

LES FIDUCIES FINALITAIRES NON CARITATIVES DANS LES PROVINCES ET TERRITOIRES DE COMMON LAW AU CANADA

*Donovan Waters, c.r.**

1. Une fiducie finalitaire, que l'objet soit caritatif ou non caritatif

Imaginons un avocat à qui un testateur éventuel demande de rédiger un instrument de fiducie pour réaliser une fin qui n'entre pas dans la définition limitative de la fin de bienfaisance. Les objets que le testateur peut vouloir réaliser sont en fait assez diversifiés. Par exemple, le testateur peut vouloir aider une troupe de théâtre amateur dont les membres changent périodiquement, entretenir le jardin prestigieux de sa résidence jusqu'à ce que le titre du bien-fonds soit transféré à son légataire, financer la rénovation d'un pavillon-club « vieilli » ou préserver une voiture d'époque privée et son appareillage d'origine. Des maisons à caractère historique qui sont détenues par des particuliers et qui sont tapissées et parfois garnies de meubles d'époque peuvent attirer le même attachement. L'auteur se rappelle un testateur qui, amateur de livres, déplorait la fin des petites librairies d'occasion dans sa collectivité et souhaitait créer une fiducie pour consentir des prêts sur une base discrétionnaire afin d'aider les petits bouquinistes locaux. Un autre testateur souhaitait financer la recherche chez les personnes de la collectivité qui se passionnaient pour la culture de bonsaïs, une passion que le testateur avait partagée toute sa vie. Il y avait aussi le testateur qui voulait que son fiduciaire maintienne ses bâtons de golf en parfait état et les mette à la disposition de jeunes

* Avocat, Horne Coupar, Victoria, C.-B., professeur émérite, Université de Victoria. Je suis très reconnaissant envers Thomas Grozinger pour ses précieux commentaires sur le présent article en cours de rédaction. Je suis, bien sûr, seul responsable du produit final.

joueurs prometteurs qui ne pouvaient se permettre d'acheter les meilleurs bâtons, à sa discrétion. Plus souvent, la fiducie vise à financer le maintien et l'entretien entre les mains des membres actuels et futurs de la famille d'une collection d'art, de photos, d'objets d'art, de timbres ou de pièces de monnaie. Le contenu d'une cave à vin peut aussi faire l'objet d'un attachement particulier. Le bien que l'on souhaite céder en fiducie, pour être conservé dans des conditions de température et d'humidité contrôlées, peut être une grosse bible familiale, très ancienne et munie de pièces en laiton, apportée il y a longtemps d'un état de la Nouvelle-Angleterre ou « du vieux pays ». S'agissant de donations qui doivent prendre effet du vivant du client, ce dernier peut demander à l'avocat de rédiger un instrument de fiducie entre vifs dont les fonds serviront à l'entretien d'un lieu de réunion dans la collectivité ou à un projet de quartier (par exemple à la suite du décès prématuré d'un parent qui laisse une jeune famille dans le besoin), projets dans lesquels le client était investi à fond.

Aucune de ces fins fiduciaires n'est caritative, bien que les fins de ce genre puissent en fait être de nature publique quasi caritative (sans but lucratif) ou être purement personnelles quant à l'objet visé.

Si l'objet visé par la fiducie n'est pas caritatif ou par ailleurs approuvé par la jurisprudence, il est peut-être possible, quoique souvent encombrant, d'assortir plutôt une donation de conditions¹. À l'occasion, la création d'une personne morale pour

¹ Il est également possible de prévoir une donation à l'œuvre de bienfaisance A d'un intérêt qui est anéantissable ou résoluble lorsque A cesse de servir la fin non caritative, avec une substitution en faveur de l'œuvre de bienfaisance B. Cela suppose, bien sûr, que l'œuvre de bienfaisance A a le pouvoir de réaliser la fin en cause et de remplir ainsi la condition. Les testateurs ne sont toutefois pas souvent attirés par ces « détours », comme un testateur l'a fait remarquer à l'auteur du présent article. S'agissant des pouvoirs, voir plus loin au paragraphe 2c).

réaliser l'objet du cédant de son vivant n'est pas irréaliste. Toutefois, comme mode de réalisation de l'objet visé, surtout dans un testament, ce sont la simplicité, le faible coût et la prolongation de la donation aux termes d'une fiducie qui sont particulièrement attrayants pour le client.

La recherche qu'effectue l'avocat révèle habituellement que l'objet visé par la fiducie que l'on souhaite créer aujourd'hui ne figure pas dans la liste des fiducies non caritatives « anormales » reconnues valides au dix-neuvième siècle, et, les lois et la jurisprudence canadiennes étant peu utiles au-delà de ces listes², ce sont les sources anglaises qui sont consultées. Y a-t-il néanmoins moyen de créer une fiducie au profit de l'objet souhaité dont la validité sera reconnue par un tribunal canadien? Bien qu'elles soient parfois mises en doute du fait qu'elles sont « singulières », des décisions anglaises comme *Drummond (Re)*³ laissent entendre que, pour certaines fins, il y a des possibilités.

Tous reconnaissent que l'objet visé par une fiducie valide au profit de personnes ou de fins données doit être légal et conforme à l'ordre public. L'objet doit être certain en termes d'identification des bénéficiaires (et des parts qui leur reviennent) ou de désignation des fins à servir, bien qu'il soit possible pour le tribunal d'intervenir si la fin incertaine se situe néanmoins dans les limites de ce qui est « caritatif ». Il faut également

² Pour une analyse de cette question d'un point de vue canadien, voir DWM Waters, MR Gillen et LD Smith, dir, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3^e éd, Toronto, Carswell, 2005 au ch 14, partie II, « Purpose Trusts and Charity ».

³ [1914] 2 Ch 90, [1914-15] All ER Rep 223. Il s'agissait d'une donation par fiducie au profit d'une association non constituée en personne morale d'anciens élèves d'une école. Le tribunal a fait remarquer qu'il n'y avait pas de problème de perpétuité et que le comité de l'association avait le pouvoir de dépenser le capital de la donation à sa guise. La fiducie a été reconnue valide.

que le tribunal puisse déterminer si la fiducie est bien exécutée⁴ et s'il n'existe aucune violation des règles touchant les dévolutions perpétuelles.

En supposant que chacune de ces conditions fondamentales soit respectée, je me penche ici sur la position du droit relative au contenu de la fin particulière que le testateur ou le constituant cherche à servir, à savoir si cette fin est d'utilité publique sans toutefois s'inscrire dans la catégorie de ce que le ressort particulier estime être « caritatif » ou si elle est de nature privée.

2. L'approche en Angleterre

(1) Le point de vue traditionnel

En jetant un coup d'œil à l'ouvrage intitulé *Underhill and Hayton*⁵, un ouvrage anglais faisant autorité en matière de fiducies qui est souvent cité par les tribunaux, on constate que le droit anglais décourage clairement quiconque rédigerait un instrument visant la création d'une fiducie finalitaire non caritative. [TRADUCTION] « [L]absence d'une personne qui puisse faire exécuter une [telle] fiducie porte un coup fatal à la validité de celle-ci, sauf dans le cas des anomalies particulières dont la liste ne doit pas être élargie⁶. » En vérifiant cette affirmation, le lecteur découvre que les jugements de la Cour d'appel dans *Endacott (Re)*⁷, à titre d'arrêt de principe sur la question, affirment sans équivoque que les anciennes décisions « anormales » de première instance – qui

⁴ Par exemple, est-ce qu'un immeuble sert [TRADUCTION] « à des fins religieuses » si un groupe humaniste s'y réunit une partie du temps? Si, aux termes de la fiducie, l'opinion d'une personne en particulier est contraignante sur la question, les tribunaux peuvent statuer sur la question de savoir si les fiduciaires se conforment aux termes de la fiducie ou non.

⁵ D Hayton, P Matthews et C Mitchell, dir, *Underhill and Hayton: Law of Trusts and Trustees*, 17^e éd, Londres, LexisNexis Butterworths, 2006.

⁶ *Ibid* au para 1.74.

⁷ [1960] Ch 232, [1959] 3 All ER 562. Une fiducie testamentaire [TRADUCTION] « ayant pour objet d'assurer un monument utile à ma mémoire ». Déclarée invalide.

reconnaissaient la validité de fiducies dont l'objet était de subvenir aux besoins d'un animal particulier, d'assurer l'entretien d'une pierre tombale ou d'un monument de guerre, de promouvoir la chasse au renard ou de célébrer des messes pour les morts en privé –, constituent une liste fermée. Le lord juge Harman⁸ s'est exprimé très clairement sur la question : [TRADUCTION] « [I]l y a parfois eu des décisions que l'on ne peut classer de manière satisfaisante, mais qui sont peut-être des occasions où même les plus grands esprits se sont trompés. [Q]uoi qu'il en soit, ces décisions constituent une catégorie à part et l'on ne devrait pas y ajouter, ni même les suivre, sauf lorsqu'une situation est parfaitement identique à une autre. Qu'il soit préférable qu'une autorité quelconque dise aujourd'hui que ces décisions [...] embêtantes, anormales et aberrantes [...] étaient erronées, ce n'est peut-être pas le moment de se pencher sur cette question. »

Selon le point de vue traditionnel, toute fiducie doit être au profit de personnes juridiques. C'est le bénéficiaire identifié qui veille à ce que le fiduciaire s'acquitte de ses obligations (les « fiducies »); c'est l'essence même de la relation fiduciaire. En outre, les bénéficiaires subsidiaires autant que les bénéficiaires de droits acquis ont un intérêt propriétaire dans les biens fiduciaires. Même dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, le bénéficiaire en attente de l'exercice par le fiduciaire de son pouvoir discrétionnaire a droit à ce que le fiduciaire fasse une sélection dans le futur à l'égard d'un avantage propriétaire. Cependant, avant qu'il ne soit désigné, il n'a pas d'intérêt propriétaire. Ce n'est qu'en agissant ensemble que tous les bénéficiaires discrétionnaires réunis peuvent faire

⁸ *Supra* aux pp 250–51 (Ch).

valoir un tel intérêt⁹. Les fiducies caritatives, étant des fiducies créées pour servir une fin d'intérêt public, font exception puisque, étant créées dans l'intérêt de la collectivité, leur exécution est assurée par le procureur général agissant au nom de la Couronne en sa qualité de *parens patriae*. L'on soutient qu'il s'agit là d'une situation manifestement singulière.

L'exécution forcée de la fiducie à la demande d'un bénéficiaire (ou de deux ou plusieurs bénéficiaires agissant ensemble) est une caractéristique concomitante du principe du bénéficiaire. C'est ce principe que l'on considère habituellement avoir été voulu par le maître des rôles Grant dans *Morice v Bishop of Durham*¹⁰ : [TRADUCTION] « Toute autre fiducie [à l'exception d'une fiducie au profit d'une fin caritative] doit avoir un bénéficiaire déterminé. Il faut une personne en faveur de qui le tribunal peut ordonner l'exécution¹¹. » Le maître des rôles parlait en fait du besoin de certitude quant aux bénéficiaires dans toutes les fiducies autres que les fiducies caritatives, comme c'était le cas pour lord Parker dans *Bowman v Secular Society*¹². Cependant, les propos du maître des rôles Grant ont été interprétés comme exigeant la présence d'un bénéficiaire pour faire exécuter l'obligation du fiduciaire¹³. En Angleterre, le principe du bénéficiaire

⁹ La règle énoncée dans *Saunders v Vautier* (1841), 4 Beav 115, 49 ER 282, conf. par Cr & Ph 240, 41 ER 482 (Ch), s'applique à une fiducie discrétionnaire (ou pouvoir fiduciaire), mais seulement si tous les bénéficiaires nommés ou décrits sont les seules personnes ayant droit aux biens fiduciaires. Aucun bénéficiaire n'a d'intérêt propriété individuel. Ensemble, ils réclament les biens. Cependant, dans le cas d'un simple pouvoir, les intérêts propriété sur les biens sont dévolus à la personne ou aux personnes à qui les biens sont destinés à défaut de désignation. Aucun attributaire éventuel ne pourrait donc détenir un tel intérêt.

¹⁰ (1804), 9 Ves Jun 399 à la p 404, 32 ER 656 à la p 658.

¹¹ Le testament était rédigé ainsi : [TRADUCTION] « en fiducie pour les fins de bienfaisance et de libéralité que le fiduciaire approuve le plus à son entière discrétion ». En appel, lord Eldon a confirmé la décision portant que la fiducie était invalide, allant au-delà de ce qui est caritatif : (1805), 10 Ves Jun 522, 32 ER 947.

¹² [1917] AC 406 à la p 441. Voir aussi *Price (Re)*, [1943] 2 All ER 505 aux pp 509–10, où le tribunal a jugé que la certitude d'objet était l'élément clé de la validation de fins fiduciaires non caritatives.

¹³ Voir *Underhill and Hayton, op cit* note 5 aux para 8.144–8.167.

a pris une forme de plus en plus axiomatique au fil du vingtième siècle. L'arrêt *Endacott (Re)*, prononcé en 1959, a fait largement écho à ce principe¹⁴.

(2) Un autre point de vue anglais

Cependant, une position moins rigide a été adoptée dix ans plus tard dans *Denley's Trust Deed (Re)*¹⁵. Encore une fois, ce sont les fiducies finalitaires non caritatives qui étaient en cause, mais la fin visée ne figurait pas dans la liste des « anomalies ». L'affaire portait sur une fiducie qui fournissait un bien-fonds comme terrain de sports. Le terrain devait surtout servir aux employés d'une société désignée, et, accessoirement, aux autres personnes que les fiduciaires approuveraient. L'approche adoptée par le juge Goff ajoute aux fins permises en droit, et le fait au moyen d'un critère. Si l'objet de la fiducie, bien qu'il soit présenté comme une fin, est [TRADUCTION] « d'avantager directement ou indirectement une ou plusieurs personnes¹⁶ », et si cette personne ou ces personnes sont identifiées ou identifiables¹⁷, a-t-il dit, l'une quelconque d'entre elles doit être considérée comme ayant qualité pour faire exécuter la fiducie. En fait, a-t-il ajouté, puisqu'il y a des personnes identifiées ou identifiables qui bénéficient de la fiducie et qui en assureront l'exécution, le critère ne va pas à l'encontre [TRADUCTION] « du mal à corriger visé par le principe du bénéficiaire¹⁸ ». L'instrument de fiducie dont il était question dans l'arrêt *Denley (Re)* prévoyait que les employés de la société nommée avaient [TRADUCTION] « droit à la jouissance du bien-fonds ». Les employés avaient

¹⁴ La même année, dans *Leahy v Att Gen for NSW*, [1959] AC 457, [1959] 2 All ER 300, le Conseil privé avait dit précisément la même chose.

¹⁵ [1969] 1 Ch 373, [1968] 3 All ER 65.

¹⁶ *Ibid* à la p 383.

¹⁷ *Ibid* à la p 383.

¹⁸ *Ibid* à la p 384.

qualité pour poursuivre pour manquement de la part du fiduciaire, et le tribunal a jugé que ce facteur satisfaisait au principe du bénéficiaire.

Il est important de souligner que ce point de vue différent ne prétend pas que toutes les fins non caritatives qui répondent aux conditions de base, décrites plus haut, sont valides. Certaines seront valides; d'autres ne le seront pas. Le critère pour déterminer la question de validité oblige à interpréter l'instrument (ou les termes utilisés). Si l'objet de la fiducie est, à première vue, décrit sous forme de fin, mais vise avant tout à avantager des personnes, et si ces personnes sont identifiées ou identifiables, celles-ci ont qualité pour faire exécuter la fiducie. Si, par contre, la fin est essentiellement [TRADUCTION] « abstraite ou impersonnelle », comme l'a dit le juge Goff¹⁹, et si les personnes qui doivent en bénéficier sont d'une importance secondaire, la fiducie est alors nulle. Ce n'est pas l'objet de la fiducie qui pose problème; c'est que, dans le cas de [fins] abstraites ou impersonnelles, [TRADUCTION] « il n'y a pas de bénéficiaire de la fiducie²⁰ ». Il n'y a donc personne qui est investi de la qualité requise pour intervenir.

Dans *Underhill and Hayton*, on trouve des exemples de ces deux catégories de validité et d'invalidité tirés de la jurisprudence anglaise :

¹⁹ *Ibid* à la p 386. Le principe du bénéficiaire permet de valider une fiducie si celle-ci est [TRADUCTION] « au profit de personnes », et ne rend invalides que [TRADUCTION] « les fiducies finalitaires qui sont abstraites ou impersonnelles ». Le bénéfice que des personnes peuvent tirer [de la fiducie] dans ces cas abstraits ou impersonnels [TRADUCTION] « est si indirect ou intangible ou [la fiducie] est par ailleurs conçue de telle manière que ces personnes n'ont aucune qualité pour demander au tribunal de faire exécuter la fiducie ». Puisque la fiducie dans *Denley* n'était pas de nature [TRADUCTION] « abstraite ou impersonnelle », le juge Goff s'est arrêté là; ces cas, a-t-il dit, [TRADUCTION] « pourront être examinés lorsqu'ils surgiront, le cas échéant ».

²⁰ *Ibid*.

[TRADUCTION]

Dans la première catégorie, on trouve des fiducies qui prévoient un fonds pour l'entretien de jardins et d'immeubles historiques que détiennent des fiduciaires au profit des bénéficiaires, ou qui prévoient un fonds d'amortissement pour la réparation d'un immeuble d'habitation au profit des locataires, ou qui prévoient des sommes pour l'éducation des enfants des employés. Dans la deuxième catégorie, on trouve des fiducies visant la promotion des objets dominants d'un parti politique, d'un ordre religieux non caritatif ou d'une association non constituée en personne morale²¹.

On remarquera que, dans les exemples de « la première catégorie », la fin révèle facilement que l'on vise à bénéficier des personnes identifiables. Notez, cependant, le contraste marqué dans les deux séries d'exemples dans *Underhill and Hayton*. Dans la « deuxième catégorie », les termes employés dans l'instrument de fiducie ne visent pas directement à fournir un bénéfice à un organisme non caritatif, mais visent les fins ou la description de l'organisme. Cela veut-il dire que l'entretien d'un jardin privé prestigieux est simplement une fin, tandis que l'aide offerte aux petites librairies est une fiducie au profit de personnes? Peut-on dire que les résidents de la maison, sinon les passants plus lointains, profitent indirectement de voir chaque jour un jardin bien entretenu? S'agissant de l'aide aux petites entreprises, est-ce une fin [TRADUCTION] « impersonnelle »?

Néanmoins, quelque insaisissable que soit en pratique cette distinction entre les fiducies finalitaires non caritatives valides et invalides, l'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)*

²¹ *Underhill and Hayton*, op cit note 5 au para 8.155.

a pour effet de faire entrer d'autres fiducies de ce genre dans la sphère de la validité. Une certaine prudence est toutefois de mise, puisque le statut de cette décision en Angleterre semble rester incertain.

La décision a été suivie dans *Lipinski (Re)*²², où le bénéficiaire de la fiducie était la Hull Judeans (Maccabi) Association, la fiducie devant servir exclusivement à la construction et à l'amélioration de nouveaux immeubles pour l'association. En outre, dans l'arrêt *Northern Developments Holdings Ltd (Re)*²³, le vice-chancelier Megarry a jugé que la fiducie en question était [TRADUCTION] « une fiducie de type *Quistclose*²⁴ ». La fiducie avait été établie au profit de certains créanciers, mais pas au point d'investir quiconque de ces derniers d'un intérêt bénéficiaire. Par contre, le raisonnement dans *Denley's (Re)* a été critiqué et n'a pas été suivi dans l'arrêt *Grant's Will Trusts (Re)*²⁵. Le juge Vinelott dans cette décision, et la plupart des commentateurs, interprètent la fiducie dans *Denley* comme étant tout simplement une fiducie au profit de personnes (et donc pas du tout une fiducie finalitaire non caritative). Le juge Vinelott a jugé explicitement²⁶ que les faits dans *Denley* ne pouvaient se différencier d'une fiducie visant la distribution de revenu à la discrétion des fiduciaires en faveur d'une catégorie de personnes définies par leur lien avec le constituant (en l'espèce, un employeur) et parmi ces personnes.

²² [1976] Ch 235.

²³ (inédit, le 6 octobre 1978). Examiné dans *Carreras Rothmans Ltd v Freeman Mathews Treasure Ltd*, [1985] 1 Ch 207 aux pp 222–23, [1985] 1 All ER 155 à la p 166.

²⁴ *Ibid* à la p 223.

²⁵ [1980] 1 WLR 360, [1979] 3 All ER 359. Une donation testamentaire éventuelle à un [TRADUCTION] « comité des biens du parti travailliste [circonscription électorale] » au profit du siège social de la circonscription électorale.

²⁶ *Ibid* aux pp 370–71 (WLR).

Des donations à des associations non constituées en personne morale, un mode d'organisation plutôt fréquent en Angleterre quoique moins fréquent dans les provinces et territoires de common law au Canada, peuvent être formulées comme étant au profit d'une fin. Il peut s'agir de la fin poursuivie par l'association ou de l'une de ses fins, ou il peut s'agir de l'une quelconque des activités que l'association a le pouvoir de mener. Toutefois, bien qu'une association ne soit pas dotée de la personnalité morale et que la ou les fins qu'elle poursuit ne soient peut-être pas caritatives, cette donation ne figure pas dans la liste des « anomalies ». Dans la jurisprudence anglaise, une donation à une telle association, ou une fiducie créée en sa faveur, n'est valide que s'il est possible de l'interpréter comme étant une donation aux membres existants²⁷ ou aux membres qui sont alors assujettis aux règles de l'association²⁸. Dans les deux cas, il est de première importance que les membres soient investis d'un intérêt propriétaire (bénéficiaire), et qu'ils puissent, ensemble et à tout moment, réaffecter les biens de l'association ou en disposer à leur gré, y compris les biens fiduciaires faisant l'objet de la donation. Ils peuvent les répartir, ou répartir le produit de leur vente, entre eux-mêmes, s'ils le souhaitent. Toutefois, s'il ne s'agit pas d'une association caritative, la donation est invalide si, selon ses modalités ou selon les règles de l'association, les membres ne peuvent en disposer, qu'il s'agisse des membres existants ou des membres éventuels, mais qu'elle doive servir une ou plusieurs fins. Il s'agit alors d'une fiducie finalitaire non caritative.

S'agissant des associations non constituées en personne morale, les tribunaux anglais voient l'arrêt *Denley (Re)* comme offrant un troisième moyen de validation dans les situations où la donation ne vise ni les membres existants de l'association ni, comme

²⁷ À titre de tenants conjoints ou (dans la jurisprudence canadienne) à titre de tenants communs.

²⁸ Ces règles juridiques sont réputées avoir été convenues par contrat entre les membres.

le tribunal l'a statué dans *Horley Town Football Club (Re)*²⁹, les personnes qui deviennent périodiquement assujetties aux règles de l'association. Selon l'interprétation que l'on donne à l'arrêt *Denley (Re)*, la donation peut sembler être au profit d'une ou de plusieurs fins, mais, lorsqu'on l'analyse, on constate qu'il s'agit d'une donation à des personnes identifiées ou identifiables qui doivent bénéficier de la réalisation de la fin. Cependant, les tribunaux et les commentateurs ne s'entendent pas sur la question de savoir si, selon l'arrêt *Denley (Re)*, ces personnes peuvent être ou inclure des personnes qui bénéficient d'un ou de plusieurs des avantages offerts par l'association, mais qui ne sont pas elles-mêmes des membres investis de droits propriétaires dans l'actif fiduciaire de l'association³⁰.

D'un point de vue canadien, on pourrait dire que la question qui ressort de l'arrêt *Denley (Re)*, à savoir à quel point un bénéfice peut être « indirect » avant que la fin déclarée ne devienne abstraite ou impersonnelle, fait partie de la difficulté générale à distinguer les « fiducies au profit de personnes » et les « fiducies finalitaires ». C'est une question qui préoccupera manifestement n'importe quel rédacteur. En outre, lorsque la disposition a déjà pris effet, beaucoup dépend du libellé choisi par le constituant lorsqu'il s'agit de distinguer les fiducies « au profit de personnes » et les fiducies « finalitaires ». Vu les formulations sans artifice que l'on trouve dans un si grand nombre de dispositions testamentaires et même de dispositions entre vifs que l'on voit, l'interprétation de la

²⁹ [2006] WTLR 1817 (Ch). Le tribunal a donc jugé que les fiduciaires du club tenaient la donation en vertu d'une fiducie nue au profit des membres investis d'intérêts propriétaires bénéficiaires.

³⁰ Il semble plus probable que le juge Goff ait voulu inclure « procurer un bénéfice » à des personnes qui n'ont pas d'intérêt propriétaire, mais son silence quant à l'importance du caractère propriétaire de l'intérêt du bénéficiaire de la fiducie a amené les traditionalistes à dire qu'il n'est pas possible qu'il ait voulu une telle inclusion.

disposition – que ce soit par le tribunal ou dans l’opinion de l’avocat – peut revêtir sa propre facticité, presque étrangère à l’intention réelle.

Un problème doctrinal que présente l’arrêt *Denley’s Trust Deed (Re)* est le sens que l’on veut donner aux termes « au profit de ». Dans le régime de common law, on reconnaît généralement que c’est le bénéficiaire de la fiducie qui est investi d’un intérêt propriété en equity dans les biens fiduciaires³¹. C’est généralement ce que sous-entend le principe appelé principe du bénéficiaire. De cet intérêt propriété du bénéficiaire de la fiducie, comme je l’ai mentionné précédemment, naît la règle énoncée dans *Saunders v Vautier*³². Bien que l’on ait conclu dans l’arrêt *Denley (Re)* que les employés de la société étaient investis de pouvoirs leur permettant d’assurer l’exécution, le tribunal n’a pas abordé la question de savoir s’ils avaient ou devaient avoir des intérêts propriété, comme je l’ai signalé ci-dessus³³. Les critiques se sont attachés à cette caractéristique de la fiducie non caritative dans *Denley*. Tel qu’il a été interprété dans l’arrêt *Denley (Re)*, le principe du bénéficiaire semble signifier la capacité de faire exécuter la fiducie. Les partisans du point de vue classique – c’est-à-dire qu’il n’y a que deux types de fiducies, des fiducies au profit de personnes et, exceptionnellement, des fiducies finalitaires caritatives –, sont donc de l’avis que la décision est erronée ou que, si la fiducie est valide, c’est parce qu’il s’agit tout simplement d’une fiducie « au profit de personnes ». D’autres, étant donné l’interprétation historique du principe du bénéficiaire et l’absence

³¹ G Thomas et A Hudson, *The Law of Trusts*, Oxford, O.U.P., 2004, aux para 6.13–6.21.

³² Voir *supra* note 9 et texte correspondant à la note.

³³ Le pouvoir fiduciaire de choisir d’autres personnes pour bénéficier n’était qu’un simple pouvoir, de sorte que ces personnes ne pouvaient clairement pas mettre fin à la fiducie. Les employés, pour leur part, n’auraient le droit de résilier [la fiducie] que s’il était possible de dire qu’ils constituaient une catégorie dans le contexte d’une fiducie discrétionnaire, comme le juge Vinelott l’a signalé dans *Grant’s Will Trusts (Re)*. Voir *supra* texte correspondant à la note 26.

apparente dans *Denley* d'un intérêt propriétéal chez les personnes qui en tiraient profit, demeurent simplement perplexes. L'auteur de l'ouvrage *Lewin* semble être en mesure de dire seulement que la fiducie dans l'arrêt *Denley* est [TRADUCTION] « notable³⁴ ». Dans *Horley Town Football Club (Re)*³⁵, le tribunal semble avoir été soulagé lorsqu'il a constaté qu'il n'avait pas à se pencher sur la question de savoir si l'arrêt *Denley (Re)* s'appliquait. Renvoyant à la notion d'intérêts propriétéaux bénéficiaires appliquée dans *Saunders v Vautier*, il a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « [I]l y a des difficultés concernant la résiliation d'une telle fiducie qui en font un motif de décision douteux. »

(3) Fiducie et pouvoir

Si le tribunal anglais, qu'il adhère au point de vue traditionnel ou à l'arrêt *Denley (Re)*, refuse de reconnaître une fin non caritative sous forme de fiducie, une autre question se pose. La jurisprudence permet-elle au tribunal d'interpréter la fiducie comme s'il s'agissait de l'octroi d'un pouvoir? Dans l'affirmative, les défenseurs de cette approche considèrent habituellement que les fiduciaires, détenant le titre de l'actif du fonds, ne sont pas tenus de réaliser la fin, mais ont l'autorité de le faire. Les lois sur les perpétuités dans cinq provinces et territoires canadiens prévoient que les fiducies non caritatives dont les objets sont « déterminés » doivent prendre effet comme pouvoirs, mais six des provinces de common law ne prévoient rien à cet égard³⁶.

Cette approche est également douteuse en ce qui a trait à la jurisprudence. Si des biens sont transférés entre vifs au profit d'une fiducie finalitaire nulle, le fiduciaire

³⁴ J Mowbray et al, *Lewin on Trusts*, 18^e éd, Londres, Sweet & Maxwell, 2008 aux para 4-39 à 4-43. La position adoptée dans ce texte sur la question des fiducies non caritatives est neutre.

³⁵ *Supra* note 29 au para 131.

³⁶ Voir *Waters*, *op cit* note 2 à la p 632 et aux pp 348–51. Cette législation est examinée plus loin, dans la section 7 du présent article.

destinataire du transfert détiendra les biens en vertu d'une fiducie résultoire au profit de l'auteur du transfert, bien qu'un tribunal anglais de première instance ait certainement donné à entendre qu'interpréter une fiducie éventuelle comme étant un pouvoir est possible³⁷. Cependant, comme on le fait remarquer dans *Underhill and Hayton*³⁸, cette suggestion de première instance est toujours en attente d'approbation par un tribunal d'appel. De plus, une autorité conférée par le constituant, explicitement ou implicitement, doit exister avant qu'il soit possible d'interpréter une fiducie subsidiairement comme étant un pouvoir. Le simple besoin de faire cette affirmation montre en outre à quel point ce sera rarement possible. On ne peut inférer qu'il s'agit d'un pouvoir si les termes employés par l'auteur du transfert des biens n'imposent clairement au destinataire du transfert que l'obligation de réaliser la fin³⁹, et ce sera vraisemblablement presque toujours le cas. En ce qui concerne une fiducie finalitaire testamentaire qui est nulle, il semble impossible d'interpréter celle-ci subsidiairement comme étant un pouvoir. Quelqu'un sera désigné bénéficiaire en cas d'échec de la fiducie, et, dans de telles circonstances, il est difficile de dire que le testament a imputé implicitement à cette personne une obligation (ou un pouvoir) quelconque. La fiducie a tout simplement échoué.

En revanche, il n'y a rien qui empêche le testateur⁴⁰ ou le constituant de transférer les biens visés en fiducie au profit de la succession du testateur ou au profit du constituant, tout en conférant au fiduciaire le pouvoir exprès de servir une fin non

³⁷ *Underhill and Hayton*, *op cit* note 5 au para 8.156. Le pouvoir demeurerait en vigueur jusqu'à ce qu'il soit révoqué ou jusqu'au décès de la personne qui a créé le pouvoir.

³⁸ *Ibid* au para 8.144.

³⁹ *Ibid* au para 1.74.

⁴⁰ Il y a lieu de se demander s'il est possible de déléguer le pouvoir de disposition testamentaire. Cependant, cela n'a pas été un problème devant les tribunaux du Commonwealth, sauf en Australie.

caritative⁴¹. Le fiduciaire n'est pas en mesure de s'approprier les biens, comme pourrait le faire un donataire. Il y a toutefois un problème. La seule personne investie d'un intérêt dans les biens serait le destinataire de la substitution, et il est peu probable que l'exercice consciencieux du pouvoir soit une préoccupation pour un tel donataire. Un pouvoir se substitue mal à une fiducie.

3. L'approche en Australie et en Nouvelle-Zélande

En Australie, qui a, elle aussi, reçu le droit anglais au moment de la colonisation, les mêmes difficultés concernant les fiducies finalitaires non caritatives continuent d'exister, et la distinction entre la personne qui peut faire exécuter la fiducie et un bénéficiaire fiduciaire, c'est-à-dire un bénéficiaire investi d'un intérêt propriétaire à titre de bénéficiaire de droits acquis ou à titre de bénéficiaire subsidiaire, a été soulignée. C'est toutefois la question d'exécution qui, encore une fois, semble être la principale préoccupation. On trouve le commentaire suivant dans l'ouvrage *Jacob's Law of Trusts in Australia*⁴² : [TRADUCTION] « [M]ême lorsqu'elles sont valides⁴³, les fiducies finalitaires ne sont confirmées que de manière restreinte. Personne ne peut insister sur leur exécution. Les fiduciaires peuvent les exécuter ou non à leur gré, mais on ne peut ni les obliger à les exécuter ni les empêcher de le faire. » Encore ici, c'est l'arrêt *Endacott (Re)* qui est cité comme arrêt de principe⁴⁴.

⁴¹ Voir le juge Goff dans l'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)*, *supra* note 15 à la p 387 (Ch).

⁴² JD Heydon et MJ Leeming, dir, *Jacob's Law of Trusts in Australia*, 7^e éd, Sydney, LexisNexis, 2006 au para 1108.

⁴³ Une référence aux fiducies « anormales », qui faisaient partie du droit anglais reçu en Australie.

⁴⁴ Voir aussi un autre ouvrage australien faisant autorité, HAJ Ford et AW Lee, *Principles of the Law of Trusts*, Australie, Thomson Law Book (feuilles mobiles), aux para 5230–60.

Parfois, comme l'ouvrage *Jacob's* le fait remarquer au sujet de la jurisprudence de l'Angleterre et des pays du Commonwealth⁴⁵, les tribunaux donnent comme motif de nullité de la fiducie donnée le manque de certitude d'objet, puisque l'objet à réaliser est décrit en termes trop vagues. Il se peut que la fin fiduciaire soit illégale, contraire à l'ordre public ou fantasque. Il se peut aussi que le délai de perpétuité (qui fait effet comme règle concernant la durée) soit enfreint. Cependant, comme je l'ai mentionné également dans le présent article, ce sont des objections qui ne se limitent pas aux fiducies finalitaires non caritatives, bien qu'un certain nombre de fiducies non caritatives éventuelles aient été déclarées invalides pour un ou plusieurs de ces motifs. L'objection fondamentale, conclut-on dans *Jacob's*, est « le principe du bénéficiaire », selon lequel [TRADUCTION] « il doit exister une personne en faveur de qui le tribunal peut ordonner l'exécution⁴⁶ ». Si cela signifie que toute personne qui a un intérêt direct ou indirect dans la fiducie peut la faire exécuter, *Jacob's* soulève alors la question de savoir qui, autre qu'un bénéficiaire de la fiducie, est visé. La personne qui est destinataire d'une substitution lors de l'échec de la fiducie est-elle visée? Une personne qui tirerait profit [de la fiducie] accessoirement, par exemple la personne qui aime regarder le jardin prestigieux du testateur décédé, n'est certainement pas incluse⁴⁷. Si cela signifie qu'il faut un bénéficiaire fiduciaire au sens courant du terme, les fiducies non caritatives « anormales » reconnues valides sont effectivement une exception. Il est [TRADUCTION] « impossible de les justifier⁴⁸ ». *Jacob's* laisse entendre qu'il s'agit

⁴⁵ Heydon et Leeming, *op cit* note 42 aux para 1106–07.

⁴⁶ *Morice v Bishop of Durham*, *supra* note 10.

⁴⁷ Voir *supra* au premier paragraphe de la p 1.

⁴⁸ *Supra* note 44 au para 1107.

peut-être de décisions erronées, mais ces fiducies échappent à ce sort en raison de l'absence de contestation au fil du temps.

Les auteurs de *Jacob's* considèrent donc que l'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)* [TRADUCTION] « va à l'encontre de la jurisprudence et est difficile à justifier en principe⁴⁹ », et, en Australie, son poids est diminué par trois décisions subséquentes⁵⁰ qui considèrent que la mention de personnes⁵¹ dans les objets de la fiducie n'a pas pour effet de rendre une fiducie finalitaire valide⁵². Il semble donc probable qu'il s'agit de la conclusion australienne actuelle, partageant ainsi le point de vue traditionnel en Angleterre, à savoir que, pour être valide, une fiducie doit figurer dans la liste des « anomalies » ou être une fiducie au profit de bénéficiaires fiduciaires individuels.

La Nouvelle-Zélande est un autre pays important du Commonwealth qui, comme les provinces et territoires de common law au Canada, a tiré sa base doctrinale juridique de l'Angleterre. La situation en Nouvelle-Zélande est semblable à celle qui existe en Angleterre et en Australie. Un texte néo-zélandais faisant autorité, Garrow et Kelly, *Law of Trust and Trustees*⁵³, conclut que, en raison de [TRADUCTION] « décisions en apparence contradictoires », il est [TRADUCTION] « difficile de tirer un grand nombre de conclusions claires ». En outre, [TRADUCTION] « il semble peu probable que les tribunaux approuvent de nouvelles catégories de fiducies finalitaires à l'avenir ».

⁴⁹ *Ibid* au para 1104.

⁵⁰ *Flavel (Re)*, [1969] 1 WLR 444, [1969] 2 All ER 232; *Tidex v Trustees Executors & Agency Co Ltd*, [1971] 2 NSWLR 453 à la p 465; et *Strathalbyn Show Jumping Club Inc v Mayes* (2001), 79 SASR 54 au para 49.

⁵¹ Par exemple, les employés et les membres d'un club de polo.

⁵² L'ouvrage de Ford et Lee, *op cit* note 44 au para 5260, attire l'attention sur le fait qu'aucune décision australienne publiée n'a jusqu'à maintenant adopté le raisonnement de l'arrêt *Denley (Re)*.

⁵³ NC Kelly, C Kelly et G Kelly, dir, *Law of Trust and Trustees*, 6^e éd, Nouvelle-Zélande, LexisNexis, 2005 aux para 13.12.1, 13.12.2. Voir aussi en ce même sens, y compris l'interprétation de la fiducie dans *Denley (Re)* comme étant [TRADUCTION] « une fiducie au profit de personnes et pas du tout une fiducie finalitaire », Andrew S Butler, dir gén, *Equity and Trusts in New Zealand*, Wellington (N-Z), Thomson Brookers, 2003 aux para 4.5.1–4.5.6.

4. Conclusion quant aux points de vue anglais, australien et néo-zélandais

L'avocat qui sort de cette recherche de la jurisprudence et des écrits du Commonwealth non canadien conclura probablement que les seules fiducies finalitaires qui sont valides dans les pays du Commonwealth sont caritatives ou figurent parmi les fins disparates exceptionnelles que des tribunaux anglais de première instance ont acceptées dans diverses affaires testamentaires au dix-neuvième siècle, manifestement en raison du fait qu'il y avait certitude quant à l'objet. Dans l'arrêt *Endacott (Re)*, la Cour d'appel d'Angleterre a voulu mettre fin à tout élargissement de ce groupe. L'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)* permettrait de valider d'autres fiducies finalitaires non caritatives, s'il est possible d'interpréter le libellé de l'instrument de fiducie de manière à conclure que celui-ci vise avant tout le bénéfice direct ou indirect de personnes précises et reflète donc l'intention première du constituant ou du testateur. La question de savoir si cette conception du « bénéfice » indirect, et l'absence en l'espèce d'un intérêt propriétéal chez les personnes qui en bénéficieraient, satisfait au principe du bénéficiaire et la question de savoir si la fiducie dans l'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)* lui-même était une fiducie finalitaire de toute façon font l'objet d'un vif débat.

La fiducie finalitaire non caritative a été décrite comme [TRADUCTION] « le parent pauvre de l'univers de la fiducie⁵⁴ », ce qui constitue une manière de décrire le piètre état du droit en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande en matière de fiducie finalitaire quasi caritative d'intérêt public et de fiducie finalitaire d'intérêt privé.

⁵⁴ STEP Journal, février 2008, *Comment*.

5. Provinces et territoires de common law au Canada

L'avocat-chercheur revient au Canada. La situation est-elle vraiment identique ici? Après tout, l'*American Uniform Trust Code, 2000* prévoit la création de fiducies finalitaires non caritatives⁵⁵. Il prévoit notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « Une fiducie peut être créée pour une fin non caritative sans bénéficiaire déterminé ou établi de manière définitive », et [TRADUCTION] « l'exécution d'une fiducie autorisée aux termes du présent article peut être assurée par une personne désignée dans l'instrument de fiducie ou, si aucune personne n'est ainsi désignée, par une personne désignée par le tribunal ». Jusqu'à maintenant, le *Code*⁵⁶ a été adopté, y compris son article 409, dans 20 États⁵⁷. Est-ce un vent différent qui souffle en Amérique du Nord?

L'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)* a en fait été considéré deux fois dans des décisions canadiennes. On semble toutefois avoir adopté une approche différente de celle que l'on trouve en Angleterre, en Australie et en Nouvelle-Zélande. Si la portée de ces deux décisions finit par être maintenue par les tribunaux d'appel, ces approches de première instance aux fiducies non caritatives pourraient mener à une jurisprudence canadienne distincte sur la question⁵⁸.

⁵⁵ Para 409.1 et 409.2. Le *Code* introduit, pour ces fiducies, un délai de perpétuité de 21 ans, mais cela a moins d'importance du fait que de nombreux États ont maintenant aboli la règle d'interdiction de perpétuités.

⁵⁶ Visant des États où moins de poursuites sont introduites en matière de fiducie que des États comme New York, l'Illinois, la Californie et le Texas.

⁵⁷ De petites variations ont été apportées au libellé de l'article 409 dans huit États. Voir *Uniform Laws Annotated*, édition originale, vol 7C, Thomson, 2006.

⁵⁸ Au procès dans *Ernst & Young Inc v Central Guaranty Trust Co* (2004), 8 ETR (3^e) 169, [2005] 3 WWR 97 (ABQB), conf. par 28 ETR (3^e) 174, [2007] 2 WWR 474 (ABCA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée à [2007] 1 RCS vii aux para 40-49 (ABQB), le tribunal a conclu qu'il s'agissait d'une fiducie non caritative que ne satisfaisait pas au critère énoncé dans l'arrêt *Denley*; la décision a toutefois été infirmée en appel pour d'autres motifs ((2007), 28 ETR (3^e) 174 (ABCA)), et d'autres réserves non précisées ont été exprimées par ailleurs concernant le jugement de première instance (voir *supra* au para 57).

Dans *Keewatin Tribal Council Inc v Thompson (City)*⁵⁹, une fiducie qui bénéficiait à certaines bandes des Premières Nations⁶⁰ était en cause. Le requérant, le conseil tribal, était constitué en société sans capital-actions, et ses membres étaient un certain nombre de bandes nommées. Le conseil tribal, reflétant les intérêts de toutes les bandes, a été constitué afin [TRADUCTION] « d'assurer le développement des ressources et le développement humain chez les peuples autochtones du nord du Manitoba », et il était propriétaire de trois immeubles à Thompson City, dont deux servaient à héberger des étudiants autochtones appartenant aux bandes nommées qui fréquentaient l'école secondaire. Par acte de fiducie, le conseil s'est déclaré, à l'égard des deux immeubles à logements, [TRADUCTION] « nu-fiduciaire au seul profit et pour le seul compte des propriétaires bénéficiaires », ces derniers étant les bandes indiennes nommées. En vertu de la loi provinciale du Manitoba, « les biens-fonds détenus en fiducie pour une tribu ou un groupe d'Indiens » ne sont assujettis à aucun impôt municipal, et le conseil tribal réclamait cette exemption à l'égard du bien-fonds et des immeubles résidentiels pour étudiants situés sur le bien-fonds. En fait, il était manifeste que la fiducie avait été créée pour tirer avantage de cette disposition législative applicable aux fiducies des Indiens. L'autorité fiscale provinciale a refusé l'exemption au motif que la fiducie était une fiducie non caritative invalide. Selon un de ses arguments,

⁵⁹ [1989] 5 WWR 202, 61 Man R (2^e) 241 (QB).

⁶⁰ « bande » est un terme employé dans la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c 1-5, art 2(1), pour désigner un « groupe d'Indiens ». La question de savoir si une bande est une entité juridique à toutes fins, à certaines fins ou (à titre d'association non constituée en personne morale) à aucune fin demeure sans réponse vu le silence de la *Loi sur les Indiens* à cet égard. Ce qu'il y a de plus récent sur la question, ce sont les propos du juge Johnston dans *Willson v British Columbia (Attorney General)*, 2007 BCSC 1324, [2008] 5 WWR 746, 78 BCLR (4^e) 83, lorsqu'il dit qu'une bande d'Indiens a la capacité de poursuivre et d'être poursuivie. Voir les paragraphes 44 à 55 de la décision *Willson*. Aux termes de la *Loi sur les Indiens*, un conseil de bande élu régit les affaires de la bande, mais, s'il n'y a pas de conseil en fonction, le chef élu de la bande agit comme conseil.

[TRADUCTION] « la fiducie est nulle parce que les bandes indiennes, étant des associations non constituées en personne morale, ne peuvent être bénéficiaires d'une fiducie⁶¹ ».

Le juge Jewers, de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, était d'avis que la fiducie était expressément au profit des bandes. On ne pouvait interpréter l'instrument de fiducie comme étant au profit [TRADUCTION] « des membres individuels des bandes, que ce soit les membres actuels ou les membres actuels et futurs⁶² ». On ne pouvait pas non plus dire que le conseil tribal, à titre de constituant, avait l'intention [TRADUCTION] « d'accorder un intérêt dans ces biens-fonds à un si grand nombre de particuliers de manière à ce que chacun en détienne une part respective à titre de tenant commun⁶³ ». Il n'y avait donc aucune intention d'accorder des intérêts propriétaires dans le bien-fonds à un nombre indéterminé de membres de la bande, actuels ou futurs.

Le juge a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « À mon avis, la donation doit être perçue comme une donation devant servir aux fins des bandes individuelles; autrement dit, une fiducie finalitaire⁶⁴. »

Ayant pris acte du fait que la règle d'interdiction de perpétuités a été abolie par la loi au Manitoba, de sorte qu'il n'y avait aucun problème à cet égard, le juge Jewers a observé que [TRADUCTION] « [l]a seule question est de savoir s'il y a, en l'espèce, défaut de bénéficiaires⁶⁵ ». L'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)* a alors été examiné, et le

⁶¹ *Keewatin*, supra note 59 à la p 209 (WWR).

⁶² *Keewatin*, supra note 59 à la p 216. Les membres existants sont investis à titre de propriétaires bénéficiaires absolus; une fiducie au profit à la fois des membres existants et des membres éventuels peut être déclarée invalide pour cause d'incertitude quant aux objets de la fiducie et pour violation de la règle d'interdiction de perpétuités. Voir *Keewatin*, supra note 59 à la p 215.

⁶³ *Keewatin*, supra note 59.

⁶⁴ *Keewatin*, supra note 59.

⁶⁵ *Keewatin*, supra note 59.

juge Jewers attire l'attention sur le fait que, dans cette affaire-là, c'est le droit des employés de la société à la jouissance du bien fiduciaire qui a amené le juge Goff à conclure qu'il était possible de faire exécuter la fiducie et que celle-ci ne contrevenait donc pas au principe du bénéficiaire. Le juge Jewers a dit que, dans la situation qui existait dans *Keewatin*, [TRADUCTION] « il y a de véritables bénéfices éventuels⁶⁶ », puisque les enfants des bandes avaient le droit d'utiliser les immeubles résidentiels gratuitement pendant qu'ils fréquentaient l'école. En outre, si cela ne suffisait pas à donner aux membres de la bande la qualité requise pour faire exécuter la fiducie, les conseils de bande ou les chefs de bande pouvaient assurément se réclamer de cette qualité.

Le juge Jewers a conclu avec ces mots clés :

[TRADUCTION]

La vraie question est celle de l'exécution, et rien d'autre. Une fiducie caritative ne pose absolument aucun problème, puisque le procureur général la fera exécuter, quelque impersonnels que puissent être ses objets; de même, une fiducie finalitaire non caritative ne devrait présenter aucun problème lorsqu'il y a de nombreuses personnes ayant la qualité requise pour la faire exécuter⁶⁷.

L'autorité fiscale provinciale n'a pas interjeté appel de la décision, et les propos du juge Jewers font partie des annales de la jurisprudence.

L'intérêt que présente la décision *Keewatin* tient au fait que l'on n'y trouve aucune analyse approfondie de la jurisprudence anglaise sur la question de la liste fermée d'« anomalies » ou des transferts de biens à des associations non constituées en

⁶⁶ *Keewatin*, *supra* note 59 à la p 217.

⁶⁷ *Keewatin*, *supra* note 59.

personne morale. Il n'y a pas non plus de tentative de déterminer si Sir William Grant, m.r., dans *Morice v Bishop of Durham* en première instance, voulait dire [TRADUCTION] « quelqu'un » dans le sens d'une personne, un bénéficiaire, qui détient un intérêt propriété. On constate plutôt que, dès le début, le jugement du juge Goff dans *Denley's Trust Deed (Re)* était considéré la voie de l'avenir. Cependant, bien qu'il ait ainsi insisté sur le fait que les fiducies finalitaires non caritatives sont valides même si elles ne figurent pas sur la liste des « anomalies », le juge Jewers n'a pas attiré l'attention sur le fait que cette décision-là n'a étendu la validité qu'à quelques fiducies additionnelles qui, selon l'approche traditionnelle, auraient échoué.

La raison de ce silence est que l'avocat des Premières Nations dans l'affaire *Keewatin* ainsi que le tribunal n'avaient pas besoin d'aller au-delà de l'arrêt *Denley (Re)*⁶⁸. Certaines fiducies finalitaires sont sauvées, et celle-ci, a-t-on prétendu, en est une. Si les employés de la société dans l'arrêt *Denley (Re)* étaient les réceptionnaires directs ou indirects d'un bénéfice, comme le juge Goff l'avait exigé, il en était de même des membres des bandes indiennes particulières. En outre, comme je l'ai mentionné ci-dessus, si les membres de la bande étaient jugés n'avoir aucune qualité pour agir, les conseils de bande et les chefs de bande avaient manifestement cette qualité.

On pourrait donc considérer que *Keewatin* est tout simplement une affaire *Denley*. La fiducie dans l'arrêt *Denley* a été considérée sans réserve comme étant une fiducie finalitaire, mais une fiducie où il était possible d'identifier des personnes qui en

⁶⁸ Personne n'a soulevé le fait que l'arrêt *Denley (Re)* portait sur une donation au profit des employés et d'autres personnes; le conseil tribal et les bandes faisaient l'acquisition de biens en règlement de leurs droits issus de traités.

bénéficiaient ou qui pouvaient, par leurs fonctions, la faire exécuter. En fait, il se peut que le juge Jewers ait eu l'intention de suivre l'arrêt *Denley (Re)* tout simplement. Ses propos ont toutefois une portée plus large. Je le répète : [TRADUCTION] « La vraie question est celle de l'exécution, et rien d'autre. [Il n'y a] absolument aucun problème » d'exécution d'une fiducie caritative; [TRADUCTION] « de même, une fiducie finalitaire non caritative ne devrait présenter aucun problème lorsqu'il y a de nombreuses personnes ayant la qualité requise pour la faire exécuter ». On pourrait supposer que la proposition que ces propos étayaient est qu'aucune fiducie finalitaire non caritative ne présente de problème, qu'elle bénéficie directement ou indirectement à des personnes identifiables ou qu'elle vise la réalisation d'une fin abstraite ou impersonnelle, à condition qu'il y ait une personne ayant qualité pour la faire exécuter.

Cette proposition est de première importance aujourd'hui. La réalisation de la fin est isolée comme question fondamentale, et la proposition permet de considérer les fiducies finalitaires comme valides, qu'elles soient interprétées comme étant caritatives ou non caritatives. À condition que l'objet (ou la fin) soit certain, que la fin choisie satisfasse au droit et aux préoccupations d'ordre public et que la fiducie soit réalisable sur le plan administratif, tout en respectant la règle d'interdiction de perpétuités dans les ressorts où cette règle s'applique toujours, les propos du juge Jewers signifieraient que les fiducies caritatives et les fiducies non caritatives sont d'un seul tenant. On continuera à faire la distinction entre les fiducies finalitaires qui sont caritatives et celles qui ne le sont pas pour des raisons de fiscalité et de donation, mais il n'y a aucune raison apparente de conserver une dichotomie conceptuelle entre les fiducies finalitaires valides et les fiducies finalitaires invalides. Par définition, les fiducies finalitaires ne sont pas des fiducies au profit de personnes, ce qui rend le principe du bénéficiaire, ainsi que

la question d'intérêt propriété du bénéficiaire, sans pertinence. La seule question qui reste est la question d'exécution des fonctions du fiduciaire⁶⁹.

La décision *Keewatin Tribal Council Inc v Thompson (City)* a récemment été suivie, et son raisonnement approuvé, dans *Peace Hills Trust Company v Canada Deposit Insurance Corporation* (SADC)⁷⁰, une décision de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui portait, cette fois, sur une fiducie au profit d'une seule bande indienne.

L'autorité fédérale a consenti un octroi de capital à une bande indienne précise, et, tel qu'il avait été convenu avec l'autorité fédérale, la bande a créé une fiducie, désignant cinq personnes comme fiduciaires et la Peace Hills Trust Company comme dépositaire de la somme octroyée. La bande était le bénéficiaire de la fiducie. La question était de savoir s'il s'agissait d'une fiducie, dont la valeur s'élevait à quelque vingt et un millions de dollars, au profit des membres individuels de la bande, à titre de [TRADUCTION] « véritables bénéficiaires⁷¹ », ou s'il s'agissait avant tout d'une fiducie finalitaire au profit de la bande. Si, comme le prétendaient le fiduciaire et la bande, il s'agissait du premier scénario, la loi obligeait la SADC à appliquer une assurance-dépôts de 100 000 \$ à la part que chaque membre individuel de la bande détenait dans la fiducie. Si, comme le prétendait la SADC, il s'agissait d'une fiducie finalitaire (une fiducie au profit de la bande), la SADC devait appliquer la limite de 100 000 \$ à la fin bénéficiaire (c'est-à-dire la bande) uniquement, à titre de seule bénéficiaire de l'assurance, ce qui signifiait que la totalité du fonds fiduciaire aurait une protection maximale d'assurance-dépôts de 100 000 \$ seulement.

⁶⁹ La désignation expresse d'un « agent d'exécution » dans l'instrument de fiducie est une question sur laquelle je reviendrai dans le présent article.

⁷⁰ 2007 ABQB 364, 288 DLR (4^e) 237, [2008] 7 WWR 372. Le jugement a été rendu le 2 novembre 2007.

⁷¹ *Ibid* au para 14.

Aux termes de la fiducie, le fonds fiduciaire devait servir à l'achat de biens-fonds dans l'intérêt à long terme de la bande, au paiement des coûts associés à cet achat immobilier et à l'achat de placements autorisés. Un compte distinct, qui devait aussi être détenu comme fonds fiduciaire, devait servir à l'achat de placements additionnels, au paiement de dépenses autorisées et à un versement forfaitaire à la bande (par opposition à ses membres) pour favoriser le développement et l'administration de la bande ainsi que des services offerts par celle-ci.

Le juge Thomas⁷² a conclu que les questions dont la Cour était saisie étaient les suivantes : (1) s'il est possible de créer une fiducie finalitaire non caritative au Canada⁷³, (2) dans l'affirmative, si l'instrument de fiducie créait une fiducie finalitaire valide et (3) dans l'affirmative, quelle limite d'assurance-dépôts est applicable à une telle fiducie.

Le juge Thomas n'a pas examiné à fond la jurisprudence sur les donations faites à des associations non constituées en personne morale, mais, comme le libellé de la première question le laisse entendre, il a suivi la voie tracée par le juge Jewers dans l'affaire *Keewatin*. La première question, telle qu'elle était formulée, était de savoir si les [TRADUCTION] « fiducies finalitaires non caritatives⁷⁴ », supposément indépendamment du contenu de leur objet, constituaient un phénomène reconnu en droit au Canada. Le juge Thomas était d'avis que la question de savoir si de telles fiducies sont valides au Canada avait été tranchée dans l'affirmative par le juge Jewers en 1989⁷⁵. Comme le juge Jewers, il a suivi l'arrêt *Denley's Trust Deed (Re)*, mais il a

⁷² Monsieur le juge D.R.G. Thomas.

⁷³ *Supra* note 70 aux para 3, 16. Voici ce qu'il a dit : [TRADUCTION] « Est-il possible de créer une fiducie finalitaire valide en droit canadien? »

⁷⁴ *Peace Hills*, *supra* note 70 au para 2.

⁷⁵ *Peace Hills*, *supra* note 70 aux para 24–26. Le juge a dit que la question de savoir si une fiducie est au profit de personnes individuelles ou si elle vise à réaliser une fin est une question d'interprétation. Le

dit qu'il avait [TRADUCTION] « tenu particulièrement compte de l'approche adoptée dans *Keewatin*⁷⁶ ». Il a conclu qu'une fiducie finalitaire non caritative peut effectivement être créée au Canada⁷⁷.

La question de savoir si la décision *Peace Hills* ne pousse pas un peu trop loin son enthousiasme pour les fiducies finalitaires non caritatives est toutefois une question délicate. Le juge Thomas a observé que le jugement majoritaire de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Schmidt c Air Products of Canada Ltd*⁷⁸ en 1994 affirmait [TRADUCTION] « [n]ulle part qu'une fiducie finalitaire non caritative ne pouvait exister en droit canadien⁷⁹ ».

Certaines fiducies non caritatives ont toujours été valides au Canada; l'assertion ci-dessus semble vouloir dire que la Cour suprême n'a pas nié que les fiducies finalitaires non caritatives sont néanmoins valides. Il faut tout de même interpréter le silence de la Cour en contexte. Une question que l'une des parties a soulevée dans *Schmidt* était de savoir si les régimes de retraite des grandes sociétés sont des fiducies finalitaires (c'est-à-dire, afin de fournir des prestations précises aux personnes à l'emploi de la société) ou des fiducies au profit de personnes. Le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, n'avait aucun doute qu'un régime de retraite est une fiducie au profit de personnes, mais on ne peut pas dire qu'il a fait la distinction entre les fiducies

constituant ou le testateur a-t-il voulu l'un ou l'autre? Comme le juge l'a indiqué. Il est possible qu'un cas tombe très facilement d'un côté ou de l'autre de la ligne.

⁷⁶ *Peace Hills*, *supra* note 70 au para 29.

⁷⁷ [TRADUCTION] « Je conclus qu'il est possible de créer une fiducie finalitaire non caritative au Canada et que celle-ci serait reconnue par les tribunaux canadiens. » Il ne faut pas enfreindre la règle d'interdiction de perpétuités, si elle s'applique dans le ressort canadien en cause, [TRADUCTION] « et il doit aussi y avoir une personne quelconque ayant qualité pour faire exécuter la fiducie ». *Peace Hills*, *supra* note 70.

⁷⁸ (1994), 115 DLR (4^e) 631, [1994] 2 RCS 611 *sub nom. Schmidt c Air Products Canada Ltd*, 3 ETR (2^e) 1.

⁷⁹ *Peace Hills*, *supra* note 70 au para 28.

« anormales » et les fiducies de type *Denley*, ni entre les fiducies de type *Denley* et un type généralisé de fiducie appelé fiducie finalitaire non caritative⁸⁰. Il en est de même des termes employés par le juge Adams dans *Bathgate v National Hockey League Pension Society*⁸¹, que le juge Cory a cité. Le juge Thomas a mentionné cette citation. Le juge Adams et la Commission des régimes de retraite de l'Ontario, dont le juge Adams adoptait lui-même les propos, tenaient simplement à dire que les fiducies de retraite ne sont pas des fiducies finalitaires. Les fiducies de retraite sont des fiducies [TRADUCTION] « traditionnelles »; les fiducies finalitaires créées au profit [TRADUCTION] « d'œuvres caritatives et d'animaux » n'ont pas de bénéficiaires.

Néanmoins, la décision dans *Keewatin* a été acceptée et suivie dans *Peace Hills*. Le juge Thomas a conclu que la fiducie dans l'affaire *Peace Hills* était une fiducie finalitaire. Il n'y avait [TRADUCTION] « aucune preuve qu'un membre individuel de la bande avait un quelconque intérêt en equity » dans le fonds fiduciaire⁸². S'agissant de l'exécution de la fiducie, le juge Thomas a fait remarquer que la Cour n'était pas saisie de cette question; il a toutefois dit que, comme dans *Keewatin*, le droit de faire exécuter

⁸⁰ En fait, le juge Cory a dit ce qui suit : « Les fiducies à une fin sont rares. Elles sont une exception à la règle générale qui veut que les fiducies à une fin soient nulles. [...] La fiducie de régime de retraite est une fiducie "classique" ou "véritable", et non une simple fiducie à une fin » (*Schmidt, supra* note 78 à la p 31 (ETR)). La décision dans *Keewatin* n'a été citée dans aucun des trois jugements rendus dans *Schmidt*, et il se peut qu'elle n'ait pas été portée à l'attention de la Cour suprême.

⁸¹ (1992), 98 DLR (4^e) 326, 11 OR (3^e) 449 à la p 510 (ON (DG)), conf. à 110 DLR (4^e) 609, 16 OR (3^e) 761 (CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée à 114 DLR (4^e) vii, 4 ETR (2^e) 3611.

⁸² *Peace Hills, supra* note 70 au para 43. En conséquence, il y a eu une seule limite d'assurance-dépôts de 100 000 \$. Le juge Thomas avait dit auparavant [*ibid* au para 42] que [TRADUCTION] « le simple fait que des personnes individuelles bénéficient indirectement de l'exécution de la fiducie n'en fait pas automatiquement l'objet visé par la fiducie ». Voir *Horley Town Football Club (Re), supra* note 29 au para 99.

[la fiducie] existait. Le conseil de bande, le chef ou les membres de la bande [TRADUCTION] « auraient la qualité requise pour faire exécuter la fiducie⁸³ ».

Si l'on avait conclu de manière aussi catégorique dans chaque cas que c'était une fin qui était visée et non le profit de personnes, un tribunal anglais aurait vraisemblablement décidé que les fiducies dans *Keewatin* et dans *Peace Hills* étaient inévitablement nulles. L'arrêt *Denley (Re)* ne pouvait sauver ni l'une ni l'autre⁸⁴. Cependant, au Canada, ces deux décisions semblent avoir interprété l'arrêt *Denley (Re)* comme ayant créé une fiducie hybride, à savoir finalitaire et au profit de personnes. Il en résulte deux décisions qui peut-être, comme *ratio decidendi*, étayent la proposition voulant qu'il y ait, pour les besoins de l'exercice du droit, deux questions : (1) la fiducie en cause vise-t-elle la réalisation d'une fin non caritative, quelque secondaire ou primaire que la fin puisse être; et (2) dans l'affirmative, y a-t-il une personne quelconque ayant qualité pour faire exécuter les obligations du fiduciaire?

6. Exécution forcée de la fiducie

Lorsque l'affaire *Denley's Trust Deed (Re)* a été débattue et tranchée en 1968, il est peu probable que quiconque était présent aurait songé à la possibilité qu'une personne qui n'avait aucun espoir de bénéficier, directement ou indirectement, des biens tenus en fiducie fasse exécuter la fiducie⁸⁵. Selon toute apparence, le juge Goff songeait

⁸³ *Peace Hills*, *supra* note 70 au para 45.

⁸⁴ Subsidiairement, si le tribunal penchait en faveur de la troisième voie pour reconnaître la validité d'une fiducie finalitaire non caritative, soit l'approche *Denley*, il pourrait décider qu'il s'agit d'un transfert aux bandes ou à la bande pour une fin qui se révèle néanmoins comme étant – en termes de classification – au profit de la bande ou des bandes en tant que communautés de personnes.

⁸⁵ Toutefois, depuis *Pettingall v Pettingal* (1842), 11 LJ Ch 176, certains tribunaux ont montré une préférence pour ce que l'on appelle la mise à exécution « négative ». Dans *Thompson (Re)*, [1934] 1 Ch 342, par exemple, le juge Clauson a ordonné que (1) le légataire et fiduciaire d'une donation pour promouvoir la chasse au renard s'engage à exécuter cette tâche avant de recevoir la donation, et (2) si l'argent était dépensé pour autre chose, il était loisible au légataire du reliquat de s'adresser au

uniquement à des situations où des personnes identifiées ou identifiables⁸⁶ qui tireraient, ou qui pourraient tirer, profit de l'activité obligatoire du fiduciaire feraient exécuter la fiducie. Il aurait vraisemblablement songé au degré d'éloignement acceptable entre ces personnes et l'obtention d'un avantage avant qu'une fiducie au profit de personnes devienne une fiducie au profit d'une fin impersonnelle.

Depuis le milieu des années 1980, un mode substitutif d'exécution a été reconnu dans les ressorts extraterritoriaux de common law qui font partie du Commonwealth. Les Bermudes ont été les premières, adoptant une loi pour valider les fiducies finalitaires non caritatives et la désignation d'un « agent d'exécution » dans l'instrument de fiducie ou en vertu de la loi pour assurer la réalisation de l'objet de la fiducie. Par la suite, un certain nombre de ressorts extraterritoriaux ont emboîté le pas, la plus libérale de ces lois étant celle portant sur la fiducie STAR des îles Caïmans, qui permet que des personnes et des fins, qu'elles soient caritatives ou non caritatives, soient bénéficiaires d'une même fiducie. C'est une partie (autre qu'un fiduciaire) autorisée par l'instrument de fiducie ou par la loi qui veille à ce que les dispositions finalitaires de la fiducie STAR soient exécutées, et cette partie veille également à ce que les dispositions au profit de personnes soient exécutées à la place des bénéficiaires⁸⁷.

Dans les ressorts extraterritoriaux, celui que l'on appelle le « protecteur », qui est apparu dans ces ressorts au cours des années 1980, en est venu depuis à jouer un rôle

tribunal. Pour une opinion concernant le bien-fondé d'une telle ordonnance, voir *Underhill and Hayton*, *op cit* note 5 au para 8.182.

⁸⁶ C'est-à-dire, les personnes que l'on a identifiées comme étant admissibles à recevoir le bénéfice, ou les personnes que l'on peut identifier comme étant ainsi admissibles lorsqu'elles se présentent.

⁸⁷ Voir aussi, pour les lois des ressorts extraterritoriaux qui introduisent les fiducies finalitaires non caritatives, *International Trust Laws*, Bristol, Jordans Publishing (feuilles mobiles), vol 2 aux para 84.1–84.139.

d'importance majeure dans la gestion et l'administration des fiducies extraterritoriales. Cette partie est souvent constituée « agent d'exécution ». Le « protecteur » est nommé par l'instrument de fiducie ou en vertu de celui-ci et est rarement un bénéficiaire de la fiducie; il peut à la fois demander une reddition de compte, comme s'il était bénéficiaire, et poursuivre les fiduciaires en cas de manquement à leurs obligations. Il semblerait que, dès le départ, le rôle de cet intervenant était de surveiller l'exécution par les fiduciaires de leurs obligations et de questionner les fiduciaires; le droit de « faire exécuter » les modalités de la fiducie était un complément naturel au pouvoir de surveillance. Le fiduciaire étant à l'extérieur du territoire, et les bénéficiaires (ainsi que le constituant) étant sur le continent, la raison initiale de cette fonction de contrôle va de soi. Le « protecteur » extraterritorial est toutefois apparu dans tous les ressorts extraterritoriaux à partir des pratiques de rédaction qui suivaient supposément le droit législatif anglais traditionnel, et il semblerait que la surveillance par le « protecteur » et l'intervention de celui-ci étaient vues comme étant autorisées en vertu du principe de l'autonomie du constituant.

Dans la partie continentale du Canada, cependant, comme ailleurs dans le Commonwealth, l'expérience est différente. On ne trouve aucune loi sur la question dans le Commonwealth, sauf dans les ressorts extraterritoriaux⁸⁸. On trouve ce même silence dans la jurisprudence de l'Angleterre, du Canada, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Cependant, dans la version la plus récente de l'ouvrage *Underhill and Hayton*⁸⁹, de façon très inusitée pour un texte juridique anglais « à teneur littérale », les rédacteurs

⁸⁸ Au Canada, on trouve dans les recueils de lois du territoire du Yukon la *Loi modifiant la Loi sur les fiduciaires*, LY 2001, c 11, qui introduit la « fiducie à une fin valide » non caritative et qui prévoit la désignation d'un « inspecteur » pour de telles fiducies. Cette loi n'a toutefois pas encore été promulguée.

⁸⁹ *Op cit* note 5 aux para 8.157–8.167.

argumentent que les tribunaux anglais sont, du point de vue doctrinal, dans une position où ils pourraient reconnaître la désignation d'un « agent d'exécution » dans un instrument de fiducie. L'ouvrage préconise cette reconnaissance. Les rédacteurs recommandent cette reconnaissance non seulement pour les fiducies finalitaires non caritatives, mais aussi pour les fiducies au profit de personnes, là où un ou plusieurs bénéficiaires sont frappés d'incapacité ou ne sont pas encore nés au moment où la fiducie prend effet⁹⁰.

Bien que l'auteur ne soit conscient d'aucune décision canadienne confirmant que le constituant ou le testateur peut désigner une personne autorisée à « faire exécuter » les fiducies créées⁹¹, on constate qu'il y a un nombre important de cabinets d'avocats au Canada qui rédigent des instruments de fiducies domestiques (ou internes) qui comprennent des « protecteurs » et qui énumèrent les pouvoirs du protecteur. Certains de ces instruments autorisent expressément le « protecteur » à obliger les fiduciaires à respecter les termes de la fiducie; la plupart le font de manière implicite. Ici encore, comme dans les ressorts extraterritoriaux, l'argument invoqué à l'appui de cette pratique semble être qu'il n'y a aucune raison apparente pour ne pas considérer l'introduction du protecteur comme « agent d'exécution » des modalités de la fiducie comme procédant de l'autonomie du constituant. Selon cet argument, les constituants peuvent se réserver des pouvoirs et aussi les conférer à des tiers. Pourquoi le pouvoir d'obliger les fiduciaires à s'acquitter de leurs obligations ne ferait-il pas partie de ces pouvoirs?

Au Canada maintenant, les décisions rendues dans *Keewatin* et *Peace Hills* ont mis en valeur deux arguments en matière de droit des fiducies qui soulignent

⁹⁰ Les rédacteurs ne voient aucune objection d'ordre public à leurs recommandations.

⁹¹ La seule décision qui porte sur la question d'un tiers investi de pouvoirs administratifs, *Rogers (Re)*, [1929] 1 DLR 116 (ONCA), n'aborde pas la question d'une personne autre qu'un bénéficiaire qui aurait le droit d'intenter une action contre les fiduciaires pour manquement présumé à leurs obligations.

l'importance de ce raisonnement chez les praticiens. Premièrement, il n'est pas nécessaire de faire la distinction entre la validité des fiducies « au profit de personnes » et la validité des fiducies « finalitaires »; et deuxièmement, l'exécution est un élément de la fiducie qui est indépendant du caractère propriétaire d'un intérêt bénéficiaire. La question est maintenant de savoir si les tribunaux canadiens confirmeront que l'autonomie du constituant inclut la désignation d'un « agent d'exécution » par le constituant ou le testateur.

Quelles sont les possibilités que cela se produise? Certains affirment que l'introduction de fiducies finalitaires non caritatives autres que les « anomalies » reconnues relève du législateur et non des tribunaux. Néanmoins, la reconnaissance que l'on préconise dans *Underhill and Hayton*, et qui découle des décisions *Keewatin* et *Peace Hills*, est une reconnaissance des fiducies finalitaires non caritatives qui englobe toutes les fiducies de ce genre. Les organismes de la réforme du droit au Canada ont toutefois été réticents. Deux organismes (au Manitoba et en Colombie-Britannique) ont recommandé que les fiducies non caritatives sans but lucratif (ou quasi caritatives) soient autorisées par la loi, et un troisième organisme, en Ontario, recommande qu'à toutes les fins, et non seulement en ce qui a trait à la règle d'interdiction de perpétuités, les fiducies finalitaires non caritatives prennent effet sous forme de pouvoirs⁹². La Commission de l'Ontario codifierait en outre la formule ou le critère établi dans *Denley (Re)* pour la reconnaissance. Aucun groupe de réforme n'a proposé que les

⁹² Commission de la réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Charities*, 1996, ch 14 (vol 2), où l'on discute aussi les rapports antérieurs du Manitoba (1992, rapport n° 47) et de la Colombie-Britannique (1992, LRC 128). Une [TRADUCTION] « reconnaissance générale » (à la p 448) de la validité des fiducies finalitaires non caritatives est vue d'un bon oeil par M Pawlowski et J Summers dans « Private Purpose Trusts - A Reform Proposal » (2007) 71 Conv & Prop Law 440, où les auteurs écrivent par rapport à l'Angleterre. Ils adopteraient la voie législative que les ressorts extraterritoriaux ont été les premiers à adopter.

fiducies finalitaires d'intérêt privé, comme ce que l'on trouve dans les opérations commerciales extraterritoriales, fassent l'objet de législation. Pour ce qui est des législatures des provinces et des territoires, ce sont manifestement les fins uniques et spécifiques, telles les fiducies pour l'entretien de cimetières en perpétuité, qui retiennent l'attention⁹³.

Les fiducies *Quistclose*⁹⁴ pourraient être considérées comme un autre secteur de la jurisprudence où les fiducies finalitaires non caritatives ont été reconnues. S'agit-il d'un point de départ pour une reconnaissance généralisée? Les fiducies *Quistclose* sont toutefois davantage associées au droit de la faillite et de l'insolvabilité et aux questions d'ordre public qui s'y rattachent. En outre, on pourrait probablement, dans la plupart des cas, dire qu'elles sont établies au profit direct ou indirect de personnes identifiées ou identifiables, à savoir les créanciers du constituant⁹⁵. Quelle que soit l'analogie que l'on puisse faire avec les fiducies de type *Denley* et les récipiendaires indirects d'avantages qui n'ont aucun intérêt propriété, la fiducie *Quistclose* est habituellement considérée comme une situation fiduciaire distincte.

La gamme de fins complexes d'intérêt privé que produit la planification d'entreprise contemporaine soulève aussi des préoccupations. L'enthousiasme pour les fiducies finalitaires non caritatives qui prévaut dans les ressorts extraterritoriaux ne vise pas les fiducies sans but lucratif d'intérêt public, mais ces fiducies finalitaires d'intérêt privé⁹⁶. Sur le continent, certains estiment que les conséquences d'inclure les fiducies finalitaires d'intérêt privé par voie législative exigent un examen législatif distinct. Un

⁹³ Par exemple la Nouvelle-Écosse. Voir *Waters*, *op cit* note 2 aux pp 541, 636.

⁹⁴ Voir *Waters*, *op cit* note 2 aux pp 89–90, 565.

⁹⁵ Voir toutefois *supra* texte correspondant à la note 23 du présent article.

⁹⁶ L'utilisation dans les ressorts extraterritoriaux comprend le retrait des créances d'exploitation des documents comptables de la société pour des fins de titrisation.

organisme de réforme du droit a adopté cette position de manière expresse⁹⁷.

L'argument avancé dans *Underhill and Hayton*⁹⁸ a aussi été réfuté⁹⁹. Selon la position adoptée dans *Underhill and Hayton*, ce n'est pas l'existence d'un bénéficiaire en soi qui est l'élément requis par la jurisprudence historique, mais la possibilité de faire exécuter l'obligation fiduciaire. Le contre-argument ne va pas en ce sens; la jurisprudence contraire s'attache en fait à l'existence d'un bénéficiaire pour faire exécuter la fiducie. Selon la position contraire, il est essentiel à la relation fiduciaire-bénéficiaire (ou obligations-droits) que le bénéficiaire ait un quelconque intérêt qui lui procure un avantage personnel. Il n'importe pas que l'intérêt soit également « propriété » ou non. Le bénéficiaire fait valoir ses droits afin de s'assurer que les avantages que doit lui procurer l'exécution [de la fiducie] par le fiduciaire lui parviennent. L'« agent d'exécution » désigné par l'instrument sera une personne autre qu'un bénéficiaire ayant un intérêt personnel à faire valoir. L'agent d'exécution a un droit personnel de faire exécuter [la fiducie] qui est très assimilable à un droit contractuel, mais son successeur n'aura aucun rapport contractuel avec le constituant ou le testateur. C'est ici, certains affirment, que l'argument dans *Underhill and Hayton* s'effondre. La colle, pour ainsi dire, qui tient ce rapport particulier entre l'obligation du fiduciaire et le droit du bénéficiaire n'existe pas entre le fiduciaire et l'« agent d'exécution », ce qui amène le contre-argument à la conclusion selon laquelle le principe

⁹⁷ British Columbia Law Institute, *A Modern Trustee Act for British Columbia*, BCLI Report No 33, octobre 2004, aux pp 8–9.

⁹⁸ Voir *supra* notes 89 et 90 et le texte correspondant aux notes. Cet argument a été mis de l'avant pour la première fois par DJ Hayton dans (2001), 117 LQR 96, reproduit dans David Hayton, dir, *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds*, R-U, Kluwer Law International, 2001 aux pp 189–201.

⁹⁹ Voir P Matthews, « From Obligation to Property, and Back Again? The Future of the Non-Charitable Purpose Trust » dans Hayton, *ibid* à la p 203, en particulier aux pp 216–31.

du bénéficiaire est valable et indispensable pour toute fiducie valide. Comme nous l'avons vu, la « charité » est l'exception reconnue.

Néanmoins, bien qu'il y ait place au découragement, rien ne nous oblige à faire fi de ce que préconise *Underhill and Hayton*. La réticence à passer à la reconnaissance générale des objets des fiducies finalitaires peut souvent être le reflet de l'attitude conservatrice illustrée dans l'arrêt *Endacott (Re)*. Pour ce qui est du contre-argument à la position prise dans *Underhill and Hayton* concernant le principe du bénéficiaire et le caractère exécutoire [de la fiducie], si convaincant que puisse être cet argument du point de vue analytique, les personnes qui cherchent une confirmation d'une reconnaissance sans réserve de tous les objets non caritatifs au Canada peuvent raisonnablement dire « rédigeons une clause d'exécution qui répond aux impératifs pratiques et attendons de voir si sa validité sera reconnue par les tribunaux ». Après tout, non seulement la fiducie est-elle en soi un produit de l'évolution de la jurisprudence, mais il est préférable de rédiger une loi, si cela se révèle nécessaire, lorsque les problèmes ont déjà été éprouvés sur le terrain. Il est alors plus facile d'évaluer les possibilités de solution¹⁰⁰. Le prix qu'est la reconnaissance vaut bien l'effort d'arriver à une conciliation doctrinale valable avec la théorie actuelle, même si cela peut prendre un certain temps.

7. Les lois d'interdiction de perpétuités des années 1960 au Canada

Cette législation a-t-elle saboté la reconnaissance par les tribunaux de la validité d'une fiducie non caritative, quel qu'en soit l'objet?

¹⁰⁰ Aussi, comme le professeur Hayton le fait remarquer, non sans raison, *supra* note 96, tous les États qui ont ratifié la convention sur les fiducies sont tenus de reconnaître les fiducies étrangères. Il peut s'agir d'une fiducie extraterritoriale, dont l'exécution est assurée par un protecteur et dont l'actif, les bénéficiaires ou la réalisation de l'objet se situent dans l'État qui a ratifié la convention. Les ressorts continentaux qui ont ratifié la convention – ce qui inclut sept des provinces canadiennes – doivent certainement être prêts pour les répercussions conceptuelles internes qui en découlent.

Plus tôt, j'ai fait référence¹⁰¹ aux lois sur les perpétuités de l'Ontario, de l'Alberta, de la Colombie-Britannique, du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest. Ces provinces et territoires, qui, comme d'autres territoires du Commonwealth, se sont alignés sur la loi anglaise qui a réformé la règle d'interdiction de perpétuités en 1964 et ont introduit un élément original que l'on ne trouve pas dans d'autres lois du Commonwealth. Pendant quelques années auparavant, l'American Law Institute, dans *Restatement, Trusts, Second*¹⁰², avait fait valoir que, au lieu d'échouer, la fiducie finalitaire non caritative invalide devrait pendre effet comme pouvoir, et, suivant la recommandation de sa Commission de réforme du droit¹⁰³, l'Ontario a introduit cet élément dans sa loi de 1966 intitulée *Perpetuities Act*, démarche qui a été suivie dans les quatre provinces et territoires canadiens qui ont par la suite adopté des lois en ce sens.

Le paragraphe introductif de la disposition est le même dans les cinq provinces et territoires¹⁰⁴ : « Une fiducie à une fin déterminée autre que de bienfaisance qui ne constitue pas, en faveur d'une personne en particulier, d'intérêt en equity opposable s'interprète comme un pouvoir d'attribuer le revenu ou le capital, selon le cas [...] » La question ici est de savoir si, dans ces cinq provinces et territoires, une disposition législative contraire interdit au tribunal de conclure, sur le fondement de la jurisprudence, si toutes les autres conditions sont remplies, que toute fiducie finalitaire non caritative est valide s'il est possible d'en assurer l'exécution.

¹⁰¹ Voir *supra* note 36.

¹⁰² Para 123–25. Le *Restatement, Trusts, Third*, au para 47, maintient cette position. Voir les notes du rédacteur correspondant au paragraphe 47 pour une explication du maintien.

¹⁰³ Rapport n° 1 de la CRDO, *Perpetuities and Accumulations*, 1965, aux pp 35–41.

¹⁰⁴ *Loi sur les dévolutions perpétuelles*, LRO 1990, c P.9, art 16(1); *Perpetuities Act*, RSA 2000, c P-5, art 20(1); *Perpetuity Act*, RSBC 1996, c 358, art 24(1); *Loi sur les perpétuités*, LRTN-O 1988, c P-3, art 17(1) libellé introductif et art (1)a); *Loi sur les perpétuités*, LRY 2002, c 168, art 20(1). Dans la loi de la Colombie-Britannique, on utilise le terme anglais *must* plutôt que *shall*, mais le sens est manifestement le même.

La question dont le tribunal albertain était saisi dans *Peace Hills* était de savoir s'il s'agissait d'une fiducie au profit d'une bande indienne ou d'une fiducie au profit des membres individuels de la bande. Le tribunal a conclu qu'il s'agissait d'une fiducie finalitaire (c'est-à-dire, au profit de la bande), mais la question de perpétuité n'a pas été débattue devant le tribunal, qui s'est arrêté là. En fait, il semble que le droit applicable à la fiducie était celui de la Saskatchewan¹⁰⁵, province où la législation en matière de perpétuités que nous examinons n'existe pas.

Il est possible d'interpréter de manière différente l'effet de cette législation en matière de perpétuités, et il est utile d'examiner les arguments pouvant être soulevés tant en faveur d'une application restrictive des lois qu'en faveur de leur application à toutes les fiducies finalitaires non caritatives.

(1) Quatre interprétations quant à l'application des lois

Les interprétations suivantes tracent toutes une ligne entre les fiducies auxquelles les lois s'appliquent et les fiducies auxquelles les lois ne s'appliquent pas. Trois des distinctions découlent du manque de précision des lois elles-mêmes. La quatrième découle de la grande portée de la législation. Indépendamment de l'intention, les fiducies visées par les lois opèrent comme pouvoirs.

La première distinction est que les cinq lois ne visent que les violations de la règle jurisprudentielle d'interdiction de perpétuités. C'est la seule circonstance où les fiducies finalitaires non caritatives doivent être interprétées comme des pouvoirs. Si la fiducie en cause ne contrevient pas à cette règle, la loi de la province ou du territoire en question

¹⁰⁵ *Supra* note 70 au para 46.

ne s'applique pas. Une deuxième distinction est la suivante : les lois s'intéressent non seulement à la violation de la règle d'interdiction de perpétuités, mais aussi à l'exécution de l'obligation du fiduciaire. Si, dans les faits, il n'y a aucune violation de la règle d'interdiction de perpétuités et s'il y a une personne ayant qualité pour intenter une poursuite – un agent d'exécution du type *Denley (Re)* ou une personne expressément autorisée à faire exécuter la fiducie –, les lois ne s'appliquent pas.

Une troisième distinction découle de la disposition que contient la législation selon laquelle une fiducie doit être interprétée comme un pouvoir si la fiducie en question « ne constitue pas, en faveur d'une personne en particulier, d'intérêt en equity opposable ». Il se peut que le législateur, en ayant recours à ce libellé, ait voulu établir une distinction entre les « fiducies au profit de personnes » (ou fiducies au profit de bénéficiaires) et les « fiducies finalitaires », mais, dans la pratique, la ligne de démarcation entre les deux est en fait une question d'interprétation. En termes moins techniques, la question de savoir si une fiducie s'inscrit dans l'une ou l'autre catégorie est souvent une question de perception. La difficulté que présente ce libellé vient du fait que, comme nous l'avons vu, un « intérêt » en common law, tant dans le Commonwealth qu'au Canada, est de nature propriétaire. La chose non possessoire est un bien¹⁰⁶. Les employés de la société dans l'affaire *Denley (Re)* et les membres de la bande dans *Keewatin* et *Peace Hills*, cependant, n'avaient pas d'« intérêts propriétaires ». Le fait de procurer un avantage aux « employés de la société » ou aux bandes des Premières Nations voulait dire que toute personne sur la liste de paie de la

¹⁰⁶ Les ressorts de droit civil ont un modèle de fiducie qui ne donne des droits personnels qu'au bénéficiaire de la fiducie. Une ligne très nette existe entre le modèle du droit civil et le modèle de la common law en raison de cette différence historique et bien établie.

société ou tout membre inscrit d'une bande admissible pourrait tirer un avantage dérivé, et l'arrêt *Denley (Re)* reconnaît à ces personnes, en raison de cet [TRADUCTION] « avantage direct ou indirect », pour emprunter les termes employés dans *Denley (Re)*, qualité pour obliger les fiduciaires à s'acquitter de leurs obligations fiduciaires. Comme nous l'avons vu, cette qualité pour intervenir a été analysée comme étant un droit personnel par opposition à un intérêt. Si les fiducies dans *Keewatin* et *Peace Hills* avaient été régies par les lois des cinq provinces et territoires en matière de perpétuités, deux résultats auraient été possibles. Si les membres de la bande devaient être considérés comme n'ayant qu'un avantage dérivé (que l'arrêt *Denley* qualifie cet avantage d'avantage direct ou indirect), ces fiducies au profit de Premières Nations auraient pris effet comme pouvoirs aux termes de ces lois. Si, par contre – ce qui n'était pas le cas –, la Cour avait conclu que les membres de la bande tiraient des avantages individuels, une bande étant un « groupe d'Indiens » sans égard au fait qu'il s'agisse des membres actuels et futurs du groupe, la loi ne se serait vraisemblablement pas appliquée, et chacune de ces fiducies aurait pris effet comme fiducie. Une fiducie sera donc soit une « fiducie au profit de personnes », et prendra effet comme fiducie, soit, si l'accent semble mis sur la « fin », une fiducie visée par la loi, qui prendra alors effet comme pouvoir¹⁰⁷.

Une quatrième interprétation mène au même résultat, ce qui a pour conséquence que toutes les fiducies existantes qui figurent sur la liste des anomalies reçue du droit anglais deviennent des pouvoirs en vertu de ces lois. Les fiducies de type *Denley*

¹⁰⁷ Dans EE Gillese et M Milczynski, *The Law of Trusts*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2005 à la p 69, on fait remarquer que l'issue dans l'arrêt *Denley* reconnaît la fiducie finalitaire comme étant une fiducie, tandis que la législation produit un résultat « radicalement » différent de ce que la personne qui a créé la fiducie a voulu.

deviennent des pouvoirs; il en est de même de toute autre fiducie finalitaire non caritative, comme la fiducie dans l'arrêt *Drummond (Re)*. Seules les « fiducies au profit de personnes » traditionnelles opèrent comme fiducies. Autrement dit, selon cette interprétation, la loi s'applique à toute fiducie finalitaire non caritative. C'est ce qu'a statué le juge local Stevenson (tel était alors son titre) dans *Wood v Alberta (Public Trustee)*¹⁰⁸. Il a conclu que les lois s'appliquent, que la fiducie non traditionnelle en cause présente ou non un problème de perpétuité¹⁰⁹. Il a en outre jugé que les lois ne s'intéressaient pas à la question d'exécution¹¹⁰. À son avis, l'objet de la législation était de [TRADUCTION] « convertir » toutes les fiducies finalitaires non caritatives en pouvoirs¹¹¹. La distinction à faire est donc entre les « fiducies au profit de personnes » (dont les bénéficiaires ayant des intérêts propriétaires assurent l'exécution) et toute autre forme de fiducie. Ces dernières prennent maintenant effet comme pouvoirs.

Ainsi, en fin de compte, les quatre interprétations des lois en question mènent toutes à des résultats malheureux. Même si les lois sont interprétées comme dans *Wood v Alberta (Public Trustee)*, l'obligation fiduciaire devient un pouvoir (qui est de

¹⁰⁸ (1977), 1 ETR 285, [1977] 6 WWR 273, 9 AR 427 (SC). C'était dans les premiers temps suivant l'adoption de la législation de l'Alberta en matière de perpétuités, et le tribunal examinait la législation récente *de novo*.

¹⁰⁹ Il était d'avis que, si l'intention du législateur était uniquement de modifier la règle d'interdiction de perpétuités, la *Loi* n'avait qu'à adopter la règle de temporisation à l'égard de ces fiducies et fixer une durée pour celles-ci.

¹¹⁰ *Supra* note 108 à la p 301 (ETR). Il a donné comme motif que [TRADUCTION] « les personnes à qui les biens échoient si le pouvoir n'est pas exercé (en l'espèce, les plus proches parents) sont disponibles pour faire exécuter la fiducie ». Voir *Waters, op cit* note 2 aux pp 632–33, pour des commentaires sur la question de savoir si cette « disponibilité » équivaut à une exécution de la fiducie. Voir aussi les commentaires dans *Underhill and Hayton, op cit* note 5, sur l'ordonnance judiciaire rendue dans l'affaire de la chasse au renard.

¹¹¹ Il interprétait le sens du terme [TRADUCTION] « interpréter » utilisé dans la *Loi*. *Supra* note 108 à la p 301 (ETR).

nature discrétionnaire) là où la loi s'applique, et, là où la loi ne s'applique pas, l'obligation fiduciaire – c'est-à-dire, une fiducie – demeure¹¹².

Ces quatre interprétations représentent des positions très différentes, dont l'explication peut se trouver dans une certaine mesure dans les origines de cette législation. En février 1965, lorsque la Commission de réforme du droit de l'Ontario a présenté un rapport au gouvernement de l'Ontario sur la question des perpétuités, recommandant la loi qui a été adoptée en Ontario l'année suivante, la situation était différente de ce qu'elle est aujourd'hui. Aucun territoire du Commonwealth n'aurait alors vu la fiducie finalitaire non caritative comme étant autre chose qu'une liste « anormale » de fins disparates reçue du droit anglais. Ce qu'il y a peut-être de plus important, c'est le fait que l'affaire *Denley's Trust Deed (Re)* n'avait pas encore été tranchée¹¹³. Tirant inspiration du *Restatement*, la Commission ontarienne avait apparemment l'intention, quoique modeste, d'aller un peu plus loin que la liste et de donner un certain effet – un effet très différent – à toutes les fins non caritatives qui satisfaisaient au critère de la certitude d'objet. Les quatre autres provinces et territoires ont suivi la même voie que la

¹¹² Bien que le rapport publié par la Commission de réforme du droit de l'Ontario en 1965 soit silencieux sur la question, la thèse apparente de la législation est que la plupart des personnes qui créent des fiducies préféreraient avoir quelque chose plutôt que rien. Dans chaque loi, la disposition se poursuit en prévoyant une période maximale de validité de la « fiducie » de 21 ans et une substitution à l'extinction de « la fiducie » pour le reliquat des biens « fiduciaires ». En Ontario, en Alberta et au Yukon, la substitution est au profit de la ou des personnes qui auraient eu droit aux biens si la « fiducie » avait été *invalide* dès le moment de sa création. Aux Territoires du Nord-Ouest, ce sont la ou les personnes qui auraient eu droit aux biens si la « fiducie » avait été *valide* dès le moment de sa création, et en Colombie-Britannique, ce sont la ou les personnes qui ont droit aux biens *au terme de la période de 21 ans*. La raison d'être de cette différence aux Territoires du Nord-Ouest et en Colombie-Britannique n'est pas évidente. En outre, chacun de ces droits prévaut apparemment sur toute disposition contraire prévue par le testateur ou le constituant. Il reste toutefois aux tribunaux à déterminer l'intention du législateur.

¹¹³ De plus, selon le recueil de jurisprudence de 1997, la décision n'a pas été citée devant le tribunal dans *Wood v Alberta (Public Trustee)*.

législature de l'Ontario. Les Territoires du Nord-Ouest l'ont fait en 1968, l'Alberta en 1972, la Colombie-Britannique en 1975 et le Yukon en 1980.

(2) Les lois créent un pouvoir fiduciaire

Quelle est donc la conclusion? Les tribunaux dans ces cinq provinces et territoires sont-ils en mesure de déclarer valides toutes les fiducies finalitaires non caritatives si un « agent d'exécution » a été désigné et si l'objet de la fiducie, tel qu'il a été conçu et énoncé, satisfait par ailleurs aux autres exigences de base¹¹⁴ pour la création d'une fiducie valide?

Ce serait ironique si une réforme législative dont l'objet était d'offrir un certain appui à l'extension de la validité au-delà de la liste des « anomalies » empêchait désormais la jurisprudence d'en arriver au principe qui reconnaît la validité de toutes les fiducies finalitaires non caritatives. Je fais valoir qu'il n'est pas nécessaire d'interpréter ainsi la législation de ces cinq provinces et territoires.

Chaque loi prévoit que la fiducie doit être « interprétée » comme un pouvoir, mais chacune de ces lois parle ensuite d'une « fiducie » au profit de fins non caritatives. Même si, comme le tribunal l'a affirmé dans *Wood v Alberta (Public Trustee)*, le terme « interprété » signifie « converti », c'est-à-dire que la fiducie est convertie en pouvoir, le fait de changer le verbe n'enlève rien au fait que, partout dans le paragraphe 1 et dans les paragraphes suivants, l'on continue de s'exprimer en termes de « fiducie ». La disposition prévoit que la « fiducie » prend effet comme s'il s'agissait d'un pouvoir, mais

¹¹⁴ C'est-à-dire y compris le délai de perpétuité prévu dans la jurisprudence, à savoir les vies en existence plus 21 ans, ou 21 ans s'il n'y a pas de vies en existence.

la loi n'oblige pas à interpréter le pouvoir fiduciaire comme un simple pouvoir¹¹⁵. La loi est silencieuse à cet égard.

Si les cours d'appel devaient confirmer que toute fiducie finalitaire non caritative est valide¹¹⁶ lorsque la personne qui crée la fiducie désigne un « agent d'exécution » de la fiducie, ce que le présent article propose c'est que, dans les cinq provinces et territoires, le pouvoir d'origine législative devrait être interprété comme étant un pouvoir fiduciaire. L'agent d'exécution, tout comme le bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire, est dans une position qui lui permet d'obliger le fiduciaire à la fois à considérer comme il se doit ce qui doit être fait pour réaliser l'objet [de la fiducie] et ensuite à agir en conséquence. C'est cela le pouvoir fiduciaire. La reconnaissance jurisprudentielle de toutes les fiducies non caritatives ferait tout simplement en sorte que le terme [TRADUCTION] « pouvoir » dans les lois signifie « pouvoir fiduciaire ».

Toutes les fiducies, qu'elles soient dans les cinq provinces et territoires ou ailleurs au Canada, prendraient alors effet comme des obligations exécutoires concernant des biens. Aucune ne prendrait effet comme simple pouvoir. Qu'il s'agisse d'une « fiducie au profit de personnes », d'une « fiducie finalitaire » (caritative ou non) ou d'un mélange des deux, elles seraient toutes des fiducies valides¹¹⁷.

¹¹⁵ Le fiduciaire qui détient un simple pouvoir doit, de bonne foi, considérer l'exercice du pouvoir; il peut toutefois décider à bon droit de ne pas l'exercer. Le fait qu'il n'y ait pas de pouvoir de faire exécuter la « fiducie » serait, bien entendu, interprété comme une indication qu'il s'agit d'un simple pouvoir.

¹¹⁶ En supposant que les conditions de base discutées au début du présent article sont remplies.

¹¹⁷ Si la législation s'applique, la durée maximale est de 21 ans, ce qui peut faire ressortir le besoin de déterminer dans quelles circonstances les lois s'appliquent et dans quelles circonstances elles ne s'appliquent pas. Si la jurisprudence s'applique, c'est la même durée de 21 ans qui est imposée, sauf lorsque la personne qui a créé la fiducie a inclus une clause concernant les vies royales (ou notoires), ce que l'on trouve parfois dans les fiducies au profit de Premières Nations. Une telle disposition figurait dans l'instrument de fiducie dont il était question dans la décision *Peace Hills* : voir *supra* note 70 au para 46.

8. Les conséquences d'une reconnaissance jurisprudentielle

(1) La reconnaissance s'appliquerait-elle aux fiducies au profit de personnes?

La reconnaissance de toutes les fiducies non caritatives qui satisfont par ailleurs aux exigences de base applicables aux fiducies expresses serait établie. Cette reconnaissance s'appliquerait-elle uniquement aux fiducies finalitaires, ou s'appliquerait-elle aussi aux fiducies au profit de personnes¹¹⁸? Le fait pour un constituant ou un testateur de désigner un « protecteur » pour assurer l'exécution de la fiducie pourrait en fait être avantageux lorsque le bénéficiaire est inapte en raison de son âge ou d'une incapacité mentale ou lorsqu'il est inexercé en matière de finances ou est affaibli par la maladie ou la vieillesse. Les fiduciaires professionnels préféreraient peut-être un tel arrangement, et on peut imaginer que les personnes qui créent des fiducies verraient d'un bon œil, en considérant l'avenir, la possibilité de désigner l'« agent d'exécution ». Bien sûr, il est peu probable qu'un tribunal accepte qu'une telle reconnaissance puisse porter atteinte aux droits existants des bénéficiaires ou retirer de tels droits. Sur le continent, on considérerait vraisemblablement d'une importance capitale qu'aucune atteinte ne soit portée à ces droits¹¹⁹.

¹¹⁸ À condition qu'aucun droit ou intérêt de bénéficiaire ne soit compromis de quelque façon, la jurisprudence actuelle sur l'autonomie du constituant ne ferait aucune distinction.

¹¹⁹ On peut voir la justification d'une position contraire. Par exemple, il se peut que le constituant ou testateur ait à l'esprit que l'« agent d'exécution » jouera le rôle de médiateur, et qu'il n'intentera, en fin de compte, une poursuite que lorsque le stress et les coûts associés au litige semblent inévitables. L'instrument de fiducie exige donc que toute poursuite pour violation fiduciaire soit intentée par l'entremise de l'« agent d'exécution ».

(2) La compétence judiciaire inhérente en matière de bienfaisance ne s'applique pas

Les fiducies finalitaires qui ne sont pas caritatives ne sont pas admissibles à l'application de la compétence administrative des tribunaux ou à l'exercice de leur pouvoir d'appliquer la doctrine du *cy-près*¹²⁰. Cette compétence est inhérente à l'égard des fins caritatives, mais il est évident qu'elle ne s'étend pas aux fins non caritatives. Le constituant ou le testateur devra donc tout prévoir lorsqu'il introduit les « protecteurs » dans l'instrument de fiducie. Aucune loi sur les fiduciaires du continent ne parle de « protecteurs », et il n'y a aucune jurisprudence territoriale sur la question. La fiducie finalitaire non caritative conçue par le praticien doit donc être certaine et réalisable; seul l'instrument de fiducie peut fournir ces éléments. Ce qui doit se produire si la réalisation de la fin devient impossible, si la fin ne répond plus à un besoin contemporain (et de l'avis de qui?) ou s'il reste un surplus une fois la fin réalisée doit être clair. Il faut être tout aussi exhaustif dans la désignation d'un « agent d'exécution ». Désignation (et le mode de désignation) de successeurs; retraite, destitution et responsabilité (et envers qui?) des « agents d'exécution » pour fraude ou négligence dans l'exercice de leurs devoirs se rapportant à l'exécution de la fiducie; rémunération (le cas échéant); remboursement des dépenses (qui doit rembourser, et à partir de quelle source?); et indemnisation : l'instrument de fiducie doit traiter toutes ces questions.

Si la règle d'interdiction de perpétuités existe toujours dans la province ou le territoire en question, il faut envisager le recours à ce que l'on appelle (ou qui est bien connue comme) la clause des vies royales dans l'instrument de fiducie. La plupart des

¹²⁰ S'agissant de la compétence d'établir des mécanismes d'exécution, voir *Waters, op cit* note 2, ch 14, partie VI.

fins non caritatives seront probablement réalisées à l'intérieur de 21 ans, mais, comme on le fait dans le cas des fiducies au profit de Premières Nations¹²¹, il y a lieu de considérer la possibilité de prévoir une durée plus longue.

(3) Le pouvoir fiduciaire de modifier la fiducie et d'y mettre fin

L'instrument de fiducie devrait prévoir l'attribution aux fiduciaires du pouvoir de modifier les modalités administratives ou les dispositions translatives de propriété de la fiducie. On peut toujours préciser que l'intention qui sous-tend l'attribution de tels pouvoirs est de favoriser la réalisation optimale de l'objet essentiel – et défini – de la fiducie, à la discrétion des fiduciaires. Si l'on souhaite conférer aux fiduciaires le pouvoir de mettre fin à la fiducie, comme complément au pouvoir de modification, il y aurait lieu de le prévoir expressément aussi.

(4) Le pouvoir judiciaire de consentir à un « arrangement » de modification

Si, pendant la durée de la fiducie finalitaire non caritative, il survient des circonstances à l'égard desquelles rien n'a été prévu dans l'instrument de fiducie, les dispositions législatives qui autorisent la modification ou la résiliation d'une fiducie avec l'approbation du tribunal dans presque tous les territoires du Commonwealth s'appliqueraient-elles? Les dispositions législatives touchant la modification et l'extinction des fiducies dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada, sauf deux, visent très particulièrement les difficultés qui se présentent à l'égard de fiducies au profit de personnes. L'approbation discrétionnaire de toute proposition de modification ou de résiliation, que le tribunal peut donner ou refuser, repose sur

¹²¹ *Supra* note 117.

l'examen par le tribunal de la question de savoir si les personnes qui, étant mineures, mentalement incapables ou non encore nées ou identifiées, ne peuvent consentir pour elles-mêmes en tirent « profit ». La modification d'une fiducie finalitaire caritative oblige le tribunal à se demander si la fin désignée ne peut plus être réalisée ou est devenue irréalisable dans les circonstances contemporaines. Bien que le tribunal ait ce pouvoir en vertu de sa compétence *cy-près* inhérente, si l'on souhaite étendre ces dispositions législatives de modification et d'extinction à n'importe quelle fiducie finalitaire, il est évident qu'une modification législative est nécessaire. C'est ce que le Manitoba et l'Alberta ont fait en incluant les fiducies caritatives dans leurs lois¹²². Cependant, en étendant les dispositions de modification et d'extinction aux fiducies finalitaires, le Manitoba inclut également les fiducies finalitaires non caritatives. Le tribunal peut donner son assentiment à une modification ou une extinction proposée « lorsque les bénéfices prévus par la fiducie doivent être utilisés, directement ou indirectement, à une fin déterminée, et qu'aucune personne ne peut ou n'a le pouvoir de donner son assentiment pour le compte de toutes ces personnes, nées ou à naître, identifiées ou non, qui pourraient tirer certains bénéfices des bénéfices utilisés à cette fin, pour le compte de toutes ces personnes¹²³ ». Supposément, l'agent d'exécution désigné ou les fiduciaires présenteraient le « projet d'arrangement ». Il n'y a aucune disposition touchant le conflit de lois dans la *Loi*, mais il semble plus probable qu'il faudrait que la fiducie soit régie par les lois du Manitoba pour qu'un tribunal de la province exerce son pouvoir d'assentiment.

¹²² Voir *Waters*, *op cit* note 2 aux pp 1316–17.

¹²³ *Loi sur les fiduciaires*, CPLM, c TI60, art 59(5)g).

8. Sommaire et conclusion – le gland et le chêne

La position actuelle dans les provinces et territoires de common law au Canada semble être que toute fin non caritative peut faire l'objet d'une fiducie si la fin correspond parfaitement à la liste disparate d'objets historiquement reçus par la voie de la jurisprudence anglaise. Ce corpus de droit plutôt étrange a été rendu moins pertinent par suite de l'introduction subséquente par un tribunal anglais d'une formule ou d'un critère qui détermine dans quelles circonstances des fins non caritatives sont validement créées, position qui a été acceptée par des tribunaux canadiens. Si l'objet (ou la fin) est exprimé de manière à permettre à des personnes identifiées ou identifiables de tirer directement ou indirectement un bénéfice de la réalisation de la fin par le fiduciaire, la fin est un objet fiduciaire valide. S'il n'est pas possible d'identifier de telles personnes, du fait que la fin est exprimée en termes « abstraits¹²⁴ », ou si l'objet est par ailleurs « impersonnel¹²⁵ », la fiducie échoue parce qu'il n'y a personne en mesure de faire exécuter les obligations du fiduciaire. Il n'existe aucune décision judiciaire publiée dans un quelconque territoire du Commonwealth où la formule a été acceptée et appliquée et où la fin non caritative en question a échoué. Aucun tribunal n'a, non plus, fourni d'exemples de ce qui est abstrait ou impersonnel¹²⁶. Aucun tribunal n'a abordé la question de savoir jusqu'où peut être porté l'argument préconisant l'existence d'un bénéfice indirect au profit de personnes identifiables avant que celui-ci soit jugé trop capricieux et soit rejeté. Deux décisions canadiennes de première instance laissent entendre qu'il n'y a aucun problème à ce que les tribunaux aillent maintenant plus loin

¹²⁴ Par exemple, [TRADUCTION] « l'étude d'une nouvelle orthographe et d'une nouvelle grammaire pour la langue anglaise ».

¹²⁵ Par exemple, [TRADUCTION] « enseigner aux jeunes des compétences en escalade de rocher ».

¹²⁶ Voir toutefois *supra* note 58.

que cette décision et reconnaissent la validité de toutes les fins non caritatives, en raison du fait, affirme-t-on, que la condition essentielle à [la validité d']une fiducie finalitaire n'est pas une question de certitude ou de perpétuité, qui sont des conditions applicables à n'importe quelle fiducie expresse, mais l'existence d'une personne en mesure de faire exécuter l'obligation fiduciaire. Pour qu'une fiducie finalitaire soit valide, il doit être possible de faire exécuter la fin particulière. Est-ce l'état actuel de la common law au Canada? Les cours d'appel du pays vont-elles confirmer cette reconnaissance si un « agent d'exécution » est désigné expressément?

Une formule ou un critère est une nette amélioration, mais cela établit une distinction entre des fiducies éventuelles. Il y a des moutons et des chèvres. Il existe des fins qui sont au profit de personnes connues ou connaissables, et il existe des fins qui ne le sont pas. Les premières sont des fins fiduciaires valides; les dernières sont invalides. La distinction repose sur le fait que le tribunal dans *Denley* tenait à respecter le principe du bénéficiaire, ce qu'il estimait effectivement faire; pour qu'une fiducie soit valide, la question de bienfaisance mise à part, il faut toujours qu'une personne en soit bénéficiaire. D'un certain point de vue, cet état du droit n'est pas si mal. Le rédacteur habile formulera la fin souhaitée par le client, qui serait par ailleurs abstraite ou impersonnelle, de manière à ce qu'il y ait, si possible, des personnes identifiées ou identifiables qui puissent être considérées comme admissibles à en recevoir un bénéfice. Cependant, dès qu'on s'éloigne des clubs et des associations de personnes, qui englobent les employés de la société dans l'arrêt *Denley (Re)* lui-même, le rédacteur de l'instrument de fiducie ne peut jamais rédiger en toute confiance. Vu les distinctions que l'on fait entre les fiducies au profit de bénéficiaires et les fiducies finalitaires, entre les fiducies de type *Denley* et les fiducies abstraites ou impersonnelles, il y a toujours la

possibilité que quelqu'un conteste l'instrument de fiducie et que la fiducie soit jugée invalide. Le tribunal conclut que la fin fiduciaire se trouve du mauvais côté de la ligne. Les lois en matière de perpétuités dans les cinq provinces et territoires introduisent, bien que ce soit uniquement au Canada, une séparation supplémentaire entre une fin et une autre. Certaines fiducies finalitaires échappent au processus législatif de « conversion » en pouvoir; d'autres n'y échappent pas. Qu'est-ce que le droit cherche à accomplir par l'entremise de cette politique? L'auteur ne pense à aucune réponse convaincante.

Le présent article n'approfondit donc pas les distinctions qui permettent de déterminer ce qui est valide et ce qui n'est pas valide en vertu de la jurisprudence ou des cinq lois en matière de perpétuités. Il appuie plutôt l'introduction d'une reconnaissance totale des fins par les cours d'appel dans toutes les provinces et tous les territoires du Canada. La thèse du présent article est que les tribunaux sont en mesure de le faire puisque, même dans les cinq provinces et territoires, les lois sont formulées de manière à s'accorder avec une telle reconnaissance¹²⁷.

Tout développement législatif en ce sens mènera vraisemblablement au besoin d'ajustements jurisprudentiels limités ou même d'intervention législative à l'avenir, ce qui n'est pas inconnu, et il faut bien commencer quelque part. On nous rappelle que chaque chêne pousse à partir d'un gland. Le point de départ est l'arrêt *Denley (Re)*, la décision anglaise qui a étendu la qualité pour faire exécuter l'obligation du fiduciaire à des personnes qui tiraient un bénéfice de la fiducie même s'il semblait que certaines de

¹²⁷ La seule différence serait qu'un pouvoir fiduciaire qui existe en vertu de la loi ne serait valide que pour 21 ans. Voir *supra* note 117. Si l'on souhaite une plus longue durée et s'il n'est pas possible de rédiger l'instrument de nouveau pour inclure des bénéficiaires identifiés ou identifiables, il faut argumenter que la loi ne s'applique pas. Toutefois, on peut peut-être se consoler dans le fait que, si l'arrêt *Denley (Re)* est accepté comme étant une décision correcte et s'il n'est pas possible de formuler la fin de manière à ce qu'elle soit reconnue valide, la législation ne s'applique qu'aux fins « abstraites » et « impersonnelles ».

ces personnes, ou toutes ces personnes, n'avaient aucun intérêt propriétaire sur les biens fiduciaires¹²⁸. Jusqu'à maintenant, aucun tribunal ne semble s'être penché sur cette proposition, mais le présent article appuie la position voulant qu'un « agent d'exécution » désintéressé désigné dans l'instrument de fiducie ait qualité pour intervenir. Supposons alors que les exigences de base – légalité, aucune violation de l'ordre public, certitude, faisabilité et, si nécessaire, les règles en matière de perpétuités – sont remplies. Supposons aussi que l'instrument de fiducie en cause vise clairement des bénéficiaires identifiés ou identifiables ou désigne un « agent d'exécution ». La fiducie est jusqu'à ce point acceptable. Par la suite, comme le juge Goff l'a affirmé dans l'arrêt *Denley (Re)*, le contenu de la fin particulière n'est pas en cause¹²⁹.

On peut interpréter les décisions *Keewatin* et *Peace Hills* comme ayant introduit judiciairement l'idée que toutes les fiducies finalitaires non caritatives sont valides, à condition qu'on puisse les faire exécuter, et l'auteur du présent article espère que les cours d'appel estimeront qu'elles sont en mesure de déclarer de façon générale, comme le juge Jewers l'a fait dans l'affaire *Keewatin*, qu'il en est ainsi. Une telle décision d'appel mettrait fin aux distinctions conceptuelles entre les fiducies « au profit de personnes » et les fiducies « finalitaires » pour ce qui est de la question de validité. Il faudra toujours distinguer les fiducies caritatives, pour des raisons de perpétuité, d'établissement de

¹²⁸ La qualité pour agir semblerait par ailleurs n'être qu'un élément constitutif, ou peut-être mieux une conséquence, d'un « intérêt bénéficiaire ». Comme je l'ai indiqué précédemment, on ne trouve aucune référence dans *Denley (Re)* au caractère propriétaire des intérêts des bénéficiaires dans une fiducie. Ailleurs dans le Commonwealth, ce facteur a diminué la valeur de la décision comme autorité fiable. Voir, en Australie, Heydon et Leeming, *op cit* notes 42 et 49, et, en Angleterre, *Lewin on Trusts*, *op cit* note 34 au para 4–41.

¹²⁹ *Supra* note 15 à la p 383. [TRADUCTION] « L'objection n'est pas que la fiducie est au profit d'une fin ou d'un objet en soi, mais qu'il n'y a pas de bénéficiaire ou de *cestui que trust*. »

mécanismes d'exécution et de fiscalité, mais la validité d'une fiducie finalitaire ne sera plus en cause, quel que soit le contenu de celle-ci.

Au Canada, l'avocat qui rédige un instrument de fiducie peut accueillir le testateur ou le constituant en lui affirmant qu'il est effectivement possible de créer la fiducie souhaitée.