

**Royal Trust Company** *Appellant*;

and

**Dame Barbara Tucker** *Respondent*;

and

**Judith Mae Buller, Catherine Martha Buller, Patricia Doreen Buller, Pamela Christine Buller, Diane Harding Tucker, Daphney Millicent Tucker and the Registrar of the Registration Division of Montreal** *Mis en cause*;

and

**H. Clark Holden** *Intervener*.

File No.: 15949.

1981: February 12; 1982: February 9.

Present: Laskin C.J. and Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Trusts and trustees — Deed of donation and trust in favour of primary beneficiaries who did not exist when deed of donation and trust was made — Quebec trust of English inspiration — Acceptance of the trust — Ownership of the trust property — Deed of donation and trust in favour of secondary beneficiaries not a gift in contemplation of death — Civil Code, arts. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.*

In 1953 respondent concluded a deed of donation and trust with appellant pursuant to arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*. In 1974 respondent challenged the validity of this contract on the grounds that the gift made in favour of the unborn children of the donor (primary beneficiaries) and in favour of the sisters of the donor (secondary beneficiaries) was void: the former because the beneficiaries did not exist when the deed of donation and trust was made; the latter because it is incidental to the former and is a gift in contemplation of death. The Superior Court dismissed the action but respondent's appeal to the Court of Appeal was allowed.

*Held:* The appeal should be allowed.

The deed of donation and trust made for the benefit of the unborn children of the donor is valid. The property conveyed in trust is taken out of the grantor's estate and it is the trustee, whose acceptance sufficed to make the trust irrevocable, who becomes owner of the prop-

**Royal Trust Company** *Appelante*;

et

**Dame Barbara Tucker** *Intimée*;

et

**Judith Mae Buller, Catherine Martha Buller, Patricia Doreen Buller, Pamela Christine Buller, Diane Harding Tucker, Daphney Millicent Tucker et le registraire de la division d'enregistrement de Montréal** *Mis en cause*;

et

**H. Clark Holden** *Intervenant*.

N° du greffe: 15949.

1981: 12 février; 1982: 9 février.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Martland, Ritchie, Dickson, Beetz, Estey et Chouinard.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Fiducies et fiduciaires — Donation fiduciaire en faveur de bénéficiaires de premier rang inexistantes lors de la création de la donation — Fiducie québécoise d'inspiration anglaise — Acceptation de la fiducie — Propriété des biens transportés en fiducie — Donation fiduciaire en faveur des bénéficiaires de deuxième rang ne constituant pas une donation à cause de mort — Code civil, art. 754, 758, 760, 782, 981a, 981b, 981l.*

L'intimée a conclu avec l'appelante en 1953 un contrat de donation fiduciaire régi par les art. 981a et suivants du *Code civil*. En 1974, l'intimée a contesté la validité de ce contrat aux motifs que la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice (bénéficiaires de premier rang) et pour le bénéfice des sœurs de la donatrice (bénéficiaires de deuxième rang) était nulle: la première, parce que les bénéficiaires étaient inexistantes lors de la création de la donation; la deuxième, parce qu'elle est l'accessoire de la première et qu'elle constitue une donation à cause de mort. La Cour supérieure a rejeté l'action mais l'appel de l'intimée à la Cour d'appel a été accueilli.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice est valide. Les biens transportés en fiducie sont sortis du patrimoine de la donatrice et c'est le fiduciaire, dont l'acceptation suffit à rendre la constitution de la fiducie irrévocable, qui

erty for the duration of the trust. There is thus no further impediment to the validity of the trust, since it is not necessary that there be beneficiaries in whom ownership of the property conveyed is vested. When art. 981a refers to the provisions relating to gifts and legacies, it does so subject to the special characteristics of the trust, and not as if the trust did not exist and this was an ordinary gift or an ordinary legacy. Articles 981a *et seq.* must be given a wide and liberal interpretation, favouring an extension of the contractual and testamentary freedom of the parties and in keeping with the purpose of the legislation, which is to enable individuals to do by gift *inter vivos* what it was already possible to do in part by will, including the creation of a benefit intended for a non-existent person. Public order and the law do not prohibit it.

The deed of donation and trust in favour of the donor's sisters is also valid. This gift, distinct from the first, is not a gift in contemplation of death because in the case at bar the condition accompanying the deed of donation and trust is not the donor's death, but the absence of any issue of the donor at the time fixed by her for the trust to terminate. As the donor has irrevocably divested herself of the trust property, she has conferred on her sisters a suspensive right which she can no longer take back.

*Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; *Harwood v. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*, [1977] C.S. 165; *Reford v. National Trust Company*, [1968] Que. Q.B. 689; *Masson v. Masson* (1912), 47 S.C.R. 42; *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80; *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7; *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666; *Green-shields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216; *Crown Trust Co. v. Higher et al.*, [1977] 1 S.C.R. 418; *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96; *Guaranty Trust Co. of New York v. The King*, [1948] S.C.R. 183; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488; *Taylor v. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Quebec, [1979] C.A. 308, reversing a judgment of the Superior Court, [1976] C.S. 895. Appeal allowed.

*William E. Stavert* and *James P. Thomson*, for the appellant.

*Georges Audet* and *Jean-Pierre Bréard*, for the respondent.

devient le propriétaire de ces biens pour la durée de la fiducie. Il n'y a donc plus d'empêchement à la validité de la fiducie puisqu'il n'est pas nécessaire qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui reposerait la propriété des biens transportés. Lorsque l'art. 981a renvoie aux dispositions relatives aux donations et aux legs, c'est sous réserve des particularités de la fiducie, et non pas comme si la fiducie n'existait pas et comme s'il s'agissait d'une simple donation ou d'un simple legs. Les articles 981a et suivants doivent donc s'interpréter d'une façon large et libérale, favorable à une extension de la liberté contractuelle et testamentaire des parties et au but de la législation qui est de permettre, entre autres, que l'on accomplisse par donation entre vifs ce qu'il était déjà possible de réaliser en partie par testament, y compris la constitution d'un avantage destiné à une personne inexistante. L'ordre public et les lois ne s'y opposent pas.

La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice est également valide. Cette donation, distincte de la première, ne constitue pas une donation à cause de mort car en l'espèce la condition dont la donation est assortie n'est pas la mort de la donatrice mais l'absence de descendants de celle-ci au moment fixé par elle pour l'ouverture de la fiducie. La donatrice, s'étant irrévocablement dépouillée des biens donnés en fiducie, a conféré à ses sœurs un droit suspendu qu'elle ne peut plus leur enlever.

Jurisprudence: *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283; *Harwood c. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165; *Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689; *Masson c. Masson* (1912), 47 R.C.S. 42; *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80; *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7; *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666; *Green-shields et autre c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216; *Crown Trust Co. c. Higher et autre*, [1977] 1 R.C.S. 418; *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96; *Guaranty Trust Co. of New York c. Le Roi*, [1948] R.C.S. 183; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488; *Taylor c. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1979] C.A. 308, infirmant un jugement de la Cour supérieure, [1976] C.S. 895. Pourvoi accueilli.

*William E. Stavert* et *James P. Thomson*, pour l'appelante.

*Georges Audet* et *Jean-Pierre Bréard*, pour l'intimée.

English version of the judgment of the Court delivered by

BEETZ J.—This Court has to decide, *inter alia*, as to the validity of a deed of donation and trust made otherwise than by a marriage contract, the primary beneficiaries of which are the unborn children of the donor.

### I—Facts and proceedings

The facts are not in dispute.

On March 13, 1953, in Montreal, respondent concluded a deed of donation and trust with appellant pursuant to arts. 981*a et seq.* of the *Civil Code*. The chief provisions of this contract are as follows:

The Donor doth hereby transfer, convey and make over by way of gift *inter vivos* and irrevocable to the Trustee thereof accepting in trust for the purposes and on behalf of the beneficiaries hereinafter set out the stocks, bonds and securities set out in the schedule hereto annexed marked "A" identified by the signature of the parties hereto and the undersigned Notary, which will hereinafter be called "the Trust Property".

The present Donation has been thus made subject to the following conditions, namely:

(1) During the lifetime of the Donor, the Trustee shall pay to or use for her the net revenues from the Trust Property and in addition such parts of the capital of the Trust Property as the Trustee in its sole discretion may deem advisable to pay to or use for her from time to time to provide for illness, accidents, emergencies, or other needs of a serious nature.

(2) Upon the death of the Donor to divide the Trust Property as then composed among the Donor's lawful children in the first degree and the Donor's grandchildren in the first degree, or any one or more of such children or grandchildren in accordance with the terms of the Donor's Will, and failing such Will or in so far as the said Will may not apply to the Trust Property, to pay the same to the Donor's lawful children in the first degree in equal parts upon their respectively attaining the age of twenty-five years. Should any child in the first degree of the Donor have predeceased the Donor leaving lawful issue such issue will take the share that would have devolved to their deceased parent and failing issue the same will accrue to the remaining children in the first degree of the Donor and the issue of her predeceased children in the first degree in equal parts by roots. Should any child in the first degree of the Donor

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE BEETZ—Il faut décider, entre autres, de la validité d'une donation fiduciaire faite autrement que par contrat de mariage et dont les premiers bénéficiaires sont les enfants à naître de la donatrice.

### I—Les faits et les procédures

Les faits ne sont pas en litige.

Le 13 mars 1953, à Montréal, l'intimée a conclu avec l'appelante un contrat de donation fiduciaire régi par les art. 981*a* et suivants du *Code civil*. En voici les principales dispositions:

[TRADUCTION] La donatrice donne, cède et transporte par les présentes, par donation entre vifs et irrévocable au fiduciaire qui les accepte, en fiducie, au nom et pour le bénéfice des bénéficiaires ci-après désignés, les actions, obligations et valeurs mobilières énumérées à la liste annexée aux présentes, marquée «A» et identifiée par les signatures des parties aux présentes et du notaire soussigné, ci-après appelées «la fiducie».

La présente donation est ainsi faite sujette aux conditions suivantes, savoir:

(1) Du vivant de la donatrice, le fiduciaire lui remettra ou utilisera pour elle les revenus nets de la fiducie et toute partie du capital de la fiducie que le fiduciaire jugera à propos, à sa seule discrétion, de verser à la donatrice ou d'utiliser pour elle à l'occasion pour faire face à tout accident, maladie, cas urgent ou autre nécessité de nature grave.

(2) Au décès de la donatrice, diviser ce qui constituera alors la fiducie entre les enfants légitimes au premier degré de la donatrice et les petits-enfants au premier degré de la donatrice, ou l'un ou plusieurs desdits enfants et petits-enfants selon la teneur du testament de la donatrice, et, à défaut de tel testament, ou dans la mesure où tel testament pourrait ne pas s'appliquer à la fiducie, remettre celle-ci aux enfants légitimes au premier degré de la donatrice en parts égales lorsqu'ils atteindront chacun respectivement l'âge de vingt-cinq ans. Si l'un des enfants au premier degré de la donatrice la précède laissant des enfants légitimes, ces enfants recevront la part qui aurait été dévolue à leur père ou mère précédé et, à défaut de descendance, cette part accroîtra aux enfants survivants au premier degré de la donatrice et aux enfants de ses enfants au premier degré précédés, en parts égales et par souches. Si l'un

survive her but die before reaching the age of twenty-five years leaving lawful issue, such issue shall take the share of their deceased parent and failing issue the same will accrue to the other children in the first degree of the Donor and the issue of predeceased children in the first degree equally by roots. The shares of all such issue of the Donor's children in the first degree shall be paid over to them as they respectively reach the age of twenty-five years. During the minority of all children and their issue herein referred to the Trustee shall use for their welfare the revenues from their respective shares, in such amounts and through such channels as the Trustee in its sole discretion may decide, and after reaching majority each beneficiary shall be paid his or her share of revenues direct. In addition such parts of the capital of their respective shares as the Trustee in its sole discretion may deem advisable may be paid to or used for such beneficiary from time to time to provide for illness, accidents, emergencies or other needs of a serious nature.

In the event of any beneficiary under this clause (2) dying without issue before attaining twenty-five years of age the share of such beneficiary shall accrue to his or her brothers and sisters or their children representing them.

(5) Upon the death of the Donor, should there be no lawful descendants of hers then living, or should all her lawful descendants who survive her die before reaching the age of twenty-five years, the Trustee shall pay over one-half of the Trust Property to LESLIE A. TUCKER, the Donor's Father, and shall pay the remaining half to the other children in the first degree of the said Leslie A. Tucker, the lawful issue of such children to take the share of any of them who may have predeceased, by representation: the children and issue who are to share hereunder to be determined at the death of the Donor or of the last of her descendants whichever event is the later: but should all such children and their issue have predeceased the said Leslie A. Tucker, and latter shall receive the whole of the Trust Property. Should the said Leslie A. Tucker have predeceased the Donor, and the Donor's descendants and his own other children in such event the Trustee shall divide the whole of the Trust Property among the other children of the said Leslie A. Tucker or their issue aforesaid. Should the said Leslie A. Tucker and all his other children and their lawful descendants be dead as well as the Donor and her lawful descendants in such event the Trustee shall divide the Trust Property among the abintestate legal heirs of the Donor, such heirs to be determined as at the

quelconque des enfants au premier degré de la donatrice lui survit mais décède avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans et laisse des enfants légitimes, ces enfants recevront la part de leur père ou mère prédécédé et, à défaut de descendance, cette part accroîtra aux autres enfants au premier degré de la donatrice et aux enfants de ses enfants au premier degré prédécédés, en parts égales par souches. La part de chacun des descendants des enfants au premier degré de la donatrice lui sera versée lorsqu'il atteindra l'âge de vingt-cinq ans. Pendant la minorité de tous les enfants et celle de leurs descendants ci-dessus mentionnés, le fiduciaire emploiera, pour leur bien-être, les revenus de leur part respective, dans la proportion et selon les modalités dont le fiduciaire sera le seul juge et après avoir atteint sa majorité chaque bénéficiaire recevra sa part de revenus personnellement. De plus, le fiduciaire pourra, s'il le juge à propos, à sa seule discrétion, verser à l'occasion, à tout bénéficiaire ou utiliser pour lui, toute partie du capital de sa part, pour faire face à tout accident, maladie, cas urgent ou autre nécessité de nature grave.

Si l'un ou l'autre des bénéficiaires en vertu de l'article (2) ci-dessus décède sans postérité avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, sa part accroîtra à ses frères et sœurs survivants ou à leurs enfants par représentation.

(5) Si, à son décès, la donatrice ne laisse aucun enfant légitime qui lui survive, ou si elle laisse des descendants qui lui survivent et qu'ils décèdent tous avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, le fiduciaire remettra la moitié de la fiducie à LESLIE A. TUCKER, le père de la donatrice, et l'autre moitié aux autres enfants au premier degré dudit Leslie A. Tucker, les descendants légitimes desdits enfants prenant, par représentation, la part de celui ou de ceux qui seraient prédécédés; les enfants et descendants qui seront bénéficiaires en vertu du présent paragraphe seront déterminés au décès de la donatrice ou au décès du dernier de ses descendants, selon l'événement qui se produira le dernier, mais si tous ses enfants et leurs descendants prédécèdent ledit Leslie A. Tucker, celui-ci aura droit à la totalité de la fiducie. Si ledit Leslie A. Tucker prédécède la donatrice, tous les descendants de la donatrice et ses autres enfants, le fiduciaire partagera alors la totalité de la fiducie entre les autres enfants dudit Leslie A. Tucker ou leur postérité ci-dessus mentionnée. Si ledit Leslie A. Tucker et tous ses autres enfants et leurs descendants sont décédés de même que la donatrice et tous ses descendants légitimes, le fiduciaire divisera alors la fiducie entre les héritiers légaux ou ab intestat de la donatrice. Ces héritiers seront déterminés au décès de la donatrice ou

death of the Donor or the last descendant of the Donor whichever is the latest.

The contract confers on the trustee the most extensive powers of administration and alienation, in addition to those which he is given by law.

When she signed this agreement, respondent was domiciled in the Province of Quebec, was unmarried and had no children. She now has four minor daughters, Judith Mae, Catherine Martha, Patricia Doreen and Pamela Christine Buller, represented by the intervener, their tutor *ad litem*.

The mis en cause Diane Harding and Daphney Millicent Tucker, who are both unmarried, of legal age and without issue, are the only other children of the late Leslie A. Tucker, respondent's father. It is not in dispute that they existed on March 13, 1953.

Appellant trust company continues to be in possession of all the property included in the trust, a portfolio of securities and mortgage loans which it has managed since 1953.

By her action brought against appellant in 1974, respondent asked the Superior Court to void the 1953 deed of donation and trust *ab initio*, to declare respondent the sole owner of the property conveyed in trust, which she valued at \$154,432, to direct appellant to transfer this property to her and to order appellant to pay her the sum of \$154,432 if it failed to transfer the trust property to her within sixty days of the judgment.

The grounds of nullity relied upon by respondent include *inter alia* the following, the only ones that were argued as far as this Court: (a) the gift made in favour of the primary beneficiaries is void because these beneficiaries did not exist when the deed of donation and trust was made; (b) the gift made in favour of the secondary beneficiaries is void because it is incidental to the foregoing and is a gift in contemplation of death.

Appellant submitted its rights to the Court but contended that the deed of donation and trust was valid.

au décès du dernier descendant de la donatrice, selon l'événement qui se produira le dernier.

Le contrat confère au fiduciaire les pouvoirs d'administration et d'aliénation les plus étendus, en sus de ceux qui lui sont donnés par la loi.

Lors de la signature de cette convention, l'intimée, alors domiciliée dans la province de Québec, était célibataire et n'avait pas d'enfants. Elle a maintenant quatre filles mineures, Judith Mae, Catherine Martha, Patricia Doreen et Pamela Christine Buller, représentées par l'intervenant, leur tuteur *ad litem*.

Les mises en cause Diane Harding et Daphney Millicent Tucker, toutes deux célibataires, majeures et sans descendance, sont les seuls autres enfants de feu Leslie A. Tucker, père de l'intimée. Il n'est pas contesté qu'elles existaient le 13 mars 1953.

La compagnie fiduciaire appelante est restée en possession de tous les biens transportés en fiducie, un portefeuille de valeurs mobilières et de créances hypothécaires qu'elle gère depuis 1953.

Par son action intentée à l'appelante en 1974, l'intimée demande à la Cour supérieure de prononcer la nullité *ab initio* de la donation fiduciaire de 1953, de déclarer l'intimée seule propriétaire des biens transportés en fiducie, qu'elle évalue à la somme de \$154,432, d'ordonner à l'appelante de lui transférer ces biens et de condamner l'appelante à lui payer la somme de \$154,432 sur défaut par elle de lui transférer les biens de la fiducie dans les soixante jours du jugement.

Les motifs de nullité invoqués par l'intimée comprennent entre autres les suivants, les seuls que l'on ait plaidés jusqu'en cette Cour: (a) la donation faite en faveur des bénéficiaires de premier rang est nulle parce que ces bénéficiaires étaient inexistants lors de la donation fiduciaire; (b) la donation faite en faveur des bénéficiaires de deuxième rang est nulle parce qu'elle est l'accessoire de la précédente et qu'elle constitue une donation à cause de mort.

L'appelante s'en est remise à la justice mais elle a soutenu la validité de la donation fiduciaire.

In his capacity as tutor of respondent's daughters, the intervenor submitted their rights to the Court.

The other two mis en cause, the respondent's sisters, did not appear.

## II—The judgments of the Superior Court and of the Court of Appeal

The Superior Court judgment has been published: *Tucker v. Royal Trust Co.*, [1976] C.S. 895. Mackay J. dismissed the action of the respondent. He refused to follow two judgments given by the Superior Court in *Harwood v. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; C.S. Mtl. No. 1150, June 29, 1921, in which deeds of donation and trust were voided because the primary beneficiaries did not exist; the gift has been made, as in the case at bar, to the donor's unborn children. In Mackay J.'s view, the decision of this Court in *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283, overturned the limiting view taken of trusts in the *Harwood v. Moncel* decisions. Thus, it was held that acceptance by the trustee only suffices to make the deed of donation and trust perfect and irrevocable, and acceptance by the beneficiary is not necessary so long as he does not intend to make use of the benefits conferred on him by the trust. The trustees were also recognized to have a limited right of ownership in the property conveyed to them in trust. It accordingly becomes possible to give the Quebec law on trusts a more liberal interpretation, one which is more in keeping with its English sources. The trial judge referred to *Halsbury's Laws of England*, 3rd ed., vol. 38, at p. 817, which recognizes that trusts created for the benefit of persons who do not yet exist are valid.

However, the trial judge did not rule on the validity of the stipulation made for the secondary beneficiaries, the donor's sisters: it is unlikely that they will survive the primary beneficiaries, and in Mackay J.'s opinion, that situation can be dealt with if and when it arises. Nonetheless, the trial judge held that even if the stipulation for the benefit of the donor's sisters was void, this would not in any way affect the validity of the gift made for the benefit of the unborn children.

L'intervenant, ès qualités de tuteur des filles de l'intimée, s'en est remis à la justice.

Les deux autres mises en cause, sœurs de l'intimée, n'ont pas comparu.

## II—Le jugement de la Cour supérieure et l'arrêt de la Cour d'appel

Le jugement de la Cour supérieure a été publié: *Tucker c. Royal Trust Co.*, [1976] C.S. 895. Le juge Mackay y rejette l'action de l'intimée. Il refuse de suivre deux jugements rendus par la Cour supérieure dans *Harwood c. Moncel* (1923), 61 C.S. 497; C.S. Mtl. n° 1150, 29 juin 1921, où des donations fiduciaires ont été invalidées parce que les bénéficiaires de premier rang n'existaient pas; il s'agissait comme en l'espèce des enfants à naître de la donatrice. Selon le juge Mackay, l'arrêt rendu par cette Cour dans *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283, a écarté la conception limitative que l'on se faisait de la fiducie dans les affaires *Harwood c. Moncel*. On y a décidé en effet que l'acceptation du seul fiduciaire rend la donation fiduciaire parfaite et irrévocable et que celle du bénéficiaire n'est pas requise tant qu'il n'entend pas se prévaloir des avantages que lui procure la fiducie. On y a également reconnu aux fiduciaires un droit limité de propriété dans les biens qui leur sont transportés en fiducie. Il devient pas conséquent possible d'interpréter le droit québécois de la fiducie d'une façon plus libérale et plus en harmonie avec ses sources anglaises. Et le premier juge de référer à *Halsbury's Laws of England*, 3<sup>e</sup> éd., t. 38, à la p. 817, qui reconnaît la validité de fiducies constituées pour le bénéfice de personnes qui n'existent pas encore.

Cependant, le premier juge ne se prononce pas sur la validité de la stipulation faite pour les bénéficiaires de deuxième rang, sœurs de la donatrice: il est improbable qu'elles survivent aux bénéficiaires de premier rang et, selon le juge Mackay, il sera toujours temps de trancher dans cette éventualité. Le premier juge décide néanmoins que même si la stipulation faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice était nulle, cette nullité n'affecterait en aucune façon la validité de la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître.

In a similar case, Meyer J. of the Superior Court subsequently held as did Mackay J.: *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*, [1977] C.S. 165. His judgment is now on appeal.

The majority judgment of the Court of Appeal, [1979] C.A. 308, was based on the reasons of Paré J.A. and of Lamer J.A., as he then was.

In Paré J.A.'s opinion, the English origins of trusts and the judgment in *Curran v. Davis* are not controlling and do not affect the theory accepted in *Harwood v. Moncel*: the question for decision was different, since primary beneficiaries existed in *Curran v. Davis*; the only question was as to whether acceptance by the trustee only sufficed. As to the limited right of ownership of the trustees in the property conveyed to them in trust, it does not alter the situation [at p. 311]:

[TRANSLATION] ... art. 981a) is not concerned with the nature of the trustee's right over the property conveyed to him, but it limits the persons for whose benefit property can be conveyed by a trust to those who can be the subject of a gift.

Article 754, the article which introduces the chapter on gifts and which is referred to in art. 981a, provides:

A person cannot dispose of his property by gratuitous title, otherwise than by gift *inter vivos* or by will.

As any other type of gift is prohibited, a gift accordingly cannot be made by way of trust to benefit unborn and as yet unconceived children.

Paré J.A. considered that the gift made to benefit the secondary beneficiaries is not void as a gift made in contemplation of death, in light of the decision by this Court in *Curran v. Davis*. However, it is void because it is dependent on the principal stipulation made for the benefit of the unborn children, and falls along with it.

Lamer J.A. expressed no opinion on the origins of trusts, on the limited ownership of trustees in the trust property, or on gifts made to benefit the secondary beneficiaries. He based his decision

Dans une affaire semblable, le juge Meyer de la Cour supérieure, a subséquemment jugé comme le juge Mackay: *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165. Son jugement est présentement frappé d'appel.

L'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, [1979] C.A. 308, a été rendu pour les motifs du juge Paré ainsi que ceux du juge Lamer, maintenant juge de cette Cour.

Selon le juge Paré, les origines anglaises de la fiducie et l'arrêt *Curran c. Davis* ne sont aucunement déterminants et n'affectent pas la doctrine acceptée dans *Harwood c. Moncel*: la question à décider était différente puisque des bénéficiaires de premier rang existaient dans *Curran c. Davis*; il s'agissait uniquement de la suffisance de l'acceptation du seul fiduciaire. Quant au droit de propriété limité des fiduciaires dans les biens qui leur sont transportés en fiducie, il ne change rien à la question [à la p. 311]:

... l'article 981a) ne se préoccupe pas de la nature du droit du fiduciaire sur les biens qui lui sont transportés, mais il restreint les personnes pour le bénéfice desquelles on peut transporter des biens par le truchement d'une fiducie à celles qui peuvent faire l'objet d'une donation.

Or, l'article 754, article introductif du chapitre des donations, auquel renvoie l'art. 981a prescrit:

On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entre vifs, ou par testament.

Tout autre genre de donation étant défendu, on ne peut donc par fiducie faire une donation en faveur d'enfants à naître et non encore conçus.

Pour ce qui est de la donation faite en faveur des bénéficiaires de deuxième rang, elle n'est pas nulle comme donation faite à cause de mort, tient le juge Paré, vu l'arrêt de cette Cour dans *Curran c. Davis*. Mais elle est nulle parce qu'elle dépend de la stipulation principale faite pour le bénéfice des enfants à naître et elle tombe avec elle.

Le juge Lamer ne se prononce ni sur les origines de la fiducie ni sur la propriété limitée des fiduciaires dans les biens de la fiducie non plus que sur la donation faite en faveur des bénéficiaires de

essentially on arts. 754 and 981*a* of the *Civil Code*, concurring in the conclusions of Paré J.A.

Owen J.A., dissenting, did not rule on the validity of the gift made to benefit the unborn children as primary beneficiaries. In his opinion, the stipulation made for the secondary beneficiaries is not incidental to the first stipulation. Even if the first is void, this does not have the effect of voiding the stipulation for the benefit of persons living at the time the trust gift is concluded. Owen J.A. would have dismissed the appeal.

The Court of Appeal accordingly allowed the appeal, reversed the judgment of the Superior Court and allowed respondent's action in accordance with its conclusions.

### III—The deed of donation and trust made for the benefit of the donor's unborn children

#### 1. *Unborn children, whether ranked first or later*

It is important to distinguish between a deed of donation and trust, in which the primary beneficiaries do not exist, and those made for unborn children when the latter are secondary or tertiary beneficiaries and there are primary beneficiaries in existence. In these latter cases, the stipulations made in favour of unborn children are valid and effective provided that the children are conceived at the time the benefit stipulated in their favour takes effect, and are subsequently born viable.

In *Curran v. Davis* this Court did not have to decide the point, but on p. 303 it took for granted that such deeds of donation and trust are valid. A similar ruling was made by the Court of Appeal of Quebec in *Reford v. National Trust Company* [1968] Que. Q.B. 689, at p. 697. See also *Masson v. Masson* (1912), 47 S.C.R. 42, which concerned a testamentary trust made before the *Civil Code* was adopted in 1866: the testator left his property in trust for the benefit of his eight children and their lawful issue, for an indefinite period of time or as long as the law allowed; at pp. 73, 74, 78 and 90 Sir Charles Fitzpatrick C.J. and Anglin J.

deuxième rang. Il s'appuie essentiellement sur les art. 754 et 981*a* du *Code civil* pour souscrire aux conclusions du juge Paré.

Le juge Owen, dissident, ne se prononce pas sur la validité de la donation faite pour le bénéfice des enfants à naître, bénéficiaires de premier rang. A son avis, la stipulation faite pour les bénéficiaires de deuxième rang n'est pas l'accessoire de l'autre. Même si l'autre était nulle, sa nullité n'entraînerait pas celle qui est faite pour le bénéfice de personnes vivantes au moment de l'exécution de la donation fiduciaire. Le juge Owen aurait rejeté l'appel.

La Cour d'appel accueille donc l'appel, infirme le jugement de la Cour supérieure et maintient l'action de l'intimée suivant ses conclusions.

### III—La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice

#### 1. *Les enfants à naître, selon qu'ils viennent au premier rang ou après*

Il importe de distinguer une donation fiduciaire dont les premiers bénéficiaires sont inexistantes de celles faites pour le bénéfice d'enfants à naître lorsque ceux-ci sont bénéficiaires de deuxième ou troisième rang et qu'il existe des bénéficiaires de premier rang. Dans ces derniers cas, les stipulations faites en faveur des enfants à naître sont valides et efficaces pourvu que les enfants soient conçus au moment où prend effet le bénéfice stipulé en leur faveur et qu'ils naissent subséquemment viables.

Cette Cour n'avait pas à le décider dans *Curran c. Davis* mais, à la p. 303, elle considère la validité de ces donations fiduciaires comme allant de soi. La Cour d'appel du Québec opine dans le même sens dans *Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689, à la p. 697. Voir également *Masson c. Masson* (1912), 47 R.C.S. 42, où il s'agissait d'une fiducie testamentaire faite avant l'adoption du *Code civil* en 1866; le testateur laissait ses biens en fiducie pour le bénéfice de ses huit enfants et de leurs descendants légitimes et ce, indéfiniment ou autant que permis par la loi; aux pp. 73, 74, 78 et 90 le juge en chef sir Charles



expressed the view that the limitations regarding substitution should be extended by analogy to this trust, which can thus benefit two ranks of successive beneficiaries as to the income, and the ultimate beneficiaries, who will receive the capital.

Text writers also recognize the validity of deeds of donation and trust for the benefit of unborn children when the latter do not rank first but after other living beneficiaries: Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montreal, Wilson and Lafleur, 1936, p. 190, No. 173; Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson and Lafleur, 1980, p. 19, No. 29.

When, however, the question is as to the validity of a deed of donation and trust made primarily for the benefit of unborn children, as in the case at bar, opinions differ both in the cases and among text writers.

With respect to cases, apart from the case at bar, I have already referred to: *Harwood v. Moncel* and the *Estate of the late Thomas Fyshe v. Fyshe*.

Billette (*Donations et testaments*, Montreal, 1933, at p. 187), Faribault (*supra*, p. 190, No. 172) and Cantin Cumyn (*supra*, p. 22, No. 32) conclude that such gifts are invalid. In an unpublished thesis for the Faculty of Law of McGill University, *The Law of Trusts in the Province of Quebec*, 1935, Lionel Rubin concludes at p. 52 that they are valid. In 1935, Mignault made a presentation to the Faculty of Law of Paris on "La fiducie dans la province de Québec" [Trusts in the Province of Quebec]. The text was published in the *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, January-March 1936 issue, at p. 119. At page 130 we find the following:

[TRANSLATION] I do not think there is any need to give a detailed description of how trusts operate. Their advantage is that they allow an owner of property to make intermediaries responsible for administering property which he hesitates to give directly to individuals about whose character he knows nothing at the time, for example, for children who are under age or, even more

Fitzpatrick et le juge Anglin expriment l'avis que les limitations relatives à la substitution doivent par analogie s'étendre à cette fiducie qui peut donc profiter à deux rangs de bénéficiaires successifs du revenu et aux bénéficiaires ultimes à qui l'on doit remettre le capital.

La doctrine reconnaît elle aussi la validité des donations fiduciaires faites pour le bénéfice d'enfants à naître lorsque ceux-ci ne viennent pas au premier rang mais après d'autres bénéficiaires vivants; Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 190, n° 173; Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson et Lafleur, 1980, p. 19, n° 29.

Par ailleurs, s'agit-t-il, comme en l'espèce, de la validité d'une donation fiduciaire faite en premier lieu pour le bénéfice des enfants à naître, les avis sont partagés en jurisprudence comme en doctrine.

Pour la jurisprudence, j'ai déjà mentionné, outre la présente cause, les affaires *Harwood c. Moncel* et *Estate of the late Thomas Fyshe c. Fyshe*.

Billette, (*Donations et testaments*, Montréal, 1933, à la p. 187), Faribault (précité, p. 190, n° 172) et Cantin Cumyn (précité, p. 22, n° 32) concluent à l'invalidité. Dans une thèse inédite de la Faculté de droit de l'Université McGill, *The Law of Trusts in the Province of Quebec*, 1935, Lionel Rubin tient pour la validité, à la p. 52. En 1935, Mignault a fait une communication à la Faculté de droit de Paris sur «La fiducie dans la province de Québec». Le texte en a été publié dans le *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, numéro de janvier-mars 1936, à la p. 119. On y trouve le passage suivant à la p. 130:

Je ne crois pas qu'il soit nécessaire de faire une description détaillée du fonctionnement de la fiducie. L'intérêt qu'elle offre, c'est qu'elle permet à un propriétaire de confier à des intermédiaires l'administration de biens qu'il hésite à donner directement à des personnes dont il ne connaît pas encore le caractère ou les dispositions, par exemple des enfants en bas âge ou, à plus forte

so, for unborn children. The tool which it provides is a very flexible one. The profession of trustee has been organized through the establishment of very large companies with unquestioned solvency.

This passage is so general that it can apply to trusts like the one under consideration, but it is not absolutely clear.

Louis Baudouin appears to be of the opinion that trusts established for the benefit of unborn children are all valid; as Mignault, he does not distinguish between primary beneficiaries and those who rank after them: *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, at pp. 1245-46.

D. W. R. Waters raised the question in *Law of Trusts in Canada*, Carswell, 1974, c. 28: "The Trust in Quebec", at pp. 948, 949 and 951, but he offered no solution.

Finally, such authors as Germain Brière and Roger Comtois do not specifically deal with the point, but the principles which they support appear to be more in keeping with the validity of a deed of donation and trust made primarily to benefit unborn children: Germain Brière, *Les Libéralités*, Editions Thémis, 7th ed., 1977, at p. 55; Roger Comtois, *Les Libéralités*, Répertoire de droit, Doctrine, Document 1, 1979, No. 688, at p. 238.

## 2. The introduction of trusts into the civil law

The applicable legislation is to be found in the chapter titled "Of Trusts", chapter IV(A) of the Title "Of gifts 'inter vivos' and by will". The provisions in question are arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*. The chief provisions are as follows:

**981a.** All persons capable of disposing freely of their property may convey property, moveable or immoveable, to trustees by gift or by will, for the benefit of any persons in whose favor they can validly make gifts or legacies.

**981b.** Trustees, for the purposes of their trust, are seized as depositaries and administrators for the benefit of the donees or legatees of the property, moveable or immoveable, conveyed to them in trust, and may claim possession of it, even against the donees or legatees for whose benefit the trust was created.

raison, des enfants à naître. L'instrument qu'elle fournit à ce propriétaire est d'une très grande souplesse. On a organisé chez nous la profession de fiduciaire par la création de compagnies très puissantes et dont la solvabilité ne souffre aucun doute.

Ce passage est d'une telle généralité qu'il peut viser des fiducies comme celle qui nous occupe, mais ce n'est pas absolument clair.

Louis Baudouin semble d'avis que les fiducies constituées pour le bénéfice d'enfants à naître sont toutes valides; pas plus que Mignault il ne distingue entre les bénéficiaires de premier rang et ceux qui les suivent: *Le Droit civil de la province de Québec*, 1953, aux pp. 1245 et 1246.

D. W. R. Waters soulève le problème dans *Law of Trusts in Canada*, Carswell, 1974, c. 28: «The Trust in Quebec», aux pp. 948, 949 et 951, mais il ne le résoud pas.

Enfin, des auteurs comme Germain Brière et Roger Comtois ne traitent pas spécifiquement de la question, mais les principes qu'ils soutiennent paraissent plus compatibles avec la validité d'une donation fiduciaire faite en premier lieu pour le bénéfice des enfants à naître: Germain Brière, *Les Libéralités*, Editions Thémis, 7<sup>e</sup> éd., 1977, à la p. 55; Roger Comtois, *Les Libéralités*, Répertoire de droit, Doctrine, Document 1, 1979, n<sup>o</sup> 688, à la p. 238.

## 2. L'introduction de la fiducie en droit civil

Les textes législatifs qui s'appliquent se trouvent au chapitre intitulé «De la fiducie», le chapitre IV(A) du Titre «Des donations entre vifs et testamentaires». Il s'agit des art. 981a et suivants du *Code civil*. En voici les principaux:

**981a.** Toute personne capable de disposer librement de ses biens, peut transporter des propriétés mobilières ou immobilières à des fiduciaires par donation ou par testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui elle peut faire valablement des donations ou des legs.

**981b.** Les fiduciaires, pour les fins de la fiducie, sont saisis, comme dépositaires et administrateurs, pour le bénéfice des donataires ou légataires, des propriétés mobilières ou immobilières à eux transportées en fiducie, et peuvent en revendiquer la possession, même contre les donataires ou légataires pour le bénéfice desquels la fiducie a été créée.

This seizin lasts only for the time stipulated for the duration of the trust; and while it lasts, the trustees may sue and be sued and take all judicial proceedings for the affairs of the trust.

**981l.** At the termination of the trust, the trustees must render an account, and deliver over all moneys and securities in their hands to the parties entitled thereto under the provisions of the document creating the trust, or entitled thereto by law.

They may also execute all transfers, conveyances, or other deeds necessary to vest the property held for the trust in the parties entitled thereto.

These provisions were not in the 1866 *Civil Code*, which only provided for a kind of testamentary trust in arts. 869 and 964:

**869.** A testator may name legatees who shall be merely fiduciary or simply trustees for charitable or other lawful purposes within the limits permitted by law; he may also deliver over his property for the same objects to his testamentary executors, or effect such purposes by means of charges imposed upon his heirs or legatees.

**964.** The legatee who is charged as a mere trustee, to administer the property and to employ it or deliver it over in accordance with the will, even though the terms used appear really to give him the quality of a proprietor subject to deliver over, rather than that of a mere executor or administrator, does not retain the property in the event of the lapse of the ulterior disposition, or of the impossibility of applying such property to the purposes intended, unless the testator has manifested his intention to that effect. The property in such cases passes to the heir or the legatee who receives the succession.

It was at that time impossible to create a trust by way of an *inter vivos* gift.

The provisions which were to become arts. 981*a* et seq. of the *Civil Code* were enacted in 1879, in the *Act respecting Trusts*, 1879 (Que.), c. 29. With minor changes, they were incorporated into the *Civil Code* in the 1888 statutory revision.

It has been said that this 1879 statute owed little or nothing to English law: see, for example, J.-Emile Billette, "Etudes de jurisprudence", *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.* 38; Daniel

Cette saisine ne dure que le temps stipulé pour la durée de la fiducie; et aussi longtemps qu'elle dure, les fiduciaires peuvent poursuivre et être poursuivis et prendre tous procédés judiciaires pour les affaires de la fiducie.

**981l.** A l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent rendre compte, et délivrer toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre leurs mains, aux parties y ayant droit en vertu des dispositions du document créant la fiducie ou en vertu de la loi.

Ils doivent aussi exécuter les transports, cessions ou autres contrats nécessaires pour transférer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit.

Ces dispositions ne se trouvaient pas dans le *Code civil* de 1866 qui ne prévoyait qu'une sorte de fiducie testamentaire aux art. 869 et 964:

**869.** Un testateur peut établir des légataires seulement fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance ou autres fins permises et dans les limites voulues par les lois; il peut aussi remettre les biens pour les mêmes fins à ses exécuteurs testamentaires, ou y donner effet comme charge imposée à ses héritiers ou légataires.

**964.** Le légataire qui est chargé comme simple ministre d'administrer les biens et de les employer ou restituer pour les fins du testament, bien que dans les termes sa qualité paraisse réellement être celle de propriétaire grevé et non simplement d'exécuteur et administrateur, ne conserve pas les biens dans le cas de caducité de la disposition ultérieure ou de l'impossibilité de les appliquer aux fins voulues, à moins que le testateur n'ait manifesté son intention à ce sujet. Ces biens passent, en ce cas, à l'héritier ou au légataire qui recueille la succession.

Il était alors impossible de constituer une fiducie par donation entre vifs.

Les dispositions qui allaient devenir les art. 981*a* et suivants du *Code civil* ont été adoptées en 1879 dans l'*Acte concernant la fiducie*, 1879 (Qué.), chap. 29. Avec des changements mineurs, elles ont été incorporées au *Code civil* lors de la refonte de 1888.

On a soutenu que cette loi de 1879 ne devait rien ou à peu près rien au droit anglais: voir par exemple J.-Emile Billette «Etudes de jurisprudence», *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.*

N. Mettarlin, "The Quebec Trust and the Civil Law", (1975) 21 *McGill L. J.* 175.

That is an exaggeration. The trust was known in the old French law, but Faribault (*supra*, at pp. 45-50 and at p. 393) showed that the Quebec trust is of English inspiration, as appears from the English terminology of art. 981a and which is explained by the earlier cases and legal practice in the drafting of wills: see also Armand Lavallée, "Donation fiduciaire", (1932) 11 *R. du D.* 227.

It is therefore legitimate to refer to English law, as this Court did in *Curran v. Davis*. And, as was indicated above, English law regards the deed of donation and trust now under consideration as valid. See also D.W.R. Waters, *supra*, at p. 96. However, the argument is not conclusive, because the entire English law of trusts was not incorporated into the civil law. Thus, for example, under arts. 981a *et seq.*, it is not possible to make oneself a trustee by means of a "declaration of trust": *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80. Additionally, the enactment of arts. 981a *et seq.* did not have the effect of introducing in Quebec the English distinction between legal title and beneficial ownership, a sort of dual ownership, and a concept foreign to Quebec law under which ownership is indivisible and vested in a single individual: *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7 at p. 16. See also *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666 at p. 682, *Greenshields et al. v. The Queen*, [1958] S.C.R. 216 at p. 217, and *Crown Trust Co. v. Higher et al.*, [1977] 1 S.C.R. 418 at pp. 424-26. English law is relevant only in so far as it is compatible with arts. 981a *et seq.* of the *Civil Code*.

These articles refer to the provisions regarding gifts *inter vivos* and by will, the following of which are the most significant for the purposes of the case at bar, and were still in effect at the time the trust at issue was created:

608. In order to inherit it is necessary to be civilly in existence at the moment when the succession devolves; thus, the following are incapable of inheriting;

38; Daniel N. Mettarlin, "The Quebec Trust and the Civil Law", (1975) 21 *McGill L. J.* 175.

C'est là une exagération. La fiducie était connue de l'ancien droit français, mais Faribault, (précité, aux pp. 45 à 50 et à la p. 393) a démontré que la fiducie québécoise est d'inspiration anglaise, ce qui ressort de la terminologie anglaise de l'art. 981a et qui s'explique par la jurisprudence antérieure et la pratique des hommes de loi en matière de rédaction de testament: voir également Armand Lavallée, «Donation fiduciaire», (1932) 11 *R. du D.* 227.

Il est donc légitime de référer au droit anglais comme cette Cour l'a fait dans *Curran c. Davis*. Or, comme on l'a dit plus haut, le droit anglais considère comme valide la donation fiduciaire dont il est maintenant question. Voir également D.W.R. Waters, précité, à la p. 96. Mais l'argument n'est pas décisif car ce n'est pas tout le droit anglais des trusts qui a été introduit en droit civil. Ainsi par exemple, on ne peut, en vertu des art. 981a et suivants, se constituer soi-même fiduciaire au moyen d'une «*declaration of trust*»: *O'Meara v. Bennett*, [1922] 1 A.C. 80. Au surplus, l'adoption des art. 981a et suivants n'a pas eu pour effet d'introduire au Québec la distinction anglaise entre le «*legal title*» et le «*beneficial ownership*», sorte de dédoublement de la propriété, notion étrangère au droit québécois qui veut que la propriété reste unique et porte toute entière sur une seule tête: *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7 à la p. 16. Voir également *Laverdure v. Du Tremblay*, [1937] A.C. 666 à la p. 682, *Greenshields et autre c. La Reine*, [1958] R.C.S. 216 à la p. 217, et *Crown Trust Co. c. Higher et autre*, [1977] 1 R.C.S. 418 aux pp. 424 à 426. Le droit anglais n'est donc pertinent que dans la mesure de sa compatibilité avec les art. 981a et suivants du *Code civil*.

Ceux-ci renvoient aux dispositions relatives aux donations entre vifs et testamentaires dont voici celles qui importent le plus pour les fins de l'espèce et qui étaient encore en vigueur au moment de la constitution de la fiducie en litige:

608. Pour succéder, il faut exister civilement à l'instant de l'ouverture de la succession; ainsi sont incapables de succéder:

1. Persons who are not yet conceived;
2. Infants who are not viable when born.

754. A person cannot dispose of his property by gratuitous title, otherwise than by gift *inter vivos* or by will.

755. Gift *inter vivos* is an act by which the donor divests himself, by gratuitous title, of the ownership of a thing, in favor of the donee, whose acceptance is requisite and renders the contract perfect. This acceptance makes it irrevocable, saving the cases provided for by law, or a valid resolute condition.

765. All persons capable of succeeding and of acquiring may receive by gifts *inter vivos*, saving any exception established by law, and subject to the necessity of legal acceptance by the donee, or by a person qualified to accept for him.

766. Corporations may acquire by gifts *inter vivos*, as by other contracts, such property as they are allowed to possess.

767. Minors become of age, and persons who have been under the control of others, cannot give *inter vivos* to their former tutors or curators, so long as their administration actually continues and they have not rendered their account; [they may however give to their own ascendants who have exercised these offices.]

768. Gifts *inter vivos* made in favor of the person with whom the donor has lived in concubinage, or of the incestuous or adulterine children of such donor, are limited to maintenance.

This restriction does not apply to gifts made in a contract of marriage entered into between the concubinaires.

Other illegitimate children may receive by gift *inter vivos* like all other persons.\*

771. The capacity to give or to receive *inter vivos* is to be considered relatively to the time of the gifts. It must exist at each period, with the donor and with the donee, when the gift and the acceptance are effected by different acts.

It suffices that the donee be conceived at the time of the gift or when it takes effect in his favor, provided he be afterwards born viable.

772. The favor given to contracts of marriage renders valid the gifts therein made to the children to be born of the intended marriage.

1. Celui qui n'est pas encore conçu;
2. L'enfant qui n'est pas né viable.

754. On ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation faite entre vifs ou par testament.

755. La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille à titre gratuit de la propriété d'une chose, en faveur du donataire dont l'acceptation est requise et rend le contrat parfait. Cette acceptation la rend irrévocable, sauf les cas prévus par la loi, ou une condition résolutoire valable.

765. Toutes personnes capables de succéder et d'acquérir peuvent recevoir par donation entre vifs, à moins de quelque exception établie par la loi, et sauf la nécessité de l'acceptation légalement faite par le donataire ou par une personne habile à accepter pour lui.

766. Les corporations peuvent acquérir par donations entre vifs comme par autres contrats, dans la limite des biens qu'elles peuvent posséder.

767. Les mineurs devenus majeurs, et autres qui ont été sous puissance d'autrui, ne peuvent donner entre vifs à leurs anciens tuteurs ou curateurs pendant que leur administration se continue de fait et jusqu'à ce qu'ils aient rendu compte; [ils peuvent cependant donner à leurs propres ascendants qui ont exercé ces charges.]

768. Les donations entre vifs faites par le donateur à celui ou à celle avec qui il a vécu en concubinage, et à ses enfants incestueux ou adultérins sont limitées à des aliments.

Cette prohibition ne s'applique pas aux donations faites par contrat de mariage intervenu entre les concubinaires.

Les autres enfants illégitimes peuvent recevoir des donations entre vifs comme toutes autres personnes.\*

771. La capacité de donner et de recevoir entre vifs se considère au temps de la donation. Elle doit exister à chaque époque chez le donateur et chez le donataire lorsque le don et son acceptation ont lieu par des actes différents.

Il suffit que le donataire soit conçu lors de la donation, ou lorsqu'elle prend effet en sa faveur, s'il est ensuite né viable.

772. La faveur des contrats de mariage rend valides les donations qui y sont faites aux enfants à naître du mariage projeté.

\* This article was repealed by 1980 (Que.), c. 39, s. 35.

\* Cet article a été abrogé par 1980 (Qué.), chap. 39, art. 35.

It is not necessary that the substitute should be in existence at the time of the gift by which the substitution is created.

929. Substitutions may be created by gifts *inter vivos*, made in contracts of marriage or otherwise, by gifts in contemplation of death made in contracts of marriage, or by will.

The capacity of the persons is governed in each case by the nature of the act.

The disposition which creates the substitution may be conditional like any other gift or legacy.

Substitutions may be appended to dispositions that are either universal, or by general title, or by particular title.

The substitute need not be present at the gift *inter vivos* which creates the substitution in his favor; he need not even have been born nor conceived at the time of the act.

Not only are these provisions older than the chapter on trusts, but for the most part they are derived from the most characteristic rules of a secular law. The introduction of the trust into such a closely-knit system of civil law was bound to present difficult problems, such as that before the Court, and to give rise to the most lively controversies, some of which still continue.

### 3. Acceptance of the trust

One of these controversies, which affects the outcome of the case at bar, concerns the acceptance of the trust. Does acceptance by the trustee suffice to render the creation of the trust irrevocable or must the beneficiary accept?

Article 981a provides that the trust can be made by gift, and art. 981b refers to the beneficiary as to a donee. Article 755 provides that acceptance by the donee is necessary and makes the contract perfect and irrevocable. It has thus been argued that acceptance by the beneficiary of the trust is necessary: Billette, *Donations et testaments*, Montréal, 1933, at p. 341; Mignault held the contrary view, relying primarily on English law: *Le droit civil canadien*, vol. 5, at pp. 157-58.

Il n'est pas nécessaire que les appelés en substitution existent lors de la donation qui l'établit.

929. L'on peut créer une substitution par donation entre vifs en un contrat de mariage ou autrement, par donation à cause de mort en un contrat de mariage, ou par testament.

La capacité des personnes suit dans chaque cas la nature de l'acte.

La disposition qui substitue peut être conditionnelle comme toute autre donation ou legs.

La substitution peut être attachée à une disposition soit universelle, ou à titre universel, ou à titre particulier.

Il n'est pas nécessaire que l'appelé ait été présent à la donation entre vifs qui substitue en sa faveur; il peut même n'avoir été ni né ni conçu lors de l'acte.

Non seulement ces dispositions sont-elles antérieures au chapitre de la fiducie mais, pour la plupart, elles sont dérivées des règles les plus caractéristiques d'un droit séculaire. L'introduction de la fiducie dans un système aussi intégré de droit civil allait poser des problèmes difficiles comme celui qu'il nous faut trancher et susciter les controverses les plus vives dont certaines durent encore.

### 3. L'acceptation de la fiducie

L'une de ces controverses, qui affecte le sort du présent litige, concerne l'acceptation de la fiducie. L'acceptation du fiduciaire suffit-elle à rendre la constitution de fiducie irrévocable ou bien faut-il l'acceptation du bénéficiaire?

L'article 981a dispose que la fiducie peut se faire par donation et l'art. 981b réfère au bénéficiaire comme à un donataire. Or l'article 755 prescrit que l'acceptation du donataire est requise et rend le contrat parfait et irrévocable. On a donc enseigné que l'acceptation du bénéficiaire de la fiducie est requise: Billette, *Donations et testaments*, Montréal, 1933, à la p. 341; Mignault enseignait le contraire en se fondant surtout sur le droit anglais: *Le droit civil canadien*, t. 5, aux pp. 157 et 158.

This Court upheld the view of Mignault in *Curran v. Davis*.

For the purposes of the case at bar, that case has a negative determining effect: if indeed the opposite conclusion had been reached in *Curran v. Davis*, the question which the Court has to answer would no longer arise, since a contract cannot be made with non-existent persons whose acceptance is necessary to make the contract perfect and irrevocable.

It is therefore not possible to conclude from *Curran v. Davis* that the deed of donation and trust at issue is valid, but it removes one obstacle to its validity, since it establishes that acceptance by the trustee suffices to make the creation of the trust irrevocable.

#### 4. *The ownership of the trust property*

Another controversy resulting from the introduction of the trust into Quebec civil law concerns ownership of the property while the trust lasts.

Since the courts have rejected the English concept of dual ownership in favour of sole ownership vested in a single person, the question has arisen as to who is owner of the property while the trust lasts. This difficult question has been answered by the writers with various theories, some of which are ingenious and indeed attractive, but none of which may be entirely satisfactory. A description of most of these theories is to be found in a posthumous article by Yves Caron, completed by J. E. C. Brierley, "The Trust in Quebec", (1980) 25 *McGill L. J.* 421.

According to the first theory, it is the beneficiary of the trust who owns the property conveyed to him in trust. This was the view of Mignault initially, in his *Treatise Le droit civil canadien*, vol. 5, at p. 155. It is also the view of Billette, "Études de jurisprudence", "A propos de fiducie", (1932) *R. du D.* 38. See also René-H. Mankiewicz, "La fiducie québécoise et le trust de common law", (1952) 12 *R. du B.* 16.

If this theory were to prevail, the trust at issue in the case at bar would be void, since for a certain

C'est à Mignault que cette Cour a donné raison dans *Curran c. Davis*.

Pour les fins de la présente cause, ce dernier arrêt est déterminant de façon négative: si en effet on avait décidé en sens inverse dans *Curran c. Davis*, la question à laquelle nous avons à répondre ne se poserait plus puisque l'on ne peut contracter avec des personnes inexistantes dont l'acceptation est requise pour rendre le contrat parfait et irrévocable.

*Curran c. Davis* ne permet donc pas de conclure à la validité de la donation fiduciaire qui fait l'objet du litige, mais il supprime un obstacle à sa validité puisqu'il établit que l'acceptation du fiduciaire suffit à rendre la constitution de fiducie irrévocable.

#### 4. *La propriété des biens transportés en fiducie*

Une autre controverse suscitée par l'introduction de la fiducie dans le droit civil québécois porte sur la propriété des biens pendant la fiducie.

Puisque l'on rejetait la notion anglaise du dédoublement de la propriété pour s'en tenir à une propriété unique portant sur une seule tête, on s'est demandé qui, pendant la fiducie, est propriétaire des biens. A cette question difficile les auteurs ont répondu par diverses théories dont quelques unes sont ingénieuses, voire séduisantes, mais dont il est possible qu'aucune ne soit entièrement satisfaisante pour l'esprit. On trouvera une description de la plupart de ces théories dans un article posthume d'Yves Caron complété par J. E. C. Brierley, «The Trust in Quebec», (1980) 25 *McGill L. J.* 421.

Suivant une première théorie, c'est le bénéficiaire de la fiducie qui est le propriétaire des biens transportés en fiducie. C'était l'opinion de Mignault au début, dans son traité *Le droit civil canadien*, t. 5, à la p. 155. C'est aussi celle de Billette, «Études de jurisprudence», *A propos de fiducie*, (1932) 11 *R. du D.* 38. Voir également René-H. Mankiewicz, «La fiducie québécoise et le trust de common law», (1952) 12 *R. du B.* 16.

Si cette théorie devait prévaloir, la fiducie en litige dans la présente affaire serait nulle car

period of time ownership of the property in the trust would have been vested in no one.

Mignault changed his mind following the decision in *Curran v. Davis*, and espoused another theory: the trust property is owned by the trustee; Mignault, "A propos de fiducie", (1933) 12 *R. du D.* 73; "La fiducie dans la province de Québec", *Travaux de la semaine internationale de droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1937, at pp. 35-55. See also, to the same effect, Peter E. Graham, "Some Peculiarities of Trusts in Quebec", (1962) 22 *R. du B.* 137; Lionel Rubin, *supra*, at pp. 32-45; Roger Comtois, *supra*, at pp. 240 and 243.

If this theory is the correct one, there is no further impediment to the validity of the trust at issue, since, while it lasts, it is not necessary that there be beneficiaries in whom ownership of the property conveyed in trust be vested.

The other theories are somewhat more innovative.

According to Faribault's theory, *supra*, there is a quasi-personification of the trust, which becomes an authentic institution, and the property conveyed in trust is owned by this institution. See also C. H. Lalonde, *Traité de Droit civil du Québec*, vol. 6, Montreal, Wilson and Lafleur, 1958, at pp. 449 *et seq.*; Louis Baudouin, *supra*, at pp. 1249 *et seq.*; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488.

Faribault's theory is somewhat analogous to that of the French jurist P. LePauille (*Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau et Cie, 1932) who contends that the trust is a patrimony not vested in a person or a patrimony of assignment to a purpose. This is the position which Cantin Cumyn seems to approve: *supra*, No. 101, at pp. 71-72.

Finally, the most recent theory is an attempt to give a complete explanation of the trust purely in terms of the civil law: the powers of the trustee over the trust property are said to constitute a dismemberment of the ownership; the ultimate beneficiaries of the trust are the owners under a suspensive condition, and the grantor of the trust

durant un certain temps la propriété des biens de la fiducie n'aurait reposé sur personne.

A la suite de l'arrêt *Curran c. Davis*, Mignault s'est ravisé et a souscrit à une autre doctrine: c'est le fiduciaire qui est propriétaire des biens de la fiducie; Mignault, «A propos de fiducie», (1933) 12 *R. du D.* 73; «La fiducie dans la province de Québec», *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, aux pp. 35 à 55. Voir également, dans le même sens, Peter E. Graham, «Some Peculiarities of Trusts in Quebec», (1962) 22 *R. du B.* 137; Lionel Rubin, précité, aux pp. 32 à 45; Roger Comtois, précité, aux pp. 240 et 243.

Si c'est cette doctrine qui est la bonne, il n'y a plus d'empêchement à la validité de la fiducie en litige puisqu'il n'est plus nécessaire pendant qu'elle dure qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui repose la propriété des biens transportés en fiducie.

Les autres théories sont plus originales.

Selon la thèse de Faribault, précité, il se produit une quasi personification de la fiducie qui devient une véritable institution. C'est cette institution même qui serait propriétaire des biens transportés en fiducie. Voir également: C.H. Lalonde, *Traité de Droit civil du Québec*, t. 6, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958, aux pp. 449 et suivantes; Louis Baudouin, précité, aux pp. 1249 et suivantes; *No. 199 v. Minister of National Revenue*, 54 D.T.C. 488.

Le thèse de Faribault comporte des analogies avec celle du juriste français P. LePauille (*Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau et Cie., 1932) d'après lequel la fiducie serait un patrimoine sans sujet de droit ou patrimoine d'affectation. C'est la position que Cantin Cumyn paraît approuver: précité, n° 101, aux pp. 71 et 72.

Enfin la théorie la plus récente est une tentative d'explication complète de la fiducie en termes de pur droit civil: les pouvoirs du fiduciaire sur les biens de la fiducie constitueraient un démembrement de la propriété; les bénéficiaires ultimes de la fiducie seraient propriétaires sous condition suspensive et le constituant de la fiducie ou sa succes-



or his estate are owners under a resolute condition: Mettarlin, *supra*, at pp. 218-23.

The only one of all these theories which can be said to have received judicial support is Mignault's second theory, namely that while the trust lasts the trustee is owner of the property conveyed to him in trust. It must also be said that this support has only been given with hesitation and reservations.

Paradoxically, this theory seems to have been taken for granted at the outset, with regard to the testamentary trust authorized by art. 869 of the *Civil Code*, prior to the enactment of the *Act respecting Trusts*.

In *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96, the issue was the validity of a will by which the testator bequeathed the greater part of his fortune to trustees who were required to obtain the incorporation of an institution which would become a public library and museum known as the "Fraser Institute", and then to convey all the property so bequeathed to this corporation. The Judicial Committee reversed the majority decision of the Court of Appeal of Quebec and restored the judgment of the Superior Court, which had found this will valid. At pages 122 and 123, there are the following passages of the decision of the Judicial Committee, given by Sir Montague Smith:

The devise is, in the first instance, to the trustees, and under it they are empowered, at least for a time, to hold and administer the property for the purpose of the trust, and until, in further execution of the trust, a corporation is created with authority to administer it.

It appears to [their Lordships] that the devise to the trustees was meant to be limited and transitory, the property remaining in them only until they could execute the ultimate purpose of the devise.

One of the arguments made against the validity of this will was that it bequeathed property to a corporation which did not exist at the time the succession devolved. The Judicial Committee dismissed this objection as follows, at pp. 124-25:

sion seraient propriétaires sous condition résolutoire: Mettarlin, précité, aux pp. 218 à 223.

De toutes ces théories, la seule dont on puisse dire qu'elle a reçu l'appui de la jurisprudence est la seconde théorie de Mignault qui veut que, durant la fiducie, le fiduciaire soit propriétaire des biens transportés en fiducie. Encore faut-il observer que cet appui n'a été accordé qu'avec des hésitations et des réserves.

Paradoxalement, cette doctrine paraît avoir été considérée comme allant de soi au début lorsqu'il s'agissait de la fiducie testamentaire prévue par l'art. 869 du *Code civil*, antérieur à l'adoption de l'*Acte concernant la fiducie*.

Dans *Abbot v. Fraser*, (1874) L.R. 6 P.C. 96, il s'agissait de la validité d'un testament par lequel le testateur léguait la plus grande partie de sa fortune à des fiduciaires à charge par eux de faire incorporer une institution qui devrait devenir une bibliothèque publique et un musée s'appelant «Fraser Institute», et de transporter ensuite à cette corporation tous les biens ainsi légués. Le Comité judiciaire infirme l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel du Québec et rétablit le jugement de la Cour supérieure lequel avait conclu à la validité de ce testament. Aux pages 122 et 123, on trouve les passages suivants de l'arrêt du Comité judiciaire rendu par sir Montague Smith:

[TRADUCTION] D'abord, le legs est fait aux fiduciaires et, en vertu de celui-ci, ils ont le pouvoir, pour un certain temps du moins, de détenir et d'administrer les biens pour les fins de la fiducie jusqu'à ce que, pour la réalisation définitive de celle-ci, soit créée une corporation ayant le pouvoir d'administrer les biens.

Il est évident [à leurs Seigneuries] qu'on a voulu que le legs aux fiduciaires soit limité et temporaire, les biens ne leur appartenant que le temps nécessaire pour réaliser le but ultime du legs.

L'un des moyens invoqués à l'encontre de la validité de ce testament était qu'il léguait des biens à une corporation inexistante au moment de l'ouverture de la succession. Voici comment le Comité judiciaire rejette cette objection, aux pp. 124 et 125:

The third and remaining objection is that the gift failed, being a gift to a society not in existence at the testator's death.

If the devise had been to a society or a corporation to be afterwards called into existence or created without the interposition of fiduciary legatees or trustees, this objection might have given occasion to difficulties of great weight.

It was said by the Court of first instance in *Des Rivières v. Richardson* [Stuart's Rep. 218]:—

"It may be admitted that, if by a will an immediate devise is made to a corporation not in existence, it will be void, as there is no such corporate body to receive, and it would be equally void even if the corporation were afterwards created without some special and express law to take the case out of the general principle."

But it was also said in the same case in the Court of Appeal:—

"The second ground of objection is also untenable, for although it is admitted that a legacy is lapsed (*i.e.*, 'caduque') when left to an individual, or to a body politic and corporate, not *in esse*; yet the principle does not apply to this case, inasmuch as the trustees were all alive when the testator made his will, and they received the bequest for the benefit of the *Royal Institution*, as soon as it should please the Provincial Government to give to airy nothing 'a local habitation and a name.'"

That case no doubt differed in some of its facts from the present, as the *Royal Institution* had been, in some sense, incorporated before the date of the will; but the principle is asserted in it that the intervention of trustees will, in some cases at least, prevent a lapse.

Their Lordships on this point, having regard to Art. 869, which permits the appointment of fiduciary legatees for charitable and other lawful purposes, and to Art. 838, which, in the case of legacies suspended after the testator's death in consequence of a condition or substitution, declares that the capacity to receive is to be considered relatively to the time when the right comes into effect, are of opinion that there has been no lapse in this case, and that the trustees may carry the purpose of the testator into effect if and when the corporation of the *Fraser Institute* is duly incorporated. The transfer of the property to the corporation is directed to be made by conveyance from the trustees, who, in then making it, will execute the lawful purpose for which the property was entrusted to them.

Similarly, in *Masson v. Masson*, speaking of a testamentary trust made before the 1866 *Civil*

[TRADUCTION] Le troisième et dernier argument est que le legs est caduc, étant un legs à une société ou corporation inexistante au décès du testateur.

Si le legs avait été fait à une société ou une corporation devant être constituée ou créée sans l'interposition de légataires fiduciaires ou de fiduciaires, cet argument aurait pu donner lieu à de graves difficultés.

La cour de première instance a dit dans *Des Rivières v. Richardson* [Stuart's Rep. 218]:—

"On concède qu'un legs fait dans un testament directement à une corporation qui n'existe pas est nul puisqu'il n'y a pas d'entité corporative pour le recevoir et il serait aussi nul si la corporation était créée par la suite sans disposition spéciale et expresse de droit pour soustraire le cas au principe général."

Mais la Cour d'appel dit aussi, dans la même affaire:—

"Le deuxième moyen de contestation est aussi insoutenable, parce que, même s'il est reconnu qu'un legs est caduc s'il est fait à une personne ou une corporation qui n'existe pas, néanmoins, ce principe ne s'applique pas à l'espèce, puisque les fiduciaires étaient tous vivants quand le testateur a fait son testament et qu'ils ont reçu le legs pour le bénéfice de la *Royal Institution*, dès qu'il a plu au gouvernement de la province de donner un nom et un domicile au néant."

Cette affaire-là diffère sans doute de la présente sous certains aspects puisque la *Royal Institution* avait été, d'une certaine manière, créée avant la date du testament, mais le principe y est affirmé que dans certains cas l'interposition de fiduciaires empêche la caducité du legs.

Tenant compte de l'art. 869 qui permet la nomination de légataires fiduciaires pour des fins de bienfaisance et pour d'autres fins permises par la loi, et tenant compte de l'art. 838 qui prévoit que, dans le cas de legs suspendus après le décès du testateur par suite d'une condition ou d'une substitution, la capacité de recevoir doit s'évaluer au moment où le droit est ouvert, leurs Seigneuries sont, sur ce point, d'avis qu'il n'y a pas caducité en l'espèce et que les fiduciaires peuvent réaliser la volonté du testateur dès que la corporation du *Fraser Institute* sera créée. Il y a directive de transporter les biens par cession des fiduciaires qui, ce faisant, réaliseront la fin légitime pour laquelle les biens leur ont été confiés.

De même, dans *Masson c. Masson*, parlant d'une fiducie testamentaire antérieure au *Code*

*Code*, Sir Charles Fitzpatrick C.J. considered, at pp. 73, 74, 75 and 76, that property bequeathed in trust is vested in the trustees. Duff J., as he then was, expressed his agreement. Anglin J., as he then was, gave a similar opinion at pp. 83, 84, 87 and 89.

In the case of the trust in arts. 981*a et seq.*, however, the situation at first appears to have been different. The first time that this Court discussed these provisions was in *Laliberté v. Larue*, and it stated at pp. 16 and 20 that art. 981*a* does not have the effect of transferring ownership to the trustees. However, this was an *obiter dictum* which has become incompatible with subsequent decisions.

In theoretical terms, there is no reason why the solution should differ, with regard to the ownership of trust property, depending on whether there is a testamentary trust covered by art. 869 of the *Civil Code* or a trust covered by arts. 981*a et seq.* The difficulty arose, however, from the ambiguity of these new provisions. Thus, art. 981*a* provided that trust property is *conveyed* to trustees, whom art. 981*b* describes as *depositories* and *administrators*, whereas the same section refers to the beneficiaries as *donees* or *legatees*. On the other hand, art. 981*l* provides that at the termination of the trust, the trustees must do whatever is necessary to *vest the property held for the trust in the parties entitled thereto*.

This Court dealt with these problems in *Curran v. Davis*. That case concerned a deed of donation and trust. The grantor reserved a life interest in the income from the trust. The beneficiaries were the grantor's wife and his adoptive son, who received life annuities, and the grantor's son, who was given the capital. However, it was stipulated that the trustees would continue to hold the trust property for fifty years after the grantor's death. The grantor subsequently purported to revoke the benefit conferred on his adoptive son, before the latter had accepted it; as I mentioned above, it was held that this revocation was void because the acceptance by the trustees sufficed to make the trust perfect and irrevocable.

*civil* de 1866, le juge en chef sir Charles Fitzpatrick opine aux pp. 73, 74, 75 et 76, que ce sont les fiduciaires qui sont investis des biens légués en fiducie. Le juge Duff, plus tard Juge en chef, est d'accord avec lui. Le juge Anglin, plus tard Juge en chef, écrit dans le même sens aux pp. 83, 84, 87 et 89.

Mais s'il s'agit de la fiducie des art. 981*a et suivants*, il semble au début devoir en aller autrement. La première fois que cette Cour discute de ces dispositions, dans *Laliberté c. Larue*, c'est pour dire, aux pp. 16 et 20, que l'art. 981*a* n'a pas pour effet de transmettre le titre de propriétaire aux fiduciaires. Mais il s'agissait là d'une opinion incidente devenue incompatible avec des décisions subséquentes.

Au plan théorique, il n'y avait pas de raison pour que la solution diffère, quant à la propriété des biens de la fiducie, selon qu'il s'agit d'une fiducie testamentaire régie par l'art. 869 du *Code civil* ou de la fiducie régie par les art. 981*a et suivants*. Mais la difficulté résultait de l'ambiguïté de ces nouveaux textes. Ainsi, l'art. 981*a* dispose que les biens de la fiducie sont *transportés* aux fiduciaires que par ailleurs l'art. 981*b* décrit comme des *dépositaires* et *administrateurs* tandis que le même article réfère aux bénéficiaires comme à des *donataires* ou *légataires*. Par ailleurs l'art. 981*l* prescrit qu'à l'expiration de la fiducie, les fiduciaires doivent poser les actes nécessaires pour *transférer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit*.

Cette Cour confrontera ces difficultés dans *Curran c. Davis*. Il s'agissait d'une donation fiduciaire. Le constituant se réservait le revenu de la fiducie sa vie durant. Les bénéficiaires étaient l'épouse du constituant et son fils adoptif pour des rentes annuelles viagères, ainsi que le fils du constituant, auquel était donné le capital. Mais il était stipulé que les fiduciaires resteraient saisis des biens de la fiducie pendant cinquante ans après la mort du constituant. Le constituant a subséquemment prétendu révoquer l'avantage fait à son fils adoptif avant que ce dernier ne l'ait accepté; comme je l'ai dit plus haut, il a été décidé que cette révocation était nulle car l'acceptation des fiduciaires avait suffi à rendre la fiducie parfaite et irrévocable.

This court was a unanimous judgment of the Court in which reasons were delivered by Rinfret J., as he then was. After noting, at pp. 304-05, that the gift or legacy mentioned in art. 981a is not a gift or legacy as it had been understood in the Code up to that time, and still less a gift or legacy to which the ordinary rules of the *Civil Code* can be applied, he went on, at p. 305:

[TRANSLATION] Similarly, when Art. 981a C.C. refers to the trustees as "depositories and administrators", and to the beneficiaries as "donees or legatees", it is impossible to take these words in the full sense which they have in the other chapters of the Code. It is clear that trustees are something different from ordinary depositories or administrators. In fact, they have nearly all the rights of the owner without having title; and it is hardly necessary to show that the title "Of deposit" in the *Civil Code* has only a very remote connection with the situation created for trustees by the chapter "Of trusts".

So far as the beneficiaries are concerned, they clearly are not donees or legatees as these are usually understood. They are in all respects third parties for the benefit of whom the creator of the trust has made a stipulation.

According to this passage, all the trustees really lack is the title of owner. At p. 294, Rinfret J. writes that the *de facto* owner is the son of the donor, the eventual beneficiary of the capital; [TRANSLATION] "but he is only a nominal owner". However, at p. 293, Rinfret J. wrote:

[TRANSLATION] This gift to the trustees, or if one prefers, this conveyance (to use the word in Art. 981a C.C.), is in the words of the deed itself declared to be "irrevocable" by the donor himself. The terms on which this gift is made are that the "thing given", described as the "trust property", will be held in trust by the trustees for the purposes and for the benefit of the persons in whose favour the trust has been created. The trustees will however not be owners in the absolute sense. Although they are sole apparent owners with regard to third parties, the trustees will not have the *usus*, nor the *fructus* or the *abusus* of the trust property. This property however is in their names, and in the particular case now before the Court, it will never be in the name of Philippe Meyer Davis. The latter has no right of ownership over the thing given. At the time the trust was created, he simply acquired a claim against this trust.

Il s'agit d'un arrêt unanime de la Cour dont les motifs sont écrits par le juge Rinfret, plus tard Juge en chef. Après avoir écrit, aux pp. 304 et 305 que la donation ou le legs dont il est question à l'art. 981a n'est pas une donation ou un legs dans le sens jusque là compris dans le Code et encore moins une donation ou un legs auquel on peut appliquer les règles ordinaires du *Code civil*, il continue à la p. 305:

De même lorsque l'article 981a C.C. réfère aux fiduciaires comme «dépositaires et administrateurs», et aux bénéficiaires comme «donataires ou légataires», il est impossible d'entendre ces mots dans la pleine et entière acception qu'ils ont dans les autres chapitres du code. Il est évident que les fiduciaires sont toute autre chose que des dépositaires ou des administrateurs ordinaires. En fait, ils possèdent à peu près tous les droits du propriétaire sans en avoir le titre; et il serait oiseux de démontrer que le titre du dépôt, du code civil, n'a qu'une bien lointaine analogie avec la situation créée aux «trustees» par le chapitre de la fiducie.

Quant aux bénéficiaires, il est clair qu'ils ne sont pas des donataires ou légataires comme on les comprend habituellement. Ils sont, à tous égards, des tiers au profit desquels le créateur du trust a fait une stipulation.

Selon ce passage, il ne manquerait pratiquement aux fiduciaires que le titre de propriétaire. A la p. 294, le juge Rinfret écrit que le propriétaire «de fait» est le fils du donateur, bénéficiaire éventuel du capital; «mais il n'est qu'un propriétaire nominal». Cependant, à la p. 293, le juge Rinfret avait écrit:

Cette donation aux «trustees», ou, si l'on veut, ce transport (pour employer l'expression de l'article 981a C.C.), est, dans les termes mêmes de l'acte, déclaré «irrévocable» par le donateur lui-même. Les conditions auxquelles cette donation est subordonnée sont que la «chose donnée», appelée «trust property», sera détenue en fiducie par les «trustees» pour les fins et pour le bénéfice des personnes en faveur de qui le «trust» est constitué. Les «trustees» n'en seront cependant pas propriétaires, dans le sens absolu du mot. Les «trustees», bien que seuls propriétaires apparents à l'égard des tiers, n'auront ni *usus*, ni le *fructus*, ni l'*abusus* de la «trust property». Cette «property» toutefois est à leur nom; et, dans le cas particulier qui nous occupe, elle ne sera jamais au nom de Philippe Meyer Davis. Ce dernier n'a aucun droit de propriété sur la chose donnée. Au moment de la création du «trust», il a simplement acquis une créance contre ce «trust».

At page 294, he also stated:

[TRANSLATION] Throughout this period of time, the trustees actually have all the rights of an owner over the thing given, except that they can derive no personal advantage from it, and with, in addition, the special requirement that they have a duty to administer the property for the benefit of the beneficiaries; this means that they cannot allow the property to deteriorate without running the risk of being dismissed by the Court. They have a duty to perform the functions which they have accepted and to make the property conveyed to them productive. Under the contract submitted to the Court, the trustees have the seizin of the trust property, and the beneficiaries cannot claim as against them either possession of the property or even, while the trust lasts, any other right than that payment shall be made to them, or rights which may result from the dissipation or wastage of the trust property. In the latter case, however, the trust would not terminate, and the trustees would be replaced by others. In the meantime, they can sell, exchange, replace, borrow and hypothecate as they see fit, without intervention by the beneficiaries, and in their most absolute discretion.

The result of this is to give the trustees a kind of [TRANSLATION] "right of ownership, temporary and limited as to its effects", as Mignault observes in his article cited above: "A propos de fiducie", at p. 78, where he comments on *Curran v. Davis*. At p. 79, he also bases his argument on *Masson v. Masson*. Mignault returns to this argument in his address referred to above, "La fiducie dans la province de Québec". He did so before Rinfret J., who intervened to give his approval in the following terms, to be found at pp. 144-45 of *La fiducie en droit moderne*, fifth volume of the *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Sirey, 1937:

[TRANSLATION] The great difficulty we have found in attempting to reconcile the system of the English trust with French law, which is our own system, and formulating a unified approach on the question of the trust, was of course this fundamental principle that ownership is always vested in someone. As, however, it had to be concluded that the beneficiary was not yet the owner, and that under the wording of our Code, the trustee was not completely the owner, or at least was not an owner in the full sense, we attempted to find some means of reconciling the two legal concepts.

A la page 294, il avait également écrit:

Pendant toute cette période de temps, les «trustees» ont véritablement tous les droits du propriétaire sur la chose donnée, sauf qu'ils ne peuvent en tirer aucun avantage personnel, et avec, en plus, cette particularité qu'ils ont l'obligation d'administrer les biens au profit des bénéficiaires; nous voulons dire: qu'ils ne sauraient les laisser dépérir sans s'exposer à être démis par la cour. Ils ont le devoir de remplir les fonctions qu'ils ont acceptées et de faire fructifier la propriété qui leur a été transportée. Les «trustees», en vertu du contrat qui nous est soumis, ont la saisine de la «trust property», et les bénéficiaires ne peuvent revendiquer contre eux ni la possession de la «property», ni même, pendant la durée de la fiducie, aucun autre droit que celui du paiement de leur créance, ou ceux qui résulteraient de la dissipation ou du gaspillage de la «trust property». Mais, dans ce dernier cas, le trust ne prendrait pas fin, et les «trustees» seraient remplacés par d'autres. Dans l'intervalle, ils peuvent vendre, échanger, remplacer, emprunter, hypothéquer à leur gré, sans l'intervention des bénéficiaires, et suivant la discrétion la plus absolue.

C'était là reconnaître aux fiduciaires une sorte de «droit de propriété temporaire et restreint quant à ses effets» comme le dit Mignault dans son article précité: «A propos de fiducie», à la p. 78 où il commente *Curran c. Davis*. A la p. 79, il s'appuie également sur *Masson c. Masson*. Mignault reprend la même thèse dans sa communication précitée, «La fiducie dans la province de Québec». Il le fait en présence du juge Rinfret qui intervient pour l'approuver dans les termes suivants que l'on trouve aux pp. 144 et 145 de *La fiducie en droit moderne*, cinquième tome des *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, Sirey, 1937:

La grande difficulté que nous avons rencontrée pour essayer de concilier le système du «trust» anglais avec le droit français, qui est le nôtre, et de les faire s'accorder sur la question de la fiducie, c'était, bien entendu, ce grand principe qui veut que la propriété repose toujours sur la tête de quelqu'un. Or, comme il fallait en arriver à la conclusion que le bénéficiaire n'était pas encore propriétaire, et que, d'autre part, d'après le texte de notre Code, le fiduciaire ne l'était pas tout à fait, ou, en somme, n'était pas un propriétaire dans toute la force du terme, nous nous demandions de quelle façon il y avait moyen de concilier les deux concepts de droit.

We arrived at the conclusion, or if you will the solution, suggested by Mr. Mignault [...] that under the Canadian system, the trustee should be regarded as owner.

In *Guaranty Trust Co. of New York v. The King*, [1948] S.C.R. 183, an estate tax case, Taschereau J., as he then was, speaking for himself and for Rinfret C.J., at pp. 204, 205 and 206, quotes lengthy passages from *Masson v. Masson*, *Curran v. Davis* and Mignault's article "A propos de fiducie"; without formally taking any position on the ownership of property bequeathed in trust, he concluded that in that case the trustees had seizin of the moveable and immoveable property. Though he dissented, he agreed with the majority that the beneficiaries of the income are only creditors of the trustees and have no right of ownership in the trust property.

*Greenshields et al. v. The Queen* is another estate tax case. Taschereau J., as he then was, speaking for the majority, refers to arts. 981a et seq., to *Laverdure v. Du Tremblay*, to *Curran v. Davis* and to a [TRANSLATION] "remarkable article" by Mignault, titled "A propos de fiducie". On p. 218 he writes:

[TRANSLATION] ... appellants are in fact the trust administrators of the property bequeathed. They exercise over the latter a right of ownership limited by the enactments and the cases quoted above; they are accountable to the legatees for the income allocated to them.

Finally, in *Reford v. National Trust Company*, supra, Salvas J.A., writing the unanimous reasons of the Court of Appeal, refers to *Curran v. Davis* and to Mignault's article, "A propos de fiducie", and expressed the following views at pp. 697-98:

[TRANSLATION] Under the law (arts. 981a et seq. C.C.) and the contract, ownership of the said fund was conveyed to the trustees, but it was not ownership as defined in Art. 406. As long as the trust continued to exist, the trustees had the widest powers to sell, exchange or otherwise dispose by onerous title of the property comprised in the trust fund (art. 981j C.C.), but at the termination of the trust, they were required to render an account and hand over to the beneficiaries "all moneys and securities in their hands ..." and "... also execute all transfers, conveyances, or other deeds

Nous en sommes arrivés à la conclusion ou à la solution, si vous voulez, qui est suggérée par M. Mignault [...] que, d'après le système canadien, le fiduciaire devait être considéré comme le propriétaire.

<sup>a</sup> Dans *Guaranty Trust Co. of New York c. Le Roi*, [1948] R.C.S. 183, une affaire d'impôt successoral, le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, parlant pour lui et pour le juge en chef Rinfret, aux pp. 204, 205 et 206, cite des passages importants de *Masson c. Masson*, *Curran c. Davis* et de l'article de Mignault, «A propos de fiducie»; sans se prononcer formellement sur la propriété des biens légués en fiducie, il conclut que dans <sup>b</sup> cette affaire-là, les fiduciaires ont la saisine des biens meubles et immeubles. Quoique dissident, il est d'accord avec la majorité pour considérer que les bénéficiaires du revenu ne sont que des créanciers des fiduciaires et non pas de droit de propriété dans les biens de la fiducie. <sup>c</sup> <sup>d</sup>

*Greenshields et autre c. La Reine* est une autre affaire d'impôt successoral. Le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, parlant pour la majorité, <sup>e</sup> réfère aux art. 981a et suivants, à *Laverdure c. Du Tremblay*, à *Curran c. Davis* et à «un article remarquable» du juge Mignault, intitulé «A propos de fiducie». A la p. 218 il écrit:

<sup>f</sup> ... les appelants sont véritablement des administrateurs fiduciaires des biens légués. Ils exercent sur ces derniers un droit de propriété limité par le texte de la loi et par la jurisprudence que j'ai citée; ils sont comptables aux légataires des revenus qui leur sont attribués.

<sup>g</sup>

Enfin, dans *Reford c. National Trust Company*, précité, le juge Salvas qui écrit les motifs unanimes de la Cour d'appel, se réfère à *Curran c. Davis* et à <sup>h</sup> l'article de Mignault, «A propos de fiducie» et il opine comme suit aux pp. 697 et 698:

En vertu de la loi (art. 981a et s. C.C.) et du contrat, la propriété dudit fonds est transmise aux fiduciaires, mais ce n'est pas la propriété définie à l'article 406. Pendant <sup>i</sup> l'existence de la fiducie, les fiduciaires ont les pouvoirs les plus étendus de vendre, d'échanger ou de disposer autrement, à titre onéreux, des biens constituant le fonds de la fiducie (art. 981j C.C.), mais à l'expiration de la fiducie, ils doivent rendre compte et délivrer aux bénéficiaires «toutes les sommes d'argent et toutes les valeurs entre leurs mains ...» et «... aussi exécuter les transports, cessions ou autres contrats nécessaires pour trans-

necessary to vest the property held for the trust in the parties entitled thereto" (art. 9811 C.C.).

While the trust lasts, the beneficiaries do not have ownership of the property conveyed to the trustees. It may even happen that as a result of the exercise by the trustees of their power to dispose, the property which they must return to the beneficiaries is, to a greater or lesser degree, not the same as they received from the grantor. However, the ownership is not in suspense during this time; it is necessarily limited by the effect of the trust and it is vested in the trustees. The latter undoubtedly only have a limited right of ownership, although they have the power to confer a complete ownership title on purchasers of property subject to the trust. This is a departure from the general principles of our civil law, but is a departure intended by the legislator.

These cases show the preference of the courts for Mignault's theory as to the ownership of the trust property, and I know of no decision which supports any other theory, apart from *No. 199 v. Minister of National Revenue*, a decision of the Tax Appeal Board in which Faribault's theory is mentioned.

It must be said that it is difficult to escape the logic of Mignault's reasoning, if we assume that ownership cannot remain in suspense. This reasoning may be summarized as follows. The grantor is no longer the owner of property conveyed in trust: if it is a testamentary trust, he is dead, and if it is a trust created by way of gift *inter vivos*, it is essential to its validity that the grantor has actually and irrevocably divested himself of the property conveyed in trust. Property cannot be both given and retained. Ownership is not vested in the beneficiary of the income, who is only a creditor of the trustee. It also is not vested during the trust in the beneficiary of the capital: in a great many cases he ranks second or third and has not even been born or conceived. When the property held in trust is finally conveyed to him, as art. 9811 expressly provides, the trust has terminated. That leaves only the trustee in whom ownership of the trust property can be vested. Clearly the right of ownership is not the traditional one, since, for example, it is temporary and includes no *fructus*. It is a *sui generis* property right, which the legislator implicitly but necessarily intended to create

férer la propriété tenue en fiducie aux parties y ayant droit» (art. 9811 C.C.).

Pendant la fiducie, les bénéficiaires n'ont pas la propriété des biens transportés aux fiduciaires. Il peut même arriver que par l'effet de l'exercice, par les fiduciaires, de leur pouvoir de disposer, les biens qu'ils doivent rendre aux bénéficiaires ne soient pas, en tout ou en partie, ceux qu'ils ont reçus du disposant. Toutefois, pendant ce temps, la propriété n'est pas en suspens; elle est nécessairement restreinte par l'effet de la fiducie et elle repose sur la tête des fiduciaires. Ces derniers n'ont, sans doute, qu'un droit limité de propriété bien qu'ils aient le pouvoir de conférer aux acquéreurs des biens sujets à la fiducie un titre complet de propriété. C'est là une dérogation aux principes généraux de notre droit civil, mais c'est une dérogation voulue par le législateur.

Ces arrêts montrent la préférence de la jurisprudence pour la théorie de Mignault quant à la propriété des biens de la fiducie et je ne connais aucune décision qui appuie une autre théorie sauf *No. 199 v. Minister of National Revenue*, une décision de la Commission d'appel de l'impôt où l'on réfère à la théorie de Faribault.

Il faut dire qu'il n'est pas facile d'échapper à la rigueur du raisonnement de Mignault si l'on doit tenir que la propriété ne peut rester en suspens. On peut résumer ainsi ce raisonnement. Le constituant n'est plus le propriétaire des biens transportés en fiducie: s'il s'agit de fiducie testamentaire, il est mort, et, s'il s'agit d'une fiducie constituée par donation entre vifs, il est essentiel à sa validité que le constituant se soit actuellement et irrévocablement dépouillé des biens transportés en fiducie. Donner et retenir ne vaut. La propriété ne repose pas sur le bénéficiaire du revenu qui n'a vis-à-vis du fiduciaire qu'un droit de créance. Elle ne repose pas non plus, durant la fiducie, sur le bénéficiaire du capital: dans un grand nombre de cas il vient au deuxième ou troisième rang et n'est pas encore né ni conçu. Lorsqu'enfin la propriété tenue en fiducie lui est transférée, comme le prévoit expressément l'art. 9811 c'est que la fiducie s'est terminée. Il ne reste donc que le fiduciaire sur la tête de qui puisse porter la propriété des biens de la fiducie. Sans doute ne s'agit-il pas du droit de propriété traditionnel puisque, par exemple, il est temporaire et ne comporte pas de *fructus*. C'est un droit de

when he introduced the trust into the civil law.

In my view, Mignault's theory is the correct one. Although it contains the innovation of a *sui generis* property right, it is still the one with which practising lawyers are most familiar and feel most secure, in view of its support in the decided cases.

As with *Curran v. Davis*, acceptance of this theory has a negative determining effect for the purposes of the case at bar: it too has the effect of removing one of the possible obstacles to the validity of the trust which is at issue here. It is no longer necessary that there be beneficiaries in whom the ownership of property conveyed in trust be vested.

It thus remains to consider the question in positive terms.

#### 5. Interpretation of the legislation

Article 981a provides that a trust may be created by gift or by will "for the benefit of any persons in whose favor" the grantor "can validly make gifts or legacies".

If, as art. 981a invites us to do, we refer to the provisions relating to gifts *inter vivos* and by will, we find that some of these make gifts impossible in specific cases, depending on the beneficiary. However, it can be seen that they are of two kinds.

Some of these provisions constitute actual prohibitions prompted by considerations of public order and good morals. Thus, as art. 766 provides, a corporation cannot receive a gift beyond the limit of the property which it may possess. The prohibition on making gifts to a former tutor or curator, imposed by art. 767, is probably of the same type, although it is expressed as a disability. Similarly, the prohibition on giving anything more than maintenance to a concubine and to adulterine or incestuous children, contained in art. 768, now repealed, was undoubtedly prompted by the prevailing ideas on public order and good morals.

propriété *sui generis*, dont le législateur a implicitement mais nécessairement voulu la création lorsqu'il a introduit la fiducie en droit civil.

a A mon avis, la théorie de Mignault est la bonne. Quoiqu'elle comporte l'innovation d'un droit de propriété *sui generis*, c'est encore celle avec laquelle les praticiens sont le plus familiers et se sentent le plus en sécurité, compte tenu de l'appui b que lui a donné la jurisprudence.

c Tout comme l'arrêt *Curran c. Davis*, l'acceptation de cette théorie est déterminante de façon négative aux fins de la présente cause: elle supprime elle aussi l'un des obstacles possibles à la validité de la fiducie qui fait l'objet du litige. Il n'est plus nécessaire qu'il existe des bénéficiaires sur la tête de qui repose la propriété des biens transportés en fiducie.

d Reste donc à trancher la question de façon positive.

#### 5. L'interprétation des textes législatifs

e L'article 981a prescrit que la fiducie peut être constituée par donation ou par testament «pour le bénéfice des personnes en faveur de qui» le constituant «peut faire valablement des donations et des legs».

f Si, comme nous y invite l'art. 981a on se reporte aux dispositions relatives aux donations entre vifs et testamentaires, on en trouve quelques unes qui rendent les donations impossibles dans des cas g déterminés, selon la qualité du bénéficiaire. Mais l'on se rend compte qu'elles sont de deux sortes.

h Certaines de ces dispositions constituent de véritables prohibitions inspirées par des considérations qui portent sur l'ordre public ou les bonnes mœurs. Ainsi, comme le prévoit l'art. 766, il est interdit de donner à une corporation au delà de la limite des biens qu'elle peut posséder. L'interdiction de donner à son ancien tuteur ou curateur, imposée i par l'art. 767, est probablement de la même nature, quoiqu'elle soit exprimée comme une incapacité. De même, la prohibition de donner au concubin et aux enfants adultérins ou incestueux j autre chose que des aliments, prévue à l'art. 768, aujourd'hui abrogé, était sûrement dictée par l'idée que l'on se faisait de l'ordre public et des bonnes mœurs.



Certain prohibitions of the same type can also be found in other parts of the *Civil Code*. Thus, before the abolition of civil death by 1906 (Que.), c. 38, art. 36 of the *Civil Code* provided that a person who had died civilly

can neither dispose of nor acquire property, whether *inter vivos* or by will, and whether by gratuitous or onerous title; he can neither contract nor possess property, but he may receive maintenance.

Similarly, art. 1265 prohibited husband and wife from conferring benefits on each other *inter vivos*, and this prohibition, which was intended to ensure that the then immutable nature of matrimonial regimes was preserved, was regarded as being of public order and resulted in the absolute nullity of any agreement contravening it.

Other provisions of a different type make certain gifts impossible. Thus, under arts. 608, 755, 765 and 772 of the *Civil Code*, property cannot be given directly *inter vivos* to someone who has not yet been conceived, except by contract of marriage. However, this impediment is inherent in a gift made directly *inter vivos*. It is a contract which must be accepted by the donee and it is essential for its validity that the donor should actually and irrevocably divest himself of the thing given. A person cannot contract with someone who does not yet exist, or give to him property the ownership of which would then be vested in no one.

By providing in art. 981a that the grantor of a trust can convey property to trustees, by gift or by will, for the benefit of any persons in whose favour he can validly make gifts or legacies, the legislator undoubtedly intended to prohibit the grantor from avoiding the prohibitions of public order by interposing a trust. In such a case, the technique gives way to public order. The courts have therefore correctly invalidated a deed of donation and trust made between husband and wife contrary to the former art. 1265: *Taylor v. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Reford v. National Trust Company, supra*, at pp. 701 et seq.

On trouvait au surplus quelques prohibitions de même nature dans d'autres parties du *Code civil*. Ainsi, avant l'abolition de la mort civile par 1906 (Qué.), chap 38, l'art. 36 du *Code civil* prescrivait que la personne morte civilement

ne peut disposer de ses biens, ni acquérir, soit par acte entrevifs ou à cause de mort, soit à titre gratuit ou onéreux; elle ne peut ni contracter ni posséder; elle peut cependant recevoir des aliments.

De même, l'art. 1265 interdisait-il aux époux de s'avantager entre vifs et cette interdiction, destinée à faire respecter le caractère alors immuable des régimes matrimoniaux, était considérée comme étant d'ordre public et entraînait la nullité absolue de la convention qui y contrevenait.

D'autres dispositions, d'une espèce différente, rendent certaines donations impossibles. Ainsi suivant les art. 608, 755, 765 et 772 du *Code civil*, on ne peut donner directement des biens entre vifs à celui qui n'est pas encore conçu, sauf par contrat de mariage. Mais il s'agit là d'un empêchement inhérent à la donation faite directement entre vifs. C'est un contrat qui doit être accepté par le donataire et il est essentiel à sa validité que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée. Or on ne peut contracter avec celui qui n'existe pas encore ni se départir en sa faveur d'un bien dont la propriété ne reposerait alors sur la tête de personne.

En prescrivant à l'art. 981a que le constituant d'une fiducie peut transporter des biens à des fiduciaires, par donation ou testament, pour le bénéfice des personnes en faveur de qui il peut faire valablement des donations et des legs, le législateur a sûrement voulu empêcher le constituant de contourner les prohibitions d'ordre public par l'interposition d'une fiducie. Dans ce cas en effet, la technique disparaît devant l'ordre public. C'est donc à bon droit que l'on a invalidé des donations fiduciaires faites entre époux en contravention de l'ancien art. 1265: *Taylor c. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180; *Reford c. National Trust Company*, précité, aux pp. 701 et suivantes.

Did the legislator also intend to transfer to the trust the inherent constraints barring gifts *inter vivos* from being made directly in cases such as that before this Court? I do not think so. On the contrary, it seems to me that the purpose of introducing gifts and legacies by way of trust into the law of Quebec was precisely to remove these constraints, by taking away their justification.

Public order and the law do not prohibit the conferring of benefits on an unborn child. It can be done by will. It can be done by contract of marriage, under art. 772 of the *Civil Code*. It can be done by substitution, under art. 929.

One of the primary purposes of the introduction of trusts into Quebec law was to enable individuals to do by gift *inter vivos* what it was already possible to do in part by will, including in my opinion the creation of a benefit intended for a non-existent person as in *Abbot v. Fraser*.

Another purpose of the trust was to provide the parties with a means to replace substitution, one which was more flexible.

In these circumstances, it seems to me that arts. 981a *et seq.* must be given a wide and liberal interpretation, favouring an extension of the contractual and testamentary freedom of the parties and in keeping with the purpose of the legislation. When article 981a refers to the provisions relating to gifts and legacies, it does so subject to the special characteristics of the trust, and not as if the trust did not exist and this was an ordinary gift or an ordinary legacy. Professor Louis Baudouin, *supra*, quite properly observes regarding the trust (at p. 1246):

[TRANSLATION] The gift or the will are technical procedures which make possible this operation, the purpose of which is not to make an ordinary gift or an ordinary will.

It was objected that there cannot be a trust without a beneficiary that actually exists: Faribault, *supra*, No. 171, at p. 188; Cantin Cumyn, *supra*, No. 32, at p. 22. It seems to me, and I say so with respect, that this is to confuse a cause of

Le législateur a-t-il également voulu transposer dans la fiducie les contraintes inhérentes qui empêchaient les donations entre vifs de se faire directement dans des cas comme celui qui nous occupe? Je ne le pense pas. Il me semble au contraire que c'est précisément dans le but de supprimer ces contraintes, en faisant disparaître leur raison d'être, que l'on a introduit la donation et le legs fiduciaires dans le droit du Québec.

L'ordre public et les lois n'interdisent pas que l'on confère des avantages à des enfants à naître. On peut le faire par testament. On peut le faire par contrat de mariage, comme le prévoit l'art. 772 du *Code civil*. On peut le faire par substitution, comme le prévoit l'art. 929.

Or l'un des buts principaux de l'introduction de la fiducie en droit québécois était justement de permettre que l'on accomplisse par donation entre vifs ce qu'il était déjà possible de réaliser en partie par testament, y compris, à mon avis, la constitution d'un avantage destiné à une personne inexistante comme dans *Abbot v. Fraser*.

Un autre but de la fiducie était de fournir aux parties une solution de remplacement à la substitution, plus souple que celle-ci.

Dans ces conditions, il me paraît que l'on doit interpréter les art. 981a et suivants d'une façon large et libérale, favorable à une extension de la liberté contractuelle et testamentaire des parties et au but de la législation. Lorsque l'article 981a renvoie aux dispositions relatives aux donations et aux legs, c'est sous réserve des particularités de la fiducie, et non pas comme si la fiducie n'existait pas et comme s'il s'agissait d'une simple donation ou d'un simple legs. C'est avec raison que le professeur Louis Baudouin, précité, écrit au sujet de la fiducie (à la p. 1246):

La donation ou le testament sont des procédés techniques qui permettent la réalisation de cette opération dont la finalité n'est ni celle d'une simple donation, ni celle d'un simple testament.

On a objecté qu'il ne saurait y avoir de fiducie sans bénéficiaire avec existence actuelle: Faribault, précité, n° 171, à la p. 188; Cantin Cumyn, précité, n° 32, à la p. 22. Il me paraît, et je le dis avec égards, que c'est là confondre entre une cause

invalidity of the trust and a possible cause of its lapse. It is essential for a trust to have actual or eventual beneficiaries. If it becomes certain that all the beneficiaries whom the grantor seeks to benefit will never exist, the trust then lapses, with retroactive effect.

This retroactivity also provides an answer to another objection raised by counsel for the respondent: if the property conveyed in trust is taken out of the grantor's estate and vested in the trustee, and if in addition it becomes clear that none of the beneficiaries intended by the grantor will exist, then they maintain that in a great many cases the trustee will remain perpetually seized of the trust property.

This cannot be the case here, since the donor provided that her intestate heirs should rank as tertiary beneficiaries. However, she only stipulated what the law provides. Mignault foresaw the difficulty, and in "La fiducie dans la province de Québec", *Travaux de la semaine internationale de droit*, vol. 5, Paris, Sirey, 1937, he wrote at pp. 36-37:

[TRANSLATION] . . . the lapse resulting from the person of the beneficiary does not operate to the advantage of the trustee: the property returns to the grantor or his heirs.

If there are no heirs, the provisions relating to vacant successions would be applied, so that in no case would the property remain with the trustee.

I conclude that the deed of donation and trust made for the benefit of unborn children of the donor is valid.

IV—The deed of donation and trust made for the benefit of the donor's sisters, the secondary beneficiaries

In my opinion this Court should rule on the validity of this gift. The parties have argued the point from the outset, and have an interest in seeing it resolved, because it is not inconceivable that it may arise, though this is unlikely. It was not resolved by the trial judge, and the judges of the Court of Appeal differed in their opinions.

The first argument advanced by counsel for the respondent, and accepted by the Court of Appeal,

d'invalidité de la fiducie et une cause possible de sa caducité. Il est essentiel à une fiducie qu'il existe des bénéficiaires actuels ou éventuels. S'il devient certain que tous les bénéficiaires que le constituant voulait avantager n'existeront jamais, la fiducie est frappée de caducité et elle l'est avec rétroactivité.

Cette rétroactivité permet aussi de répondre à une autre objection soulevée par les procureurs de l'intimée: si les biens transportés en fiducie sont sortis du patrimoine du constituant et reposent sur la tête du fiduciaire, et si d'autre part il devient certain qu'il n'existera aucun des bénéficiaires que le constituant avait en vue, alors, soutiennent-ils, dans un grand nombre de cas, le fiduciaire restera perpétuellement saisi des biens de la fiducie.

Ce ne serait pas notre cas puisque la donatrice a prévu un troisième rang de bénéficiaires, ses héritiers *ab intestat*. Mais elle n'a stipulé que ce qui est de droit. Mignault avait prévu la difficulté dans «La fiducie dans la province de Québec», *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. 5, Paris, Sirey, 1937, il écrit aux pp. 36 et 37:

. . . la caducité provenant de la personne du bénéficiaire ne s'opère pas au profit du fiduciaire, mais les biens font retour au disposant ou à ses héritiers.

A défaut d'héritiers, les dispositions relatives aux successions vacantes recevraient application de sorte qu'en aucun cas les biens ne resteraient au fiduciaire.

Je conclus à la validité de la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des enfants à naître de la donatrice.

IV—La donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, bénéficiaires de deuxième rang

Nous devons à mon avis nous prononcer sur la validité de cette donation. Les parties plaident la question depuis le début et ont intérêt à la voir trancher car il n'est pas inconcevable qu'elle se pose même si c'est improbable. Or le premier juge n'y répond pas et les juges de la Cour d'appel diffèrent d'opinion sur le sujet.

Le premier moyen invoqué par les procureurs de l'intimée et retenu par la Cour d'appel, c'est que

was that this deed of donation and trust is void because it depends on the "primary" gift, made for the benefit of unborn children.

This argument falls to the ground when it is decided, as in the case at bar, that the "primary" gift is valid.

I would however add that in my opinion these are two distinct and independent gifts. The validity or invalidity of the one does not necessarily entail the validity or invalidity of the other. I say this with respect for the opposite view, but I feel that the deed of donation and trust made for the benefit of the donor's sisters is not incidental to the primary gift. It is an alternative disposition, and on this point I concur in the view of Owen J.A., dissenting in the Court of Appeal.

To demonstrate that the two gifts are inter-related, counsel for the respondent argued that, if the first gift was void, the respondent's sisters could not be preferred over her descendants without directly contravening her wishes. This I do not deny. But there remains one case in which her wishes could be given effect: this is where the donor's sisters survive her descendants. I know of no principle by which secondary beneficiaries should be deprived of this benefit which the donor irrevocably sought to confer on them on the conditions which she stipulated, if these conditions are met. In the case of these beneficiaries, they did exist at the time of the deed of donation and trust.

The other argument raised by counsel for the respondent against the validity of the gift made to benefit the donor's sisters is that it is prohibited by art. 758 of the *Civil Code*:

Every gift made so as to take effect only after death, which is not valid as a will, or as permitted in a contract of marriage, is void.

They apply this provision to the case at bar as follows:

[TRANSLATION] According to the wording of the article itself, a gift in contemplation of death is a gift which only takes effect on the death of the grantor. In the case at bar, the gift is conditional on the donor dying without issue; the donor's sisters will not be able to determine

cette donation fiduciaire est nulle parce qu'elle dépend de la donation dite principale, faite pour le bénéfice des enfants à naître.

Cet argument tombe lorsque l'on décide, comme c'est le cas, que la donation dite principale est valide.

J'ajouterai néanmoins qu'il s'agit à mon avis de deux donations distinctes et autonomes. La validité ou l'invalidité de l'une n'entraînerait pas nécessairement la validité ou l'invalidité de l'autre. Je le dis avec égards pour l'opinion contraire, la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice n'est pas l'accessoire de la précédente. C'est une disposition alternative et je partage sur ce point l'opinion du juge Owen, dissident en Cour d'appel.

Pour démontrer que les deux donations sont liées l'une à l'autre, les procureurs de l'intimée soutiennent que, si la première donation était nulle, on ne pourrait, sans aller directement à l'encontre de la volonté de l'intimée, préférer ses sœurs à ses descendants. Je n'en disconviens pas. Mais il resterait un cas où l'on pourrait exécuter sa volonté: c'est celui où les sœurs de la donatrice survivraient à ses descendants. Je ne vois pas en vertu de quel principe l'on priverait les bénéficiaires de deuxième rang de cet avantage éventuel que la donatrice a irrévocablement voulu leur conférer aux conditions qu'elle a prévues, si ces conditions se réalisent. Ces bénéficiaires, elles, existaient au moment de la donation fiduciaire.

L'autre moyen soulevé par les procureurs de l'intimée à l'encontre de la validité de la donation faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, c'est qu'elle est prohibée par l'art. 758 du *Code civil*:

Toute donation faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort qui n'est pas valide comme testament ou comme permise en un contrat de mariage, est nulle.

Voici comment, dans leur mémoire, ils appliquent cette disposition à l'espèce:

Selon les termes mêmes de cet article, une donation à cause de mort est une donation qui ne doit avoir d'effet qu'à la mort du disposant. Dans la présente instance, la donation est conditionnelle à ce que la donatrice décède sans descendant; ce n'est qu'au décès de la donatrice que

until she dies whether they are entitled to the property included in the trust. The existence of the gift in their favour is thus uncertain and will only be determined when the donor dies. This position is supported by the decision of this Court, *Curran v. Davis*, cited above. The validity of a gift creating an annuity payable on the donor's death had been challenged. The Court stated (p. 291):

"The existence of this debt was certain; only the time of payment was made subject to a certain future event."

This argument is groundless.

To begin with, it is not strictly true to say that the existence of the debt at issue in *Curran v. Davis* was certain. It was dependent on a condition, namely that the beneficiary, the grantor's adoptive son, and his widow and children, if any, survived the grantor. This is a condition based upon the possible lapse of the trust. However, it is true to say that the adoptive son of the grantor irrevocably received, on the date the trust was executed, a suspended right which the grantor could no longer take back, because he had in fact made it over to him through the trustees.

Essentially, the reason why it was held in *Curran v. Davis* that there was no gift *mortis causa* is that, as in the case at bar, there was an actual and irrevocable disseizin of the grantor, although some of its effects were postponed until the grantor died. See also *Taylor v. Royal Trust Company* and *Reford v. National Trust Company*.

It is true, however, that the deed of donation and trust for the benefit of the donor's father and sisters contains a provision that is not found in *Curran v. Davis*. In order to benefit from the trust, the donor's father and sisters must not only survive her, as was the case with the adoptive son in *Curran v. Davis*, it is also necessary that, on the donor's death, she should leave no issue, or if she leaves any, that they should die without issue before reaching age twenty-five.

This provision is in the nature of a suspensive condition.

ses sœurs pourront déterminer si elles ont droit aux biens faisant partie de la fiducie. L'existence de la donation en leur faveur est donc incertaine et ne sera déterminée qu'au moment du décès de la donatrice. L'arrêt de cette Cour, *Curran c. Davis*, précité, appuie cette position. La validité d'une donation instituant une rente payable au décès du donateur avait été attaquée. La Cour avait affirmé (page 291):

«L'existence de cette dette était certaine; seule l'époque du paiement était subordonnée à un événement futur certain.»

Ce moyen est mal fondé.

D'abord, il n'est pas rigoureusement exact que l'existence de la dette en litige dans *Curran c. Davis* était certaine. Elle dépendait d'une condition savoir, que le bénéficiaire, fils adoptif du constituant, ainsi que sa veuve et ses enfants, s'il en était, survivent au constituant. Il s'agit là d'une condition de non-caducité. Mais il est exact de dire que le fils adoptif du constituant avait, dès la date de l'exécution de la fiducie, irrévocablement reçu un droit suspendu que le constituant ne pouvait plus lui enlever parce qu'il s'en était actuellement dépouillé en sa faveur par le truchement des fiduciaires.

La raison essentielle pour laquelle on décide qu'il n'y a pas eu donation *mortis causa* dans *Curran c. Davis*, c'est en effet qu'il y avait eu, comme en l'espèce, dessaisissement actuel et irrévocable du constituant, même si certains de ses effets étaient reportés à la mort du constituant. Voir également *Taylor c. Royal Trust Company* et *Reford c. National Trust Company*.

Il est vrai cependant que la donation fiduciaire faite pour l'avantage du père et des sœurs de la donatrice comporte une modalité que l'on ne trouve pas dans *Curran c. Davis*. Pour profiter de la fiducie, le père et les sœurs de la donatrice ne doivent pas seulement survivre à celle-ci comme c'était le cas du fils adoptif dans *Curran c. Davis*. Il faut au surplus qu'au décès de la donatrice, celle-ci ne laisse pas de descendants ou bien, si elle en laisse, que ceux-ci soient morts sans descendants avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans.

Cette modalité est de la nature d'une condition suspensive.

Suspensive or resolute conditions can validly be attached to gifts *inter vivos*. Articles 760 and 782 of the *Civil Code* expressly provide this:

**760.** Gift *inter vivos* or by will may be conditional.

An impossible condition, or one contrary to good morals, to law, or to public order, upon which a gift *inter vivos* depends, is void, and renders void the disposition itself, as in other contracts.

In a will such a condition is considered as not written, and does not annul the disposition.

**782.** It may be stipulated that a gift *inter vivos* shall be suspended, revoked, or reduced, under conditions which do not depend solely upon the will of the donor.

If the donor reserve to himself the right to dispose of or to take back at pleasure some object included in the gift, or a sum of money out of the property given, the gift holds good for the remainder, but is void as to the part reserved, which continues to belong to the donor, except in gifts by contract of marriage.

However, for gifts *inter vivos* not to be invalidated as made in contemplation of death, the death of the donor must not be the essential condition.

After citing art. 758 of the *Civil Code*, Rinfret J., as he then was, said the following in *Pesant v. Pesant*, [1934] S.C.R. 249, at p. 261:

[TRANSLATION] In short, this article contains a definition: the gift which is declared to be void is one which is "made so as to take effect only after death". If this definition is analysed in terms of the historical concept of the *donatio mortis causa*, it has to be recognized that the gift which is prohibited by the article is precisely any gift which is made subject to the donor's death, and is not effective until that death, and under which the donee acquires no rights before the death.

In his *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montreal, 1968, Roger Comtois wrote at p. 132:

[TRANSLATION] Merely mentioning death in a gift is not sufficient for it to be regarded as a gift in contemplation of death, if it does not clearly appear that the death affects the substance of the disposition. If death is mentioned only for purposes of demonstration (*demon-*

Or les donations entre vifs peuvent valablement être assorties de conditions suspensives ou résolutoires. Les articles 760 et 782 du *Code civil* le prévoient expressément:

**a 760.** Les donations entre vifs ou testamentaires peuvent être conditionnelles.

La condition impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, aux lois, ou à l'ordre public, dont dépend une donation entre vifs, est nulle et rend nulle la disposition elle-même comme dans les autres contrats.

Dans un testament une telle condition est considérée comme non écrite et n'annule pas la disposition.

**c 782.** La donation entre vifs peut être stipulée suspendue, révocable ou réductible, sous des conditions qui ne dépendent pas uniquement de la volonté du donateur.

Si le donateur s'est réservé la liberté de disposer ou de se ressaisir à sa volonté de quelque effet compris dans la donation ou d'une somme d'argent sur les biens donnés, la donation vaut pour le surplus, mais elle est nulle quant à la partie retenue, qui continue d'appartenir au donateur, excepté dans les donations par contrat de mariage.

Cependant, pour que la donation entre vifs ne soit pas invalidée comme faite à cause de mort, il importe que la mort du donateur n'en soit pas la condition essentielle.

Après avoir cité l'art. 758 du *Code civil*, le juge Rinfret, plus tard Juge en chef, en dit ceci dans *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249, à la p. 261:

En somme, cet article contient une définition. La donation qui est déclarée nulle est celle «qui est faite pour n'avoir effet qu'à cause de mort». Et si l'on analyse cette définition en regard de la notion historique de la *donatio mortis causa*, l'on doit reconnaître que la donation qui est prohibée par l'article est précisément celle dont l'effet est subordonné à la mort du donateur, qui jusqu'à cette mort n'a aucun effet, et en vertu de laquelle le donataire n'acquiert pas de droit avant cette mort.

Dans son *Essai sur les donations par contrat de mariage*, Montréal, 1968, Roger Comtois écrit à la p. 132:

Il ne suffit pas qu'il soit fait mention de la mort dans une donation pour la faire considérer comme une donation à cause de mort, s'il ne paraît clairement que la mort tombe sur la substance de la disposition. S'il n'est parlé de la mort que pour fins de démonstration

*strationis causa*) and to indicate the time at which the gift should be implemented, this does not prevent it from taking effect as a gift *inter vivos*.

If, on the other hand, the death is given as a condition of the gift, this then is a gift in contemplation of death and not a gift *inter vivos*.

In the case at bar, the condition accompanying the deed of donation and trust is not the donor's death, but the absence of any issue of the donor at the time fixed by her for the trust to terminate. In addition, as in *Curran v. Davis*, the donor has actually and irrevocably divested herself of the trust property, which she has conveyed to the trustees during her lifetime, thereby conferring on her father and sisters a suspensive right which she can no longer take back.

I am of the opinion that the deed of donation and trust made to benefit the donor's sisters, the secondary beneficiaries, is valid.

#### V—Conclusions

The appeal should be allowed, the judgment of the Court of Appeal reversed and the judgment of the Superior Court restored.

The Superior Court ordered that costs, including those of the respondent, the interveners and the appointment of a tutor for respondent's children, be paid out of the trust property.

The Court of Appeal allowed the appeal, but without costs.

In my opinion, it would be better to adopt the ruling of the trial judge as to costs in all courts.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: McMaster, Meighnen, Montreal.*

*Solicitors for the respondent: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montreal.*

(*demonstrationis causa*) et pour désigner le temps auquel la donation doit avoir son exécution, cela ne l'empêche pas de valoir comme donation entre vifs.

Si, par contre, la mort est indiquée comme condition de la donation, nous serons en présence d'une donation à cause de mort et non d'une donation entre vifs.

En l'espèce, la condition dont la donation fiduciaire est assortie n'est pas la mort de la donatrice, mais l'absence de descendants de celle-ci au moment fixé par elle pour l'ouverture de la fiducie. Au surplus, comme dans *Curran c. Davis*, la donatrice s'est actuellement et irrévocablement dépouillée des biens de la fiducie qu'elle a de son vivant transportés au fiduciaire, conférant par là à son père et à ses sœurs un droit suspendu qu'elle ne peut plus leur enlever.

Je suis d'avis que la donation fiduciaire faite pour le bénéfice des sœurs de la donatrice, bénéficiaires de deuxième rang, est valide.

#### V—Conclusions

Il faut accueillir le pourvoi, infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et rétablir le jugement de la Cour supérieure.

La Cour supérieure a ordonné que les frais, y compris ceux de l'intimée, des intervenants et de ceux encourus pour la nomination d'un tuteur aux enfants de l'intimée, soient acquittés à même les biens de la fiducie.

La Cour d'appel a accueilli le pourvoi mais sans frais.

A mon avis, il vaut mieux décider comme le premier juge quant aux frais dans toutes les cours.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelante: McMaster, Meighnen, Montréal.*

*Procureurs de l'intimée: Heenan, Blaikie, Jolin, Potvin, Trépanier, Cobbett, Montréal.*