

DROIT COMMERCIAL

John B. CLAXTON*

Les fiducies et le REÉR ; *Roy (Syndic) c. Bagnoud*

Introduction

1. Une décision récente de la Cour d'appel ajoute de façon importante à notre compréhension du droit des fiducies. Dans *Roy (Syndic) c. Bagnoud*¹ (*Bagnoud*) la Cour a statué qu'un régime enregistré d'épargne retraite (REER) particulier constituait une fiducie, et non un contrat de rente. Elle a conclu que l'actif du régime constituait un patrimoine distinct qui échappait à la portée du syndic de faillite. La décision de la cour retient l'attention puisque dans la cause *Banque de Nouvelle Écosse c. Thibault*² (*Thibault*), la Cour suprême du Canada avait tranché qu'un autre REÉR ne constituait ni une fiducie ni un contrat de rente, et que son actif faisait partie du patrimoine du constituant, et pouvait ainsi être saisi.

Les enjeux

2. Dans *Bagnoud* arrêt rendu avant celui de la Cour supérieure dans *Thibault*, la Cour supérieure avait conclu à l'absence d'intention de constituer une rente et s'est

concentrée sur la saisissabilité de celle-ci lorsque le bénéficiaire désigné, mais révocable, était le conjoint de fait (art. 2457, 2458 du C.c.Q.³) ; la cour a statué que la référence au mot *conjoint* à l'article 2457 supposait la notion de conjoint de fait. En Cour d'appel, le juge Dalphond a d'abord conclu que, étant donné les éléments nécessaires pour constituer une rente tels qu'énumérés par la Cour suprême dans *Thibault*, le régime *Bagnoud* ne pouvait constituer une rente et constituait en réalité une fiducie. Les présentes notes se limitent aux questions reliées à la fiducie.

3. Le juge Dalphond a conclu que le régime *Bagnoud* renfermait tous les éléments d'une fiducie. Il y a eu transfert de biens à un autre patrimoine ; affectation de biens à une fin déterminée et acceptation, par un fiduciaire qualifié, de l'obligation de les détenir et de les administrer (art. 1260). En conséquence, le capital transféré a cessé de faire partie du patrimoine du défendeur (art. 1261)

* C.R. du Barreau de Montréal. Le professeur Roderick A. Macdonald, de l'Université McGill a formulé certains commentaires sur le présent texte. Les opinions émises dans le présent texte n'engagent que l'auteur.

1. 09-012488-029.

2. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758.

3. Les renvois aux articles ou numéros entre crochets sans autre notation sont des renvois aux articles du *Code civil du Québec* (le C.c.Q. ou le Code).

Les faits

4. Les faits particuliers dans *Bagnoud* sont importants. Lorsque son emploi a pris fin en 1998, madame Bagnoud cotisait au REÉR. Selon ses conditions d'emploi, il était expressément établi que le REÉR avait été établi en tant que fiducie en faveur de Compagnie de Fiducie du Groupe Investors, qui pouvait détenir et administrer les fonds au titre de fiduciaire. L'employée lui a donc transféré sa rente de retraite de 67 656 \$ dont la masse, selon les modalités de la fiducie, devait être investie et détenue jusqu'à maturité, soit lorsqu'elle atteindrait 69 ans. À maturité, elle aurait, au choix, le droit de recevoir les prestations d'une rente ou d'un fonds de revenu de retraite. Il lui était permis de transférer le montant en capital à un REER, fonds de retraite ou compte de rente, mais elle ne pouvait le retirer que si elle devenait physiquement ou mentalement incapable, ou si son espérance de vie risquait de se voir sensiblement abrégée, le tout moyennant l'attestation de médecins. Bagnoud pouvait effectuer d'autres cotisations et avait le droit de retirer les primes versées à l'égard de celles-ci. (Le terme *prime* est celui utilisé dans la législation fiscale concernant les REÉR. Le jugement n'aborde pas ce dernier droit). Elle conservait, cependant, le droit de désigner un bénéficiaire ; ce qu'elle a fait comme il est noté plus haut.

5. En vertu du régime, le fiduciaire a convenu, à la demande du cotisant, d'investir l'actif du REÉR dans des placements désignés,

sans se restreindre aux placements autorisés pour les fiduciaires ou pour les personnes qui administrent les biens d'autrui. Le fiduciaire n'assumait aucune responsabilité à l'égard de pertes pouvant découler des placements prescrits par l'abonné, sauf si son honnêteté, sa bonne foi, sa compétence étaient mises en cause, ou s'il y avait faute lourde de sa part.

6. En avril 2001, Bagnoud a fait cession de ses biens. Le syndic a alors demandé à ce que lui soit versé l'actif du régime. Sur le refus du fiduciaire de reconnaître sa demande, le syndic s'est adressé à la Cour supérieure pour qu'elle tranche. Il a plaidé que le capital du régime demeurerait saisissable puisque le fiduciaire n'en avait point la complète administration étant donné que l'intimée pouvait orienter les placements que le fiduciaire devait effectuer.

Le jugement

7. Le juge Dalphond a conclu que la preuve révélait que l'intimée pouvait uniquement indiquer une préférence parmi les instruments de placement (visiblement divers fonds, fonds d'actions de participation, fonds d'obligations, fonds équilibrés, etc.) choisis par Investors Syndicate, le conseiller en placement au fiduciaire (*Investors*). Après que le choix ait été arrêté, le fiduciaire veillerait à agir en conséquence. Le montant transféré est toujours demeuré sous l'autorité du fiduciaire, qui détenait les titres et autres prérogatives d'administration. Qui plus est, l'intimée ne pouvait prescrire quand les placements devaient

être vendus. Le juge Dalphond a accepté et fait sienne la conclusion de la Cour d'appel dans *Darling c. Le sous-ministre du Revenu du Québec*⁴, dans laquelle le juge Biron, en vertu de l'ancienne loi (avant 1994), avait conclu que, dans une fiducie à titre gratuit entre vifs, la réserve du constituant de donner une directive au fiduciaire d'effectuer les placements n'entamait en rien la caractérisation de la donation en tant que fiducie ; qu'il n'y avait aucun écrit à l'effet contraire, et que, quoi qu'il en soit, une directive donnée au fiduciaire était subordonnée à l'obligation légale de ce dernier d'agir en tant que *bon père de famille*, et que le fiduciaire pouvait la refuser⁵.

8. Le juge Dalphond a alors ajouté une réserve avec laquelle je ne saurais être en désaccord, mais que je trouve superflue. Il dit :

[...] la situation s'apparente à celle où, au moment de la constitution de la fiducie, le constituant précise les investissements autorisés. [...] En l'instance, au lieu d'avoir des véhicules d'investissement désignés à l'avance, ceux-ci sont organisés ou choisis par Investors, le conseiller financier du fiduciaire, et que l'intimée ne peut qu'indiquer une préférence à l'intérieur de ces véhicules. En d'autres mots, le véritable choix est fait par Investors.

9. On doit savoir que Investors n'est pas partie à l'accord de fiducie et que, bien que membre du groupe du fiduciaire en tant que conseiller en placement, elle est une entité indépendante. Les raisons pour lesquelles je trouve le commentaire superflu apparaîtront à la lueur des observations qui suivent.

Principes sous-jacents

10. En affirmant que le constituant peut se réserver le droit de choisir les placements que le fiduciaire a pour mandat d'effectuer, quelque large ou étroit que ce droit puisse être, la Cour d'appel affirme essentiellement un certain nombre de principes qui sont à la base même du droit du Québec visant les fiducies. Ceux-ci valent d'être énumérés.

11. (1) Elle affirme que la liste des droits que le constituant peut se réserver ne se restreint point aux droits identifiés dans le code. Le code fait état du droit de recevoir les fruits et revenus (art. 1281), du droit d'agir conjointement avec le fiduciaire (art. 1275), du droit de surveillance (art. 1287), du droit d'augmenter le patrimoine fiduciaire (art. 1293) et du droit de désigner le ou les fiduciaire(s). Le droit de suggérer les placements n'est pas un de ces droits. Ainsi, les droits énumérés dans le code ne sont ni définitifs ni exhaus-

4. *Darling c. Le sous-ministre du Revenu du Québec*, [1996] R.D.F.Q. 28, J.E. 96-862.

5. Le juge Dalphond a fait sienne une déclaration par le présent rédacteur qui cite à partir de *Darling* et qui a trouvé dans son article « Le REÉR Québec et la *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault* », (2003) *R. du B.* 255, à la p. 274. Le présent article est un extrait de l'ouvrage de l'auteur *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Carswell, 2005.

tifs⁶. Ils sont donnés à titre indicatif, et l'on pourrait encore ajouter sensiblement à la liste.

12. (2) La règle voulant que le fiduciaire ait la « maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire » énoncée à l'article 1278 (quel qu'en soit le sens) ne saurait constituer un élément essentiel à la constitution de la fiducie. Comme la Cour d'appel a tranché dans *Bagnoud*, on retrouve ces éléments à l'article 1260. Ils ne se limitent point à ceux que l'on trouve à l'article 1260 (voir le paragraphe 3, ci-dessus).

13. (3) Il est clair, suivant le contexte de la décision, que le constituant peut se réserver en grande partie le pouvoir de choisir les placements ou qu'il peut conférer ce droit à quelqu'un d'autre dans la mesure où le fiduciaire a la faculté de refuser les suggestions qu'il considère imprudentes. En réalité, dans le présent cas, les placements effectués, distincts du type de régime de placement, ont été choisis par Investors, une société distincte du fiduciaire. Bien que société sœur du fiduciaire, la loi ne fait aucune distinction entre elle et une personne étrangère. Ni le code ni aucune autorité n'apportent cette distinction. La plupart des fiducies d'investissement et caisses de retraite, y compris celles réglementées par la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*⁷, prescrivent uniquement que les titres devant être achetés ou vendus soient choisis par un conseiller en

placement.

14. (4) L'acte de fiducie peut servir à contrôler, restreindre ou orienter le fiduciaire dans l'utilisation de ses pouvoirs. Cette notion nécessite d'être approfondie.

Encadrement juridique des pouvoirs du fiduciaire

15. D'abord, tous les pouvoirs du fiduciaire sont assujettis à trois restrictions, dont l'essence découle des dispositions de l'article 1308. En tant qu'administrateur du bien d'autrui, l'article 1308 s'applique au fiduciaire, et établit ce dernier assujetti aux obligations que la loi et l'acte constitutif imposent. La loi impose bon nombre d'obligations au droit directes et indirectes, expresses et implicites. Ainsi, il doit (i) agir comme administrateur prudent, éviter les conflits d'intérêts, et agir dans le meilleur intérêt du bénéficiaire (1309, 1310), et ainsi de suite. En outre, (ii) l'obligation lui incombe de réaliser les buts de la fiducie. On peut caractériser celle-ci comme l'obligation de bon sens et de bonne foi. Le fiduciaire ne peut agir au-delà des exigences nécessaires à l'accomplissement des buts de la fiducie, si étroitement énoncés soient-ils. Le fiduciaire chargé de conserver un bien en l'attente de la constitution d'une société par actions après réalisation des conditions énoncées (des engagements de financement, par exemple) n'a aucun pouvoir de vendre le bien à moins de n'y être expressément autorisé. Le

6. Pour une analyse plus détaillée voir, du même auteur, *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 5, ch. 6.

7. Pour une analyse plus détaillée voir, du même auteur, *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 5, ch. 6.

fiduciaire chargé de préserver un monument à l'aide d'un fonds prévu pour son entretien est dans une position analogue. D'autre part, le fiduciaire d'un bien assujéti à une rente viagère grevant le revenu pourrait se voir obligé de vendre des éléments d'actif non productifs et d'en réinvestir le produit. En dernier lieu, (iii) comme l'article 1308 le déclare, le fiduciaire doit agir en conformité avec les obligations que lui impose l'acte constitutif ; il doit agir dans les limites des pouvoirs, restrictions et directives contenus dans l'acte de fiducie. Il est clair que les trois restrictions se chevaucheront, mais qu'à cela ne tienne. Elles servent à identifier l'étendue des pouvoirs du fiduciaire.

16. Ces restrictions s'appliquent tant aux pouvoirs d'administration que de disposition. Quelques exemples sont de mise. Le fiduciaire d'une fiducie de sûreté pourra se voir restreint à investir le produit de disposition d'un bien dans des obligations d'État. S'il contrôle les rentrées de fonds d'une entreprise, il pourrait être tenu de les affecter d'abord au règlement d'obligations déterminées et, par la suite, aux obligations courantes de l'entreprise selon que le constituant l'en enjoint. Le fiduciaire d'une fiducie d'entreprise pourra voir ses pouvoirs restreints à certains actes : emprunts, acquisition de nouveaux biens, aliénations importantes, changement de destination, sans le consentement du constituant ou du porteur de parts/épargnant/bénéficiaire, ou des deux. Il en est de même pour le fiduciaire d'un bien patrimonial et d'un fonds pour en assurer l'en-

retien. Le fiduciaire d'une succession peut se voir enjoint à accumuler ou à amortir certains frais, charges ou avances au titre de remboursement de capital contre les comptes de produits et de capital d'une façon définie. Cela pourrait être laissé à sa discrétion.

17. Le principe demeure même si l'acte de fiducie prévoit que de telles restrictions supposent le consentement ou les directives du constituant. En agissant de la sorte, il intervient en tant que tiers, et non en tant que constituant. Il nous faut ici distinguer entre les pouvoirs réservés au constituant qui ne sont jamais cédés au fiduciaire et les pouvoirs cédés au fiduciaire lorsque leur exercice est assujéti au consentement du constituant. Une fiducie de redevances est un exemple patent. L'acte de fiducie pourrait prévoir que le fiduciaire détient la totalité des éléments d'actif d'une entreprise au profit des porteurs de parts, mais que leur exploitation soit confiée à un autre. Rien ne change si la personne désignée dans l'acte est également le constituant. Il exploiterait l'entreprise en tant que personne désignée, et non en tant que constituant. Il détiendrait les éléments d'actif au nom du fiduciaire. Il doit cependant le faire de la manière prescrite dans l'acte de fiducie. Il en va de même s'il conserve le pouvoir d'orienter les placements d'un régime. S'il est également bénéficiaire, même d'une rente viagère, il pourra se voir placé en situation de conflit d'intérêts. Ceci n'est pas illégal, mais pourra présenter un problème d'un ordre différent.

18. Dans ces cas, les obligations du fiduciaire sont restreintes, aussi bien que sa responsabilité. Cela dit, la fiducie n'en est pas moins rendue opposable. Les biens de la fiducie lui ont été transférés pour qu'il les détienne et qu'il en détienne le titre. Il dispose de sa maîtrise et de son administration exclusive, mais dans le cadre d'objectifs restreints, d'une administration restreinte et d'obligations restreintes. Il peut être un simple dépositaire, mais une fiducie existe, et il a accepté cette fiducie.

Le défi que pose l'article 1278

19. Bien sûr, le lecteur pourra arguer que ces exemples d'autres fiducies sont sans rapport avec le sujet. Le texte clair de l'article 1278 veut que le fiduciaire doive avoir l'« administration exclusive ». S'il ne l'a pas, la fiducie ne satisfait pas aux prescriptions du code. En réponse, on peut soulever quatre points : (i) les prescriptions de l'article ne constituent nullement un élément essentiel à la constitution de la fiducie québécoise (les éléments essentiels sont énumérés au paragraphe 3) ; (ii) on trouve l'article 1278 sous le titre *Administration de la fiducie*. Dans la plupart des cas, les règles d'administration ne sont pas des impératifs, mais sont supplétifs et les parties peuvent les modifier selon leurs désirs ; (iii) le pouvoir du fiduciaire de jouir de l'« administration exclusive » doit avoir un

sens qui n'entre pas en contradiction avec le droit de « surveillance » du constituant en vertu de l'article⁸ ; (iv) en dernier lieu, nous savons que le Québec a adopté sa législation sur les fiducies aux fins de régulariser les nombreuses formes de fiducies que l'on trouvait dans la pratique : fiducies de succession, fiducies entre vifs, actes de fiducie des personnes morales, fiducies de placement, organismes de placement collectif, caisses de retraite, pour n'en nommer que quelques-unes. Certaines sont mentionnées aux articles 1263, 1269 et 1270. Le ministre de la Justice fait état d'un assez bon nombre⁹. Il en va d'un cas patent où, lorsqu'il n'y a aucun principe d'ordre public, c'est la pratique qui devrait dicter le sens du langage du Code, et non le contraire.

20. Le défi, en l'occurrence, est de trouver un sens à la phrase le « fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire » (art. 1278) qui soit conséquent avec ses divers usages. Jusqu'à quel point l'acte de fiducie peut-il contenir des directives tout en prévoyant une mesure d'« administration exclusive » au fiduciaire ? Que faut-il entendre par « administration exclusive » ? La courte réponse est la suivante : je suggère que sa discrétion s'exerce à l'intérieur des directives de l'acte constitutif. Lui seul doit avoir le pouvoir de prendre pareille décision à sa discrétion aux fins

8. Il y a également lieu de modifier la connotation du mot *surveillance* à l'article 1287 puisque, dans son sens naturel, il doit supposer le pouvoir de révision, le pouvoir de décision définitive. On doit le restreindre au pouvoir de forcer le fiduciaire à respecter ses obligations et de s'adresser aux tribunaux pour y remédier.

9. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, p. 755.

d'accomplir les obligations qui sont siennes. Il peut encore, avant de ce faire, être tenu de consulter et de prendre conseil ou de s'assurer que d'autres conditions ont été respectées. Cependant, si la décision proprement dite est celle d'autrui, elle diminue le but et l'objectif de la fiducie, et l'obligation du fiduciaire qui en découle.

21. Ce propos est illustré plus amplement par les dispositions de la faculté d'élire les bénéficiaires. Conformément à la pratique antérieure à la codification de 1994, l'article 1282 prévoit maintenant que la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part de la fiducie peut, en vertu de l'acte de fiducie, être dévolue au constituant, au fiduciaire ou à un tiers. Par leur nature même, il s'agit de pouvoirs de disposition. Si le pouvoir de verser une prestation en vertu de la fiducie n'est pas dévolu à une autre personne, il doit être dévolu au fiduciaire. L'existence de cette règle fait également en sorte de reconnaître un principe plus large. Si un tiers peut prendre des décisions qui sont en réalité dispositives, la loi est peu susceptible d'interdire la prise de décisions qui sont d'ordre administratif. De fait, le droit de surveillance prévu à l'article 1287 le soutient. Dans les deux cas, tant pour ce qui concerne le pouvoir de nomination que celui d'administration, l'acte constitutif doit prévoir la disposition nécessaire.

Le concept de l'exercice d'un pouvoir

22. Il a été fait mention ailleurs que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire – autant dire n'importe quel pouvoir, discrétionnaire ou non – comporte trois phases. Celles-ci peuvent être décrites comme suit : (i) l'obligation d'évaluer périodiquement si le pouvoir devrait être exercé, que les conditions d'exercice soient présentes ou non ; (ii) la gamme des objets du pouvoir, les choix disponibles, s'il en est, et (iii) la pertinence du choix devant être arrêté¹⁰. À mon avis, les mots *maîtrise et administration exclusive* de l'article 1278 signifient que seul le fiduciaire a le pouvoir, d'abord de maîtriser les biens de la fiducie (et la personne désignée, le locataire ou autre personne lorsque ces termes sont invoqués selon qu'il est décrit ci-dessus, ne détiendraient ni ne maîtriseraient en l'occurrence qu'au nom du fiduciaire), et ensuite, de prendre la décision requise pour affecter les biens de la fiducie à ses fins prévues ; que (à l'exclusion du pouvoir de nomination dévolu à autrui), personne ne peut le faire en son nom, toujours sous réserve des prescriptions de l'acte de fiducie. Le fiduciaire seul doit arrêter la décision dans l'application des trois phases précitées. Il ressort de ceci que le fiduciaire doit maîtriser les biens de la fiducie, soit directement, soit indirectement. S'il ne le fait pas, il lui

10. Dans *In Re Hay's Settlements*, [1981] 3 All E.R. 786, à 371 (Ch.), Sir Robert Megarry, V.C., a identifié les trois phases d'une décision discrétionnaire en ce qui concerne les pouvoirs de nomination en vertu de la *common law* (voir *Studies on the Quebec Law of Trust*, *supra*, note 5, ch. 8). Leur signification semblerait appropriée pour toutes les décisions des fiduciaires, ainsi que celles de personnes qui détiennent un pouvoir de nomination, et quant à savoir si les décisions sont d'ordre administratif ou dispositif.

sera impossible d'affecter les biens de la fiducie à leurs fins prévues. La maîtrise s'exerce moyennant la conservation des biens (et peut être exercée moyennant la conservation par une autre personne au nom du fiduciaire), ou la conservation de titres grevant les biens de la fiducie, ou les deux.

23. Une des difficultés auxquelles le civiliste non familier avec les fiducies fait face, est d'attribuer un sens aux principes de la nouvelle loi et aux articles du code sur les fiducies d'une manière suffisamment large pour répondre aux nécessités de la situation lorsqu'on les applique à tous les usages faits des fiducies. En règle générale, il doit trouver le plus petit dénominateur commun parmi un grand nombre d'applications. Les usages faits aujourd'hui, particulièrement en ce qui concerne les questions commerciales, sont tellement larges et variés qu'ils font de l'exercice une tâche plutôt formidable. Je soutiens que les exemples donnés dans ces notes sont tous des exemples de situations fiduciaires auxquelles la nouvelle loi sur les fiducies devrait faire droit. Ils étaient dans la mire du législateur lors de la rédaction du code. Ils se

veulent une tentative d'illustrer cette flexibilité. L'échec à trouver un sens ouvert et non limitatif aura pour conséquence de restreindre le sens d'au moins quelques-uns de ces principes et sera une source d'incertitude, de confusion, voire d'instabilité dans notre loi pour des années à venir. Il fera obstacle à l'intention du législateur de fournir une institution à grande échelle et flexible, particulièrement en ce qui concerne les questions de nature commerciale.

24. La rédaction des dispositions du code concernant cette nouvelle institution est remarquablement bien faite. Elle se limite aux principes de base dont peu sont mandatoires, et dont la plupart sont facultatifs, non limitatifs et exprimés dans un langage clair et simple. Une exception pourrait être le langage de l'article 1278. Aux fins de tenir compte des nombreux usages et formes des fiducies, tels qu'illustrés dans les présentes notes, on peut les lire comme s'ils étaient rédigés comme suit. En les récrivant, j'ai collé le plus possible à l'original. [Les nouveaux mots sont soulignés. On trouvera de courtes explications entre crochets suivant certaines phrases.]

1278. Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration du patrimoine fiduciaire, en ce que : [Le mot *exclusif* a été biffé de ce texte, mais on le retrouve en (6), ci-dessous.]

(1) les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom ;

(2) il exerce tous les droits afférents au patrimoine, comme s'il était le titulaire de ces droits ; [Les mots soulignés sont nouveaux. Un patrimoine n'a aucun droit ; seule une personne a des droits.]

(3) il peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation ;

(4) il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ;

(5) il agit selon les conditions, modalités, directives et restrictions de l'acte constitutif ; [Ceci est nouveau, mais ne modifie en rien la loi. Il articule simplement le principe de l'article 1308, et les notes qui précèdent.]

(6) le fiduciaire exerce ces pouvoirs, avec leurs modifications, selon sa discrétion exclusive et comme administrateur prudent aux fins de l'accomplissement des objectifs de la fiducie. [Cet alinéa est également nouveau et se veut une tentative de clarifier mais, à mon avis, non de modifier le sens de l'article. À noter que le mot *exclusif* est utilisé ici. Il est également souhaitable d'indiquer que le fiduciaire dispose de *pouvoirs* et non de *droits*.]

1278. A trustee has the control and administration of the trust patrimony, such that : [The word "exclusive" has been dropped from here, but is used in (6) below.]

(1) the titles relating to the property of which it is composed are drawn up in his name;

(2) he has the exercise of all the rights pertaining to the patrimony as if he were the titular of these rights; [The words underlined are new. A patrimony has no rights. Only a person has rights.]

(3) he may take any proper measures to secure its appropriation;

(4) he acts as the administrator of the property of others charged with full administration;

(5) he acts according to the terms, modalities, directions and restrictions of the act constituting the trust; [This is new, but does not change the law. It merely articulates the principle of article 1308, and the foregoing notes.]

(6) these powers, as so modified, are exercised according to the exclusive discretion of the trustee, and as a prudent administrator for the fulfilment of the purposes of the trust. [This is also new, and is an attempt to clarify, but not in my opinion change, the meaning of the article. Note that "exclusive" is used here. It is also desirable to indicate that the trustee enjoys "powers", not "rights".]

Conclusion

25. Le jugement de la Cour d'appel dans *Bagnoud* apporte un éclaircissement précieux à notre compréhension de la nouvelle loi sur les fiducies. D'abord, elle affirme qu'un REÉR peut être constitué en tant que fiducie québécoise ; ensuite, comme les présentes notes ont tenté de le démontrer, inhérent à la conclusion du tribunal, mais non articulé, est le principe que l'« administration exclusive » confiée au fiduciaire en vertu de l'article 1278 peut être assujettie à un certain nombre de directives ou restrictions. Ce principe n'est pas non plus articulé clairement dans le code.

26. Pour conclure, la décision révèle également, et évite soigneusement, le piège d'avoir à définir les mots du code dans leur application en l'espèce. Si elle le faisait, cela aurait probablement pour résultat de restreindre leur sens lorsqu'elles surgissent dans des contextes différents. Face à la nouvelle codification, le grand défi qui se pose pour l'avocat et pour le juriste, est de prévoir comment les mots du code doivent s'appliquer dans les multiples situations que la nouvelle loi a pour objet d'aborder et de leur conférer un sens qui soit suffisamment élastique pour les englober toutes.