

LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1275 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* À L'ÉGARD DU FIDUCIAIRE

Julien BUSQUE

Volume 118, Number 3, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043449ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043449ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BUSQUE, J. (2016). LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1275 DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC* À L'ÉGARD DU FIDUCIAIRE. *Revue du notariat*, 118(3), 457–542.
<https://doi.org/10.7202/1043449ar>

LA PORTÉE DE L'ARTICLE 1275 DU CODE CIVIL DU QUÉBEC À L'ÉGARD DU FIDUCIAIRE*

Julien BUSQUE**

Introduction	459
1. La qualification de tiers-fiduciaire et l'obligation d'agir conjointement	463
1.1 La qualification de tiers-fiduciaire	464
1.1.1 Les origines de l'article 1275 du <i>Code civil</i> <i>du Québec</i>	465
1.1.2 L'identité du fiduciaire	468
1.1.3 L'interprétation du terme « constituant » . . .	471
1.1.4 L'interprétation du terme « bénéficiaire » . . .	472
1.1.4.1 Les bénéficiaires actuels et éventuels . .	472
1.1.4.2 Les « bénéficiaires » de l'article 1297 C.c.Q.	480
1.1.4.3 Les bénéficiaires aux termes d'une faculté d'élire	485

* Ce texte est tiré d'un mémoire de maîtrise réalisé à l'Université Laval sous la direction du professeur François Brochu. Il a remporté, à l'automne 2016, le concours de rédaction juridique de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal. L'auteur tient à remercier la Chambre des notaires pour la bourse d'études supérieures qui lui a été octroyée. La recherche est à jour au 30 juin 2016.

** LL.M., notaire et planificateur financier, Trust Banque Nationale. Les opinions exprimées dans ce mémoire sont propres à l'auteur et n'engagent aucunement Trust Banque Nationale inc.

1.1.4.4	L'actionnaire et l'administrateur de la société bénéficiaire	488
1.1.4.5	Le représentant du bénéficiaire	489
1.1.5	La notion de conflit d'intérêts	491
1.2	L'obligation d'agir conjointement avec un tiers-fiduciaire	493
1.2.1	La nomination des fiduciaires	493
1.2.2	Le pouvoir des fiduciaires d'agir à la majorité et le droit de veto.	504
1.2.3	La division et la délégation des pouvoirs entre les fiduciaires	506
2.	L'absence de tiers-fiduciaire et l'analogie avec le droit des sociétés et le droit civil français.	508
2.1	Les conséquences de l'absence d'un tiers-fiduciaire .	508
2.1.1	L'existence de la fiducie	509
2.1.2	La nullité des actes conclus en l'absence de tiers-fiduciaire	511
2.2	La comparaison du droit des fiducies avec celui des sociétés	521
2.3	Le droit civil québécois comparé au droit civil français.	526
	Conclusion	540

INTRODUCTION

Sous le régime du *Code civil du Bas-Canada*¹, la fiducie, bien que fréquemment utilisée, était peu réglementée. Plusieurs questions, notamment celles portant sur sa constitution, son fonctionnement, voire son extinction, demeuraient en suspens. Le *Code civil du Québec*², entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994, est venu préciser bon nombre de ces règles, s'inspirant pour ce faire tantôt de la doctrine et de la jurisprudence, tantôt de la pratique³. Ce sont les articles 1260 à 1298 C.c.Q.⁴ qui traitent précisément de la fiducie. Ils déterminent successivement la nature de cette institution⁵, les diverses espèces de fiducies et leur possible durée⁶, les règles de son administration⁷ et les dispositions relatives à la modification et à la fin de la fiducie⁸.

D'entrée de jeu, il nous apparaît important de rappeler que l'article 1261 du *Code civil du Québec*, qui dispose que

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

vient mettre fin à la controverse doctrinale et jurisprudentielle ayant trait au sort du droit de propriété sur les biens détenus en fiducie⁹. Il

-
1. Les dispositions de la *Loi de 1879 introduisant la fiducie* (loi 42-43, Victoria, c. 29) ont été intégrées au *Code civil du Bas Canada* (art. 981a à 981n, Chapitre quatrième (A) « De la fiducie ») le 1^{er} janvier 1889 (S.R.Q. 1888, art. 5803).
 2. L.Q. 1991, c. 64.
 3. *Commentaires du ministre de la Justice*, tome 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993, p. 746.
 4. Ces articles sont regroupés dans le titre sixième du livre quatrième (Des biens) intitulé : De certains patrimoines d'affectation.
 5. Art. 1260 à 1265 C.c.Q.
 6. Art. 1266 à 1273 C.c.Q.
 7. Art. 1274 à 1292 C.c.Q.
 8. Art. 1293 à 1298 C.c.Q.
 9. La solution retenue par le législateur québécois admet la possibilité que des droits et biens peuvent subsister sans qu'une personne physique ou morale en soit titulaire. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 749. Voir également, à ce sujet, Alexandra POPOVICI, *Le patrimoine d'affectation : nature*, (à suivre...)

apporte également, en ne reconnaissant pas le dédoublement de la propriété propre au *trust de common law*, une distinction importante avec celui-ci¹⁰. Par ailleurs, conformément à l'article 1278 C.c.Q., le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et il pourra ainsi exercer, ès qualités, tous les droits d'un propriétaire, dans le respect des règles relatives à l'administration du bien d'autrui¹¹, et ainsi éviter que l'on prétende que les biens sont sans maître et susceptibles d'être appropriés par simple occupation¹². Dans son rôle, le fiduciaire a la particularité de ne représenter personne. Lorsqu'il agit dans le cadre de ses pouvoirs, le fiduciaire engage le patrimoine de la fiducie, donc le patrimoine d'affectation¹³. Quant au constituant et au bénéficiaire, les deux autres acteurs de la fiducie, ils se voient accorder, en plus de leur possible rôle à titre de fiduciaire¹⁴, un pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'administration fiduciaire¹⁵. En effet, il est permis à ces derniers, aux termes de l'article 1290 C.c.Q., de contraindre le fiduciaire à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, de lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou d'obtenir sa destitution. Il s'agit d'un bel exemple démontrant la nécessité pour le constituant ou le bénéficiaire qui agissent à titre de fiduciaires de ne pas agir comme uniques fiduciaires. Dans le cas contraire, nous pourrions nous demander à l'encontre de qui les demandes prévues à l'article 1290 C.c.Q. pourraient être exercées.

(... suite)

culture, rupture, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des études supérieures, Université Laval, 2012, p. i : « [e]n choisissant le patrimoine d'affectation comme émule du *trust* anglo-saxon lors de la dernière codification, le législateur n'a pas simplement remplacé l'enveloppe civiliste de la fiducie, il a véritablement transformé le plan juridique : avec l'introduction de la fiducie-patrimoine d'affectation, les droits ont dorénavant deux manières d'être, soit ils appartiennent à un sujet de droit, soit ils sont affectés ».

10. Aline GRENON, *Les fiducies*, vol. 5, coll. « La common Law en poche », Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 7 : « [En common law, u]ne fiducie existe lorsqu'une personne, appelée fiduciaire (*trustee*), détient des biens à titre de propriétaire, soit dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, appelées bénéficiaires (*beneficiary* ou *cestui que trust*), soit en vue de la réalisation d'un but particulier ». De plus, la common law reconnaît le *beneficial ownership* dans une personne et le *legal title* dans une autre (*Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7). Voir aussi : Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law canadienne : comparaison avec le droit civil québécois*, Toronto, Thomson Carswell, 2008, chap. 3 (la fiducie), p. 241.
11. Art. 1299 à 1370 C.c.Q.
12. Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Wilson & Lafleur, 2^e éd., p. 377.
13. A. POPOVICI, préc., note 9, p. 48.
14. Art. 1275 C.c.Q.
15. Voir à cet effet les articles 1287 et 1290 C.c.Q.

Personne ne le contestera, la fiducie est devenue, depuis sa codification en 1994, un véhicule juridique dont les justiciables se servent régulièrement. Auparavant presque entièrement limitée au domaine des libéralités faites à des fins personnelles dans un intérêt privé¹⁶, la fiducie peut aujourd'hui, conformément à l'article 1262 C.c.Q., être constituée à titre onéreux¹⁷, par contrat et, dans certains cas, par la loi¹⁸ ou par jugement, lorsque la loi l'autorise¹⁹. C'est ainsi que la fiducie sera utilisée dans le domaine du commerce et des affaires ou, encore, en matière d'investissement²⁰. Dans le cadre de la protection d'actifs, d'une planification fiscale et successorale, d'un transfert d'entreprise ou d'une réorganisation corporative, la fiducie permettra d'exercer un certain contrôle ou une certaine protection des biens concernés. Il y a donc là un impact social important pour les différents intervenants puisque la mise en place et l'utilisation de fiducies lors de tels événements viseront à s'assurer que la gestion du patrimoine soit effectuée selon des conditions clairement établies par le constituant et non laissée à la discrétion des bénéficiaires, permettant ainsi de structurer des transferts intergénérationnels. Parallèlement, l'utilisation des fiducies vise, dans bon nombre de cas, à mettre en place des structures qui permettront aux contribuables, en toute légalité, de réaliser d'importantes économies d'impôts, d'où leur aspect intéressant d'un point de vue économique²¹.

Notre étude s'attardera principalement aux dispositions du *Code civil du Québec* traitant de l'administration fiduciaire et, plus spécifiquement, à l'article 1275, lequel se lit comme suit :

Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

-
16. L'article 981a) du *Code civil du Bas-Canada* prévoyait que la fiducie pouvait être établie par donation ou par testament.
 17. Bien que déjà utilisé en common law, l'établissement d'une fiducie à titre onéreux est nouvellement introduit au Québec par le *Code civil du Québec*.
 18. Telles sont les fiducies visées par la *Loi sur les impôts*, RLRQ, c. I-3, comme les fiducies constituées en vertu d'un régime enregistré d'épargne-retraite ou en vertu d'un régime enregistré d'épargne-études.
 19. Un exemple de fiducie établie par jugement se retrouve à l'article 591 C.c.Q., lequel permet au tribunal d'ordonner la constitution d'une fiducie destinée à garantir le paiement des aliments.
 20. À titre d'exemple, mentionnons la fiducie de fonds commun de placement et la fiducie de placement immobilier.
 21. Voir à ce sujet : Caroline RHÉAUME, *Utilisation des fiducies en planification fiscale et financière*, 2^e éd., Wolters Kluwer, CCH, 2013.

Cet article, au cœur de notre analyse, pose le postulat de l'exigence, dans le cadre de l'administration du patrimoine fiduciaire, de la présence d'un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire. Cet article est de « droit nouveau ». Il n'y a aucune disposition équivalente dans le *Code civil du Bas Canada*²², cette règle s'opposant à la pratique, sous l'ancien droit, de nommer un seul fiduciaire qui pouvait aussi être bénéficiaire²³. Suivant l'article 71 de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*²⁴, cette règle s'applique également aux fiducies créées avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

L'analyse de l'article 1275 C.c.Q. ne peut se faire sans référer aux principales règles qui régissent le patrimoine fiduciaire, de concert avec les règles relatives à l'administration du bien d'autrui prévues aux articles 1299 à 1370 du *Code civil du Québec*. En nous intéressant plus précisément au rôle du fiduciaire et à l'« indépendance » que le législateur exige de lui, notre recherche permettra de mieux caractériser les répercussions sociales et économiques de ces règles. Notre expérience professionnelle, acquise dans le domaine du droit des fiducies, principalement en matière de planification et de liquidation successorales, nous permet de constater que l'article 1275 C.c.Q. présente des difficultés importantes d'application pour les praticiens du droit. En procédant à l'analyse des différentes décisions des tribunaux²⁵ ainsi qu'à l'examen des textes de doctrine publiés à ce sujet²⁶, notre étude vise à proposer une interprétation et une mise en application des dispositions précitées qui seront conformes aux exigences de la théorie et à celles de la pratique.

Nous retiendrons, tout au long de notre analyse, l'appellation de « tiers-fiduciaire » pour désigner le fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire plutôt que celles de fiduciaire « neutre », de fiduciaire « indépendant » ou encore de fiduciaire « impartial ». Nous considérons que l'utilisation de ces dernières expressions a pour effet de définir implicitement, et peut-être incorrectement, les qualités exigées de ce fiduciaire.

22. Julie MÉTIVIER, *La fondation et la fiducie*, extraits de la référence, Éditions Yvon Blais, 2014, p. 189.

23. Voir notamment : *Rodrigue c. Fiducie Desjardins inc.*, J.E. 97-1967 (C.A.) (en appel de *Fiducie Desjardins inc. c. Rodrigue*, J.E. 96-966 (C.S.)) et *Brodie (Succession de feu William L.A.) (In re) : Cie Trust Royal c. Brodie*, J.E. 89-1185 (C.A.).

24. L.Q. 1992, c. 57.

25. Voir les décisions données en référence plus loin dans le texte.

26. Nous avons consulté la majorité des textes publiés en matière de fiducie et nous y référons dans les pages qui suivent.

Notre mémoire comporte deux volets : le premier porte principalement sur l'étendue qu'il faut donner à la signification du terme « bénéficiaire » ainsi que sur la portée qu'il nous paraît nécessaire d'appliquer à la règle qui exige du constituant-fiduciaire ou du bénéficiaire-fiduciaire qu'il agisse conjointement avec le tiers-fiduciaire. Le deuxième volet suggère une remise en question de la jurisprudence relative au non-respect de l'article 1275 C.c.Q. de même qu'il propose un comparable entre les règles qui régissent la notion de fiduciaire avec certaines notions du droit des sociétés et certaines dispositions du droit civil français.

Enfin, il est important de souligner que les règles que nous analyserons, plus particulièrement celles relatives à l'article 1275 C.c.Q., trouvent aussi bien application dans le cas des fiducies constituées à des fins personnelles que dans le cas de celles constituées à des fins d'utilité privée ou sociale, sous réserve des règles particulières applicables à la fondation créée sous la forme d'une personne morale, laquelle fondation étant alors régie par les lois applicables aux personnes morales de son espèce²⁷. Elles trouvent également application qu'il s'agisse de fiducies testamentaires ou encore de fiducies entre vifs²⁸.

1. La qualification de tiers-fiduciaire et l'obligation d'agir conjointement

Cette première partie a d'abord comme objectif d'identifier quelles sont les personnes pouvant valablement se qualifier de tiers-fiduciaires (section 1.1). Pour ce faire, nous tenterons de définir la notion de bénéficiaire et de mesurer toute l'étendue qu'il faut donner à ce terme puisque le tiers-fiduciaire ne peut être un bénéficiaire. S'agit-il seulement du bénéficiaire de premier ordre, c'est-à-dire de celui dont le droit est ouvert, ou doit-on plutôt considérer que le bénéficiaire, même celui dont les droits ne sont qu'éventuels, est également concerné et ne peut agir comme tiers-fiduciaire ? Qu'en est-il, par ailleurs, des héritiers du constituant prévus aux termes de l'article 1297 C.c.Q. et appelés éventuellement à recevoir les biens de la fiducie ? L'administrateur ou l'actionnaire de la société bénéficiaire peuvent-ils, eux, valablement se qualifier pour le rôle de tiers-fiduciaire ? Comment doit-on considérer à ce sujet le représen-

27. Art. 1257 C.c.Q.

28. Les définitions de ces différents types de fiducies sont établies par le paragraphe 108(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1, (5^e suppl.).

tant légal du constituant ou du bénéficiaire ? La réponse à cette dernière question nous amènera à examiner dans quelle mesure il faut tenir compte, dans le choix de ce tiers-fiduciaire, des règles relatives aux conflits d'intérêts. En fait, il y aura lieu de se demander si la finalité même de l'article 1275 C.c.Q. va jusqu'à exiger la nomination d'un fiduciaire qui, quoique n'étant pas lui-même personnellement bénéficiaire, ne risque pas de se retrouver, dans le cadre de l'administration fiduciaire, en situation de conflit d'intérêts.

Toujours dans le premier volet de notre analyse, nous examinerons, dans un deuxième temps (section 1.2), si l'article 1275 C.c.Q., par l'utilisation des termes « doit agir conjointement », se limite à rechercher la nomination d'un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ou s'il exige plutôt que ce fiduciaire participe à toutes les décisions prises par les administrateurs. Nous approfondirons certaines règles particulières au mode de désignation de ce tiers-fiduciaire, abordant du même coup celles relatives à sa destitution. Nous poursuivrons ce chapitre par un examen des modalités d'exercice des pouvoirs des fiduciaires, notamment le pouvoir de ces derniers d'agir à la majorité, de se prévaloir d'un droit de veto qui leur aurait été accordé ou, encore, de se déléguer entre eux la totalité ou une partie de l'exercice de certains pouvoirs, par exemple l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. À cet effet, notre étude fera un bref survol des règles applicables en matière d'administration du bien d'autrui dans le cas particulier de l'administration fiduciaire.

1.1 La qualification de tiers-fiduciaire

Dans cette section, nous analyserons d'abord les origines de l'article 1275 C.c.Q. (section 1.1.1). Aussi, le tiers-fiduciaire étant fondamentalement un « simple » fiduciaire, il nous paraît nécessaire, avant de déterminer quelles sont les caractéristiques propres à la qualification de celui-ci, d'identifier les personnes qui, de façon générale, peuvent agir à titre de fiduciaire (section 1.1.2). Nous procéderons ensuite à un examen minutieux des termes « constituant » et « bénéficiaire », sachant que lorsqu'une personne se qualifie à l'un ou l'autre de ces titres, elle ne peut alors se qualifier de tiers-fiduciaire (sections 1.1.3 et 1.1.4). Nous terminerons cette première partie par une courte réflexion sur la notion de conflit d'intérêts dans le contexte de l'administration fiduciaire (section 1.1.5).

1.1.1 Les origines de l'article 1275 du Code civil du Québec

Afin de déterminer les personnes habilitées à agir à titre de tiers-fiduciaire, il faut se demander quelle est la finalité recherchée par la règle qui exige la présence d'un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire. Pour ce faire, nous examinerons d'abord les travaux de l'Office de révision du Code civil (ORCC)²⁹. Ensuite, nous tenterons d'établir quelle était l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article 1275 C.c.Q.

Les travaux préparatoires de l'ORCC³⁰ ayant mené au *Projet de Code civil* de 1977³¹ proposaient une distinction entre la fiducie civile et la fiducie commerciale³². Il était aussi prévu que « nul ne peut agir comme fiduciaire d'une fiducie commerciale si cette charge le place dans une situation de conflit d'intérêts, sous peine d'amende et même d'emprisonnement »³³. Au fil des travaux, le comité du droit de la fiducie, composé des professeurs Madeleine Cantin Cumyn et Yves Caron, a également proposé « qu'au moins un des fiduciaires d'une fiducie commerciale devait être une compagnie de fiducie constituée en vertu des lois d'une province ou du parlement du Canada »³⁴. Les distinctions entre la fiducie civile et la fiducie commerciale ont été reprises sous des noms différents au *Code civil du Québec*³⁵. En ce qui concerne les propositions du comité du droit de la fiducie de faire en sorte que le fiduciaire d'une fiducie commerciale ne puisse pas se placer dans une situation de

29. L'ORCC est la structure administrative, constituée en 1965, chargée de la réforme du *Code civil du Bas-Canada*. Il est une étape majeure du processus de révision lancé en 1955 avec l'adoption de la *Loi concernant la révision du Code civil* (Statuts de la province de Québec, 1954-1955, chapitre 47) et, en 1960, de la *Loi modifiant la Loi concernant la révision du Code civil* (Statuts de la province de Québec, 1959-1960, chapitre 97).

30. Les archives de l'ORCC sont disponibles en ligne : <<http://digital.library.mcgill.ca/ccro/index.php?language=fr>>.

31. À la fin de ses travaux en 1977, l'ORCC a remis le Rapport sur le *Code civil du Québec* au ministre qui, par la suite, le déposa à l'Assemblée nationale. Le Rapport contenait un projet complet de code civil ainsi que des commentaires sur les dispositions. OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I et II, Éditeur officiel du Québec, 1977.

32. L'article 41 du 6^e projet d'articles présenté par le comité du droit de la fiducie de l'ORCC (BB/D/9-3), février 1976, prévoyait, en résumé, que la fiducie commerciale est celle constituée aux fins de distribuer dans le public des valeurs mobilières, participations, unités, obligations, débentures ou autres titres.

33. 6^e projet d'articles, préc., note 32, art. 43 et 44.

34. *Ibid.*, art. 42.

35. Art. 1266 à 1270 C.c.Q.

conflit d'intérêts ou doit être une compagnie de fiducie, elles n'ont pas été reprises dans le *Projet de Code civil* de 1977³⁶, dans les projets de loi visant à réformer le Code civil³⁷ et dans l'article 1275 C.c.Q. Les travaux de l'ORCC nous portent à croire qu'une réflexion a eu lieu à ce sujet et que si le législateur avait voulu que les fiduciaires soient restreints, en certains cas, à une catégorie de personnes donnée³⁸, il en aurait maintenu clairement l'exigence. Il aurait également pu agir de la sorte quant à la question d'absence de conflit d'intérêts et il aurait probablement dû, dans un tel cas, définir, ou à tout le moins tenter de le faire, ce qui, pour lui, constituait une telle situation. Il ne l'a pas fait. Nous croyons que cela est révélateur de ses intentions et peut nous guider, voire guider les tribunaux, quant à la qualification exigée du fameux tiers-fiduciaire prévu par l'article 1275 C.c.Q.

Quant aux commentaires formulés par le ministre de la Justice lors de l'insertion de l'article 1275 au *Code civil du Québec*³⁹, ils se résument à ceci :

Cet article, en créant une ouverture en faveur du constituant, répond à une question que posait le droit antérieur ; l'on estimait, vu la formulation de l'article 981a C.c.B.C que le donateur ne pouvait être fiduciaire. L'ouverture en faveur du bénéficiaire est nouvelle, mais conforme au droit antérieur et à la pratique.

Cette ouverture demeure tempérée, cependant, par l'exigence d'un fiduciaire impartial, exigence propre à assurer une administration objective et à tempérer les conflits d'intérêts possibles.

L'article ne retient pas la possibilité que le constituant ou le bénéficiaire puisse agir comme fiduciaire unique car, même si, dans nombre

36. L'article 610 du *Projet de Code civil* de 1977 se lit comme suit : « [l]e constituant ou le bénéficiaire ne peut agir seul comme fiduciaire ». Dans ses commentaires sur cette disposition, l'ORCC mentionne que « [c]et article modifie le droit actuel où l'on estime, vu la formulation de l'article 981a C.c. [Code civil du Bas-Canada] que le donateur ne peut être fiduciaire. Quant au donataire, la présente disposition est conforme au droit actuel ». Voir OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. II, tome 1, Éditeur officiel du Québec, 1977, p. 536.

37. *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi 20 (présenté le 20 décembre 1984), 5^e session, 32^e législature (Québec) ; *Code civil du Québec*, Projet de loi 125 (présenté le 18 décembre 1990), 1^{re} session, 34^e législature (Québec).

38. Comme c'est le cas en droit civil français. Voir *infra*, section 2.3.

39. L'article 1275 C.c.Q. actuel tire son origine, à la virgule près, des articles 1314 du *Projet de loi 20* préc., note 37, et 1272 du *Projet de Loi 125*, préc., note 37.

de cas, un constituant ou un bénéficiaire peut désigner un fiduciaire conciliant envers ses propres besoins, lui permettre d'agir seul favoriserait une division purement artificielle du patrimoine et fournirait un moyen aisé d'éviter le paiement de certaines obligations.

L'article 1275 permet au constituant de participer au fonctionnement de la fiducie à laquelle il a donné l'élan premier, et au bénéficiaire d'exercer un certain droit de regard dans la prise de décisions qui le concernent, tout en assurant à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité.⁴⁰ (Les soulignés sont de nous).

Les termes utilisés par le ministre dans ses commentaires nous amènent d'abord à croire en l'exigence d'un fiduciaire impartial qui permettrait d'assurer une administration objective et de limiter les possibles conflits d'intérêts. Toutefois, les mêmes commentaires se terminent en mentionnant que cette règle permettra d'assurer à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité. En utilisant des expressions telles que « tempérer les conflits d'intérêts possibles » et « assurant à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité », le législateur reconnaît que la présence du tiers-fiduciaire ne permettra pas, à elle seule, d'éviter, en toutes circonstances, que la gestion fiduciaire soit parfois quelque peu subjective ou marquée par des conflits d'intérêts. Toutefois, la présence d'un tiers-fiduciaire favorise certainement l'accomplissement de la fiducie, même si ce dernier peut avoir été choisi par le constituant ou le bénéficiaire. Un autre objectif recherché par l'adoption de l'article 1275 C.c.Q. est d'éviter une division purement artificielle du patrimoine d'un débiteur, que celui-ci soit constituant ou bénéficiaire. À ce sujet, les commentaires du ministre sont clairs et ne portent à aucune interprétation. Il peut en effet y avoir une crainte que le constituant utilise le mécanisme de la fiducie pour soustraire une partie de son patrimoine au gage commun de ses créanciers⁴¹ et que cela lui permette d'échapper au paiement de certaines obligations. L'exigence pour le constituant de choisir le tiers-fiduciaire devant l'accompagner dans le cadre de l'administration du nouveau patrimoine constitué aura sans doute le mérite de forcer sa réflexion sur ses réelles intentions, tout comme elle aura pour effet d'établir clairement, aux yeux des créanciers et autres tiers contractants, la distinction entre le patrimoine du constituant, le patrimoine de la fiducie et les patrimoines des bénéficiaires. En effet, lors de transactions conclues sur le patrimoine de la fiducie, les fiduciaires devront

40. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759.

41. Art. 2644 C.c.Q.

déclarer, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'ils agissent ès qualités de fiduciaires et non en leur nom propre⁴², à défaut de quoi ils pourraient engager leur responsabilité personnelle⁴³.

1.1.2 L'identité du fiduciaire

Avant de déterminer quelles personnes pourront agir à la charge de tiers-fiduciaire, il nous paraît opportun de revoir les règles propres à la qualification de tout fiduciaire. Dans la décision *Fiducie Côté Poirier (Syndic de)*⁴⁴, le tribunal affirme que « la fiducie n'est pas un sujet de droit »⁴⁵ et, citant la professeure Madeleine Cantin Cumyn⁴⁶, établit que « le patrimoine d'affectation que constitue la fiducie vise une qualification qui se situe en deçà de la personnalité »⁴⁷. Le tribunal mentionne également que la fiducie civile n'a pas de personnalité juridique puisqu'elle n'est ni une personne physique ni une personne morale⁴⁸. Il exclut aussi la reconnaissance de cette personnalité nonobstant le fait que le patrimoine de la fiducie soit un patrimoine d'affectation autonome et distinct de ceux du constituant, du bénéficiaire et du fiduciaire⁴⁹. Dans la décision *Levasseur c. 9095-9206 Québec inc.*⁵⁰, le tribunal, rappelant que la fiducie ne possède pas la personnalité juridique, conclut que c'est le fiduciaire qui, en conformité avec l'article 1278 C.c.Q., a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire, exerce tous les droits afférents au patrimoine et prend toute mesure propre à en assurer l'affectation⁵¹. C'est donc dire toute l'importance que l'on doit accorder dans le choix du fiduciaire.

L'article 1274 du *Code civil du Québec* prévoit que seules les personnes physiques pleinement capables de l'exercice de leurs droits civils⁵² ainsi que les personnes morales autorisées par la loi⁵³

42. Art. 1278 et 1344 C.c.Q.

43. Art. 1319 C.c.Q.

44. 2007 QCCS 4857.

45. Préc., note 44, par. 35.

46. Madeleine CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 138 et 139.

47. Préc., note 44, par. 33.

48. Préc., note 44, par. 37. Voir aussi *Douville c. Ville de Québec*, [2005] R.D.I. 504 (C.S.).

49. Préc., note 44, par. 30.

50. 2012 QCCA 45.

51. Préc., note 50, par. 74.

52. Art. 153 C.c.Q.

53. Art. 301 et 304 C.c.Q.

peuvent être fiduciaires. Le mineur⁵⁴, autrement que celui pleinement émancipé devenu ainsi capable du plein exercice de ses droits civils⁵⁵, ne pourra agir comme fiduciaire. Il en est de même de tout majeur placé sous un régime de protection⁵⁶, qu'il s'agisse d'un majeur sous un régime de curatelle, sous un régime de tutelle, sous un régime de conseiller au majeur⁵⁷ ou encore d'un majeur déclaré inapte à la suite de l'homologation d'un mandat de protection. Quant à la personne morale habilitée à agir comme fiduciaire, elle doit être constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*⁵⁸, ou, au fédéral, par la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*⁵⁹. Aucune autre personne morale ne peut agir à titre de fiduciaire⁶⁰, sous réserve qu'en vertu de l'article 109.6 de la *Loi sur les valeurs mobilières*⁶¹, l'Autorité des marchés financiers peut autoriser une personne morale qui n'est pas une société de fiducie à agir à titre de fiduciaire d'un fonds d'investissement⁶². Le constituant qui désire nommer un professionnel à titre de fiduciaire devra le faire en la qualité personnelle de celui-ci et il ne pourra nommer directement la société dont fait partie ce professionnel. Ce dernier devra alors s'assurer, avant d'accepter la charge et tout au long de l'exécution de celle-ci, qu'il ne contrevient pas aux règles d'indépendance et d'impartialité édictées par son ordre professionnel⁶³.

Lorsqu'une fiducie détient des actions d'une société de professionnels, il faudra vérifier, dans les lois et règlements relatifs à l'exercice de la profession concernée, s'il existe des dispositions

54. Le mineur simplement émancipé ne peut non plus être nommé fiduciaire. Voir Madeleine CANTIN CUMYN et Michelle CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd., coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, n^o 176, p. 167.

55. Art. 176 C.c.Q. Voir aussi Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, par. 193, p. 119.

56. Art. 281 et s. C.c.Q.

57. J. BEAULNE, préc., note 55, p. 120.

58. RLRQ, c. S-29.01, art. 170 et 174.

59. L.C. 1991, ch. 45, art. 57, al. 2, 409, al. 2 et 412.

60. Julie LORANGER, « Utilisation d'une fiducie dans les transactions immobilières : aspects pratiques », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, vol. 269, *Fiducies personnelles et successions (2007)*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 125.

61. RLRQ, c. V-1.1.

62. M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 54, par. 174, p. 165.

63. J. MÉTIVIER, préc., note 22, p. 184.

particulières quant à l'identité des fiduciaires⁶⁴. Le constituant, ou toute autre personne autorisée à ce faire⁶⁵, devra procéder au choix d'un fiduciaire qui respectera ces exigences. Au surplus, tous les remplacements qui pourront devenir nécessaires dans le cadre de l'administration de la fiducie devront aussi se faire dans le respect de ces règles particulières. À titre d'exemple, mentionnons que dans le cas d'un médecin qui souhaite s'incorporer, des actions sans droit de vote de la société pourront être détenues dans une fiducie familiale, laquelle devra, toutefois, être « contrôlée » par des médecins, par le conjoint du professionnel ou encore par des parents ou alliés du médecin⁶⁶. Cette disposition aura donc comme effet d'ajouter une condition additionnelle, indépendante de celles déjà prévues au *Code civil du Québec*, à la qualification des fiduciaires choisis.

L'article 1355 C.c.Q. prévoit que les fonctions de l'administrateur du bien d'autrui, ce qui inclut celles d'un fiduciaire, prennent fin par son décès, sa démission ou son remplacement, par sa faillite ou par l'ouverture à son égard d'un régime de protection. Elles prennent aussi fin par la faillite du bénéficiaire ou par l'ouverture à son égard d'un régime de protection, si cela a un effet sur les biens administrés, ce qui ne sera manifestement pas le cas en matière de fiducie.

Le *Code civil du Québec* ne prescrit aucune règle en matière de résidence des fiduciaires. Il faut plutôt se référer aux règles de droit fiscal pour connaître les principales conséquences relatives à la désignation de fiduciaires qui seraient domiciliés à l'étranger⁶⁷. Il est aussi pertinent, à ce sujet, de consulter les règles de droit international privé⁶⁸ qui régissent la capacité des personnes physiques et des personnes morales. En vertu de l'article 3083 du *Code civil du Québec*, l'état et la capacité d'une personne physique sont régis par la loi de son domicile, tandis que l'état et la capacité d'une personne morale sont régis par la loi de l'État en vertu de laquelle elle est constituée, sous réserve, quant à son activité, de la loi du lieu où elle

64. Isabelle FECTEAU, *Réflexions à saveur légale et fiscale relatives à la désignation d'un liquidateur et d'un fiduciaire*, Université de Sherbrooke, 2008, p. 38. À titre d'exemple, voir l'article 1 du *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*, c. M-9, r. 21.

65. L'article 1276 C.c.Q. prévoit que la nomination du fiduciaire peut se faire par le constituant lui-même ou encore de toute autre façon que ce dernier aura prévue.

66. *Règlement sur l'exercice de la profession médicale en société*, préc., note 64.

67. Isabelle FECTEAU, *Testament fiduciaire : aspects civils et fiscaux*, JurisClasseur Québec – Collection Thema, 2012, p. 1/30 à 1/35.

68. Voir les articles 3076 et s. C.c.Q.

s'exerce. Ainsi, il ne serait pas possible pour un enfant de 20 ans, domicilié dans un État étranger où l'âge de la majorité est fixé à 21 ans, d'agir à titre de fiduciaire d'une fiducie constituée aux termes du testament de son grand-père domicilié au Québec. Quant à la personne morale, il faudra, en plus de s'assurer qu'elle possède, en vertu de sa loi constitutive, la capacité d'agir à titre de fiduciaire, vérifier qu'elle a la compétence pour agir sur le territoire où elle entend exercer ses activités. De plus, nous ne pouvons ignorer, dans les actes conclus par les fiduciaires sur le patrimoine constitué, l'article 3086 C.c.Q. qui prévoit que :

[l]a partie à un acte juridique qui est incapable selon la loi de l'État de son domicile ne peut pas invoquer cette incapacité si elle était capable selon la loi de l'État du domicile de l'autre partie lorsque l'acte a été passé dans cet État, à moins que cette autre partie n'ait connu ou dû connaître cette incapacité.

1.1.3 L'interprétation du terme « constituant »

L'article 1260 C.c.Q.⁶⁹ définit la fiducie et met en lumière le rôle du constituant. De plus, l'article 1293 C.c.Q. précise que la personne qui transfère des biens au patrimoine fiduciaire déjà constitué n'acquiert pas, de ce fait, les droits d'un constituant. Le constituant sera, et demeurera en tout temps, la personne à l'origine de la fiducie. Il n'est donc pas difficile de l'identifier. Lorsque le constituant désirera agir à titre de fiduciaire, il faudra nécessairement désigner un tiers-fiduciaire pour l'accompagner⁷⁰. Mentionnons aussi que le constituant peut se réserver le privilège d'être au nombre des bénéficiaires de la fiducie⁷¹ et qu'il pourra, tout au long de celle-ci, en assurer la surveillance⁷².

Le choix d'un constituant, dans une fiducie entre vifs, revêt un caractère particulier en raison des nombreuses conséquences fiscales qui y sont rattachées⁷³. Nonobstant l'importance de celles-ci, le juriste qui rédige l'acte de fiducie devra demeurer prudent dans les

69. L'article 1260 C.c.Q. se lit comme suit : « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer ».

70. Art. 1275 C.c.Q.

71. Art. 1281 C.c.Q.

72. Art. 1287 C.c.Q.

73. C. RHÉAUME, préc., note 21, p. 16.

suggestions formulées quant à l'identité du constituant afin d'éviter certains effets non désirés. À titre d'exemple, mentionnons l'article 1297 C.c.Q. qui prévoit, en l'absence de bénéficiaires, que les biens de la fiducie reviendront au constituant ou, à défaut, à ses héritiers⁷⁴.

1.1.4 L'interprétation du terme « bénéficiaire »

Dès qu'un fiduciaire se qualifie également de bénéficiaire, l'article 1275 C.c.Q. édicte que la présence d'un tiers-fiduciaire devient indispensable. Puisque le bénéficiaire peut simultanément agir à titre de fiduciaire à la condition de le faire conjointement avec au moins un fiduciaire qui n'est pas bénéficiaire, nous devons être en mesure de cerner le plus adéquatement possible le sens du mot « bénéficiaire ». Ainsi, nous nous attarderons à distinguer le bénéficiaire actuel du bénéficiaire éventuel (section 1.1.4.1). Nous tenterons également de déterminer si tous les héritiers du constituant doivent être, dans le cas de l'article 1297 C.c.Q., assimilés à des bénéficiaires (section 1.1.4.2). Ensuite, nous porterons une attention particulière à la situation des bénéficiaires aux termes d'une faculté d'élire (section 1.1.4.3). Pour clore cette section, nous nous demanderons si l'actionnaire ou l'administrateur de la société bénéficiaire doit lui-même être considéré comme bénéficiaire (section 1.1.4.4). Nous ferons de même avec le représentant d'un bénéficiaire, que celui-ci soit tuteur, curateur ou encore mandataire (section 1.1.4.5).

1.1.4.1 Les bénéficiaires actuels et éventuels

En vertu de l'article 1265 C.c.Q., le droit d'un bénéficiaire devient certain à partir du moment où le fiduciaire accepte de détenir et d'administrer le patrimoine fiduciaire créé par le constituant. Le bénéficiaire doit, pour recevoir les bénéfices prévus en sa faveur, respecter les conditions imposées par le constituant dans l'acte de fiducie⁷⁵. Dans le cas d'une fiducie constituée à titre gratuit, le bénéficiaire doit avoir les qualités requises pour recevoir par donation ou par testament lorsque son droit s'ouvre⁷⁶. Rappelons qu'en vertu du deuxième alinéa de l'article 1279 C.c.Q., il suffira, dans le cas où plusieurs bénéficiaires sont nommés, qu'un seul d'entre eux ait les

74. *Infra*, section 1.1.4.2.

75. Art. 1280 C.c.Q.

76. Art. 1279, 1^{er} al. C.c.Q.

qualités requises pour préserver le droit des autres. De plus, l'article 1271 C.c.Q. prévoit que la fiducie personnelle constituée au bénéfice de plusieurs personnes successivement ne peut comprendre plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, outre celui du bénéficiaire du capital, et qu'elle est sans effet à l'égard des ordres subséquents qui y seraient visés. Cet article nous permet de fixer une limite à la séquence des bénéficiaires. Il ne nous permet cependant pas de déterminer précisément à partir de quel moment un de ces bénéficiaires potentiels doit être considéré à titre de bénéficiaire au sens de l'article 1275 C.c.Q.

La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que le terme « bénéficiaire » vise autant le bénéficiaire des revenus que celui du capital, peu importe que son droit soit ouvert ou non⁷⁷. Dans la décision *Spicer*⁷⁸, la Cour supérieure a établi que doit être considérée comme bénéficiaire toute personne qui peut éventuellement bénéficier, d'une façon ou d'une autre, de la fiducie. La Cour d'appel a précisé, dans la décision *Brassard c. Brassard*⁷⁹, que le terme « bénéficiaire » comprend à la fois le bénéficiaire actuel, à qui sont dévolus les fruits et revenus, et le bénéficiaire subséquent, à qui reviendra plus tard le capital⁸⁰. De telles situations, assez fréquentes, ne suscitent plus de questionnement⁸¹. Il demeure toutefois beaucoup plus complexe de mesurer l'étendue qu'il faut donner au terme « bénéficiaire » lorsque celui-ci sera appelé à ce titre qu'à la suite de la réalisation, parfois, de plusieurs conditions. Doit-on alors qualifier l'ensemble de ces « bénéficiaires éventuels » de bénéficiaires au sens de l'article 1275 C.c.Q. ? Dans l'affirmative, il nous faudra alors nommer à la charge de fiduciaire au moins une autre personne que ces bénéficiaires.

77. Voir, notamment, Jacques BEAULNE, « Jurisprudence 2012 – Successions », (2013) 115 *R. du N.* 31, 57. Voir aussi *Brassard c. Brassard*, 2009 QCCA 898 ; *Spicer c. Boyer-Richard*, REJB 2004-61697 (C.S.) ; *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*, 2012 QCCS 5733.

78. Préc., note 77.

79. Préc., note 77.

80. À titre d'exemple, mentionnons le cas de la fiducie créée au bénéfice exclusif du conjoint. Nous sommes d'avis que le conjoint qui a droit aux revenus sa vie durant et les enfants qui recevront le capital au décès du conjoint sont tous des bénéficiaires au sens de l'article 1275 C.c.Q., dès l'instant où la fiducie commence à exister.

81. Ce sont d'ailleurs principalement des applications de ces cas qui ont jusqu'à maintenant été portés devant les tribunaux. Voir jugements préc., note 77.

Nous sommes d'avis que le bénéficiaire de « second » rang, celui qui vient à défaut ou à la suite du bénéficiaire de premier rang, est un bénéficiaire au sens de l'article 1275 C.c.Q., même avant que son droit ne se soit ouvert. Qu'en est-il du bénéficiaire de « troisième » rang et de tous les autres qui pourraient suivre, venant à défaut de leur prédécesseur, notamment par représentation ? Parce qu'il prend les mêmes droits que son représenté⁸², devons-nous prétendre que celui qui est appelé à venir par représentation d'une personne que l'on qualifie de bénéficiaire est également considéré comme bénéficiaire, même avant l'arrivée de la condition donnant effet à la représentation ? Il est en effet parfois possible d'identifier tous ces bénéficiaires potentiels. Devons-nous, suivant l'interprétation large qui prévaut actuellement devant les tribunaux⁸³, considérer chacun de ces bénéficiaires éventuels comme des bénéficiaires au sens de l'article 1275 C.c.Q. et ainsi les empêcher d'agir comme seuls fiduciaires ? Y a-t-il une limite à appliquer quant au nombre de bénéficiaires éventuels ? Devons-nous plutôt éliminer tout bénéficiaire éventuel que les fiduciaires peuvent identifier ?

La professeure Diane Bruneau, s'appuyant sur l'arrêt *Royal Trust c. Tucker*⁸⁴, suggère de différencier le bénéficiaire qui est assuré d'avoir un droit éventuel, à moins que ce droit ne soit frappé de caducité avant l'ouverture, de celui dont le droit est en plus soumis à une condition suspensive dont la réalisation dépend de circonstances dont la survenance n'est pas certaine⁸⁵.

82. L'article 660 C.c.Q. dispose : « [l]a représentation est une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu'aurait recueillie son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même ».

83. Voir jugements préc., note 77.

84. [1982] 1 R.C.S. 250. Dans cette affaire, le juge Beetz s'exprime ainsi : « [p]our 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 *Cunan 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 25 ans. Cette modalité est de la nature d'une condition suspensive [...] conférant par là à son père et à ses sœurs un droit suspendu qu'elle ne peut plus leur enlever ».

85. Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 782 à 785, Voir également Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « Réaction aux articles sur les fiduciaires », (2000) 9(5) *Entracte* 13. Dans ce texte, les auteures mentionnent que « la personne qui est assurée de devenir bénéficiaire, pourvu qu'elle survive assez longtemps, devrait être écartée comme fiduciaire indépendant, mais que la personne dont le droit de recevoir (à suivre...) »

Si la condition prévue à l'acte de fiducie pour devenir bénéficiaire est une condition dont la réalisation est certaine⁸⁶ et qu'il est possible que subsistent, au moment de la réalisation de cette condition, des avantages payables à ce bénéficiaire, nous croyons que ce dernier ne peut agir seul à titre de fiduciaire. Permettre au bénéficiaire d'agir comme unique fiduciaire avant l'arrivée de la condition reviendrait à reconnaître le droit pour une enfant bénéficiaire du capital de la fiducie au décès de sa mère d'agir à titre de tiers-fiduciaire tant que sa mère est vivante. Cela n'est manifestement pas permis dans l'état actuel de la jurisprudence. Nous partageons donc l'opinion de la professeure Diane Bruneau lorsqu'elle affirme que le test à appliquer pour déterminer si une personne se qualifie de bénéficiaire pourrait être de se demander si cette dernière est assurée de devenir bénéficiaire advenant qu'elle survive assez longtemps⁸⁷. Quant à ses propos à l'effet que si « l'ouverture du droit d'un bénéficiaire dépend d'une série de circonstances dont la survenance est statistiquement peu probable, l'exigence d'un autre fiduciaire devient superflue »⁸⁸, nous considérons qu'ils sont parfois plus difficiles à appliquer. Il nous paraît, en effet, assez complexe, dans la pratique, d'en définir concrètement les paramètres, comme nous tenterons maintenant de l'illustrer au moyen de deux exemples.

Le premier cas reprend un exemple soumis par M^e Diane Bruneau et M^e Julie Loranger dans le périodique *Entracte*⁸⁹.

Dans une fiducie testamentaire constituée pour les descendants de madame X qui a trois enfants, la nomination, à titre de seul fiduciaire, du frère de madame X n'enfreindrait pas l'exigence et l'esprit de l'article 1275 C.c.Q., même s'il était prévu qu'en cas de décès de tous les descendants les biens seront remis aux autres membres de la famille de madame X, y compris ce frère. Compte tenu de la très faible probabilité de cette remise au fiduciaire, nous pourrions considérer que le frère de madame X n'est pas un bénéficiaire de la fiducie ayant un droit éventuel de recevoir un bénéfice, mais plutôt qu'il n'est qu'un bénéficiaire éventuel n'ayant qu'un droit conditionnel de devenir

(...suite)

dépend de la réalisation de certaines conditions pourrait se qualifier jusqu'à ce que telles conditions se réalisent, le cas échéant ».

86. Par exemple le décès d'un premier bénéficiaire.

87. D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 784. Voir aussi la conférence prononcée par Diane BRUNEAU, *Décision de fiduciaires entachée de nullité absolue*, Chaire du notariat, Université de Montréal, 12 septembre 2013, <https://chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/20130912/chaire_12sept_2013.pdf>.

88. D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 783.

89. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 85, p. 13.

bénéficiaire. La Cour suprême du Canada avait utilisé le même genre de raisonnement dans l'arrêt *Royal Trust c. Tucker*.⁹⁰

Admettant qu'il y a une controverse à savoir si le terme « bénéficiaire » utilisé seul comprend ou non tous les bénéficiaires éventuels, même les plus éloignés, les auteurs concluent que d'un point de vue pratique, il est peu probable que les tribunaux retiennent une position aussi large dans le contexte de l'article 1275 C.c.Q.⁹¹.

Le deuxième cas est le suivant : le testament d'Albert crée un patrimoine fiduciaire auquel est fait un legs particulier de 500 000 \$. Les fiduciaires doivent faire remise des revenus à Benoît, le fils d'Albert, à compter de l'âge de 25 ans, et lui faire remise du capital pour moitié à 30 ans et pour moitié à 35 ans. En cas de défaut de Benoît, les fiduciaires doivent remettre le capital au frère d'Albert, Christian, et, en cas de défaut de ce dernier, à sa sœur Denise. Albert décède au moment où son fils Benoît est âgé de 26 ans. Qui, dans une telle situation, doit être qualifié de bénéficiaire et se voir interdire d'agir seul à titre de fiduciaire ? La qualification de Benoît à titre de bénéficiaire ne pose aucun doute puisqu'il est à la fois bénéficiaire des revenus et du capital dès l'instant où il remplira les conditions fixées pour l'ouverture de ses droits. Doit-on dire de Christian qu'il est bénéficiaire éventuel ? Peut-on dire de lui qu'il est « assuré de devenir bénéficiaire s'il survit assez longtemps, et que son droit dépend d'une condition dont la réalisation est certaine » ? Le décès de Benoît est un événement futur certain, mais son décès avant l'âge de 35 ans, condition qui ferait en sorte que les droits de Christian à titre de bénéficiaire s'ouvrent, ne l'est pas. Est-ce que cela a pour effet de permettre à Christian d'agir à titre de tiers-fiduciaire ? La situation de Christian n'est pas bien différente de celle d'un enfant qui serait bénéficiaire du capital au décès de la conjointe

90. Préc., note 84. Il importe de préciser que l'affaire *Tucker* discutait de la situation d'un bénéficiaire de capital qui avait la possibilité de recevoir seulement si tous les enfants et petits-enfants du constituant étaient décédés. En faisant l'analyse de cette décision, la professeure Bruneau suggère de retenir que le premier bénéficiaire a un « droit éventuel » tandis que le second est un « bénéficiaire éventuel ». Elle ajoute, sur la base de ce raisonnement, que nous pourrions dès lors considérer « que ce bénéficiaire éventuel, n'étant qu'un bénéficiaire sous condition, puisse agir à titre de fiduciaire, seul, tant que la condition ne se réalisera pas ». De plus, dit-elle, « [à] ce stade, nous ne croyons pas que l'effet rétroactif de la réalisation d'une condition puisse entacher les décisions du fiduciaire faites dans le passé alors qu'à ce moment il n'était pas certain de devenir bénéficiaire ». D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 784.

91. Voir aussi Diane BRUNEAU et Julie LORANGER, « L'ABC des fiducies entre vifs : aspects civils et fiscaux », (1999) 2 C.P. du N. 251, 297 et 298.

bénéficiaire des revenus sa vie durant. Il se peut que l'enfant décède avant la conjointe et qu'ultimement il ne reçoive rien. Les tribunaux concluent pourtant que cet enfant doit être considéré comme bénéficiaire⁹². Comment peut-on alors qualifier les droits de Christian dans la fiducie ? Si Christian devait agir à titre de seul fiduciaire, il serait établi que les actifs ne lui appartiennent pas et il n'y aurait pas, selon nous, une division purement artificielle du patrimoine de la fiducie et de celui de son bénéficiaire. La présence de Christian à titre de seul fiduciaire permettrait-elle d'assurer, dans un tel cas, un minimum d'objectivité à l'administration fiduciaire, comme souhaité par le ministre de la Justice dans ses commentaires lors de l'adoption de l'article 1275 C.c.Q.⁹³ ? Quels seraient les risques réels de dérapage si Christian devait agir seul ? Est-il raisonnable de craindre qu'il gère la fiducie davantage à son bénéfice ? Est-ce que cette possibilité pour lui de recevoir, un jour, quelque chose de la fiducie en fait un bénéficiaire ? Nous ne pouvons répondre de façon précise à cette question. Presque chaque cas est un cas d'espèce, ce qui rend difficile la prise de position dans un sens ou dans l'autre. Si, par exemple, l'acte de fiducie prévoit la possibilité pour le fiduciaire de faire des remises anticipées ou de faire de l'empiètement de capital en faveur de Benoît, l'administration fiduciaire pourrait être qualifiée de partielle. Christian pourrait, dans un tel cas, être tenté de refuser les demandes de Benoît, espérant protéger le capital appelé à lui être peut-être remis dans le futur. Toutefois, lorsque nous réfléchissons de cette façon, nous nous référons davantage à la notion de conflit d'intérêts potentiel qu'à celle de bénéficiaire. Pour l'instant, et compte tenu de l'état de la jurisprudence sur le sujet, nous ne recommanderions pas, dans un tel cas, la nomination de Christian à titre de tiers-fiduciaire. Devons-nous appliquer le même raisonnement en ce qui concerne Denise ? Sommes-nous plutôt en présence d'une situation où la qualification de Denise à titre de bénéficiaire dépend d'une série de circonstances dont la survenance n'est que possible, ce qui lui permettrait d'agir comme seule fiduciaire sous prétexte qu'il est probable qu'elle ne devienne jamais bénéficiaire ? Dans l'état actuel du droit, la sécurité des transactions fiduciaires

92. *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*, préc., note 77.

93. Rappelons que les commentaires du ministre de la Justice se lisent comme suit : « [l']article 1275 permet au constituant de participer au fonctionnement de la fiducie à laquelle il a donné l'élan premier, et au bénéficiaire d'exercer un certain droit de regard dans la prise de décisions qui le concernent, tout en assurant à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité ». Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759.

nous invite à écarter de la qualification de tiers-fiduciaire toutes les personnes qui peuvent être appelées à être bénéficiaires à un moment ou à un autre de la fiducie, et qu'il nous est possible d'identifier⁹⁴. Pourtant, la solution proposée par la professeure Bruneau à l'effet de considérer une personne comme bénéficiaire seulement dans le cas où sa qualification à ce titre dépend d'une condition dont la réalisation est certaine et qu'il est possible que subsistent, au moment de la réalisation de cette condition, des avantages qui lui seront payables, nous paraît des plus intéressantes et conforme aux objectifs recherchés par l'article 1275 C.c.Q. Aussi, nous estimons que dans l'exemple précédent, l'application de cette solution écarterait Christian de la fonction de tiers-fiduciaire, mais permettrait à Denise d'agir à cette fonction tant et aussi longtemps que Christian serait vivant.

Le *Code civil du Québec* contient-il une disposition qui pourrait nous aider à définir le terme « bénéficiaire », mieux encore l'expression « bénéficiaire éventuel », afin de nous permettre de circonscrire les cas où un tiers-fiduciaire sera nécessaire ? L'article 1287 C.c.Q. fait référence au bénéficiaire éventuel dans le contexte des mesures de surveillance et de contrôle de l'administration fiduciaire. Le législateur a cru bon d'accorder certains pouvoirs non seulement aux bénéficiaires actuels de la fiducie, mais également aux bénéficiaires éventuels. Doit-on en déduire que c'est dans ce contexte seulement que les bénéficiaires éventuels doivent être considérés et ainsi écarter cette notion au sujet de l'article 1275 C.c.Q. ? Manifestement, les tribunaux n'ont pas retenu, dans l'interprétation du terme « bénéficiaire », la distinction faite par l'article 1287 C.c.Q.⁹⁵. Nous n'avons pas non plus trouvé, dans la doctrine ou la jurisprudence, de définition précise des termes « bénéficiaire éventuel ».

Le bénéficiaire d'une fiducie elle-même bénéficiaire d'une autre fiducie, cette dernière étant appelée la fiducie-mère, peut-il agir comme seul fiduciaire, autant pour l'une ou l'autre des fiducies ? Nous croyons que non. La réponse quant à la fiducie bénéficiaire ne nécessite pas d'autres précisions. Quant à son rôle de tiers-fiduciaire auprès de la fiducie-mère, il nous paraît que le bénéficiaire de la fiducie bénéficiaire ne puisse agir à ce titre prétextant qu'il n'est pas un bénéficiaire « direct » de la fiducie-mère. Dans la mesure où il

94. Voir sur la question les particularités de l'article 1297 C.c.Q., *infra*, section 1.1.4.2.

95. Jugements préc., note 77.

exerçait ses pouvoirs en faveur de la fiducie bénéficiaire, il pourrait, par la suite, bénéficiaire de ces avantages en sa qualité de bénéficiaire de cette dernière.

Il n'est pas rare de constater, à la lecture d'un acte de fiducie, que les conditions prévues pour qu'une personne soit bénéficiaire sont si exigeantes qu'il est très peu probable qu'elle le devienne. Nous ne pouvons qu'espérer que les critères proposés par la professeure Bruneau selon lesquels il n'est pas certain que l'on doive qualifier de bénéficiaire celui dont le droit dépend d'une série de circonstances dont la survenance n'est pas certaine⁹⁶ seront retenus. Il serait alors possible d'accepter la désignation de ces « bénéficiaires potentiels » à titre de tiers-fiduciaire. Au surplus, nous proposons que le test à appliquer soit de considérer que les bénéficiaires visés par l'article 1275 C.c.Q. sont les bénéficiaires « actuels » de la fiducie, soit ceux qui en reçoivent déjà des avantages ou ceux qui viennent au premier rang de leur catégorie respective⁹⁷, ainsi que ceux appelés à en recevoir des bénéfices dès la réalisation d'une première condition. Il serait ainsi possible de considérer à la charge de tiers-fiduciaire tous les autres bénéficiaires éventuels de la fiducie, et ce, jusqu'au jour où la réalisation d'une condition ferait en sorte de les qualifier à leur tour de bénéficiaires « actuels », ou encore de bénéficiaires à la suite de la réalisation d'une seule autre condition. Toutes les autres personnes appelées à être un jour « bénéficiaires » ne seraient pas qualifiées à ce titre et pourraient agir à titre de tiers-fiduciaires. Au moment de la réalisation de la condition, elles prendraient alors la qualité de bénéficiaires et cesseraient de se qualifier à la fonction précitée. À ce moment, et en l'absence d'au moins un autre tiers-fiduciaire déjà valablement désigné ou désignable aux termes de l'acte de fiducie, les mécanismes permettant la nomination d'un fiduciaire qualifié devraient être enclenchés⁹⁸. Les actes conclus par les fiduciaires alors qu'ils n'avaient pas la qualité de bénéficiaires devraient demeurer valides car au temps où ils ont été posés, ils l'auraient été en conformité de l'article 1275 C.c.Q.

96. D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 783 et 784.

97. On entend par catégorie respective les bénéficiaires en revenus ou les bénéficiaires en capital. À titre d'exemple, nous considérons comme bénéficiaire de premier rang dans sa catégorie le bénéficiaire en capital dont les droits s'ouvriront au décès du dernier des bénéficiaires de deuxième ordre des fruits et revenus. Art. 1271 C.c.Q.

98. *Infra*, section 1.2.1.

1.1.4.2 Les « bénéficiaires » de l'article 1297 C.c.Q.

L'article 1297 du *Code civil du Québec* pose un problème particulier quant à l'interprétation à donner au terme « bénéficiaire » dans le contexte de l'article 1275 C.c.Q. qui impose la présence d'un tiers-fiduciaire lorsqu'une personne est à la fois bénéficiaire et fiduciaire.

Art. 1297 Le fiduciaire doit, au terme de la fiducie, remettre les biens à ceux qui y ont droit. À défaut de bénéficiaire, les biens qui restent au terme de la fiducie sont dévolus au constituant ou à ses héritiers.⁹⁹

Cet article a-t-il pour effet de faire en sorte que le constituant ainsi que tous ses héritiers sont des bénéficiaires éventuels de la fiducie et, en conséquence, sont inhabiles à exercer la fonction de tiers-fiduciaire ? Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question en ce qui concerne le constituant puisque, de toute façon, il ne peut, à ce seul titre, agir comme unique fiduciaire. La question demeure toutefois particulièrement intéressante en ce qui concerne les héritiers du constituant. Dans leur cas, il y a, comme le mentionne Me Diane Bruneau, deux façons d'interpréter l'article 1297 du *Code civil du Québec*¹⁰⁰.

La première interprétation serait de croire que l'article 1297 C.c.Q. ne fait que nommer de nouveaux bénéficiaires de la fiducie lorsque les bénéficiaires choisis par le constituant font défaut. En fait, cette position établit le principe que cet article contient une réelle désignation de bénéficiaire faisant ainsi en sorte qu'il ne sera pas nécessaire de rouvrir la succession du constituant, les biens de la fiducie passant directement, par l'effet de cette désignation, aux héritiers de ce dernier. Appliqué de cette façon, l'article 1297 C.c.Q. relance tout le questionnement exposé dans nos commentaires précédents sur l'étendue à donner au terme « bénéficiaire ». Cela mène fort probablement à conclure que tous les héritiers du constituant sont disqualifiés de la fonction de tiers-fiduciaire puisqu'ils sont désormais considérés comme des bénéficiaires éventuels de la fiducie. Cette position est conforme aux décisions des tribunaux qui

99. Il est à noter que cette disposition ne concerne pas la fiducie d'utilité sociale pour laquelle un mécanisme particulier est prévu à l'article 1298 C.c.Q.

100. Diane BRUNEAU, « Symposium : problématique de l'application en droit fiscal de la fiducie de droit civil », (2003) 51(1) *Canadian Tax Journal / Revue fiscale canadienne*.

ont établi clairement qu'il faut prendre en considération non seulement les bénéficiaires actuels de la fiducie, mais également les bénéficiaires éventuels¹⁰¹. Quoique nous paraissant d'application très large, cette interprétation de l'article 1297 C.c.Q. a le mérite d'offrir une plus grande protection des intérêts du constituant et des bénéficiaires.

Une deuxième interprétation de l'article 1297 C.c.Q. s'appuie sur le type de nomination des nouveaux bénéficiaires de la fiducie. Puisqu'il est prévu un retour au constituant ou, à défaut, à ses héritiers, le passage aux héritiers signifierait que les biens transitent d'abord par la succession du constituant. Le professeur Beaulne¹⁰² est notamment de cette opinion car il y voit les effets de la caducité¹⁰³. Cette position s'infère également des commentaires du ministre de la Justice du Québec qui mentionne que l'article 1297 C.c.Q. est conforme au droit antérieur¹⁰⁴. Or, l'article 964 C.c.B.-C.¹⁰⁵, qui est à l'origine de cet article, mentionnait qu'au cas de caducité ou d'impossibilité d'utiliser les biens aux fins voulues, ceux-ci passaient à l'héritier ou au légataire qui recueillait la succession, et donc, forcément, qu'il y avait un retour des biens dans le patrimoine du défunt. Au soutien de cette position, il nous paraît également opportun de vous référer à l'article 2456 C.c.Q. qui prévoit que :

[l]assurance payable à la succession ou aux ayants cause, héritiers, liquidateurs ou autres représentants légaux d'une personne, en vertu d'une stipulation employant ces expressions ou des expressions analogues, fait partie de la succession de cette personne.

101. Voir jugements préc., note 77.

102. J. BEAULNE, préc., note 55, p. 300.

103. Le professeur Beaulne fait allusion à une analyse de l'article 964 du *Code civil du Bas-Canada* par Marcel FARIBAUT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, p. 386 et 387.

104. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 773.

105. L'article 964 C.c.B.-C. se lit comme suit : « [l]e 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 ».

Bien que s'appliquant dans un tout autre domaine, une analogie peut être faite entre cette disposition et l'article 1297 C.c.Q. prévoyant un retour des biens aux héritiers du constituant. Dans une telle hypothèse, il nous est permis de croire que le terme « héritier », tel qu'employé à l'article 1297 C.c.Q., signifie la succession du constituant et que les biens de la fiducie, à la suite de leur retour dans le patrimoine du constituant, seront partagés suivant les volontés de ce dernier, exprimées dans un testament ou selon les règles de la dévolution *ab intestat*. Quelle que soit la situation, il nous serait alors possible d'affirmer que les héritiers du constituant, en l'occurrence sa succession, ne seraient en aucun cas les bénéficiaires directs de la fiducie. Ils seraient des légataires à titre universels, des légataires universels résiduels ou, encore, des héritiers *ab intestat*. Ces héritiers pourraient ainsi se qualifier, à moins qu'ils n'en soient empêchés à un autre titre, de tiers-fiduciaires. En effet, si les biens de la fiducie passent nécessairement par la succession du constituant, nous pouvons alors établir que le bénéficiaire éventuel de la fiducie est nul autre que le constituant. C'est d'ailleurs à lui que reviendra la tâche de déterminer qui seront ses héritiers, lesquels pourront, en cas d'application de l'article 1297 C.c.Q., recevoir les biens de la fiducie en plus des autres biens du défunt. Ces héritiers pourront certainement, dans le cas de la fiducie entre vifs, évoluer dans le temps, au rythme des modifications que pourra apporter le constituant à son testament, tandis qu'ils seront déjà connus dans le cas de la fiducie testamentaire, sous réserve, selon le professeur Beaulne, qu'il faudra alors opérer la remise en faveur des héritiers ayant la qualité au moment de l'ouverture de leur droit, conformément à l'article 1279 C.c.Q.¹⁰⁶.

C'est en application de cette seconde position que le professeur Beaulne réagit à la proposition de M^e Diane Bruneau et M^e Julie Loranger de ne pas considérer comme bénéficiaire celui dont l'ouverture du droit dépend de circonstances dont la survenance est statistiquement peu probable¹⁰⁷. Rappelant les termes de l'exemple donné¹⁰⁸, M^e Beaulne se dit en parfait accord avec ces auteurs, mais pour d'autres motifs. Après avoir reformulé la question, voici comment il s'exprime :

106. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 3^e éd., coll. « Bleue », Wilson & Lafleur, 2015, mise à jour par André J. Barette, avocat, TEP, par. 477, p. 427.

107. *Supra*, section 1.1.4.1.

108. *Supra*, p. 480. Voir aussi J. BEAULNE, préc., note 106, par. 195.1, p. 189.

[n]ous sommes entièrement d'accord avec elles, quoique pour un autre motif : S'il fallait inclure le bénéficiaire ultime – que nous appellerons plutôt « récipiendaire final » afin de le distinguer plus clairement du « bénéficiaire ultime » de capital – dans la liste des bénéficiaires visés par l'article 1275 C.c.Q., il faudrait en faire de même avec les héritiers du constituant. Après tout, en cas de défaut de bénéficiaire ultime de capital et en l'absence de désignation d'un récipiendaire final, n'est-ce pas eux qui, aux termes de l'article 1297 C.c.Q. sont appelés à recevoir les biens de la fiducie.¹⁰⁹

Conséquemment, M^e Beaulne semble d'avis que ni le « récipiendaire final »¹¹⁰ désigné à l'acte de fiducie, ni les héritiers du constituant ne devraient être qualifiés de bénéficiaires au sens de l'article 1275 C.c.Q. Au surplus, il soutient que la présence d'un tel récipiendaire final permet d'éviter la difficile application du deuxième alinéa de l'article 1297 C.c.Q.¹¹¹. Quant à M^e Bruneau et M^e Loranger, elles parlent plutôt, en référence au récipiendaire final, de la présence de clauses « catastrophes »¹¹² contenues au testament du constituant¹¹³. En effet, il est de bonne pratique, pour le juriste qui rédige des testaments, de déterminer qui sera l'héritier ultime des biens de la succession à défaut de pouvoir donner effet aux autres dispositions qui y sont prévues, notamment celles relatives à la fiducie testamentaire. En optant pour une telle position, le rédacteur pourrait se garder d'indiquer ces personnes à titre de bénéficiaires ultimes des biens de la fiducie dans les termes mêmes de création de l'acte et il pourrait plutôt le faire au moyen d'une clause distincte prévue au testament¹¹⁴. Il éviterait ainsi de lier directement sa clause « catastrophe » ou de « désastre commun » aux biens détenus dans la fiducie, s'assurant du même coup que ces actifs tombent dans la

109. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 195.1, p. 189.

110. Le professeur Beaulne définit le « récipiendaire final » comme un bénéficiaire résiduaire qui, sans être qualifié nécessairement de « bénéficiaire de capital », sera appelé à recevoir, en dernier recours, c'est-à-dire dans les cas où la fiducie ne se réalise pas selon le plan de match initial du constituant, le patrimoine fiduciaire. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 473.1, p. 423.

111. *Ibid.*, par. 473.1, p. 424.

112. L'expression « désastre commun » est parfois aussi utilisée.

113. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 91, n° 132, p. 296.

114. À cet effet, la professeure Bruneau, dans son article intitulé « La fiducie et le droit civil », préc., note 85, p. 783 et 784, propose ce qui suit : « [p]our s'assurer que les décisions du fiduciaire ne soient pas contestées, le constituant ne devrait pas avantager sa sœur dans son acte de fiducie en cas de prédécès des petits-enfants, mais devrait plutôt léguer ses biens à sa sœur, par testament. Elle cesserait d'être « bénéficiaire » de la fiducie et, en cas d'absence de bénéficiaires, les biens lui reviendraient en vertu de l'article 1297 C.c.Q. ».

succession du défunt et ne soient pas remis directement à des bénéficiaires clairement identifiés aux termes de la fiducie.

Compte tenu des argumentaires développés par M^{es} Beaulne, Bruneau et Loranger au soutien de la seconde interprétation, nous serions tenté de nous ranger du côté de cette dernière. Toutefois, l'exemple qui suit, rencontré récemment dans notre pratique¹¹⁵, soulève un doute dans notre esprit. Les faits étaient les suivants. Dans son dernier testament, Émile a créé, au moyen d'un legs particulier d'une somme d'argent, un patrimoine fiduciaire au bénéfice de sa fille Francine. Cette dernière aura le droit de recevoir, sa vie durant, les revenus provenant de la fiducie et il sera également possible aux fiduciaires d'utiliser le capital, en tout ou en partie, pour les besoins particuliers de Francine. À son décès, il est prévu que les biens restant en fiducie seront remis à Georges, l'unique petit-fils d'Émile, et, à défaut de ce dernier, aux enfants au premier degré de Georges. Le testament d'Émile stipule par ailleurs que ses fils Henri et Jules sont légataires, en pleine propriété, du résidu de ses biens et ces derniers sont nommés fiduciaires de la fiducie créée pour Francine. Le testament ne prévoit aucun autre bénéficiaire des biens de la fiducie. Au moment du décès d'Émile, son petit-fils l'a précédé et n'a laissé aucun enfant. Doit-on considérer, dans un tel cas, qu'Henri et Jules peuvent exercer seuls la charge de fiduciaire ou devons-nous plutôt considérer qu'ils sont bénéficiaires éventuels de la fiducie et qu'il est donc nécessaire d'avoir un tiers-fiduciaire pour agir conjointement avec eux ? Il nous paraît plausible de dire qu'à première vue, Henri et Jules sont les « récipiendaires finaux » de la fiducie, pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Beaulne¹¹⁶. Ils ne sont pas des bénéficiaires directement nommés selon les termes de l'acte et, selon toute vraisemblance, s'ils reçoivent un jour les biens de la fiducie, ils les recevront en leur qualité d'héritiers d'Émile. N'empêche que si Francine décède demain matin, ce sont eux qui se partageront le capital des biens de la fiducie. Cette situation a-t-elle pour conséquence de les faire devenir bénéficiaires et ainsi d'exiger la nomination d'un tiers-fiduciaire ? Nous le croyons. Pourtant, on a répondu aux critères posés par la seconde interprétation de l'article 1297 C.c.Q. et Henri et Jules ne sont pas, toujours suivant cette interprétation, des bénéficiaires de la fiducie. Quant aux critères proposés précédemment par la

115. Les noms des individus ont été changés afin de préserver la confidentialité des informations.

116. Voir définition « récipiendaire final », note 110.

professeure Bruneau¹¹⁷, mais non pas nécessairement dans le contexte de l'article 1297 C.c.Q., nous sommes d'avis qu'ils feraient en sorte de conférer à Henri et Jules la qualité de bénéficiaires. En effet, au moment où nous devons appliquer notre raisonnement, la réalisation de l'ensemble des conditions qui étaient prévues pour faire d'eux des bénéficiaires est survenue, de telle sorte que nous croyons qu'il faille maintenant conclure qu'Henri et Jules ne peuvent agir seuls comme fiduciaires. Par ailleurs, si nous appliquons les termes de la première interprétation à cette situation, Henri et Jules se qualifient alors, à titre d'héritiers d'Émile, de bénéficiaires directs de la fiducie. Ils ne peuvent donc agir seuls, sans la présence d'un tiers-fiduciaire. Cet exemple démontre qu'il faut parfois remettre en question certaines notions plus théoriques et s'en remettre au côté pratique du dossier en cause. En effet, il nous paraît ici très peu probable, dans l'état actuel du droit, qu'il serait raisonnable pour le praticien de soutenir qu'Henri et Jules ne sont pas des bénéficiaires de la fiducie puisqu'ils sont des héritiers du constituant au sens de l'article 1297 C.c.Q.

Compte tenu des conséquences applicables aux actes posés par les fiduciaires dans le non-respect de l'article 1275 C.c.Q.¹¹⁸, la prudence nous incite à adopter la solution la plus sécuritaire proposée par la doctrine. À cet effet, nous proposons de retenir, jusqu'à ce que les tribunaux se prononcent clairement à ce sujet, que les héritiers du constituant, dans le cadre de l'application de l'article 1297 C.c.Q., constituent des bénéficiaires « directs » de la fiducie et qu'ils ne peuvent agir seuls à la charge de fiduciaire. Nous admettons toutefois que cette position peut être beaucoup plus difficile d'application dans le cas de la fiducie entre vifs puisque nous ne connaissons pas toujours l'identité des héritiers du constituant.

1.1.4.3 Les bénéficiaires aux termes d'une faculté d'élire

Il est possible, en vertu d'une faculté d'élire prévue dans un acte de fiducie, que l'identité ou la part d'un bénéficiaire soient laissées à la discrétion du constituant, du fiduciaire ou d'un tiers identifié par le constituant. Il est fréquent qu'une telle faculté se retrouve dans l'acte constitutif d'une fiducie entre vifs, notamment dans le cas de celle créée dans le cadre d'un gel successoral. Une telle clause est permise en vertu du premier alinéa de l'article 1282 C.c.Q. qui

117. *Supra*, section 1.1.4.1.

118. *Infra*, section 2.1.2.

énonce que le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part. Cet article poursuit, à son deuxième alinéa, en précisant qu'en cas de fiducie d'utilité sociale, la faculté du fiduciaire d'élire les bénéficiaires et de déterminer leur part se présume. Il se termine en mentionnant qu'en cas de fiducie personnelle ou d'utilité privée, la faculté d'élire ne peut être exercée par le fiduciaire ou le tiers que si la catégorie de personnes parmi lesquelles ils doivent choisir le bénéficiaire est clairement déterminée dans l'acte constitutif.

Appelé à se prononcer sur les droits des bénéficiaires dont la nomination est laissée à la discrétion du constituant, du fiduciaire ou d'un tiers identifié par le constituant, le professeur Brierley s'exprimait comme suit :

[n]o principle exists according to which that discretion must be exercised in favor of any one or more specific postulants. But the appointer is also a trustee [lorsque c'est le cas (n.d.a.)] having an obligation to carry out the trust and may therefore be required to act.¹¹⁹

Ainsi, selon l'avis du professeur Brierley, ces personnes devraient être considérées comme de simples postulants ayant l'espoir de se faire élire bénéficiaires.

Nous pouvons donc dire que pour la personne qui fait partie d'un groupe parmi lequel pourra s'exercer la faculté d'élire, il n'y a aucune certitude que le droit sera exercé en sa faveur ni aucun moyen de forcer le détenteur de la faculté à l'exercer en sa faveur. Doit-on alors qualifier de bénéficiaires au sens de l'article 1275 C.c.Q. l'ensemble des bénéficiaires potentiels faisant partie de ce groupe et ainsi priver chacun d'entre eux d'agir à titre de tiers-fiduciaires, sachant et admettant que l'un ou plusieurs d'entre eux pourraient pourtant ne rien recevoir de la fiducie ? Nous le croyons¹²⁰, aussi bien dans le cas où la faculté d'élire donne la possibilité d'identifier les bénéficiaires que dans le cas où elle permet de déterminer la part de ces derniers¹²¹. De plus, même si le deuxième

119. J.E.C. BRIERLEY, « Powers of Appointment in Quebec Civil Law », (1992-1993) 95 R. du N. 131 et 245.

120. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 195.1.

121. Le professeur Beaulne, préc., note 106, par. 237, p. 223, parle d'un mandat de désignation lorsque la faculté d'élire permet de déterminer les bénéficiaires et d'un mandat d'attribution lorsqu'elle permet de déterminer les biens à remettre aux bénéficiaires. Voir aussi Germain BRIÈRE, *Donations, substitutions et fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988, n^o 418, p. 284 et 285.

alinéa de l'article 1283 C.c.Q. prévoit que celui qui exerce la faculté d'élire ne peut le faire à son propre avantage, nous savons que l'acte de fiducie pourrait permettre de passer outre cette exigence. M^e Diane Bruneau considère, pour sa part, que lorsque l'acte de fiducie accorde une faculté d'élire au fiduciaire et que ce dernier fait partie de la catégorie des bénéficiaires visés, il y a alors dérogation explicite à l'interdiction prévue à l'article précité¹²². Quant à nous, nous suggérons, à l'instar d'autres auteurs¹²³, d'insérer une clause spécifique à l'acte constitutif de fiducie permettant au détenteur de la faculté d'élire de l'exercer en sa propre faveur.

Il est possible pour le constituant qui s'est réservé la faculté d'élire les bénéficiaires, ou pour le bénéficiaire¹²⁴ à qui cette faculté a été accordée, d'agir seul dans l'exercice de ce pouvoir. Il est toutefois permis de se demander si le fiduciaire qui est également constituant ou bénéficiaire aura, lui, la possibilité d'exercer seul la faculté d'élire qui lui aura été octroyée. Devons-nous plutôt considérer que, dans ce cas, l'exercice de la faculté d'élire devra se faire dans le respect de l'article 1275 C.c.Q. et exigera la présence d'un tiers-fiduciaire ? En nous référant aux propos du professeur Beaulne voulant que cette faculté ne constitue pas un véritable attribut de l'administration des biens et qu'elle demeure donc distincte des autres pouvoirs d'administration qui peuvent être confiés au fiduciaire¹²⁵, il nous paraît que le fiduciaire détenteur de la faculté d'élire peut l'exercer seul, même s'il a également la qualité de constituant ou de bénéficiaire. Or, si nous retenons qu'il faut éviter, comme nous en reparlerons plus loin¹²⁶, les situations où le fiduciaire qui est à la fois constituant ou bénéficiaire se retrouve à contrôler *de facto* la fiducie, il nous paraît quelque peu étonnant de permettre au fiduciaire à qui a été accordé l'exercice de cette faculté d'agir seul et de s'élire bénéficiaire¹²⁷.

122. D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 776.

123. J.E.C. BRIERLEY, préc., note 119, p. 162. Voir aussi Hugo PATENAUDE et Éric PRUD'HOMME, « La fiducie de gel : une approche pratique », (2001) 1 *C.P. du N.* 3, 31.

124. Le professeur Beaulne reconnaît en effet la possibilité que le tiers à qui est accordée la faculté d'élire soit un des bénéficiaires. Voir J. BEAULNE, préc., note 106, par. 242.1, p. 228.

125. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 241, p. 226.

126. *Infra*, section 1.2.

127. L'analyse de la faculté d'élire et de tout son mécanisme de mise en œuvre pouvant à lui seul faire l'objet d'une étude complète, nous ne nous attarderons pas davantage sur cette question, mais nous trouvons à tout le moins intéressant de la soulever. Pour une étude détaillée sur le sujet, voir J.E.C. BRIERLEY, préc., note 119.

1.1.4.4 L'actionnaire et l'administrateur de la société bénéficiaire

Il est admis qu'une personne morale puisse être bénéficiaire d'une fiducie¹²⁸. Est-il alors possible pour un actionnaire de cette société d'agir comme tiers-fiduciaire de la fiducie ? Doit-il plutôt être considéré comme un bénéficiaire de la fiducie et ainsi, s'il agit à titre de fiduciaire, être accompagné d'un autre fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ? La finalité recherchée par l'article 1275 C.c.Q. nous oblige à affirmer que, dans la majorité des cas, l'actionnaire de la société bénéficiaire de la fiducie doit être considéré comme un bénéficiaire de la fiducie et qu'il ne peut agir seul à titre de fiduciaire. Toutefois, des distinctions s'imposent.

Si un actionnaire détient une catégorie d'actions lui donnant le droit de recevoir des dividendes ou, encore, de partager le reliquat des biens de la société¹²⁹, il est clair pour nous qu'il se qualifie alors de bénéficiaire de la fiducie. En effet, l'attribution de revenus ou de capital à la société bénéficiaire aurait pour effet, ultimement, de faire en sorte que ces biens soient remis à cet actionnaire. Dans le cas où un actionnaire ne détiendrait que des actions avec droit de vote, sans aucun privilège de recevoir quelque dividende ou encore de participer dans le reliquat des biens, cet actionnaire n'est pas un bénéficiaire de la fiducie. Quand bien même les fiduciaires attribueraient un avantage, sous forme de revenu ou de capital, à la société bénéficiaire, cet actionnaire ne pourrait jamais bénéficier de cet avantage. Aussi, nous constatons que dans la très grande majorité des situations où une société fait partie de la catégorie des bénéficiaires parmi lesquels le fiduciaire peut exercer sa faculté d'élire, l'acte de fiducie précise qu'il doit alors s'agir d'une société dans laquelle le bénéficiaire, personnellement nommé dans la même catégorie, est actionnaire. Il serait alors étonnant de permettre à cet actionnaire d'agir à titre de seul fiduciaire alors qu'il ne pourrait le faire en sa qualité directe de bénéficiaire.

128. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 227.1, p. 215. Voir aussi Luc PARISEAU, « Structures particulières utilisant une fiducie », dans *Congrès 98*, Montréal, APFF, 1999, p. 7:18-58, 7:18-19.

129. Aux termes du paragraphe 5 de l'article 5 de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1 (ci-après nommée LSA), les statuts de constitution de la société contiennent les droits et restrictions afférents aux actions de chaque catégorie ; la même règle est prévue à l'article 6(1)c(i) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44 (ci-après nommée LCSA).

En ce qui concerne l'administrateur de la société, il a les qualités nécessaires pour agir à titre de tiers-fiduciaire dans la mesure où il n'est pas, personnellement, bénéficiaire de la fiducie ou qu'il ne fait pas partie des personnes parmi lesquelles peut être exercée la faculté d'élire un bénéficiaire. En effet, l'administrateur, par la fonction qu'il exerce dans la gestion du patrimoine de la société et par les droits qui lui sont conférés en vertu des règles propres au droit des personnes morales¹³⁰, ne peut, de quelconque façon, se retrouver bénéficiaire de la fiducie.

1.1.4.5 Le représentant du bénéficiaire

Est-ce que le représentant d'un bénéficiaire, comme son tuteur, peut agir à titre de fiduciaire d'une fiducie dont son pupille est bénéficiaire ?

La décision *Spicer*¹³¹ a établi qu'il existe un problème lorsque le fiduciaire est susceptible de se trouver en conflit d'intérêts, même s'il n'est pas lui-même bénéficiaire. Dans cette affaire, le tribunal a refusé que la mère des enfants qui allaient devenir bénéficiaires de la fiducie au décès du bénéficiaire de premier rang soit nommée à titre de fiduciaire indépendant. Cette décision a soulevé beaucoup de questions¹³² sur les qualités du tiers-fiduciaire en exigeant que celui-ci soit impartial et totalement désintéressé. Ce n'est pas ce que nous comprenons de l'article 1275 C.c.Q., lequel exige que l'administration soit faite par au moins un fiduciaire qui n'est ni constituant, ni bénéficiaire. En ce sens, nous sommes d'avis, comme la Cour d'appel dans l'arrêt *Droit de la famille – 09307*¹³³, que le tuteur de l'enfant bénéficiaire n'est pas, lui-même et personnellement, bénéficiaire. Dans cette affaire, la Cour d'appel a reconnu la possibilité de nommer comme tiers-fiduciaire le parent qui était tuteur de l'enfant bénéficiaire. La fiducie visait à garantir le paiement, par le père des enfants, d'une pension alimentaire en faveur de ces derniers. L'acte prévoyait qu'à la fin de la fiducie, le père serait bénéficiaire du résidu des biens. Le tribunal a permis que la mère des enfants soit nommée seule fiduciaire de cette fiducie, allant ainsi à l'encontre de la décision antérieurement prise dans l'affaire *Spicer*¹³⁴. Nous sommes

130. Art. 112 LSA, art. 102(1) LCSA et art. 335 C.c.Q.

131. Préc., note 77.

132. Claude DRAPEAU, « L'affaire Spicer et le fiduciaire indépendant », (2006) 15 *Entracte* 9.

133. 2009 QCCA 2460.

134. Préc., note 77.

d'accord avec les conclusions de la décision *Droit de la famille – 09307*¹³⁵, et nous proposons d'en étendre le principe aux autres représentants d'un bénéficiaire, qu'ils soient curateur ou encore mandataire aux biens de ce dernier.

Il est toutefois permis de se demander à qui, dans une telle situation, le fiduciaire devra rendre des comptes, comme l'exige l'article 1351 C.c.Q.¹³⁶, et qui surveillera l'administration du fiduciaire, conformément à l'article 1287 C.c.Q.¹³⁷. Si l'on admet que l'obligation de rendre compte est une disposition d'ordre public et qu'il est impossible pour l'administrateur du bien d'autrui d'en être dispensé¹³⁸, nous réalisons que le fiduciaire aurait, en certains cas, l'obligation de se rendre compte à lui-même¹³⁹. Nous ne croyons pas pour autant qu'il faut sacrifier la nomination du représentant d'un bénéficiaire à titre de fiduciaire. Cela reviendrait à lui refuser l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire constitué au bénéfice de son protégé pour le limiter à un rôle de surveillant. Le tuteur de l'enfant bénéficiaire est souvent la meilleure personne pour administrer le patrimoine dont son pupille est bénéficiaire. Il en est de même du tuteur, du curateur ou du mandataire aux biens de l'inapte majeur, eux qui auront été désignés par le tribunal¹⁴⁰ ou encore par le majeur lui-même¹⁴¹, justement en fonction de leur compétence et de la confiance qu'ils inspiraient en matière de gestion de patrimoine. Plutôt que d'éviter la nomination du tuteur de l'enfant mineur à titre de fiduciaire, nous suggérons, par souci de transparence dans l'administration fiduciaire, et aussi par mesure de protection à la fois pour le fiduciaire et le bénéficiaire, de discuter avec le constituant de la possibilité de désigner à l'acte de fiducie une personne à qui sera faite la reddition de comptes¹⁴². Nous pro-

135. Préc., note 133.

136. L'article 1351 C.c.Q. se lit comme suit : « [l]'administrateur rend un compte sommaire de sa gestion au bénéficiaire au moins une fois l'an ».

137. Le premier alinéa de l'article 1287 C.c.Q. se lit comme suit : « [l]'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel ».

138. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 373, p. 338 à 340.

139. La situation sera différente dans le cas où les tuteurs de l'enfant mineur seront ses deux parents et qu'un seul d'entre eux sera nommé fiduciaire.

140. Art. 268 C.c.Q.

141. Art. 2166 C.c.Q.

142. L'article 246 C.c.Q. prévoit, en matière de tutelle au mineur, que le tuteur doit rendre des comptes au mineur de 14 ans et plus. Voir Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 5^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, par. 496, p. 466. Il est permis de se demander si le fiduciaire devra rendre des comptes directement au mineur de plus de 14 ans.

posons la même chose en ce qui concerne le tuteur, le curateur ou encore le mandataire aux biens de l'adulte déclaré inapte lorsque l'un de ces derniers agira à titre de seul fiduciaire d'une fiducie dont le majeur protégé est bénéficiaire, un peu de la même façon dont on discute de cette obligation avec un mandant, au moment de la signature d'un mandat de protection.

1.1.5 *La notion de conflit d'intérêts*

L'article 1275 C.c.Q. exige-t-il simplement la nomination d'un fiduciaire qui n'est ni constituant, ni bénéficiaire ou exige-t-il plutôt la nomination d'un fiduciaire qui n'a pas d'intérêt dans la fiducie, c'est-à-dire qui ne risque pas de se retrouver en situation de conflit ?

Contrairement aux propos tenus par le juge Hurtubise dans l'affaire *Spicer*¹⁴³, nous croyons que si le législateur avait voulu la présence d'un fiduciaire neutre, impartial et totalement désintéressé, il aurait employé ces termes et aurait circonscrit davantage les règles de ce désintéressement. Le législateur ne l'ayant pas fait, il faut plutôt s'en remettre aux règles sur l'administration du bien d'autrui pour juger de la question du conflit d'intérêts et pour prendre les mesures nécessaires pour l'éviter. À cet effet, les fiduciaires, comme tous les autres administrateurs du bien d'autrui, ont des obligations générales de prudence, de diligence, d'honnêteté et de loyauté¹⁴⁴. Ces obligations concernent aussi bien le tiers-fiduciaire que le fiduciaire-constituant ou le fiduciaire-bénéficiaire. En effet, même si ces derniers peuvent avoir un intérêt ou un quelconque avantage dans la fiducie, ils ne sont pas pour autant dispensés de leur obligation d'agir suivant les règles prévues aux articles 1299 et suivants C.c.Q. sur l'administration du bien d'autrui, encore davantage lorsque le patrimoine fiduciaire prévoit la présence d'autres bénéficiaires. En tout temps, les fiduciaires doivent agir dans l'intérêt des bénéficiaires et le faire avec impartialité. Le fiduciaire sera ainsi tenu, dans le cadre de son administration, d'éviter de se placer dans une situation qui le mettrait en conflit entre ses intérêts personnels et les obligations rattachées à sa charge de fiduciaire¹⁴⁵. Il nous paraît évident que les risques de se retrouver dans une telle situation augmentent lorsqu'un fiduciaire est également bénéficiaire de la fiducie. Dans ce cas, la présence et

143. Préc., note 77.

144. Art. 1309 C.c.Q.

145. Art. 1310 C.c.Q.

surtout la participation d'un tiers-fiduciaire à la prise de décision permettront d'assurer, ou à tout le moins de favoriser, l'absence de conflit d'intérêts. Elles pourront aussi permettre d'assurer une représentation plus objective des bénéficiaires qui ne cumulent pas la fonction de fiduciaire¹⁴⁶.

Les règles de « bonne conduite » qui découlent de l'article 1309 C.c.Q. seront encore plus exigeantes lorsque le tiers-fiduciaire sera un professionnel. En effet, le professionnel appelé à agir comme tiers-fiduciaire devra s'assurer, avant d'accepter la charge et tout au long de l'exécution de celle-ci, non seulement qu'il respecte les règles propres à tout administrateur du bien d'autrui, mais aussi qu'il ne contrevient pas aux règles d'indépendance et d'impartialité édictées par son ordre professionnel¹⁴⁷. À titre d'exemple, et bien que ce ne soit pas applicable directement au notaire agissant à titre de fiduciaire, mentionnons que la Chambre des notaires du Québec a adopté, il y a quelques années, des normes de services à l'égard du notaire-liquidateur¹⁴⁸. Elle pourrait sans doute en faire de même à l'égard du notaire-fiduciaire.

Comme vu précédemment, les commentaires formulés par le ministre de la Justice¹⁴⁹ lors de l'adoption de l'article 1275 du *Code civil du Québec* peuvent aussi nous aider à comprendre la portée des exigences relatives à l'absence de conflit d'intérêts ainsi que le rôle du tiers-fiduciaire. À cet effet, rappelons que même si le ministre parle d'abord de fiduciaire impartial, nous croyons, lorsqu'il utilise des expressions comme « tempérer les conflits d'intérêts possibles » et « assurant à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité »¹⁵⁰, qu'il reconnaît que la présence du tiers-fiduciaire ne permettra pas, à elle seule, d'éviter, en toutes circonstances, que la gestion fiduciaire puisse être quelque peu subjective et qu'il sera difficile de prétendre qu'elle est toujours dénuée de conflit d'intérêts. Il y a donc, dans ces commentaires, une indication que l'article 1275 C.c.Q. ne va pas jusqu'à exiger la présence, parmi les fiduciaires, d'un tiers-fiduciaire qui soit entièrement neutre ou totalement désintéressé.

146. Marc-Antoine DESCHAMPS, « Chronique – L'affaire *Spicer* et l'absence du fiduciaire "indépendant" : ordre public et nullité absolue », dans *Repères*, août 2013, *La référence*, EYB2013REP1406.

147. J. MÉTIVIER, préc., note 22, p. 184.

148. *Le notaire liquidateur, normes d'exercices suggérées*, Chambre des notaires du Québec, mai 2014.

149. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759.

150. *Ibid.*

En conséquence, nous sommes d'avis que l'article 1275 C.c.Q. n'exige pas que le degré d'indépendance du fiduciaire soit total et absolu¹⁵¹. La Cour d'appel a d'ailleurs jugé qu'une relation de confiance mutuelle de longue date entre le fiduciaire et le bénéficiaire de la fiducie n'empêchait pas le fiduciaire d'être indépendant¹⁵².

1.2 L'obligation d'agir conjointement avec un tiers-fiduciaire

L'article 1275 C.c.Q., en utilisant les termes « doit agir conjointement », se limite-t-il à exiger la nomination d'un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ou exige-t-il plutôt que ce fiduciaire participe à toutes les décisions prises par les administrateurs ?

Art. 1275 Le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.

Dans les pages qui suivent, nous analyserons le sens à donner aux termes « doit agir conjointement » contenus à l'article 1275 C.c.Q. Ainsi, nous étudierons certaines règles relatives au mode de désignation des fiduciaires, abordant du même coup celles relatives à leur destitution (section 1.2.1). Nous poursuivrons par un examen des modalités d'exercice des pouvoirs des fiduciaires, notamment celles d'agir à la majorité ou en conformité d'un droit de veto qui aurait pu être accordé à l'un d'entre eux (section 1.2.2). Nous analyserons enfin les possibilités données au constituant de diviser les pouvoirs des fiduciaires et la faculté pour ces derniers de se déléguer entre eux la totalité ou une partie de l'exercice de certains pouvoirs (section 1.2.3). Toutes ces notions prendront une dimension particulière lorsqu'elles seront appliquées au tiers-fiduciaire et c'est essentiellement sous cet aspect que nous les aborderons.

1.2.1 La nomination des fiduciaires

Le mode de nomination et de remplacement des fiduciaires est prévu aux articles 1276 et 1277 du *Code civil du Québec*.

151. M.-A. DESCHAMPS, préc., note 146, p. 5.

152. Voir à ce sujet *Levasseur c. 9095-9206 Québec inc.*, préc., note 50. Dans cette décision, il fut jugé que la nomination d'un comptable connu depuis 12 ans par le bénéficiaire unique et jouant un rôle effacé dans l'administration de la fiducie respecte l'esprit de l'article 1275 C.c.Q.

Art. 1276 Le constituant peut désigner un ou plusieurs fiduciaires ou pourvoir au mode de leur désignation ou de leur remplacement.

Art. 1277 Le tribunal peut, à la demande d'un intéressé et après un avis donné aux personnes qu'il indique, désigner un fiduciaire lorsque le constituant a omis de le désigner ou qu'il est impossible de pourvoir à la désignation ou au remplacement d'un fiduciaire.

Il peut, lorsque les conditions de l'administration l'exigent, désigner un ou plusieurs autres fiduciaires.

L'article 1276 C.c.Q. permet au constituant de procéder lui-même à la désignation des fiduciaires, tout comme il lui permet de laisser à d'autres personnes le soin de le faire suivant les modalités qu'il peut déterminer. Le constituant peut se nommer lui-même à titre de fiduciaire, mais il devra bien évidemment, en ce cas, procéder à la nomination d'un tiers-fiduciaire¹⁵³. Aussi, le constituant pourrait laisser le soin aux fiduciaires en fonction, que lui-même aurait nommés, ou encore aux bénéficiaires de la fiducie, que ceux-ci soient à la fois ou non fiduciaires, le soin de nommer le tiers-fiduciaire et de pourvoir à son remplacement, le cas échéant¹⁵⁴. La règle de l'article 1276 C.c.Q. n'opère pas de distinction selon qu'il s'agit de la nomination du tiers-fiduciaire ou qu'il s'agit de la nomination d'un fiduciaire qui serait à la fois constituant ou bénéficiaire. Nous sommes donc d'avis, comme le professeur Beaulne, que ce mode de nomination exercé par un des fiduciaires est permis par l'article 1276 C.c.Q. et qu'il ne contrevient pas à la règle de l'article 1275 C.c.Q.¹⁵⁵. En effet, il ne s'agit pas d'une décision prise par les fiduciaires dans le cadre de leur administration. Cette règle participe des règles propres à la nomination des fiduciaires plutôt que de celles relatives à l'administration du patrimoine fiduciaire, qui, elles, sont régies par l'article 1275 C.c.Q. Cette opinion ne fait toutefois pas l'unanimité¹⁵⁶. Pour

153. Art. 1275 C.c.Q.

154. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 760, lesquels prévoient que le constituant pourrait, par exemple, décider que le choix de nouveaux fiduciaires relèvera de l'entière discrétion des fiduciaires en fonction.

155. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 197 et s., p. 194 à 196. Selon le professeur Beaulne, l'article 1276 C.c.Q. donnerait la possibilité au constituant de confier à un fiduciaire la tâche de désigner tout autre fiduciaire pour agir avec lui et même celle d'augmenter, en certaines circonstances, le nombre de fiduciaires. Voir aussi J. MÉTIVIER, préc., note 22, p. 200.

156. Voir, notamment, Élisabeth C. LAMARRE, « Commentaires sur la décision *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire* – L'important (à suivre...) »

éviter toute ambiguïté sur cette question, devrions-nous confier ce pouvoir de nomination aux mêmes personnes, mais en leur qualité personnelle plutôt qu'en leur qualité de fiduciaire ? Bien que ne voyant pas la nécessité d'une telle distinction, nous comprenons que certains juristes puissent retenir cette position et, s'ils en sont au moment de la rédaction de l'acte fiduciaire, privilégier une telle formulation¹⁵⁷. Toutefois, nous ne croyons pas qu'il serait nécessaire de modifier un acte déjà existant ou de recourir à l'article 1277 C.c.Q. si la nomination ou le remplacement devaient se faire par l'un des fiduciaires déjà nommés alors que celui-ci est bénéficiaire de la fiducie. Concrètement, nous sommes donc d'avis que la clause par laquelle le pouvoir de nommer le tiers-fiduciaire¹⁵⁸ est accordé à un bénéficiaire de la fiducie ou, encore, à un bénéficiaire-fiduciaire ou au constituant-fiduciaire est valide et ne contrevient aucunement aux exigences édictées par l'article 1275 C.c.Q. Au soutien de nos prétentions, nous vous référons de nouveau aux commentaires formulés par le ministre de la Justice, lesquels mentionnent :

L'article [1275] ne retient pas la possibilité que le constituant ou le bénéficiaire puisse agir comme fiduciaire unique car, même si, dans nombre de cas, un constituant ou un bénéficiaire peut désigner un fiduciaire conciliant envers ses propres besoins, lui permettre d'agir seul favoriserait une division purement artificielle du patrimoine et fournirait un moyen aisé d'éviter le paiement de certaines obligations.¹⁵⁹

Ces commentaires énoncent clairement qu'un bénéficiaire peut se voir confier la responsabilité de choisir le tiers-fiduciaire et ne font aucune distinction entre le bénéficiaire qui ne serait que

(suite...)

tance du fiduciaire indépendant et l'article 1275 C.c.Q. », dans *Repères*, février 2013, *La référence*, EYB2013REP1309.

157. Voir *Testament fiduciaire*, R.D./N.S. – Modèle d'acte, « Libéralités », Document n° 3.3, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2014. À titre d'exemple, une telle clause peut se lire comme suit : « S'il est impossible, pour quelque cause que ce soit, de procéder au remplacement des fiduciaires de la façon mentionnée précédemment, le ou les fiduciaires en fonction pour la fiducie ainsi concernée procédera (ont), en agissant en sa (leur) qualité personnelle et non à titre de fiduciaire(s) et selon la modalité que je choisis de mettre en place tel que le permet l'article 1276 du *Code civil du Québec*, à sa (leur) discrétion, à la désignation d'un ou de plusieurs remplaçants, de sorte qu'il y ait pendant toute la durée de la fiducie ainsi concernée le même nombre de fiduciaires que celui préalablement fixé pour ladite fiducie ».

158. Ainsi que de pourvoir à son remplacement, le cas échéant.

159. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759. Les soulignés sont de nous.

bénéficiaire et celui qui, en plus de recevoir quelque bénéfice de la fiducie, aurait la responsabilité d'agir à titre de fiduciaire. Ces commentaires vont plus loin, faisant même allusion au fait qu'il soit alors possible de nommer un fiduciaire conciliant envers les propres besoins du constituant ou du bénéficiaire, ce à quoi les articles concernés ne semblent donc pas s'opposer. Le législateur québécois, pleinement conscient du risque soulevé lors de l'adoption des articles 1275 et 1276 C.c.Q., a choisi de s'en remettre aux règles d'honnêteté et de loyauté applicables à tout administrateur du bien d'autrui¹⁶⁰. Un autre objectif de l'article 1275 C.c.Q. est de s'assurer que le constituant ne puisse, par la création d'une fiducie, procéder à une division purement artificielle de son patrimoine. Il nous faut effectivement admettre que si le constituant avait la possibilité d'agir comme seul fiduciaire d'une fiducie dont il serait également l'unique bénéficiaire, comme dans le cas de la fiducie en faveur de soi-même¹⁶¹, il y aurait alors une division de son patrimoine qui ne serait pas très claire à l'égard de ses créanciers. Les autorités fiscales n'ont d'ailleurs pas tardé à contester ce genre de planification et ont, à bon droit, remis en question la validité d'une telle stratégie¹⁶². La nécessité de la présence du tiers-fiduciaire ne fait donc aucun doute, tout comme la possibilité pour le constituant-bénéficiaire-fiduciaire, dans ce cas, de procéder à sa nomination, voire à son remplacement. La présence et surtout l'agissement du tiers-fiduciaire permettra d'indiquer clairement aux tiers contractants que le patrimoine qui fait l'objet d'une transaction est bien celui de la fiducie et non pas celui du constituant ou celui du bénéficiaire personnellement.

Il arrive, en pratique, de retrouver dans un acte de fiducie une clause permettant au constituant, au bénéficiaire ou encore à l'un des fiduciaires, lequel est à la fois le constituant ou un des bénéficiaires, le pouvoir de destituer unilatéralement un autre fiduciaire en fonction et de pourvoir à son remplacement selon des modalités précises. Est-ce valide ? En d'autres mots, est-il possible de permettre que le constituant se réserve ou donne le droit au bénéficiaire, qu'ils soient ou non également fiduciaires de la fiducie, de

160. *Supra*, section 1.1.5.

161. *Loi de l'impôt sur le revenu*, préc., note 28, par. 248(1) « fiducie en faveur de soi-même », sous-al. 73(1.01)c)(ii), par. 73(1.02) ; *Loi sur les impôts*, préc., note 18, art. 1 « fiducie en faveur de soi-même », 454.1, 454.2. Ce type de fiducie peut être utilisé lorsqu'un contribuable souhaite mettre des biens à l'abri de ses créanciers. Voir C. RHÉAUME, préc., note 21, p. 451 à 473.

162. *Davidson c. Groupe Thibault Van Houtte et Associés ltée*, 2007 QCCA 743.

destituer le tiers-fiduciaire ? Ce pouvoir de destitution reviendrait-il à détenir le plein contrôle de la fiducie, laissant au tiers-fiduciaire un rôle de simple marionnette, à la merci d'un autre intervenant qui, insatisfait de ses décisions, pourrait tout simplement lui indiquer la sortie ?

Dans leur traité sur l'administration du bien d'autrui, les professeurs Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn exposent que l'article 1360 C.c.Q.¹⁶³, qui permet à un bénéficiaire de remplacer l'administrateur, ne peut trouver application dans le cas de la fiducie¹⁶⁴. Au soutien de leur argumentation, elles expliquent que le retrait des pouvoirs de l'administrateur par le bénéficiaire pour les conférer à une autre personne n'est possible que lorsque l'administration résulte d'un contrat et que celui qui détient ce pouvoir de remplacer l'administrateur doit être la seule personne intéressée dans l'administration. Ces auteures en viennent donc à la conclusion que cette disposition ne peut recevoir application dans le cas des fiducies et qu'elle exclut précisément le cas du constituant de la fiducie entre vifs¹⁶⁵. Au surplus, précisent-elles, le constituant peut se réserver la faculté de désigner le fiduciaire remplaçant, à la suite du défaut de l'un d'eux, mais il ne peut se réserver le pouvoir de le révoquer unilatéralement à son entière discrétion. Cela aurait pour effet de donner au constituant un contrôle effectif de l'administration fiduciaire, ce qui serait incompatible avec l'esprit de cette institution et avec la lettre de la loi¹⁶⁶. La très grande majorité des auteurs partage ce point de vue et semble d'avis qu'une telle clause de destitution ne devrait pas être permise¹⁶⁷. Sans nécessairement

163. Cet article se lit comme suit : « [l]e bénéficiaire qui a confié à autrui l'administration d'un bien peut remplacer l'administrateur ou mettre fin à l'administration, notamment en exerçant son droit d'exiger sur demande la remise du bien. Tout intéressé peut demander le remplacement de l'administrateur qui ne peut exercer sa charge ou qui ne respecte pas ses obligations ».

164. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 54, par. 390, p. 370 et 371.

165. *Ibid.* Elles ne se prononcent toutefois pas spécifiquement en ce qui concerne les bénéficiaires d'une telle fiducie mais nous sommes d'avis qu'elles adopteraient la même conclusion à l'égard de ces derniers.

166. M. CANTIN-CUMYN et M. CUMYN, préc., note 54, par. 390, p. 371.

167. Voir, notamment : Diane BRUNEAU, « La modification et la terminaison des fiducies par les tribunaux du Québec », (2003-2004) 105 *R. du N.* 409, 432. Voir aussi André J. BARETTE, « Problèmes courants en matière d'administration fiduciaire : le cas des fiducies testamentaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 186, *Fiducies personnelles et successions*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 67, 76 à 79. Voir également Caroline MARION, « Démystifier la substitution : une option à la fiducie testamentaire », (2005) 267(4) *Revue de planification fiscale et successorale* 789.

conseiller aux rédacteurs d'inclure une clause de destitution du fiduciaire par le constituant ou par le bénéficiaire dans leurs actes, serait-il possible d'admettre que cela serait acceptable dans le cas de certaines fiducies, pour autant que les modalités d'exercice et de mise en application de la destitution soient très bien circonscrites ? En fait, y a-t-il une si grande différence entre confier, par exemple, à un bénéficiaire le soin de nommer ou remplacer le tiers-fiduciaire en cas de défaut de ce dernier et lui confier le pouvoir de le destituer, à son gré, mais dans le respect de certaines conditions ? Il est possible de prétendre que d'accorder un tel pouvoir de destitution permettra au bénéficiaire de changer le tiers-fiduciaire au rythme de ses insatisfactions. Il ne faut toutefois pas oublier qu'en tout temps, la présence d'un tiers-fiduciaire demeure. On aura beau en éliminer un, il faudra en trouver un autre. Pensons au cas où le bénéficiaire unique d'une fiducie s'est vu nommer fiduciaire conjointement avec un professionnel ou, encore, avec une société de fiducie. Si l'acte de fiducie accorde au bénéficiaire la possibilité de révoquer ce tiers-fiduciaire, mais avec l'obligation de le remplacer par un autre professionnel, et que l'acte constitutif définit ce terme¹⁶⁸, nous ne serions pas si mal à l'aise avec la présence et l'application d'une telle clause. S'il existe un problème de personnalité entre les fiduciaires, ou encore un problème quant au montant des honoraires, l'un d'eux pourra renoncer à la charge, probablement le tiers-fiduciaire, et il sera alors pourvu à son remplacement suivant les termes de l'acte constitutif. Si l'acte constitutif donne tous les pouvoirs au bénéficiaire de choisir le nouveau tiers-fiduciaire, il pourra ainsi procéder. Nous ne sommes pas très loin de la situation où le bénéficiaire aurait tout simplement pu destituer le tiers-fiduciaire et le remplacer de la même façon que ce que ci-dessus exposé, s'évitant ainsi parfois de très longues discussions et négociations avec l'autre fiduciaire, lesquelles ne se déroulent pas toujours dans l'intérêt des bénéficiaires. En fin de compte, ce sont bien leurs intérêts qu'il faut protéger !

La Cour d'appel nous a rappelé, dans la décision *Brassard c. Brassard*¹⁶⁹, que la demande de destitution d'un fiduciaire par les

168. La clause pourrait définir le terme « professionnel » comme étant un notaire, un avocat, un comptable, un fiscaliste ou une société de fiducie. Elle pourrait aussi rendre non éligible à la fonction de tiers-fiduciaire le conjoint, le frère ou la sœur, et ce, même si ces derniers ont la formation qui leur permettrait de se qualifier à titre de « professionnel ».

169. Préc., note 77. Dans cette affaire, la demande de destitution du fiduciaire repose davantage sur un conflit de personnalités avec les bénéficiaires que sur les gestes posés par le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions. Voir Éric (à suivre...)

bénéficiaires doit être basée sur ses actions à titre de fiduciaire et non pas sur un conflit de personnalités¹⁷⁰. Or, l'objectif d'une clause de destitution est peut-être de pouvoir mettre fin, de façon expéditive, à un conflit de personnalités entre les bénéficiaires et un fiduciaire. S'il n'est pas possible d'obtenir la destitution judiciaire d'un fiduciaire au moyen de l'article 1290 C.c.Q.¹⁷¹ dans le cas où il y a manifestement un conflit de personnalités entre deux fiduciaires, il pourrait être intéressant pour le bénéficiaire de pouvoir destituer et remplacer son fiduciaire grâce au pouvoir qui lui aura été accordé contractuellement à cet effet. Le fiduciaire doit, quel qu'il soit, agir en conformité avec les stipulations de l'acte constitutif et la volonté du constituant doit primer celle des bénéficiaires. Quel est donc le véritable risque qu'un bénéficiaire, insatisfait de la décision prise par le fiduciaire, le destitue de ses fonctions et le remplace par un autre qui pensera ou décidera différemment ? Le nouveau fiduciaire aura les mêmes droits et les mêmes obligations que son prédécesseur et, au surplus, les mêmes responsabilités. La règle du tiers-fiduciaire, qui a comme objectif d'assurer à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité, est toujours présente.

En résumé, le législateur aurait pu, s'il l'avait voulu, ne pas permettre au constituant ou au bénéficiaire d'agir aussi à titre de fiduciaire. La solution aurait été relativement simple et aurait pu davantage s'apparenter à celle retenue en droit civil français¹⁷². Pourtant, ce n'est pas ce que le législateur québécois a retenu. Il nous semble plutôt que ce dernier, en faisant référence, dans ses commentaires, au risque possible de conflits d'intérêts et en admettant même que ceux-ci ne pouvaient être totalement éliminés par la présence du tiers-fiduciaire¹⁷³, a décidé de s'en remettre aux règles de l'administration du bien d'autrui, règles dans lesquelles les fidu-

(...suite)

LAVOIE, « Commentaires sur la décision *Brassard c. Brassard* – La destitution des fiduciaires testamentaires par les bénéficiaires : les raisons invoquées doivent être sérieuses et fondées », *Repères*, septembre 2009, *La référence*, EYB2009REP856.

170. É. LAVOIE, préc., note 169, p. 1.

171. Cet article se lit comme suit : « [le] constituant, le bénéficiaire ou un autre intéressé peut, malgré toute stipulation contraire, agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution. Il peut aussi attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire ».

172. *Infra*, section 2.3.

173. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759.

ciaires puisent leurs pouvoirs et se voient dicter plusieurs règles de conduite, dont celles, notamment, d'agir avec honnêteté et loyauté, dans le respect de l'intérêt de l'ensemble des bénéficiaires et de la fin poursuivie¹⁷⁴. Le respect de ces règles devrait peut-être, parfois, s'exprimer par la destitution d'un fiduciaire, et il pourrait être souhaitable, en certains cas, que cette destitution se passe en dehors du champ des tribunaux.

Au soutien de la validité d'une clause accordant au bénéficiaire, qu'il soit également fiduciaire ou non, un pouvoir de destituer le tiers-fiduciaire, nous pouvons mentionner le jugement rendu dans l'affaire *Spicer (Succession de) c. Boyer-Richard*¹⁷⁵. Dans cette décision où le tribunal devait procéder à la nomination d'un tiers-fiduciaire, la Cour a elle-même accordé un vote prépondérant au fiduciaire-bénéficiaire. Nous pourrions soutenir que ce pouvoir accordé au fiduciaire qui est également bénéficiaire se classe dans la même catégorie que le pouvoir de destitution, en ce sens qu'il accorde un certain contrôle *de facto* de la fiducie au détenteur de ce pouvoir¹⁷⁶.

Dans un texte fort intéressant, M^e Isabelle Fecteau, après avoir incité les constituants à la prudence au sujet des clauses qui octroient un pouvoir de destitution et de remplacement, apporte la nuance suivante :

[n]otre conclusion pourrait être différente si une telle clause prévoyait plutôt qu'un fiduciaire-bénéficiaire peut procéder à la désignation de son cofiduciaire, lequel agit pendant un certain terme (par exemple, deux ou trois ans) ou dont la désignation est assujettie à certaines modalités et qu'entre temps, le fiduciaire-bénéficiaire doit agir avec ce fiduciaire. Dans ces circonstances, il serait possible d'avancer que le fiduciaire-bénéficiaire n'a pas le contrôle de la fiducie et à notre avis, si la désignation du cofiduciaire est assujettie à un terme, plus celui-ci serait long, plus cela faciliterait l'argumentation en ce sens. D'autant plus qu'un parallèle pourrait être fait avec l'administrateur d'une personne morale, dont la charge est toujours d'une durée limitée.¹⁷⁷

M^e Charline Bouchard, dans un texte portant sur l'exploitation d'une entreprise par une fiducie, semble également ouvrir la porte à la possible destitution du fiduciaire par les bénéficiaires en mentionnant que dans le cadre d'une fiducie-entreprise, il serait

174. Art. 1309 C.c.Q.

175. Préc., note 77.

176. I. FECTEAU, préc., note 64, p. 12.

177. *Ibid.*

plus pratique de confier le pouvoir de destitution et de réélection d'un nouveau fiduciaire aux bénéficiaires puisqu'ils sont dans la situation des actionnaires d'une compagnie¹⁷⁸.

Évidemment, l'utilisation d'une clause de destitution du tiers-fiduciaire, si on devait en admettre la possibilité, devra être limitée à des situations bien précises. Il ne serait pas question, pour des raisons évidentes, de donner un tel pouvoir à un bénéficiaire que la fiducie mise en place vise à protéger, notamment parce que ce dernier a des problèmes de jeu, de drogue ou d'alcool. Il nous semble, dans ce cas, que la finalité même de la fiducie ne permette pas de la concilier avec la présence d'une telle clause. Par ailleurs, ce genre de clause paraît particulièrement intéressant pour le constituant qui souhaite, dans le cadre d'une planification successorale, permettre aux bénéficiaires de se prévaloir, après son décès, des avantages fiscaux rattachés à l'utilisation de la fiducie qu'il a mise en place¹⁷⁹. Toutefois, comme les règles fiscales applicables aux fiducies testamentaires ont été modifiées le premier janvier 2016¹⁸⁰, bon nombre de cas pour lesquels le constituant, ou les futurs bénéficiaires consultés au préalable, auraient souhaité la présence d'une telle clause, ne le justifieront plus¹⁸¹.

Nous aurions davantage de réserve à inclure une clause de destitution du tiers-fiduciaire par le bénéficiaire lors de la rédaction d'un acte de fiducie conçu en faveur du constituant¹⁸². Lorsqu'une personne crée une fiducie en faveur d'elle-même, notamment dans un but de protection d'actifs, ses chances de rendre opposables aux tiers les transferts effectués au patrimoine fiduciaire reposent, en grande partie, sur la rédaction minutieuse et l'administration effective, par au moins un tiers-fiduciaire, des activités de la fiducie¹⁸³. En ce sens, aucun effort ne devrait être ménagé afin que puisse être

178. Charlaïne BOUCHARD, « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante ? », (2000) 102 *R. du N.* 87.

179. Ce serait le cas, par exemple, d'une fiducie testamentaire créée pour le fils du testateur et ses enfants qui permettrait aux fiduciaires, dont le fils fait partie, d'attribuer une partie des revenus aux petits-enfants et de les rendre ainsi imposables entre les mains de ces derniers (clause « gicleur »).

180. Voir notamment l'article 122(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, préc., note 28.

181. Tel est le cas, par exemple, de la fiducie qui était mise en place dans le principal but de permettre à un bénéficiaire d'imposer le revenu généré par le patrimoine fiduciaire entre les mains de la fiducie plutôt que de l'ajouter à ses propres revenus.

182. I. FECTEAU, préc., note 64, p. 12 et 13.

183. *Davidson c. Groupe Thibault Van Houtte et Associés ltée*, préc., note 162.

démontré clairement que le tiers-fiduciaire joue un rôle important et que ses décisions ne sont pas à la merci du fiduciaire-bénéficiaire.

Dans le cas des fiducies entre vifs constituées lors d'un transfert d'entreprise, le pouvoir de destituer le tiers-fiduciaire est souvent octroyé à l'entrepreneur, propriétaire de l'entreprise, agissant comme fiduciaire. Les suggestions de M^e Fecteau, auxquelles nous avons fait référence précédemment¹⁸⁴ et qui consistent à prévoir le temps en poste du tiers-fiduciaire après quoi il faudra de nouveau procéder à sa nomination, nous paraissent appropriées.

Le constituant peut, évidemment, décider de ne pas accorder aux bénéficiaires le pouvoir de destituer le fiduciaire, notamment lorsqu'il a pleinement confiance au fiduciaire qu'il a choisi en raison de circonstances particulières. Il lui sera en effet rassurant de savoir que les bénéficiaires ne pourront, dans un tel cas, s'adresser au tribunal et obtenir la destitution de ce fiduciaire sur la base de motifs liés à une mésentente ou à un conflit familial, motifs que le constituant pouvait parfaitement connaître ou anticiper¹⁸⁵. Les arguments retenus et développés par la Cour d'appel dans la décision *Brassard*¹⁸⁶ nous poussent à davantage de discernement dans l'utilisation d'une clause de destitution qui pourrait être accordée au bénéficiaire, que ce dernier soit fiduciaire ou non. Nous l'avons mentionné, tout intéressé peut demander le remplacement de l'administrateur qui n'est pas en mesure d'exercer sa charge ou qui ne respecte pas ses obligations. Or, comme le souligne le juge Morin au nom de la Cour d'appel dans l'affaire *Brassard*, seules des raisons graves, relatives aux obligations du fiduciaire, peuvent justifier la destitution de celui-ci¹⁸⁷. C'est pourquoi le juge de première instance ne pouvait conclure, comme il l'a fait, que le manque de confiance des intimés, les bénéficiaires, envers l'appelant, le fiduciaire, ferait nécessairement en sorte que ce dernier ne pourrait s'acquitter de sa tâche en toute loyauté. La Cour d'appel ajoute également qu'en raison de la gravité extrême de la mesure, on ne saurait fonder la destitution d'un fiduciaire sur la base de simples appréhensions.

En l'absence d'un tiers-fiduciaire nommé à l'acte de fiducie ou encore en l'absence de clauses permettant de pourvoir à sa nomina-

184. Préc., note 64, p. 43.

185. É. LAVOIE, préc., note 169, p. 6 et 7.

186. Préc., note 77.

187. *Ibid.*, par. 100.

tion ou à son remplacement, quelle procédure devons-nous suivre ? La requête en nomination d'un fiduciaire est-elle la solution la plus appropriée ? Doit-on plutôt envisager la requête en modification de fiducie ? Cette dernière aurait l'avantage de permettre de demander au tribunal, en plus de la nomination du fiduciaire, l'insertion, à l'acte constitutif de fiducie, de dispositions prévoyant le mode de remplacement des éventuels fiduciaires et ainsi éviter qu'on ait à se présenter de nouveau devant le tribunal chaque fois que le remplacement d'un fiduciaire deviendra nécessaire¹⁸⁸. L'article 1277 C.c.Q. nous permet également d'affirmer que même si une fiducie se retrouve, en cours d'exécution, privée de la présence d'un fiduciaire, son existence ne sera pas pour autant remise en question¹⁸⁹. Le fait que la fiducie se retrouve momentanément sans fiduciaire n'entraînera pas son extinction¹⁹⁰ puisque cela n'est pas prévu par l'article 1296 C.c.Q. qui édicte les causes ayant pour effet de mettre fin à la fiducie. Dans ce cas, comme dans les autres situations où il est impossible, d'après les dispositions de l'acte constitutif, de procéder à la désignation ou au remplacement d'un fiduciaire, tout intéressé, un bénéficiaire par exemple, pourra s'adresser au tribunal, suivant l'article 1277 C.c.Q., afin que soient nommés un ou plusieurs fiduciaires pour régulariser la situation. Par ailleurs, cet article se distingue du droit antérieur¹⁹¹ sous deux aspects¹⁹² : dans un premier temps, il permet maintenant au tribunal de désigner un fiduciaire lorsque le constituant a omis de le faire¹⁹³ et, deuxièmement, il permet au tribunal, malgré le fait que cette situation ne soit pas prévue à l'acte constitutif de fiducie, de désigner un ou plusieurs autres fiduciaires lorsque les conditions de l'administration l'exigent, par exemple si elle devient trop lourde à exercer pour le fiduciaire en place. Auparavant, il fallait, dans une telle situation, recourir à

188. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 85, p. 13.

189. J. LORANGER, préc., note 60, p. 128.

190. J. BEAULNE, préc., note 55, par. 197, p. 122.

191. L'article 981c C.c.B.C. se lit comme suit : « [l]e donateur ou le testateur créant la fiducie, peut pourvoir au remplacement des fiduciaires aussi longtemps que dure la fiducie, dans le cas de refus d'accepter, de mort ou d'autre cause de vacance, et indiquer le mode de remplacement. Lorsqu'il est impossible de les remplacer, d'après les conditions du document créant la fiducie, ou lorsqu'on n'a pas pourvu au remplacement, tout juge de la cour supérieure peut nommer des fiduciaires pour les remplacer, après avis donné aux parties bénéficiaires ».

192. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 760 et 761.

193. Le ministre mentionne, à titre d'exemple, le cas d'une fiducie constituée dans un testament olographe.

l'adoption d'une loi d'intérêt privé, ce qui constituait une procédure inutilement longue et onéreuse¹⁹⁴.

Précisons que si le recours à l'article 1277 C.c.Q. est utilisé afin de pallier le non-respect de l'exigence du tiers-fiduciaire prévue à l'article 1275 C.c.Q., le tribunal ne procédera pas pour autant à la destitution des fiduciaires-bénéficiaires, à moins qu'on lui fournisse les motifs pour le faire, car ceux-ci auront été valablement nommés par le constituant¹⁹⁵. Le tribunal procédera à la nomination du tiers-fiduciaire tout en maintenant dans leurs fonctions les fiduciaires déjà en poste.

1.2.2 *Le pouvoir des fiduciaires d'agir à la majorité et le droit de veto*

Suivant l'article 1332 C.c.Q., lorsque plusieurs personnes sont nommées pour exercer la charge de fiduciaire, elles doivent, à moins d'une disposition particulière à l'effet contraire contenue à l'acte de fiducie, agir à la majorité d'entre elles. Dans le cas d'une fiducie administrée par trois fiduciaires dont deux d'entre eux sont également bénéficiaires, la présence d'un tiers-fiduciaire aura comme conséquence de forcer la discussion entre les fiduciaires¹⁹⁶ et d'assurer le minimum d'objectivité recherchée par l'article 1275 C.c.Q. Il n'est pas nécessaire que le tiers-fiduciaire fasse partie de la majorité des décideurs¹⁹⁷ et nous posons l'hypothèse que l'utilisation des termes « doit agir conjointement » employés à l'article 1275 C.c.Q. implique que le tiers-fiduciaire doit prendre part à chacune des décisions des fiduciaires sans toutefois nécessairement être du même avis que la majorité¹⁹⁸. En d'autres mots, le tiers-fidu-

194. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 761.

195. *Brassard c. Brassard*, préc., note 77.

196. François RAINVILLE, « L'administration du bien d'autrui et les patrimoines d'affectation », Montréal, Chambre des notaires du Québec, 2004, par. 210, p. 25 et 26.

197. Au soutien de cette position, nous mentionnons la décision *Stevenson c. National Trust*, J.E. 95-780 (C.S.), dans laquelle la Cour supérieure a considéré que le tiers-fiduciaire avait outrepassé ses pouvoirs en allant à l'encontre de la décision des fiduciaires-bénéficiaires et qu'il ne semblait pas, dans les faits de cette affaire, justifié d'adopter un tel comportement. Le juge mentionne également : « [i]t is also unreasonable to suggest that a five pension trustees are free to act by a majority where none are settlor or beneficiary, but must act unanimously where one of them is ».

198. Voir, notamment, D. BRUNEAU, préc., note 85, p. 771 et J.B. CLAXTON, « Differences in Construction of the Quebec Law of Trust », dans *Society of Trust and* (à suivre...)

ciaire ne doit pas être tenu à l'écart par le comportement de la majorité des autres fiduciaires. La loi exige que le tiers-fiduciaire agisse, qu'il exprime son opinion et qu'il prenne part aux décisions. En cas de désaccord avec la décision prise par la majorité, il sera alors important que le tiers-fiduciaire manifeste clairement sa dissidence comme le prévoit l'article 1335 C.c.Q. De plus, même s'il ne s'agit pas d'une exigence prévue par le *Code civil du Québec*, nous recommandons aux fiduciaires d'inscrire leurs décisions dans un livre de fiducie, un peu comme le font les administrateurs dans le livre d'une société. Ces décisions pourront prendre la forme de procès-verbaux ou de résolutions des fiduciaires et être conservées les unes à la suite des autres. Elles pourront ainsi, en temps opportun, expliquer et justifier les motifs invoqués au soutien des décisions prises¹⁹⁹. Nous constatons malheureusement assez régulièrement, en pratique, un manque de rigueur à cet effet. Cela a pour conséquence d'entraîner des contestations qui, souvent, auraient pu être évitées si des procès-verbaux ou des résolutions avaient été conservés.

Serait-il possible pour le constituant de prévoir, à l'acte de fiducie, qu'un fiduciaire-bénéficiaire devra nécessairement faire partie de la majorité en cas de vote ? Nous le croyons. Cela n'aurait pas comme conséquence de permettre pour autant au fiduciaire-bénéficiaire d'agir seul, comme bon lui semble, et de prendre le contrôle de la fiducie. Il devra s'assurer d'avoir la majorité des voix requises et tous les fiduciaires en fonction auront ainsi le devoir d'exprimer leur position.

Contrairement aux commentaires formulés par un auteur dans un article publié dans le périodique *Entracte*²⁰⁰, nous ne sommes pas d'avis qu'il faille autant de tiers-fiduciaires que de fiduciaires-bénéficiaires ou de fiduciaires-constituants. De plus, nous ne croyons pas que le tiers-fiduciaire devrait se voir accorder un droit de veto dans toutes les décisions prises dans le cadre de l'administration fiduciaire²⁰¹. Ces exigences iraient bien au-delà de celles posées par l'article 1275 C.c.Q. L'utilisation des termes « doit agir conjointement » ne justifie pas un droit de veto en faveur du tiers-

(...suite)

Estate Practitioners, Montréal, 2006, p. 43. Voir aussi J. BEAULNE, préc., note 106, par. 291, p. 268. Pour une opinion à l'effet contraire, voir C. MARION, préc., note 167, p. 789.

199. I. FECTEAU, préc., note 64, p. 20.

200. Jean-Marc AUDET, « Non, pas un... mais deux fiduciaires (art. 1275 C.c.Q.) », (1999) 8(9) *Entracte* 5.

201. Pour une opinion à l'effet contraire, voir C. MARION, préc., note 167, p. 789.

fiduciaire. Par contre, il va de soi que le constituant pourrait lui accorder un tel droit de veto. Pourrait-il le faire en faveur du fiduciaire-constituant ou en faveur du fiduciaire-bénéficiaire ? Nous devons admettre que nous serions moins à l'aise avec l'insertion d'une telle clause dans ces deux cas car ce faisant, le titulaire du droit de veto se verrait accorder un contrôle de l'administration fiduciaire. Cela nous paraît tout à fait contraire aux objectifs de l'article 1275 C.c.Q. Nous devons toutefois rappeler, à ce sujet, la décision *Spicer*²⁰² dans laquelle le juge Hurtubise, après avoir refusé la nomination de la tutrice des bénéficiaires éventuels de la fiducie à titre de tiers-fiduciaire, a accordé un droit de veto en faveur de l'épouse du défunt qui, en plus d'être bénéficiaire, agissait à titre de fiduciaire.

1.2.3 *La division et la délégation des pouvoirs entre les fiduciaires*

Est-il permis au constituant de prévoir, comme l'autorise l'article 1334 C.c.Q., la division des pouvoirs entre les fiduciaires et, plus précisément, entre le tiers-fiduciaire et le fiduciaire-bénéficiaire ou le fiduciaire-constituant ? Si nous pouvons imaginer que le tiers-fiduciaire se voit confier, seul, la responsabilité de certains actes d'administration de la fiducie, comme par exemple la gestion des placements, nous ne pouvons certes pas admettre le même comportement en faveur des autres fiduciaires. En effet, établir une division des pouvoirs entre les fiduciaires et en attribuer certains, de manière exclusive, à des fiduciaires autres que le tiers-fiduciaire contreviendrait clairement à la règle énoncée à l'article 1275 C.c.Q.²⁰³. Dans un tel cas, tous les gestes d'administration posés par les fiduciaires qui sont à la fois constituants ou bénéficiaires ne seraient pas accomplis conjointement avec le tiers-fiduciaire, ce dernier n'ayant aucun rôle à exercer en raison de la division des pouvoirs effectuée.

Le premier alinéa de l'article 1337 C.c.Q.²⁰⁴ permet aux fiduciaires de déléguer, soit à l'un d'eux, soit à un tiers, certains de leurs

202. Préc., note 77.

203. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 291.1, p. 269.

204. Le premier alinéa de l'article 1337 C.c.Q. se lit comme suit : « [l']administrateur peut déléguer ses fonctions ou se faire représenter par un tiers pour un acte déterminé ; toutefois, il ne peut déléguer généralement la conduite de l'administration ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, sauf à ses coadministrateurs ».

pouvoirs et il encadre l'exercice de cette délégation²⁰⁵. Dans un premier temps, il est permis de se demander, lorsque le tiers-fiduciaire souhaite déléguer un acte spécifique à un coadministrateur ou à un tiers, s'il existe des restrictions par rapport à l'identité de ce coadministrateur ou de ce tiers. Dans un deuxième temps, il faut s'interroger sur la possibilité pour ce même tiers-fiduciaire de déléguer à ses coadministrateurs, peu importe qui ils sont, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ou encore la conduite générale de l'administration du patrimoine fiduciaire.

En réponse à la première question, nous croyons que le tiers-fiduciaire qui souhaite déléguer à un coadministrateur ou à un tiers la prise d'une décision relative à l'administration fiduciaire ne pourra le faire qu'en faveur d'une personne autre que le constituant ou le bénéficiaire, que ces derniers agissent ou non aussi à titre de fiduciaires. Prétendre le contraire reviendrait à permettre que certains actes d'administration à l'égard du patrimoine fiduciaire soient posés en contravention des règles de l'article 1275 C.c.Q. puisque le tiers-fiduciaire ne prendrait pas part à la décision, cette dernière étant confiée au constituant ou au bénéficiaire, selon le cas²⁰⁶. Dans la mesure où la personne choisie est quelqu'un d'autre que le constituant ou un bénéficiaire de la fiducie, la délégation est permise et le geste posé engagera le patrimoine fiduciaire²⁰⁷.

En ce qui concerne la deuxième question, nous croyons qu'il n'est pas possible pour le tiers-fiduciaire de déléguer la conduite générale de l'administration ou l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire en faveur de ses coadministrateurs qui, en plus d'être fiduciaires, seraient également constituants ou bénéficiaires. Il lui serait toutefois loisible de le faire, dans le respect et en conformité de la règle édictée à l'article 1337 C.c.Q., ou encore dans le respect des termes de l'acte constitutif, en faveur d'un coadministrateur qui, lui aussi, pourrait se qualifier de tiers-fiduciaire²⁰⁸.

Il faut porter une attention particulière à la délégation de pouvoirs qui pourrait se faire en faveur d'un fiduciaire résidant à

205. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 344.

206. À l'effet contraire, voir la décision *Levasseur c. 9095-9206 Québec inc.*, préc., note 50, où il a été reconnu comme étant possible de prévoir à l'acte constitutif une clause qui permettra au bénéficiaire-fiduciaire de signer seul les chèques.

207. Art. 1337 C.c.Q. Voir aussi M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 54, par. 293, p. 275 et 276.

208. *Ibid.*

l'extérieur du Canada. En effet, l'arrêt *Fundy Settlement c. Canada*²⁰⁹ a confirmé que la résidence fiscale d'une fiducie est déterminée par le lieu où sont exercés la gestion et le contrôle des biens de la fiducie²¹⁰. Une telle délégation pourrait donc avoir pour effet de changer la résidence de la fiducie et de l'assujettir aux règles d'une législation étrangère²¹¹.

2. L'absence de tiers-fiduciaire et l'analogie avec le droit des sociétés et le droit civil français

Dans cette deuxième partie, nous proposons d'analyser les conséquences des décisions rendues par les tribunaux en cas de non-respect de l'article 1275 C.c.Q. (section 2.1). Nous ferons ensuite une analogie entre le droit des fiducies et celui des sociétés (section 2.2) et nous exposerons, en les comparant avec les règles du droit civil québécois, les dispositions de droit civil français relatives à la fiducie²¹², particulièrement celles concernant le fiduciaire (section 2.3).

2.1 Les conséquences de l'absence d'un tiers-fiduciaire

Les tribunaux auraient-ils dû considérer que l'absence d'un tiers-fiduciaire dans la prise de décision des gestes posés par les fiduciaires entraîne l'inexistence de la fiducie (section 2.1.1), ou ont-ils eu raison de statuer que les décisions prises par les fiduciaires en l'absence d'un tiers-fiduciaire étaient frappées de nullité absolue²¹³ ? Les tribunaux ayant retenu cette dernière hypothèse, nous nous questionnerons sur le bien-fondé et les conséquences de la nullité absolue et nous nous demanderons s'il n'aurait pas été possible d'envisager que les actes soient plutôt sanctionnés de nullité relative et, donc, susceptibles d'être ratifiés par les bénéficiaires (section 2.1.2).

209. 2012 CSC 14.

210. Voir *Garron c. La Reine*, 2009 DTC 1287, confirmé par 2010 CFA 309 et par 2012 CSC 14, préc., note 209.

211. C. RHÉAUME, préc., note 21, p. 21 à 24.

212. Art. 2011 à 2031 du *Code civil*, Loi n° 2007-211.

213. *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*, préc., note 77.

2.1.1 L'existence de la fiducie

L'acceptation de la charge par au moins un des fiduciaires permet la constitution de la fiducie²¹⁴. Est-ce que cette acceptation doit être faite par un fiduciaire autre que celui qui est à la fois fiduciaire et constituant ou bénéficiaire ? Qu'en est-il si la composition des fiduciaires ne respecte pas les règles prévues à l'article 1275 C.c.Q. au moment de l'acceptation de cette charge ? Selon une auteure²¹⁵, la fiducie pour laquelle il n'y a aucun fiduciaire autre que le fiduciaire-constituant ou le fiduciaire-bénéficiaire ne peut s'engager contractuellement et n'a pas d'existence juridique. Nous ne pouvons souscrire à cette conclusion. Nous sommes plutôt d'avis, comme le mentionne le professeur Beaulne²¹⁶, que la fiducie existe et qu'elle est valablement constituée dès qu'un fiduciaire nommé accepte la charge, même en l'absence, à ce moment, d'un tiers-fiduciaire²¹⁷. L'article 1264 C.c.Q. ne précise pas, en mentionnant que l'acceptation doit être faite par au moins l'un des fiduciaires, qu'il doit s'agir du tiers-fiduciaire. Aussi, nous sommes tenté de dire que ce geste d'acceptation, quoique fondamental à l'existence même de la fiducie, ne constitue pas, à proprement parler, un acte d'administration des fiduciaires soumis aux règles impératives de l'article 1275 C.c.Q. Si, au moment de la création de l'acte de fiducie, la nomination des fiduciaires est non conforme à l'article 1275 C.c.Q. et que l'acte de fiducie ne permet pas, lui-même, de suppléer ce défaut, il y aura alors lieu de s'adresser au tribunal pour régulariser cette situation en vertu des règles prévues par les articles 1277 et 1294 du *Code civil du Québec*²¹⁸. Nous reconnaissons même que le défaut, pour le constituant, d'avoir procédé à la désignation d'au moins un fiduciaire, dans la mesure où ses intentions de créer le patrimoine fiduciaire sont claires, ne rend pas la fiducie inexistante pour autant. Son existence sera tout au plus suspendue jusqu'à ce qu'un fiduciaire soit désigné par le tribunal²¹⁹. La règle applicable doit être la même, qu'il s'agisse de l'absence totale de fiduciaire ou, encore, de l'absence d'un tiers-fiduciaire. Au soutien de nos prétentions, ajoutons que le tribunal, dans la cause *Financière Transcapi-*

214. Art. 1264 C.c.Q.

215. É.C. LAMARRE, préc., note 156, p. 3.

216. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 200 et 201, p. 196 et 197.

217. I. FECTEAU, préc., note 64, p. 35.

218. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 85, p. 13. Voir aussi *Morissette (Succession de)*, 2007 QCCS 5499.

219. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 201, p. 197.

*tale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*²²⁰, n'a pas invalidé l'acte de fiducie au motif que la nomination des fiduciaires n'était pas conforme à l'article 1275 C.c.Q. Il a plutôt annulé, pour cette raison, l'acte conclu par les fiduciaires et ordonné la radiation de l'hypothèque consentie sur les biens de la fiducie²²¹.

Prétendre qu'une fiducie serait nulle et inexistante en l'absence de tiers-fiduciaire au moment de sa création²²² pourrait mener à des résultats pour le moins surprenants. Imaginons que Luc, aux termes de son testament, a prévu la création d'un patrimoine fiduciaire pour le bénéfice de son fils Martin, avec représentation en faveur de ses petits-enfants en cas de défaut de celui-ci. En conformité avec l'article 1275 C.c.Q., Luc a prévu la nomination de son fils Martin et de son frère Nicolas (oncle de Martin) à titre de fiduciaires. En cas de défaut de Nicolas, il est prévu au testament de Luc qu'il sera remplacé par sa sœur Odette. Le testament de Luc ne prévoit pas d'autres remplaçants. Odette et Nicolas sont tous les deux décédés à la mort de Luc et ce dernier n'a pas eu la possibilité de modifier son testament. La fiducie prévue au bénéfice de Martin se retrouve donc, au décès de Luc, avec un seul fiduciaire, Martin, lequel est également bénéficiaire. Il est donc évident, dans ce cas, que la nomination de Martin ne respecte pas les exigences posées par l'article 1275 C.c.Q. Faut-il pour autant priver la fiducie de produire ses effets en concluant à l'inexistence de celle-ci, faute pour Martin, ès qualités de fiduciaire, de pouvoir l'accepter ? Nous sommes d'avis que non. Il faut donner plein effet aux intentions du testateur et régulariser, comme le permettent les articles 1277 et 1294 C.c.Q.²²³, la nomination des fiduciaires, lesquels pourront, par la suite, valablement administrer le patrimoine fiduciaire. Dans le cas contraire, les biens de la succession de Luc pourraient être distribués sans tenir compte de ses volontés et se retrouver entre les mains de personnes que ce dernier n'avait pas choisies. Il nous apparaît évident que les conséquences pratiques d'une telle conclusion jumelées aux arguments théoriques formulés ci-dessus militent clairement en faveur de la position prônant la validité de la fiducie et la régularisation de la

220. Préc., note 77.

221. Dans cette affaire, un acte de prêt et d'hypothèque mobilière a été signé par les fiduciaires qui étaient tous des bénéficiaires de la fiducie.

222. L'article 1264 C.c.Q. établit le moment de la constitution de la fiducie. Soulignons également qu'une décision rendue en 1997, en *obiter* seulement, soit *Mathieu c. Tardif*, J.E. 97-1069, affirme qu'une fiducie qui ne respecte pas les termes de l'article 1275 C.c.Q. n'a pu être constituée.

223. *Supra*, section 1.2.1.

nomination des fiduciaires par le moyen prévu à l'article 1277 C.c.Q., voire, en certains cas, par l'article 1294 C.c.Q.

Lors de la création d'une fiducie du vivant du constituant, l'acceptation par l'un des fiduciaires se fera généralement au même moment que le transfert des biens. La prudence fera en sorte de s'assurer, dès cet instant, que la nomination des fiduciaires est conforme aux exigences édictées par l'article 1275 C.c.Q., et qu'elle le demeurera en tout temps, suivant les clauses de remplacement prévues à l'acte. Au risque de nous répéter, le non-respect de cette disposition pourra, qu'il s'agisse de fiducies entre vifs ou de fiducies testamentaires, être régularisé par le tribunal²²⁴. Nous suggérons que l'acceptation de la fiducie entre vifs se fasse, dans la mesure du possible, par le fiduciaire qui n'est pas le constituant, sans qu'il soit question de remettre en cause l'existence de la fiducie dans le cas contraire. Cela aura pour effet d'établir encore plus clairement le dessaisissement du donateur. Rappelons que l'acceptation de la fiducie par le fiduciaire dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certains des droits du bénéficiaire²²⁵. Mentionnons aussi que l'acceptation du bénéficiaire n'est pas, quant à elle, nécessaire à la constitution de la fiducie²²⁶.

2.1.2 La nullité des actes conclus en l'absence de tiers-fiduciaire

La décision de la Cour supérieure dans l'affaire *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire*²²⁷ est venue confirmer que l'exigence de la présence d'un tiers-fiduciaire est d'ordre public²²⁸. De plus, le tribunal a statué, dans cette décision, que les gestes posés par les fiduciaires en contravention de l'article 1275 C.c.Q. sont entachés de nullité absolue. Il est permis de se demander, compte tenu des intérêts que vise à protéger l'article 1275 C.c.Q., si les actes conclus en violation de cette disposition ne devraient pas plutôt être entachés de nullité relative et être ainsi susceptibles de ratification par les intéressés. La professeure

224. Art. 1277 et 1294 C.c.Q.

225. Art. 1265 C.c.Q.

226. *Royal Trust Co. c. Tucker*, préc., note 84.

227. Préc., note 77.

228. Cette conclusion n'est pas étonnante, le caractère d'ordre public de l'article 1275 C.c.Q. ayant à maintes reprises été reconnu par les tribunaux. Citons notamment les jugements suivants : *Gravel c. Dubois*, [2003] J.Q. n° 27525 (C.S.) et *Brassard c. Brassard*, préc., note 77.

Diane Bruneau, avec l'appui de plusieurs collègues, suggère que la nullité applicable dans un tel cas soit la nullité relative²²⁹. Au soutien de ses prétentions, elle expose notamment que :

[u]ne lecture du Code et de traités en matière d'obligations²³⁰ nous permet d'établir clairement que l'ordre public n'appelle pas automatiquement une sanction de nullité absolue, contrairement à la prémisse que semble avoir empruntée le juge Babin dans la décision *Allaire*.²³¹

Elle ajoute que les règles permettant d'établir le caractère de la nullité applicable à un contrat donné²³² se retrouvent aux articles 1417 et 1419 du *Code civil du Québec*. Le premier de ces articles prévoit que si le but visé par la règle en est un d'intérêt général, la nullité sera absolue, tandis que l'article 1419 C.c.Q. prescrit que si le but visé sert à protéger des intérêts particuliers, la nullité n'en sera que relative²³³. Aussi, elle allègue que la lecture des commentaires du ministre de la Justice²³⁴ permet d'établir que les contrats pouvant être nuls de nullité absolue sont seulement ceux pour lesquels il y aura eu défaut de respecter une règle qui avait pour effet de protéger l'intérêt général, rejoignant ainsi les notions d'ordre public politique ou encore d'ordre public économique de direction. En considérant que la présence d'un tiers-fiduciaire a pour but la protection des intérêts privés des parties intéressées à l'acte de fiducie et que l'absence de ce tiers-fiduciaire dans les actes conclus par la fiducie fait en sorte que ceux-ci sont entachés de nullité, Me Bruneau suggère qu'il faut alors s'intéresser à la nullité applicable aux actes posés par un administrateur en contravention de l'article

229. Diane BRUNEAU en collaboration avec Julie LORANGER, Lucie BEAUCHEMIN, Denise COURTEMANCHE, Isabelle FECTEAU, Hugo PATENAUDE, Marie-Pier CAJOLET, Guy GENDRON et Sylvain CARPENTIER, « La nullité absolue en matière de fiducie – art. 1275 C.c.Q. », (2013) 22(7) *Entracte* 13 à 15.

230. Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 7^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2013, par. 409 ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, chapitre 14.

231. D. BRUNEAU *et al.*, préc., note 229, p. 13.

232. L'article 1416 C.c.Q. établit que « [t]out contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation peut être frappé de nullité ».

233. Suivant les commentaires du ministre de la Justice, préc., note 3, p. 861 et 862, l'article 1419 C.c.Q. définit la nullité relative, en faisant ressortir, conformément aux enseignements de la doctrine et de la jurisprudence, sa caractéristique fondamentale d'être la sanction d'une condition de formation qui s'impose pour la protection d'intérêts privés ou particuliers, telle la condition d'un consentement libre et éclairé.

234. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 860 et 861.

1321 C.c.Q.²³⁵. En effet, et toujours selon cette dernière, le contrat conclu par les fiduciaires en l'absence de tiers-fiduciaire est certainement un geste visé par cette disposition. Or, la professeure Cantin Cumyn retient, dans son traité sur l'administration du bien d'autrui²³⁶, la nullité relative comme sanction applicable aux manquements de l'article 1321 C.c.Q.²³⁷.

Quant au professeur Beaulne, il est plutôt d'avis, comme le juge Babin dans l'affaire *Allaire*²³⁸, que la ratification de l'acte conclu sans la présence d'un tiers-fiduciaire, puisque de nullité absolue, n'est pas possible²³⁹. Le professeur Beaulne voit également un problème à proposer une ratification par ceux qui, au premier titre, sont les responsables du manquement. Pour justifier qu'il s'agit de nullité absolue, il suggère même que la nécessité d'avoir un tiers-fiduciaire en tout temps puisse viser l'intérêt général. Il définit cet intérêt général comme étant celui permettant d'éviter la création ou l'établissement de patrimoines fiduciaires purement artificiels qui auraient pour but de semer la confusion et l'incertitude auprès des tiers. Aussi, d'après lui, les articles 1320 et 1321 C.c.Q. autorisant la ratification de ces gestes sont difficilement applicables aux fiducies. En effet, bien que l'on admette que les actes frappés de nullité relative soient susceptibles de ratification, il faut se demander, dans le contexte propre aux fiducies, si l'acte sera ratifié, quand il le sera et quelles seront les personnes appelées à le ratifier. À cet effet, il rappelle que les bénéficiaires ne sont souvent pas tous déterminés ou déterminables et qu'ils ne sont parfois même pas encore nés ou n'ont pas la capacité juridique requise. Après avoir également invoqué que le processus de ratification impliquerait une démarche longue et coûteuse qui devrait être répétée chaque fois que le fiduciaire qui agit en contravention de l'article 1275 C.c.Q. accomplit un acte autre que conservatoire, le professeur Beaulne conclut que l'acte posé par ce dernier est nul sans possibilité de ratification. En conséquence, l'exception prévue au deuxième alinéa de l'article 1321 C.c.Q. ne peut, en ce cas, recevoir application.

235. Cet article prévoit que : « [l]'administrateur qui exerce seul des pouvoirs qu'il est chargé d'exercer avec un autre excède ses pouvoirs ».

236. Madeleine CANTIN CUMYN, « L'administration du bien d'autrui », coll. « Traité de droit civil », Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, par. 341, p. 290 et 291.

237. Les propos de la professeure Cantin Cumyn sont partagés par M^e J. LORANGER, préc., note 60, p.18.

238. Préc., note 77.

239. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 196.3, p. 193 et 194.

Rejoignant la solution proposée par le professeur Beaulne, M^e André J. Barette estime que les actes posés sans l'intervention d'un tiers-fiduciaire devraient être considérés comme nuls en raison du défaut de capacité d'agir, à moins que ce soient des actes conservatoires, et que la nullité de ces actes ne pourrait être couverte par une ratification, s'agissant alors d'un manquement à une règle de fond²⁴⁰.

L'argumentaire développé par la professeure Bruneau, selon lequel les gestes posés par les fiduciaires en contravention de l'article 1275 C.c.Q. devraient être nuls de nullité relative, nous paraît sans faille. Toutefois, force nous est d'admettre aussi toute la pertinence de certains propos formulés par les auteurs Beaulne et Barette, propos sur lesquels semble s'être appuyé le juge Babin pour conclure, dans l'affaire *Allaire*²⁴¹, à la nullité absolue des actes posés par les fiduciaires en l'absence d'un tiers-fiduciaire. Revenons plus en détail sur les arguments proposés par ces derniers.

Le professeur Beaulne suggère que la nécessité d'avoir un tiers-fiduciaire en tout temps vise l'intérêt général, et il définit cet intérêt général comme étant celui permettant d'éviter la création ou l'établissement de patrimoines fiduciaires purement artificiels qui auraient pour but de semer la confusion et l'incertitude auprès des tiers. Bien que l'on admette qu'un des objectifs de la règle édictée par l'article 1275 C.c.Q. soit, en effet, d'interdire au constituant d'effectuer une division purement artificielle de son patrimoine et de s'offrir ainsi un moyen de se soustraire à l'exécution de certaines obligations²⁴², nous ne sommes pas convaincu que cet objectif soit d'intérêt général et qu'il appelle, en application de l'article 1417 C.c.Q., la nullité absolue. Afin de mieux expliciter nos propos, il nous paraît nécessaire, à cette étape-ci, de reproduire dans leur intégralité les commentaires formulés par le ministre de la Justice à l'égard de ce dernier article :

[L'article 1417] définit la nullité absolue, qui s'oppose à la nullité relative, sur la base du critère qui la caractérise en droit actuel : celui de l'intérêt général qui s'attache au respect de la condition de formation que la nullité vise à sanctionner.

240. A.J. BARETTE, préc., note 167, p. 78 et 79.

241. Préc., note 77.

242. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 759.

L'expression intérêt général a été préférée à celle d'intérêt public, pour désigner, comme le disent les dictionnaires juridiques, ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous. Les auteurs québécois utilisent tantôt le critère d'intérêt général, tantôt celui d'intérêt public, tantôt les deux critères indistinctement pour désigner la même réalité. La même situation prévaut dans la doctrine française, où la tendance semble, cependant, favoriser l'emploi de l'expression intérêt général. Le nouveau Code civil suit cette tendance.

La notion d'ordre public présente, certes, des liens étroits avec celle d'intérêt général, puisqu'elle conduit, elle aussi, à sanctionner de nullité les actes qui lui contreviennent. Cependant, la notion d'ordre public est beaucoup plus large que celle d'intérêt général.

On a, en effet, décelé plusieurs sortes d'ordre public : on reconnaît l'ordre public politique (voué à la défense des institutions essentielles de la société : l'État, la Famille, la Morale) et l'ordre public économique (voué à la réglementation directe des échanges de richesses et de services), ce dernier se divisant à son tour en l'ordre public économique de direction (pour assurer l'implantation d'une politique économique dirigée) et l'ordre public économique de protection (pour protéger des intérêts particuliers).

Or, seuls l'ordre public politique et l'ordre public économique de direction rejoignent la notion d'intérêt général, parce qu'ils sont au service d'un tel intérêt : l'ordre public économique de protection, parce qu'il est protecteur d'intérêts particuliers, ne rejoint pas directement la notion d'intérêt général.

Les notions d'ordre public et d'intérêt général ne sont donc pas interchangeables : la première ne saurait être substituée à la seconde, à moins, bien sûr, de préciser au besoin la nature de l'ordre public en cause, mais une telle possibilité ne paraît pas actuellement susceptible d'être envisagée, compte tenu de l'évolution et de la mouvance qui caractérisent, encore aujourd'hui, la notion d'ordre public et les catégories qu'on tend à lui reconnaître.²⁴³

À la lecture de ces commentaires, nous sommes d'avis, tout comme la professeure Bruneau²⁴⁴, que les exigences édictées par l'article 1275 C.c.Q., bien qu'étant d'ordre public, ont pour but la protection d'intérêts particuliers et qu'elles rejoignent ainsi, tout au plus, la notion d'ordre public économique de protection, laquelle ne justifie pas la nullité absolue²⁴⁵.

243. *Commentaires du ministre de la Justice*, préc., note 3, p. 860 et 861.

244. D. BRUNEAU *et al.*, préc., note 229, p. 13.

245. Les commentaires suivants faits par le ministre de la Justice en regard de l'article 1421 C.c.Q. sont également pertinents : « [l]a règle instaurée par (à suivre...)

Nous avons vu précédemment qu'un des arguments en faveur de la nullité absolue est que les actes posés en contravention de l'article 1275 C.c.Q. ne peuvent être ratifiés puisqu'il s'agit d'un manquement à une règle de fond, soit l'absence de capacité d'agir des fiduciaires, et que ce manquement entraîne nécessairement la nullité absolue des actes posés²⁴⁶. À ce sujet, il nous paraît important de souligner que l'article 1421 C.c.Q. prévoit qu'à moins que la loi n'indique clairement le caractère de la nullité, le contrat qui n'est pas conforme aux conditions nécessaires à sa formation est présumé n'être frappé que de nullité relative. Comme le mentionnent les professeurs Moore et Lluelles, le législateur a écarté l'idée, qui avait été inscrite dans le projet de loi 125 de 1990²⁴⁷, de sanctionner le manquement à une condition essentielle de formation par la nullité absolue²⁴⁸. La professeure Cantin Cumyn retient également, dans son traité sur l'administration du bien d'autrui, que la nullité relative doit être la sanction applicable aux actes juridiques accomplis, sans pouvoir, par un administrateur du bien d'autrui, précisant que la même sanction doit être appliquée tant à l'excès de pouvoir qu'à l'incapacité d'exercice du propriétaire des biens, les deux ayant le même rôle dans la formation des contrats²⁴⁹.

En ce qui concerne la nullité pour incapacité d'exercice, l'article 161 C.c.Q. édicte que l'acte fait seul par le mineur, lorsque la loi ne lui permet pas d'agir seul ou d'être représenté, est nul de nullité absolue. À titre d'exemple, un mineur ne peut tester de ses biens, si ce n'est de biens de peu de valeur²⁵⁰. Ce geste ne pourra ni être accompli par le mineur seul, ni par le mineur représenté par son tuteur. Le testament fait par un tuteur pour son pupille serait nul de nullité absolue et privé de toute possibilité de ratification. Peut-on comparer ce geste posé par le mineur à ceux accomplis par les fiduciaires en contravention de l'article 1275 C.c.Q. ? Certes, les fiduciaires agissant en l'absence d'un tiers-fiduciaire n'ont pas, tout

(...suite)

l'article n'édicte, il faut le souligner, qu'une présomption simple de nullité relative, présomption qui cédera évidemment devant la démonstration de l'exigence d'un intérêt général suffisamment net justifiant la nullité absolue de l'engagement ».

246. A.J. BARETTE, préc., note 167, p. 78 et 79.

247. L'article 1413 du projet de loi 125 prévoyait que : « [l]a nullité d'un contrat est absolue lorsque la condition de formation qu'elle sanctionne est *essentielle* ou s'impose pour la protection de l'intérêt général » [l'italique est de nous].

248. D. LLUELLES et B. MOORE, préc., note 230, par. 1113, p. 571 et 572.

249. M. CANTIN CUMYN, préc., note 236, par. 338 à 341, p. 289 à 291.

250. Art. 708 C.c.Q.

comme le mineur, la capacité d'agir. Ils ne sont pas, non plus, les représentants des bénéficiaires et ils engagent, par leurs actes, le patrimoine fiduciaire. Est-ce que cette incapacité d'agir doit, pour autant, être sanctionnée par la nullité absolue ? Compte tenu des commentaires formulés précédemment voulant qu'une incapacité d'agir n'entraîne pas nécessairement une telle sanction et qu'il n'est prévu nulle part, comme le fait l'article 161 C.c.Q., que les gestes posés en contravention de l'article 1275 C.c.Q. appellent la nullité absolue, nous ne le croyons pas. En fait, nous partageons les propos de la professeure Bruneau enseignant qu'il ressort de l'ensemble de cette analyse que :

le seul critère pour en arriver à la nullité absolue doit être basé sur la protection de l'intérêt général, par opposition à la protection d'intérêts privés, et que les conditions essentielles en matière contractuelle se rapportent désormais aux intérêts privés, à moins d'indications contraires du législateur.²⁵¹

Nous sommes d'avis qu'en l'espèce, il est réellement question d'intérêts privés puisque l'article 1275 C.c.Q. vise essentiellement la protection des intérêts des bénéficiaires et du constituant, permettant notamment le respect des intentions de ce dernier formulées à l'acte, voire la protection du patrimoine fiduciaire lui-même²⁵².

Nous sommes d'accord avec les arguments du professeur Beaulne, exposés précédemment, soit qu'il sera difficile, parfois même impossible, d'identifier les bénéficiaires au sens de l'article 1321 C.c.Q., que ceux-ci seront peut-être même incapables juridiquement et que la procédure nécessaire pour opérer la ratification sera sans doute longue et onéreuse²⁵³. Toutefois, nous ne croyons pas que ses arguments sont convaincants. L'identification des bène-

251. D. BRUNEAU *et al.*, préc., note 229, p. 13.

252. Au même effet, voir les commentaires de M.-A. DESCHAMPS, préc., note 146, p. 5, lesquels se lisent comme suit : « [L]es créanciers de la prohibition de 1275 nous semblent être limités aux bénéficiaires, actuels ou potentiels de la fiducie. Or, la sanction de la nullité, la limitation à la ratification et l'intérêt pour soulever la transgression semblent dépasser les limites des acteurs de la fiducie dans l'interprétation actuelle. L'objectif nous semble a priori de protéger la relation tripartite de la fiducie et l'intégrité de son administration entre les administrateurs du bien d'autrui et les bénéficiaires de cette administration. En ce sens, nous y décelons une disposition d'ordre public mais de protection interne dans le contrat de fiducie entre les différents acteurs et leurs rapports entre eux ».

253. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 196.1, p. 191 et 192.

ficiaires concernés sera, en certains cas, aussi difficile à faire qu'elle peut l'être aux termes de l'article 1275 C.c.Q. Dans d'autres cas, comme celui de l'affaire *Allaire*²⁵⁴, les bénéficiaires seront clairement déterminés. De plus, comme le mentionne M^e Beaulne, le Code pourvoit à la situation particulière des bénéficiaires qui n'ont pas la capacité juridique requise²⁵⁵. La procédure risque aussi d'être longue, et parfois coûteuse, si nous devons reprendre tous les actes posés parce qu'ils sont entachés de nullité absolue. Dans son argumentaire, le professeur Beaulne mentionne également que la ratification des actes concernés lui apparaît inappropriée en ce qu'elle aurait parfois comme effet de permettre au bénéficiaire qui agissait comme seul fiduciaire de ratifier lui-même l'acte qu'il a posé dans l'illégalité. À ce propos, nous sommes en parfait accord avec lui. Il nous semble inacceptable qu'un acte nul puisse être ratifié, même en partie, par l'auteur du geste illégal. Dans certains cas, cela pourrait donner des résultats ayant pour effet d'écarter complètement l'application de l'article 1275 C.c.Q. sans que personne puisse s'en plaindre. Mentionnons la fiducie de protection d'actifs dans laquelle le constituant pourrait décider de se nommer à la fois seul bénéficiaire et seul fiduciaire. Ce pourrait être le cas aussi d'autres fiducies où les fiduciaires, tous bénéficiaires, décident, d'un commun accord, de passer outre les exigences de l'article 1275 C.c.Q., se disant que le moment venu, ils n'auront qu'à ratifier tous les actes posés. La sanction de la nullité absolue, sur la base de cet argument, nous séduit. Elle comporte, en elle-même, un effet de dissuasion à tous les comportements éventuels de complaisance. Devons-nous pour autant céder à la tentation et mettre de côté tous les arguments élaborés au soutien de la nullité relative ? La solidité de ces derniers nous oblige à répondre par la négative. L'obligation de respecter l'article 1275 C.c.Q. demeure en tout temps et les fiduciaires ne devraient jamais souhaiter que leurs décisions doivent être, éventuellement, ratifiées par les bénéficiaires. Conseillé par des professionnels, le constituant qui met en place une fiducie de protection d'actifs aura vite compris que la présence du tiers-fiduciaire est essentielle pour établir une réelle division de son patrimoine à l'égard des créanciers. Cette exigence devrait le convaincre de ne pas créer le patrimoine fiduciaire sans prévoir la nomination d'un tiers-fiduciaire. Ce sont les fiduciaires qui administrent le patrimoine et prennent toutes les décisions nécessaires à la réalisation

254. Préc., note 77.

255. À titre d'exemple, voir l'article 233, al. 2 C.c.Q. ayant trait au mineur et l'article 1289 C.c.Q. concernant le curateur d'un bénéficiaire non encore né.

de la fin poursuivie²⁵⁶. La nomination d'un tiers-fiduciaire n'est pas une option. L'article 1275 C.c.Q. utilise, dans son libellé, le verbe « doit », ce qui confirme qu'il s'agit d'une obligation et non d'une faculté discrétionnaire²⁵⁷. De plus, il est pertinent de mentionner l'article 1320 C.c.Q. qui prévoit que l'administrateur est responsable vis-à-vis les tiers s'il excède ses pouvoirs, ce qui est le cas du fiduciaire qui agit en contravention de l'article 1275 C.c.Q.²⁵⁸.

Compte tenu de l'analyse que nous avons faite dans les pages qui précèdent, nous souscrivons aux propos de la professeure Diane Bruneau²⁵⁹ et nous sommes d'avis, contrairement à l'opinion du juge Babin, que seule la nullité relative était applicable aux faits de l'affaire *Allaire*²⁶⁰. Il devrait en être ainsi pour tous les actes des fiduciaires posés en contravention de l'article 1275 C.c.Q., lesquels seraient alors susceptibles de ratification. À cet effet, nous reconnaissons, à l'instar du professeur Beaulne²⁶¹, que cette ratification pose quelques problèmes particuliers dans le cadre de l'administration fiduciaire. S'agira-t-il d'une ratification faite par les « nouveaux » fiduciaires, valablement nommés en conformité des règles propres au tiers-fiduciaire ? S'agira-t-il plutôt d'une ratification faite par le constituant ou, encore, d'une ratification faite par les bénéficiaires ? Dans ce dernier cas, quels seront alors les bénéficiaires concernés ?

Aucun article de loi ne semble prévoir expressément la possibilité d'une ratification par les fiduciaires nouvellement désignés. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Lapointe*²⁶², le tribunal a décidé que l'acte nul ne pouvait être ratifié par les nouveaux fiduciaires, nommés conformément à l'article 1275 C.c.Q. La Cour supérieure avait précédemment accepté, dans ce dossier²⁶³, de désigner rétroactivement un fiduciaire afin que la fiducie soit conforme à l'article 1275 C.c.Q. et elle avait permis la ratification d'un acte de vente antérieur. Par ailleurs, nous ne croyons pas que la ratification puisse se faire par le constituant dans le cas de la fiducie entre vifs.

256. Art. 1278 C.c.Q.

257. Art. 51 de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16.

258. *Supra*, section 2.1.2.

259. D. BRUNEAU *et al.*, préc., note 229, p. 13.

260. Préc., note 77.

261. J. BEAULNE, préc., note 106, par. 196.1, p. 192.

262. 2012 QCCS 2630. Même si, lors de l'annulation, le juge utilise cette fois la nullité absolue sans possibilité de ratification, il n'avance pas d'autre argument que le même extrait du texte de Jacques Beaulne cité dans la décision *Allaire*.

263. *Procureur général du Canada c. Lapointe*, 2011 QCCS 6167.

Le constituant n'est pas un bénéficiaire de l'administration. Par le transfert qu'il a effectué, il s'est dessaisi des biens formant le patrimoine fiduciaire et il ne détient plus aucun droit sur ces derniers²⁶⁴. De plus, aucun des pouvoirs qui lui sont accordés aux termes de la loi ne lui permet d'agir pour ratifier les actes posés par les fiduciaires en contravention de l'article 1275 C.c.Q. Il nous semble donc qu'en vertu de l'article 1320 C.c.Q., la ratification pourrait être faite par les bénéficiaires. Il faudra alors se demander qui, des bénéficiaires actuels ou éventuels, peut offrir une pleine ratification. La réponse à cette question passera inévitablement par le sens et l'étendue qu'il faudra donner au terme « bénéficiaire » !

En ce qui concerne la décision *Allaire*²⁶⁵ dans laquelle il fut décidé qu'étaient entachés de nullité absolue les actes posés par les fiduciaires non valablement nommés suivant l'article 1275 C.c.Q., il n'est pas impossible qu'elle soit un jour infirmée par la Cour d'appel dans le traitement d'un autre dossier, ce que nous souhaitons. En attendant, nous devons, bien entendu, y donner tout son effet et en considérer l'application possible à chacun des cas présentés. Il ne faudrait pas, en revanche, prétendre que l'absence de tiers-fiduciaire qualifié a comme conséquence d'invalider la fiducie et, par conséquent, de la rendre inexistante²⁶⁶. À cet effet, nous demeurons convaincu qu'une telle fiducie existe, mais qu'il faudra parfaire la qualification de ses fiduciaires²⁶⁷ et examiner judicieusement les solutions permettant de régulariser les gestes posés par les fiduciaires en contravention claire de l'article 1275 C.c.Q. Il se peut, puisque la sanction actuelle en est une de nullité absolue, qu'il soit nécessaire de refaire certaines transactions. Il ne saurait toutefois être question, par mesure de précaution, de demander aux bénéficiaires d'intervenir dans les actes posés par les fiduciaires dans le cadre de l'administration fiduciaire. Peu importe le problème soulevé et les difficultés réelles engendrées par celui-ci, il ne faut, en aucun temps, omettre de considérer que les fiduciaires détiennent, conformément aux dispositions de l'article 1278 C.c.Q., la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire.

264. Art. 1265 C.c.Q.

265. Préc., note 77.

266. É.C. LAMARRE, préc., note 156, p. 4.

267. Cela pourra se faire en suivant la procédure permise par les articles 1277 et 1294 C.c.Q. Il serait aussi pertinent, en certains cas, de voir si un des bénéficiaires qui est aussi fiduciaire acceptait de renoncer à ses droits de bénéficiaire (art. 1285 C.c.Q.), ce qui lui permettrait ensuite de se qualifier de tiers-fiduciaire.

2.2 La comparaison du droit des fiducies avec celui des sociétés

Le concept de patrimoine d'affectation de la fiducie montre qu'il est possible pour un individu, le constituant en l'occurrence, de procéder à une division de son patrimoine et d'en affecter une partie à des fins particulières au bénéfice des personnes qu'il détermine. Le patrimoine fiduciaire vivra ainsi de façon autonome, dans le respect des règles de l'acte constitutif et sous la gouverne des fiduciaires qui auront le pouvoir de l'administrer. Le fonctionnement et la gestion de ce patrimoine seront donc organisés. Cela peut faire penser à ce qui se produit pour une personne morale. En effet, les personnes morales ont un patrimoine autonome dont la gestion et le fonctionnement sont encadrés par des mécanismes prévus dans les lois qui leur sont applicables. À partir de ce constat, il nous paraît intéressant de comparer le droit des fiducies avec le droit des sociétés et, plus particulièrement, le rôle des fondateurs, administrateurs et actionnaires avec celui des constituants, fiduciaires et bénéficiaires.

On peut faire une analogie entre le constituant d'une fiducie et le fondateur d'une personne morale. Lorsqu'il utilise la fiducie d'utilité privée pour l'exploitation d'une entreprise, le constituant transfère au patrimoine fiduciaire des biens qui seront affectés à l'exploitation de cette entreprise. Dans le cadre d'une telle exploitation, la règle de l'article 1275 C.c.Q. pose tout de suite un problème particulier pour le fondateur de l'entreprise²⁶⁸. En effet, dès lors qu'il retiendra cette forme de constitution, il lui faudra prévoir la nomination d'un tiers-fiduciaire chargé d'administrer l'entreprise. Il ne sera donc pas possible pour le fondateur d'occuper seul cette tâche, ce qu'il pourrait, en certains cas, vouloir privilégier. L'exercice de son entreprise au moyen d'une société par actions lui offre cette faculté²⁶⁹. De la même façon qu'il est permis au constituant de se réserver des droits de bénéficiaire de la fiducie afin d'en recevoir les avantages²⁷⁰, le fondateur d'une personne morale aura le droit d'en être actionnaire et ainsi en retirer les profits réalisés dans le cadre de son exploitation.

Le conseil d'administration de la personne morale joue sensiblement le même rôle que le fiduciaire d'une fiducie. En effet, c'est le

268. C. BOUCHARD, préc., note 178, par. 2.1.2.

269. Art. 106 LSA et art. 102(2) LSCA.

270. Art. 1281 C.c.Q.

conseil d'administration qui, sous réserve d'une convention unanime des actionnaires²⁷¹, exerce tous les pouvoirs nécessaires pour gérer les activités et les affaires internes de la société ou en surveiller la gestion²⁷². Sauf dans la mesure prévue par la loi, le conseil d'administration, composé d'une ou plusieurs personnes, n'a pas à obtenir l'approbation des actionnaires dans l'exercice de ses fonctions. Il lui est aussi permis de déléguer, lorsque la situation s'y prête, certains de ses pouvoirs à un autre administrateur, à un dirigeant ou encore à un ou plusieurs comités du conseil²⁷³. Les bénéficiaires d'une fiducie n'ont pas la possibilité de restreindre les pouvoirs d'agir des fiduciaires au moyen de la signature d'une convention unanime. Quant à la possibilité pour les fiduciaires de déléguer tout ou partie de leurs fonctions, nous devons nous référer aux règles applicables en matière d'administration du bien d'autrui, et, plus particulièrement, à l'article 1337 C.c.Q.²⁷⁴. Le fiduciaire doit, au moins une fois l'an, rendre un compte sommaire de son administration aux bénéficiaires. Ce compte doit être suffisamment détaillé pour qu'on puisse en vérifier l'exactitude²⁷⁵, mais il n'a pas à être vérifié par un comptable et n'a pas à être produit sous une forme particulière²⁷⁶. Quant aux administrateurs de la société, ils doivent, au moment de l'assemblée annuelle des actionnaires, remettre à ces derniers de nombreux renseignements concernant la situation financière de la société, comme un bilan et des états financiers, lesquels doivent, dans la très grande majorité des cas, faire l'objet d'une vérification comptable²⁷⁷.

Le fiduciaire qui agit dans les limites de ses pouvoirs n'engage que le patrimoine fiduciaire et non pas sa responsabilité personnelle à l'égard des tiers²⁷⁸. La responsabilité du fiduciaire paraît donc moins lourde que celle des administrateurs d'une société. Mentionnons, à titre d'exemple, que les administrateurs peuvent être, en certains cas et sous certaines conditions, solidairement responsables envers les employés de la société, jusqu'à concurrence de six mois de salaire pour les services rendus à la société pendant leur administration respective, même s'ils n'ont pas excédé leurs pou-

271. Art. 213 LSA et art. 146(1) LSCA.

272. Art. 112, 1^{er} al. LSA, art. 102(1) LCSA et art. 311 et 312 C.c.Q.

273. Art. 112, 2^e al. LSA et art. 115 LCSA.

274. *Supra*, section 1.2.3.

275. Art. 1352 C.c.Q.

276. Art. 1351 C.c.Q. Voir aussi J. BEAULNE, préc., note 106, par. 373.

277. Art. 225 et s. LSA et art. 155 et s. LCSA.

278. Art. 1319 C.c.Q.

voirs²⁷⁹. De plus, selon l'article 322 C.c.Q., l'administrateur d'une personne morale est considéré comme son mandataire. Il n'en est pas ainsi des fiduciaires à l'égard du constituant ou des bénéficiaires²⁸⁰. De nombreuses règles régissent le mode de fonctionnement des organes internes de représentation de la société²⁸¹. Ce n'est pas le cas en matière d'administration fiduciaire. Cela s'explique sans doute en raison des pouvoirs différents qui sont conférés aux actionnaires d'une société par rapport à ceux accordés aux bénéficiaires d'une fiducie²⁸². La fiducie n'exige pas, entre autres, une gestion par un conseil d'administration des fiduciaires élu par les bénéficiaires réunis en assemblée²⁸³. Elle ne requiert pas non plus le consentement des bénéficiaires comme c'est le cas pour certaines décisions du conseil d'administration qui elles, nécessitent le vote d'un certain pourcentage des voix des actionnaires²⁸⁴. Dans le cas de la société par actions, les actionnaires ont, de par les règles applicables aux personnes morales, et toujours sous réserve d'une dérogation prévue à la convention unanime des actionnaires, le pouvoir ultime d'élire et de démettre les administrateurs de leurs fonctions²⁸⁵. Les dispositions du *Code civil du Québec* ne confèrent pas explicitement de tels pouvoirs aux bénéficiaires de la fiducie, pas plus que la doctrine majoritaire ne semble permettre qu'ils leur soient accordés²⁸⁶.

Il existe d'importantes différences en ce qui a trait à la participation des actionnaires dans la gestion du patrimoine de la société par rapport à celle des bénéficiaires dans le cadre de la gestion fiduciaire. Aussi, le seul fait pour le fondateur de la société de ne pas avoir à respecter de règle similaire à celle édictée par l'article 1275 C.c.Q. en ce qui concerne la fiducie pourra sans doute l'inciter fortement, dans le cas où les deux solutions s'y prêteront, à retenir la

279. Art. 154 LSA.

280. Art. 1278 C.c.Q.

281. Par exemple la tenue d'assemblée annuelle des actionnaires, la tenue d'assemblée spéciale et les réunions du conseil d'administration.

282. Rappelons notamment qu'en vertu de l'article 1287 C.c.Q., le bénéficiaire a un pouvoir de surveillance de l'administration fiduciaire.

283. La désignation des fiduciaires se fait plutôt suivant les règles de l'article 1276 C.c.Q. Voir *supra*, section 1.2.1.

284. À titre d'exemple, mentionnons l'article 207 LSA qui prévoit que le conseil d'administration peut à tout moment convoquer une assemblée extraordinaire des actionnaires et l'article 208 LSA qui donne le droit aux actionnaires détenant au moins 10 % des actions donnant le droit de voter à l'assemblée dont la convocation est demandée, de demander au conseil d'administration la convocation d'une assemblée aux fins énoncées dans leur demande.

285. Art. 110 LSA et art. 109 LCSA.

286. *Supra*, section 1.2.1.

forme juridique de la première plutôt que celle de la fiducie. Nous sommes toutefois d'avis qu'en cas de pluralité d'actionnaires, la société pourrait ne pas offrir autant de flexibilité que la fiducie. De plus, la possible mise en place d'une société dans laquelle le fondateur sera à la fois seul administrateur et actionnaire montre que la division d'un patrimoine est parfois permise par la législation, sans que la présence d'un tiers-administrateur soit nécessaire. Il est même envisageable que le fondateur soit seul administrateur dans le cas où il y a plusieurs actionnaires et que lui-même fait partie de ces derniers. Il n'y a donc pas, en matière de droit des sociétés, de règle similaire à celle édictée par l'article 1275 C.c.Q. qui exige la présence d'un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire et qui aurait comme corollaire d'exiger la présence d'un administrateur qui n'est ni fondateur ni actionnaire. Comment pouvons-nous, compte tenu des similitudes entre la société et la fiducie, expliquer l'absence, en droit des sociétés, d'une telle contrainte ? L'administrateur unique, fondateur et actionnaire de la société, est-il plus en mesure d'assurer une gestion objective du patrimoine de la société que ne le serait le constituant-fiduciaire ou le fiduciaire-bénéficiaire ? Est-ce que le risque pour le fondateur de procéder à une division purement artificielle de son patrimoine en créant la société est moins grand qu'il ne l'est pour le constituant d'une fiducie ? Les administrateurs d'une compagnie sont régis par les dispositions du titre Des personnes morales²⁸⁷ du Code civil et par des lois particulières²⁸⁸, et sont tenus, comme les administrateurs du bien d'autrui²⁸⁹, d'agir avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté, dans l'intérêt de la personne morale²⁹⁰. Quant au dessaisissement, il semble acquis, dans la mémoire populaire, que le « inc. » rattaché à la société l'établit clairement. Il est vrai, en effet, que les tiers contractants reconnaissent plus aisément le caractère propre de la société et le fait qu'ils transigent clairement avec cette dernière et non personnellement avec le fondateur, l'administrateur ou encore l'actionnaire de celle-ci.

287. Art. 298 à 364 C.c.Q.

288. Notamment la *Loi sur les sociétés par actions* et la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, préc., note 129.

289. Sur l'application des règles de l'administration du bien d'autrui aux sociétés, voir M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, préc., note 54, p. 130-131.

290. Art. 322 et 1309 C.c.Q., art. 119 LSA et art. 122(1) LCSA. Rappelons que le fiduciaire a ces mêmes obligations aux termes de l'article 1309 C.c.Q., l'intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie étant substitué à celui de la personne morale.

L'article 298 C.c.Q. accorde à la personne morale la personnalité juridique alors que celle-ci n'est pas reconnue à la fiducie²⁹¹. De plus, l'article 317 C.c.Q. prévoit que la personnalité juridique ne peut être alléguée contre une personne de bonne foi si on invoque cette personnalité en vue de masquer la contravention à une règle intéressant l'ordre public. Aussi, en droit des sociétés, la règle de l'*indoor management* établit que les actes des administrateurs ou des autres dirigeants ne peuvent être annulés pour le seul motif que ces derniers étaient inhabiles ou que leur désignation était irrégulière²⁹². Il n'y a pas, en matière d'administration fiduciaire, de règle similaire à celle de l'*indoor management*. Une telle règle, si elle devait exister, recevrait-elle application dans le cas particulier des actes posés en contravention de l'article 1275 C.c.Q. ? Nous ne croyons pas qu'il serait souhaitable que la règle d'ordre public quant à l'exigence du tiers-fiduciaire puisse être, à l'égard des tiers, écartée par la personnalité juridique qui serait reconnue à la fiducie ou encore par une règle similaire à celle de l'*indoor management*. Cela pourrait avoir comme effet de permettre à la fiducie de fonctionner sans se soucier de la règle impérative de l'article 1275 C.c.Q.²⁹³.

Quant aux motifs et aux règles permettant de modifier ou encore de dissoudre la personne morale²⁹⁴, ils sont en plusieurs points bien distincts de ceux prévus au chapitre de la modification ou de la fin d'une fiducie²⁹⁵. De nombreux pouvoirs sont ainsi accordés aux actionnaires et administrateurs, ce qui n'est pas nécessairement le cas des bénéficiaires d'une fiducie, voire de leurs fiduciaires²⁹⁶.

Comparativement à la constitution d'une société, la fiducie, par l'adaptation que peut en faire le constituant dans l'acte créateur du patrimoine fiduciaire, permet une grande flexibilité dans sa

291. *Supra*, section 1.1.2.

292. Art. 328 C.c.Q. Voir aussi Paul MARTEL, *La société par actions au Québec : les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2016, chapitre 26, par. 26-9 et Michel PERREAU, *L'examen d'un livre d'une société par actions*, coll. Répertoire de droit/Nouvelle série, Montréal, Chambre des notaires du Québec, Wilson & Lafleur, 2016, p. 37 à 39.

293. D. BRUNEAU et J. LORANGER, préc., note 91, par. 138, p. 297.

294. Art. 356 C.c.Q., art. 240 et s., 304 et s. LSA et art. 173 et s. et 207 et s. LCSA

295. Art. 1294 et 1296 C.c.Q.

296. Sur la question de la modification des fiducies, voir Luc LACOMBE et Simon CHOUINARD, « Fiducies familiales : à l'approche du 21^e anniversaire », dans congrès APFF, octobre 2015, p. 75 et s. Voir aussi J. BEAULNE, préc., note 106, p. 353 à 434.

structure organisationnelle²⁹⁷. Aussi, nous ne sommes pas étonné de constater que les contribuables démontrent un intérêt marqué pour les fiducies et nous nous réjouissons de constater que ces dernières jouent également un rôle important dans les marchés financiers, notamment en ce qui concerne les caisses de retraite et les fonds communs de placement²⁹⁸. Il s'agit sans doute d'une des raisons fondamentales justifiant la pertinence de maintenir la possibilité de ces deux structures plutôt que de retenir, compte tenu de la convergence entre les deux systèmes, une forme juridique unique²⁹⁹.

Bien que reconnaissant les limites des comparaisons effectuées entre le régime des sociétés par actions et celui des fiducies, il devient difficile de prétendre que l'article 1275 C.c.Q. rejoint la notion d'intérêt général qui appelle obligatoirement la nullité absolue des actes qui y contreviennent. En effet, si tel était le cas, nous expliquons mal comment il serait possible de permettre la constitution d'un patrimoine appartenant à une société par actions et administré par un seul administrateur qui en est l'unique actionnaire, sans admettre qu'il puisse aussi y avoir, dans ce cas, le risque de favoriser une division purement artificielle du patrimoine³⁰⁰.

2.3 Le droit civil québécois comparé au droit civil français

La fiducie a fait son entrée officielle dans le *Code civil français*³⁰¹ le 19 février 2007 aux termes de la Loi n° 2007-211³⁰² déposée par le sénateur Philippe Marini. Elle y est définie aux articles 2011 à 2031³⁰³. Avant cette date,

il était impossible d'avoir recours à la fiducie en France par la voie contractuelle car cette institution se heurtait au texte d'ordre public du

297. C. BOUCHARD, préc., note 178, par. 2.2.1.

298. Henry HANSMANN et Ugo MATTEI, « The Functions of Trust Law: a Comparative Legal and Economic Analysis », (1998) 73(1) *New York University Law Review*. Voir aussi <<http://www.fin.gc.ca/toc/2002/cmfi-fra.asp>> concernant l'industrie des fonds communs de placement au Canada.

299. H. HANSMANN et U. MATTEI, préc., note 298, p. 479.

300. D. BRUNEAU *et al.*, préc., note 229, p. 14.

301. Nous utiliserons parfois l'abréviation C.civ. pour désigner le *Code civil français*.

302. Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

303. Ces articles sont disponibles en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006118476&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20090201>>

Code civil sur l'unicité du patrimoine et le droit de gage général des créanciers sur les biens composant le patrimoine du débiteur.³⁰⁴

Puisque le droit français est, comme le droit québécois, un droit de tradition civiliste, nous trouvons particulièrement intéressant de comparer les règles touchant les fiduciaires pour mettre en évidence aussi bien les convergences que les divergences entre les deux régimes juridiques. La comparaison peut nous permettre de constater que certaines notions, parfois considérées comme naturelles ou indispensables par un système juridique, sont absentes d'un autre. Cela est-il le cas des exigences édictées par l'article 1275 du *Code civil du Québec* ? L'étude des règles applicables en droit français pourrait-elle nous permettre de proposer une solution à la qualification du tiers-fiduciaire que ne pourrait offrir l'étude du seul système québécois ? Le législateur français s'est-il inspiré des expériences de la juridiction québécoise pour édicter ses règles ? Dans l'affirmative, a-t-il retenu des solutions différentes pour éviter les problèmes que notre système connaissait déjà ?

La législation française a tardé à admettre la fiducie dans son système juridique³⁰⁵. À la lecture des travaux parlementaires relatifs à la *Proposition de loi instituant la fiducie*³⁰⁶, nous constatons que les notions de propriété absolue et de patrimoine unique et indivisible, auxquelles se heurte la fiducie, ont longtemps été la cause de cette impossibilité d'insertion³⁰⁷. Le rapport de la commission soumis à l'Assemblée nationale en vue de l'adoption de la loi de 2007 se montrait favorable à une reconnaissance pleine et entière du concept de fiducie

précisant que s'agissant d'un instrument de grande souplesse, la fiducie permettrait de renforcer l'attractivité de notre droit dans un

304. Rédaction des Éditions Francis Lefebvre, avec la collaboration de Bruno Gouthière, *La fiducie, Mode d'emploi, Régime juridique, fiscal et comptable, Aspects internationaux*, Éditions Francis Lefebvre, 2007, p. 27. Voir aussi C.civ., art. 2284 et 2285 issus de l'ordonnance du 23-3-2006 ; anciens art. 2092 et 2093.

305. Le Parlement avait omis l'examen d'un projet de loi instituant la fiducie, déposé en février 1992 à l'Assemblée nationale (projet de loi n° 2583) et le conseil des ministres avait retiré de son ordre du jour l'étude d'un avant-projet de loi sur le même sujet en 1994. Voir « Rapport de la Commission des lois sur la proposition de loi instituant la fiducie », 11 octobre 2006, à l'adresse <<https://www.senat.fr/rap/106-011/106-0110.html>>.

306. Proposition de loi n° 178 (2004-2005).

307. Rapport de la Commission des lois sur la proposition de Loi instituant la fiducie, préc., note 305.

contexte caractérisé par une internationalisation croissante des échanges économiques et financiers.³⁰⁸

Afin de mieux comprendre les objectifs des articles du *Code civil français* traitant de la fiducie, il nous paraît pertinent, de la même manière que nous l'avons fait à l'égard de l'article 1275 C.c.Q.³⁰⁹, de voir quelles étaient les intentions du législateur au moment de leur adoption. Dans le compte-rendu analytique officiel de l'Assemblée nationale, à sa première séance du mercredi 7 février 2007, le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, invité à présenter la proposition de loi instituant la fiducie, s'exprime comme suit :

La fiducie manquait cruellement dans notre droit des affaires, alors que nous devons nous préparer à l'avènement d'une économie de l'immatériel, et donc favoriser le développement d'activités de services financiers et juridiques, sources de croissance et d'influence essentielles pour notre pays.

[...]

Or, bien que la fiducie remonte au droit romain, le droit français ne la connaît toujours pas. Ce dispositif juridique, qui ne se résume pas au *trust*, est couramment utilisé dans les pays de droit anglo-saxon comme la Grande-Bretagne, les États-Unis, le Canada ou l'Australie, mais il l'est aussi dans des pays de droit romano-germanique comme l'Allemagne, la Suisse, le Luxembourg ou la province du Québec.

La France ne pouvait demeurer en retrait. L'ouverture des frontières et l'internationalisation des échanges rendaient indispensable de créer, dans notre droit, un outil comparable à celui que les entreprises et les investisseurs sont habitués à trouver dans d'autres droits. À défaut en effet, les entreprises françaises sont contraintes de procéder à des montages à l'étranger, ce qui entraîne la délocalisation des opérations juridiques et financières hors de nos frontières.

[...]

Si notre pays avait besoin d'un tel outil, il convenait de prévenir les dérives auxquelles cette institution a parfois donné lieu. Si le risque ne doit pas être exagéré, vous avez toutefois, à juste titre, souhaité prendre certaines garanties afin d'éviter que la fiducie française ne soit détournée de ses objectifs.

Le texte qui vous est soumis comporte donc plusieurs mesures en ce sens. J'en citerai quatre qui me semblent essentielles.

308. *Ibid.*

309. *Supra*, section 1.1.1.

Si la fiscalité ne doit pas entraver le développement de ce nouvel instrument, il doit être clair que la fiducie française est un outil juridique, et non un outil d'optimisation fiscale. C'est pourquoi la neutralité fiscale a été garantie, en matière d'imposition des bénéficiaires et des plus-values comme de calcul des droits d'enregistrement ou de la TVA. S'agissant en particulier de l'impôt sur les bénéficiaires, les transferts d'actifs vers le patrimoine fiduciaire ou en provenance de ce patrimoine ne seront pas imposés, tandis que le résultat de la fiducie le sera au nom du ou des constituants, conformément au régime fiscal des sociétés de personnes.

En second lieu, l'exercice de la fonction de fiduciaire sera réservé à certains organismes financiers réglementés tels que les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les compagnies d'assurance. C'est un gage de compétence et de sérieux, indispensable à l'établissement d'une relation de confiance entre le constituant et le fiduciaire. Par ailleurs, la régulation et les contrôles auxquels sont soumis ces établissements minimisent les risques de blanchiment d'argent.

La publicité des fiducies, assurant un droit de communication élargi au profit des autorités de contrôle, fiscales et judiciaires, permettra également d'éviter que la fiducie ne devienne le vecteur d'activités frauduleuses.

Enfin, le Gouvernement souhaite exclure la « fiducie transmission », aussi appelée « fiducie libéralité », ainsi que la possibilité pour les personnes physiques de devenir constituant. Ces limitations sont indispensables pour éviter la remise en question du droit des successions et des régimes des majeurs incapables.

Ces garanties et limitations, nécessaires pour éviter toute dérive, ne remettent pas en cause l'intérêt de la fiducie. Celle-ci représentera une réelle avancée, notamment pour les opérations commerciales ou de financement, principaux domaines où le besoin s'en fait sentir et où existe un risque de délocalisation juridique, et donc de marginalisation du droit français et de ses professionnels.³¹⁰

Il ressort de ces commentaires que les restrictions à la qualité de fiduciaire en droit français, tout comme la philosophie qui se trouve derrière l'ensemble des règles qui régissent ce nouveau régime juridique, viennent du fait que les autorités législatives craignent que la fiducie soit utilisée à des fins frauduleuses, tels le blanchiment d'argent ou encore l'évasion fiscale³¹¹. Aussi, le législateur

310. Voir les archives de la XII^e législature, à l'adresse <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/CRA/2006-2007/133.asp>>.

311. Alain BERDAH et Anaïs PALLERI, *La fiducie*, Nice, Éditions Gilletta, 2010, p. 17 (disponible au <www.avocats-droit-affaires.com>).

français, par l'adoption des règles relatives à l'identité et à la qualification des fiduciaires, semble avoir établi clairement les comportements qu'il souhaite éviter.

À l'instar de notre fiducie de droit civil québécois, la fiducie de droit français³¹² est un mécanisme qui associe toujours trois intervenants : un constituant (aussi appelé « fiduciaire » dans la doctrine française) qui désire affecter des biens à une fin déterminée, un fiduciaire, concrètement investi de pouvoirs sur ces biens, pour agir à la poursuite de l'objectif ainsi fixé et un bénéficiaire³¹³ qui percevra les biens une fois que cet objectif aura été atteint. Il ressort de l'article 2016 C.civ. qu'il est possible qu'une même personne occupe deux rôles différents puisqu'il mentionne que « [l]e constituant ou le fiduciaire peut-être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaire du contrat de fiducie »³¹⁴. Si le constituant est bénéficiaire de la fiducie qu'il met sur pied, la doctrine française dit qu'il s'agit d'une fiducie-gestion. Ainsi, le fiduciaire pourrait confier au fiduciaire le soin de gérer son entreprise ou son portefeuille de valeurs mobilières, à charge par le fiduciaire de lui en verser les fruits et de lui en remettre la propriété après un certain temps³¹⁵. Si c'est le fiduciaire lui-même qui est institué bénéficiaire, on parlera plutôt d'une fiducie-sûreté, retenant, dans ce dernier cas, qu'il est également possible que le créancier ne soit pas fiduciaire, mais seulement bénéficiaire³¹⁶. Dans une fiducie-sûreté, un débiteur remet à son créancier un bien ou une masse de biens, à charge pour ce « fiduciaire créancier » de les remettre au débiteur en cas de remboursement de la dette³¹⁷.

312. En droit français, la fiducie est établie par contrat et contrairement au trust connu dans les pays de juridiction britannique, comme au Royaume-Uni, elle ne peut être une institution naissant de l'engagement unilatéral de volonté du constituant (le « settlor »). Voir Laurent BIBAUT, « La fiducie face au trust », dans *Le Petit Juriste*, Institut des Hautes Études Internationales, 22 juin 2011.

313. Le bénéficiaire peut tout aussi bien être une personne physique qu'une personne morale et il n'est pas partie au contrat de fiducie. Il peut en outre être résident ou non résident de la France. Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 33.

314. La question de savoir si on devait interdire le cumul des qualités de bénéficiaire et fiduciaire s'est posée au cours des débats parlementaires mais n'a pas été retenue. Voir rapport de la Commission des lois sur la proposition de Loi instituant la fiducie, préc., note 305, p. 55.

315. Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Les biens*, coll. « Droit civil », Paris, Éditions Lextenso, 2015, p. 270.

316. L. BIBAUT, préc., note 312.

317. P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 315, p. 270.

Il est impossible pour un constituant d'être fiduciaire³¹⁸. On ne peut, en France, s'investir soi-même d'une mission sur ses propres biens³¹⁹. À cet égard, le droit civil français est différent du droit québécois qui permet au constituant d'être fiduciaire à la condition d'agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire³²⁰. Le droit français permet toutefois, et il s'agit là d'une autre différence importante avec nos règles de droit québécois, que le bénéficiaire qui est aussi fiduciaire (notamment dans le cas de la fiducie-sûreté) agisse seul à cette charge. En effet, le *Code civil français* ne retient pas l'obligation, lorsque le seul bénéficiaire de la fiducie est le fiduciaire, qu'un tiers soit nommé pour accompagner le fiduciaire dans la gestion de la fiducie.

Initialement, les articles relatifs à la fiducie contenus à la Loi de 2007 prévoyaient que seules pouvaient être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés³²¹. En adoptant la *Loi de modernisation de l'économie* (LME)³²², entrée en vigueur le 1^{er} février 2009, le législateur français a permis aux personnes physiques d'avoir recours à la fiducie³²³. Suivant le régime actuel, il est donc permis à toute personne physique ayant la capacité de s'engager juridiquement ainsi qu'à toute personne morale, quel que soit son régime d'imposition, de recourir à l'utilisation de la fiducie et d'en être le constituant³²⁴. Toutefois, l'article 2013 C.civ. n'a pas été modifié par cette loi et il exclut toujours la fiducie-libéralité³²⁵. Les personnes physiques ne peuvent donc recourir à l'utilisation de la fiducie pour leur gestion successorale, ce qui est une distinction importante avec notre droit

318. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 33.

319. Rémy LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Défrénois*, 30 août 2007, n° 15, p. 1094. Cette interdiction a également comme objectif de protéger les droits des créanciers du constituant en évitant de lui permettre de mettre à l'abri une partie de ses biens. Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 33.

320. Art. 1275 C.c.Q.

321. Art. 2014, créé par Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 – art. 1 JORF 21 février 2007 puis abrogé par Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 – art. 18 (V).

322. Loi n° 2008-776, 4 août 2008.

323. Déjà, au moment de son adoption, la règle interdisant aux personnes physiques de recourir à la fiducie avait été jugée trop sévère par le sénateur Hervé Novelli. Voir les archives de la XII^e législature, préc., note 310, p. 33.

324. Cédric BERNAT, « La fiducie en droit français : de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, à l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, et au décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 », dans *Actualité législative, droit commercial international, droit des sûretés, lois nouvelles*, 31 août 2010.

325. Michel GRIMALDI, « L'introduction de la fiducie en droit français », *Revue de droit Henri Capitant*, n° 2, 30 juin 2011.

civil, la fiducie étant régulièrement, dans notre cas, utilisée à cette fin³²⁶. Il peut nous paraître déplorable que, par crainte que la fiducie soit utilisée comme moyen d'évasion ou de fraude fiscale, le législateur ait interdit la fiducie-libéralité³²⁷. Ce faisant, il a sûrement empêché un certain élan d'altruisme de la part du constituant. La fiducie française ne pourra jouer aucun rôle social³²⁸. On peut aussi penser au transfert d'entreprise d'un entrepreneur en faveur de ses enfants qui ne pourra donc se faire par l'entremise d'une fiducie, privant ainsi celui-ci de la possibilité d'effectuer, dans un premier temps, le transfert en faveur d'une fiducie dont les enfants seront bénéficiaires, laquelle pourra, par la suite, remettre les biens à ceux des enfants qui font preuve d'intérêt dans l'entreprise et ont les compétences pour en assumer la gestion³²⁹.

Contrairement à la règle énoncée à l'article 1274 C.c.Q., l'article 2015 C.civ. limite la possibilité d'être fiduciaire à quelques professionnels précisément énumérés. Ainsi, le rôle de fiduciaire peut être exercé par les établissements de crédit³³⁰, les entreprises d'investissement³³¹ et les entreprises d'assurance³³². La loi fran-

326. Il semble que le législateur français a préféré interdire la fiducie-libéralité de crainte que ne soit mis en péril le droit des successions et des libéralités. Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 22.

327. Art. 2013 C.civ.

328. A. BERDAH et A. PALLERI, préc., note 311, p. 40.

329. *Ibid.*

330. Il s'agit des établissements de crédit mentionnés à l'article L511-1 du *Code monétaire et financier*, à savoir ceux qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque (réception de fonds du public, opérations de crédit et mise à la disposition de la clientèle ou gestion de moyens de paiement), ainsi que des opérations connexes à leurs activités (notamment opérations de change ou sur les métaux précieux, placement, souscription, achat, gestion, garde et vente de valeurs mobilières, conseil et assistance en matière de gestion du patrimoine). Il s'agit également des institutions et services énumérés à l'article L518-1 du *Code monétaire et financier*, soit le Trésor public, la Banque de France, La Poste, la Caisse des dépôts et consignations, ainsi que les institutions d'émission d'outre-mer et des départements d'outre-mer (IOM et IEOM). Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 31.

331. Il s'agit des entreprises d'investissement, autres que les établissements de crédit, mentionnées à l'article L531-4 du *Code monétaire et financier*, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle, c'est-à-dire la réception, la transmission et l'exécution d'ordres pour le compte de tiers, la négociation pour compte propre, la gestion de portefeuilles pour le compte de tiers, la prise ferme et le placement. Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 31 et 32.

332. Il s'agit des entreprises d'assurance régies par l'article L310-1 du *Code des assurances*, à savoir : 1. Les entreprises qui sous forme d'assurance directe (à suivre...)

caise limite donc l'exercice de la fonction de fiduciaire à des organismes qui font l'objet d'un contrôle étroit des autorités de régulation compétentes et répondent à des exigences sévères en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux³³³. Une telle mesure permettra également l'établissement d'une relation de confiance entre le constituant et le fiduciaire, tout comme elle favorisera l'élimination des risques liés au blanchiment d'argent provenant du trafic de stupéfiant et du terrorisme³³⁴. Depuis le premier février 2009, les membres du Barreau peuvent également avoir la qualité de fiduciaire³³⁵. Il peut paraître étonnant, toutefois, que d'autres professions juridiques ou financières, comme les notaires, les conseillers en gestion de patrimoine et même les experts-comptables, ne puissent agir à cette fonction³³⁶. Notons que plusieurs règles particulières s'appliquent à l'avocat qui agit à titre de fiduciaire³³⁷, démontrant ainsi clairement tout le sérieux et toute l'importance qu'il faut rattacher à cette nomination. Sans en faire une énumération complète, mentionnons, à titre d'exemple, que dans le cadre de sa mission fiduciaire, l'avocat ne peut exercer d'activité incompatible avec sa profession³³⁸ et qu'il doit souscrire, à titre individuel, une assurance spéciale pour garantir tant sa responsabilité civile professionnelle que la restitution des fonds, des effets, des titres et

(...suite)

contractant des engagements dont l'exécution dépend de la durée de vie humaine, s'engagent à verser un capital en cas de mariage ou de naissance d'enfants, ou font appel à l'épargne en vue de la capitalisation et contractent à cet effet des engagements déterminés. 2. Les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent les risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie. 3. Les entreprises qui sous forme d'assurance directe couvrent d'autres risques y compris ceux liés à une activité d'assistance. 4. Les entreprises agréées à la date du 1^{er} janvier 1993 qui font appel à l'épargne en vue de la capitalisation sans souscrire d'engagements déterminés (se trouvent notamment exclues les mutuelles régies par le *Code de la mutualité* et les entreprises de réassurance, qui ne se voient pas contraintes aux obligations relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités criminelles). Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 32.

333. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 31.

334. *Ibid.*

335. Loi 2008-776 du 4 août 2008, art. 18 ; Ord. 2009-112 du 30 janvier 2009, art. 8 et 9.

336. Anabelle PANDO, « La fiducie est enfin accessible aux personnes physiques », *Petites affiches*, 23 janvier 2009, n^o 17, p. 3.

337. Art. 6.2.1 du *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat*, Légifrance, JO 12 mai 2009.

338. *Ibid.*, art. 6.2.1.1. Voir aussi à cet effet les articles 111 et s. du décret du 27 novembre 1991.

des autres valeurs concernés³³⁹. Il doit aussi, dans toute correspondance qu'il fait dans le cadre de l'exécution de sa charge fiduciaire, indiquer expressément sa qualité à ce titre et attirer l'attention du destinataire sur le caractère non confidentiel, à l'égard des organes de contrôle de la fiducie, des correspondances échangées avec lui au titre de cette mission³⁴⁰. Aussi, le contrat de fiducie doit divulguer la rémunération de l'avocat distinctement de celle des autres fiduciaires. Ses activités à titre de fiduciaire doivent faire l'objet d'une comptabilité distincte. L'avocat doit également s'obliger à suivre une formation spécifique dans les matières liées à l'exécution de ses missions fiduciaires³⁴¹.

Le droit civil français contient, contrairement au droit québécois, des règles précises quant à la résidence des fiduciaires. C'est ainsi que ces derniers doivent être résidents d'un État membre de la Communauté européenne ou, encore, d'un État ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale en vue d'éliminer les doubles impositions et qui contient une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude ou l'évasion fiscale³⁴².

Même s'il n'existe pas, au *Code civil français*, de chapitre consacré à l'administration du bien d'autrui³⁴³, le fiduciaire français doit, quelle que soit l'étendue de ses pouvoirs, agir dans l'intérêt de la fiducie et éviter de se placer dans une situation où il y aurait conflit entre son intérêt personnel et celui de la fiducie. En vue de permettre le respect de cette règle, la loi prévoit notamment que le fiduciaire ne peut se rendre adjudicataire des biens détenus en fiducie et qu'il doit aussi tenir une comptabilité autonome relatant les opérations touchant le patrimoine fiduciaire. Il ne peut non plus acheter, directement ou par personnes interposées, des biens ou

339. L'avocat doit aviser par lettre le bâtonnier de la souscription de cette assurance spéciale. Voir art. 6.2.1.2 du *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat*, Légifrance, JO 12 mai 2009.

340. Art. 6.2.1.4 du *Règlement Intérieur National de la profession d'avocat*, Légifrance, JO 12 mai 2009.

341. Il est à noter que dès l'origine, la proposition de loi prévoyait que les avocats auraient la possibilité d'être fiduciaires, et que les membres du gouvernement y étaient favorables, ainsi que les sénateurs et les parlementaires ; ce sont les avocats qui avaient, dans un premier temps, refusé cette qualité, qu'ils jugeaient incompatible avec le secret professionnel. Voir A. BERDAH et A. PALLERI, préc., note 311, p. 10.

342. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 32.

343. Rappelons que l'établissement, au *Code civil du Québec*, de règles relatives à l'administration du bien d'autrui est « nouveau » et ne se retrouve dans aucun autre pays de droit civiliste.

des droits composant le patrimoine fiduciaire³⁴⁴. Il semble qu'on ne puisse passer outre cette interdiction par les termes de l'acte créant la fiducie et que cette règle ne peut avoir pour effet d'empêcher le fiduciaire, lorsqu'il est également bénéficiaire, de recevoir les biens à la fin de la fiducie³⁴⁵. Chaque fois qu'il pose un geste à l'égard du patrimoine qu'il administre, le fiduciaire doit déclarer qu'il agit ès qualités³⁴⁶. Il doit aussi, dans le respect des conditions déterminées aux termes de l'acte constitutif, rendre des comptes parfois au constituant et aux bénéficiaires, parfois au tiers-protecteur³⁴⁷.

L'article 445 du *Code civil français* dispose que le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer la charge de curateur ou de tuteur à l'égard du constituant³⁴⁸. Le même code semble toutefois muet en ce qui concerne la possibilité pour le représentant d'un bénéficiaire d'agir à titre de fiduciaire³⁴⁹.

Lorsque plusieurs fiduciaires sont nommés, le contrat de fiducie français peut prévoir que les décisions devront être prises à la majorité ou à l'unanimité, ou encore prévoir une répartition de leurs pouvoirs en fonction de leurs compétences respectives³⁵⁰. Si le contrat ne stipule rien sur le sujet, les fiduciaires ont des pouvoirs communs. Le *Code civil français* ne semble pas contenir de disposition spécifique prévoyant qu'un fiduciaire en particulier doive faire partie de la majorité dans la prise de décisions ou encore de disposition accordant un droit de veto à l'un de ces derniers. De plus, à moins que cela ne soit prévu à l'acte constitutif, le fiduciaire ne pourra se faire représenter par un tiers pour l'exercice d'un pouvoir donné. En effet, on dit que le contrat de fiducie est conclu *intuitu personæ*, le constituant ayant choisi le fiduciaire en fonction de ses compétences particulières, et on y assimile alors les règles propres

344. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 22.

345. *Ibid.*

346. Art. 2021, al. 1 C.civ.

347. Art. 2022 C.civ.

348. L'art. 445 *in fine* C.civ. prévoit : « [l]e fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer une charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard du constituant ». Nous ne retrouvons aucune disposition similaire dans le *Code civil du Québec* en ce qui concerne le représentant d'un constituant. Aussi, tant la jurisprudence que la doctrine québécoises semblent se limiter à traiter des situations concernant le représentant d'un bénéficiaire. *Supra*, section 1.1.4.5.

349. Nous n'avons pas retrouvé non plus de doctrine française sur le sujet. Rappelons qu'il semble admis, dans notre droit, que le représentant d'une personne puisse agir à titre de fiduciaire d'une fiducie dans laquelle cette même personne est bénéficiaire. *Supra*, section 1.1.4.5.

350. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 120.

au mandat³⁵¹. Dans le cas où le contrat constitutif de la fiducie autorise la délégation des pouvoirs du fiduciaire en faveur d'un tiers, il semble qu'il ne soit pas nécessaire, s'il s'agit d'un acte déterminé, que le délégué se qualifie de fiduciaire suivant les règles de l'article 2015 du *Code civil français*. Toutefois, la réponse serait probablement différente s'il s'agissait d'une délégation générale car cela aurait pour effet de contourner les exigences édictées par cet article³⁵².

En droit français, il existe un intervenant de plus qu'au Québec, le « tiers protecteur du constituant », qui peut être nommé à tout moment par le constituant pour veiller à ses intérêts. En vertu de l'article 2017 C.civ., le tiers protecteur peut demander au fiduciaire, par exemple, de lui rendre des comptes ou encore demander au juge de remplacer le fiduciaire. En pratique, il sera sans doute préférable que le contrat prévoie les modalités d'intervention et d'information du tiers-protecteur. Aussi, lorsque le constituant est une personne physique, celui-ci ne peut renoncer à la faculté de désigner ce tiers. Même s'il n'y a aucune condition imposée par le *Code civil français* quant à l'identité du tiers-protecteur³⁵³, il peut être souhaitable que ce dernier soit un membre d'une profession juridique ou, encore, un professionnel des affaires ou de la finance. Cela pourrait permettre aux notaires d'intervenir à titre de conseillers dans le contrat de fiducie, eux qui ne se sont pas vu accorder la possibilité d'agir à titre de fiduciaire. Le tiers-protecteur ne doit pas s'immiscer dans la gestion quotidienne du fiduciaire. Il se distingue donc du tiers-fiduciaire exigé par l'article 1275 C.c.Q.

Tout comme en droit québécois³⁵⁴, on dit de la fiducie française qu'elle constitue un patrimoine d'affectation, les biens remis en fiducie formant un patrimoine autonome, distinct de celui du constituant ou de celui du fiduciaire³⁵⁵. La reconnaissance de ce patrimoine d'affectation entraîne la reconnaissance d'un droit de

351. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 120. Voir aussi Cass., 2^e civ. 4-5 2007, n^o 07-60.254.

352. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 120.

353. Il est acquis que le tiers-fiduciaire n'a pas à respecter les exigences d'identité du fiduciaire posées par les règles françaises.

354. L'article 1261 C.c.Q. reconnaît que le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct, sur lequel ni le constituant, ni le fiduciaire et ni le bénéficiaire n'a de droit réel.

355. Art. 2011 C.civ. Voir également Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 27 et A. BERDAH et A. PALLERI, préc., note 311, p. 53.

propriété accordé au fiduciaire sur les biens transmis³⁵⁶. En effet, contrairement à d'autres systèmes juridiques, le régime français n'admet pas l'idée d'un patrimoine sans titulaire, considérant que lorsqu'un patrimoine est créé, il lui faut un propriétaire. Le fiduciaire a donc un certain droit de propriété sur le patrimoine, ce qui peut paraître inconciliable avec la notion d'unicité du patrimoine retenue par le droit français³⁵⁷. Avec la fiducie, le fiduciaire peut donc se retrouver propriétaire d'au moins deux patrimoines : le sien et un patrimoine fiduciaire, affecté temporairement à un but déterminé³⁵⁸. Le fiduciaire va ainsi à l'encontre de la règle selon laquelle toute personne juridique n'a qu'un seul et unique patrimoine, les biens soumis à la fiducie constituant une masse séparée de son patrimoine personnel. Aussi, la fiducie met le patrimoine fiduciaire à l'abri des créanciers du fiduciaire qui ne peuvent exercer leur droit de gage sur ces biens.

À l'égard du droit de propriété, la fiducie de droit français se distingue nettement du trust anglo-saxon qui, lui, repose sur une dissociation du droit de propriété³⁵⁹ inconnue du droit civil français³⁶⁰. Ce droit de propriété accordé au fiduciaire ne semble pas non plus contenir toutes les caractéristiques qui lui sont habituellement reconnues par l'article 544 C.civ.³⁶¹. L'article 2018 C.civ. prévoit que les pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire doivent être délimités par le contrat de fiducie. Le droit de propriété du fiduciaire français en regard des biens du patrimoine qu'il est chargé d'administrer comporte des limites : il ne peut en jouir et n'en a pas la disposition absolue³⁶². Son droit revêt un caractère temporaire et il doit en user dans un but déterminé, comme le prévoit le contrat de fiducie³⁶³. Le pouvoir que détient le fiduciaire sur les biens de la fiducie ne lui procurera pas l'utilité économique qu'il pourrait en retirer s'il exploitait ce patrimoine dans son intérêt per-

356. Blandine MALLET-BRICOUT, « Le fiduciaire propriétaire », *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 6, 12 février 2010, 1073, p. 2.

357. Rapport de la Commission des lois sur la proposition de loi instituant la fiducie, préc., note 305.

358. P. MALAURIE et L. AYNÈS préc., note 315, p. 269.

359. La propriété juridique ou « legal ownership » appartient au trustee tandis que la propriété économique ou « beneficial ownership » appartient au bénéficiaire.

360. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 11.

361. L'article 544 du Code civil se lit comme suit : « [L]a propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

362. B. MALLET-BRICOUT, préc., note 356, p. 3.

363. M. GRIMALDI, préc., note 325, par. 11 et 12.

sonnel³⁶⁴. La mission du fiduciaire doit être clairement définie au contrat constitutif de la fiducie, car en plus de lui servir de guide dans l'exercice de ses pouvoirs, elle permettra également d'apprécier sa responsabilité. Aussi, il semble admis, en droit civil français, que le contrat de fiducie puisse établir des situations pour lesquelles il sera nécessaire au fiduciaire d'obtenir le consentement préalable du constituant ou d'un bénéficiaire³⁶⁵. De plus, l'absence de délimitation claire dans le *Code civil français* entre, d'une part, les droits et devoirs du fiduciaire et, d'autre part, les éventuelles interventions issues des stipulations contractuelles du constituant et du bénéficiaire semble inquiéter les juristes français. À cet effet, ils appellent une intervention législative pour préciser le contenu et les limites des restrictions contractuellement apportées aux pouvoirs du fiduciaire³⁶⁶. Ils incitent le législateur français à s'inspirer de notre article 1278 C.c.Q.³⁶⁷, lequel constitue, pour eux, un exemple permettant d'assurer le déroulement harmonieux du contrat de fiducie³⁶⁸. Rappelons qu'en droit civil québécois, le fiduciaire a, en vertu de cet article 1278 C.c.Q., la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire même s'il ne dispose d'aucun droit réel sur ce patrimoine³⁶⁹. De son côté, la « propriété fiduciaire » reconnue en droit français ne semble aucunement conférer au fiduciaire une telle maîtrise sur le patrimoine fiduciaire !

La solution retenue en droit français, qui consiste à limiter à certaines personnes le droit d'agir à la charge de fiduciaire³⁷⁰, a le mérite d'être claire et non ambiguë³⁷¹. Serait-il alors possible d'en

364. P. MALAURIE et L. AYNÈS, préc., note 315, p. 269.

365. Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 119.

366. A. BERDAH et A. PALLERI, préc., note 311, p. 110 et 111.

367. Rappelons que l'article 1278 C.c.Q. se lit comme suit : Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom ; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration.

368. A. BERDAH et A. PALLERI, préc., note 311, p. 111.

369. Art. 1261 C.c.Q.

370. Art. 2015 C.civ.

371. Dans le cadre des réflexions et discussions préalables à l'adoption de la loi du 19 février 2007, un consensus est apparu autour de l'idée suivant laquelle la fiducie devait être un mécanisme placé sous le signe de la transparence et de la neutralité fiscale et que la fiducie ne devait pas être un outil d'optimisation fiscale ou même d'évasion fiscale. Voir Rédaction des Editions Francis Lefebvre, préc., note 304, p. 41. Le législateur québécois parle quant à lui, lors de l'adoption de l'article 1275 C.c.Q., de favoriser une administration objective de (à suivre...)

transposer l'application aux articles 1274 et 1275 C.c.Q. ? Ainsi, l'article 1274 C.c.Q. pourrait établir que seules sont admises à exercer la profession de fiduciaires les personnes physiques membres d'un ordre professionnel constitué conformément au *Code des professions*³⁷² de même que les personnes morales autorisées par la Loi³⁷³. La nécessité du deuxième article deviendrait alors pratiquement superflue, car nous voyons mal comment le fiduciaire ainsi concerné pourrait se retrouver, en cette qualité, bénéficiaire. Ou bien encore l'article 1274 C.c.Q. pourrait demeurer intact³⁷⁴ et l'article 1275 C.c.Q. prévoir alors qu'il doit y avoir, en tout temps, dans le cadre de l'administration fiduciaire, au moins un fiduciaire qui est une personne physique membre d'un ordre professionnel constitué conformément au *Code des professions* ou encore une personne morale autorisée par la Loi. Il est clair que dans l'une ou l'autre de ces éventualités, la règle aurait pour effet d'éliminer la plupart des questionnements aujourd'hui engendrés quant à la validité de la qualification des fiduciaires nommés. Elle aurait sans doute aussi comme effet d'éliminer plusieurs problèmes d'interprétation soulevés par la doctrine et la jurisprudence. Comme le Québec compte actuellement 46 ordres professionnels qui réglementent la profession de plus de 378 000 membres³⁷⁵, il serait aussi assez facile pour les constituants d'identifier un fiduciaire pouvant être valablement qualifié à exercer. Les intentions formulées par le législateur lors de l'adoption de l'article 1275 C.c.Q. vont-elles jusqu'à exiger autant de protection et de spécificité dans le choix des fiduciaires ? Nous le savons, la mission première des ordres professionnels est de protéger le public, soit toutes les personnes qui utilisent des services professionnels dans les différentes sphères d'activités réglementées³⁷⁶. Pourrait-on prétendre que l'administration fiduciaire constitue une telle activité ? Compte tenu de la sanction de nullité absolue actuellement appliquée par les tribunaux aux gestes posés par les fiduciaires agissant en contravention de l'article 1275 C.c.Q. et des conséquences que cette nullité entraîne, nous suggé-

(...suite)

la fiducie et d'éviter une division purement artificielle du patrimoine. *Supra*, section 1.1.1.

372. RLRQ, c. C-26.

373. *Supra*, sous-section 1.2.1.

374. Toute personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils de même que la personne morale autorisée par la loi pouvant donc encore être fiduciaires.

375. Source : <<http://www.opq.gouv.qc.ca/ordres-professionnels>>.

376. Art. 23 du *Code des professions*, préc., note 372.

rons, si la situation devait demeurer telle qu'elle l'est actuellement, que de telles modifications aux articles concernés soient envisagées. Le législateur québécois pourrait ainsi, à notre avis, exprimer clairement ses intentions en regard de l'application de ces règles et tout le régime de l'administration fiduciaire en serait possiblement simplifié. Cela aurait sans doute également comme effet d'assurer la protection de l'intérêt général, si tel est l'objectif souhaité.

CONCLUSION

Affirmer, à ce stade-ci, que le droit des fiducies est complexe relève de l'évidence ! Nous n'avions pas la prétention, au terme de notre analyse, de pouvoir proposer une solution à tous les problèmes que rencontrent les professionnels œuvrant dans ce domaine d'activité. Notre travail aura quand même permis, nous l'espérons, d'approfondir certains éléments de réflexion et de suggérer des prises de positions. Dans sa pratique, le professionnel sera tantôt confronté à analyser la situation d'une fiducie déjà existante, tantôt confronté à rédiger chacune des clauses devant donner naissance et vie à une fiducie. Dans l'un ou l'autre de ces cas, il devra porter toute l'attention nécessaire au choix des fiduciaires nommés ainsi qu'aux modalités d'exercice des pouvoirs qui leur seront conférés, afin de s'assurer que les gestes posés par ces derniers ne puissent être, un jour, frappés de nullité.

La sanction actuellement appliquée aux actes posés en contravention de l'article 1275 C.c.Q.³⁷⁷ ainsi que la difficulté réelle d'identifier chacun des bénéficiaires concernés, nous obligent-elles, dans l'état actuel du droit, d'éviter la nomination, à titre de tiers-fiduciaire, de toutes les personnes qui pourraient un jour, même après la survenance de plusieurs conditions prévues à l'acte constitutif, recevoir un avantage de la fiducie ? Il s'agit certes de la solution la plus réconfortante pour les praticiens et nous pouvons difficilement, dans le contexte actuel, nous y opposer. Personne ne voudra, en effet, voir les actes des fiduciaires qu'il a conseillés être frappés de nullité. Certains voudront peut-être même, dans ce contexte, ne prendre aucun risque et nommer, en tout temps, un professionnel ou une société de fiducie. Or, si tel avait été le souhait du législateur,

377. Rappelons que cet article prévoit que : « [l]e constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ».

nous croyons qu'il l'aurait clairement exprimé, comme l'a fait le législateur français. Aussi, notre expérience de la pratique dans le domaine des fiducies nous démontre toute l'importance et la pertinence de nommer, en certaines occasions, des personnes pas trop « éloignées » des bénéficiaires pour assurer une efficacité de la gestion fiduciaire ainsi qu'une bonne compréhension des objectifs poursuivis par le constituant, lesquels sont la raison d'être de la fiducie et justifient sa mise en place. Une interprétation trop large du terme « bénéficiaire » contenu à l'article 1275 C.c.Q., jumelée au risque de voir les actes posés par les fiduciaires entachés de nullité absolue, auront pour effet, en certaines circonstances, ou bien de retenir la nomination de fiduciaires moins appropriés à la situation, ou bien encore de convaincre le praticien de suggérer à ses clients d'autres véhicules juridiques que la fiducie. Il nous paraît dommage que les difficultés d'interprétation de l'article 1275 C.c.Q. entraînent de telles conséquences. La fiducie de droit civil québécois est d'une grande utilité et constitue, sans aucun doute, la solution à privilégier dans grand nombre de situations où elle est proposée. Il ne faudrait pas, pour des raisons trop strictes quant au choix de fiduciaires, que les praticiens développent le réflexe de lui substituer d'autres solutions qui ont peut-être moins à offrir et qui, surtout, seraient moins bien adaptées à la situation concernée³⁷⁸.

Nous souhaiterions, inspiré des suggestions déjà élaborées par la professeure Bruneau, qu'il soit possible de déterminer, de la façon la plus exacte possible, l'identité des bénéficiaires dont il est question à l'article 1275 C.c.Q. La proposition que nous avons faite à cet effet, voulant que le test à appliquer soit de considérer que les bénéficiaires visés sont les bénéficiaires « actuels » de la fiducie, soit ceux qui en reçoivent déjà des avantages ou ceux qui viennent au premier rang de leur catégorie respective, ainsi que ceux appelés à en recevoir des bénéfices dès la réalisation d'une première condition, ne nous paraît pas aller à l'encontre de la jurisprudence majoritaire sur le sujet. Elle respecte également les objectifs fixés par le législateur lors de l'adoption de l'article 1275 C.c.Q., objectifs que nous avons maintes fois cités. Aussi, elle permettrait de régler la question des héritiers du constituant prévus à l'article 1297 C.c.Q., et ce, quelle que soit la position adoptée dans le débat que nous avons commenté. Quant à la prétention que les tiers-fiduciaires pouvant un jour être appelés à titre de bénéficiaires puissent se trouver en

378. Ce qui pourrait être le cas de la substitution, prévue aux articles 1218 à 1255 C.c.Q. ou encore de l'administration prolongée prévue à l'article 210 C.c.Q.

situation de conflit d'intérêts, nous retenons que l'article 1275 C.c.Q. n'exige pas, en lui-même, la nécessité de la présence d'un fiduciaire dénué de tout intérêt possible dans la fiducie et nous vous référons aux règles de bonne conduite exigées de l'administrateur du bien d'autrui. C'est sous ce même principe que nous admettons la possibilité pour les représentants d'un bénéficiaire, tels un tuteur ou un mandataire, de se qualifier à titre de tiers-fiduciaire. De plus, la règle que nous proposons simplifierait la pratique des professionnels œuvrant dans le domaine des fiducies en posant clairement les critères permettant d'identifier quelles sont les personnes que l'on doit considérer à titre de bénéficiaires et qu'il est donc interdit de nommer comme seuls fiduciaires.

Devant les nombreuses difficultés d'application causées par l'existence de la règle relative au tiers-fiduciaire et afin de favoriser la sécurité des transactions faites par les fiducies, nous sommes d'avis que l'article 1275 C.c.Q. doit être clarifié. Le législateur québécois pourrait, selon nous, apporter des précisions à la définition du terme « bénéficiaire », en le limitant, par exemple, au bénéficiaire « actuel ». Il nous paraîtrait alors raisonnable de définir ce terme comme nous l'avons fait au paragraphe précédent. Le législateur pourrait également décider, inspiré de la solution retenue en droit civil français, de limiter la charge de fiduciaire à des personnes déterminées. À défaut par le législateur d'agir, nous espérons que les tribunaux auront de nouveau l'occasion de se prononcer sur la portée du terme « bénéficiaire » dans le contexte précis de l'article 1275 C.c.Q.