

LE RER-HYPOTHÈQUE

Michel Perreault*
Montréal

Le RER-Hypothèque est un produit des institutions financières. Il naît d'un contrat entre un rentier et une compagnie de fiducie, contrat que complète la loi par des exigences fiscales (enregistrement du RER) et de droit civil (obligations et relations des parties). Le RER-Hypothèque est essentiellement un prêt que le REER fait au rentier et qui est garanti par une hypothèque sur un immeuble du rentier. Pour qu'il y ait prêt cependant, il faut que le débiteur et le créancier soient différents. L'auteur soutient dans cet article que le REER ne peut être pour le rentier un prêteur juridiquement acceptable. En vertu du droit civil du Québec, le REER n'est pas une fiducie où le placement fiscal appartient au fiduciaire du REER. Le REER n'est pas non plus une personne juridique autrement constituée. Il n'y a donc ni débiteur ni créancier. Par conséquent, le prêt étant inexistant, l'hypothèque devient nulle et toutes les sommes versées jusqu'alors appartiennent au rentier, d'où l'inclusion dans les revenus du rentier des sommes versées jusqu'alors.

The RSP-Mortgage is the creature of financial institutions. It arises out of an agreement between an annuitant and a Trust Company, which is completed by law for tax requirements (registration of the RRSP) and for civil law requirements (relationship between the parties). The RSP-Mortgage is essentially a loan made by the RRSP to the annuitant. The loan is secured by a mortgage on an immovable of the annuitant. A loan however requires a separate debtor and creditor. The thesis of this article is that the RRSP cannot be a lawful lender to the annuitant. Under the Civil Law of Quebec the RRSP is not a trust, with the trustee being the owner of the monies in the RRSP. Nor is the RRSP otherwise constituted as a separate legal person. There is thus no separate debtor and creditor. As a result there is no loan, the mortgage is void, all the monies in the RRSP belong to the annuitant and the annuitant's tax liability determined on that basis.

Introduction

Chaque année, les contribuables sont la cible des marchands de régimes d'épargne-retraite (RER). Les mois de janvier à avril sont, pour les contribuables, sources de tracas et pour ces marchands, l'occasion idéale de vendre ces produits depuis longtemps convoités comme abris fiscaux et excellents moyens de préparer la retraite.

Depuis quelques années, nous avons assisté à une publicité renforcée des RER-Hypothèques. Les objectifs poursuivis dans cet arrangement sont de permettre au rentier d'un RER d'emprunter par ce mécanisme à même ce RER et, pour garantir l'emprunt, d'hypothéquer en faveur de ce RER un immeuble comme si le RER et le rentier étaient deux entités tout à fait distinctes, dans le but de bénéficier des avantages fiscaux reliés au RER et de jouir d'un placement sûr et profitable.

Cet arrangement fonctionne à l'intérieur d'un RER autogéré qui est issu d'un régime en fiducie.

Les autorités fiscales ont fait fi des entraves que pouvaient représenter l'emprunt par un rentier de son RER et ont validé l'arrangement, conditionnellement au respect de certaines mesures. Malgré tout, le législateur a voulu que le placement reste assujéti à une hypothèque. Or nous estimons que celle-ci est inexistante juridiquement et que le placement devrait être invalide.

La présente étude a donc été faite à partir de cette dernière hypothèse qui, selon nous, s'est confirmée. Ce sont les arguments soutenant cette conclusion que nous présentons.

I. *Droit Civil*

A. *Définition du régime d'épargne-retraite*

La définition précise d'un régime d'épargne-retraite comprend plusieurs éléments tirés du droit civil du Québec, du droit fiscal et de l'acceptation populaire de ce mécanisme. Nous référons le lecteur à l'étude de Me Michel B. Paré et Me Lucie Quesnel sur les régimes d'épargne-retraite¹ pour une définition et une compréhension plus complètes de ce sujet.

Pour les fins de ce travail, il sera suffisant d'établir le champ d'application et la source du régime d'épargne-retraite "RER".

Le régime d'épargne-retraite, comme tel, est une création de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada.² En réalité, il s'agit d'une accumulation de capital³ par un particulier en vue de sa retraite. La Loi a permis que cette accumulation se fasse en franchise d'impôt pour les revenus qui en proviennent, pourvu que certaines formalités soient respectées. Cette mesure législative avait essentiellement pour but d'encourager les gens à financer eux-mêmes leur retraite, plutôt que de laisser cette responsabilité au gouvernement.

Comme le problème que soulève l'arrangement qu'est le RER-hypothèque provient du sens du mot "fiducie" au sous-paragraphe 146 (1j) de la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada⁴ (la Loi) c'est sur cet article, qui définit le RER, que nous nous attarderons.

*Me Michel Perreault est notaire et juriste à la direction de la recherche et de l'information de la Chambre des notaires du Québec.

¹ Les régimes d'épargne-retraite (1986), C.P. du N. 151, aux pp. 165 à 180.

² S.R.C. 1952, c. 148, (et mod. S.C. 1957, c.29, art. 17), 79b (1)(h).

³ Guy Lord et Paul Singer, Les principes de l'imposition du revenu au Canada, Les Éditions Thémis, Montréal, p. 234; Régimes enregistrés d'épargne-retraite, Price Waterhouse, 1982, p. 3.

⁴ S.C. 1970-71-72, c. 63, tel que modifié.

Le sous-paragraphe 146 (1)j) définit le RER par référence à des actes juridiques, soit contrat d'achat d'une rente versée à la retraite⁵ et arrangement entre un particulier et une compagnie de fiducie, une compagnie autorisée à faire des placements, une banque ou une caisse d'épargne. En vertu de l'arrangement, ces personnes utilisent, placent ou emploient les contributions faites par un particulier en vue de lui assurer un revenu de retraite.⁶ La définition se réfère donc essentiellement à des actes qu'accomplissent les particuliers qui accumulent un capital pour leur retraite. Ces actes constituent à la fois l'origine du RER et les éléments de sa définition. En effet, les futurs rentiers utilisaient déjà ces contrats et arrangements pour planifier leur retraite future. Le législateur n'a voulu qu'y ajouter des avantages fiscaux, conditionnellement au respect de certaines exigences de forme et de fond qui permettraient un contrôle légitime de l'utilisation du RER. La loi ne crée donc pas une définition nouvelle et originale, mais utilise les conventions qui intéressent les particuliers en vue de la retraite.

Il serait tentant de définir le RER comme un contrat *sui generis*, comportant certains éléments et certaines notions propres à d'autres contrats, mais sans y correspondre complètement. Cependant, hormis les exigences prescrites par la Loi, qui s'ajoutent aux actes mentionnés au sous-paragraphe 146 (1)j) comme conditions additionnelles, nous devons conclure que ces actes ont leur propre cadre juridique et forment un tout. C'est ce que nous verrons plus loin. Tout au plus doit-on admettre que ce sont des contrats innommés. Nous adhérons donc à l'opinion de Mes Paré et Quesnel, à l'effet que:⁷

. . . la convention [les actes juridiques] constitue l'instrument qui chapeaute les actifs qui feront partie du régime et qui définit les relations entre les souscripteurs et l'institution financière.

En effet, la convention entre le souscripteur et le gestionnaire déterminera les modalités d'acquisition d'actifs, lesquelles sont habituellement basées sur les instructions du souscripteur et sur les produits ou services offerts par le gestionnaire.

En conséquence, ce sont les actes juridiques auxquels se réfère le sous-paragraphe 146 (1)j) qu'il faut analyser et définir pour comprendre le sens d'un RER. Nous étudierons donc particulièrement ces actes et leurs conditions de validité.

B. *Étude des actes juridiques et de leurs conditions de validité*

Le RER se définissant par des actes juridiques ou contrats, nous devons connaître les principaux éléments qui les composent et comprendre leur rôle et leur application. Les conditions de fond et de forme qu'exigent ces contrats sont les conduits qui nous permettront d'y arriver.

⁵ Art. 146 (1)j)(i).

⁶ Art. 146 (1)j)(ii).

⁷ *Loc. cit.*, note 1, à la p. 178.

(1) *Conditions de fond*

Les contrats sont nommés aux sous-alinéas (i) et (ii) de l'article 146(1j). Le paragraphe 146 (1j) (i) se réfère à un contrat d'achat de rente et le paragraphe (ii) se réfère à un arrangement. Aux fins du présent travail, nous utiliserons le terme "contrat" pour désigner les deux types de convention.

Comme pour tout contrat, la rencontre des volontés des parties est essentielle à son existence. Dans le cas qui nous occupe, la rencontre des volontés n'est cependant pas suffisante pour atteindre son but ultime qui est de faire bénéficier le rentier de déductions fiscales pendant l'accumulation du capital qu'il investit en vue de sa retraite. En effet, l'enregistrement du contrat auprès des autorités fiscales est une condition indispensable pour obtenir les avantages fiscaux.

La rencontre des volontés est subordonnée à la validité du contrat et celle-ci repose sur quatre éléments essentiels soit la capacité, la cause, l'objet et le consentement. Si l'un de ces éléments est absent, s'ouvrent aux parties les recours de droit civil propres aux obligations⁸ et les sanctions prévues par la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, que nous étudierons plus loin. Ces quatre éléments sont nécessaires pour tous les contrats admissibles à un RER, soit:

- Un contrat d'achat de rente de retraite;
- Un contrat de versements, en fiducie, des sommes destinées à la retraite;
- Un contrat de versements de sommes à une compagnie de placements autorisée à ces fins, lesquelles sommes sont destinées à servir de revenus de retraite;
- Un dépôt, dans une banque par exemple, des sommes destinées à servir de revenus de retraite.⁹

La capacité de contracter de l'émetteur est déterminée par les notions de droit civil concernant la capacité d'une personne morale et par une exigence propre à la Loi dans ce cas. En effet, pour être un émetteur habile à contracter, la personne morale doit être autorisée à agir dans le champ d'activités prévu par le contrat. Cette autorisation se trouve dans les lois, du Canada ou d'une province, qui régissent l'activité recherchée et elle sera généralement exprimée dans les pouvoirs donnés à la personne morale. Cette exigence vise à contrôler la qualité et la probité de l'émetteur et facilite l'enregistrement du contrat, étape essentielle pour profiter des avantages fiscaux. Une condition supplémentaire s'ajoute à la capacité de l'émetteur de contrats de placements; ce dernier devra être agréé par le Gouverneur général en conseil, en plus d'être autorisé.

⁸ Jean-Louis Baudouin, *Les Obligations*, Éditions Yvon Blais, Montréal, 1985.

⁹ Art. 146 (1j).

L'objet du contrat est également précisé dans les dispositions pertinentes.¹⁰ La Loi exige que le contrat assure au particulier un revenu de retraite en contrepartie des sommes d'argent qu'il a versées.

Le contrat lie juridiquement les parties dès qu'elles apportent leur consentement aux obligations et droits qu'elles y créent.

(2) *Conditions de forme*

Le contrat n'a pas besoin, à proprement parler, de revêtir une forme particulière pour produire ses effets en droit civil. Il reste que, aux fins de preuve, il serait aventureux de compter sur une convention verbale. Toutefois, ce contrat n'a qu'une raison d'être, ce sont les avantages fiscaux qui y sont attachés. Ces avantages sont accordés moyennant le respect de règles reliées à l'enregistrement du contrat auprès des autorités fiscales. Un contrat de ce genre ne peut évidemment être enregistré que s'il est écrit. L'enregistrement étant essentiel pour parfaire le contrat au niveau du droit fiscal, il faut en conclure que le contrat doit être écrit.

D'autres exigences quant à l'enregistrement sont primordiales mais, aux fins de ce travail, demeurent superflues. Le lecteur pourra se référer aux articles 146 (2) et 146 (3) de la Loi.

Ajoutons toutefois que si le régime n'est pas enregistré parce qu'il n'y a pas de formation du contrat ou parce que les règles d'enregistrement n'ont pas été respectées, les sommes versées à l'émetteur ne sont pas acceptables aux fins fiscales du contrat, donc non déductibles.

C. *Le contrat est bilatéral*

Une des caractéristiques importantes du RER est que ce contrat est bilatéral et non multilatéral. Nous verrons ultérieurement qui, précisément, sont les parties de ce contrat. Cependant, il est primordial d'établir que chaque particulier qui contracte de la sorte avec une personne autorisée, a un régime qui lui est propre.

Il n'y a toujours que deux parties dans un contrat et le contrat est individualisé, complet en soi. Ainsi la compagnie Trust Inc., qui a des bureaux dans tout le Canada et qui offre des RER à tous les citoyens canadiens, doit contracter séparément avec chaque contribuable intéressé à ses services et non ajouter à un RER commun qu'elle administre déjà, un nouveau contribuable. En résumé, il n'y a qu'un contrat par RER et les sommes qu'un particulier verse à son régime sont identifiées à son RER et non ajoutées aux sommes versées par d'autres contribuables canadiens. Il y a donc séparation de patrimoine entre les détenteurs de RER, chaque RER représentant une entité juridique et économique distincte. Cependant, si les sommes sont versées à des fins de placement, la compagnie qui reçoit ces sommes pourra éventuellement placer en même temps des sommes venant de plusieurs RER sans porter atteinte à la séparation du patrimoine.

Les remarques apportées au paragraphe précédent sont importantes car de cette séparation de patrimoine et de la qualité juridique de l'émetteur dépendront la validité des prêts consentis à même un régime autogéré.

D. *Les obligations des parties*

Lorsque toutes les conditions sont réunies, le contrat existe bien qu'il ne revête pas tous les éléments nécessaires aux fins fiscales. À compter de ce moment, nous avons un émetteur (la personne morale autorisée) et un rentier (le particulier—futur retraité). Dorénavant, nous nous servirons de ces deux termes pour nous référer respectivement à l'une ou l'autre personne.

Avant d'établir les obligations de chacune des parties du contrat, il importe de savoir qu'en vertu du contrat d'achat de rente, la rente est acquise au rentier dès que le contrat est signé et qu'une somme, représentant un versement, est remise à l'émetteur. Le rentier aura l'obligation de payer à l'émetteur les primes, mensuellement ou autrement. Aux termes des autres contrats (sommes versées en fiducie, achat de contrat de placements ou sommes versées en dépôt), il semble que la rente de retraite ne sera acquise qu'à la date d'échéance, les sommes portées au crédit du rentier étant des contributions *en vue de* l'achat d'une rente. Les obligations des parties, pour chacun des contrats, sont les suivantes:

(1) *Contrat d'achat de rente*

Les obligations du rentier sont, principalement, de verser une somme périodique ou autre pour payer le contrat de rente déjà acquis et de continuer à respecter les règles prévues au contrat. Quant à l'émetteur, il s'engage à verser un revenu de retraite au rentier à l'échéance prévue, à enregistrer le contrat et à respecter d'autres conditions prévues au contrat.

(2) *Autres contrats*

Les obligations du rentier sont de contribuer au RER, souvent un montant annuel minimum, en vue de pouvoir retirer ces sommes à la retraite. Ainsi, si le contrat ne l'oblige pas à contribuer une somme minimum annuelle ou autre, outre la mise de fonds essentielle, le rentier ne recevra à sa retraite que cette mise de fonds à laquelle s'ajouteront les intérêts courus.

Quant à l'émetteur, il s'oblige à accumuler, utiliser, placer ou autrement employer les sommes versées, pour les remettre au rentier à partir de la date d'échéance, à enregistrer le contrat auprès des autorités fiscales et à remplir les autres conditions prévues au contrat.

Une des principales différences qui existent entre les deux types de contrat, au chapitre des obligations, semble donc se situer au niveau des actes que doit accomplir l'émetteur après la signature du contrat, soit garantir une rente dans le premier cas et accumuler, placer ou autrement employer les sommes versées, dans l'autre cas.

E. *Les parties au contrat*

Il n'y a que deux parties au contrat de RER: le rentier et l'émetteur. Le rentier est un particulier qui fait des contributions à son régime jusqu'à concurrence des sommes prescrites¹¹ s'il veut pouvoir déduire toutes ses contributions en vue de les récupérer comme revenu de retraite. Le rentier peut être son conjoint s'il décède après avoir commencé à retirer ce revenu.¹²

L'émetteur est la personne qui a conclu le contrat avec le rentier. À cette fin, voir le texte traitant de la capacité de l'émetteur.¹³

Le conjoint du rentier peut contribuer au RER de ce dernier sans cependant devenir une partie du contrat. En effet, le paragraphe 146 (5.1) de la Loi, qui permet à ce conjoint de déduire de son revenu une contribution faite au régime du conjoint rentier, est une mesure d'allègement fiscal pour le conjoint contribuant sans en faire une partie du contrat au sens de la loi.

Nous avons déjà noté qu'il y avait quatre différents contrats admissibles comme RER. L'émetteur de chacun de ces contrats doit être une personne autorisée mais là s'arrête leur ressemblance car, comme nous le verrons dans une prochaine partie, chacun d'eux détient des sommes versées par le rentier, d'une façon particulière.

La qualification juridique de l'émetteur de chacun des contrats sera faite à la prochaine partie.

F. *Les modes de détention des sommes*

Nous ne pouvons vérifier la validité du RER-hypothèque sans connaître le propriétaire des sommes d'argent détenues dans le RER. C'est pourquoi il faut voir comment les sommes versées par le rentier sont détenues par l'émetteur, quels sont les droits de ce dernier sur ces sommes, pour arriver à en établir la propriété.

À cet effet, nous procéderons à l'analyse du mode de détention des sommes pour chacun des contrats de RER.

(1) *Le contrat d'achat de rente*

Le contrat d'achat de rente oblige l'émetteur à verser une rente à la retraite et le prix d'achat est constitué des versements faits par le rentier. À compter du versement accompagnant la signature du contrat, l'émetteur devient propriétaire de la somme. Il ne la détient pas pour le rentier, c'est la contrepartie qu'il exige pour la vente de la rente.

(2) *Les autres contrats*

En vertu du second type de contrat, diverses formes de détention

¹¹ Art. 146 (5).

¹² Art. 146 (1A).

¹³ *Supra*, à la p. 60.

peuvent exister. Rappelons qu'en vertu du sous-alinéa 146 (1)j) (ii) de la Loi, le particulier peut verser:

- A) en fiducie. . . à titre d'apport en vertu de la fiducie,
- B) une somme à une corporation agréée. . . à établir des contrats de placement prévoyant le paiement au détenteur d'un contrat ou l'inscription au crédit de son compte, d'une somme fixe. . . , ou
- C) un montant à titre de dépôt. . . devant être utilisé . . . en vue d'assurer au particulier. . . un revenu de retraite.

En présence du second type de contrat, en quelle qualité juridique l'émetteur détient-il les sommes versées? La qualification juridique de chacun des contrats peut nous guider dans la recherche d'une réponse à cette question, mais il faudra aller au-delà du sens apparent des mots utilisés par le législateur pour les comprendre parfaitement et leur donner un cadre juridique adéquat. Nous élaborerons la réponse selon chacun des trois modes de versements, nous réservant en dernier lieu l'étude du versement en fiducie.

(a) *Le versement pour placements*

L'émetteur établit des contrats de placement¹⁴ avec les sommes qu'il reçoit du rentier. Le rentier conclut un contrat de placements, en ce sens qu'il demande à l'émetteur de faire des placements pour lui. Ce contrat peut être un mandat ou un contrat de service, mais les sommes demeurent la propriété du rentier. Ce dernier sera soumis aux conditions spécifiques du contrat qui pourront exiger que le rentier ne puisse retirer les fonds sans respecter l'échéance des placements ou, le cas échéant, moyennant certaines pénalités et frais divers.

(b) *Le versement à titre de dépôt*

L'émetteur est dépositaire et débiteur au même titre qu'une banque au sens de la Loi sur les banques et de la Loi sur l'association canadienne des paiements.¹⁵ Les sommes qu'il détient lui sont prêtées par le rentier¹⁶ en vertu d'un prêt de consommation. Les sommes d'argent deviennent la propriété de l'émetteur¹⁷ qui peut en faire usage à son gré, quitte à remettre au rentier autant d'argent qu'il lui en a prêté.¹⁸

¹⁴ Il convient d'apporter une précision sur les types de contrat prévus à l'article 146 (1)j). La Loi de l'impôt sur le revenu ne crée pas de contrat. Elle ne définit pas des contrats applicables au RER mais elle nomme certains contrats ou même certaines catégories de contrats. Il faut donc retourner au droit civil du Québec, en l'occurrence, pour identifier la nature juridique exacte des contrats.

¹⁵ S.C. 1980-81-82-83, c. 40.

¹⁶ Albert Bohémier, Précis de droit des effets de commerce, (Maximilien Carron), Édition Beauchemin, 1978, p. 163.

¹⁷ Art. 1778 C.c.B.C.

¹⁸ Ian F.G. Baxter, *The Law of Banking*, The Carswell Company Limited, 3e éd., 1981, p. 2: "When the money is lodged, it becomes property of the bank to use it as it sees fit, within the scope of its legal powers." (Mots mis en italique par l'auteur).

(c) *Le versement en fiducie*

Quel sens doit-on donner à cette expression? L'émetteur est-il mandataire du rentier, et ce sont alors les règles du mandat qui régissent les rapports juridiques entre le rentier et l'émetteur à qui les sommes versées n'appartiennent pas? Existe-t-il une véritable fiducie où le fiduciaire est propriétaire des biens en cette qualité? Ce contrat est-il régi par un cadre juridique particulier, et qui est alors propriétaire des sommes versées? Voilà les questions fondamentales qu'il faut examiner sous ce rapport, afin d'établir si le prêt que consent le RER-hypothèque au rentier est valide. L'étude de ce mode de détention mérite, aux fins de notre travail, un développement plus long parce que son appartenance juridique est moins évidente.

Établissons tout d'abord que le RER-hypothèque est un arrangement permis en vertu du sous-paragraphe 146 (1g) de la Loi et des articles 4900 et 4901 des règlements de l'impôt sur le revenu. C'est l'article 4900 desdits règlements¹⁹ qui prescrit que cet arrangement doit être fait à partir d'une fiducie, c'est-à-dire le contrat prévu au sous-alinéa 146 (1j) (ii) A). Voilà donc la source du RER-hypothèque et c'est la raison pour laquelle il importe de définir clairement la nature de la fiducie.

Nous verrons plus loin le fonctionnement et le contenu des dispositions de la Loi qui concernent cette opération. Pour l'instant, il est suffisant de comprendre l'origine du RER pour mieux saisir l'importance de définir la fiducie.

La Loi sur les impôts du Québec²⁰ et la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada contiennent des dispositions similaires au chapitre des RER. Ainsi, aux fins de notre travail, nous appliquons le même traitement pour les deux lois, bien que nos références renvoient principalement à la Loi fédérale.

Nous croyons que les sommes détenues par le fiduciaire appartiennent au rentier et qu'il ne peut exister de relation de fiduciaire puisqu'il ne peut exister de fiducie au sens du droit civil du Québec. Les raisons suivantes motivent cette réponse.

(i) *Première raison*

Le Code civil du Bas Canada, à l'article 981a, prévoit deux façons de créer une fiducie: par donation ou par testament. La doctrine et la jurisprudence ont confirmé cette position.²¹

¹⁹ Codification des règlements du Canada, 1978, c. 945, émis par C.P. 1979-33.

²⁰ L.R.Q. c. 1-3, art. 905.1 et ss.

²¹ Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Édition Wilson & Lafleur Ltée, 1980, p. 26; Répertoire de Droit, les Libéralités, la Chambre des notaires du Québec, Éditions SOQUIJ, section Doctrine, Document 1, p. 235; Madeleine Cantin Cumyn, *Crown Trust Co. v. Higher: La fiducie de placement en droit civil québécois* (1977), 23 McGill Law Journal 687, à la p. 689; *Laliberté c. Larue*, [1931] S.C.R. 7, à la p. 18.

(ii) *Deuxième raison*

Seul le législateur peut créer, par un texte de loi, une fiducie différente de celle du Code civil. Or l'article 146 de la Loi qui traite des régimes enregistrés d'épargne-retraite ne crée pas de fiducie, il se réfère à une fiducie. Le paragraphe 248(1) établit que le mot "fiducie" a le sens donné à cette expression par le paragraphe 104(1) où il est stipulé que:

Dans la présente loi, fiducie ou succession (appelées toutes deux "fiducies" dans la présente sous-section), signifie également le fiduciaire ou l'exécuteur testamentaire, l'administrateur, l'héritier ou tous autres représentants légaux ayant la propriété ou le contrôle des biens de la fiducie.

Que peut-on tirer de cette définition? D'une part que le législateur, en restant muet quant à une définition de l'institution qu'est la fiducie, nous renvoie au droit civil québécois pour la définir. En ce sens, il faut analyser la fiducie à la lumière des notions de ce droit. Cependant, par le mot "également" mis au paragraphe 104(1), le législateur nous incite à compléter cette première définition par l'examen de la fonction que remplit l'émetteur. En d'autres termes, il nous renvoie à la personne du fiduciaire et à ce qu'elle peut accomplir, pour définir l'institution.

Nous avons déjà établi au paragraphe (i) ci-dessus qu'il ne pouvait s'agir d'une fiducie au sens de l'article 981a C.c.B.C. Le droit québécois accepte-t-il l'existence d'une fiducie ne répondant pas aux exigences de notre code civil? Existe-t-il, par quelque autre moyen, une fiducie par laquelle l'émetteur devient propriétaire des sommes versées par le rentier et peut prêter à même le RER? Existe-t-il un cadre juridique *sui generis* par lequel les exigences du RER-hypothèque puissent être satisfaites?

Nous croyons qu'il n'existe pas de fiducie au sens du droit québécois qui soit applicable aux fins de l'opération RER-hypothèque. Cette affirmation résulte d'une analyse de plusieurs éléments qui seront étudiés dans la partie qui suit.

G. *Les versements en fiducie ne sont pas faits dans une fiducie admissible en droit québécois*

(1) *Analyse textuelle du sous-paragraphe 146 (1)j(ii)A)*

. . . un arrangement selon lequel un particulier. . . verse en fiducie à une corporation autorisée. . . à exploiter au Canada une entreprise consistant à offrir ses services. . . en tant que fiduciaire. . .

Le texte nous apprend que ces sommes sont versées à une corporation autorisée par la loi à agir comme fiduciaire. Or nous verrons plus loin que les lois pertinentes régissant les compagnies fiduciaires ne leur permettent pas de s'instituer fiduciaire au sens du droit québécois. Elles permettent essentiellement d'accomplir des fonctions d'administrateur, de mandataire ou de fiduciaire nommé par ailleurs. Ces lois leur permettent d'agir comme fiduciaire mais à la condition que leur nomination à

ce titre provienne d'une fiducie créée par testament ou donation, ce qui n'est pas le cas pour le RER-Hypothèque.

. . . verse en fiducie. . . à titre d'apport en vertu de la fiducie.

Le sens de ces mots est que le rentier verse des sommes, à titre d'apport, en vertu du contrat qu'il a signé avec l'émetteur. Le terme "déclaration de fiducie" est souvent utilisé dans le contrat pour décrire les conditions, termes et obligations qui lient l'émetteur et le rentier. Cette déclaration de fiducie n'a rien à voir avec la constitution d'une fiducie, du moins par les termes utilisés.

De plus, il s'agit bien d'apport *en vertu de* la fiducie et non d'apport *en fiducie*. Cependant, même l'utilisation de cette dernière terminologie n'aurait pas réussi à constituer une fiducie. Tout au plus, une telle terminologie nous aurait démontré une intention du législateur. Il aurait fallu que la loi exprime clairement sa volonté de créer une telle fiducie ayant les pouvoirs d'une fiducie existant en vertu du droit civil québécois.

(2) Analyse de la doctrine et de la jurisprudence

Me Paré et Me Quesnel acceptent, dans leur étude, la définition du RER avancée par Louis David selon laquelle:²²

. . . an RRSP is a special investment plan (actually an *investment trust*) . . .

M. Waters, dans son volume *Law of Trusts in Canada*²³ a qualifié le RER de "business trust". Quel est l'état du droit québécois sur ces trusts?

Selon Me Demers²⁴ la Cour suprême du Canada, dans la cause *Crown Trust Company c. Higher*²⁵ a reconnu:

. . . la validité des fiducies d'investissement dans la province de Québec non pas à titre de fiducies du *Code civil* mais plutôt en tant que contrats particuliers régis par les règles générales applicables aux obligations.

En poursuivant l'analyse de cette cause, Me Demers disait:²⁶

Citant un extrait du récent ouvrage du Professeur Waters, le savant juge rappelait alors les limites bien restreintes de la fiducie du droit civil:

. . . telle que définie aux articles 981a et 981n, la fiducie au Québec n'existe qu'au regard des donations entre vifs et par testament. Sauf, le cas où le législateur a prévu autrement, tel que le cas des fiducies pour obligataires, il n'y a, en droit québécois, que la fiducie relative à de telles donations. Cela signifie qu'il est impossible de créer au Québec une fiducie relative à des opérations commerciales, *d'affaires ou d'investissements* telles qu'on en trouve dans les provinces régies par le common Law.

²² Voir Louis David, *RRSP Strategies*, Special Edition of A Report, Toronto: Hume Publishing (1984), cité dans Paré et Quesnel, *loc. cit.*, note 1, à la p. 176.

²³ D.W.M. Waters, *Law of Trusts in Canada*, The Carswell Company Limited, Toronto, 2e éd., 1984, pp. 440-441.

²⁴ La Cour suprême, la fiducie d'investissement et le prospectus, *Crown Trust Company v. Higher*, [1977] 1 R.C.S. 418 (1978), 19 C. de D. 537, à la p. 542.

²⁵ [1977] 1 R.C.S. 418.

²⁶ *Loc. cit.*, note 24, à la p. 541. L'ouvrage du Professeur Waters, cité dans l'extrait de l'article de Me Demers, est intitulé *Law of Trusts in Canada* (1974), à la p. 947. La partie en italique est celle du juge.

Ces arguments sont clairs et ne nécessitent aucun développement. Ainsi, en vertu de ces trusts, le RER ne crée pas de fiducie. Les biens "en fiducie" ne seraient donc pas la propriété du fiduciaire, mais celle du rentier.

Quant à l'existence d'une fiducie existant en vertu d'une loi fédérale, peut-on alors s'inspirer de Me Anne Michaud²⁷ et du juge John H. Gomery²⁸ pour conclure, sur cette base, à la validité d'une fiducie qui ne répondrait pas aux principes établis aux paragraphes précédents? Me Michaud, dans l'étude à laquelle nous nous référons, se questionnait sur la portée qu'avait le sous-paragraphe 148(1)(d) sur la Loi sur la faillite²⁹ au Québec. Cet article stipule:

Une ordonnance de libération ne libère pas le failli. . . de toute dette ou obligation résultant de la fraude. . . alors qu'il agissait à titre fiduciaire.

Me Michaud conclut en disant que le sous-paragraphe 148(1)(d) s'appliquait au Québec suivant notre mode de constitution. Me Michaud soutient que:³⁰

. . . pour maintenir l'intégrité du système de droit civil québécois, il faut éviter d'y introduire des concepts de droit étranger, en particulier de *Common Law*. Or nous croyons qu'en agissant ainsi, nous priverions de leur substance plusieurs lois fédérales, qui doivent s'appliquer au Québec comme aux autres provinces canadiennes.

Pour justifier cette dernière position, Me Michaud dit:³¹

A notre avis, lorsqu'une loi fédérale mentionne un concept juridique qui n'existe pas comme tel en droit québécois, on doit voir si, par analogie, on peut se référer à une situation de faits équivalente. De cette manière, toutes les dispositions des lois fédérales, tant de la *Loi sur la faillite* que des autres, sont intégralement appliquées dans tout le Canada.

Me Michaud se réfère à d'autres lois fédérales qui traitent de la responsabilité du fiduciaire dans un cas de fraude, par exemple le Code criminel.³² Elle affirme:³³

Selon la loi fédérale sur l'interprétation, les mêmes termes ayant été utilisés dans ces deux lois, c'est-à-dire "à titre fiduciaire" et "étant fiduciaire", et à défaut d'expression d'une intention contraire du législateur dans l'une ou l'autre de ces lois, on doit leur attribuer un sens commun. Par conséquent, ce qui constitue une fiducie au sens de l'article 296 C.cr. constitue de même une fiducie pour les fins de l'article 148(1)(d).

Bien qu'un amendement à l'article 296 du Code criminel l'ait amputé d'une partie de sa définition et ait rendu impossible l'analogie complète,

²⁷ La libération de dettes en matière de faillite (1979-80), 14 R.J.T. 269, à la p. 298 et ss.

²⁸ *Sparling c. Javelin International Ltd.*, [1986] R.J.Q. 1073 (C.S. Qué.).

²⁹ S.R.C. 1970, c. B-3.

³⁰ *Loc. cit.*, *supra*, note 27, à la p. 299.

³¹ *Ibid.*

³² S.R.C. 1970, c. C-32.

³³ *Loc. cit.*, note 27, à la p. 300.

Me Michaud fait sienne l'observation du juge Montgomery dans la cause *Giroux c. Marchildon*³⁴ et affirme, pour conclure à l'existence d'une fiducie:³⁵

En effet, il ne suffit pas de s'arrêter à l'emploi des mots tels que *trust*, "fiducie" ou "fidéicommiss" pour conclure à la capacité fiduciaire de l'une des parties en cause et ce d'autant plus que ces mots, particulièrement au regard du droit civil québécois, sont souvent utilisés à tort et à travers. Au-delà des termes formels d'une entente, il faut rechercher l'intention véritable des parties et les caractéristiques essentielles de la relation créée entre eux.

Le juge John Gomery dans la cause *Sparling c. Javelin International Ltd.*³⁶ s'exprimait de la même façon:

A fiduciary relationship may be defined to exist where one person has legal title or control over property of which another is the beneficial owner and the latter is entitled to expect the former to act in good faith.

Puis il ajoute:³⁷

In *Canadian Aero Service Limited v. O'Malley et al.* (1974) S.C.R. 592, at page 606, the late Mr. Justice Laskin notes that anyone who is active in a managerial capacity stands in a fiduciary relationship to the company whose assets and business he has accepted to manage. . . Although the Common Law concepts relating to trusts do not form part of the civil law of Quebec, the CBCA (Canadian Business Corporation Act) which is the basis to the legal recourses here being considered is a law of Canada, and requires the Quebec Courts to adapt to these notions.

Ces opinions tendent à démontrer que l'article 981a C.c.B.C. ou la loi, ne sont pas les seuls moyens d'établir l'existence d'une fiducie, et que cette forme juridique peut exister si on peut trouver une analogie par une loi de même juridiction qui a créé une fiducie ou lorsque la relation entre la personne ayant le contrôle des biens et le bénéficiaire de ces biens, en est une exigeant une confiance absolue et de la bonne foi de la part du "fiduciaire".³⁸ Il est à noter que le français utilise le mot "fiduciaire" pour traduire aussi bien "fiduciary" que "trustee". Or, comme l'écrit M. Waters:³⁹

The term "fiduciary" is an abstract one describing in general terms the duty of loyalty, as it has become known in the United States, and it is therefore possible to say that a man, such as a company director is a fiduciary without implying by that term quite the rigorous standards of behavior required of the trustee.

Cependant, cette dernière remarque de M. Waters ne doit pas être prise trop rigoureusement. Les actes accomplis par le fiduciaire et les ententes convenues entre ce dernier et le rentier, plus que le titre qui coiffe l'émetteur, déterminent le cadre juridique du contrat conclu entre ces parties. Nous verrons plus loin que même si la version anglaise du

³⁴ (1926), 40 B.R. 362.

³⁵ *Loc. cit.*, note 27, à la p. 304.

³⁶ *Supra*, note 28, à la p. 1083.

³⁷ *Ibid.*, à la p. 1084. (Mots mis en italique par l'auteur).

³⁸ Voir aussi *Hamel c. Hamel*, rapporté à J.E. 86-174.

³⁹ *Op. cit.*, note 23, p. 33.

sous-paragraphe 146 (1)j(ii)A) de la Loi fait état d'un "trustee", ses tâches, pour ce contrat de RER, sont celles qu'accomplit un mandataire.

Dans la cause *La Reine c. Alexander Epstein*,⁴⁰ le juge Strayer devait juger de l'admissibilité d'un placement acquis par le RER de M. Epstein, sur la base de l'ancien alinéa 4900 (1)g) des règlements de l'impôt sur le revenu.⁴¹ Il s'agissait alors d'établir si M. Epstein, détenteur du RER, en assumant une hypothèque déjà existante, était considéré comme "débiteur hypothécaire". C'était le droit d'Ontario qui était pertinent dans ce cas. M. le juge Strayer déclare:⁴²

La Loi de l'impôt sur le revenu impose certaines conséquences fiscales à ces rapports [réseau de rapports juridiques] et, pour l'appliquer, il est souvent nécessaire de faire appel au droit provincial afin de déterminer la nature de ces rapports. Cependant, il ne faut pas oublier que l'objet de la *Loi de l'impôt sur le revenu* n'est pas nécessairement le même que celui du droit provincial et que les expressions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent recevoir une interprétation qui est compatible avec son propre objet.

Le juge Strayer se référait sans doute à l'article 11 de la Loi de l'interprétation,⁴³ qui stipule que:

Chaque texte législatif est censé réparateur et doit s'interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de ses objets.

Cette interprétation a été dernièrement confirmée par la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Stuart Investments Limited c. La Reine*.⁴⁴ Le tribunal par le Juge Estey est d'avis que:⁴⁵

En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales. Une telle façon de voir avait pour effet de faciliter l'administration de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, précitée, plutôt que de l'entraver, sous ces deux aspects, sans gêner l'attribution ou le retrait, selon le climat économique, d'incitations fiscales. L'objectif recherché est une règle simple qui amènera l'uniformité de l'application de la Loi dans la société et, par la même occasion, diminuera l'attrait de plans compliqués et subtils d'évitement de l'impôt et diminuera les avantages pour ceux qui sont le plus en mesure de s'offrir des services de fiscalistes.

L'objet poursuivi par la Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, et par la Loi sur les impôts du Québec, en prescrivant les dispositions qui régissent les RER, est de permettre au particulier d'accumuler du capital en franchise d'impôt, en vue de sa retraite, dans un cadre de référence existant *par ailleurs*.

Le cadre régissant le RER-hypothèque est, comme nous l'avons affirmé au départ, le RER par versement en fiducie. Le texte du sous-

⁴⁰ [1984] 2 C.F. 727.

⁴¹ DORS 72-331, art. 2.

⁴² *Supra*, note 40, à la p. 731. (Mots mis en italique par l'auteur).

⁴³ S.R.C. 1970, c. I-23.

⁴⁴ [1984] 1 R.C.S. 536.

⁴⁵ *Ibid.*, à la p. 576.

alinéa 146 (1j)(ii)A) et, comme nous le verrons plus tard, les lois régissant les activités fiduciaires, nous indiquent que le fiduciaire agira comme gestionnaire, mandataire sans plus, et que les sommes demeurent la propriété du rentier.

Il ne nous serait ainsi d'aucune utilité d'accepter la fiducie par analogie ou par interprétation, d'autant plus que, comme le disait M. Waters, il ne faut pas confondre la notion de "fiduciary" et de "trustee". À cet effet, nous avons vu que l'utilisation du terme "trustee" dans la version anglaise du sous-alinéa 146 (1j)(ii)A) de la Loi n'est pas déterminante car les rapports qu'ont la volonté d'entretenir le rentier et l'émetteur dans les conventions qu'ils signent sont davantage conformes aux lois régissant les activités des fiduciaires, soit des activités de mandataire.

Est-il, au surplus, utile de rappeler, comme nous venons de le voir, que la position adoptée par le droit québécois en cette matière est ferme et rejette majoritairement toute fiducie non créée par testament, donation ou spécialement par une disposition de la loi.

Ainsi, en tentant de relier l'objet de la loi à la lettre de la loi, nous constatons que le texte du sous-paragraphe 146 (1j)(ii)A) n'apporte rien qui prouve une fiducie acceptable en droit québécois.

Faudrait-il admettre l'existence d'une fiducie par interprétation, que cette dernière ne pourrait, selon nous, être régie par les articles 981a et ss C.c.B.C. ou par les principes reconnus à la fiducie constituée en vertu de cet article.⁴⁶ Le juge Gomery l'établit d'ailleurs:⁴⁷

The provisions of the Civil Code most analogous to the Common Law rules governing the fiduciary relationship between a corporation and its controlling shareholder are those found in the chapter entitled "Of quasi contracts" beginning at article 1041 C.C.B.C.

En conséquence, cela confirme davantage notre position selon laquelle le fiduciaire n'est pas propriétaire en fiducie des sommes versées par le rentier, puisqu'il n'y a pas de désaisissement par le rentier à la suite d'un transfert par donation ou par testament. Le rentier est donc propriétaire des sommes qu'il verse.

(3) *Analyse des lois régissant les services du fiduciaire*

La rédaction du sous-alinéa 146 (1j)(ii)A) est claire. Le particulier "verse en fiducie à une corporation autorisée. . . en vertu des lois du Canada ou d'une province". Le fiduciaire tire sa capacité d'agir d'un texte de loi précis et non d'un pouvoir donné par le particulier d'agir comme fiduciaire puisque, comme nous l'avons établi, il n'est pas fiduciaire au sens du droit québécois. Il agit donc à un autre titre et c'est la

⁴⁶ *Royal Trust c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; Répertoire de Droit, Les Libéralités, la Chambre des notaires du Québec, Éditions SOQUIJ, section doctrine, Document 1; René-H. Manckiewicz, La fiducie québécoise et le trust de Common Law (1952), 12 R. du B. 16.

⁴⁷ *Supra*, note 28, à la p. 1084.

Loi sur les compagnies en fidéicommiss⁴⁸ ou la Loi sur les compagnies fiduciaires,⁴⁹ selon la juridiction qui le concerne, qui lui donne sa capacité comme "entreprise consistant à offrir ses services en tant que fiduciaire. . .".

La lecture des dispositions pertinentes de ces dernières lois⁵⁰ nous éclaire davantage sur le rôle de ces compagnies et sur "ce qu'elles ne sont pas". Ainsi le paragraphe 2(7) de la Loi sur les compagnies en fidéicommiss définit la "compagnie de fidéicommiss" comme étant:

. . . une compagnie autorisée à agir comme tuteur. . . exécuteur testamentaire, fiduciaire. . . et. . . peut être autorisée par sa charte. . .

(b) A faire, en général, au nom de mandants ou en son nom propre pour le compte de mandants, fonction d'agent ou de procureur pour la transaction de toutes affaires. . .

La loi leur permet donc de poser certains actes juridiques constitués par ailleurs. Ainsi la loi leur permet d'agir comme fiduciaire pour autant qu'une fiducie soit créée, mais cette loi ne crée pas la fiducie spécifique. Au rôle de fiduciaire s'ajoute maintenant celui de procureur ou mandataire, lorsqu'elles sont ainsi nommées et qu'elles acceptent. En général, les actes permis en vertu de leur charte sont parmi ceux qu'un mandataire reçoit aux termes d'une procuration générale.⁵¹ Les termes de l'article 63 de la Loi sur les compagnies fiduciaires sont équivalents à la loi provinciale, et les pouvoirs de ces compagnies englobent les pouvoirs d'administration générale d'un mandataire ou d'un fiduciaire. Il est à noter que, comme pour la loi québécoise, cette loi ne crée pas de fiducie particulière; elle autorise ces compagnies à agir à titre de fiduciaire, le cas échéant, en vertu des pouvoirs conférés par ces fiducies et non par la loi. Leur statut de compagnie "fiduciaire" n'est pas déterminant puisqu'elles le conservent alors même qu'elles agissent en qualité d'administrateur ou de mandataire.

Ajoutons que la loi fédérale fait, par l'existence des articles 64 et 68, une distinction très nette entre les placements qu'une compagnie fiduciaire peut faire avec ses propres fonds et avec les fonds qu'elle détient pour d'autres en fiducie, selon ses pouvoirs.

Il est dès lors important de souligner que ces pouvoirs accordés au fiduciaire, en vertu de ces lois, ne leur permettent pas de faire des activités bancaires, donc de recevoir des dépôts bancaires (leur transférant les sommes déposées). C'est la Loi sur les banques et la Loi sur l'Association canadienne des paiements⁵² qui permettent aux fiducies de faire office de banque, mais nous verrons que rien ne leur permet de recevoir des dépôts dont l'effet serait de les rendre propriétaires des fonds.

⁴⁸ Loi sur les compagnies de fidéicommiss, L.R.Q., c. C-41.

⁴⁹ Loi sur les compagnies fiduciaires, S.R.C. 1970, c. T-16.

⁵⁰ Loi sur les compagnies fiduciaires, *ibid.*, art. 63, 63.1; Loi sur les compagnies fidéicommiss, *supra*, note 48, art. 2(7).

⁵¹ Répertoire de Droit, Le Mandat, La Chambre des notaires du Québec, Éditions SOQUIJ, section formulaire, Document 1.

⁵² *Supra*, note 15.

(4) *Analyse des documents signés par le rentier et l'émetteur*

Nous savons qu'il est possible de créer, dans un document, une fiducie par donation ou par testament. Étudions les documents qui contiennent les ententes entre le rentier et l'émetteur, en vérifiant si on peut y découvrir une solution accommodante pour l'arrangement du RER-hypothèque.

Les termes utilisés dans la déclaration de fiducie convenue aux termes du RER autogéré d'une société de fiducie connue⁵³ sont éloquents des règles qui régissent le fiduciaire. En voici des exemples:

- (1) Le fiduciaire s'engage à garder, investir et réinvestir la cotisation du participant dans une Caisse détenue en fiducie. . . *créée au nom du participant.*
- (2) Le fiduciaire garde les placements de la Caisse à son nom ou "au porteur" et, de façon générale, exerce les droits de propriétaire à l'égard des. . . titres qu'il détient. . .
- (3) Le fiduciaire place, conformément aux directives que le participant lui a données par écrit. . . , pourvu que ledit placement choisi par le participant soit admissible en vertu de la Loi de l'impôt sur le revenu.

Il n'appartient pas au fiduciaire de décider de l'admissibilité d'un placement fait par le participant.

Le fiduciaire n'agit pas comme propriétaire réel des placements, mais suivant les directives données par le participant (le rentier). Lorsque le rentier consent à ce que le fiduciaire "exerce les droits de propriétaire à l'égard des. . . titres", il s'agit d'une extension de pouvoirs et non de transfert de droit de propriété, auquel cas, à la lecture de l'ensemble du texte, cette directive aurait été superflue. Au surplus, la société de fiducie fait signer au rentier un document nommé "Instructions de placements en hypothèque assurée aux fins d'un RER autogéré", par lequel le rentier établit clairement que, même s'il demande au fiduciaire de faire un placement dans une hypothèque, il est le seul responsable du choix de ce placement et de sa qualification comme placement admissible. Ce document contient d'autres déclarations du rentier, notamment à l'effet que le fiduciaire pourra exercer, contre son bien, les recours hypothécaires appropriés. Toutefois, ces déclarations, en matière de recours, ne sont pas créatrices de droit; c'est le contrat d'hypothèque qui l'est.

Le bulletin de souscription qu'une autre société de fiducie fait signer au requérant du régime autogéré d'épargne-retraite, mentionne:

- (1) Il m'incombe de déterminer l'admissibilité de mes placements. . .
- (2) Il est entendu qu'il n'est pas du ressort du fiduciaire de se prononcer sur le bien-fondé de l'achat, de la vente ou de la retenue d'une quelconque valeur mobilière.

⁵³ Formule présentement utilisée par une société de fiducie.

Si le fiduciaire était propriétaire des fonds de quelque façon que ce soit n'aurait-il pas intérêt à se réserver des droits sur les placements?

La plupart des documents analysés ne mentionnent rien d'autre qui satisfasse aux exigences que nous impose la loi pour la création d'une fiducie.

D'autre part, et pour conclure cette partie, le placement RER-hypothèque se fait dans le cadre d'un RER autogéré où la gestion des fonds versés par le rentier est effectuée par ce dernier plutôt que par le fiduciaire, celui-ci ne servant alors que de véhicule à des fins fiscales. Le système autogéré s'oppose donc à une gestion étrangère au rentier. Si nous admettons que le fiduciaire était propriétaire des sommes versées dans le RER, pour quelle raison sérieuse et pratique, par convention avec le rentier, le fiduciaire lui remettrait-il la gestion des biens que le rentier lui a confiés à l'origine et qu'il lui demandera lors de l'échéance fixée? Il semble plus juste de croire qu'au départ le rentier veut gérer lui-même ses fonds et bénéficier des avantages fiscaux ou qu'il veut modifier sa gestion et retirer au fiduciaire l'administration de ses biens pour s'en occuper lui-même.

Une donation fiduciaire notariée, contenant les mêmes conditions et ententes que celles que nous venons d'étudier, n'est pas davantage concluante. Nous verrons pourquoi dans la partie I. *Des Alternatives*.⁵⁴

En résumé, le fiduciaire agissant au terme d'un RER-hypothèque autogéré n'est pas fiduciaire au sens du droit québécois. Il n'est donc pas propriétaire des sommes versées par le rentier, mais agit en qualité de mandataire de ce dernier.

H. *L'hypothèse d'un contrat sui generis*

Nous avons vu dès le début qu'il était difficile de coiffer le RER au titre de contrat *sui generis*. Il est tout aussi difficile de qualifier le versement en fiducie de contrat innommé, s'apparentant à la fois au mandat et à une notion juridique aux termes de laquelle l'émetteur est propriétaire des sommes versées par le rentier.

Nous croyons que le fiduciaire agit comme administrateur et gestionnaire lorsqu'il fait les placements. Cette tâche disparaît lorsqu'il remet la gestion au rentier, aux termes d'une entente d'auto-gestion. Il faut donc étudier l'acte juridique qui prend forme lors de la conclusion d'un RER, en s'attardant à la nomination du fiduciaire et en examinant les actes des parties à la suite de cette conclusion, entre autres, le dépôt d'une somme d'argent.

Nous n'insistons pas davantage sur les conséquences de la nomination de l'émetteur, à titre de fiduciaire, les arguments précédents étant suffisants à cet égard.

⁵⁴ *Infra*, à la p. 76.

Un des actes que pose le rentier au début de sa relation d'affaires avec l'émetteur est le dépôt d'une somme d'argent entre les mains de l'émetteur pour les fins du RER. S'agit-il alors d'un dépôt équivalent à un dépôt bancaire, par lequel l'émetteur devient propriétaire des sommes déposées, au même titre qu'une banque recevant un tel dépôt? Une réponse négative s'impose, pour les raisons suivantes.

Le sous-alinéa 146 (1j)(ii)A mentionne que la somme est *versée en fiducie*. Le sous-paragraphe 146 (1j)(ii)C fait état d'une somme versée à titre de dépôt. Le législateur, ne parlant pas inutilement et voulant toujours donner un sens à ses textes, en créant deux types d'arrangement distincts, a fait une distinction qui nous oblige à ne pas considérer le dépôt comme étant un acte déterminant pour le premier sous-alinéa mentionné.

Lors du dépôt, il y a bien remise des sommes au fiduciaire, mais la relation juridique qui s'ensuit n'est pas celle du prêt de consommation.⁵⁵

D'autre part, la compagnie fiduciaire ne peut recevoir de dépôt "bancaire" parce que les pouvoirs, qu'elle tire de sa loi constitutive, de la Loi sur les banques et de la Loi sur l'Association canadienne des paiements⁵⁶ ne le lui permettent pas. Ces dernières lois permettent à une compagnie fiduciaire d'obtenir des lettres patentes qui lui donnent les pouvoirs d'agir à titre de banque et, à cette occasion et à ce titre, de recevoir des dépôts. Ces lois ne lui permettent pas de confondre les activités fiduciaires et bancaires.⁵⁷

Les tribunaux se sont d'ailleurs conformés à cette position législative. Le juge Beetz, faisant une étude comparative du dépôt fait entre les mains d'une banque et du dépôt fait entre les mains d'une compagnie fiduciaire, affirme.⁵⁸

La relation entre un banquier et un client qui dépose de l'argent à la banque n'est pas fiduciaire. C'est la relation ordinaire du débiteur et du créancier à laquelle s'ajoute l'obligation qui découle de la coutume des banquiers d'honorer les chèques de leurs clients. La banque conserve la possession ou la propriété des sommes déposées et son obligation constitue une dette en vertu d'un contrat de prêt de consommation et non d'un prêt à usage: . . . au contraire, l'article 63 de la Loi sur les compagnies fiduciaires qui énumère les pouvoirs d'une compagnie fiduciaire en fait ressortir la nature fiduciaire. . . il semble qu'une compagnie fiduciaire n'a pas le pouvoir de recevoir des sommes d'argent en dépôt d'une façon telle qu'elle devienne le simple débiteur du déposant: . . . tandis que les sommes d'argent déposées dans une banque deviennent la propriété de la banque qui peut les placer à son gré tant qu'elle se conforme aux dispositions de la *Loi sur les banques*.

De même, la compagnie de fiducie qui recevrait ces sommes par l'intermédiaire d'une banque, ne réussirait pas à contourner cette situa-

⁵⁵ Voir *supra*, note 17.

⁵⁶ Voir *supra*, note 15.

⁵⁷ *Ibid.*, art. 174 (2)(b), partie I; art. 55 (1), partie IV.

⁵⁸ *Canadian Pioneer Management Limited, Pioneer Life Assurance Company and Pioneer Trust Company c. Le Conseil des relations du travail de la Saskatchewan*, [1980] 1 R.C.S. 433, aux pp. 450-451.

tion. En effet, ce faisant, la banque ne serait que le mandataire de la compagnie et ne détiendrait pas les sommes pour elle, mais pour la compagnie.

Conséquemment, les analyses précédentes aussi bien que l'étude d'un contrat particulier ne nous permettant pas de trouver, dans la relation entre le rentier et l'émetteur, d'acte de transfert de la propriété des sommes versées, nous ne pouvons convenir de l'existence d'un contrat *sui generis* qui transfère valablement à l'émetteur la propriété des sommes qui lui sont versées.

I. *Des Alternatives*

(1) *La donation fiduciaire notariée*

Certains, sentant peut-être l'incongruité du mécanisme actuellement utilisé pour créer un RER-hypothèque, ont fait une donation fiduciaire notariée en faveur d'un fiduciaire remplissant toutes les exigences du droit civil en matière de donation. Mais en fait, seuls les éléments de la donation et la forme solennelle sont ajoutés à ce qu'on retrouve dans la convention sous seing privé puisque le constituant transmet au fiduciaire ses directives concernant les placements et les exigences quant au prêt qu'il devra lui-même consentir, en prenant soin de mentionner que les bénéficiaires de cette donation et de toutes les autres à venir, lui bénéficieront de son vivant.

En tentant de se conformer au cadre prévu par le droit civil québécois, on oublie alors de respecter la maxime "donner et retenir ne vaut". Cette maxime fut admise par plusieurs auteurs, dont Me Roger Comtois et Me Pierre Lessard.⁵⁹ Partant, première erreur, car il n'y a pas réel désaisissement par le rentier. Peut-on, pour y remédier, assurer le bénéficiaire à une tierce personne? Cela paraît également très discutable, car en matière de libéralité en droit civil québécois, la cause ou l'intention libérale sont des éléments essentiels.

En effet, cette relation fiduciaire est dans un RER, surtout, pour ne pas dire uniquement, créé pour des fins d'investissement. Dans l'état actuel du droit québécois, cela est inacceptable pour une fiducie. Me Madeleine Cantin Cumyn affirme:⁶⁰

Il semble que l'on puisse même douter de la valeur de la donation, du point de vue de l'intention libérale ou de la cause.

En l'espèce, l'acte que nous avons examiné mentionnait:⁶¹

(1) Attendu que le rentier a fait une demande au fiduciaire pour adhérer à un régime d'épargne-retraite (le régime)

(2) En conséquence, cet acte témoigne qu'en considération des déclarations précédentes et des conventions contenues aux présentes. . .

⁵⁹ Répertoire de Droit, Les libéralités, la Chambre des notaires du Québec, Éditions SOQUIJ, section doctrine, Document I.

⁶⁰ *Loc. cit.*, note 21, à la p. 689.

⁶¹ *Supra*, note 53.

La notion de libéralité est évidemment essentielle dans le cadre d'une donation, mais voici comment elle s'exprime, selon Me Roger Comtois:⁶²

Il doit y avoir transmission de valeur sans contrepartie, enrichissement du donataire et appauvrissement du disposant. Certains contrats comportent un élément de gratuité, sans pour autant constituer des libéralités. . . C'est que l'élément matériel en question, s'il est essentiel en cette matière, n'est pas le seul critère, si cet élément n'est pas appuyé sur l'élément intentionnel, il n'y aura pas libéralités.

Il ajoute:⁶³

Le donateur doit savoir qu'il ne reçoit pas de contrepartie, il doit vouloir s'appauvrir au profit du donataire sans recevoir de contreprestation.

Pour toutes ces raisons, cette alternative n'est pas acceptable.

(2) *La Loi portant réforme au Code Civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens (Projet de loi 20)*

Ce projet de loi a été sanctionné le 15 avril 1987, mais ne sera en vigueur qu'à une date ultérieure. Il apporte des modifications appréciables à la fiducie de droit civil.

Les articles 1300, 1301, 1302, 1305 et 1308 nous intéressent particulièrement. Nous les reproduisons pour les fins de cette étude.

1300. La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, appelée le constituant, *transfère* de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer.

1301. Le patrimoine fiduciaire, formé des *biens transférés en fiducie*, constitue un patrimoine d'affectation *autonome et distinct de celui du constituant*, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel.

1302. La fiducie est *établie par contrat*, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi.

1305. Les fiducies sont constituées pour des fins personnelles, *d'utilité privée* ou sociale.

1308. Est aussi d'utilité privée la fiducie constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la *réalisation d'un projet au moyen de placements ou d'investissements*, de *pourvoir à une retraite* ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des employés ou à des porteurs de titre.⁶⁴

Les nouveaux articles, lorsqu'ils seront en vigueur, régleront plusieurs des problèmes que nous avons soulevés.

En effet, la fiducie d'investissement sera permise (articles 1305 et 1308). Cette fiducie pourra être constituée par un contrat autre qu'une donation (article 1302). À la condition que les biens soient *transférés à la fiducie*, le constituant en perdra la propriété (articles 1300 et 1301). Les biens n'appartiendront pas au fiduciaire "es-qualité" mais à la fiducie. C'est une nouvelle notion juridique, "le patrimoine d'affectation" qui assurera la protection et la destination de ses biens.

⁶² *Op. cit.*, note 59, p. 56 et seq.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ (Mots mis en italique par l'auteur).

Au cours de cette étude, nous avons exigé, pour l'établissement de la validité du RER-Hypothèque, entre autres, que les sommes versées appartiennent au fiduciaire plutôt qu'au rentier. Bien qu'en vertu de l'article 1301 le fiduciaire ne soit pas propriétaire, notre exigence serait satisfaite car les sommes feraient partie d'un patrimoine autonome et distinct du constituant.

Toutefois, le "versement en fiducie" qui nous a intéressé dans cette étude ne sera toujours qu'un versement et non un transfert, pour les autres raisons invoquées. Nous maintenons que les intentions du rentier devront être clairement et expressément indiquées pour qu'il y ait transfert en fiducie.

Les documents étudiés et le sous-paragraphe 146(1j)(ii) de la Loi tels qu'ils sont actuellement rédigés ne nous permettraient pas d'affirmer que tous les éléments de validité d'un prêt sont présents.

La validité d'une fiducie n'est pas le seul élément dont il faut tenir compte. Le transfert de propriété reste indispensable pour que la fiducie soit saisie du bien et pour que le constituant en perde la propriété. Ces deux dernières conditions permettraient d'avoir un débiteur et un créancier distincts dans une relation de prêt valide.

(3) *Autres alternatives*

L'imagination du législateur sera la limite de la création d'une alternative qui rendrait possible la séparation des patrimoines du rentier et de l'émetteur dans le cadre actuel du RER-hypothèque.

Toute autre convention par laquelle les biens demeureront la propriété du rentier créera les mêmes difficultés et rendra impossible tant le prêt au rentier par son RER que l'hypothèque qui en découle et les avantages fiscaux reliés au RER.

J. *Invalidité de l'hypothèque du RER-hypothèque*

Les démonstrations précédentes concluent qu'il n'existe pas, pour l'émetteur, de droit de propriété des sommes qui lui sont versées. Les sommes demeurent donc la propriété du rentier.

L'arrangement RER-hypothèque prévoit que le RER du rentier fera un prêt à ce dernier, constitué des sommes qu'il a versées, moyennant une hypothèque consentie par le rentier en faveur du RER. Or, comme le rentier est propriétaire des sommes qu'il a versées, il ne peut se faire de prêt à lui-même. En effet, la logique en droit civil québécois est fortement mise en cause par un tel mécanisme.

Même si, comme nous le verrons plus loin, la position prise par Revenu Canada a pour effet de valider administrativement la transaction, il faut s'interroger sur la valeur de l'hypothèque comme acte juridique et sur la valeur du placement. Le texte du paragraphe 4900 (1j) des règlements de l'impôt sur le revenu est clair:

. . . chacun des placements suivants est prescrit à titre de placements admissibles. . . si, à cette date, il s'agit. . .

j) d'une *hypothèque* . . .

Le texte utilise un terme juridique et il faut donner à ce terme une signification et une portée de même nature.

(1) *L'hypothèque est accessoire à une obligation*

L'article 2016 C.c.B.C. stipule:

L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. . .

L'article 2017 C.c.B.C. stipule au quatrième paragraphe:

Elle [l'hypothèque] n'est qu'un accessoire et ne vaut qu'autant que la créance ou obligation qu'elle assure subsiste.

La doctrine a confirmé l'interprétation littérale de ces articles.⁶⁵ Il faut donc établir la validité de l'obligation pour régler le sort de l'hypothèque.

Ayant déjà établi que le rentier demeure propriétaire des sommes qu'il verse dans son RER et que le fiduciaire n'est que mandataire à certaines fins, la première partie de l'opération constitue donc un simple transfert d'argent entre deux portefeuilles appartenant à une même personne. Il n'y a pas de prêt puisque ce contrat nécessite deux personnes différentes, un prêteur et un emprunteur.⁶⁶ Il ne peut y avoir, à quelque époque, confusion au sens de l'article 1198 C.c.B.C. puisque cet état suppose l'existence, à un temps donné, d'un débiteur et d'un créancier, l'un réunissant la qualité de l'autre par la suite.

En fait, il n'y a pas création d'obligation puisqu'il n'y a qu'une seule partie dans cette opération, le rentier, qui ne s'oblige qu'envers lui-même.

Me Jean-Louis Baudouin définit ainsi l'obligation juridique:⁶⁷

. . . l'obligation est un lien de droit par lequel une personne, appelée débiteur, est tenue envers une autre, appelée créancier, d'exécuter une prestation consistant à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose sous la menace d'une contrainte légale s'exerçant sur le patrimoine du débiteur.

Il serait inexact de prétendre que le rentier s'oblige envers le fiduciaire, son mandataire dans le cas présent, dans une relation autre que celle de mandant—mandataire, pour les raisons invoquées antérieurement. Le mandant est toujours propriétaire des biens qu'il confie en gestion au mandataire,⁶⁸ ce dernier ne peut donc être une personne distincte du rentier à qui ces biens seraient transmis.

En résumé, le capital du RER continue d'appartenir au rentier pendant la durée du régime, même lorsque les placements sont faits par le fiduciaire, et peu importe la nature de ces placements. Il ne peut donc y

⁶⁵ Répertoire de Droit, Les Sûretés, la Chambre des notaires du Québec, Éditions SOQUIJ, Volume 1, section doctrine, Document 1, p. 46, para. 13.

⁶⁶ Art. 1763 et 1777 C.c.B.C.

⁶⁷ *Op. cit.*, note 8, p. 26.

⁶⁸ Art. 1701, C.c.B.C.

avoir de prêt et, accessoirement, il ne peut y avoir d'hypothèque. Les actes d'hypothèque ainsi faits sont nuls *ab initio* et par voie de conséquence, le placement hypothécaire créé par le RER-hypothèque est inadmissible, entraînant des sanctions civiles et fiscales.

II. *Le Droit Fiscal*

A. *Placement admissible*

Le sous-paragraphe 146 (1)g) établit qu'une fiducie régie par un RER fait des placements admissibles au sens de cette Loi, si ces derniers sont prescrits par des règlements.

Les règlements de l'impôt sur le revenu⁶⁹ prévoient aux articles 4900 et 4901 les règles concernant les placements admissibles faits dans des régimes de revenu différé.

Le règlement 4900 (1)j) prescrit que:

Aux fins des sous-alinéas 146 (1)g)(iv). . . de la Loi, sous réserve du paragraphe 2, chacun des placements suivants est prescrit à titre de placement admissible pour une fiducie de régime à une date donnée si, à cette date il s'agit. . .

j) d'une *hypothèque* à l'égard de tout bien immeuble situé au Canada, laquelle est assurée:

i) en vertu de la Loi nationale sur l'habitation, ou

ii) par une corporation qui offre ses services au public au Canada en tant qu'assureur d'hypothèques,

et gérée par un prêteur agréé en vertu de la Loi nationale sur l'habitation. . .

D'autre part, le paragraphe 4900 (4) stipule que:

Aux fins des sous-paragraphe 146 (1)g)(iv). . . de la Loi, une hypothèque sur des biens immeubles situés au Canada, ou un intérêt dans cette hypothèque, est un placement admissible pour un régime enregistré d'épargne-retraite ou un fonds enregistré du revenu de retraite, *sauf si le débiteur hypothécaire est le rentier en vertu du régime ou du fonds, selon le cas, ou est une personne avec laquelle le rentier a un lien de dépendance.*⁷⁰

À la lecture de ce dernier paragraphe, il semble assez évident que le RER-Hypothèque fait par l'émetteur et le rentier ne serait pas un placement admissible puisque le débiteur et le rentier sont la même personne. De plus, le sous-paragraphe 146 (2) (c.4) de la Loi prescrit qu'un RER ne doit pas conférer au rentier d'autres avantages que ceux qui sont mentionnés à cet article et que la qualité de débiteur et de rentier dans la même personne conférerait un avantage non permis.

Cependant, le 25 mai 1984, Revenu Canada a émis un communiqué spécial qui corrige le bulletin d'interprétation IT-320 R. Ce communiqué nous permet de conclure que le sous-paragraphe 4900 (1)j) et le paragraphe 4900 (4) doivent être lus différemment et qu'il n'y a pas

⁶⁹ *Supra*, note 19.

⁷⁰ (Mots mis en italique par l'auteur).

d'incompatibilité entre les deux situations. Revenu Canada établissait, dans ce communiqué, que le RER ne peut détenir une hypothèque sur un immeuble du rentier, à moins que l'hypothèque réponde à certaines conditions, notamment que l'hypothèque soit gérée par un prêteur agréé et assurée en vertu de la Loi nationale sur l'habitation⁷¹ ou d'une corporation assurant les hypothèques, que le taux d'intérêt hypothécaire et les autres modalités du prêt soient ceux qui ont cours sur le marché et que l'hypothèque soit administrée comme s'il s'agissait d'une hypothèque sur un bien appartenant à un étranger.

À ces conditions, l'hypothèque sera considérée comme étant un placement admissible dans le cadre d'un RER autogéré et le rentier bénéficiera des avantages qui lui sont conférés par un RER soit, déduction des contributions jusqu'à une certaine limite⁷² et exonération d'impôt pendant l'accumulation des sommes d'argent versées dans le RER.

B. Sanctions

Si l'hypothèque est nulle *ab initio* en vertu du droit civil, elle est inexistante et ne peut être considérée comme placement admissible au sens de la Loi de l'impôt sur le revenu. En conséquence, diverses sanctions d'ordre fiscal prévues au paragraphe 146 (10.1) de la loi (inclusion aux revenus du rentier, dans l'année d'imposition au cours de laquelle le placement est inadmissible, de la valeur marchande du placement) ou au paragraphe 207.1(1) (imposition au rentier d'une pénalité d'un montant équivalent à 1% par mois de la valeur marchande (à l'acquisition) des placements non admissibles détenus à la fin de chaque mois, à moins qu'ils aient été inclus dans le revenu du rentier). Les deux articles ne s'appliquent pas concurremment et seul le paragraphe 207.1 (1) s'appliquera si, lors de son acquisition, le placement était admissible.

Il sera donc primordial d'établir si, lors de l'acquisition du placement, c'est-à-dire lors de l'acquisition de l'hypothèque, le placement était admissible. Cette détermination revêt un intérêt réel pouvant représenter, par application du paragraphe 146 (10), l'inclusion dans les revenus du particulier d'une somme équivalente au prêt consenti au rentier, par exemple 35 000\$ ou, par application du sous-paragraphe 207.1 (1), l'imposition d'une pénalité de 350\$ (sur la base d'un prêt de 35 000\$).

Conclusion

Ce travail avait pour but de vérifier l'hypothèse de l'invalidité du RER-hypothèque lorsque le débiteur du prêt hypothécaire est le rentier. L'argumentation conclut à la vérification de cette hypothèse, au sens du droit civil québécois, et du même coup à l'inadmissibilité du placement qui en résulte.

⁷¹ S.R.C. 1970, c. N-10.

⁷² Art. 146(5).