en *common law* » et « propriétaire effectif », qui ont servi à exprimer de façon concise le droit du bénéficiaire relativement à un simple transfert à un fiduciaire (propriétaire nominal) au bénéfice du bénéficiaire de la fiducie, n'est peut-être plus approprié pour traduire le concept de propriété au regard de bon nombre de fiducies modernes, en particulier les fiducies discrétionnaires, le problème tenant évidemment à la difficulté d'établir qui a la jouissance bénéficiaire des biens en fiducie.

Malgré tout, ces expressions font souvent partie de la terminologie moderne pour désigner le concept de propriété effective, tant au Canada qu'à l'étranger. Quel en est le vrai sens ? Plus particulièrement, quel en est le sens pour l'application de la LIR ?

### Propriété et propriétaire (« ownership » et « owner »)

Pour bien saisir le sens des concepts de propriété effective, il est utile de se pencher sur les notions de « propriété » et de « propriétaire<sup>18</sup> ». Dans le *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édition, le terme « owner » (propriétaire) se définit ainsi : « [traduction] personne qui a le droit de posséder, d'utiliser et de transférer une chose; propriétaire<sup>19</sup> ». Toujours selon cet ouvrage, « propriété » signifie « [traduction] l'ensemble des droits en vertu desquels une personne peut utiliser un bien et en avoir la jouissance, y compris le droit de transférer le bien à un tiers<sup>20</sup> ». Le terme « propriété » suppose également « [traduction] le droit de posséder une chose, en dépit de tout contrôle de fait ou de droit<sup>21</sup> ».

Dans un ouvrage sur le droit canadien de la propriété, Gilles décrit ainsi la propriété : « [traduction] un ensemble de droits exécutoires reliant une personne à

18 Cette question fait l'objet d'un examen de portée générale dans Barbara Pierre, « Classification of Property and Conceptions of Ownership in Civil and Common Law » (1997) vol. 28 *Revue générale de droit* 235-74.

19 *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édit., définition de « owner ». Dans le *Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases*, 5<sup>e</sup> édit.; la définition de « owner » ou « proprietor » (propriétaire d'un bien) se lit comme suit: « [traduction] la personne à qui ce bien est dévolu dans les faits (avec son consentement) à un moment donné et qui en a la jouissance et le contrôle ou l'usufruit ».

20 *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édit., définition de « ownership ».

21 Ibid.

une chose<sup>22</sup> ». Elle suggère que « [traduction] ces droits peuvent être regroupés en trois catégories : le droit d'utilisation matérielle, le droit de jouissance (par exemple, revenu et services) et le droit d'administration (vente, location, legs, hypothèque)<sup>23</sup> ». Honoré fournit une description plus détaillée de ce concept, énonçant 11 éléments qui, à son avis, fournissent la vision la plus complète de la notion de propriété :

[traduction] La propriété comprend le droit de posséder, d'utiliser et d'administrer, le droit relatif au revenu provenant de la chose, le droit relatif au capital, le droit au maintien dans les lieux, les droits ou attributs de transmissibilité et l'absence de limite dans le temps, l'obligation de prévention des dommages, la responsabilité en matière d'exécution et le droit au reliquat<sup>24</sup>.

Quant à Ziff, il ramène à quatre le nombre d'éléments clés du concept de propriété :

[traduction]

- (i) la possession, la gestion et le contrôle;
- (ii) le revenu et le capital;
- (iii) le transfert entre vifs ou au décès; et
- (iv) la protection en vertu du droit<sup>25</sup>.

D'autres définitions reposent sur le postulat qu'en général, le propriétaire est le « propriétaire effectif » :

[traduction] Bien sûr, la plupart des biens sont détenus au titre d'un droit en common law et d'un droit à titre de bénéficiaire; autrement dit, la personne détenant le titre de propriété a également le droit d'usage et de jouissance. On tient ce fait pour acquis à un point tel qu'il paraîtrait étrange de qualifier le propriétaire d'un intérêt en fief simple sur un bien réel de « propriétaire effectif » ou de dire qu'il a la « jouissance bénéficiaire », qu'il possède le « domaine bénéficiaire » ou qu'il a un droit de propriété à titre bénéficiaire; on dira simplement qu'il est le « propriétaire », en tenant pour acquis qu'il possède le bien pour son propre compte<sup>26</sup>.

22 Eileen E. Gillese, *Property Law: Cases, Text and Materials*, 2<sup>e</sup> édit. (Toronto : Emond Montgomery, 1990), à la p. 2:1.

23 Ibid.

24 A.M. Honoré, « Ownership », dans A.G. Guest, édit., *Oxford Essays in Jurisprudence, A Collaborative Work* (Londres : Oxford University Press, 1961), 107-47, à la p. 113.

25 Bruce Ziff, *Principles of Property Law*, 3<sup>e</sup> édit. (Toronto : Carswell, 2000), à la p. 2 (citation omise).

26 Arthur Allen Leff, « The Leff Dictionary of Law: A Fragment: Part 3 » (juillet 1985) vol. 94 *The Yale Law Journal* 1855-2251, à la p. 2149.

## Propriétaire effectif et propriété effective

Le qualificatif « *beneficial* » — et ses équivalents français « bénéficiaire » ou « effectif » — est fréquemment utilisé en langage juridique de concert avec le terme « *owner* » (propriétaire) « [traduction] pour faire une distinction entre le droit ou le pouvoir que détient une personne pour son propre usage et sa propre jouissance et celui qu'elle possède pour l'usage et la jouissance d'un tiers<sup>27</sup> ». Tel que déjà mentionné, cette distinction prend principalement sa source dans le droit des fiducies : le fiduciaire a le titre légal du bien, mais il le détient pour le bénéficiaire de la fiducie qui, lui, possède un « intérêt bénéficiaire » sur le bien ou la « jouissance bénéficiaire » du bien<sup>28</sup>.

Il est aussi possible de trouver une définition générale du terme « propriétaire effectif » dans les dictionnaires juridiques. Ainsi, dans le *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> édition, « *beneficial owner* » est défini ainsi : « [traduction] personne qui n'a pas de titre relativement au bien mais qui a à l'égard du bien des droits qui font partie des attributs normaux de la propriété du bien<sup>29</sup> ». Dans la 7<sup>e</sup> édition de ce même dictionnaire, la définition de « *beneficial owner* » est couchée en ces termes : « [traduction] personne considérée en equity comme propriétaire d'une chose parce qu'il en a l'usage et le titre, même si le titre en *common law* peut appartenir à une autre personne<sup>30</sup> ».

Ces définitions, rédigées en langage courant, ne font toutefois que reprendre des principes d'*equity* bien connus. Il faut consulter d'autres sources pour trouver des définitions plus précises et plus détaillées, telle les décisions des tribunaux portant sur l'usage de ces expressions dans le contexte d'une loi particulière. Par exemple, en considérant la définition du terme « plaignant » à l'article 289 de la Loi canadienne sur les sociétés par actions<sup>31</sup>, la Cour suprême de l'Ontario a décidé ce qui suit :

[traduction] Le « propriétaire effectif » est la personne qui est le véritable propriétaire du bien, même si le bien est au nom de quelqu'un d'autre. Le propriétaire nominal a

---

27 Ibid.

28 Une terminologie quelque peu différente est souvent employée en droit immobilier. Le détenteur du titre en *common law* est réputé posséder un domaine en *common law* (bien-fonds) et le détenteur du titre en *equity*, un intérêt bénéficiaire, ou en *equity*, à l'égard du bien-fonds. Ces termes peuvent servir à autre chose qu'une fiducie, car les recours en *equity* s'appliquent dans différentes circonstances. Ainsi, dans un contrat de vente de biens immobiliers, l'acquéreur est appelé « *beneficial owner* » (propriétaire bénéficiaire ou propriétaire effectif), même si le vendeur détient toujours le titre en *common law*. Si l'expression « propriétaire effectif » est utilisée dans un tel cas, c'est parce que l'acquéreur peut avoir un droit d'exécution en nature (droit en *equity*) au titre du bien, droit dont les tribunaux de *common law* assureront le respect si les modalités du contrat ne sont pas exécutées.

29 *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> édit., définition de « *beneficial owner* ».

30 *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édit., définition de « *owner* ». Quant au sens des mots « *belongs to* », voir aussi *Re City of Kitchener and Reg. Mun. of Waterloo* (1978), 94 DLR (3<sup>e</sup>) 760 (Cour div. de l'Ont.).

31 LRC 1985, c. C-44.

le titre de propriété en common law, mais le véritable propriétaire peut exiger de lui qu'il lui remette le bien et lui transfère le titre en common law<sup>32</sup>.

Dans le contexte de l'article 43(3) de la Loi sur la Cour fédérale<sup>33</sup>, la Cour fédérale d'appel a interprété le même terme de la façon suivante :

[traduction] À mon avis, l'expression « propriétaire effectif » sert à désigner la personne qui se cache derrière le propriétaire inscrit lorsque celui-ci fait uniquement fonction d'intermédiaire, par exemple un fiduciaire, un représentant personnel ou un mandataire<sup>34</sup>.

Cependant, ni l'une ni l'autre de ces interprétations ne peut servir à définir les termes en question s'ils sont utilisés dans un contexte autre que celui des cas examinés.

Dans plusieurs décisions, le sens de « propriétaire effectif » a été étudié dans le contexte d'une loi fiscale canadienne. Par exemple, dans *J.C. MacKeen Estate c. Min. of Finance (NS)*, le juge Hart décrivait l'expression « propriétaire effectif » de cette façon dans le contexte de la Succession Duty Act de la Nouvelle-Écosse<sup>35</sup> :

[traduction] Il me semble que le sens courant de l'expression « propriétaire effectif » est celui de véritable propriétaire du bien. Le bien peut être enregistré à un autre nom ou détenu en fiducie pour le propriétaire véritable, mais le « propriétaire effectif » est celui qui, en dernier ressort, exerce les droits de propriété sur le bien<sup>36</sup>.

La décision du juge Hart a été confirmée en appel. Voici un extrait des motifs du juge en chef MacKeigan, qui a prononcé le jugement de la Cour d'appel :

32 *Csak c. Aumon* (1990), 69 DLR (4<sup>e</sup>) 567, à la p. 570 (Cour div. de l'Ont.).

33 SRC 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), c. 10.

34 *Mount Royal/Walsh Inc. c. Ship "Jensen Star" et al.* (1989), 99 NR 42, à la p. 47 (CAF).

35 An Act Respecting Succession Duties, SNS 1972, c. 17 (« la Succession Duty Act »).

36 [1977] CTC 230, à la p. 247; (1977), 78 DLR (3<sup>e</sup>) 66, à la p. 85 (sub nom. *Cowan c. Minister of Finance, N.S.*). Dans l'affaire *R.A. Jodrey Estate c. Min. of Finance (N.S.)* (sub nom. *Covert et al. c. Ministre des Finances (N.-É.)*), [1980] CTC 437, à la p. 442; [1980] 2 RCS 774, à la p. 784, le juge Martland a cité ce passage en y souscrivant. Dans *MacKeen*, le testateur avait des actions ordinaires de Rockingham Investments Ltd. (« Rockingham »), société constituée sous le régime des lois de l'Alberta. Son épouse était l'unique actionnaire d'une société distincte et ses trois filles étaient chacune l'unique actionnaire de trois autres sociétés. Chacune de ces quatre dernières sociétés avait une filiale en propriété exclusive. Les huit sociétés étaient constituées sous le régime des lois de l'Alberta. Le testateur résidait en Nouvelle-Écosse, tout comme son épouse et ses filles. À son décès, le testateur a légué ses actions de Rockingham à ses exécuteurs testamentaires afin qu'ils les détiennent en fiducie et, du vivant de son épouse, en versent le revenu net à la filiale de la société dont son épouse était l'unique actionnaire. Après le décès de l'épouse, les actions devaient être divisées en quatre parts égales, trois de ces parts étant transférées aux filiales des sociétés dont ses filles étaient les uniques actionnaires, la quatrième étant remise à une autre de ses filles, qui ne résidait pas en Nouvelle-Écosse. Le ministre des Finances de la Nouvelle-Écosse a exigé une somme de plus de 500 000 \$ de la veuve et des trois filles à titre de successeurs résidents en vertu de la Succession Duty Act.

[traduction] Le propriétaire véritable du bien, c'est-à-dire la personne qui a le droit de bénéficiaire sur le bien, peut exiger du propriétaire nominal qu'il le laisse utiliser ou posséder le bien, qu'il lui remette le revenu qui en est tiré ou qu'il le laisse de quelque autre manière avoir le bénéfice et la jouissance du bien. En général, il peut demander au propriétaire nominal de convertir le bien ou d'en transférer le titre en common law à un autre propriétaire nominal. Mais surtout, il peut, sauf modalité contraire de l'acte de fiducie, exiger du propriétaire nominal qu'il lui transfère à lui, le propriétaire véritable, la propriété du bien et son titre en common law. Dans un tel cas, le propriétaire véritable acquiert l'entière propriété du bien et cesse d'avoir simplement un droit de bénéficiaire sur le bien<sup>37</sup>.

Il est évident que, dans cette décision, le sens de « propriétaire effectif » est relié à la notion de droit de bénéficiaire et il s'agissait de déterminer si, à la suite du décès d'un testataire, une société avait acquis des biens de la personne décédée ou obtenu un droit de bénéficiaire sur ces biens. Dans l'affirmative, chacun des actionnaires de la société était réputé, selon la Succession Duty Act, être le successeur des biens de la personne décédée dans la mesure où la valeur de ses actions dans la société augmentait du fait que la société acquérait ces biens ou y avait un droit à titre de bénéficiaire. Le sens particulier du concept de « propriété effective » attribué dans ce cas doit donc être limité à ces faits, ainsi qu'au libellé de la loi en cause.

De toutes les descriptions du sens général véhiculé par le concept de « propriété effective », la plus utile est probablement celle fournie par la Cour suprême des États-Unis il y a près de 100 ans :

[traduction] Les expressions « usage bénéficiaire », « intérêt bénéficiaire » ou « propriété effective » à l'égard d'un bien sont fréquentes dans la loi; dans ce contexte, elles expriment un droit de jouissance qui existe lorsque le titre en common law est détenu par une personne mais qu'une autre personne a le droit d'usage bénéficiaire ou l'intérêt bénéficiaire, que ce droit est reconnu en droit et que les tribunaux peuvent le faire respecter à la demande de ce dernier ou d'une personne agissant en son nom<sup>38</sup>.

Cette définition a pour caractéristique de décrire la propriété bénéficiaire comme un droit de jouissance de la propriété, droit assuré de deux façons : ce droit est reconnu en droit et les tribunaux peuvent le faire respecter. Il y est tenu compte du fait qu'il existe différentes catégories d'intérêt bénéficiaire dans une fiducie et qu'un droit de jouissance bénéficiaire n'y est pas nécessairement rattaché. En plus, il y a distinction entre différentes catégories d'intérêt bénéficiaire. Par exemple, il ne peut vraiment pas être affirmé que tous les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire ont l'entière jouissance bénéficiaire des biens en fiducie, étant donné que l'intérêt bénéficiaire sera parfois dévolu, conditionnel, assujéti à un intérêt futur, etc. Tout au plus peut-on dire que tous les bénéficiaires, peu importe la nature de leur intérêt, ont, collectivement, la jouissance bénéficiaire ou

37 *Cowan c. Ministre des Finances, N.S.* (1978), 89 DLR (3e) 426, aux pp. 433-34 (NSSCAD).

38 *Catholic Missions c. Missoula County*, 200 US 118, aux pp. 127-28 (1905).

la propriété effective du bien en fiducie. Toutefois, même cette conclusion est remise en question par certains auteurs<sup>39</sup>.

### Quel est le sens de « propriété effective » ?

Selon le *Dictionary of Canadian Law*, le terme « *beneficial ownership* » « [traduction] s'entend de la propriété par l'intermédiaire d'un fiduciaire, d'un représentant légal, d'un mandataire ou d'un autre intermédiaire ». Dans le *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édition, la définition est essentiellement la même mais mentionne également la personne « [traduction] pour le compte de laquelle des biens sont détenus en fiducie, aussi appelée propriétaire en equity<sup>40</sup> ». Certains auteurs, ainsi que certains précédents, ont introduit la notion voulant que le bénéficiaire d'une fiducie puisse être le propriétaire effectif d'actifs donnés de la fiducie ou avoir un intérêt sur ces actifs<sup>41</sup>. Cette opinion n'a toutefois pas été retenue dans la doctrine traditionnelle concernant la nature du droit du bénéficiaire de la fiducie, car il en ressort que le bénéficiaire d'une fiducie a un droit *in rem*, c'est-à-dire qu'il est le propriétaire en *equity* des biens en fiducie. La doctrine traditionnelle veut que les droits du bénéficiaire soient des droits personnels (*in personam*) qui s'exercent à l'encontre du fiduciaire et visent le respect des modalités de l'acte de fiducie.

Un certain nombre d'auteurs modernes ont effectué d'utiles récapitulations de l'une et l'autre de ces positions<sup>42</sup> et le texte d'un de ces auteurs, le britannique

39 Voir *Gartside c. Inland Revenue Commrs.*, [1968] AC 553 (HL). Voir également Geraint Thomas, *Thomas on Powers* (Londres : Sweet & Maxwell, 1998), 377-87. Thomas fait une distinction entre une fiducie discrétionnaire à distribution obligatoire (*exhaustive discretionary trust*) dont les bénéficiaires forment une catégorie fermée et une fiducie à distribution non obligatoire (*non-exhaustive trust*). Dans le cas des fiducies du premier groupe, il est soutenu que, selon le principe formulé dans l'affaire *Saunders c. Vautier* (1841), 4 Beav. 115; 49 ER 282 (Rolls Ct.); conf. (1841), 1 Cr. & Ph. 240; 41 ER 482 (Ch.), les bénéficiaires peuvent collectivement rompre la fiducie et administrer le bien comme s'il était à eux. « [traduction] Pour ce qui est de la fiducie à distribution non obligatoire ou de toute fiducie discrétionnaire dont les bénéficiaires ne forment pas une catégorie fermée, les choses sont différentes : tous les bénéficiaires du moment, même s'ils agissent collectivement, ne peuvent demander que les fonds de la fiducie leur soient versés ni donner des instructions sur la manière d'affecter ces fonds pour leur compte. » (Thomas, à la p. 380.)

40 *Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> édit., définition de « *owner* ».

41 Ce point est fort controversé; il a pour origine le droit d'un bénéficiaire d'imposer le respect d'un intérêt en *equity* sur un bien en fiducie transféré par le fiduciaire à un tiers, sauf s'il s'agit d'un acquéreur de bonne foi, à titre onéreux, sans connaissance préalable de la fiducie. Ce droit est jugé très semblable à un droit de propriété, d'où la désignation du bénéficiaire à titre de propriétaire effectif, ou de propriétaire en *equity*, du bien en fiducie. Le fait qu'un bénéficiaire soit le propriétaire de biens en fiducie entraîne diverses conséquences; et il a été soutenu que le bénéficiaire devient assujéti à l'impôt sur les actifs ou les revenus de la fiducie dont il est bénéficiaire. Voir l'arrêt *Baker c. Archer-Shee*, infra, note 61, et la discussion dans le texte des notes 61 à 72, infra.

42 Consulter notamment Oosterhoff et Gillese, supra, note 11, aux pp. 24-30, et Waters, *Law of Trusts*, supra, note 4, à la p. 24.

Gray, fait la distinction entre la conception « orthodoxe » et la conception « élargie ». Il décrit ainsi la position orthodoxe :

[traduction] L'opinion généralement acceptée sur la nature des droits de bénéficiaire est celle formulée par le professeur J.B. Ames, qui a fait l'observation suivante :

Le bénéficiaire d'une fiducie est souvent désigné comme étant le propriétaire en equity du bien-fonds. Cette formulation, si elle est pratique, est de toute évidence inexacte. Le fiduciaire est le propriétaire du bien-fonds; or, il est bien certain que deux personnes ayant des intérêts opposés ne peuvent être propriétaires d'une même chose. Ce que possède le bénéficiaire de la fiducie consiste en l'obligation imposée au fiduciaire, car il ne faut pas oublier qu'une obligation est un élément tout aussi fondamental de la propriété que la chose matérielle<sup>[43]</sup>.

Maitland a été plus loin encore dans le but de démontrer que les domaines et intérêts en equity ne sont pas des droits *in rem*. D'après lui, le fiduciaire est « le propriétaire à part entière de la chose, tandis que le bénéficiaire de la fiducie n'a aucun droit à l'égard de la chose »<sup>[44]</sup>. Il est erroné à son avis de dire que « même si l'on considérait en common law que le fiduciaire était le propriétaire du bien-fonds, c'est le bénéficiaire de la fiducie qui en était le propriétaire en vertu de l'equity »<sup>[45]</sup>.

Les partisans de la conception élargie adoptent une position très différente au sujet des droits du bénéficiaire de la fiducie, clairement exprimée par Gray dans l'extrait suivant :

[traduction] Du point de vue d'autres juristes, il a semblé plausible de soutenir que les droits du bénéficiaire d'une fiducie ne se limitent pas aux simples droits personnels (*in personam*). Selon cette conception élargie des droits en question, on accorde davantage d'importance au fond qu'à la forme. Il est tenu compte du fait que le domaine en common law du fiduciaire est dans la plupart des cas uniquement un droit apparent, subordonné au domaine en equity, qui est le fondement de la fiducie<sup>[46]</sup>. Pour étayer cette opinion, considérons l'éventail de tiers à l'encontre desquels le bénéficiaire de la fiducie peut imposer le respect de ses droits. Exception faite de l'acquéreur de bonne foi sans connaissance préalable, tous les tiers sont assujettis à l'acte de fiducie; en ce sens, le bénéficiaire de la fiducie peut faire valoir un droit de

43 J.B. Ames, « Purchase for Value Without Notice » (1887-88) vol. 1, n° 1 *Harvard Law Review* 1-16, à la p. 9.

44 F.W. Maitland, *Equity: A Course of Lectures*, révisé par John Brunyate (Cambridge : Cambridge University Press, 1936, réimpression 1969), à la p. 47.

45 Kevin Gray, *Elements of Land Law* (Londres : Butterworths, 1987), à la p. 51.

46 Voir *Town of Cascade c. Cascade County*, 243 P 806, à la p. 808; 75 Mont 304, à la p. 311 (1925). Cette « conception élargie » a été adoptée notamment par lord Mansfield JC, qui a clairement indiqué ce qui suit dans l'affaire *Burgess c. Wheate* (1759), 1 Eden 177, à la p. 217; 28 ER 652, à la p. 668 : « [traduction] Les fiducies sont considérées comme détenant le domaine réel et comme les véritables propriétaires des bien-fonds. » Passage cité dans Gray, supra, note 45, à la p. 52.

propriété en equity presque universel à l'égard des biens en fiducie<sup>47</sup>. Ainsi, voici ce qu'en dit Salmond<sup>48</sup> :

Si l'on considère le fond de la question plutôt que sa forme, le fiduciaire n'est absolument pas le propriétaire, mais simplement un mandataire qui a en droit le pouvoir, et le devoir, d'administrer les biens d'une autre personne. Par contre, en théorie juridique, il est propriétaire et pas seulement mandataire. Il est la personne à laquelle les biens d'un tiers sont attribués juridiquement de façon fictive, dans la mesure où il exerce les droits et pouvoirs lui étant conférés en qualité de propriétaire nominal pour le compte du véritable propriétaire. Concernant le rapport entre le fiduciaire et le bénéficiaire, il est tenu compte en droit de la situation réelle, c'est-à-dire que les biens appartiennent au bénéficiaire, non au fiduciaire. Toutefois, dans le cas du rapport entre le fiduciaire et les tiers, la fiction est maintenue. On attribue au fiduciaire les droits du bénéficiaire, de sorte qu'il puisse représenter ce dernier auprès de toute autre personne<sup>49</sup>.

Les conclusions de Gray, de même que celles de nombreux auteurs canadiens spécialisés dans le domaine des fiducies, ne sont pas convaincantes et ne permettent pas de faire aboutir le débat :

[traduction] En bout de ligne, la question de savoir si le bénéficiaire d'une fiducie possède un droit *in rem* ou un droit personnel (*in personam*) est peut-être simplement fonction de l'importance accordée aux facteurs en cause et de la perspective adoptée. On semble prêt à admettre depuis toujours que le bénéficiaire possède à tout le moins le bénéfice constitué par l'existence d'une obligation, et que ce bénéfice pourrait bien comporter un *certain élément* de « propriété en equity ». Cette opinion est étayée par une conception plus moderne et plus radicale selon laquelle le droit de propriété se définit essentiellement par *la possibilité de faire respecter* ce droit<sup>50</sup>.

Quant aux commentaires de Gray, ils ne sont pas utiles pour établir si les droits d'un bénéficiaire sont *in rem* ou *in personam*; ils le sont toutefois pour montrer que l'opinion la plus couramment adoptée, du moins au Royaume-Uni, est celle d'Ames

47 L'immunité accordée à l'acqureur de bonne foi constitue bien sûr une réserve indubitable au droit de « propriété » du bénéficiaire. Langdell a souligné que « [traduction] si les droits en equity étaient des droits *in rem*, ils seraient subordonnés au droit d'un acqureur à titre onéreux sans connaissance préalable » : C.C. Langdell, « A Brief Survey of Equity Jurisdiction » (1887-88) vol. 1, n° 2 *Harvard Law Review* 55-72, à la p. 60. Pour une opinion contraire, voir Scott, *infra*, note 53, à la p. 278, cité dans Gray, *supra*, note 45, à la p. 52.

48 P.J. Fitzgerald, édit., *Salmond on Jurisprudence*, 12<sup>e</sup> édit. (Londres : Sweet & Maxwell, 1966), aux pp. 256-57. Voir également le commentaire du juge Isaacs dans l'affaire *Hoysted c. Federal Commissioner of Taxation* (1920), 27 CLR 400, à la p. 422, selon lequel, en *equity*, « [traduction] le bénéficiaire de biens en fiducie est le véritable propriétaire de ces biens »; remarque citée dans Gray, *supra*, note 45, aux pp. 52-53.

49 Gray, *supra*, note 45, à la p. 52.

50 *Ibid.*, à la p. 54.



et de Maitland, soit que le droit du bénéficiaire est rattaché, non au bien en fiducie à proprement parler, mais au fiduciaire. De ce fait, il ne peut généralement être assumé qu'en droit des fiducies, le bénéficiaire est le propriétaire effectif des actifs d'une fiducie, sauf pour décrire de façon concise le droit du bénéficiaire d'imposer le respect des modalités de l'acte de fiducie au fiduciaire et à tout tiers qui est visé par les droits bénéficiaires.

### **Quelle est la nature de l'intérêt du bénéficiaire à l'égard de la fiducie au Canada ?**

Comment conçoit-on au Canada la nature des droits *in personam* ou *in rem* du bénéficiaire ? Le bénéficiaire est-il considéré comme propriétaire effectif des biens de la fiducie ? Un bénéficiaire peut-il avoir un intérêt sur des actifs donnés de la fiducie ? Ces questions sont étudiées dans le texte qui suit.

Tel qu'indiqué, les débats ragent toujours sur la question de déterminer, dans un contexte autre que fiscal, si le bénéficiaire peut être considéré comme propriétaire en *common law* ou comme détenteur d'un intérêt spécifique à l'égard des biens en fiducie. Les plus grands spécialistes du domaine ont exprimé des opinions très divergentes et en ont souvent débattu de façon passionnée<sup>51</sup>. Pour Maitland, considérer le bénéficiaire d'une fiducie à titre de propriétaire des biens en fiducie était simplement le fruit de raisonnements fallacieux des tribunaux<sup>52</sup>. À l'opposé, certains auteurs américains estimaient que le bénéficiaire était le propriétaire en *equity* des biens en fiducie. Par exemple, Scott était d'opinion que : « [traduction] Le fiduciaire est simplement un intermédiaire entre le bénéficiaire et le reste du monde; il exerce certains des droits rattachés à la propriété, mais toujours pour le compte du bénéficiaire<sup>53</sup>. » Selon lui, assimiler le droit du bénéficiaire d'une fiducie à une forme de propriété en *equity* est « [traduction] une formulation tout à fait correcte décrivant avec précision le droit du bénéficiaire<sup>54</sup> » et, toujours d'après lui, « [traduction] il est tout aussi approprié de parler de propriété en *equity* que de propriété en *common law*<sup>55</sup> ».

Prendre position sur ce sujet n'a, de toute évidence, pas été facile pour les tribunaux canadiens, surtout en ce qui concerne la question de savoir si le bénéficiaire peut être réputé avoir un intérêt spécifique sur les biens de la fiducie.

51 Ibid., à la p. 51.

52 Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest », supra, note 4, à la p. 220. L'histoire des « *uses* » et des fiducies est étudiée dans Gillen et Woodman, supra, note 4, au chapitre 1. Voir également Waters, *Law of Trusts*, supra, note 4, aux pp. 14-16. Maitland, supra, note 44, à la p. 110, devait plus tard admettre que le bénéficiaire de la fiducie avait des droits qui, de bien des façons, sont traités de la même manière que des véritables droits de propriété, comme *jura in rem*.

53 Austin Wakeman Scott, « The Nature of the Rights of the Cestui que Trust » (1917) vol. 17, n° 4 *Columbia Law Review* 269-90, à la p. 290.

54 Ibid., à la p. 276.

55 Ibid., à la p. 275.

Cela étant dit, il semble que les tribunaux canadiens aient conclu, en particulier dans une perspective fiscale, que le bénéficiaire pouvait avoir un intérêt bénéficiaire sur des actifs d'une fiducie, ou encore, détenir la propriété effective de ces actifs<sup>56</sup>. Par conséquent, dans un contexte canadien contemporain, il est probablement préférable de dire que le droit du bénéficiaire à l'égard des biens de la fiducie, même s'il est d'abord personnel quant au fiduciaire, peut aussi être considéré comme un droit de propriété sur les actifs de la fiducie, tout dépendant de la situation. Il s'agit d'un droit personnel sur le fiduciaire concernant la gestion appropriée de la fiducie. Ainsi que le soulignent certains auteurs, il arrive parfois qu'il soit nécessaire d'établir la relation entre le bénéficiaire et les biens en fiducie<sup>57</sup>. Dans ces circonstances, le droit de propriété du bénéficiaire peut prévaloir. Il existe bon nombre d'exemples de telles situations, entre autres, le droit du bénéficiaire d'exiger des biens en fiducie s'il en est le propriétaire légitime selon la règle énoncée dans l'affaire *Saunders c. Vautier*<sup>58</sup>, le droit de suivre des biens en fiducie auprès de tiers et le droit que peut exercer un bénéficiaire à l'encontre du fiduciaire s'il a détourné des biens mais continue de les détenir en soi. Dans chacun de ces exemples, il est question de la relation entre le bénéficiaire et les biens en fiducie, non d'un recours à l'endroit du fiduciaire pour qu'il assure la bonne gestion de la fiducie.

C'est le plus souvent dans une perspective fiscale que fait surface le droit de propriété associé à l'intérêt d'un bénéficiaire à l'égard de biens en fiducie. Le point clé est la façon dont il convient d'envisager, aux fins d'impôt, l'intérêt du bénéficiaire sur les biens en fiducie ou sa jouissance de ces biens. Ce point a été soulevé dans différentes lois fiscales, tant au Canada<sup>59</sup> qu'ailleurs. Pour résoudre la question, les tribunaux se sont penchés sur l'aspect de la « substance » de l'intérêt du bénéficiaire à l'égard de la fiducie<sup>60</sup>.

La décision rendue par la Chambre des lords dans l'affaire *Baker c. Archer-Shee*<sup>61</sup> a fait jurisprudence : Alfred Pell, citoyen américain, avait légué par testament le reliquat de sa succession à une fiducie (dans les circonstances qui se sont produites) pour qu'elle mette « [traduction] la totalité [...] du revenu et des bénéfices [...] à la disposition de ma fille Frances [...] durant le reste de son existence<sup>62</sup> ». La fiducie était située à New York et le fiduciaire était une société de fiducie new-yorkaise. Les biens en fiducie consistaient entièrement de titres non britanniques. Frances

56 Voir *Ministre du Revenu national c. Trans-Canada Investment Corporation Ltd.* (« *Trans-Canada* »), infra, note 73, ainsi que la discussion qui suit.

57 Voir par exemple, Oosterhoff et Gillese, supra, note 11, et Waters, supra, note 4, à la p. 24.

58 Supra, note 39.

59 Au Canada, cette question a été soulevée dans les lois relatives aux droits successoraux, ainsi que dans la LIR.

60 Pour une discussion plus détaillée sur cette question, voir Gillen et Woodman, supra, note 4, au chapitre 1.

61 [1927] AC 844 (HL).

62 Ibid., à la p. 857.

était l'épouse de Sir Martin Archer-Shee, un citoyen britannique, cotisé en vertu de la Income Tax Act de Grande-Bretagne (1918) sur le revenu mis à la disposition de Frances par la fiducie depuis le mariage. Aucune partie de ce revenu ne lui avait été remise en Angleterre; les sommes avaient été versées par le fiduciaire (déduction faite des sommes à retenir aux fins de l'impôt sur le revenu des États-Unis, ainsi que des honoraires et dépenses du fiduciaire) dans un compte établi à son nom dans une banque new-yorkaise.

En vertu de la loi de l'impôt britannique, une personne qui réside au Royaume-Uni est assujettie à l'impôt sur l'ensemble de ses « [traduction] possessions à l'extérieur du Royaume-Uni [notamment] les actions et autres titres de participation ou les loyers, à tout endroit à l'extérieur du Royaume-Uni<sup>63</sup> », au titre desquels le contribuable avait droit de recevoir et recevait dans les faits des intérêts et dividendes. Par contre, dans le cas de ses « [traduction] possessions à l'extérieur du Royaume-Uni autres que les actions et autres titres de participation ou les loyers<sup>64</sup> », l'impôt s'appliquait uniquement « [traduction] à la totalité des sommes reçues chaque année au Royaume-Uni<sup>65</sup> ». Bref, Sir Martin Archer-Shee était assujetti à l'impôt uniquement si les sommes versées dans le compte bancaire à New York constituaient un revenu provenant de titres.

Dans son jugement, le juge Rowlett de la Cour du Banc du Roi a résumé ainsi les arguments des deux parties :

[traduction] M. Maugham déclare qu'elle (Lady Archer-Shee) n'a aucun intérêt particulier sur les actions et autres titres de participation et sur les loyers, que ces biens ne sont pas sa propriété. Il faut maintenant décider si cet argument est décisif en l'espèce. De façon générale, son exactitude ne fait aucun doute. Lady Archer-Shee n'a pas la propriété des actions, autres titres de participation, loyers, ni de quelque autre bien visé par le testament; elle possède simplement le droit de mettre les fiduciaires en demeure, et de leur imposer s'il y a lieu, d'administrer ces biens durant toute son existence de manière que lui soit versé le revenu qui en est tiré, conformément à l'acte de fiducie. Son intérêt participe de l'equity et ne vise pas du tout les actions et autres titres de participation. Ce point est établi sans l'ombre d'un doute. Ce qu'il faut savoir toutefois, c'est si c'est bien le cas aux fins d'impôt sur le revenu.

L'opinion exprimée pour le compte de la Couronne est que, en l'espèce, Lady Archer-Shee reçoit le revenu provenant de ces actions et autres titres de participation car il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse de ses possessions à proprement parler ou d'un point de vue juridique pour l'application de la Schedule D, Case V; elle reçoit de fait le revenu provenant des actions et autres titres de participation.

Il m'apparaît devoir souscrire à cette deuxième opinion. Je ne mets nullement en question la description faite par M. Maugham de la situation d'un point de vue juridique; toutefois, compte tenu des catégories et distinctions pertinentes pour

---

63 Ibid., à la p. 864.

64 Ibid.

65 Ibid.

l'application de la présente loi, je dois conclure qu'elle tire un revenu des actions et autres titres de participation<sup>66</sup>. (soulignement de l'auteure)

La majorité des juges de la Chambre des lords a souscrit à cette décision du juge Rowlett, tandis que deux ont émis une opinion dissidente. Le vicomte Sumner a soulevé dans ses motifs certaines questions importantes sur la relation à faire entre les conséquences sur le strict plan du droit et les conséquences fiscales. Ses commentaires correspondent à la position adoptée par Maitland, pour qui le fiduciaire est le propriétaire des biens en fiducie :

[traduction] Vos Seigneuries, la situation de la tenante viagère en equity et des investissements constituant le fonds en fiducie est si claire, tant en droit qu'en equity, que, en l'absence de disposition particulière explicite ou implicite dans la loi en matière d'impôt sur le revenu, je ne crois pas que cette question puisse soulever le moindre doute.

Le fiduciaire a l'entière propriété en common law du fonds en fiducie, ce qui n'est pas le cas de la bénéficiaire. Exception faite de certaines dispositions spéciales, en particulier les règlements n'ayant pas pour effet de modifier le principe général applicable, le fiduciaire n'est pas le mandataire de la bénéficiaire; cette dernière ne peut nommer le fiduciaire ni le relever de ses fonctions. Elle ne peut lui demander ou lui interdire de modifier la manière dont les fonds sont investis. La bénéficiaire n'est pas responsable des actes du fiduciaire selon le principe *respondeat superior* et, sauf disposition contraire de l'acte de fiducie, le fiduciaire doit exercer ses activités à titre gratuit et ne peut poursuivre la bénéficiaire au titre d'une promesse implicite de paiement. Seul le fiduciaire peut remettre aux personnes tenues de les verser une décharge concernant les intérêts, loyers ou dividendes découlant de l'investissement du patrimoine de la fiducie, et ces personnes n'ont pas à connaître la bénéficiaire. Cette dernière n'a d'autre recours que de faire appel à un tribunal d'equity pour que l'acte de fiducie soit respecté et pour obliger le fiduciaire à s'y conformer. Ce droit est tout aussi valable, et même souvent plus, qu'un droit en common law, mais cela ne signifie pas que, en toutes circonstances, les fonds en fiducie soient la « propriété » de la bénéficiaire ni que le revenu de la fiducie soit dévolu directement à la bénéficiaire *eo instanti* après qu'il est versé par un tiers. Je ne crois pas qu'aucun de ces aspects soit contesté. L'argument de l'appelant est que, peu importe la position juridique adoptée concernant le capital ou la position en equity du fiduciaire et de la bénéficiaire au regard du droit sur le revenu, les choses sont différentes en droit fiscal, et que, aux termes de la *Income Tax Act*, ainsi que de façon implicite, l'« accroissement » est imputé au bénéficiaire<sup>67</sup>. (soulignement de l'auteure)

Le vicomte Sumner a ensuite déclaré que, si le revenu doit être imposable entre les mains de l'époux en l'espèce, il faut que la raison en soit dictée par la loi elle-même, opinion avec laquelle l'auteure est entièrement d'accord.

66 *Archer-Shee c. Baker* (1926), 11 TC 749, à la p. 754; [1927] 1 KB 109, aux pp. 116-17 (HCJ — KB Div.).

67 *Supra*, note 61, à la p. 850.

[traduction] Il s'ensuit que c'est seulement en vertu des dispositions de la *Income Tax Act* ou d'une interprétation convenue qui lie vos Seigneuries, que l'Inland Revenue peut soutenir en l'espèce que la personne « ayant droit » au revenu est la bénéficiaire; lorsqu'une règle de droit fiscal s'écarte d'une façon aussi radicale du droit ordinaire des fiducies et du droit ordinaire des biens, son application ne devrait soulever aucun doute ni aucune question<sup>68</sup>.

Dans ses motifs dissidents, Lord Blanesburgh a avancé un argument similaire au sujet des conséquences fiscales. Selon lui, la position de Lady Archer-Shee, fondée sur les principes de droit privé, était claire, mais sans pour autant déterminer forcément les conséquences fiscales.

[traduction] Vos Seigneuries, la question qu'il faut trancher ultimement dans le présent appel repose sur la qualification qu'il convient de faire, selon la terminologie fiscale, des sommes que la société de fiducie de New York a portées au crédit du compte de Lady Archer-Shee, l'épouse de l'intimé, à la banque de MM. J.P. Morgan et Compagnie située dans cette même ville. Aucune des sommes en question n'a été reçue au Royaume-Uni. C'est ce dernier fait qui, dans la mesure où la description des sommes en question est exacte, permet à l'intimé de déclarer qu'il n'a pas à payer d'impôt sur le revenu à l'égard de tout ou partie de ces sommes<sup>69</sup>.

Les propos de Lord Blanesburgh touchent le cœur du problème. Peu importe la conclusion tirée du point de vue du droit privé, la vraie question est la suivante : quelle est la nature de l'intérêt du bénéficiaire à l'égard d'une fiducie dans le contexte de la loi applicable, en l'espèce la *Income Tax Act* britannique ?

Il existe une deuxième raison pour laquelle la décision rendue dans l'affaire *Archer-Shee* est importante. La Chambre des lords, lorsqu'elle a conclu que les sommes en cause étaient imposables en l'espèce, a aussi conclu dans les faits que Lady Archer-Shee avait la propriété effective des intérêts et dividendes rattachés à l'ensemble des titres détenus par la fiducie. C'est pour cette raison que son époux était assujéti à l'impôt sur le revenu de la fiducie. Lord Wrenbury a déclaré ce qui suit :

[traduction] À mon avis, étant donné le libellé du testament d'Alfred Pell, une fois le reliquat déterminé, l'épouse de l'intimé était l'unique propriétaire bénéficiaire des intérêts et dividendes rattachés à l'ensemble des actions et autres titres faisant partie du fonds fiduciaire constitué; elle avait le droit de recevoir ces intérêts et dividendes, et ceux-ci lui ont effectivement été versés. Selon moi, cette conclusion concorde avec la décision rendue par cette chambre dans l'affaire *Williams c. Singer* et le *Master of the Roles* a évoqué correctement la loi lorsqu'il a dit que : « [...] dans l'examen des sommes confiées aux fiduciaires en vue du versement d'un revenu à des bénéficiaires, on peut ne pas tenir compte des fiduciaires pour l'application des lois fiscales. Le revenu est celui des bénéficiaires; il n'appartient pas aux fiduciaires<sup>70</sup>. »

68 Ibid., à la p. 851.

69 Ibid., à la p. 872.

70 Ibid., à la p. 870 (citations omises).

Il convient de remarquer que Lady Archer-Shee était l'unique bénéficiaire du revenu d'une fiducie à portefeuille fixe, ce qui a sans doute eu une incidence sur la conclusion de la Chambre des lords. Ce jugement a fait l'objet de dures critiques<sup>71</sup>, en raison notamment du fait qu'il n'y est absolument pas tenu compte de la thèse fort respectée de Maitland voulant que le bénéficiaire n'ait pas de droit de propriété à l'égard d'actifs particuliers de la fiducie<sup>72</sup>.

Néanmoins, l'arrêt *Archer-Shee* a été suivi par la Cour suprême du Canada en 1956 dans l'affaire *Ministre du Revenu national c. Trans-Canada Investment Corporation Ltd.*<sup>73</sup>, où il fallait décider si les dividendes imposables, versés à un fiduciaire pour être ensuite attribués à une société bénéficiaire, demeuraient des dividendes imposables entre les mains du bénéficiaire pour l'application du paragraphe 27(1) de la LIR<sup>74</sup>. Dans l'affirmative, la société qui avait reçu les dividendes pouvait les déduire dans le calcul de ses bénéfices imposables.

Le juge Cameron de la Cour de l'Échiquier a établi au départ que *Trans-Canada Investment Corp. Ltd.* était la propriétaire bénéficiaire des actions détenues par la fiducie. Les motifs qu'il a présentés à l'appui de cette décision sont un peu obscurs. Il a déclaré :

[traduction] À partir de ces faits, et en particulier de la possibilité qu'il avait de demander au fiduciaire de lui remettre la part lui revenant des actions des « sociétés sous-jacentes », il m'apparaît que le détenteur du certificat faisant partie de l'émission « B » était dans la réalité le propriétaire bénéficiaire des actions en cause<sup>75</sup>.

71 Dans son article « A Periodical Menace to Equitable Principles », publié dans Harold Greville Hanbury, *Essays in Equity* (Oxford : Clarendon Press, 1934), 16-22, à la p. 18, le professeur Hanbury qualifie cette décision de « [traduction] contraire au principe, pourtant très clair, qui sous-tend l'equity » et de « menace née uniquement d'un libellé imprécis et de l'oubli de l'axiome de Maitland, à moins que toute l'affaire ait été envisagée uniquement du point de vue du droit fiscal ». Voir également les commentaires sur cette décision dans George W. Keeton, *The Laws of Trusts, A Statement of the Rules of Law and Equity Applicable to Trusts of Real and Personal Property*, 8<sup>e</sup> édit. (Londres : Pitman & Sons, 1963), aux pp. 287-88.

72 Cette décision a été infirmée quelques années plus tard pour la raison que le droit en vigueur à New York diffèrait du droit du Royaume-Uni, prémisses tout à fait opposées à celle sur laquelle s'était fondée la Chambre des lords. Voir *Garland c. Archer-Shee*, [1931] AC 212; (1930), 15 TC 693, à la p. 729 (HL). Des témoignages, présentés par des spécialistes en droit américain, voulaient que, selon ce droit, l'épouse n'avait aucun droit ni intérêt à l'égard des actions et autres titres de participation; son seul droit consistait à exiger des fiduciaires qu'ils se conforment à leurs obligations telles que définies dans l'acte de fiducie. De ce fait, Lady Archer-Shee ne pouvait être considérée comme propriétaire bénéficiaire du revenu de la fiducie, conformément aux principes relatifs aux conflits de lois. La question de savoir si les règles de droit étaient réellement différentes à New York et au Royaume-Uni demeure ouverte à la spéculation.

73 [1956] SCR 49; [1955] 5 DLR 576. L'arrêt *Archer-Shee* a également été cité dans l'affaire *Pan-American Trust Co. c. MRN*, [1949] RCÉ 265.

74 The Income Tax Act, SC 1948, c. 52.

75 *Trans-Canada Investment Corp. c. MRN*, [1953] RCÉ 292, à la p. 296.

Le juge a ajouté que les dividendes reçus ne changeaient pas de nature entre les mains de Trans-Canada, peu importe l'intervention de la fiducie. Voici le raisonnement qu'il a tenu :

[traduction] [P]ersonne d'autre n'avait un intérêt bénéficiaire sur ces actions. Le nombre d'actions de chaque société auxquelles il avait droit a été établi au moment où il a fait l'acquisition des certificats et n'a jamais varié, et il pouvait sur demande avoir la possession matérielle de ces actions.

Dans les circonstances, je ne pense pas que les sommes reçues par l'appelante étaient autre chose que des dividendes des « sociétés sous-jacentes ». La décision rendue à la majorité des juges par la Chambre des lords dans l'affaire *Archer-Shee c. Baker* étaye nettement cette opinion<sup>76</sup>.

Dans ses motifs, le juge Cartwright de la Cour suprême a convenu que « [traduction] la simple intermédiation du fiduciaire entre les sociétés qui versaient les dividendes et le propriétaire bénéficiaire des actions n'avait pas eu pour effet de modifier la nature des sommes versées<sup>77</sup> ». Malheureusement, la Cour suprême n'a pas été requise d'établir si Trans-Canada était bien la propriétaire bénéficiaire des actions. Et le juge Cartwright a tout simplement ajouté que « [traduction] [l]a conclusion du savant juge de première instance voulant que l'appelante soit la propriétaire bénéficiaire des actions des sociétés sous-jacentes n'a pas été contestée devant nous<sup>78</sup> ».

Les juges Rand et Estey ont exprimé leur dissidence au sujet des conséquences fiscales rattachées à l'intervention de la fiducie et de l'application de l'arrêt *Archer-Shee*. Le juge Rand a fait valoir que la société fiduciaire intimée n'avait droit qu'à une fraction des titres sous-jacents. Cet élément ne faisait pas partie de l'affaire *Archer-Shee*. Il a également souligné la grande complexité de la fiducie en ce qui touchait les détenteurs des certificats, les frais rattachés aux fonds, les pouvoirs de l'administrateur et les droits de vote relatifs aux actions. De son avis, le revenu avait de toute évidence « [traduction] une origine intermédiaire<sup>79</sup> »,

76 Ibid., aux pp. 296-97 (citation omise).

77 *Trans-Canada*, supra, note 73, aux pp. 62 et 588. Cet aspect de la qualification fiscale de la nature du revenu reçu d'une fiducie par un bénéficiaire a été réglé de façon générale à la suite de l'adoption du paragraphe 108(1), applicable aux années d'imposition 1981 et suivantes. Aux termes de ce paragraphe, le revenu est réputé être tiré de biens. Toutefois, certains aspects rattachés aux dividendes d'une fiducie payés à une société par l'entremise d'une fiducie n'ont pas été réglés avant 2001 pour l'application de la LIR. Même si le paragraphe 104(20) permettait à la fiducie d'attribuer des dividendes en capital à un bénéficiaire donné, il n'avait aucune incidence sur la possibilité que le bénéficiaire puisse, à son tour, transférer ces dividendes non imposables. Ainsi, lorsqu'une société bénéficiaire recevait des dividendes en capital, elle ne pouvait les transférer en franchise d'impôt. La modification apportée en 2001 au paragraphe 104(20) permet maintenant d'obtenir ce résultat.

78 Supra, note 73, aux pp. 62-63 et à la p. 588.

79 Ibid., aux pp. 53 et 579.

indépendante des sociétés sous-jacentes et des détenteurs de certificats. Le juge Estey était d'accord avec le juge Rand mais admettait que « [traduction] [l']intervention d'un fiduciaire ou la présence de plus d'un bénéficiaire n'aurait pas infirmé ni modifié la nature des dividendes dans des circonstances comme celles observées dans l'affaire *Archer-Shee*<sup>80</sup> ». Selon lui, les faits applicables à la société fiduciaire allaient beaucoup plus loin.

L'interprétation de l'arrêt *Archer-Shee* n'a jamais été poussée aussi loin en droit canadien que dans l'affaire *Trans-Canada*, la conclusion étant que le bénéficiaire d'une fiducie complexe avait un intérêt spécifique sur des actifs de la fiducie aux fins de déterminer la source du revenu de la fiducie<sup>81</sup>. Cette interprétation n'est pas probante puisque la Cour suprême n'a pas conclu que *Trans-Canada* était la propriétaire bénéficiaire des biens en fiducie, mais s'en est plutôt remise à la décision du juge de première instance dont les commentaires donnent l'impression que sa conclusion sur la propriété effective reposait sur le fait que le bénéficiaire pouvait demander que lui soit remise sa part des actions des sociétés sous-jacentes, ce qui s'apparentait à l'existence d'une simple fiducie. Toutefois, le juge précise que le fiduciaire pouvait exercer les droits de vote rattachés aux actions et qu'il était habilité à les vendre ou à les convertir, ce qui contredisait l'existence d'une simple fiducie. Dans ses motifs dissidents, le juge Rand précise en outre que le fiduciaire avait certaines obligations au titre de la vente ou de l'achat d'actions, ainsi que de l'investissement du produit des opérations. À la suite de l'arrêt *Trans-Canada*, une question demeure, à savoir dans quelles circonstances, le cas échéant, un bénéficiaire est considéré avoir la propriété effective d'actifs d'une fiducie ou avoir un intérêt spécifique sur ces actifs aux fins d'impôt. Il importe de noter que, dans l'affaire *Trans-Canada*, la conclusion a été à la propriété effective des actions, malgré la présence de nombreux bénéficiaires et de fiduciaires ayant des obligations à remplir. L'élément important semble avoir été que l'intérêt du bénéficiaire était déterminé et que la source du revenu de la fiducie pouvait être identifiée.

Quelques années plus tard, dans l'affaire *Shortt et Quinn c. MRN*<sup>82</sup>, la Cour de l'Échiquier, à une fois encore, conclut que les bénéficiaires avaient un intérêt sur des actifs particuliers de la fiducie. Dans cette affaire, la cour a également présumé que les deux appelants étaient chacun le propriétaire effectif d'une demi-part d'une entreprise non constituée en société, conformément au testament de leur mère (les motifs de la décision n'ont pas été formulés). L'administrateur de l'entreprise était l'époux de la testatrice et le père des appelants; il était également fiduciaire et exécuteur de la succession de son épouse. Le testament prévoyait que la part des bénéfices de l'entreprise revenant à chacun des appelants pour les années 1953

80 Ibid., aux pp. 59 et 585.

81 L'affaire *Trans-Canada* a été citée dans des décisions subséquentes. Voir notamment, *Ansell Estate c. MRN* (sub nom. *Canada Trust Co. c. Ministre du Revenu national*), 66 DTC 5508; [1966] CTC 785 (C. de l'É.), et *Shortt et Quinn c. MRN*, 60 DTC 1056; [1960] CTC 78 (C. de l'É.).

82 *Shortt et Quinn*, supra, note 81.



et 1954 devait être conservée et réinvestie dans l'entreprise. Le ministre a considéré ces sommes comme un revenu de placement reçu d'une succession exploitant une entreprise. Les appelants ont soutenu que le fiduciaire gagnait uniquement un revenu tiré de l'exploitation de l'entreprise et que les bénéficiaires continuaient de constituer un revenu ainsi gagné lorsqu'ils leur étaient versés en qualité de bénéficiaires.

Après avoir cité les arrêts *Syme*, *Archer-Shee* et *Trans-Canada*, le juge Thurlow a déclaré ceci :

[traduction] D'après ma perception des faits, le revenu en cause était tiré de l'exploitation d'une entreprise par le fiduciaire, cette entreprise lui avait été confiée en qualité de fiduciaire pour le compte des appelants et d'autres tiers, et le revenu net de cette entreprise, déterminé par le fiduciaire, appartenait entièrement aux appelants<sup>83</sup>.

Les bénéficiaires pouvaient donc se prévaloir des avantages fiscaux applicables, du fait qu'ils recevaient de la fiducie un revenu tiré de l'entreprise, et non un revenu de placement.

Près de 20 ans plus tard, dans l'affaire *Ministre du Revenu (Ont.) c. McCreath*<sup>84</sup>, la Cour suprême du Canada a de nouveau donné à entendre qu'aux fins d'impôt, le bénéficiaire d'une fiducie peut avoir un intérêt sur des biens particuliers de la fiducie, en l'espèce une fiducie discrétionnaire<sup>85</sup>. Dans cette affaire, la question importante consistait à savoir si M<sup>me</sup> McCreath, qui avait conservé un pouvoir général de désignation pouvant être exercé par voie testamentaire, s'était réservé « [traduction] un droit sur les biens faisant l'objet de la fiducie » de manière à en faire « [traduction] des biens transmis au décès du *de cuius*<sup>86</sup> » selon la définition au sous-alinéa 1(p)(viii) de la Succession Duty Act de l'Ontario<sup>87</sup>. Le juge Dickson a déclaré que les « biens transmis » étaient selon lui « les droits en equity » (*equitable interests*) d'un certificat de fiducie donnant droit de vote qui représentait 99 986 actions ordinaires du capital social de Mount Royal Paving and Supplies Limited, actions qui avaient été transmises au fiduciaire par M<sup>me</sup> McCreath. D'après la Cour suprême, M<sup>me</sup> McCreath avait conservé jusqu'à son décès un intérêt sur le

---

83 Ibid., aux pp. 1058 et 82.

84 [1976] CTC 178 (CSC).

85 En règle générale, le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire n'est pas réputé avoir un intérêt de propriétaire. Pour une discussion sur ce sujet, voir *Gartside*, supra, note 39, et *In re Weir's Settlement Trusts*, [1971] Ch. 145 (CA). Il s'agit essentiellement d'une question d'interprétation de la loi en cause, tel qu'indiqué dans *McCreath*, supra, note 84. Voir également Thomas, supra, note 39, à la p. 380.

86 *McCreath*, supra, note 84, à la p. 182.

87 SRO 1960, c. 386 (abrogée).

capital de la fiducie (les actions de Mount Royal Paving and Supplies), malgré le fait que la fiducie ait été entièrement discrétionnaire<sup>88</sup>.

Bien que chacune de ces décisions ait porté sur d'autres lois ou sur des dispositions abrogées de la LIR, la signification qui s'en dégage est claire. Pour certaines fins fiscales, un bénéficiaire peut avoir un intérêt sur des biens particuliers en fiducie. L'arrêt *Trans-Canada* fait également jurisprudence en ce qui touche la thèse selon laquelle même des bénéficiaires multiples d'une fiducie complexe peuvent avoir la « propriété effective » des biens de la fiducie. La question de la source du revenu de la fiducie reçu par le bénéficiaire qui était au cœur des affaires *Trans-Canada* et *Shortt et Quinn*, a été résolue grâce à l'adoption du paragraphe 108(5), aux termes duquel les sommes reçues d'une fiducie par un bénéficiaire sont réputées constituer un revenu tiré de biens. Pour ce qui est des circonstances où un bénéficiaire est réputé avoir un intérêt spécifique sur des biens en fiducie ou la propriété effective de tels biens, ce point n'est pas réglé, exception faite des règles déterminatives particulières énoncées dans la LIR<sup>89</sup>.

## **QUEL SENS ONT LES EXPRESSIONS « BENEFICIAL OWNER », « BENEFICIAL OWNERSHIP » ET « BENEFICIALLY OWNED », ET LEUR ÉQUIVALENT FRANÇAIS LE PLUS FRÉQUENT, « PROPRIÉTÉ EFFECTIVE », DANS LA LIR ?**

Qui est le propriétaire, ou le propriétaire effectif, des biens en fiducie pour l'application de la LIR<sup>90</sup> ? Toute l'importance de cette question est révélée si le débat antérieur sur l'identité du propriétaire des actifs d'une simple fiducie est considéré, la solution ayant finalement été apportée par les modifications à la LIR en mars 2001<sup>91</sup>. Sa grande pertinence touche également l'interprétation du passage

88 À un certain moment, il y avait crainte que ce raisonnement soit étendu aux mesures de la LIR touchant les dispositions réputées. Heureusement, l'ADRC a conclu qu'un pouvoir de désignation n'est pas assujéti au paragraphe 70(5), qui prévoit une disposition réputée dans certaines circonstances. Voir ADRC, document n° 2000-0013235, le 3 octobre 2000. Il a été suggéré que l'imposition du donataire d'un pouvoir de désignation « [traduction] déviait des concepts fondamentaux entourant la propriété ». Voir Maurice C. Cullity, « Powers of Appointment », dans *Report of Proceedings of the Twenty-Eighth Tax Conference*, 1976 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1977), 744-62, à la p. 749.

89 Voir, par exemple, les sous-alinéas 256(1.2)f)(i) à (iv).

90 Pour l'application de la LIR, « fiducie » s'entend également du fiduciaire (paragraphe 104(1)). La LIR reprend ainsi la conclusion, en droit des fiducies, selon laquelle la fiducie ne possède pas de personnalité juridique distincte. Par contre, elle traite la fiducie comme un patrimoine d'actifs distinct des biens du fiduciaire (paragraphe 104(2)).

91 Ces modifications faisaient partie du Projet de loi C-22, Loi modifiant la Loi de l'impôt sur le revenu, les Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu, certaines lois liées à la Loi de l'impôt sur le revenu, le Régime de pensions du Canada, la Loi sur les douanes, la Loi sur la taxe d'accise, la Loi sur la modernisation de certains régimes d'avantages et d'obligations et une

« qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective » incorporé à la définition de « disposition » au paragraphe 248(1)<sup>92</sup>, et l'ensemble des nouvelles dispositions sur les transferts libres d'impôt qui régissent les fiducies en faveur de soi-même et les dispositions admissibles, sujets discutés plus loin dans cet article. Les expressions « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* », traduites essentiellement par « propriété effective », ont-elles le même sens dans les différents contextes ou dispositions de la LIR<sup>93</sup> où elles sont utilisées que le sens que leur donne la *common law* ? Dans la LIR, est-il considéré que les droits du bénéficiaire sont *in rem* ou personnels (*in personam*), et ce point de vue varie-t-il selon le contexte ?

L'analyse qui suit quant au sens à donner à ces expressions repose sur les notes techniques du ministère des Finances, sur les interprétations de l'ADRC, sur la jurisprudence et sur le droit privé. Il est important que le sens de chacune de ces expressions soit établi en fonction du contexte et de la disposition applicables. Cela dit, certaines dispositions pourront généralement être regroupées pour déterminer le sens qu'y revêtent les expressions en question lorsque le sens en est similaire.

### « Beneficial ownership », « beneficial owner » et « beneficially owned » (« propriété effective »)

#### *Récapitulation des catégories de sens véhiculées par ces termes*

Au moins quatre catégories de sens ou de critères fondamentaux sont rattachées à ces expressions lorsqu'elles sont utilisées dans le contexte d'une fiducie. Ces catégories servent d'assise aux regroupements et aux analyses subséquentes des provisions législatives selon leur usage de ces expressions. Suit un sommaire de chacune de ces quatre catégories.

1. Le propriétaire détient la propriété effective. Il est question de « propriété effective » dans le cas de la personne qui détient le titre en *common law* lorsque cette personne a également la jouissance bénéficiaire du bien. Bref, le propriétaire peut également être le propriétaire effectif, c'est-à-dire être réputé avoir la propriété effective du bien.
2. Le bénéficiaire est réputé avoir la propriété effective à la suite de décisions fiscales et par l'application de la LIR. Les expressions « *beneficial ownership* »,

---

loi liée à la Loi sur la taxe d'accise, première lecture le 21 mars 2001; LC 2001, c. 17 (« Loi technique de 2001 »).

92 Avant les modifications de 2001, la définition de « disposition » au paragraphe 248(1) était la seule provision de la LIR qui faisait une telle référence. Peut-être qu'à l'origine, cette disposition tentait d'éviter qu'il y ait disposition lors du transfert d'un bien à une simple fiducie. Au fil des ans, elle a été invoquée pour empêcher qu'il y ait disposition à la suite de transferts par des politiciens à une fiducie sans droit de regard. Cet usage pourrait peut-être expliquer pourquoi le bénéficiaire est le propriétaire effectif des biens en fiducie. Il est ironique de constater que bon nombre de fiducies sans droit de regard, qui appartiennent à des politiciens, ne seraient pas conformes aux nouvelles exigences relatives aux transferts libres d'impôt à des fiducies.

93 Les expressions anglaises « *beneficial owner* », « *beneficial ownership* » et « *beneficially owned* » paraissent à environ 35 reprises dans la LIR.

« *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » sont utilisées dans le cas d'une personne qui est propriétaire d'un bien lorsque le titre de propriété en *common law* est détenu par un simple fiduciaire, un mandataire ou un autre intermédiaire<sup>94</sup>. Dès lors, si un mandataire détient le titre en *common law* pour le compte d'un contribuable, c'est le contribuable qui est réputé avoir la « propriété effective » du bien<sup>95</sup>, étant donné que le rapport fiduciaire n'est pas pris en compte pour l'application de la sous-section k de la division B de la LIR. La sous-section k (paragraphe 104 à 108) contient des dispositions qui régissent le calcul du revenu des fiducies et de leurs bénéficiaires. Si la sous-section k vise les fiducies, le paragraphe 108(5) s'applique pour empêcher le bénéficiaire de se prévaloir d'une déduction pour amortissement, d'une perte finale ou d'une perte en capital. La jurisprudence qui traite de la question de simples fiducies cherche principalement à déterminer si la fiducie est assujettie à la sous-section k, sans toucher à la plus vaste question de propriété ou de propriété effective du bien en fiducie pour l'application d'autres dispositions de la LIR. Cependant, s'il n'est pas tenu compte de la fiducie dans les circonstances susmentionnées, il est probablement possible de supposer que le bénéficiaire d'une simple fiducie ou d'un « arrangement » visé au paragraphe 104(1) (dont il est question ci-après) sera réputé avoir la propriété effective du bien pour l'application de toutes les dispositions pertinentes de la LIR.

Le bénéficiaire d'un arrangement fiduciaire visé au paragraphe 104(1) est, lui aussi, réputé avoir la propriété effective du bien puisque la fiducie n'est pas prise en compte aux fins d'impôt. Aux termes de ce paragraphe, « est réputé ne pas être une fiducie l'arrangement dans le cadre duquel il est raisonnable de considérer que la fiducie agit en qualité de mandataire de l'ensemble de ses bénéficiaires pour ce qui est des opérations portant sur ses biens ». Cette définition englobe les arrangements où il y a des bénéficiaires autres que le constituant de la fiducie (la LIR parle d'auteur). Comme en fait état la publication *Impôt sur le revenu — Nouvelles techniques*, n° 796, le

94 Il est présumé que cet usage vaut aussi pour les rapports similaires au Québec (paragraphe 248(3)).

95 Cette conclusion découle à la fois de la jurisprudence et des pratiques de l'ADRC en matière d'établissement des cotisations pour ce qui est des circonstances où les simples fiducies ne sont pas prises en compte aux fins d'impôt. Selon l'ADRC, une simple fiducie est une fiducie dont le constituant est le seul bénéficiaire et peut demander en tout temps que les biens lui soient retournés : *Impôt sur le revenu — Nouvelles techniques*, n° 7, le 21 février 1996. Pour la jurisprudence pertinente, voir *La Reine c. Robinson et al.* (sub nom. *Adams c. La Reine*), 98 DTC 6232; [1998] 2 CTC 333 (CAF); *Brookview Investments Ltd. c. MRN*, 63 DTC 1205; [1963] CTC 316, (C. de l'É.); *Fraser c. La Reine*, 91 DTC 5123; [1991] 1 CTC 314 (CF 1<sup>re</sup> inst.) et *Pan-American Trust Co. c. MRN*, 49 DTC 672; [1949] CTC 229 (C. de l'É.).

96 Supra, note 95. Dans une certaine mesure, le paragraphe 104(1) peut englober les situations précitées où un fiduciaire, mandataire ou autre intermédiaire détient le titre de propriété. Toutefois, lorsque les arrangements du paragraphe 104(1) ont été incorporés à la LIR en 2001,

critère selon lequel il n'est pas tenu compte d'une fiducie pour l'application de la LIR va bien au-delà des arrangements qui sont réputés être de simples fiducies. Il peut également y avoir plus d'un bénéficiaire dans le cas d'un arrangement visé au paragraphe 104(1), un certain nombre de contribuables étant alors considérés détenir collectivement la propriété effective du bien<sup>97</sup>.

À la suite des modifications techniques de 2001, il n'est pas clair que les tribunaux concluront que les expressions « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* », toutes rendues en français par « propriété effective », s'appliquent au bénéficiaire d'une fiducie en faveur de soi-même (sous-alinéa 73(1.02)b(ii)) ou d'une fiducie à laquelle des biens sont transférés dans le cadre d'une disposition admissible (au sens du paragraphe 107.4(1)). Cette observation tient à l'exigence législative voulant que les transferts à de telles fiducies ne donnent pas lieu à un changement de la propriété effective. Partant, en l'absence de modification de la propriété effective lors du transfert d'un bien à la fiducie, les dispositions qui portent sur la propriété effective s'appliqueront, sauf indication contraire, aux personnes qui sont propriétaires par l'intermédiaire de la fiducie et qui y ont transféré des biens. Contrairement aux arrangements visés au paragraphe 104(1), les fiducies en faveur de soi-même et les fiducies auxquelles des biens sont transférés dans le cadre d'une disposition admissible sont assujetties à la sous-section k.

Un examen de la jurisprudence donne également à penser que, dans le cas d'une fiducie par interprétation ou d'une fiducie par déduction, c'est la personne pour le compte de laquelle le bien est détenu qui a la propriété effective du bien<sup>98</sup>. Le moment exact où la chose se produit n'est pas parfaitement établi dans le cas d'une fiducie par interprétation<sup>99</sup>.

---

il n'était pas question que la nouvelle disposition doive prévaloir sur la jurisprudence existante concernant la nature d'une simple fiducie et, en autant que l'auteur le sache, les données dans les *Nouvelles techniques*, n° 7, demeurent valides. Donc, dans les situations précitées, le contribuable continuerait d'être considéré à titre de propriétaire effectif. Les bénéficiaires d'une simple fiducie, selon la définition donnée dans les *Nouvelles techniques*, n° 7, représentent toutefois un groupe beaucoup plus restreint que les personnes réputées propriétaires effectifs de biens en fiducie après application du paragraphe 104(1) dans sa version modifiée.

97 Toutefois, s'il y a plus d'un bénéficiaire et que leurs intérêts sont divergents (par exemple, si l'un d'eux a uniquement un intérêt viager), une possibilité que le libellé du paragraphe 104(1) ne semble pas écarter, qui serait présumé avoir la propriété effective des biens en fiducie aux fins d'impôt ? Il est fort probable que le bénéficiaire qui détient un intérêt viager serait considéré propriétaire effectif du revenu, tandis que ceux qui ont une participation au capital seraient considérés propriétaires effectifs du capital de la fiducie.

98 Voir notamment *Holiziki c. La Reine*, 95 DTC 5991 (CF 1<sup>re</sup> inst.), et *Kostiuk c. La Reine*, 93 DTC 5511 (CF 1<sup>re</sup> inst.).

99 Voir Catherine Brown et Cindy L. Rajan, « Constructive and Resulting Trusts: Challenging Tax Boundaries » (1997) vol. 45, n° 4 *Revue fiscale canadienne* 659-89.

Certains précédents étayent l'opinion selon laquelle, aux fins d'impôt, le bénéficiaire détient la propriété effective de certains biens déterminés de la fiducie ou a un intérêt sur ces biens<sup>100</sup>.

Des dispositions déterminatives sont parfois utilisées pour qu'un bénéficiaire soit réputé être propriétaire des biens en fiducie pour certaines fins fiscales<sup>101</sup>.

3. Le bénéficiaire a la propriété effective du bien en fiducie d'après les principes de droit privé. La personne qui détient la propriété effective d'un bien en fiducie est celle qui, en droit des fiducies, détient le droit de jouissance bénéficiaire du bien<sup>102</sup>.

100 De façon générale, pour l'application de la sous-section k, la fiducie est réputée être le « propriétaire » des biens en fiducie pour le calcul du revenu, ainsi que des gains ou pertes en capital qui s'y rapportent. Certains doutes ont été émis par les tribunaux, à titre d'*obiter*, quant à l'identité du propriétaire pour d'autres fins prévues dans la LIR. Ainsi, dans l'affaire *Trans-Canada*, supra, note 73, la Cour suprême du Canada a fondé sa décision sur le fait que les dividendes ne se transformaient pas en un autre type de paiement entre les mains des bénéficiaires de la fiducie, qui étaient les propriétaires bénéficiaires des biens en fiducie. Dans l'affaire *Pan-American Trust*, supra, note 73, la Cour de l'Échiquier a également conclu que les bénéficiaires d'une fiducie étaient les propriétaires bénéficiaires des actions. Plus récemment, dans l'affaire *Chan c. La Reine*, n° de greffe 97-140(IT)G (CCI); 99 DTC 1215, le juge Bonner de la Cour de l'impôt a fait le commentaire suivant, au paragraphe 12 : « Un roulement est prévu dans le cas des opérations visées au paragraphe 107(2) car il n'y a en réalité aucune disposition pouvant donner lieu à un gain. Dans un tel cas, une fois l'opération conclue, le bénéficiaire détient un titre absolu sur le bien dont il avait antérieurement la propriété effective. » Voir également le paragraphe 19(5.1), ajouté par le paragraphe 11(5) du Projet de loi technique de 2001. Le paragraphe 19(5.1) ajoute une disposition déterminative quant au sens de l'expression « citoyen canadien » utilisée dans la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5). Dans le cas d'une fiducie, le paragraphe 19(6) prévoit qu'aux fins de l'exigence relative à la propriété d'un journal canadien, chaque bénéficiaire de la fiducie doit satisfaire aux conditions fixées à la définition. Au fait, si le droit de publication est détenu par une société de personnes dont un des associés est une fiducie, le journal n'est pas considéré à titre de « journal canadien » à moins que chacun des bénéficiaires de la fiducie ne satisfasse autrement aux exigences du paragraphe 19(5). Il peut être inféré de ces dispositions qu'aux fins d'impôt, ce sont les bénéficiaires plutôt que la fiducie ou le fiduciaire qui détiendraient la propriété effective.

101 Voir notamment l'alinéa 256(1.2)f), aux termes duquel le bénéficiaire est réputé être propriétaire des actions détenues par une fiducie pour l'application des règles connexes sur les sociétés, ainsi que la division e)(iii)(B) de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5) où, pour l'application de cette définition, les actionnaires sont réputés propriétaires des actions détenues par une société ou une société de personnes. Dans le cas d'une fiducie régie par les lois du Québec, les dispositions déterminatives de l'alinéa 248(3)f) prévoient que les biens sur lesquels une personne a un droit à titre de bénéficiaire d'une fiducie sont, même s'ils sont grevés d'une servitude, réputés être la propriété effective de cette personne à ce moment. Toutefois, même si aux termes de l'alinéa 248(3)f) un bénéficiaire est réputé avoir la propriété effective de biens pour l'application de la LIR, il est difficile d'imaginer que cette disposition puisse être interprétée de manière à ce que les droits et obligations du bénéficiaire d'une fiducie au Québec diffèrent de ceux du bénéficiaire d'une fiducie en *common law*.

102 Pour plus de détails, voir l'analyse à la note 112, infra, et suivantes.

4. La fiducie a la propriété du bien en fiducie. La propriété du bien est établie au moyen de règles déterminatives de la LIR. Toute la structure de la sous-section k repose sur la fiction selon laquelle la fiducie est un particulier et, du moins aux fins du calcul des gains et pertes en capital, et du revenu ou des déductions fiscales applicables, est propriétaire du bien en fiducie. Selon l'auteure, la question de savoir si la fiducie, en tant que particulier, est, ou devrait être, réputée avoir la propriété effective d'un bien en fiducie pour d'autres fins fiscales ne peut que donner lieu à des conjectures, compte tenu de la structure actuelle de la LIR<sup>103</sup>.

La fiction juridique selon laquelle la fiducie est un particulier qui détient la propriété des biens en fiducie est, sans contredit, l'un des aspects qui se heurte le plus durement aux concepts de droit privé. Dans diverses dispositions de la LIR, la fiducie est de toute évidence réputée avoir la propriété du bien en fiducie aux fins d'impôt. Au contraire, selon les hypothèses qui sous-tendent les modifications techniques de 2001, c'est le bénéficiaire de la fiducie qui a la propriété effective du bien<sup>104</sup>. Il semble que l'utilisation du concept de « propriété effective » dans ces modifications signifie que le bénéficiaire est celui qui a la jouissance bénéficiaire du bien en fiducie, avant et après le transfert à la fiducie. D'importance primordiale pour les planificateurs fiscaux et les législateurs est l'établissement d'une distinction entre la personne réputée avoir la propriété effective des biens de la fiducie pour l'application des mesures de disposition; la personne qui détient la propriété pour le calcul des gains, pertes, revenu et déductions admissibles par rapport aux biens de la fiducie; et la personne qui a la propriété ou la propriété effective pour l'application des autres dispositions de la LIR. Il sera également nécessaire de bien définir les circonstances où la fiducie ne sera pas réputée propriétaire du bien aux fins d'impôt. Une question connexe tout aussi importante devra être réglée, à savoir qui sera réputé être le propriétaire dans ces mêmes circonstances — le fiduciaire ou le bénéficiaire ?

***Regroupement des dispositions selon le sens de « propriété effective » (« beneficial owner », « beneficial ownership » et « beneficially owned »)***

Les dispositions examinées ont été regroupées en catégories, dont quatre touchent les usages semblables des diverses expressions expliquées dans le texte qui précède. Une cinquième catégorie a été prévue pour les dispositions qui ne se classent, à proprement parler, dans aucune des quatre catégories qui suivent, ou qui ne correspondent à aucun des quatre sens fondamentaux énoncés.

103 Paragraphe 104(2).

104 Il n'est pas certain que cette conclusion s'applique uniquement aux transferts visés par les modifications techniques de 2001.

1. Examinées ci-après sont les dispositions qui touchent les biens cédés à un créancier par un débiteur, les biens saisis par un créancier ou les biens acquis par un assureur (voir le tableau 1). Dans ces dispositions, le sens de l'expression « propriété effective » concorde au sens fondamental de la catégorie 1 qui assimile « propriété effective » à propriété, quoique le sens donné aux catégories 2 et 4 puisse également s'appliquer. L'expression « propriété effective » dans ces dispositions peut donc s'entendre d'une nouvelle acquisition de la propriété effective par le truchement d'une simple fiducie, d'un mandataire ou d'un autre intermédiaire d'après un arrangement visé au paragraphe 104(1). Il semble que dans ces provisions, le sens de « propriété effective » s'entende également dans le cas d'une fiducie qui redevient propriétaire d'un bien lorsqu'elle était le créancier d'origine<sup>105</sup>.

Si les circonstances le justifient, un tribunal peut juger que l'expression « propriété effective » dans ces dispositions s'entend également de la propriété effective que détient un bénéficiaire par l'entremise d'une fiducie, si la propriété est acquise de nouveau, par exemple, par une fiducie à portefeuille fixe dont l'unique bénéficiaire est le créancier, surtout s'il s'agit d'une fiducie en faveur de soi-même ou d'une fiducie à laquelle des biens sont transférés dans le cadre d'une disposition admissible. Cette conclusion quant au sens de « propriété effective » dans ce contexte est fondée sur un argument juridique qui voudrait que le bénéficiaire soit, dans les circonstances, considéré avoir la propriété effective des biens en fiducie aux fins d'impôt. À l'opposé, si la fiducie n'est pas une simple fiducie ou un arrangement visé au paragraphe 104(1), un argument juridique plausible serait que le fiduciaire détient la propriété effective des biens<sup>106</sup>.

2. Dans les dispositions qui suivent, le sens de « propriété effective » correspond au sens fondamental des catégories 1, 2 et 3 (voir le tableau 2). Les dispositions en question ont été incorporées à la LIR en mars 2001 pour préciser que l'opération considérée n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien<sup>107</sup>. Le sens applicable dans ces dispositions découle à la fois de la détermination du propriétaire effectif en application de dispositions particulières de la LIR (par exemple le paragraphe 104(1)), et le concept de propriété effective en droit privé, d'après l'utilisation que certains font de cette expression. Également, le propriétaire est considéré comme propriétaire effectif, hypothèse nécessaire s'il ne faut pas qu'il y ait changement de propriété effective lorsqu'il y a un transfert de biens à une fiducie.

---

105 Cette interprétation repose sur le paragraphe 104(2) aux termes duquel une fiducie est réputée être un particulier pour l'application de la LIR. Si la fiducie reprend possession du bien à titre de créancier, elle est réputée en avoir la propriété effective pour l'application de cette disposition.

106 Voir également la discussion aux notes 42 à 54, supra.

107 En anglais, l'expression juridique précise — celle qui prêterait le moins à controverse — serait « *no change in beneficial interest* » ou « *enjoyment* ».



**TABLEAU 1**

Disposition	Expression	Contexte
Paragraphe 79(2)	« lorsqu'elle acquiert ou acquiert de nouveau de l'autre personne, à ce moment, la propriété effective du bien »	Délaissement d'un bien en faveur d'un créancier
Alinéa 79.1(2)a)	« la propriété effective du bien est acquise ou acquise de nouveau »	Saisie d'un bien par un créancier
Paragraphe 138(11.93)	« la propriété effective d'un bien est acquise ou acquise de nouveau »	Acquisition d'un bien par un assureur par suite du défaut de paiement du débiteur

**TABLEAU 2**

Disposition	Expression	Contexte
Sous-alinéa 69(1)b)(iii)	« de la disposition d'un bien qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien »	Détermination du produit de disposition d'un bien en faveur d'une fiducie
Alinéa 69(1)c)	« une disposition qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien »	Détermination du coût d'acquisition d'un bien
Sous-alinéa 73(1.02)b)(ii)	« le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien »	Condition pour obtenir un roulement lors du transfert d'un bien à une fiducie
Alinéa 104(4)a.4)	« le transfert n'a donné lieu à aucun changement de propriété effective de ce bien »	Détermination de la date de la disposition présumée pour certaines fiducies
Alinéa 107.4(1)a)	« la disposition n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien »	Définition de « disposition admissible »
Sous-alinéa 122(2)f)(iii)	« le transfert n'a pas eu pour effet de changer la propriété effective du bien »	Exclusion du taux d'imposition autrement applicable à une fiducie non testamentaire.
Paragraphe 248(1) « disposition », alinéas e), f) et k)	« tout transfert de bien qui n'a pas pour effet de changer la propriété effective du bien »	Exclusion de la définition de « disposition »
Paragraphe 248(25.2)	« moment, postérieur au transfert, où la propriété effective du bien change pour la première fois »	Exclusion de la définition de « disposition » jusqu'au moment où il y a changement de propriétaire effective

Tel qu'indiqué, pour l'application de nombreuses dispositions de la LIR, la fiducie est réputée être un particulier et est traitée comme le propriétaire des biens qu'elle détient<sup>108</sup>. Les notes techniques sur les dispositions mentionnées donnent toutefois à penser que le sens applicable de l'expression « propriété effective » repose sur les notions rattachées à la jouissance bénéficiaire en droit privé. Dans une interprétation technique, l'ADRC déclarait que les notes explicatives publiées par le ministère des Finances mentionnaient que, lorsqu'un particulier est, durant sa vie, le bénéficiaire exclusif du revenu et du capital d'une fiducie, le fait qu'il conserve un pouvoir général de désignation à la suite du transfert de biens à la fiducie ne devrait pas changer la propriété effective pour ce qui est des transferts visés au sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) (fiducie en faveur de soi-même)<sup>109</sup>. Il est présumé que l'auteur du transfert, et non la fiducie ni le fiduciaire, détient la propriété effective des biens, tant après qu'avant le transfert.

3. Regroupées dans cette troisième catégorie sont d'autres dispositions qui s'apparentent au premier sens, soit que la notion de « propriété effective » englobe le propriétaire, ou qui se fondent sur le concept de propriété effective (jouissance bénéficiaire) en droit privé (voir le tableau 3). Le sous-alinéa 107.4(2)a)(ii) fait référence à « la valeur de la propriété effective de chaque bénéficiaire [...] en ce qui concerne chaque bien donné de cette fiducie ». L'usage de « propriété effective » dans ce contexte laisse entendre que le bénéficiaire détient à bon droit la propriété effective de chacun des biens de la fiducie. La façon de satisfaire au critère applicable semble être de créer une fiducie cessionnaire identique à la fiducie cédante (y compris en ce qui touche les biens, les bénéficiaires et les intérêts des bénéficiaires)<sup>110</sup>. Rien ne donne à penser que les fiducies doivent être de simples fiducies en l'espèce. Quant à l'alinéa 107.4(3)k), il renvoie à la propriété effective d'un bien par un contribuable qui détient un intérêt capital dans une fiducie.
4. Certaines dispositions sont fondées à la fois sur le sens donné à l'expression « *beneficially owned* » par l'application de la LIR et sur la notion de jouissance bénéficiaire en droit privé (voir le tableau 4). Le sens de « *beneficially owned* » (rendu dans la version française des dispositions en question par « propriété effective », « propriétaire », « propriétaire effectif » ou « droit de bénéficiaire »), correspond aux sens des catégories un, deux et quatre,

108 Cette règle générale est assujettie à différentes dispositions déterminatives en application desquelles le bénéficiaire est réputé avoir la propriété effective des biens en fiducie. Ainsi, aux termes des sous-alinéas 256(1.2f)(i) à (iv), le bénéficiaire est réputé avoir la propriété des actions détenues par la fiducie pour l'application des règles connexes visant les sociétés. Le lecteur pourrait également se reporter à l'alinéa 248(3)f), discuté à la note 101, supra, et à la catégorie 5 des dispositions regroupées à la fin de cette partie de l'article.

109 ADRC, document n° 2000-0048735, le 24 mai 2001.

110 Cette approche a été confirmée dans une lettre explicative du ministère des Finances en date du 7 mars 2001.

TABLEAU 3

Disposition	Expression	Contexte
Sous-alinéa 107.4(2)a)(ii)	« par suite de la disposition, la valeur de la propriété effective de chaque bénéficiaire, au début de la période... »	Condition pour obtenir un roulement lors de certains transferts entre fiducies dans le cadre des « dispositions admissibles »
Alinéa 107.4(3)k)	« que la propriété effective d'un contribuable dans le bien cesse... de découler de sa participation au capital du cédant »	Ajustement au prix de base rajusté de la participation au capital d'une fiducie lors de certaines « dispositions admissibles »

soit le propriétaire est considéré avoir la propriété effective à titre personnel; le contribuable a la propriété effective s'il détient le bien par l'entremise d'une simple fiducie, d'un mandataire ou d'un arrangement visé au paragraphe 104(1), et la fiducie a la propriété effective si elle détient le bien en qualité de contribuable. Cette déduction tient compte du fait que la fiducie serait considérée comme propriétaire des biens de la fiducie en ce qu'elle est réputée être un particulier aux fins de la LIR. Dans ce contexte, il pourrait être soutenu que l'expression vise également les actions dont la propriété effective revient à leur bénéficiaire si elles sont détenues par une fiducie, ce qui correspond au sens de la catégorie 3.

5. La dernière catégorie regroupe le sens des expressions dans les dispositions qui ne cadrent pas bien dans les catégories 1 à 4 (voir tableau 5). Par exemple, le paragraphe 146.3(1) utilise « propriété effective » pour désigner le propriétaire<sup>111</sup>. Cette catégorie comprend également les dispositions déterminatives qui servent à établir la propriété effective lorsque les biens sont détenus en fiducie. Par exemple, dans le contexte de la définition de « journal canadien » au paragraphe 19(5), il faut faire référence aux dispositions du paragraphe 19(5.1) afin de déterminer le détenteur de la propriété effective. Plus précisément, lorsqu'un journal est la propriété d'une société de personnes et que la participation dans la société de personnes appartient à une fiducie, le paragraphe 19(5.1) prévoit que la société de personnes ne saura satisfaire aux exigences de propriété canadienne d'un « journal canadien » à moins que tous les bénéficiaires de la fiducie satisfassent autrement aux critères de la définition. Il n'est donc pas nécessaire dans ce

111 Le paragraphe 146.3(1) a trait aux Fonds enregistrés de revenu de retraite (« FERR »). Par contrat, le FERR est tenu, chaque année, de verser certaines sommes au rentier. L'émetteur du FERR peut en détenir certains des biens à titre de fiduciaire et d'autres à titre de personne qui en a la propriété ou la propriété effective. Il est clair que le rentier n'est pas réputé être le propriétaire des biens détenus par le FERR.

**TABEAU 4**

Disposition	Expression	Contexte
Sous-alinéa 85.1(2)b(ii)	« le vendeur, les personnes avec qui il a un lien de dépendance... soit avaient la propriété effective d'actions du capital-actions de l'acheteur »	Exigence relative à un échange d'actions
Sous-alinéa 85.1(6)b(ii)	« immédiatement après l'échange, le vendeur et (...) avaient la propriété effective d'actions du capital-actions de l'acheteur étranger »	Exigence relative à un échange d'actions lorsque l'acheteur est un étranger
Sous-division 87(9)c(ii)(A)(II)	« les actions du capital-actions de chaque société remplacée sur lesquelles la société mère avait... la propriété effective »	Lors d'une fusion, détermination du prix de base rajusté pour la société mère des actions de la société remplacée
Sous-division 112(3.2)a(ii)(C)(II)	« la fiducie, le bénéficiaire et des personnes ayant un lien de dépendance avec celui-ci [le bénéficiaire] étaient propriétaires <sup>a</sup> »	Règle de minimisation des pertes sur disposition d'actions
Sous-alinéa 115.2(2)b(iii)	« des placements dans la personne dont sont propriétaires effectifs des personnes ou des sociétés de personnes... »	Exclusion de la définition de « exploiter une entreprise au Canada »
Alinéa 115.2(3)b)	« des placements dans l'entité dont sont propriétaires effectifs des personnes ou des sociétés de personnes »	Définition de « entité désignée » à l'égard d'un fournisseur de services canadien
Sous-alinéa 133(8)a(i) et (iii) « société de placement appartenant à des non-résidents »	« toutes ses actions émises... étaient la propriété effective de non-résidents »	Définition de « société de placement appartenant à des non-résidents »
Paragraphe 227(4.1)	« biens dans lesquels Sa Majesté a un droit de bénéficiaire »	Garantie de Sa Majesté pour les déductions à la source non remises

<sup>a</sup> Bien qu'il soit fait mention dans cette disposition d'un bénéficiaire et d'autres personnes qui sont propriétaires d'actions, il est clair que, pour l'application de la LIR, les propriétaires dont il est question comprennent les propriétaires effectifs. Cette disposition est incluse dans cette catégorie parce qu'elle est de signification semblable.

TABLEAU 5

Disposition	Expression	Contexte
Alinéa 19(5)b) « journal canadien »	« l'un et l'autre de ceux-ci [citoyen ou société de personnes], ont la propriété effective des participations représentant en valeur au moins les $\frac{3}{4}$ de la valeur totale des biens de la société de personnes »	Définition de « journal canadien »
Division 19(5)e)(iii)(B) « journal canadien »	« [sociétés canadiennes] ont la propriété effective... [des] $\frac{3}{4}$ au moins de la juste valeur marchande de l'ensemble des actions émises de la société »	Définition de « journal canadien »
Alinéa 107.4(2)a)	« la disposition est réputée ne pas avoir pour effet de changer la propriété effective des biens »	Présomption pour certaines « dispositions admissibles » entre fiducies
Alinéa 107.4(2)b)	« le transfert est réputé ne pas avoir pour effet de changer la propriété effective des biens »	Présomption pour le transfert de biens entre un REÉR et un FERR
Paragraphe 146.3(1) « biens détenus »	« biens que détient, à titre de fiduciaire ou de personne ayant la propriété effective »	Définition de « biens détenus » par un FERR
Alinéa 248(3)f)	« les biens... sont réputés... être la propriété effective de la personne à ce moment »	Présomptions pour les fiducies du Québec

cas de chercher plus loin pour la signification de « propriété effective ». Le paragraphe 19(6), qui n'est pas inclus dans le tableau, joue également un rôle particulier aux fins de la définition de « journal canadien ». Il prévoit que si le droit de publier est détenu par une fiducie, le journal ne sera pas un « journal canadien » à moins que chaque bénéficiaire de la fiducie soit une personne, société de personnes ou une association décrite à la définition. De plus, le sens de propriété effective au paragraphe 19(5) englobe les catégories 1, 2 et 4.

Les alinéas 107.4(2)a) et b) contiennent aussi des présomptions spécifiques qui prévoient qu'il n'y a pas de changement dans la propriété effective aux fins du roulement prévu au paragraphe 107.4(1). Tel que discuté dans la troisième catégorie, l'un des critères est qu'il n'y ait pas de changement dans la valeur de la propriété effective que détient chacun des bénéficiaires dans chacun des biens particuliers de la fiducie du constituant.

La présomption de l'alinéa 107.4(2)b) vise le transfert de biens par un contribuable entre un régime enregistré d'épargne retraite et un fonds enregistré de revenu de retraite. Un changement dans la propriété effective

du bien et, dès lors, une disposition réputée, ne peut survenir si le rentier reste le même.

L'alinéa 248(3)f) est une disposition déterminative concernant l'application de la LIR au Québec. Il prévoit notamment que le bénéficiaire d'une fiducie est réputé avoir un droit de bénéficiaire sur les biens de la fiducie. Le sens de l'expression « droit de bénéficiaire » dans ce contexte correspond sans doute au sens de la catégorie 1, au sens de la catégorie 2 s'il y a lieu et, dans certaines circonstances, au sens de la catégorie 3. Bref, les tribunaux estimeront probablement que cette disposition a pour effet de placer dans une situation équivalente les bénéficiaires des fiducies de *common law*, ainsi que les bénéficiaires des fiducies régies par les lois du Québec. Aucune jurisprudence ne vient étayer ce point de vue.

### *Catégorie 3 — Explication approfondie*

#### « BENEFICIAL OWNER »

Les modifications apportées à la LIR en 2001 ont eu pour effet d'incorporer la notion selon laquelle le bénéficiaire a la « propriété effective » des biens en fiducie ou, plus précisément, que des biens peuvent être transférés à une fiducie sans entraîner de changement de propriété effective. Le bénéficiaire d'une fiducie est-il également considéré comme « propriétaire effectif » des biens de la fiducie à d'autres fins fiscales, et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances<sup>112</sup> ? La réponse est d'importance fondamentale pour une loi fiscale dont les conséquences dépendent de l'identité du propriétaire effectif. En l'absence de ligne directrice dans la loi, comment est-il possible de trouver cette réponse ? Un certain nombre de facteurs doivent être pris en considération.

Il faut d'abord tenir compte de la sous-section k, plus particulièrement du paragraphe 104(2), aux termes duquel une fiducie est réputée être un particulier pour l'application de la LIR. Il est clair que, pour l'application de la sous-section k et aux fins de déclaration des revenus et des déductions, la fiducie est réputée avoir la propriété des biens qu'elle détient. Si cette disposition déterminative ne sert pas à l'application de toutes les dispositions de la LIR — point qui demeure incertain selon l'auteure — il faudra sans doute faire référence au droit privé pour déterminer qui doit être considéré comme « propriétaire effectif » des biens en fiducie. Dès lors, le débat qui a cours depuis le 19<sup>e</sup> siècle sur la question de savoir si le bénéficiaire a la propriété effective des biens en fiducie ou s'il a simplement le droit d'exiger du fiduciaire qu'il respecte les modalités de l'acte de fiducie<sup>113</sup> acquiert

112 Aucune réponse claire n'a été donnée à cette question aux fins d'impôt, sauf peut-être au sujet des simples fiducies, des fiducies par interprétation, des fiducies par déduction et, plus récemment, des arrangements visés au paragraphe 104(1).

113 Ce point est examiné dans Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest », supra, note 4, à la p. 220.

une très grande importance<sup>114</sup>. Par exemple, il pourrait servir de fondement aux arguments juridiques utilisés pour déterminer si une société est une société privée sous contrôle canadien<sup>115</sup> lorsque le fiduciaire est résident du Canada mais que les bénéficiaires d'une fiducie discrétionnaire ne le sont pas.

Comme le prétendent les partisans de l'existence d'un droit *in rem*, le bénéficiaire a-t-il la propriété effective des biens de la fiducie ? Ou, comme le soutiennent ceux qui se prononcent en faveur de l'existence d'un droit personnel (*in personam*) le droit qu'il possède est-il limité à la jouissance bénéficiaire de ces biens ? Et si les partisans du droit personnel devaient avoir raison, est-ce le fiduciaire ou la fiducie qui détient la propriété des biens de la fiducie ?

Avant de formuler une réponse à cette question, il faut en soulever d'autres. Quelles sont les considérations de politique qui sous-tendent une disposition donnée ? Doit-il être tenu compte à la fois du bénéficiaire et du détenteur du titre en *common law* ? Le fait que la fiducie soit discrétionnaire ou non discrétionnaire importe-t-il ? Quelle incidence les décisions fiscales fondées principalement sur l'interprétation des lois sur les droits successoraux et autres lois fiscales ont-elles sur la détermination du propriétaire effectif pour l'application de la LIR<sup>116</sup> ? Peut-on se fonder sur la conclusion de la Cour suprême du Canada voulant que le bénéficiaire d'une fiducie ait un intérêt spécifique à l'égard des actifs de la fiducie pour certaines fins fiscales, et sur ses conclusions en *obiter*<sup>117</sup> voulant que le bénéficiaire ait, dans certains cas, la propriété effective des biens en fiducie ? Ne faudrait-il pas plutôt conclure que les juges de la Cour suprême, lorsqu'ils évoquent la « propriété effective », veulent dire que le bénéficiaire a la jouissance bénéficiaire des biens en fiducie<sup>118</sup> ?

Il est à noter qu'il faut déterminer si le bénéficiaire a la propriété effective des biens en fiducie lorsque l'expression « propriété effective » et ses équivalents anglais, « *beneficial owner* », « *beneficial ownership* » ou « *beneficially owned* » sont employés, ainsi que lorsque le concept de propriété est intégré à des concepts plus larges — la possession d'actions, qui en est propriétaire<sup>119</sup>, les personnes liées<sup>120</sup> ou

---

114 La résolution de ce débat ou la détermination du détenteur de la propriété effective des biens en fiducie aux fins d'impôt contribuerait à résoudre bon nombre de questions conceptuelles difficiles touchant l'application de dispositions fiscales précises.

115 Voir la définition de « société privée sous contrôle canadien » au paragraphe 125(7).

116 Voir la discussion sur ces décisions aux notes 73 à 89, supra.

117 Voir l'arrêt *Pan-American Trust Co.*, supra, note 73, à la p. 276, ainsi que les commentaires du juge Cartwright dans l'affaire *Trans-Canada*, supra, note 75, à la p. 296.

118 Cette conclusion est justifiée du fait que la question soumise dans *Pan-American Trust* et *Trans-Canada* ne visait pas l'expression « propriété effective » telle qu'utilisée dans la LIR. La question portait plutôt sur la source d'un revenu reçu sous forme de dividendes.

119 Paragraphe 186(2).

120 Paragraphe 252(1).

les personnes ayant entre elles un lien de dépendance<sup>121</sup>. Cette question est également cruciale pour établir, entre autres, si une société ou une société de personnes est canadienne, ou si un journal est canadien<sup>122</sup>. La décision dépend toujours de qui est réputé avoir la propriété des biens en fiducie ou, dans certains cas, le contrôle des biens aux fins d'impôt. Est-ce le fiduciaire, la fiducie ou le bénéficiaire ? De l'avis de l'auteure, la réponse n'est pas souvent évidente.

Le droit privé peut-il aider à déterminer avec un certain degré de certitude le propriétaire effectif des biens en fiducie pour l'application de la LIR ? Selon l'auteure, ce n'est pas le cas. Même si l'expression « *beneficial owner* » est fréquemment utilisée, les réponses trouvées dans le droit privé sont empreintes d'incertitude et sont peu utiles pour deux raisons. D'abord, en application de la LIR, il y a la fiction selon laquelle la fiducie est un particulier. Ensuite, dans presque tous les cas où il a été conclu que le bénéficiaire avait un intérêt spécifique sur des biens en fiducie, la propriété de ces biens s'inscrivait dans une perspective de perception d'impôt sur le revenu. Ainsi, les tribunaux canadiens ont rejeté le droit privé, parfois de façon très marquée. Dans l'affaire *McCreath*, le juge Dickson déclarait : « [il n'y a pas lieu de] s'en tenir rigoureusement aux subtilités et aux arcanes de l'ancien droit des biens pour déterminer l'effet d'une loi fiscale moderne<sup>123</sup> ». Il semble donc que le sens du concept de propriété effective aux fins d'impôt doit être établi dans le contexte de la LIR.

Où cette discussion mène-t-elle lorsqu'il est question d'interpréter les dispositions de la LIR et le concept de propriété effective applicable dans cette loi ? D'abord, en vue de déterminer qui paie l'impôt au titre du revenu de la fiducie et peut se prévaloir des déductions fiscales connexes, le propriétaire des biens de la

121 Paragraphe 252.1(1).

122 L'examen de l'ancienne définition de « journal ou périodique canadien » à l'article 19 constitue un exemple qui illustre la difficulté à déterminer qui, du fiduciaire ou du bénéficiaire, a la propriété effective d'un droit relatif à un « journal canadien ». Dans le document n° 2002-0138045 de l'ADRC en date du 27 juin 2002, le contribuable a soutenu qu'aux fins de la division 19(5)e(iii)(B), dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, le fiduciaire détenait la propriété effective et, qu'en conséquence, le lieu de résidence des bénéficiaires était sans importance quant aux exigences de citoyenneté canadienne énoncées à cet article. Cet argument découle de la thèse de Maitland qui veut que le droit de bénéficiaire soit un droit personnel (*in personam*) (voir la discussion aux notes 41 à 45, supra). Si le bénéficiaire n'a qu'un droit de jouissance à l'égard des biens en fiducie, il s'ensuit que le fiduciaire est le propriétaire effectif des biens, sous réserve du respect de ses obligations envers le bénéficiaire. Pour l'application de l'article 19, la question de savoir si une fiducie dont les bénéficiaires sont non-résidents satisfait aux exigences de propriété canadienne lorsque le droit de publication est détenu directement par la fiducie a-t-elle été résolue par la modification du paragraphe 19(6) ? Tel que discuté, ce paragraphe prévoit que, lorsque les droits d'édition et de publier un journal sont détenus par une fiducie, les exigences relatives à la propriété dans la définition de « journal canadien » ne seront pas satisfaites à moins que tous les bénéficiaires de la fiducie soient des résidents canadiens.

123 Voir les commentaires du juge Dickson dans l'arrêt *McCreath*, supra, note 84, à la p. 187.



fiducie est la fiducie. Dans le cas d'une simple fiducie ou d'un arrangement visé au paragraphe 104(1), le propriétaire, ou le propriétaire effectif, est le bénéficiaire<sup>124</sup>. Si une règle déterminative s'applique, elle sert à déterminer la propriété effective<sup>125</sup>. Dans tous les autres cas, la propriété effective aux fins d'impôt sera établie par une interaction de concepts de droit privé, de jurisprudence et des politiques fiscales en vigueur.

Tel qu'il a été observé, la question de savoir qui a la propriété effective des biens de la fiducie en droit privé n'est pas résolue. De ce fait, le débat sur l'existence, en droit des fiducies, d'un intérêt que possède le bénéficiaire sur les biens en fiducie (« propriété effective ») peut être très pertinent aux fins d'interpréter et d'appliquer les dispositions de la LIR dans lesquelles sont employées l'expression « propriété effective » et ses équivalents ou que ce concept sert de pivot pour la détermination des conséquences fiscales — bref, lorsque le traitement fiscal est fonction de l'identité du propriétaire effectif.

#### AUCUN CHANGEMENT DE LA PROPRIÉTÉ EFFECTIVE

Les nouvelles règles sur les transferts libres d'impôt au sous-alinéa 73(1.02)b(ii) (fiducie en faveur de soi-même) et à l'alinéa 107.4(1)a) (dispositions admissibles) exigent que le transfert n'ait pas « pour effet de changer la propriété effective du bien ». Avant que soient adoptées les modifications de 2001, un transfert de bien qui n'entraînait pas de changement de propriété effective à des fins fiscales aurait sans doute consisté au transfert à une simple fiducie dont le constituant était l'unique bénéficiaire ou, peut-être, au transfert de titre en *common law* lorsque le titre était détenu en vertu d'une fiducie par déduction ou d'une fiducie par interprétation<sup>126</sup>. Pour tout autre transfert à une fiducie, il y a sans doute changement de propriété effective (au sens habituel du concept)<sup>127</sup>. Ce changement survient parce que le fiduciaire est considéré en droit comme le propriétaire, sous réserve des droits du bénéficiaire aux termes de l'acte de fiducie. Toutefois, il se peut que le droit de jouissance bénéficiaire que possède l'auteur du transfert à l'égard du bien transféré ne soit pas modifié.

---

124 Cette conclusion peut également s'appliquer à des fiducies par interprétation et à des fiducies par déduction; toutefois, dans le cas des fiducies par interprétation, le moment de leur création pourra avoir une incidence.

125 Il reste à déterminer si la règle déterminative et le principe de droit privé s'appliqueraient tous deux, surtout dans le contexte des règles connexes visant les sociétés.

126 La position de l'ADRC exposée dans les *Nouvelles techniques*, n° 7, supra, note 95, concernant l'établissement des cotisations dans le cas des « fiducies de protection d'actifs », comme elles se nomment communément, va dans le sens de l'opinion selon laquelle, dans certains cas, le transfert de biens à une fiducie dont le constituant est l'unique bénéficiaire pourrait permettre d'éviter qu'une cotisation soit établie à l'égard de la disposition des biens en faveur de la fiducie.

127 Voir les commentaires qui accompagnent la note 42, supra, et suivantes.

## COMMENT L'ADRC INTERPRÈTE-T-ELLE LES EXPRESSIONS « BENEFICIAL OWNER », « BENEFICIAL OWNERSHIP » ET « BENEFICIALLY OWNED », AINSI QUE LEURS ÉQUIVALENTS FRANÇAIS ?

Afin de mieux étudier cette question, l'auteure a examiné des bulletins d'interprétation, des circulaires d'information, des interprétations techniques et certaines réponses fournies lors de tables rondes. Il y a également des références, exposées dans la jurisprudence, à la position de l'ADRC dans l'établissement des cotisations. Les documents mentionnés ne le sont qu'à titre illustratif et ne représentent qu'une fraction de la documentation publiée par l'ADRC où ces expressions sont utilisées de façon expresse ou implicite.

Les commentaires de l'auteure sont fondés sur un certain nombre d'hypothèses.

D'abord, l'auteure considère qu'il est impossible, dans bien des cas, de rattacher ces expressions aux différentes significations énoncées en droit privé, étant donné qu'aux fins d'impôt, la fiducie est un contribuable plutôt qu'une relation juridique. Toute interprétation ou réponse reliée aux questions formulées précédemment, établie selon le postulat que la fiducie est un particulier, ne peut donc pas se fonder uniquement sur les principes de droit privé. Leur sens doit être tiré de la loi elle-même, de son objet et de l'intention du législateur.

Ensuite, l'ADRC doit souvent interpréter et appliquer le concept sous-jacent à ces expressions — en particulier celui de propriété effective — dans des cas où il est essentiel de déterminer qui a la propriété effective pour obtenir un résultat fiscal mais où les expressions correspondantes (en français, « propriété effective », en anglais, « *beneficial owner* », « *beneficial ownership* » ou « *beneficially owned* ») ne sont pas utilisées. Par exemple, l'ADRC a dû définir la qualification fiscale d'une société ou déterminer si une société de personnes satisfaisait à la définition de « société de personnes canadienne » lorsque des participations dans cette société de personnes étaient détenues en fiducie. Il fallait donc trancher sur le lieu de résidence qui importait — celui des bénéficiaires ou celui du fiduciaire. La réponse dépendait en général de l'identité du propriétaire réputé (la personne qui avait la propriété effective) des biens de la fiducie pour l'application des dispositions en cause. Comment convient-il de trancher cette question ?

Enfin, depuis l'entrée en vigueur des modifications techniques de 2001, l'ADRC doit établir s'il y a eu changement de « propriété effective » lors du transfert de biens. Si les biens sont transférés à une fiducie, l'ADRC doit, dans l'optique de ces dispositions, conclure que l'auteur du transfert et bénéficiaire subséquent de la fiducie est le propriétaire effectif des biens, tout en souscrivant à la fiction selon laquelle la fiducie est un particulier et détient la propriété des biens en fiducie pour l'application d'autres dispositions de la LIR<sup>128</sup>. Encore une fois, l'ADRC ne

128 Paragraphe 104(2). De ce fait, aux fins du calcul des gains et pertes en capital, de la déduction pour amortissement et d'autres déductions fiscales, la fiducie, en tant que contribuable, est

peut se fonder sur le droit privé pour prendre sa décision, car la question de savoir si le bénéficiaire a la propriété effective des biens en fiducie n'est pas résolue en droit privé. Tel que déjà établi, l'opinion plus traditionnelle en droit privé veut que le bénéficiaire ait un droit de jouissance des biens en fiducie — autrement dit un droit personnel (*in personam*) — qu'il peut faire valoir à l'endroit du fiduciaire<sup>129</sup>. Dans le contexte canadien, les personnes qui soutiennent que le bénéficiaire a, ou pourrait avoir, la propriété effective des biens en fiducie ou un intérêt spécifique sur ces biens, se fondent notamment sur les décisions rendues en matière fiscale d'après l'interprétation de dispositions législatives précises. Dans ces décisions, la « théorie de la substance » (*substance approach*) a servi à trancher, et il s'agissait généralement de questions de perception d'impôt sur le revenu<sup>130</sup>. Les personnes qui soutiennent que le bénéficiaire peut être considéré comme propriétaire effectif des biens en fiducie ont été accusées par certains spécialistes des fiducies d'adhérer à des « [traduction] raisonnements fallacieux<sup>131</sup> ».

Suivent des commentaires généraux sur les questions formulées et le point de vue de l'ADRC, à commencer par les concepts de propriété et de propriété effective.

### **Propriété et propriété effective (« beneficial ownership », « owner », « beneficial owner » et « beneficially owned »)**

Dans son *Bulletin d'interprétation* IT-437R<sup>132</sup>, l'ADRC fait les remarques suivantes sur le droit de propriété, notamment sur la propriété de biens réels (ce bulletin renvoie à l'alinéa e) de la définition de « disposition » à l'ancien article 54, où le texte disait qu'il ne saurait y avoir disposition lorsqu'il y a changement dans la propriété légale d'un bien sans changement dans la propriété effective de ce bien; une exclusion du même genre est prévue dans la nouvelle définition de « disposition » au paragraphe 248(1)) :

Dans les juridictions de *common law*, deux formes de propriété sont reconnues, soit la propriété juridique et la propriété bénéficiaire. Habituellement, la « propriété juridique » existe lorsque le titre de propriété est transféré à une personne ou qu'il est inscrit, enregistré ou tenu en son nom<sup>133</sup>.

La propriété juridique d'une personne à l'égard d'un bien peut toutefois être assujettie à la propriété bénéficiaire d'une autre personne à l'égard de ce bien.

L'expression « propriété bénéficiaire » sert à décrire le type de propriété d'une

---

réputée être un particulier responsable du paiement de l'impôt. Il est clair que le droit privé est sans utilité pour élucider le concept de propriété des biens en fiducie sous l'angle de cette fiction.

129 Le débat à ce propos est commenté en détail dans le texte des notes 42 à 45, supra.

130 Pour une discussion sur cette approche, voir les notes 46 à 50 et 73 à 89, supra.

131 Maitland, cité par Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest », supra, note 4, à la p. 220.

132 *Bulletin d'interprétation* IT-437R, « Propriété d'un bien (résidence principale) », le 21 février 1994.

133 Ibid., au paragraphe 2.

personne qui a droit à l'usage et aux avantages d'un bien, que cette personne jouisse ou non d'un droit simultané de propriété juridique. Celui qui jouit du droit de propriété bénéficiaire, mais non de propriété juridique, peut exercer ce droit contre le détenteur du titre légal<sup>134</sup>.

Puisque dans la plupart des cas la même personne jouit des deux formes de propriété, soit la propriété juridique et la propriété bénéficiaire, il n'est pas souvent nécessaire de déterminer la propriété en fonction seulement de la propriété bénéficiaire<sup>135</sup>.

Il est également question dans le *Bulletin d'interprétation* IT-170R des circonstances où la propriété effective est transférée à la suite de la vente du bien :

Étant donné que la possession, l'usage et les risques sont les attributs principaux du *beneficial ownership* (propriété de fait), le simple enregistrement du titre de propriété a peu d'importance dans la détermination de la date de disposition. Les éléments qui sont des indicateurs valables de la passation du droit de propriété comprennent :

- a) la possession réelle ou implicite (voir IT-50R),
- b) le droit au revenu tiré du bien,
- c) la prise en charge des responsabilités quant à l'assurance, et
- d) le début de l'obligation quant à l'intérêt sur la dette de l'acheteur qui fait partie du prix de vente<sup>136</sup>.

De même, l'ADRC indique dans le *Bulletin d'interprétation* IT-391R que, concernant le statut d'une société aux fins d'impôt, il faut, pour établir qui sont les actionnaires de la société, considérer les propriétaires effectifs des actions (le bulletin parle de propriétaires « de fait »), et pas seulement la propriété ou le titre en *common law* :

Pour établir l'identité des actionnaires de la corporation, ce sont les propriétaires de fait qui doivent être considérés. Par exemple, lorsqu'un agent ou un fiduciaire détient des actions d'une corporation au nom d'un certain nombre de propriétaires, cet agent ou ce fiduciaire ne peut pas être considéré comme un seul actionnaire, mais c'est plutôt le nombre des propriétaires de fait qui doit être considéré. Dans le cas où un fonds de pension ou une corporation de portefeuille détient des actions, chaque fonds ou corporation de portefeuille doit être compté comme un actionnaire<sup>137</sup>.

134 Ibid., au paragraphe 3. L'expression « propriété bénéficiaire » est mentionnée dans ce paragraphe sous réserve qu'elle décrit le type de propriété d'une personne qui peut exercer son droit contre le détenteur du titre en *common law*. Il s'agit d'une description exacte et concise du droit du bénéficiaire en droit des fiducie.

135 Ibid., au paragraphe 5.

136 *Bulletin d'interprétation* IT-170R, « Vente de biens — Quand elle doit être incluse dans le calcul du revenu », le 25 août 1980, au paragraphe 8.

137 *Bulletin d'interprétation* IT-391R, « Statut des corporations », le 14 septembre 1992 au paragraphe 4.

Dans le *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, l'ADRC mentionne de nouveau la nécessité de considérer la propriété effective des actions lorsqu'il est question d'association et de contrôle :

Les propriétaires des actions d'une société sont considérés comme les personnes ayant la propriété effective des actions. Tel est le cas même si les actions sont inscrites au registre des actions de la société au nom d'une ou de plusieurs autres personnes, comme un mandataire ou un simple fiduciaire<sup>138</sup>.

Les bulletins d'interprétation IT-391R et IT-64B4 ont tous deux trait aux cas de simple fiducie, ce qui fait que, pour l'application de la LIR, il n'est pas tenu compte de la fiducie, et le bénéficiaire est réputé être le propriétaire effectif. Il est à remarquer que ces bulletins n'abordent pas la question de savoir si le bénéficiaire serait réputé avoir la propriété effective des actions dans un contexte autre que celui d'une simple fiducie.

La détermination de l'identité du propriétaire effectif de biens a également été traitée dans différents contextes au moyen d'interprétations techniques. Il a ainsi été question de simples fiducies<sup>139</sup>, des conséquences de conventions de vente conditionnelles<sup>140</sup>, de situations où le créancier hypothécaire a la possession des biens grevés<sup>141</sup> et de fiducies par déduction<sup>142</sup>. Selon l'auteure, l'ADRC a chaque fois interprété le libellé applicable de manière conforme au rôle qui lui est dévolu aux termes de la LIR. Dans ses décisions, la position générale de l'ADRC pour l'établissement des cotisations semble être fondée en grande partie sur les bulletins d'interprétation susmentionnés. Le passage suivant exprime peut-être le mieux l'approche de l'ADRC : « [traduction] La détermination de l'identité du propriétaire effectif d'un bien est d'abord et avant tout une question de fait qu'il faut trancher en examinant la documentation pertinente, ainsi que la conduite des parties en cause<sup>143</sup>. »

Est-ce que les conclusions de l'ADRC sur l'identité du propriétaire effectif des biens en fiducie correspondent de façon générale au sens de ce concept en *common law* ou dans la LIR ? La réponse dépend en grande mesure du fait que l'assimilation de la fiducie à un particulier constitue ou non un facteur pour l'ADRC.

---

138 *Bulletin d'interprétation* IT-64R4, « Sociétés : Association et contrôle », le 14 août 2001, au paragraphe 15.

139 Voir *Nouvelles techniques*, n° 7, supra, note 95; ADRC, document n° 9911585, le 9 septembre 1999; ADRC, document n° 9827567, le 6 janvier 1999; et ADRC, document n° 2000-0048195, le 7 mars 2001.

140 ADRC, document n° 9827567, le 6 janvier 1999.

141 ADRC, document n° 9518727, le 26 octobre 1995.

142 ADRC, document n° 2000-0048195, le 7 mars 2001.

143 ADRC, document n° 9705717, le 16 avril 1997.

### *L'assimilation de la fiducie à un particulier n'est pas un facteur*

Lorsque la fiducie n'est pas réputée être un particulier aux fins d'impôt, l'ADRC peut consulter le droit privé et se fonder en grande partie sur les relations juridiques entre les parties. Dans l'exercice de son rôle, l'ADRC se fie généralement aux principes de droit privé, et sa position est habituellement fondée sur une question valable de droit. Deux exemples illustrent bien cette observation : le premier est l'interprétation faite par l'ADRC des paragraphes 79(2) et 179.1(2), le second est la manière dont l'ADRC conçoit une « simple fiducie » et les conséquences fiscales qui s'y rattachent.

Les paragraphes 79(2) et 79.1(2) énoncent les circonstances dans lesquelles un bien est réputé être cédé à un créancier par un débiteur ou est saisi par un créancier. Dans les deux cas, l'élément déclencheur est l'acquisition ou la réacquisition du bien par le créancier à la suite du défaut de paiement de la dette. Dans le document n° 9518727<sup>144</sup>, l'ADRC expose ses conclusions concernant la question de savoir si, aux termes du paragraphe 79(2), la propriété effective est transférée au créancier hypothécaire qui a la possession des biens grevés. Cette opinion repose sur des principes fondamentaux du droit des biens; en voici un extrait :

[traduction] Le terme « propriété effective » décrit les droits d'un contribuable ayant l'usage et le bénéfice d'un bien, peu importe que ce contribuable ait également la propriété du bien en common law. Les facteurs dont il faut tenir compte (dont certains, ainsi que vous le mentionnez, sont commentés au paragraphe 8 du *Bulletin d'interprétation* IT-170R) incluent le droit de possession, le droit de percevoir un loyer, le droit d'hypothéquer le bien, le droit d'en transférer le titre par vente ou par testament, l'obligation de le réparer, l'obligation de payer des impôts fonciers ainsi que d'autres droits et obligations pertinents. À notre avis, l'enregistrement d'un acte de transport par renonciation (point abordé dans le *Bulletin d'interprétation* IT-505) à l'égard du bien en temps opportun à la suite d'un défaut de paiement sera généralement l'indice de l'existence de ces attributs, de sorte que l'intérêt bénéficiaire sur le bien sera généralement considéré comme ayant été acquis de nouveau par [nom supprimé] à ce moment<sup>145</sup>.

L'interprétation par l'ADRC des dispositions de la LIR où les conséquences fiscales reposent sur le concept de simple fiducie<sup>146</sup> concorde plus ou moins avec les principes de droit privé<sup>147</sup>, quoique la nature de la simple fiducie soit considérée

144 ADRC, document n° 9518727, le 26 octobre 1995. Voir également ADRC, document n° 2000-0005797, le 30 mars 2000.

145 ADRC, document n° 9518727, le 26 octobre 1995.

146 Voir le *Bulletin d'interprétation* IT-216, le 20 mai 1975, paragraphe 2, et le *Bulletin d'interprétation* IT-437R, supra, note 132, paragraphe 10.

147 Voir notamment la position sur laquelle était fondée la cotisation dans *De Mond c. La Reine*, 99 DTC 893; [1999] 4 CTC 2007 (CCI). L'ADRC a soutenu qu'aucune des fiducies en cause n'était une simple fiducie selon les trois critères mentionnés dans les *Nouvelles techniques*, n° 7,

de façon assez stricte. Les commentaires de l'ADRC dans les *Nouvelles techniques*, n° 7, en sont un bon exemple; l'Agence y indique notamment que, dans les cas où des biens sont détenus par une simple fiducie, « il ne sera pas tenu compte de la fiducie aux fins de l'impôt sur le revenu, et le cédant ou constituant sera considéré comme le propriétaire des biens pour l'application de la Loi ». Le même document déclare ce qui suit :

[E]n règle générale, nous considérons comme une simple fiducie une fiducie en *common law* dans les cas suivants :

- le fiduciaire n'a pas de responsabilités ni de pouvoirs importants et ne peut agir que suivant les instructions du constituant;
- la seule fonction du fiduciaire est de détenir le titre légal du bien;
- le constituant est le seul bénéficiaire et peut demander en tout temps que les biens lui soient retournés<sup>148</sup>.

Dans ce document, l'ADRC indique que le fiduciaire d'une simple fiducie n'a pas de pouvoirs importants (ce dont il est bien tenu compte en droit des fiducies) mais considère qu'il y a une simple fiducie uniquement lorsque le constituant est le seul bénéficiaire. Cette restriction n'existe pas en *common law*, ni dans la jurisprudence<sup>149</sup>. Le point de vue de l'ADRC sur les simples fiducies pourrait avoir changé à la suite des modifications apportées au paragraphe 104(1), qui définit désormais les situations où il n'est pas tenu compte de la fiducie pour l'application de la LIR. Cette définition est beaucoup plus large que celle donnée dans les *Nouvelles techniques*, n° 7.

### ***L'assimilation de la fiducie à un particulier est un facteur***

Dans différents bulletins d'interprétation, l'ADRC indique qu'elle s'en remet au droit privé lorsqu'un terme n'est pas défini dans la LIR<sup>150</sup>. La complexité de cette tâche a tendance à augmenter, et l'interprétation de l'ADRC pour déterminer le propriétaire des biens en fiducie tend à perdre de son uniformité, surtout lorsqu'il faut tenir compte du rôle de la fiducie à titre de contribuable. Il faut compatir quelque peu avec l'ADRC à cet égard. Tel que mentionné, le droit privé n'est que de peu d'utilité à partir du moment où s'applique la fiction qui fait de la fiducie un particulier aux fins d'impôt. La détermination du propriétaire des biens en fiducie doit plutôt être fondée en grande partie sur le contexte législatif qui ne fournit que

---

supra, note 95. Les fiduciaires détenaient des responsabilités et des pouvoirs très importants aux termes de la déclaration de fiducie et le constituant n'était pas l'unique bénéficiaire puisque, aux termes de l'acte de fiducie, le fiduciaire avait le pouvoir d'effectuer une distribution en faveur de n'importe qui.

148 *Nouvelles techniques*, n° 7, supra, note 95.

149 Voir notamment *Brookview Investments*, supra, note 95.

150 Voir par exemple, le *Bulletin d'interprétation* IT-449R, « Sens de l'expression "a été, par dévolution, irrévocablement acquis" », le 25 septembre 1987, paragraphe 1.

rarement une orientation au moyen de définitions. Pourtant, la façon dont l'ADRC considère les rapports fiduciaires a des conséquences fiscales importantes.

En droit des fiducies, il est depuis longtemps convenu que le bénéficiaire d'une fiducie a un droit personnel qu'il peut faire valoir à l'endroit du fiduciaire afin d'assurer la bonne gestion de la fiducie. Depuis le début du 20<sup>e</sup> siècle, il est reconnu, surtout dans les affaires fiscales, que le bénéficiaire peut avoir un intérêt de propriétaire sur les actifs de la fiducie<sup>151</sup>. Le bénéficiaire est également réputé avoir la propriété effective du bien en fiducie ou avoir un intérêt bénéficiaire sur ce bien aux fins d'impôt<sup>152</sup> — souvent sur les instances des autorités fiscales. Cette opinion ne semble pas partagée par tous les fonctionnaires de l'ADRC, l'un d'entre eux ayant mentionné dans une interprétation technique récente que le Ministère ne souscrivait pas à l'opinion générale selon laquelle le bénéficiaire d'une fiducie a la propriété effective des biens de la fiducie<sup>153</sup>. La question refait surface : qui, dans le cadre d'une transaction donnée, est le contribuable concerné : la fiducie, le fiduciaire ou le bénéficiaire ? Dans la discussion qui suit, l'auteure se penche sur le point de vue de l'ADRC à ce sujet.

#### EST-CE LA FIDUCIE OU LE BÉNÉFICIAIRE QUI EST PROPRIÉTAIRE ?

Est-ce que l'ADRC considère, ou devrait considérer, que la fiducie est le propriétaire des biens en fiducie d'après la structure de la sous-section k, ou y a-t-il des circonstances où les principes de droit privé doivent prévaloir en vue d'établir qui est le propriétaire « véritable » de ces biens pour l'application des dispositions en cause ? Différentes interprétations techniques où les contribuables demandaient réponse à cette question révèlent à quel point elle est ardue. Six de ces interprétations ont été retenues pour illustrer la difficulté.

La première est l'interprétation technique n° 9824535<sup>154</sup>. Les faits en cause ont trait à une fiducie et à une société qui formaient une société de personnes. Il s'agissait de trancher si les bénéficiaires de la fiducie étaient considérés comme des associés de la société de personnes — c'est-à-dire s'ils exploitaient l'entreprise de la société de personnes — et, le cas échéant, s'ils devaient être réputés avoir un lien avec la société de personnes pour l'application de l'alinéa 110.6(14)d). L'ADRC a répondu que les bénéficiaires de la fiducie n'étaient pas considérés être des associés de la société de personnes si la fiducie détenait une participation dans une

151 Cette question est traitée en détail dans Waters, « The Nature of the Trust Beneficiary's Interest », supra, note 4, et dans Oosterhoff et Gillese, supra, note 11, aux pp. 24-30.

152 Voir par exemple, la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Trans-Canada*, supra, note 73. Voir également l'alinéa 248(3)f) qui précise que, pour l'application de la LIR au Québec, les biens sur lequel un bénéficiaire a, à un moment donné, un droit à titre de bénéficiaire d'une fiducie « sont réputés [...] être la propriété effective de la personne à ce moment ». Enfin, voir le libellé du paragraphe 74.4(4), qui porte sur le droit d'un bénéficiaire à l'égard de certains biens de la fiducie.

153 ADRC, document n° 9824535, le 10 novembre 1999.

154 Ibid.



société de personnes. Par conséquent, la société de personnes n'était pas réputée liée à ces bénéficiaires aux termes de l'alinéa 110.6(14)d). Le motif avancé pour cette conclusion est le suivant :

[traduction] De façon générale, l'Agence des douanes et du revenu du Canada ne souscrit pas à l'opinion voulant que le bénéficiaire d'une fiducie soit le propriétaire effectif des biens de la fiducie. On ne trouve dans la Loi aucune règle de transparence en vertu de laquelle le bénéficiaire d'une fiducie serait le propriétaire de biens en fiducie comprenant une participation dans une société de personnes. Par conséquent, le bénéficiaire ne saurait, pour cette seule raison, être considéré comme un associé de la société de personnes ni être lié à cette dernière aux termes de l'alinéa 110.6(14)d) de la Loi<sup>155</sup>.

Cette position diffère nettement de celle adoptée dans la deuxième interprétation technique sous étude<sup>156</sup> qui porte sur l'importante question de la propriété pour l'application de la définition de « journal ou périodique canadien » à l'ancien paragraphe 19(5)<sup>157</sup>. Dans cette interprétation technique, il fallait établir si une fiducie associée à une société de personnes qui détenait le droit exclusif d'éditer et de publier des numéros d'un journal ou d'un périodique satisfaisait aux critères de propriété et de revenu énoncés dans la définition.

Le contribuable proposait trois modes d'application de ces critères :

1. appliquer les critères à la fiducie, puisqu'elle est réputée être une personne distincte aux termes de la LIR;
2. appliquer les critères au fiduciaire;
3. appliquer les critères aux bénéficiaires de la fiducie.

Le contribuable a ensuite demandé à l'ADRC de lui indiquer quel mode d'application elle utiliserait pour rendre sa décision. L'Agence a répondu comme suit :

[traduction] Aux termes du paragraphe 19(6) de la Loi, lorsque le droit exclusif d'éditer et de publier des numéros d'un journal ou d'un périodique est détenu par une fiducie, le journal ou périodique n'est pas un journal ou périodique canadien, à

155 Ibid.

156 ADRC, document n° 9902305, le 10 novembre 1999.

157 Selon la définition de cette expression au paragraphe 19(5), un « journal ou périodique canadien » est un journal ou périodique dont le droit exclusif d'éditer et de publier des numéros est détenu par des citoyens canadiens ou par certaines sociétés de personnes, associations et sociétés. Si une société de personnes détient ce droit exclusif, le journal ou périodique sera visé par la définition si les deux conditions suivantes sont réunies : (1) des citoyens canadiens ou des sociétés visées à l'alinéa e) de la définition (sociétés admissibles), séparément ou ensemble, ont la propriété effective de participations représentant en valeur au moins les trois quarts de la valeur totale des biens de la société (critère de propriété); (2) les trois quarts du revenu ou des pertes d'une source donnée sont inclus dans le calcul du revenu de ces citoyens ou de ces sociétés (critère de revenu).

moins que chaque bénéficiaire de la fiducie soit un citoyen canadien, une société admissible, une société de personnes ou une association que vise cette définition. Bien que le paragraphe 19(6) ne s'applique pas aux situations où la fiducie est l'associée d'une société de personnes détenant le droit en question, nous estimons que la même approche devrait s'appliquer à la fiducie en tant qu'associée; autrement dit, il faut tenir compte des bénéficiaires de la fiducie<sup>158</sup>. (soulignement de l'auteur)

Tel que discuté, l'article 19 LIR a récemment été modifié pour ajouter une disposition déterminative quant au sens de « citoyen canadien » qui figure à la définition de « journal ou périodique canadien ». Les modifications empêchent une société de personnes de satisfaire aux critères prévus dans la définition de « journal canadien » si une fiducie détient une participation dans la société, à moins que chacun des bénéficiaires de la fiducie ne satisfasse autrement aux critères de propriété<sup>159</sup>.

Ce changement apparemment radical de la position de l'ADRC concernant l'identité du propriétaire effectif des biens en fiducie n'est pas surprenant. Dans chaque cas, la réponse de l'Agence visait soit à préserver l'assiette fiscale, soit à confirmer la politique sous-jacente à la disposition pertinente. Il n'existe pas de principe clair en droit des fiducies pour étayer la prise de décision car, tel que discuté, la prémisse sur laquelle reposent ces principes est que la fiducie est une relation juridique et non un particulier fictif<sup>160</sup>.

Dans la troisième interprétation technique, il fallait déterminer si des biens avaient été attribués à un bénéficiaire par une fiducie et, à cette fin, établir qui avait la propriété des biens en fiducie<sup>161</sup>. Les commentaires suivants du juge Bonner dans *Chan c. La Reine*<sup>162</sup> ont été cités dans l'interprétation technique :

Le paragraphe 107(1) concerne les dispositions ordinaires, par vente ou par donation, de la participation d'un contribuable dans la fiducie. Le paragraphe 107(2) vise les cas où une fiducie « distribue » le bien d'une fiducie à un bénéficiaire et réduit ou élimine ainsi le droit de bénéficiaire de ce dernier. Un roulement est prévu dans le cas des opérations visées au paragraphe 107(2) car il n'y a en réalité aucune disposition pouvant donner lieu à un gain. Dans un tel cas, une fois l'opération conclue, le bénéficiaire détient un titre absolu sur le bien dont il avait antérieurement la propriété effective.

158 ADRC, document n° 9902305, le 10 novembre 1999.

159 Voir paragraphe 19(5.1), ajouté par la Loi technique de 2001, supra, note 100.

160 Voir également la note de l'ADRC intitulée « *Division des industries manufacturières, des sociétés et fiducies* », le 18 novembre 1991. Cette note décrit une situation où le contribuable soutenait que, si un simple fiduciaire (société canadienne) détenait la participation d'un non-résident dans une société de personnes, la société satisfaisait aux exigences de « société de personnes canadienne » du fait que le fiduciaire (fiducie) résidait au Canada, bien que le bénéficiaire non-résident devait être considéré comme le propriétaire pour l'application des autres dispositions de la LIR puisqu'il ou elle était le propriétaire effectif des biens de la fiducie.

161 ADRC, document n° 1999-0013485, le 25 janvier 2001.

162 *Chan*, supra, note 100, au paragraphe 12.

Quant au sens de « distribution » pour l'application du paragraphe 107(2), voici la réponse donnée par l'ADRC :

[traduction] Il n'y a pas encore de réponse à la question de savoir si l'intérêt d'un bénéficiaire sur une fiducie comprend à la fois un droit pouvant être exercé à l'endroit du fiduciaire afin que celui-ci administre adéquatement la fiducie, ainsi qu'un droit sur les biens en fiducie. Toutefois, puisque l'on peut considérer que le bénéficiaire possède déjà un droit de bénéficiaire à l'égard des biens détenus par la fiducie, nous estimons que, pour l'application des paragraphes 107(2) et (5), il faut que le fiduciaire pose un geste concret. Ce geste prendra en général la forme d'une distribution des biens par la fiducie<sup>163</sup>.

Cette réponse donne une idée de l'ampleur de la question que l'ADRC doit résoudre relativement au concept de propriété effective dans la LIR. Le droit du bénéficiaire est-il personnel (*in personam*) ou *in rem* ? Aux fins d'établir si le bénéficiaire a la propriété effective de biens en fiducie aux fins d'impôt, le bénéficiaire doit-il avoir un droit de bénéficiaire à l'égard des biens ? Si oui, qu'entend-on par « droit de bénéficiaire » dans ce contexte<sup>164</sup> ? Le droit relatif à la distribution des biens de la fiducie est-il nécessaire pour établir la propriété effective des biens aux fins d'impôt ? La conclusion claire à tirer des commentaires de l'ADRC est que, dans bien des cas, il n'existe aucune méthode simple permettant de déterminer le propriétaire effectif des biens en fiducie.

Dans la quatrième interprétation technique<sup>165</sup>, il fallait établir si le bénéficiaire d'une fiducie exerce un contrôle sur les actions qu'elle détient. La réponse devait servir à déterminer si des personnes étaient liées ou si une société était une « société privée sous contrôle canadien<sup>166</sup> ». Il est plus difficile de fournir une réponse en raison de l'alinéa 251(5)b) qui présume que, pour ces fins, le contribuable qui, en vertu d'un contrat en *equity* ou autrement, a le droit immédiat ou futur, conditionnel ou non, d'acquérir des actions d'une société est dans la même position que s'il était propriétaire des actions. L'ADRC a formulé l'interprétation suivante de cet alinéa :

[traduction] [L]orsque des actions d'une société sont détenues par une fiducie, le Ministère estime de façon générale que l'alinéa 251(5)b) s'applique uniquement lorsque les bénéficiaires ont un droit inconditionnel, quoique pas nécessairement immédiat, à l'égard des actions aux termes de l'acte de fiducie. Cette disposition ne

163 ADRC, document n° 1999-0013485, le 25 janvier 2001.

164 En règle générale, il est estimé qu'il y a droit de bénéficiaire lorsqu'une personne peut réclamer en justice et recouvrer les biens. Voir l'arrêt *Jodrey Estate*, supra, note 36.

165 ADRC, document n° 2m01530, le 29 juillet 1992. Des commentaires de même ordre se trouvent dans « Table ronde de Revenu Canada », dans *Report of Proceedings of the Forty-Third Tax Conference*, 1991 Conference Report (Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1992), 50:40-83, question 9, aux pp. 50:45-46.

166 Voir le paragraphe 251(2).

sera généralement pas applicable lorsque le fiduciaire a toute discrétion d'administrer à sa guise les biens de la fiducie, ce qui inclut le droit de vendre à un tiers les actions détenues par la fiducie<sup>167</sup>.

Dans la cinquième interprétation technique<sup>168</sup>, l'ADRC a adopté une position similaire au sujet de l'application de l'alinéa 251(5)b au bénéficiaire d'une succession. Dans le cas examiné, M<sup>me</sup> X était l'unique bénéficiaire de la succession de son époux. L'ADRC a donc jugé qu'elle détenait un droit à l'égard des actions de la société :

[traduction] à condition qu'il lui reste un certain nombre de ces actions une fois que l'exécuteur testamentaire se sera acquitté de ses obligations » et que son droit soit visé au sous-alinéa 251(5)b)i) de la Loi; « [traduction] [p]ar conséquent, M<sup>me</sup> X serait réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était elle-même la propriétaire des actions durant la période où lesdites actions sont immatriculées au nom de son comptable, seul exécuteur testamentaire de la succession de M. X<sup>169</sup>.

Il est certain que cette détermination devrait être rétroactive à la date du décès, en supposant que les actions n'étaient pas requises pour acquitter les dettes laissées par le défunt.

L'une des conclusions tirées de ces deux interprétations techniques est que, du point de vue de l'ADRC, un droit inconditionnel sur des actifs donnés, détenus en fiducie, équivaut à un droit en *equity* et satisfait aux exigences de propriété réputée aux termes de l'alinéa 251(5)b)<sup>170</sup>. Il s'ensuit que pour une fiducie discrétionnaire, l'ADRC ne considérera pas nécessairement que les bénéficiaires ont la propriété

167 ADRC, document n° 2m01530, le 29 juillet 1992. Voir également IT-64R, supra, note 138 et *Bulletin d'interprétation* IT-243R3, « Remboursement au titre de dividendes à une société privée », le 21 mai 1985 (remplacé par *Bulletin d'interprétation* IT-243R4, le 12 février 1996), selon lesquels, lorsque des bénéficiaires non-résidents ont un droit inconditionnel à l'égard d'actions aux termes de l'acte de fiducie, ces bénéficiaires sont réputés, aux termes de l'alinéa 251(5)b), occuper la même position relativement au contrôle de la société que s'ils étaient eux-mêmes propriétaires des actions. À noter, la différence entre ce résultat et celui qui peut être obtenu par l'application de l'alinéa 248(3)f) dans le cas d'une fiducie du Québec.

168 ADRC, document n° 9235395, le 12 janvier 1993.

169 Ibid.

170 Toutefois, il semble que, si des biens sont acquis par un bénéficiaire au décès du testateur, l'existence de la succession est suffisante pour qu'il ne soit pas réputé y avoir acquisition par donation, legs ou succession pour l'application de l'alinéa 69(1)c). L'ADRC estime que, dans les circonstances, l'exigence prévue à cet alinéa, c'est-à-dire que le contribuable fasse l'acquisition des biens par « donation, legs ou succession » n'est pas satisfaite lorsque les biens du défunt sont transférés à sa succession au décès, du fait que ce transfert ne constitue pas une donation, un legs ni une succession et qu'il ne peut donc exister de coût réputé pour la succession aux termes de l'alinéa 69(1)c) de la Loi. Voir ADRC, document n° 2000-0044165, le 11 février 2002.

effective des biens en fiducie et pourrait estimer que le propriétaire effectif est plutôt le fiduciaire ou la fiducie.

Une autre question étudiée est celle de savoir si le bénéficiaire est le propriétaire effectif de biens détenus par une fiducie testamentaire<sup>171</sup>. Dans cette sixième et dernière interprétation technique, il fallait établir si le bénéficiaire du capital résiduel avait acquis la propriété effective d'un bien détenu par une fiducie testamentaire lors de la création de la fiducie. Selon l'ADRC, tel n'était pas le cas :

[traduction] [À] moins qu'il soit raisonnable de considérer que le fiduciaire est le mandataire du bénéficiaire, celui-ci n'a pas la propriété effective du bien détenu par la fiducie mais possède plutôt un intérêt à l'égard de la fiducie<sup>172</sup>.

L'Agence adopte une position similaire dans le *Bulletin d'interprétation* IT-449R<sup>173</sup>, qui traite du sens de l'expression « a été, par dévolution, irrévocablement acquis », condition préalable à l'application des règles sur les transferts libres d'impôt de biens par voie testamentaire. Il est précisé dans ce bulletin que, dans toutes les dispositions où elle est employée, cette expression se rapporte au « droit incontestable de propriété d'un bien donné qui, par suite du décès du propriétaire, a été transféré ou attribué au conjoint, à une fiducie en faveur du conjoint ou à un enfant du défunt<sup>174</sup> ». L'ADRC indique ensuite ce qui suit :

[U]n bien est dévolu irrévocablement au conjoint ou à un enfant du défunt lorsque le conjoint ou l'enfant obtient un droit de propriété absolue sur ce bien, de manière que ce droit ne peut être annulé par aucun événement ultérieur, même si le conjoint ou l'enfant peut ne pas pouvoir bénéficier immédiatement de tous les avantages découlant du droit obtenu. Lorsque le bien est détenu en fiducie au profit d'une ou de plusieurs personnes, le Ministère considère que normalement il est dévolu irrévocablement à la fiducie, et non à un bénéficiaire de celle-ci<sup>175</sup>. (soulignement de l'auteur)

Si le bien est dévolu à une fiducie (exception faite d'une fiducie en faveur du conjoint ou du conjoint de fait)<sup>176</sup>, il ne fait pas l'objet d'un transfert libre d'impôt

171 ADRC, document n° 2001-0080117, le 11 septembre 2001.

172 Ibid. Voir également la position de l'ADRC exposée dans les arrêts *A. Boger Estate c. MRN*, [1991] 2 CTC 168 (CF 1<sup>re</sup> inst.); conf. [1993] 2 CTC 81 (CAF); et *W.M. Hillis & I. Hillis c. La Reine*, [1983] CTC 348 (CAF).

173 Supra, note 150.

174 Ibid., au paragraphe 1.

175 Ibid. Ce commentaire peut surprendre car, en droit privé, c'est le fiduciaire qui est réputé détenir les biens en fiducie. Voir *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> édit., vol. 48, à la p. 343.

176 À titre de concession administrative, l'ADRC autorisera également que des biens soient transférés à une fiducie pour un enfant d'âge mineur, sous réserve de certaines conditions. Voir le *Bulletin d'interprétation* IT-268R4, « Transfert entre vifs de biens agricoles en faveur d'un enfant », le 15 avril 1996, discuté à la note 183, infra.

au décès. Ces commentaires de l'ADRC signifient-ils également que le bien sera considéré être la propriété de la fiducie dans les circonstances ? Dans la mesure où le bien est dévolu irrévocablement à un particulier, cette conclusion semble évidente.

Un certain nombre d'autres interprétations techniques portent sur la question du propriétaire effectif de biens en fiducie aux fins d'impôt, mais leurs conclusions ne sont pas uniformes. Dans une interprétation technique, il était indiqué que la fiducie avait la propriété effective du bien en fiducie<sup>177</sup>. Dans une autre, il était conclu que la bande indienne avait la propriété effective du bien en fiducie<sup>178</sup>. Une conclusion semblable sur la propriété de biens en fiducie est formulée dans une autre interprétation où il était mentionné que,

[traduction] conformément aux principes de droit des fiducies, le fiduciaire (la société) est réputé être le propriétaire en common law des biens en fiducie (c'est-à-dire l'église, l'école et d'autres bâtiments), tandis que les membres de la congrégation (les bénéficiaires) ont un droit de jouissance bénéficiaire à l'égard des biens — autrement dit, le titre bénéficiaire. Dès lors, nous estimons que les membres de la congrégation ont la propriété effective du fonds de terre et des bâtiments<sup>179</sup>.

L'opinion de l'ADRC selon laquelle le propriétaire effectif des biens en fiducie peut être le bénéficiaire ressort également du libellé des bulletins d'interprétation IT-129R<sup>180</sup> et IT-268R<sup>181</sup>. Un passage du bulletin IT-129R se lit ainsi :

Quand des fonds sont déposés chez un avocat par une ou plusieurs parties à un litige à des fins de sauvegarde et d'investissement, en attendant un décret d'un tribunal ou un règlement quant à leur affectation appropriée, produisent un revenu, le Ministère considère que ce revenu est le revenu d'une fiducie et reconnaît que le propriétaire réel est le bénéficiaire éventuel de ces fonds<sup>182</sup>.

Quant au bulletin IT-486R, il est encore plus explicite concernant la détermination du propriétaire effectif des biens en fiducie :

Un contribuable peut transférer à une fiducie créée uniquement au profit de son enfant d'âge mineur un bien décrit au paragraphe [...]. Toutefois, pour que le contribuable puisse transférer le bien cédé à la fiducie en franchise d'impôt [...], les conditions additionnelles suivantes doivent être remplies : [...]

177 ADRC, document n° 9924305, le 4 novembre 1999.

178 ADRC, document n° 2001-0116045, le 16 janvier 2002.

179 ADRC, document n° 9515676, le 13 février 1996.

180 *Bulletin d'interprétation* IT-129R, « Comptes en fiducie et débours d'avocats », le 7 novembre 1986. Voir aussi ADRC, document n° 9831647, le 19 février 1999.

181 *Supra*, note 176.

182 *Supra*, note 180, au paragraphe 10.

b) le contrat de fiducie doit stipuler que le bien sera détenu en fiducie au profit exclusif de l'enfant et ne doit contenir aucune disposition visant à priver l'enfant de ses droits de propriétaire réel du bien<sup>183</sup>. (soulignement de l'auteure)

#### QUI EST PROPRIÉTAIRE — LA FIDUCIE OU LE FIDUCIAIRE ?

L'importance entourant la question de savoir qui est réputé avoir la propriété ou le contrôle des biens en fiducie, le fiduciaire ou la fiducie, est souvent ressortie dans le contexte des dispositions fiscales qui traitent du contrôle d'une société et des entités liées. Le choix de l'ADRC s'est porté tantôt sur le fiduciaire, tantôt sur la fiducie aux fins d'impôt<sup>184</sup>.

Par exemple, si une fiducie est réputée exercer un contrôle sur une société, les deux seront liées<sup>185</sup>. Il est possible qu'un fiduciaire soit considéré exercer un contrôle sur une société<sup>186</sup> ou qu'il fasse en sorte qu'une société et une fiducie soient liées<sup>187</sup>. Par contre, il est possible qu'il ne soit pas tenu compte ni de la fiducie, ni du fiduciaire, pour considérer plutôt les liens qui unissent les bénéficiaires à la société<sup>188</sup>. À d'autres fins, l'ADRC a indiqué que le bénéficiaire

183 Supra, note 176, au paragraphe 13. Voir aussi *Bulletin d'interprétation* IT-486R, « Transferts entre générations d'actions d'une corporation exploitant une petite entreprise », le 31 décembre 1987 (abrogé le 26 septembre 1994).

184 Comparer notamment les différentes opinions formulées sur l'identité des personnes affiliées dans ADRC, document n° 1999-0015705, le 2 mars 2000, qui porte sur une fiducie non testamentaire, et dans ADRC, documents n°s 1999-0010805, le 21 février 2000, et 1999-0010825, le 22 février 2000, qui ont trait à des successions.

185 ADRC, document n° 9235395, le 12 janvier 1993.

186 ADRC, document n° 9130715, le 11 mai 1994. Il s'agit de l'opinion formulée par l'ADRC dans une interprétation technique au sujet d'une fusion. M. A contrôlait les deux sociétés participant à la fusion, la première (Aco) à titre personnel et la seconde (Bco) à titre de fiduciaire unique d'une fiducie familiale. Une fois la fusion achevée, il devait contrôler la société remplaçante en vertu des actions qu'il détenait à titre personnel. L'ADRC estimait que M. A, en tant que fiduciaire unique de la fiducie familiale, contrôlait la société Bco et y était donc lié. Étant donné qu'il contrôlait également Aco à titre personnel immédiatement avant la fusion, il n'y avait aucun changement réputé de contrôle. Voir aussi ADRC, document n° 9134785, le 23 mars 1992.

187 Dans la situation en question, M. A contrôlait la société Aco et était le fiduciaire d'une fiducie familiale qui voulait en racheter les actions. En raison de l'existence de ce lien, la perte découlant du rachat n'a pas été admise aux fins d'impôt. Il n'a pas été tenu compte de la fiducie familiale à titre de particulier exerçant réellement le contrôle. Voir ADRC, document n° 1999-0015705, le 2 mars 2000.

188 Il était question d'une société qui avait eu recours à des dividendes versés à d'autres sociétés dans le but de se prévaloir de l'exonération des gains en capital, transaction suivie d'un gel successoral et de l'émission d'actions en faveur d'une fiducie au profit de l'épouse et des enfants de l'actionnaire majoritaire. Les fiduciaires étaient l'actionnaire majoritaire, un avocat et un tiers sans lien de dépendance. L'article 55 était applicable et imposait une pénalité si les actions détenues par la fiducie étaient réputées être détenues par une personne n'ayant pas de lien avec la société émettrice. Il était clair que la majorité des fiduciaires n'étaient pas liés à la société. Par contre, les bénéficiaires l'étaient, puisqu'ils étaient l'épouse et les enfants de l'actionnaire

n'était pas considéré comme propriétaire effectif des biens en fiducie aux fins d'impôt<sup>189</sup>. Pour chacune de ces interprétations, le problème sous-jacent était la détermination du propriétaire réputé pour l'application de la LIR ou, pour dire les choses autrement, l'élément auquel relier le résultat fiscal : le titre en *common law* ou un concept particulier de « jouissance bénéficiaire ».

### Intérêt spécifique sur les biens en fiducie

Dans d'autres circonstances, l'ADRC a été sollicitée pour une opinion sur la façon dont l'intérêt bénéficiaire à l'égard d'une fiducie serait considéré pour l'application de différentes dispositions de la LIR. Par exemple, un bénéficiaire peut-il avoir un intérêt spécifique sur des biens en fiducie selon les dispositions de l'article 94.1 qui concerne la participation dans un fonds de placement non-résident ? La question posée à l'ADRC était la suivante : est-ce que le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire détient un intérêt (la disposition en question parle de « droit ») sur les actifs de la fiducie ? Voici la réponse de l'ADRC :

[traduction] En théorie, on peut envisager l'intérêt bénéficiaire à l'égard d'une fiducie de deux manières : l'intérêt est une chose non possessoire, ou elle est un intérêt en substance<sup>190</sup>, c'est-à-dire un intérêt sur les biens de la fiducie. Ce deuxième point de vue a parfois été retenu aux fins du libellé de la loi [renvoi au paragraphe 74.4(4)].

Le Ministère n'a pas encore établi si l'approche fondée sur « la théorie de la substance » doit être retenue relativement aux circonstances visées à l'article 94.1 de la Loi. Nous avons étudié ce point et d'autres questions similaires, et nous espérons pouvoir fournir ultérieurement une réponse définitive<sup>191</sup>.

---

majoritaire. L'ADRC a conclu que, dans la mesure où chacun des bénéficiaires avait un lien de dépendance avec la société, l'exception favorable s'appliquait, nonobstant le fait que la majorité des fiduciaires n'avaient aucun lien de dépendance avec la société. Une modification subséquente du sous-alinéa 55(5)e(ii) a rendu ce résultat automatique en vertu de la LIR. *Décision anticipée en matière d'impôt* ATR-47, le 24 février 1992.

189 ADRC, document n° 9824535, le 10 novembre 1999. Il fallait déterminer si les bénéficiaires d'une fiducie étaient considérés comme associés d'une société de personnes dans laquelle la fiducie avait une participation. Une réponse négative a été donnée, car « [traduction] il n'existe aucune règle de transparence dans la Loi qui autorise le bénéficiaire d'une fiducie à être le propriétaire des biens en fiducie comprenant une participation dans une société de personnes ».

190 Il s'agit de l'approche fondée sur la « substance », mentionnée par Waters et d'autres autorités dans leurs commentaires sur le débat entourant la question de savoir si un bénéficiaire a un droit personnel (*in personam*) ou un droit *in rem*. Ceux qui estiment que le bénéficiaire a un droit *in rem* font valoir qu'essentiellement, le bénéficiaire a un intérêt sur les biens de la fiducie dans certaines circonstances. Cette opinion est le plus souvent utilisée dans les affaires fiscales. Dans la jurisprudence canadienne en droit fiscal, une trêve est maintenue non sans mal à cet égard, mais les décisions vont parfois dans le sens de l'existence, dans certains cas, d'un droit à l'égard des biens sous-jacents de la fiducie pour certaines fins fiscales. Voir la discussion aux notes 52 à 60, supra.

191 ADRC, document n° RCT-0143, le 24 avril 1990.



Cette réponse de l'ADRC révèle de nouveau la difficulté liée à l'interprétation et à l'application du concept de propriété ou de propriété effective relativement à des dispositions données de la LIR.

### **Disposition : Changement de propriété effective**

L'un des principaux défis de l'ADRC sera d'établir les situations où il y a changement de propriété effective, surtout lorsque des biens sont transférés à une fiducie. Cette décision est essentielle à l'application de bon nombre des modifications apportées en 2001 concernant les transferts libres d'impôt. L'auteure examine maintenant la position de l'ADRC sur l'éventuel changement de propriété effective avant les modifications de 2001, ainsi que les observations formulées par l'Agence sous l'angle de certaines des nouvelles dispositions.

#### ***Position antérieure à 2001***

En 1991, Revenu Canada a indiqué qu'il fallait s'en remettre aux faits en cause pour déterminer s'il y avait changement de propriété effective se traduisant par une « disposition » aux termes de l'ancien alinéa 54c). Le *Bulletin d'interprétation* IT-437<sup>192</sup> a servi à Revenu Canada pour préciser qu'il continuerait de se pencher sur des facteurs comme le droit de possession, le droit d'imposer un loyer, le droit d'hypothéquer le bien, le droit d'en transférer le titre par vente ou par testament, l'obligation de le réparer, l'obligation de payer des impôts fonciers, ainsi que d'autres droits et obligations.

Cette position a été reprise en 1995 dans une interprétation technique :

[traduction] Le moment où un contribuable peut être considéré comme ayant acquis ou acquis de nouveau la propriété effective d'un bien est une question de droit à laquelle il faut répondre en examinant toutes les circonstances pertinentes. Parmi les facteurs dont il faut tenir compte (dont certains sont abordés au paragraphe 8 du *Bulletin d'interprétation* IT-170R), mentionnons le droit de possession, le droit de toucher un loyer, le droit d'hypothéquer le bien, le droit d'en transférer le titre par vente ou par testament, l'obligation de le réparer, l'obligation de payer des impôts fonciers ainsi que d'autres droits et obligations<sup>193</sup>.

Puis de nouveau en 1999 dans une autre interprétation technique :

[traduction] Dans chaque cas, c'est à partir des faits en cause qu'il faut établir s'il y a changement de propriété effective. La décision doit reposer sur la loi régissant la propriété du bien. Une déclaration sous serment ou une entente écrite, ou encore

---

192 *Bulletin d'interprétation* IT-437, « Propriété d'habitation », le 10 septembre 1979 (remplacé par IT-437R, supra, note 132), au paragraphe 2.

193 ADRC, document n° 9518727, le 26 octobre 1995.

leur absence, ne saurait en soi prouver de façon concluante qu'il y a eu, ou non, changement de propriété effective<sup>194</sup>.

Ces commentaires sont de peu d'utilité dans la détermination du propriétaire effectif des biens d'une fiducie pour l'application de la LIR, étant donné que le bénéficiaire détient rarement les droits mentionnés; ces droits appartiennent au fiduciaire.

### *Modifications de 2001*

Différentes interprétations techniques ont cherché à établir si le transfert de biens à une fiducie donne lieu ou non à un changement de propriété effective dans des circonstances données. Les points essentiels de deux de ces interprétations sont reproduits ci-dessous. Dans l'un et l'autre cas, il semble que l'ADRC ait considéré que l'expression « *no change in beneficial ownership* », rendue de différentes façons en français, signifie qu'il n'y a aucun changement dans la jouissance bénéficiaire, ou qu'elle ait admis le point de vue selon lequel le droit du bénéficiaire est un droit *in rem*. Chaque fois, l'ADRC a interprété avec exactitude les principes de droit privé.

Voici le texte pertinent de la première de ces interprétations techniques :

[traduction] À notre avis, le pouvoir de désignation des bénéficiaires devrait être un pouvoir général pour qu'il n'y ait aucun changement de propriété effective. De même, l'existence d'un pouvoir assorti d'un don aux héritiers nommés en cas de défaut d'exercice de ce pouvoir signifierait que la personne ne conserve pas entièrement la propriété effective du bien, compte tenu que ces héritiers sont les bénéficiaires éventuels de la fiducie<sup>195</sup>.

La seconde contient un argument technique similaire concernant les situations où survient un changement de propriété effective :

[traduction] Le sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) et le paragraphe 107.4(1) s'appliquent tous deux à la condition qu'il n'y ait pas de changement de propriété effective. Un pouvoir de désignation spécifique ou hybride donne lieu à un changement de propriété effective, mais non un pouvoir général de désignation. Nonobstant le paragraphe 248(25), l'existence d'un pouvoir général de désignation que conserverait le particulier qui a transféré les biens à la fiducie et qui pourrait être exercé exclusivement par l'entremise du testament du particulier ne donne pas naissance à un droit de bénéficiaire conditionnel ou non pour l'application du sous-alinéa 73(1.02)b)(ii) ou de l'alinéa 107.4(1)e), en raison de l'application du paragraphe 104(1.1)<sup>196</sup>.

194 ADRC, document n° 9926885, le 18 novembre 1999. Cette conclusion était fondée sur les faits fournis, l'existence d'une fiducie par déduction pouvant avoir eu une incidence sur la question de la propriété effective.

195 ADRC, document n° 9830105, le 26 février 1999.

196 ADRC, document n° 2000-0048735, le 24 mai 2001.

## CONCLUSION

L'expression « propriété effective » (*beneficial ownership*) a été inventée pour servir de dénomination courante du droit d'un bénéficiaire en *equity* à la jouissance bénéficiaire d'un bien en fiducie. Cette expression est souvent utilisée dans les lois et, que la chose soit attribuable à une définition ou à l'usage, son sens est fort éloigné de celui qu'il devait avoir à l'origine. Ce fait est particulièrement manifeste dans la LIR. De ce fait, il n'est pas facile d'établir le sens des expressions « *beneficial ownership* », « *beneficial owner* » et « *beneficially owned* » qui véhiculent le concept de propriété effective dans le contexte de la LIR. Ces expressions peuvent avoir des significations multiples ou variables d'une disposition à l'autre. Les concepts en question prennent également de l'importance lorsqu'ils demeurent implicites et que la conséquence fiscale dépend de l'identité du propriétaire.

Deux facteurs évidents expliquent pourquoi il peut s'avérer difficile de déterminer la propriété effective pour l'application de la LIR. Le premier est le débat, encore non réglé pour l'essentiel, en vue de savoir si le droit de bénéficiaire est personnel (*in personam*) ou *in rem* et dans quelles circonstances un bénéficiaire peut être considéré avoir un intérêt spécifique sur les actifs de la fiducie. Aucune réponse n'a encore été apportée dans un contexte autre que fiscal et, même dans le contexte de la LIR, la réponse est loin d'être claire et précise. Le second touche la difficulté de cerner le sens des termes qui véhiculent le concept de propriété ou de propriété effective (en anglais, « *owner* », « *beneficial owner* », « *beneficial ownership* » et « *beneficially owned* »; en français, « propriété », « propriétaire », « propriété effective », « propriétaire effectif ») qui semble découler de la fiction selon laquelle la fiducie est un particulier aux fins d'impôt. De ce fait, le droit privé est souvent sans utilité pour déterminer le sens du concept de propriété effective pour l'application de la LIR ou résoudre les problèmes fiscaux qui y sont rattachés. La raison en est fort simple : en droit privé, la fiducie n'est pas un particulier mais une relation juridique qui impose au fiduciaire des obligations fiduciaires. Dès lors, les expressions qui véhiculent le concept de propriété effective posent problème tant en droit civil qu'en *common law*, étant donné que le sens qui doit être exprimé n'est plus aussi évident.

Si le sens de l'expression « propriété effective » était explicité dans la LIR au moyen d'un libellé exprimant avec plus de précision le sens qui doit lui être associé, bon nombre des problèmes rattachés à ce concept d'*equity*, notamment en ce qui touche l'imposition des fiducies et de leurs bénéficiaires, seraient réglés à la fois en droit civil et en *common law*.

Pour atteindre cet objectif, il faudrait considérer les étapes suivantes :

1. définir le sens des expressions relatives à la propriété effective dans chaque contexte particulier où elles sont employées dans la LIR;
2. si un changement de propriété effective est jugé pertinent par rapport à une conséquence fiscale, préciser le moment où le changement survient. Des exemples de dispositions déterminatives font déjà partie des provisions sur

- les dispositions admissibles — parler d'une disposition qui ne donne lieu à aucun changement de la « jouissance bénéficiaire du bien » pourrait être une formulation qui correspond davantage au sens qui doit être exprimé;
3. en l'absence d'expressions comme « propriétaire » ou « propriétaire effectif » (*owner* et *beneficial owner*), lorsque la conséquence fiscale dépend de l'identité du propriétaire ou du propriétaire réputé, préciser dans la LIR l'approche et le raisonnement applicables.

Si le but visé consiste à harmoniser les dispositions de la LIR, la première chose à faire doit être de préciser le sens prévu de ces expressions telles qu'employées à l'heure actuelle, à commencer par la notion de propriété effective.