

**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 appellants.

*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 abintestat 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-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 immovable, 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 immovable, 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.

38; Daniel 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.

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.

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*.

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*.

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:

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. 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;

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