

roit comparé / droit comparé
aré / droit comparé / droit co
omparé / **droit comparé** / dr
oit comparé / droit comparé
droit comparé / droit compo
aré / droit comparé / droit co
omparé / droit comparé / dr
oit comparé / droit comparé
ou
aré / droit comparé / droit co
omparé / droit comparé / dr
oit comparé / droit comparé
béninois

60

Crédit : Shutterstock

L'apaisement viendra par l'Office de révision du Code civil qui proposera, non sans audace, de concevoir la fiducie comme un patrimoine d'affectation, c'est-à-dire l'idée d'une universalité sans sujet. Cette nouvelle assise, le législateur l'embrasse, rejetant par là catégoriquement l'idée d'un *trust* indépouillable, intraduisible et irrémédiablement allochtone au droit civil⁵.

Ce qu'elle n'est pas.

La fiducie québécoise n'est pas un contrat, comme en droit luxembourgeois ou français. Ce n'est pas une personne morale, comme l'est le *stichting* néerlandais ou la fondation de famille suisse. Ce n'est pas un sujet de droit nouveau, elle ne peut ester en justice et agit toujours par le truchement d'autrui. Ce n'est pas un don dirigé, comme le *waqif* musulman. Ce n'est pas un démembrement de la propriété, bien que le droit du bénéficiaire puisse, selon les termes de l'acte constitutif, s'approcher de l'usufruit. Ce n'est pas une modalité, comme une copropriété ou une forme d'indivision, ni une disjonction du titre à la common law, ni dans le temps ni dans les droits. Ce n'est pas une vente à réméré, bien que, une fois l'affectation épuisée, les biens puissent retourner au patrimoine du constituant. Ce n'est pas une donation à charge puisqu'elle peut être à titre onéreux. Ce ne sont pas deux mécanismes superposés (un acte créateur d'obligations et un acte translatif de la propriété des biens) comme en droit français ou luxembourgeois, mais bien une seule institution. Mais qu'est-ce donc ? Un patrimoine d'affectation, universalité de bien détachée des patrimoines de ses actants.

La fiducie québécoise

Ainsi, le *Code civil du Québec* (1994) accorde une pleine reconnaissance à la fiducie qu'il généralise et systématise (art. 1260-1298 CcQ). S'il préserve la conception universaliste du patrimoine en posant que « [t]oute personne est titulaire d'un patrimoine », il ajoute que celui-ci peut faire l'objet d'une affectation ou d'une division (art. 2 CcQ). C'est dans la fiducie que cette affectation prend son plein essor.

La définition de la fiducie du *Code civil du Québec* fait ressortir quatre éléments constitutifs : une transmission de biens (imposée par la loi, par un jugement ou choisie par un constituant), la maîtrise des biens par le fiduciaire, une affectation (facteur de cohésion entre l'actif et le passif) et des biens, c'est-à-dire des droits patrimoniaux. Ce patrimoine fiduciaire est « autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel » (art. 1261 CcQ). Autrement dit, le patrimoine fiduciaire ne répond des dettes ni du constituant ni du fiduciaire ni du bénéficiaire, sauf en cas de fraude des droits des créanciers ou de détournement de pouvoir par le fiduciaire.

En articulant l'institution autour de la notion de patrimoine, le législateur consacre son

appartenance au droit civil. Son emplacement dans le *Code civil du Québec* n'est pas anodin : s'ils appartiennent résolument au livre quatrième portant sur les biens, les chapitres sur la fiducie et l'administration du bien d'autrui le clôturent, pavant ainsi la voie au livre cinquième sur les obligations. Et en effet la fiducie est conceptualisée comme un contrat dans plusieurs pays civilistes, alors née essentiellement d'impératifs commerciaux. Or, la fiducie québécoise, pensée aussi pour la planification familiale et successorale⁶, dépasse la stricte logique bilatérale du droit luxembourgeois par exemple. On y verrait presque mieux une modalité innommée de la propriété⁷.

Par ailleurs, si autonome le patrimoine fiduciaire soit-il, il n'est pas une personne morale ou un sujet de droit *sui generis* pour autant⁸. Bien qu'il en partage certaines caractéristiques, au premier chef, la responsabilité limitée d'acteurs liés par un objectif commun, il demeure que la fiducie ne peut « agir » que par le truchement du fiduciaire. Notamment, elle ne peut ester en justice, c'est le fiduciaire *ès qualités* qui doit le faire agir (bien que le droit judiciaire privé permette de rectifier une erreur de désignation sans préjudice des parties à faire valoir leurs droits)⁹. Cela dit, certaines lois, fiscales notamment,

assimilent fiducie et personne morale ou les assujettissent expressément au même régime.

Les acteurs

La fiducie est généralement un jeu entre trois acteurs, le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire, dont aucun, faut-il le répéter, n'a pourtant de droit réel sur les biens du patrimoine fiduciaire. Une personne peut cumuler plusieurs qualités, mais ne peut les exercer toutes elle-même, ni ne peut agir comme fiduciaire sans collaborer avec au moins un tiers indépendant.

Le **constituant** est le point de départ essentiel de la fiducie, puisque c'est de son patrimoine que sont tirés les biens de la fiducie. La fiducie est parfois créée par la loi (le régime complémentaire de retraite) ou imposée par jugement (la fiducie alimentaire), mais sera généralement établie par un constituant, auteur d'un acte translatif de propriété, qu'il s'agisse d'un testament ou d'un contrat, à titre onéreux (la fiducie-sûreté) ou gratuit (une fondation créée par donation). Dans ces cas, il en détermine la composition, l'affectation et les paramètres, nomme le fiduciaire et désigne les bénéficiaires (ou choisit à qui il confère cette faculté). Celui qui augmente le patrimoine d'une fiducie ne devient pas co-constituant.

Une fois la fiducie constituée, le rôle du constituant devient limité : il n'exerce plus de droit sur les biens, sous réserve du pouvoir de « tout intéressé » de faire contrôler les gestes du fiduciaire par le tribunal, et ne peut en tirer de bénéfice que s'il compte parmi les bénéficiaires, ou si, la fiducie ayant pris fin, il n'avait pas pourvu au sort du reliquat.

C'est plutôt le **fiduciaire** qui est l'acteur le plus important d'une fiducie. Il est d'abord l'élément déclencheur de la fiducie puisque son acceptation *constitue* la fiducie, dessaisissant le constituant des biens affectés. Ces biens ne sont pas « sans maître » car il s'en voit confier la détention, la maîtrise et l'administration exclusive (suivant le régime de la pleine

administration du bien d'autrui), mais non la propriété.

Ce peut être une personne morale désignée par la loi ou – au contraire des contrats fiduciaires au sens du titre II de la loi luxembourgeoise modifiée du 27 juillet 2003 relative au trust et aux contrats fiduciaires – une personne physique.

Puisque la fiducie n'a pas de personnalité propre, c'est le fiduciaire qui exerce tous les droits afférents au patrimoine et prend toute mesure propre à en assurer l'affectation. Certes, il doit respecter l'acte constitutif et, en cela, est subordonné à la volonté du constituant. Certes, son administration est soumise à la surveillance du constituant ou de ses héritiers, du bénéficiaire et, parfois, à celles d'organismes désignés par la loi, qui peuvent le contraindre à exécuter ses obligations, attaquer ses actes, voire, demander sa destitution, mais le fait demeure qu'en temps normal, il est l'âme dirigeante de la fiducie, son animateur.

Quant au **bénéficiaire**, il n'existe pas toujours : une fiducie peut être constituée tant au bénéfice de personnes, que pour un objectif (entretien d'un parc) ou un enjeu (défense de l'environnement). Les dettes du bénéficiaire des fruits et revenus d'une fiducie sont satisfaites, le cas échéant, contre son patrimoine personnel, et non contre celui de la fiducie, qui est en principe à l'abri puisqu'il n'appartient à personne. Sauf mention contraire à l'acte constitutif, le bénéficiaire peut disposer de son droit ou y renoncer. Il possède lui aussi un pouvoir de surveillance du fiduciaire.

Finalement, en plus de son pouvoir de constituer certaines fiducies, le **tribunal** se voit accorder certains pouvoirs d'intervention précis : nomination d'un fiduciaire lorsque ce dernier manque à l'appel, contrôle, à la demande d'un intéressé, des gestes posés par un fiduciaire, extinction d'une fiducie devenue trop onéreuse ou qui a cessé de correspondre à son affectation, ou modification de l'acte constitutif pour mieux y répondre.

À cela s'ajoute un pouvoir de surveillance et de contrôle général, dans le cadre duquel pourraient être sollicitées des directives en cas d'impasse.

Polyvalence de la fiducie

Le droit civil québécois reconnaît trois sortes de fiducies : la fiducie personnelle, la fiducie d'utilité privée et la fiducie d'utilité sociale.

La première est constituée dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou déterminable. Nécessairement constituée à titre gratuit et limitée à cent ans, elle ne peut compter plus de deux ordres de bénéficiaires des fruits et revenus, auquel peut s'ajouter un bénéficiaire du capital.

Les fiducies d'utilité privée ou sociale, qui peuvent être perpétuelles, n'ont pas à identifier un bénéficiaire ; elles peuvent tendre à la réalisation d'une fin. La fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. L'exploitation d'une entreprise ou la réalisation d'un bénéfice est permise pourvu qu'elle demeure accessoire. L'exemple classique de la fiducie d'utilité sociale est la fondation (une fondation pouvant par ailleurs être une personne morale).

La fiducie d'utilité privée peut être constituée à titre gratuit – on pensera à la fiducie d'entretien d'un monument affecté à la mémoire d'une personne – ou onéreux, et c'est dans ce type que se déploient les usages commerciaux « modernes » de l'institution. Des considérations financières, fiscales et successorales sont souvent le moteur premier du recours : véhicule de placement ou d'investissement, fractionnement du revenu, pérennisation de dons, allègements fiscaux, titrisation des créances, anonymat de transaction, détention temporaire d'actifs, gel successoral, régime de retraite, fiducie de vote, fiducie sans droit de regard, protection d'actifs, mode de garantie.

Sur ce dernier cas de figure, certains considèrent que la fiducie-sûreté – qui peut servir de véhicule de gestion de biens jusqu'à l'exécution d'une obligation contractuelle donnée (art. 1263 CcQ) ou comme instrument de garantie collatérale, en matière commerciale ou alimentaire (art 591 CcQ) – est une quatrième espèce de fiducie, au confluent du régime hypothécaire et originale au droit québécois.

Sans doute le droit luxembourgeois des fiducies peut-il prétendre à une telle polyvalence en matière commerciale. Paradoxalement peut-être, c'étaient là des fins interdites sous l'empire du *Code civil du Bas Canada*, où la fiducie québécoise aurait pu (s')échouer sans l'impulsion vivifiante du *Code civil du Québec* qui, saisissant le concept de patrimoine d'affectation, permettait à l'institution de répondre aux impératifs d'un commerce de plus en plus dématérialisé sans renier les libéralités et la liberté testamentaire qui tissaient ses origines.

Laurence Bich-Carrière
Lavery, de Billy SENCRL

- 1 V.p.ex., *Laliberté v Larue*, [1931] SCR 7.
- 2 *Acte concernant la fiducie*, SQ 1879, c 29, ajoutant les articles 981a à 981n au *Code civil du Bas Canada* (1866).
- 3 *Curran v Davis*, [1933] SCR 283 ; *Royal Trust Co. c Tucker*, [1982] 1 RCS 250.
- 4 S. Normand et J. Gosselin, (1990) 31 *C de D* 681.
- 5 A. Popovici, dans A. Popovici et al. (dir), *Les intraduisibles en droit civil* (Montréal, Thémis, 2014), 129, pp. 132 et 142 ; v.a. J.E.C. Brierley, dans Barreau du Québec/Chambre des notaires, *La réforme du Code civil*, t. 1 (Ste-Foy, PUL, 1993), 735, p. 739.
- 6 M. Cantin Cumyn, (2013) 58 :4 *RD McGill* 811.
- 7 Y. Emerich, (2013) 58 :4 *RD McGill* 827.
- 8 Voir M. Cantin Cumyn, dans J. Beaulne (dir), *Mélanges Ernest-Caparos* (Montréal, Wilson & Lafleur, 2002), 129.
- 9 Art. 1260, 1278, 1316 CcQ, art. 85-91 du *Code de procédure civile*, RLRQ c 25.01 ; v.p.ex., *Levasseur c 9095-9206 Québec inc.*, 2012 QCCA 45, not. par. 74.