

Application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à la fiducie du *Code civil du Québec**

Albert BOHÉMIER**

Cette étude porte sur l'opportunité de rendre la Loi sur la faillite et l'insolvabilité applicable à une fiducie ou un patrimoine fiduciaire au sens du Code civil du Québec.

Lors de la réforme du Code civil en 1994, le législateur provincial a considérablement élargi le champ d'application de la fiducie en droit civil. S'appuyant sur la notion du patrimoine d'affectation, le législateur provincial a voulu, tout en s'inspirant du droit anglais, créer une fiducie qui pourrait s'intégrer adéquatement aux concepts du droit civil. La fiducie québécoise est devenue une institution de droit privé dont les mécanismes principaux sont codifiés.

Il serait bien téméraire d'essayer de prévoir le développement que cette institution renouvelée pourra connaître, à l'avenir, notamment en matière commerciale. Quoi qu'il en soit, si cette institution était utilisée plus couramment dans le domaine des affaires, le problème d'insolvabilité d'une fiducie qui exploite une entreprise prendrait un relief nouveau.

Jusqu'à maintenant, les juristes québécois se sont intéressés surtout à la création de la fiducie et aux règles relatives à son administration. À notre connaissance, aucune analyse approfondie n'a porté sur les conflits qui pourraient résulter de l'insolvabilité ou de la faillite d'une fiducie.

L'auteur de cette étude a tenté d'attirer l'attention du lecteur sur les problèmes de politique législative qu'une telle situation juridique pourrait présenter. Il s'est également permis de formuler des éléments de réponse.

* Cette étude a été préparée à la demande du ministère de la Justice du Canada. Les propos énoncés dans cette étude ne constituent pas des propositions de modification législative. Elle a été déposée en février 2001.

** Avocat-conseil auprès du cabinet Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre et professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Plan

Introduction : Opportunité de prévoir la mise en faillite d'une fiducie au sens du Code civil du Québec	119
I. Comparaison du trust anglais et de la fiducie québécoise	123
A. Nature de l'institution	123
1. Le trust en droit anglais	123
2. La fiducie en droit québécois	124
a) Régime du <i>Code civil du Bas Canada</i> (C.c.B.C.)	124
b) Réforme de 1994 et régime du <i>Code civil du Québec</i>	124
c) Conclusion	125
B. Espèces de fiducie	126
II. Droits et obligations des parties	128
Introduction	128
A. Droits du constituant, du bénéficiaire et de leurs créanciers	130
B. Droits du fiduciaire et des créanciers de la fiducie	131
1. Le droit anglais	131
2. Le droit civil québécois	133
a) Détermination du passif de la faillite du patrimoine fiduciaire	134
b) Constitution de l'actif de la faillite du patrimoine fiduciaire	138
Conclusion	139

III. Propositions de réforme	139
A. Application de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> à la fiducie québécoise	139
B. Les actes du patrimoine fiduciaire	140
C. Ouverture des procédures de faillite	141
D. Les actes frauduleux ou préférentiels	142
1. Constitution d'une fiducie en fraude des droits des créanciers	142
2. Paiements préférentiels ou actes frauduleux faits par le fiduciaire ès qualité à même les biens de la fiducie	143
3. Actes faits en fraude du patrimoine fiduciaire	143
E. La constitution de l'actif de la faillite du patrimoine fiduciaire	144
F. Paiement des sommes dues au fiduciaire	145
G. Libération de dettes	145

Opportunité de prévoir la mise en faillite d'une fiducie au sens du Code civil du Québec

La fiducie était déjà reconnue dans le Code civil de 1866, mais de façon très limitée. Ce n'est que par la loi particulière de 1879, intégrée au Code civil en 1888, que le Québec s'est donné son premier régime général concernant la fiducie établie à titre gratuit¹.

Lors de la réforme du Code civil en 1994, le législateur a voulu assouplir les règles relatives à la fiducie québécoise et en favoriser ainsi une plus grande utilisation. Il est trop tôt pour savoir dans quelle mesure cette volonté d'élargir le champ d'application de la fiducie atteindra ses objectifs.

Divers facteurs peuvent freiner le développement de cette institution. Dans certains milieux, on éprouve des réticences à intégrer cette notion dans un système de droit civil. On peut aussi entretenir des craintes quant à la réaction éventuelle des tribunaux².

*I think that the use of Quebec trusts as commercial vehicles outside of the province will be something that will take time to evolve. The new C.c.Q. provisions that came into force on January 1, 1994 have, to a very large extent, no precursors in the Quebec or other civil law systems. This means that it will take some time before a canon of jurisprudence (and practice) evolves to the point that practitioners and business people are comfortable with the new rules. Uncertainty of that sort is, generally speaking, unattractive in a commercial context.*³

Indépendamment de ces réticences, on peut croire que la réforme de 1994 favorisera un développement accru de la fiducie au Québec dans un contexte de relations commerciales⁴. Par exemple, on

¹ John E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation », dans *La réforme du Code civil*, vol. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 740.

² Roderick A. MACDONALD, « The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives », (1997) *Conférence Meredith* 155, 219.

³ William I. INNES, « Advantages and Disadvantages in Using a Quebec Trust or an Ontario Trust in Commercial Matter. A Comparative Analysis », (1997) *Conférence Meredith* 389.

⁴ Charlaïne BOUCHARD, « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante? », (2000) 102 *R. du N.* 87.

peut facilement imaginer un testateur qui cède son entreprise commerciale à un fiduciaire chargé de la gérer et de l'exploiter au profit d'un héritier⁵ ou encore pour garantir l'exécution d'une obligation⁶.

Il est évident que ces formes de fiducie constituées à des fins commerciales comportent des risques d'insolvabilité. L'entreprise qui en est le support peut accumuler des dettes qui excèdent la valeur des biens détenus en fiducie. C'est à ce moment-là notamment que se posera la question de savoir si la fiducie ne devrait pas être assujettie à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en vue d'assurer une distribution plus équitable des biens de la fiducie entre les diverses catégories de créanciers.

Il convient d'observer qu'il n'est pas dans notre intention d'analyser dans cette étude le sort qui devrait être réservé au « trust » des provinces de common law. Seule la fiducie québécoise va retenir notre attention. Mais, il peut être utile de signaler que d'aucuns souhaiteraient une remise en question du trust de common law :

However, let me be frank, and say that this – the personification of the common law trust – is not necessarily an unthinkable development. As we shall see in the final chapter, the idea is abroad and the twentieth century may not be over before we hear the serious suggestion made that the common law trust itself be recognized, as so many common law practitioners appear incorrectly to see it, as a persona.⁷

Indépendamment du sort réservé au trust de common law, notre réflexion s'en tiendra à la fiducie québécoise et à son traitement dans un souci d'harmonisation de la loi fédérale avec le *Code civil du Québec*.

La question que nous nous posons est la suivante : dans quelle mesure serait-il opportun de modifier la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (ci-après L.f.i.) en vue de permettre à une fiducie au sens du *Code civil du Québec* de se prévaloir des dispositions de cette loi fédérale au même titre que toute autre personne ou organisme?

⁵ Cette stratégie est utilisée depuis longtemps en droit anglais. Voir, à titre d'exemples : *In re Evans*, [1987] 34 Ch. Div. 597 (C.A.); *Dowse c. Gorton*, [1891] A.C. 190.

⁶ On donne généralement le nom de « fiducie – sûreté » à cette forme de garantie.

⁷ D.W.M. WATERS, « The Institution of the Trust in Civil and Common Law », Recueil des cours, vol. 252, La Haye, Academy of International Law, p. 406, cité par W.I. INNES, *loc. cit.*, note 3.

Dans l'affirmative, quelles conséquences cette modification législative apporterait-elle à l'égard des droits et obligations du constituant, du fiduciaire, du bénéficiaire des biens détenus en fiducie et des divers créanciers?

Au départ, il paraît évident que l'objection fondamentale que l'on pourrait être tenté de faire valoir à l'encontre de toute proposition de réforme semblable est la loi actuelle et la tradition anglaise. Dans les lois anglaise et canadienne, on n'a jamais jugé opportun de prévoir la mise en faillite d'un ensemble de biens détenus « *in trust* », au motif que cet ensemble formerait un patrimoine d'une nature particulière. Certes, la loi anglaise sur la faillite tient compte du « *trust* » dans son application. L'article 283(3)(a) de l'*Insolvency Act* de 1986 prévoit, comme la loi canadienne d'ailleurs, que les biens détenus en fiducie sont exclus de la faillite :

[...] *that property held by the bankrupt on trust for any other person is not included in the bankrupt's estate.*⁸

De même, l'article 281(3) de la loi anglaise prévoit que la libération de dettes (*order of discharge*) ne libère pas le failli de toute dette encourue comme fiduciaire suite à « *any fraud or fraudulent breach of trust to which he was a party* »⁹.

Pour le surplus, la loi anglaise sur la faillite ne contient aucune autre règle d'importance relative au « *trust* ». C'est dire que tous les problèmes juridiques relatifs aux biens et aux droits des parties nés du fait qu'une faillite est prononcée contre une personne qui agit comme « *trustee* » ou encore touche à des biens ou des droits rattachés à une fiducie, doivent être réglés en vertu des règles du droit commun et, en particulier, des règles d'*equity* applicables dans le domaine.

La question est donc de savoir si, malgré les objectifs d'harmonisation poursuivis, on ne devrait pas suivre la solution du droit anglais et s'abstenir de toute réforme. Ne pourrait-on pas prétendre qu'il est étrange que la fiducie du C.c.Q., inspirée dans ses grandes lignes du « *trust* » du droit anglais, soit assujettie à des règles particulières en cas de faillite alors que le « *trust* », qui en a été l'inspiration, ne le soit pas?

⁸ Ian F. FLETCHER, *The Law of Insolvency*, 2e éd., London, Sweet & Maxwell, 1996, p. 209.

⁹ *Id.*, p. 318.

D'un autre côté, dans la mesure où la solution de certains litiges se retrouve dans le droit dit d'*equity*, on peut, au contraire, être incité, ne serait-ce que pour des raisons d'harmonisation, à intervenir pour s'assurer que, le cas échéant, le droit supplétif applicable en la matière soit les règles du C.c.Q. et non celles de l'*equity law*.

Une deuxième objection à l'idée d'une proposition de réforme, c'est l'opportunité de la part du législateur fédéral de considérer la fiducie du *Code civil du Québec* comme une « personne », alors que le Code civil lui-même ne lui reconnaît aucune personnalité juridique.

À notre avis, cette objection ne tient pas. Le fait qu'un organisme ou un groupe devienne une « personne » au sens de la L.f.i., n'a pas pour effet de lui conférer nécessairement la personnalité juridique.

En réalité, l'organisme ou le groupe n'est ainsi assimilé à une « personne » que pour les fins d'application de la loi fédérale. Ainsi, l'organisme ou le groupe dont il est question peut devenir un « débiteur » ou un « créancier » au sens de cette loi et ses actes antérieurs à la faillite peuvent dès lors être attaqués comme « paiements préférentiels » ou « transactions révisables ». C'est l'avantage de considérer l'organisme ou le groupe comme une « personne » au sens de la L.f.i.

Le procédé n'est pas nouveau. Selon l'article 2 de la L.f.i., « sont assimilés à des personnes [...] les sociétés de personne¹⁰, associations non constituées en personne morale [...] ». Dans le même ordre d'idées, l'article 44 L.f.i. prévoit qu'une « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre peut être produite contre la succession d'un débiteur décédé »¹¹.

Par conséquent, pour décider de l'opportunité de rendre la L.f.i. applicable à la fiducie québécoise, il faut plutôt se poser les questions suivantes.

La fiducie du *Code civil du Québec* est-elle semblable au trust anglais? Y a-t-il au contraire des différences suffisantes entre ces deux institutions qui justifieraient une intervention législative dans un souci d'harmonisation? Une première partie de ce texte portera

¹⁰ Voir notamment : *Langille c. Toronto-Dominion Bank*, (1982) 40 C.B.R. n.s. 122 (C.S.C.); *Re Kingsberry Properties Ltd.*, (1998) 3 C.B.R. (4th) 135 (C.A. Ontario).

¹¹ Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 134 et 135.

sur la comparaison du trust du droit anglais et de la fiducie du C.c.Q. En second lieu, si l'on juge qu'une réforme est désirable, on s'intéressera ensuite aux conséquences que cette modification pourrait apporter dans l'application de la loi.

I. Comparaison du trust anglais et de la fiducie québécoise

Dans cette première partie, nous tenterons d'établir les points de similitude et les différences entre ces deux institutions. La comparaison se fera au niveau de la nature de ces institutions et des droits et obligations de leurs diverses composantes et de leurs créanciers.

A. Nature de l'institution

Deux questions vont retenir notre attention. Au niveau juridique, y a-t-il une différence de nature entre le trust anglais et la fiducie québécoise? Comme on distingue diverses espèces de fiducie, les catégories retenues en droit anglais et en droit québécois sont-elles les mêmes?

1. Le trust en droit anglais

C'est dans le cadre du système d'equity¹² que le trust a pu se développer en droit anglais :

*The key to the trust and its direct ancestor, the use, is this: they are creatures of equity, that is, they were enforced by the courts of chancery on the basis of conscience.*¹³

L'idée essentielle, sous-jacente au « trust », est de considérer le fiduciaire comme le propriétaire nominal ou en titre des biens détenus en fiducie, alors que le véritable propriétaire – qui doit en tirer avantage – est le bénéficiaire de la fiducie qu'on appelle souvent le « *cestui que trust* ». En d'autres mots, « *the trustee is the legal owner; the cestui que trust the equitable owner* »¹⁴.

¹² Philip H. PETTIT, *Equity and the Law of Trusts*, 5^e éd., London, Butterworths, 1984, p. 10.

¹³ A.H. OOSTERHOFF, *Cases and Materials on the Law of Trusts*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1983, p. 1.

¹⁴ P.H. PETTIT, *op. cit.*, note 12.

Le trust opère donc une certaine scission à l'intérieur du droit de propriété. Le fiduciaire a un droit légal (*legal title*) sur les biens tandis que le bénéficiaire détient plutôt un « *beneficial interest* » (*beneficial title*) sur ces biens. C'est cette scission dans le titre du droit de propriété qui rend aussi difficile l'intégration du trust dans le cadre d'un système de droit civil.

2. La fiducie en droit québécois

Ici, on doit distinguer entre le régime antérieur à la réforme de 1994 et le régime établi par celle-ci.

a) Régime du *Code civil du Bas Canada (C.c.B.C.)*

Sous réserve de quelques lois particulières, sous le régime de l'ancien Code (C.c.B.C.), la fiducie, inspirée du trust anglais, n'occupait qu'une place bien restreinte. Introduite en 1879 par une loi particulière¹⁵, elle fut introduite au *Code civil du Bas Canada* en 1888. Dans le C.c.B.C., seule la fiducie établie par donation ou par testament était reconnue :

*Limitée dans son application au domaine des libéralités, la fiducie n'était pas alors susceptible de régir des rapports d'affaires.*¹⁶

Cette insertion du trust dans le *Code civil du Bas Canada* a donné lieu à des controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la nature du droit détenu par le fiduciaire sur les biens de la fiducie¹⁷. L'opinion dominante, nous semble-t-il, fut de considérer que le fiduciaire détenait un droit de propriété *sui generis*¹⁸.

b) Réforme de 1994 et régime du *Code civil du Québec*

Le nouveau Code civil (C.c.Q.) retient la notion de *patrimoine d'affectation* comme fondement de la fiducie et en élargit considé-

¹⁵ *Acte concernant la fiducie*, S.Q. 1879, c. 29.

¹⁶ Robert GODIN, « Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec », dans Madeleine CANTIN CUMYN (dir.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, XV^e Congrès international de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 156.

¹⁷ Sur ces controverses, voir : Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 12 et suiv.

¹⁸ Voir : *Curran c. Davis*, [1933] R.C.S. 283; *Royal Trust Co. c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250; J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 1, n^o 7, 741.

ablement le champ d'application. Désormais une fiducie peut être constituée à titre gratuit ou à titre onéreux, par contrat, par la loi ou même par jugement, lorsque la loi le prévoit (art. 1262 C.c.Q.). Le but de la réforme était double : d'une part, rendre la fiducie du Code plus attrayante et d'utilisation plus fréquente; d'autre part, « civiliser » la fiducie en lui conférant une nature qui s'intègre davantage avec les concepts du droit civil :

Le nouveau droit québécois de la fiducie est en bonne partie modelé sur le trust de la Common Law. En fait, le défi de cette réforme consiste précisément à intégrer au droit civil québécois plusieurs caractéristiques importantes du trust de Common Law et ce, sans heurter pour autant les principes fondamentaux du droit civil.¹⁹

Sous le C.c.B.C., il était légitime de référer à la common law pour interpréter la fiducie québécoise, sans toutefois y incorporer tout le droit anglais²⁰.

Dans le nouveau Code civil, la fiducie devient un patrimoine d'affectation. Contrairement au trust, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne possèdent de droit de propriété sur les biens de la fiducie. Selon l'article 1261 C.c.Q. :

Le 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.

Toutefois, pour éviter que les biens de la fiducie deviennent des biens sans maître, l'article 1278 C.c.Q. précise que le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire.

c) Conclusion

Même si concrètement cela a finalement relativement peu de conséquences pratiques, la fiducie québécoise comporte beaucoup de points de similitude avec le trust du droit anglais dans son essence même. Toutefois, la fiducie québécoise est un patrimoine tout à fait autonome et dont nul n'est propriétaire. Le trust anglais opère au contraire une scission au niveau du « *ownership* » : le fiduciaire détient un « *legal right* » sur les biens de la fiducie tandis

¹⁹ André MORRISETTE, « Fiducie », (1993) 15 R.P.F.S., n° 3, 739.

²⁰ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, n° 63, p. 41. Voir : *Royal Trust Co. c. Tucker*, précité, note 18, 261.

que le bénéficiaire acquiert un « *beneficial interest* » sur ces mêmes biens.

Cette conception anglaise peut expliquer pourquoi il a été jugé opportun de prévoir dans les lois de la faillite, tant anglaise que canadienne (art. 67 L.f.i.), que « les biens d'un failli [...] ne comprennent pas [...] les biens détenus par le failli "in trust" pour toute autre personne »²¹. Comme le *trustee* détient un droit de propriété (*legal title*) sur les biens de la fiducie, ce texte reposait sur l'idée que le bénéficiaire ne pouvait être privé de ses droits rattachés à son « *beneficial interest* ». Relativement à la fiducie québécoise, ce texte n'offre pas la même utilité. N'étant pas propriétaire des biens de la fiducie, le fiduciaire, en cas de faillite, ne peut transférer au syndic aucun droit réel sur ces biens. L'article 67 L.f.i. a néanmoins l'avantage de confirmer l'idée que le syndic de la faillite du fiduciaire n'acquiert pas non plus les droits de maîtrise et d'administration que détenait ce dernier sur les biens de la fiducie. En effet, selon l'article 1355 C.c.Q., les fonctions du fiduciaire, qui est un administrateur du bien d'autrui (art. 1278, al. 2 C.c.Q.), prennent fin par sa faillite.

B. Espèces de fiducie

Le droit anglais reconnaît diverses espèces de fiducie. Sans entrer dans une étude en détail de cette question, on retient généralement comme principales catégories les fiducies suivantes :

1. **Express Trust** : le constituant exprime clairement son intention de créer une fiducie. Dans cette catégorie, on retrouve la « *declaration of trust* » où le constituant, par sa déclaration unilatérale, crée une fiducie.

²¹ *Insolvency Act*, 1986, art. 283(3). Observons que l'article 67 L.f.i. soulève quelques problèmes d'interprétation. Cette disposition vise-t-elle uniquement la fiducie de common law qui exige que des biens puissent être retracés? Voir : *Colombie Britannique c. Herfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24. Il semblerait que l'article 67 soit suffisamment large pour couvrir tous les cas où une fiducie est créée. Voir : Lloyd W. HOULDEN and Geoffrey B. MORAWETZ, *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Ont., Carswell, 2000, F§5, p. 262. Toutefois, l'article 67 ne comprendrait pas les situations où une simple relation fiduciaire est créée entre les parties imprégnant les sommes détenues par le failli d'un trust en faveur de personnes envers lesquelles le failli est responsable en une capacité de fiduciaire. Voir à ce sujet : I.F. FLETCHER, *op. cit.*, note 8, p. 209.

2. **Implied Trust** : c'est la fiducie où l'intention de l'établir de la part du constituant n'est pas exprimée clairement mais se déduit des mots qu'il a utilisés ou des actes qu'il a faits²².
3. **Resulting Trust** : c'est la fiducie qui peut naître notamment lorsqu'une personne achète un bien avec l'argent d'une autre personne, le transfère au nom d'une autre personne ou inscrit le bien en son nom et au nom d'une autre personne.
4. **Constructive Trust** : c'est le trust créé par ordre d'une cour d'equity, indépendamment de l'intention du constituant.
5. **Statutory Trust** : c'est la fiducie créée par une disposition de la loi.
6. **Discretionary Trust** : la fiducie discrétionnaire est celle suivant laquelle le fiduciaire a la discrétion de payer certains bénéficiaires de la fiducie à l'exclusion d'autres.
7. **Protective Trust** : c'est la fiducie dont le bénéficiaire peut profiter sa vie durant et qui prend fin lors d'un événement déterminé, tel que la faillite, et permet au fiduciaire d'exercer sa discrétion en faveur d'autres bénéficiaires.

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît qu'un nombre limité d'espèces de fiducie. Seule la fiducie expresse est reconnue. Sous réserve de la fiducie implicite qui donne matière à discussion, il ne peut y avoir de « *resulting trust* » non plus que de « *constructive trust* »²³. De même, une fiducie ne peut pas non plus être établie par simple déclaration unilatérale²⁴.

En réalité, le Code civil qualifie les fiducies selon leurs modes d'établissement (art. 1262 C.c.Q.) : la fiducie conventionnelle, la fiducie testamentaire, la fiducie légale en vertu d'un texte de loi et

²² P.H. PETTIT, *op. cit.*, note 12, p. 54. On discute de l'existence de la fiducie implicite en droit québécois : voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, p. 107.

²³ Diane BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18 *R.P.F.S.* 755, 763; Lise MORENCY, « La fiducie (trust) une institution de Common Law dans un contexte de droit civil », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 7 : « L'étendue des dispositions proposées se limite aux fiducies constituées de manière explicite, aux "Express Trusts", laissant ici de côté les "Resulting Trusts" et les "Constructive Trusts" ».

²⁴ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, p. 110 et suiv.

la fiducie judiciaire, lorsque la loi le permet (voir à titre d'exemple, l'article 591 C.c.Q.). Cette classification des fiducies québécoises n'a guère d'importance car les règles de constitution de la fiducie sont généralement les mêmes dans tous les cas. Quelle qu'en soit la source juridique, la fiducie elle-même ne peut exister que si le constituant transfère des biens au patrimoine qu'il crée²⁵.

Dans ce contexte, il apparaît plus facile d'envisager la mise en faillite d'une fiducie. Comme celle-ci, indépendamment de sa source, revêt un caractère exprès, la preuve de son existence et la détermination des biens qui en font partie soulèvent relativement moins de difficultés.

II. Droits et obligations des parties

Introduction

Outre la nature juridique de chacune des deux institutions (*supra*, p. 123), c'est sans doute ici qu'apparaissent les différences les plus fondamentales entre le trust anglais et la fiducie québécoise. Le résultat ultime de chacun des deux régimes demeure assez semblable mais les techniques employées et la procédure applicable diffèrent sensiblement. Comme nous le constaterons, le « trustee » anglais est, en principe, personnellement responsable des dettes encourues, même lorsqu'il agit dans le cadre de la fiducie alors que le fiduciaire d'une fiducie québécoise, en tant qu'administrateur du bien d'autrui, n'assume aucune responsabilité personnelle. C'est la fiducie elle-même qui est engagée. Celle-ci, comme tout autre patrimoine, possède un actif qui est garant de son passif.

Devant cet état de choses, on comprend plus facilement pourquoi le droit anglais n'a pas envisagé la faillite d'un trust dépourvu de toute personnalité juridique alors que la fiducie québécoise, en tant que patrimoine distinct et autonome, s'y prête plus facilement. C'est pourquoi dans les lignes qui suivent, nous analyserons successivement les droits et les obligations des parties sous le régime du trust anglais et sous le régime de la fiducie québécoise.

²⁵ *Id.*, n° 130, p. 80.

Il n'entre pas dans notre propos d'analyser en détail les droits et obligations de chacune des parties au trust (« *settlor, trustee, beneficiary* » et leurs créanciers respectifs). Cette étude exigerait une analyse approfondie de la jurisprudence et de la doctrine anglaises et ne nous serait guère utile.

Le trust anglais est différent de la fiducie québécoise. Cette dernière est réglementée de façon assez précise par les dispositions du nouveau Code, au chapitre de la fiducie (art. 1260 C.c.Q.) et à celui de l'administration des biens d'autrui (art. 1299 C.c.Q.). Il est vrai que le droit anglais, comme d'ailleurs le droit des diverses provinces canadiennes de common law, ont adopté des lois pour préciser certains droits du trustee²⁶. Ces statuts viennent ajouter au droit antérieur sans en modifier véritablement la substance.

Notre réflexion est centrée sur la fiducie québécoise. La question fondamentale, nous semble-t-il, est de déterminer quelles personnes auraient des réclamations contre le patrimoine fiduciaire déclaré en faillite et à quel titre. Ensuite, il faudra préciser les recours que le patrimoine fiduciaire, représenté par le syndic de faillite, pourrait lui-même exercer. Les autres recours pouvant être exercés entre les diverses autres parties à la fiducie ou même contre des tiers devraient continuer en principe d'être régis par les règles du droit commun.

Si un patrimoine fiduciaire était déclaré en faillite, c'est que son endettement serait supérieur à la valeur réalisable de ses actifs. Dans cette hypothèse, il n'y aurait plus de biens fiduciaires susceptibles d'être remis par le fiduciaire aux bénéficiaires ou, à défaut, au constituant de la fiducie²⁷.

²⁶ Voir, en droit anglais : *Trustee Act*, 15 Geo. VI, c. 19 et les modifications de 1983, c. 20, devenu le *Trustee Act 2000*, (U.K.), 2000, c. 29; voir aussi, à titre d'exemple : *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23.

²⁷ La nature de ce droit de retour des biens au constituant (art. 1297 C.c.Q.) donne lieu à discussion; voir : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 2, qui parle d'un « *reversionary right* », sans plus de précision. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, p. 209, est d'avis qu'il ne saurait être question ici d'un « *resulting trust* » au sens de la common law.

A. Droits du constituant, du bénéficiaire et de leurs créanciers

En créant la fiducie, le constituant se départit de la propriété des biens qui sont transférés dans le patrimoine fiduciaire. C'est dire que les créanciers personnels du constituant n'ont plus aucun droit sur les biens fiduciaires eux-mêmes. Ils ne pourront saisir, le cas échéant, que le droit résiduel du constituant²⁸.

Tout au plus, le constituant conservera-t-il un droit de surveillance sur l'administration fiduciaire. En insérant des clauses appropriées dans l'acte constitutif, il pourra ainsi jouer un rôle plus actif pendant la vie de la fiducie²⁹ : désignation ou remplacement du fiduciaire, faculté d'élire les bénéficiaires, etc.

Quant au bénéficiaire de la fiducie, ses droits ne sont guère plus étendus. Le bénéficiaire est celui qui est destiné à profiter des avantages de la fiducie. Pendant sa durée, le bénéficiaire ne détient qu'un droit de créance personnel contre la fiducie (art. 1284 C.c.Q.). Toutefois, comme titulaire de ce droit, il peut le céder à un tiers (art. 1285 C.c.Q.), à moins que l'acte constitutif ne renferme des clauses d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité. De même, sauf cette réserve, les créanciers du bénéficiaire peuvent saisir ce droit de tirer avantage de la fiducie mais ils n'ont aucun recours contre les biens fiduciaires eux-mêmes.

Enfin, si le patrimoine fiduciaire devient déficitaire, les droits du constituant et du bénéficiaire sont subordonnés à ceux du fiduciaire et des créanciers de la fiducie :

Should the trust become bankrupt, the residuary right of the settlor and the rights of the beneficiary will, in principle, be similar to those of a shareholder of a corporation. The beneficiary will take only after all creditors of the trust – secured, privileged and unsecured – have been fully paid. Some suggest that the beneficiary is an ordinary, unsecured creditor of the trust who should rank pari passu with other unsecured creditors, but this would be to mischaracterize the relationship of the beneficiary to the trust patrimony. The beneficiary does not have a

²⁸ Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, n^o 186, p. 110.

²⁹ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, n^o 188, p. 117. Si ce rôle est trop étendu, on pourra prétendre qu'il existe un contrat de mandat entre le constituant et le fiduciaire, ce qui pourrait être de nature à engager la responsabilité du constituant.

*personal right as a creditor against the trust, since the trust is not a legal person.*³⁰

Si le patrimoine fiduciaire devait être considéré comme une « personne » pour les fins de l'application de la loi de faillite (voir *infra*, p. 139 et 140), il faudra s'assurer que l'octroi de ce statut n'ait pas pour effet d'accroître les droits du bénéficiaire.

B. Droits du fiduciaire et des créanciers de la fiducie

Ici, les règles du droit anglais et celles du *Code civil du Québec* sont assez différentes. Nous en ferons un exposé sommaire. Cela aidera à comprendre pourquoi on peut être plus naturellement enclin à envisager la faillite d'un patrimoine fiduciaire québécois par opposition à la tradition anglaise.

1. Le droit anglais

En principe, le trustee est personnellement responsable envers les tiers pour les dettes contractées dans le cadre de l'administration du trust :

*A trustee is personally liable on the contracts into which he enters, unless he excludes personal liability by express stipulation, and the knowledge of those who deal with him that he is contracting in his capacity as trustee is immaterial. Accordingly, where a trustee trades or otherwise deals with trust property, he is deemed, as against all persons other than the beneficiaries, to do so on his own account, and is consequently personally liable for all debts incurred in the course of the trade or dealing and may be made bankrupt in respect of it.*³¹

En contrepartie, le trustee a le droit de se faire indemniser à même les biens de la fiducie sur lesquels, pour assurer son remboursement, il possède un « lien »³². Au besoin, le trustee peut

³⁰ R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 2, 215.

³¹ HALSBURY'S *Laws of England*, vol. 48, London, Butterworths, 2000, n° 976, p. 652; P.H. PETTIT, *op. cit.*, note 12, p. 404; Andrew TETTENBORN, « The Trust in Business: Property and Obligations in England », dans M. CANTIN CUMYNN (dir.), *op. cit.*, note 16, p. 48; voir aussi : W.I. INNES, *loc. cit.*, note 3, 412.

³² HALSBURY'S, *op. cit.*, note 31; Arthur UNDERHILL et David J. HAYTON, *Law Relating to Trust and Trustees*, 14^e éd., London, Butterworths, 1987, p. 699 et suiv.; *In re Evans*, précité, note 5; *Dowse c. Gorton*, précité, note 5.

se faire indemniser, par le bénéficiaire *sole et sui juris*, pour ses dépenses et ses obligations dûment encourues³³.

En principe, les créanciers qui ont contracté avec le trustee n'ont comme tels aucun recours direct contre les biens de la fiducie. Cependant, dans la mesure où le trustee est en droit de réclamer une indemnité pour les obligations dûment encourues, les créanciers peuvent alors exercer leurs droits sur les biens fiduciaires, en invoquant une forme de subrogation³⁴.

D'ailleurs, si le fiduciaire devient insolvable, son droit d'être indemnisé à même les biens de la fiducie est transféré par l'effet de la loi (subrogation) à l'ensemble des créanciers (« *as a whole* »)³⁵.

L'auteur de ces lignes a trouvé relativement peu de développements sur le droit du trustee de recevoir une rémunération pour ses services. Cela peut s'expliquer par le fait que, selon la common law, un trustee devait en principe remplir ses devoirs gratuitement. Toutefois, sur le continent nord américain, l'habitude des « trustee »

³³ *Hardoon c. Belilios*, [1901] A.C. 118 (P.C.) : « [...] *a cestui que trust ought to save his trustee harmless as to all damages relating to the trust* ». HALSBURY'S, *op. cit.*, note 31, n° 785, p. 413; A. TETTENBORN, *loc. cit.*, note 31, 48; P.H. PETTIT, *op. cit.*, note 12, p 404.

³⁴ A. UNDERHILL et D.J. HAYTON, *op. cit.*, note 32; *In re Johnson*, [1880] 15 C. Div. 548; *In re Raybould*, [1900] 1 Ch. 199. En droit anglais, la subrogation exige normalement qu'un paiement ait été effectué : *Coursolles c. Fookes*, (1889) 16 O.R. 691. Mais, il semblerait que la subrogation soit aussi un « *remedy* » plus étendu pour éviter tout enrichissement injuste. Voir : *Orapko c. Manson Investments Ltd.*, [1977] 3 All. E.R. 1, [1978] A.C. 95, 104 : « My Lords, there is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law. What it does is to provide specific remedies in particular cases of what might be classified as unjust enrichment in a legal system that is based on the civil law. There are circumstances in which the remedy takes the form of "subrogation" but this expression embraces more than a single concept in English Law.

It is a convenient way of describing a transfer of rights from one person to another, without assignment or assent of the person from whom the rights are transferred and which takes place by operation of law in a whole variety of widely different circumstances.

Voir aussi : *Re TH Knitwear (Wholesale) Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 860, à la page 865 : « *However, though there are many reported cases relating to subrogation, the limits of the principle are ill-defined and obscure* ».

³⁵ A. TETTENBORN, *loc. cit.*, note 31, 48.

professionnels d'être payés pour leurs services a toujours été reconnue³⁶.

Lorsqu'un trustee a droit à une rémunération, il peut se rembourser à même les biens détenus en fiducie, mais il n'a généralement aucun recours contre le bénéficiaire. Cette dernière règle comporterait deux exceptions :

*[...] where they [trustees] undertook the trust at the request of a settlor who is also a beneficiary and except where the beneficiary or beneficiaries are sui juris and solely entitled to the trust property.*³⁷

Ce sont les droits et recours généralement reconnus aux créanciers et au trustee en droit anglais. Mais, nos recherches limitées ne nous ont pas permis de savoir comment étaient répartis entre eux les biens de la fiducie lorsque le trustee était insolvable et la fiducie déficitaire.

2. Le droit civil québécois

Comme nous pourrions le constater, les règles applicables en droit civil sont fort différentes de celles du droit anglais. Ce sont les articles 1260 à 1298 C.c.Q. qui traitent de la fiducie. Dans ces textes, on prévoit tout simplement à l'article 1278, al. 2, que le fiduciaire « agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ». Pour connaître les droits et les obligations des parties, il faut donc se référer aux articles 1299 à 1370 C.c.Q. relatifs à l'administration du bien d'autrui.

Ayant la maîtrise et l'administration du patrimoine fiduciaire (art. 1278 C.c.Q.), le fiduciaire peut exercer tous les droits afférents au patrimoine et prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation :

*Il peut sans problème procéder à la vente ou à l'échange des biens qu'il a sous son contrôle; il lui est aussi permis de grever ces biens de toute sûreté [...]*³⁸

³⁶ A.H. OOSTHERHOFF, *op. cit.*, note 13, p. 872 et 873.

³⁷ *Id.*

³⁸ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, p. 180.

a. Détermination du passif de la faillite du patrimoine fiduciaire

Quant aux obligations du fiduciaire et aux droits des créanciers, la règle fondamentale se retrouve à l'article 1319 C.c.Q. :

L'administrateur qui, dans les limites de ses pouvoirs, s'oblige au nom du bénéficiaire ou pour le patrimoine fiduciaire n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il contracte.

Il est responsable envers eux s'il s'oblige en son propre nom, sous réserve des droits des tiers contre le bénéficiaire ou le patrimoine fiduciaire, le cas échéant.

Le fiduciaire qui agit au nom du patrimoine fiduciaire n'engage en principe aucunement sa responsabilité, contrairement au trustee du droit anglais. Les créanciers acquièrent donc un recours direct sur les biens de la fiducie. Il en est de même lorsque le fiduciaire a agi en son propre nom. Dans ce cas, les tiers ont un recours contre le fiduciaire personnellement ou contre le patrimoine fiduciaire en poursuivant le fiduciaire en sa qualité d'administrateur³⁹.

Si le patrimoine fiduciaire est déficitaire, il en résultera un concours, d'une part, entre les créanciers eux-mêmes et, d'autre part, entre ceux-ci et le fiduciaire pour ses réclamations légitimes. Dans une telle situation, le patrimoine fiduciaire étant insolvable, on ne voit pas pourquoi la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne recevrait pas application comme il en est pour tout débiteur insolvable. Pourquoi un créancier prioritaire pourrait-il être payé avant un créancier hypothécaire alors que normalement, dans le cas de faillite, il en est autrement. En d'autres mots, il semblerait légitime que la distribution des biens du patrimoine fiduciaire insolvable soit assujettie aux mêmes règles que toute autre personne insolvable qui exploite une entreprise au Canada.

Selon le Code civil, les fonctions du fiduciaire prennent fin par sa faillite (art. 1355 C.c.Q.) mais non par celle du bénéficiaire de cette administration⁴⁰.

³⁹ Voir art. 59, al. 3 *Code de procédure civile*.

⁴⁰ J.E.C. BRIERLEY, *loc. cit.*, note 1, 798, n° 96 : «la faillite du bénéficiaire ne met fin à l'administration du bien que si cela a un effet sur les biens administrés».

Quant à la fin de la fiducie elle-même, elle est réglementée par les articles 1296 à 1298 C.c.Q. Il va de soi qu'à l'époque, le législateur provincial ne pouvait envisager la faillite comme cause d'extinction de la fiducie. Toutefois, l'article 1296, al. 2 C.c.Q. prévoit que la fiducie prend fin par l'« impossibilité, constatée par le tribunal, d'atteindre le but de la fiducie ».

S'inspirant de l'affaire *In re : La succession de feu Pierre des Marais*⁴¹, on peut croire que la faillite de la fiducie peut en entraîner l'extinction :

*En vertu du Code civil du Québec, la fiducie prend fin aussi par l'impossibilité constatée par le tribunal d'atteindre le but de la fiducie. **Ce serait le cas ici s'il n'y avait plus aucun bien à administrer.***⁴²

Si la faillite du patrimoine fiduciaire était envisagée, serait-il utile de prévoir, dans la loi fédérale, que celle-ci met automatiquement fin à la fiducie? À notre avis, il ne serait ni nécessaire, ni vraiment utile d'adopter une disposition semblable. Elle pourrait, nous semble-t-il, donner lieu à quelques difficultés au point de vue constitutionnel.

Si le patrimoine fiduciaire devient une « personne » susceptible d'être déclarée en faillite selon la loi fédérale, tous les biens de celle-ci seront dévolus au syndic, conformément à l'article 71(2) L.f.i. Par conséquent, la fiducie serait vidée de son contenu et le fiduciaire n'aurait plus de biens à administrer. C'est le syndic qui pourrait désormais gérer et liquider le patrimoine fiduciaire.

La seule difficulté réside dans le fait que tant que la fiducie n'a pas pris fin, aucun texte n'oblige le fiduciaire à rendre compte⁴³. Pour mettre fin à la fiducie, faudra-t-il un jugement du tribunal de droit commun? La Cour de faillite aurait-elle autorité pour statuer en ce sens? La solution la plus simple, à notre avis, serait de prévoir dans la loi fédérale que le fiduciaire doit, selon le cas, rendre compte de son administration, à la demande du syndic de la faillite du patrimoine fiduciaire, ou encore remettre au syndic copie de la reddition de compte faite par le fiduciaire au bénéficiaire de la fiducie (art. 1363 C.c.Q.).

⁴¹ [1997] R.J.Q. 2662, 2667 (C.Q.).

⁴² *Id.* (L'emphase est de nous.)

⁴³ Voir : art. 1363 C.c.Q.

S'il y a faillite du patrimoine fiduciaire, le syndic en acquiert la saisine et le fiduciaire doit remettre au syndic les biens fiduciaires. Ici, une difficulté pourrait se soulever du fait que l'article 1369, al. 2 C.c.Q. prévoit que le fiduciaire peut « retenir le bien administré jusqu'au paiement de ce qui lui est dû » (dépenses et rémunération). De plus, si ce droit de rétention porte sur des meubles, la créance du fiduciaire devient prioritaire (art. 2651(3^o) C.c.Q.).

Le caractère prioritaire de cette créance peut se justifier par le fait que les dépenses du fiduciaire sont généralement faites dans l'intérêt commun ou, à tout le moins, dans l'intérêt d'autrui. Toutefois, s'il y a faillite, ce droit de priorité disparaît.

Le droit de rétention du fiduciaire pourrait davantage gêner l'administration efficace de la faillite. Un droit de rétention est opposable au syndic et confère la qualité de créancier garanti⁴⁴. À notre avis, la loi fédérale devrait prévoir que le fiduciaire ne peut opposer son droit de rétention au syndic de la faillite. En contrepartie, la loi devrait toutefois accorder un traitement privilégié à la créance du fiduciaire.

Quant à la distribution des biens du patrimoine fiduciaire failli, elle devrait suivre l'ordre prévu par la loi fédérale. Les droits des créanciers garantis seraient protégés et les créanciers non garantis seraient payés sur un pied d'égalité, sous réserve des priorités de l'article 136 L.f.i.

Seules les réclamations du fiduciaire pourraient soulever quelques difficultés particulières. Ces réclamations peuvent être classées en trois catégories :

1. La rémunération qui est fixée par l'acte constitutif ou, à défaut, en fonction des usages ou de la valeur des services rendus (art. 1300 C.c.Q.).
2. Les dépenses encourues par le fiduciaire dans l'exécution de ses fonctions pour la réalisation du but de la fiducie. Au chapitre de l'administration du bien d'autrui, l'article 1367, al. 1 C.c.Q. dispose :

⁴⁴ Voir : *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, art. 25 (modifiant l'article 2(1) L.f.i.).

Les dépenses de l'administration, y compris les frais de la reddition de compte et de la remise, sont à la charge du bénéficiaire ou du patrimoine fiduciaire.

Ces dépenses comprennent les frais encourus pour la conservation et l'exploitation des biens, la rémunération de l'administrateur, s'il y a lieu, les frais judiciaires et les honoraires des professionnels.⁴⁵

3. Les obligations assumées par le fiduciaire en son nom propre et qui ont profité au patrimoine fiduciaire. Dans ce cas, comme nous l'avons vu, le tiers a un recours contre le fiduciaire personnellement et aussi contre le patrimoine fiduciaire (art. 1319, al. 2). Si le tiers agit contre le fiduciaire personnellement, ce dernier devrait pouvoir ensuite, comme subrogé, se retourner contre le patrimoine fiduciaire.

Pour assurer le paiement des sommes qui lui sont dues, le fiduciaire peut opposer la compensation. En effet, selon l'article 1369, « l'administrateur a le droit de déduire des sommes qu'il doit remettre [...] ce que le patrimoine fiduciaire lui doit en raison de l'administration ».

De toute évidence, l'exercice par le fiduciaire de ce droit de compensation présuppose l'existence de liquidités suffisantes dans le patrimoine fiduciaire. Si ce dernier est déclaré en faillite, comme il est suggéré, il n'y a aucune raison de priver le fiduciaire de l'exercice de ce droit. La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* elle-même prévoit à l'article 97(3) que tout créancier peut invoquer les règles de la compensation à l'encontre du syndic.

Si le fiduciaire ne parvient pas ainsi à se faire payer intégralement, l'article 1369, al. 2 C.c.Q. lui reconnaît un droit de rétention sur les biens administrés. Ce droit de rétention s'exercera utilement sur les biens meubles puisqu'il est alors doublé d'une priorité. Nous avons discuté plus haut du sort qui devrait être fait à ce droit de rétention.

Quant aux réclamations non acquittées du fiduciaire à la faillite du patrimoine fiduciaire, nous serions enclins à leur reconnaître un certain caractère privilégié dans la faillite, du moins en ce qui touche la rémunération du fiduciaire, les frais de la reddition de

⁴⁵ Madeleine CANTIN CUMYN, *Traité de droit civil – L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 391, p. 333.

compte et les dépenses administratives dûment encourues par le fiduciaire dans la réalisation du but de la fiducie. Ces dépenses sont faites non pas dans l'intérêt du fiduciaire lui-même, mais plutôt au profit du bénéficiaire et des créanciers. Quant aux réclamations fondées sur les obligations contractées par le fiduciaire en son nom personnel mais au profit de la fiducie, elles ne devraient pas, à notre avis, profiter d'un traitement particulier. Le fiduciaire devrait venir à la faillite comme subrogé aux droits du créancier dont la créance a été acquittée par le fiduciaire.

b. Constitution de l'actif de la faillite du patrimoine fiduciaire

La composition de l'actif de la faillite du patrimoine fiduciaire ne devrait pas soulever de difficultés. Par l'effet du dessaisissement, tous les biens du patrimoine fiduciaire seront dévolus au syndic. Il lui appartiendra donc de réclamer le paiement de toutes les sommes dues au patrimoine fiduciaire. Il pourra notamment réclamer des dommages-intérêts au fiduciaire dont la gestion a été imprudente ou fautive.

Les sources de responsabilité civile sont multiples. Les dommages-intérêts viennent indemniser le bénéficiaire ou le patrimoine administré pour le préjudice découlant des manquements de l'administrateur dans l'exercice de ses pouvoirs. L'inexécution injustifiée peut consister, notamment, en une gestion imprudente ou négligente, l'accomplissement d'un contrat dont l'annulation est exclue par l'effet de l'apparence, une délégation inopportune, une démission intempestive, la détérioration et la destruction du bien administré.⁴⁶

En plus, le syndic à la faillite du patrimoine fiduciaire devrait pouvoir, comme représentant des créanciers, exercer les recours appropriés contre le fiduciaire lorsqu'un acte a été exécuté en fraude des droits du patrimoine fiduciaire. Ces recours peuvent même, le cas échéant, être dirigés contre le constituant ou le bénéficiaire, dans la mesure où ceux-ci ont participé à l'acte frauduleux⁴⁷.

L'exercice par le syndic des recours ci-haut décrits n'exige pas d'intervention législative particulière. Les règles actuelles du droit commun et de la loi fédérale paraissent suffisantes.

⁴⁶ *Id.*, n° 358, p. 309.

⁴⁷ Art. 1292 C.c.Q.

Conclusion

En règle générale, les créanciers, qui contractent avec un fiduciaire, n'ont aucun recours contre ce dernier. Leurs droits doivent plutôt s'exercer contre le patrimoine fiduciaire lui-même. La possibilité que le patrimoine fiduciaire devienne déficitaire risque de se présenter surtout lorsque la fiducie exploite une entreprise. Dans une telle hypothèse, il y aura inévitablement concours entre les créanciers eux-mêmes de même qu'entre ceux-ci et le fiduciaire. Il nous semblerait alors plus approprié d'appliquer les règles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

III. Propositions de réforme

Il nous a paru utile d'essayer de présenter le contenu de ce rapport sous forme de propositions de réforme précises. Il va de soi qu'il s'agit de simples suggestions. Mais, la formulation de celles-ci sous forme de textes légaux devrait permettre au lecteur de mieux apprécier l'étendue des changements proposés et leur pertinence.

A. Application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à la fiducie québécoise

Art. 1 proposé (modification à l'article 2 L.f.i.)

Est aussi assimilé à une personne une fiducie ou un patrimoine fiduciaire au sens du Code civil du Québec.

OU

Art. 1A proposé

Est aussi assimilé à une personne une fiducie ou un patrimoine fiduciaire au sens du Code civil du Québec qui a pour objet d'exploiter une entreprise.

Quoique d'application plus limitée, nous préférons la formulation de l'article 1A. C'est lorsqu'une fiducie exploite une entreprise que ses créanciers peuvent être en plus grand nombre et que le risque d'insolvabilité est plus élevé. Rappelons que toute activité économique organisée constitue une entreprise au sens du Code civil (art. 1525, al. 3). Cette notion peut donc, selon les circonstances, comprendre même la gestion et l'investissement en matière immobilière. Pour simplifier la rédaction des divers textes, il nous paraîtrait utile de parler du « patrimoine fiduciaire ».

Le *Code civil du Québec* distingue entre trois (3) espèces de fiducie (art. 1266 C.c.Q.) :

1. **La fiducie personnelle (art. 1267 C.c.Q.)** constituée à titre gratuit dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être.
2. **La fiducie d'utilité privée (art. 1268 et 1269 C.c.Q.)** constituée à titre gratuit ou à titre onéreux « qui a pour objet l'érection, l'entretien ou la conservation d'un bien corporel [...], soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée ». Cette fiducie peut, selon le cas, avoir une vocation commerciale ou non⁴⁸.
3. **La fiducie d'utilité sociale (art. 1270 C.c.Q.)** « constituée dans un but d'intérêt général, notamment à caractère culturel, éducatif, philanthropique, religieux ou scientifique. Elle n'a pas pour objet essentiel de réaliser un bénéfice ni d'exploiter une entreprise »⁴⁹. C'est dire qu'en général la fiducie d'utilité sociale échappera à l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

B. Les actes du patrimoine fiduciaire

En droit civil, le patrimoine fiduciaire n'a pas de personnalité juridique. C'est le fiduciaire qui a la maîtrise et l'administration de ce patrimoine. Celui-ci agit au nom du patrimoine fiduciaire dans les limites des pouvoirs qui lui sont conférés (art. 1308 C.c.Q.). Les obligations qu'il contracte ainsi que les paiements effectués à ce titre par le fiduciaire lient le patrimoine fiduciaire.

En droit civil, les conséquences pouvant résulter du fait que le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine d'affectation demeurent encore imprécises. D'aucuns prétendent que le patrimoine fiduciaire ne peut contracter directement; il ne serait ni un débiteur, ni un créancier, faute de personnalité juridique⁵⁰. Pour d'autres, le

⁴⁸ J. BEAULNE, *op. cit.*, note 17, p. 58 et suiv.

⁴⁹ *Id.*, p. 73.

⁵⁰ Voir : R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, note 2.

patrimoine fiduciaire en tant que patrimoine d'affectation a une existence juridique réelle. Même s'il ne possède pas la personnalité juridique, ce patrimoine a un actif et un passif. À ce titre, rien ne l'empêcherait d'acquiescer le statut de créancier ou de débiteur.

C'est pourquoi, pour éviter d'entrer dans cette discussion qui ne paraît pas définitivement résolue jusqu'à maintenant, il pourrait être utile, pour faciliter l'application des dispositions fédérales, de prévoir que les actes dûment accomplis par le fiduciaire lient le patrimoine fiduciaire qui est assimilé à une personne. Ainsi, les paiements préférentiels et les transactions révisables faites par le fiduciaire pour le patrimoine fiduciaire pourront être considérés comme des actes et paiements de la « personne » que constitue le patrimoine fiduciaire pour les fins d'application de la loi fédérale.

Art. 2 proposé

Pour les fins de l'application de la présente loi, tout acte et tout paiement fait de bonne foi par le fiduciaire dans les limites de ses pouvoirs sont réputés être un acte ou un paiement fait par le patrimoine fiduciaire.

C. Ouverture des procédures de faillite

Comme une compagnie, le patrimoine fiduciaire doit se faire représenter pour agir. C'est le rôle du fiduciaire. La faillite du patrimoine fiduciaire ne mettant pas fin *ipso facto* à la fiducie, les procédures initiales devraient être exercées contre le fiduciaire *ès* qualité.

Art. 3 proposé

La pétition en vue d'une ordonnance de séquestre contre un patrimoine fiduciaire est signifiée au fiduciaire *ès* qualité.

Le fiduciaire *ès* qualité peut faire cession pour le patrimoine fiduciaire ou déposer une proposition pour celle-ci aux termes de la Section I de la partie III.

Commentaires : Cette règle n'est pas absolument nécessaire puisque la Règle 3 réfère aux dispositions du *Code de procédure civile*. Or, l'article 59 de ce Code prévoit que l'administrateur du bien d'autrui plaide en son propre nom et *ès* qualité pour tout ce qui touche son administration. D'ailleurs, selon l'article 1316 C.c.Q., « [l]'administrateur [du bien d'autrui] peut ester en justice pour tout ce qui touche son administration; il peut aussi intervenir dans toute action concernant les biens administrés ».

Une fois la faillite déclarée, tout le patrimoine fiduciaire est dévolu au syndic de la faillite qui exercera alors ses pouvoirs sur les biens du patrimoine.

D. Les actes frauduleux ou préférentiels

Ici, il faut envisager plusieurs situations : (1) une fiducie peut être constituée en fraude des droits des créanciers; (2) le patrimoine fiduciaire peut avoir fait des paiements préférentiels ou des actes frauduleux; (3) le fiduciaire seul ou avec la complicité d'autres peut avoir fait des actes en fraude du patrimoine fiduciaire. Sur toutes ces questions, les règles du droit positif actuel nous paraissent suffisantes.

1. Constitution d'une fiducie en fraude des droits des créanciers

Imaginons une personne insolvable qui transfère des biens dans un patrimoine fiduciaire en vue de frauder ses créanciers. Cette situation n'a rien à voir avec la faillite éventuelle du patrimoine fiduciaire. Ce sont plutôt les créanciers du constituant lui-même ou le syndic de la faillite du constituant qui seront affectés par ce transfert des biens à une fiducie. Le droit actuel comporte des règles suffisantes pour remédier à cette situation.

En l'absence de faillite, l'article 1292 C.c.Q. veut que le constituant soit responsable des actes exécutés en fraude des droits de ses créanciers. Les créanciers peuvent donc poursuivre le constituant pour lui réclamer le préjudice subi. De plus, l'action en inopposabilité (art. 1631 et suiv. C.c.Q.) permettra aux créanciers de récupérer les actifs frauduleusement transférés dans un patrimoine fiduciaire⁵¹.

S'il y a faillite, le syndic de la faillite du constituant pourra, en tant que représentant des créanciers, exercer l'action en inopposabilité en vertu de l'article 72(1) L.f.i.

⁵¹ Éric PRUD'HOMME, *Caractéristiques de la fiducie québécoise comme instrument de protection d'actifs*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1999, p. 75.

2. Paiements préférentiels ou actes frauduleux faits par le fiduciaire ès qualité à même les biens de la fiducie

Ici encore, les règles du droit positif couvrent suffisamment la situation. Outre l'action en inopposabilité, les recours particuliers prévus à la loi fédérale pourront recevoir application. Si, au nom de la fiducie, le fiduciaire ès qualité a payé un créancier en vue de le préférer aux autres, l'article 95 L.f.i. recevra application. Selon cette disposition, « [s]ont tenus pour frauduleux et inopposables au syndic dans la faillite tout transport ou transfert de biens ou [...] tout paiement fait [...] par une personne insolvable en faveur d'un créancier ou d'une personne en fiducie pour [elle] ».

De même, si une transaction intervient entre le fiduciaire et le patrimoine fiduciaire – qui devient une personne – on ne devrait pas hésiter à considérer qu'il existe en fait un lien de dépendance entre les deux et que la transaction est révisable (art. 100 L.f.i.). Certes, l'article 4 L.f.i. pourrait être modifié de façon à prévoir que le fiduciaire et le patrimoine fiduciaire sont des personnes liées. On voit qu'en considérant le patrimoine fiduciaire comme une « personne » au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, l'application des règles de celle-ci est grandement facilitée.

3. Actes faits en fraude du patrimoine fiduciaire

Le syndic, comme représentant des créanciers, devrait pouvoir se prévaloir de l'article 1292 C.c.Q. Cette disposition prévoit que « [l]e fiduciaire, le constituant et le bénéficiaire sont, s'ils y participent, solidairement responsables des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant **ou du patrimoine fiduciaire** »⁵².

Voilà pourquoi nous croyons qu'en ce qui concerne les différents actes frauduleux relatifs aux créanciers du constituant et du patrimoine fiduciaire, les règles du droit positif actuel semblent suffisantes en elles-mêmes.

⁵² (L'emphase est de nous.)

E. La constitution de l'actif de la faillite du patrimoine fiduciaire

Si le patrimoine fiduciaire constitue une personne susceptible d'être déclarée en faillite, tous ses biens « doivent [...] immédiatement passer et être dévolus au syndic » de la faillite (art. 71(2) L.f.i.). Pour ne pas gêner l'administration de la faillite, le fiduciaire ne devrait pas pouvoir opposer son droit de rétention au syndic (voir *supra*, p. 136) et lui transmettre immédiatement tous les biens qui composent le patrimoine fiduciaire.

Art. 4 proposé

Lorsqu'une ordonnance de séquestre est rendue contre un patrimoine fiduciaire, ou qu'une cession est produite auprès d'un séquestre officiel pour un tel patrimoine, le fiduciaire doit transmettre immédiatement tous les biens du patrimoine fiduciaire au syndic.

Nonobstant toute règle de droit provincial, le fiduciaire ne peut retenir la possession des biens fiduciaires à l'encontre du syndic ni lui opposer aucun droit de rétention.

Commentaires : L'efficacité de l'administration de la faillite exige que le syndic prenne possession immédiatement de tous les biens du patrimoine fiduciaire. À ce stade, le fiduciaire ne devrait pas pouvoir opposer au syndic son droit de rétention.

Art. 5 proposé

À la demande du syndic, le fiduciaire doit rendre compte de son administration. Si le compte ne peut être rendu à l'amiable, la reddition de compte a lieu en justice.

Commentaires : Ce texte s'inspire de l'article 1364 C.c.Q. Comme actuellement la faillite du patrimoine fiduciaire n'est pas une cause de la fin de l'administration de la fiducie, cette disposition apparaît nécessaire. Le syndic pourra convenir à l'amiable avec le fiduciaire de la forme et du contenu de cette reddition de compte. Le syndic pourra notamment se satisfaire de la reddition de compte rendue au profit du bénéficiaire (art. 1363 C.c.Q.). À défaut d'entente à l'amiable, le syndic devrait pouvoir exiger que la reddition de compte soit rendue en justice.

F. Paiement des sommes dues au fiduciaire

Comme nous l'avons vu, le fiduciaire peut avoir trois types de réclamations contre le patrimoine fiduciaire. L'une concerne sa rémunération et l'autre est relative aux dépenses faites dans intérêt de la fiducie. La troisième vise les obligations contractées par le fiduciaire en son nom personnel mais qui ont profité à la fiducie (voir *supra*, p. 136). Pour les deux premières, à tout le moins, le fiduciaire bénéficie en vertu du Code civil d'un droit de rétention et de compensation. Son droit de rétention sur les meubles confère de plus à sa créance un caractère prioritaire.

Lorsque le fiduciaire a contracté en son propre nom et qu'il est appelé à ce titre à payer des sommes à un créancier, il devrait, à notre avis, venir à la faillite comme simple subrogé aux droits du créancier.

Quant à sa rémunération et aux dépenses de l'administration, y compris les frais de la reddition de compte, le fiduciaire devrait, à notre avis, bénéficier d'une réclamation prioritaire dans la faillite aux termes de l'article 136 L.f.i. La réclamation du fiduciaire devrait être sujette aux droits des créanciers garantis. Si le fiduciaire n'a pas déjà été entièrement indemnisé par son droit de compensation, sa réclamation devrait être acquittée par priorité, immédiatement après les frais d'administration (art. 136(1)b) L.f.i.). Cette règle accorderait au fiduciaire un statut semblable à celui que lui reconnaît le Code civil.

G. Libération de dettes

L'article 169(4) L.f.i. devrait être modifié comme suit :

Art. 6 proposé

Une personne morale ou un patrimoine fiduciaire ne peut demander une libération à moins d'avoir acquitté intégralement les réclamations de ses créanciers.

Si un patrimoine fiduciaire exploite une entreprise et devient déficitaire, le but de la fiducie ne peut plus être atteint. Tout

intéressé peut combler le déficit (art. 1293 C.c.Q.). À défaut, toutefois, la fiducie ne devrait pas pouvoir obtenir une libération de dettes à moins de payer tous ses créanciers ou de leur soumettre une proposition en vertu de la Section I de la partie III de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

Application of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to the Trust of the *Civil Code of Québec**

Albert BOHÉMIER**

This study addresses the advisability of rendering the Bankruptcy and Insolvency Act applicable to a trust (fiducie) or a trust patrimony (patrimoine fiduciaire) within the meaning of the Civil Code of Québec.

In the 1994 Civil Code reform, the provincial legislator considerably expanded the scope of the trust in civil law. Relying on the notion of patrimony by appropriation, the provincial legislature wanted to create a trust based on the model of English law that could be consistent with civil law concepts. The Québec trust became a private law institution of which the primary mechanisms have been codified.

It would be imprudent to attempt to anticipate the manner in which this renewed institution might develop in future, especially on commercial matters. In any event, if such an institution were used more widely in the field of business, the problem of the insolvency of a trust that carries on an enterprise would take on a new light.

Thus far members of the legal profession in Québec have mainly been interested in the creation of the trust and in the rules governing its administration. To our knowledge, there has been no in-depth analysis of the conflicts that could result from the insolvency or bankruptcy of a trust.

The author of this study has attempted to draw the reader's attention to the potential legislative policy issues of such a legal situation as well as offering a number of possible solutions.

* This study was prepared at the request of the Department of Justice Canada. The comments made herein do not constitute proposals for legislative amendments. The study was submitted in February 2001.

** Senior Counsel with Joli-Cœur, Lacasse, Geoffrion, Jetté, St-Pierre and professor emeritus of the Faculty of Law of the Université de Montréal.

Outline

Introduction: Advisability of Establishing Provisions Relating to the Bankruptcy of a Trust Within the Meaning of the <i>Civil Code of Québec</i>	117
I. Comparison between the English Trust and the Quebec Trust	121
A. Nature of the Institution	121
1. The Trust in English Law	121
2. The Trust in Quebec Law	122
a. Scheme of the <i>Civil Code of Lower Canada</i> (C.C.L.C.)	122
b. 1994 Reform and Scheme of <i>Civil Code of Québec</i>	123
c. Conclusion	123
B. Types of Trusts	124
II. The Parties' Rights and Obligations	126
Introduction	126
A. The Rights of the Settlor, the Beneficiary and their Creditors	127
B. The Rights of the Trustee and of the Creditors of the Trust	129
1. English Law	129
2. Quebec Civil Law	131
a. Determination of Liability in the Bankruptcy of a Trust Patrimony	131
b. Determination of the Property in the Bankruptcy of a Trust Patrimony	135
Conclusion	136

III. Proposed Reforms	137
A. Application of the <i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> to the Quebec Trust	137
B. Acts of the Trust Patrimony	138
C. Institution of Bankruptcy Proceedings	139
D. Fraudulent or Preferential Acts	139
1. Establishment of a Trust in Fraud of the Rights of the Creditors	140
2. Preferential Payments or Fraudulent Acts Made by the Trustee in his Official Capacity from the Trust Property	140
3. Acts Made in Fraud of the Trust Patrimony	141
E. Determination of the Property in the Bankruptcy of the Trust Patrimony	141
F. Payment of Amounts Owing to the Trustee of the Patrimony	142
G. Release of Debts	143

Advisability of Establishing Provisions Relating to the Bankruptcy of a Trust Within the Meaning of the Civil Code of Québec

Trusts were already recognized in the 1866 Civil Code, but in a very limited way. It was not until the special statute of 1879, which was integrated into the Civil Code in 1888, that Québec adopted its first overall scheme with regard to gratuitous trusts.¹

During the Civil Code reform in 1994, the legislator wanted to make the rules governing Québec trusts more flexible, thereby fostering greater use of them. It is still too soon to know the extent to which that desire to broaden the scope of the trust will meet its objectives.

A variety of factors may impede the development of that institution. Various groups have shown some reluctance towards the idea of incorporating such a notion into the system of civil law. There may also be fears concerning the potential reaction of the courts.²

I think that the use of Québec trusts as commercial vehicles outside of the province of Québec will likely be something that will take time to evolve. The new C.C.Q. provisions that came into force on January 1, 1994 have, to a very large extent, no precursors in the Québec or other civil law systems. This means that it will take some time before a canon of jurisprudence (and practice) evolves to the point that practitioners and business people are comfortable with the new rules. Uncertainty of that sort is, generally speaking, unattractive in a commercial context.³

Notwithstanding such reluctance, the 1994 reform may well foster an increased development of the trust in Québec in a context of

¹ J.E.C. Brierley, "De certains patrimoines d'affectation: Les articles 1256-1298" in *La réforme du Code civil*, vol. 1 (Sainte-Foy, Qc.: Presses de l'Université Laval, 1993) 735 at para. 6.

² R.A. Macdonald, "The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives" in *Meredith Conference Lectures* (Montréal: McGill University, Faculty of Law, 1997) 155 at paras. 27-32.

³ W.I. Innes, "Advantages and Disadvantages in Using a Québec Trust or an Ontario Trust in Commercial Matter: A Comparative Analysis" in *Meredith Conference Lectures*, *supra* note 2, 389 at 416.

commercial relations.⁴ For example, it is easy to imagine a testator assigning his commercial enterprise to a trustee charged with administering it and operating it for the benefit of an heir⁵ or using it as security for the performance of an obligation.⁶

It is obvious that such forms of trusts established for commercial purposes entail insolvency risks. The enterprise behind them may incur debts that exceed the value of the property held in trust. This would be an example of a situation in which the question would arise as to whether the trust should be subject to the *Bankruptcy and Insolvency Act* in order to ensure a more equitable distribution of the property of the trust among the various categories of creditors.

It should be noted that it is not our intention to analyze in this study the fate of how the trust should be treated in the common law provinces. Our sole focus will be Quebec trusts. However, it may be useful to observe that there are those who would like to revisit the question of the trust in common law:

However, let me be frank, and say that this – the personification of the common law trust – is not necessarily an unthinkable development. As we shall see in the final chapter, the idea is abroad and the twentieth century may not be over before we hear the serious suggestion made that the common law trust itself be recognized, as so many common law practitioners appear incorrectly to see it, as a persona.⁷

Irrespective of the fate reserved to the common law trust, our analysis will be confined to the Quebec trust and its treatment from the standpoint of harmonization of the federal legislation with the *Civil Code of Québec*.

The question we are asking here is the following: to what extent would it be advisable to amend the *Bankruptcy and Insolvency Act* (hereinafter *B.I.A.*) to enable a trust within the meaning of the *Civil Code of Québec* to take advantage of the provisions

⁴ C. Bouchard, "L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : Une alternative intéressante?", (2000) 102 R. du N. 87.

⁵ This strategy has long been used in English law. See *e.g. Re Evans*, [1887] 34 Ch.D. 597 (C.A.); *Dowse v. Gorton*, [1891] A.C. 190.

⁶ The name of "security trust" is generally given to this form of security.

⁷ D.W.M. Waters, "The Institution of the Trust in Civil and Common Law" (The Hague: Academy of International Law, Collected Courses, vol. 252) at 406, cited by Innes, *supra* note 3 at 416, n. 86.

of that federal statute in similar fashion to any other person or organization? If it would be, what would be the consequences of such a legislative amendment on the rights and obligations of the settlor, the trustee and the beneficiary of the property held in trust and the various creditors?

It appears obvious at the outset that the fundamental objection that one might be tempted to make against any such proposed reform relates to the current law and the English tradition. English and Canadian law do not contain any provisions that address the possibility of the bankruptcy of a set of property held in trust, based on that argument that such property would form a trust of a particular nature. The English bankruptcy statute includes the “trust” in its application. Paragraph 283(3)(a) of the *Insolvency Act* of 1986 provides, as does the Canadian statute, that property held in trust is excluded from bankruptcy:

*... that property held by the bankrupt on trust for any other person is not included in the bankrupt's estate.*⁸

As well, subsection 281(3) of the English statute provides that an order of discharge does not release the bankrupt of debts incurred as a trustee in connection with “any fraud or fraudulent breach of trust to which he was a party.”⁹

Aside from that, the English legislation on bankruptcy does not contain any other significant rules on “trusts”. In other words, all of the legal problems relating to property and to the rights of the parties arising out of the fact that bankruptcy has been declared against a person acting as a trustee or involves property or rights associated with a trust must be resolved under the rules of common law and in particular the rules of equity that apply in that area.

The question is therefore whether or not, despite the harmonization objectives that are being pursued, we should adopt the approach used under English law and avoid making any reform. Might it not be considered strange that the trust of the C.C.Q., modeled on the trust of English law, be subject to specific rules in the event of bankruptcy when the common law trust on which it is based is not?

⁸ I.F. Fletcher, *The Law of Insolvency*, 2d ed. (London: Sweet & Maxwell, 1996) at 209.

⁹ *Ibid.* at 318.

On the other hand, given that the manner in which certain disputes are settled is based on the law of equity, one might be encouraged on the contrary, if only for harmonization purposes, to take steps to ensure where applicable that the supplementary law in effect in that regard is constituted by the rules of the C.C.Q. and not those of equity law.

A second objection to the idea of a proposed reform relates to whether the federal Parliament should treat the trust of the *Civil Code of Québec* as a “person” when the Code itself does not recognize it as having any juridical personality.

In our view, such an objection is not valid. The fact that an organization or group becomes a “person” within the meaning of the *B.I.A.* does not necessarily confer juridical personality on it.

In reality, an organization or group would be deemed a “person” for the purposes of application of the federal legislation only. Accordingly, the organization or group in question could become a “debtor” or a “creditor” within the meaning of that statute and its acts prior to the bankruptcy could henceforth be contested as “preferential payments” or “reviewable transactions”. This is the advantage of considering an organization or a group to be a “person” within the meaning of the *B.I.A.*

The procedure is not new. Under section 2 *B.I.A.*, “person” includes a partnership,¹⁰ an unincorporated association ...” Along the same lines, section 44 *B.I.A.* provides that “a petition for a receiving order may be filed against the estate of a deceased debtor.”¹¹

Accordingly, to determine the advisability of making the *B.I.A.* applicable to Québec trusts, the following questions must be asked instead.

Is the trust of the *Civil Code of Québec* similar to the English trust? Are there on the contrary sufficient differences between the two institutions to warrant legislative intervention in the interest of harmonization? The first part of this text will compare the trust

¹⁰ See *e.g. Langille v. Toronto Dominion Bank* (1982), 40 C.B.R. (N.S.) 113 at 114 (S.C.C.); *Re Kingsberry Properties Ltd.* (1998), 3 C.B.R. (4th) 135 (Ont. C.A.).

¹¹ A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1 (Montréal: Thémis, 1992) at 134-35.

in English law with that of the C.C.Q. Second, if it has been determined that reform is desirable, we will then examine the impact that such changes could have on the application of the law.

I. Comparison between the English Trust and the Quebec Trust

In this first part we will endeavour to establish the similarities and differences between those two institutions. The comparison will address the nature of those institutions and the rights and obligations of their various components and of their creditors.

A. Nature of the Institution

We will be focusing on two questions. From a legal standpoint, is there any difference between the nature of the English trust and the Quebec trust? Since there are distinctions among various types of trusts, are the categories used in English law and Quebec law the same?

1. The Trust in English Law

It has been through the system of equity¹² that the trust has been able to develop in English law:

*The key to the trust and its direct ancestor, the use, is this: they are creatures of equity. That is, they were enforced in the courts of chancery on the basis of conscience.*¹³

The basic idea behind the “trust” is to consider the trustee to be the nominal owner or the person who holds title to the property held in trust, whereas the true owner – the party who is to benefit from it – is the beneficiary under the trust, often called the “*cestui*

¹² P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 5th ed. (London: Butterworths, 1984) at 10-11.

¹³ A.H. Oosterhoff, *Cases and Materials on the Law of Trusts*, 2d ed. (Toronto: Carswell, 1983) at 1.

que trust". In other words, "the trustee is the legal owner, the cestui que trust the equitable owner."¹⁴

The trust therefore effects a type of division of the right of ownership. The trustee has legal title to the property while the beneficiary holds a "beneficial interest" (beneficial title) to it. It is that split in the title with regard to right of ownership that makes the integration of the trust into the system of civil law so difficult.

2. The Trust in Quebec Law

It is important here to distinguish between the scheme prior to the 1994 reform and the scheme established by it.

a. Scheme of the Civil Code of Lower Canada (C.C.L.C.)

Notwithstanding a number of special statutes, under the scheme of the former Code (C.C.L.C.), the trust, modeled on the English trust, had only a very limited role. Introduced in 1879 through a special statute,¹⁵ it was integrated into the *Civil Code of Lower Canada* in 1888. In the C.C.L.C. only the trust established by donation or by will was recognized:

*Limited in its application to the area of donations, the trust did not apply to business relations.*¹⁶

This incorporation of the trust into the *Civil Code of Lower Canada* gave rise to doctrinal and precedential controversies on the nature of the right held by the trustee over the property in the trust.¹⁷ It seems to us that the dominant opinion was to consider that the trustee held a *sui generis* right of ownership.¹⁸

¹⁴ Petit, *supra* note 12 at 22.

¹⁵ *An Act respecting Trusts*, S.Q. 1879, c. 29.

¹⁶ R. Godin, "Utilisation de la fiducie dans le domaine commercial au Québec", in M. Cantin Cumyn (ed.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, XV^e Congrès International de Droit Comparé (Bruxelles: Bruylant, 1999) at 156 [translated].

¹⁷ On such controversies, see J. Beaulne, *Droit des fiducies* (Montréal: Wilson & Lafleur, 1998) at paras. 12-33.

¹⁸ See *Curran v. Davis*, [1933] S.C.R. 283; *Royal Trust Co. v. Tucker*, [1982] 1 S.C.R. 250; Brierley, *supra* note 1 at para. 7.

b. 1994 Reform and Scheme of Civil Code of Québec

The new *Civil Code of Québec* (C.C.Q.) has adopted the notion of *patrimony by appropriation* as the basis for the trust and considerably broadens its scope. A trust can henceforth be established by onerous title or gratuitously, by contract, by operation of law or even by judgment, where the law provides (art. 1262 C.C.Q.). The purpose of the reform was two-fold: to make the trust in the Code more attractive and more commonly used, and to make it more consistent with the concepts of civil law:

*The new Quebec law governing the trust is largely modeled on the trust of the common law. The challenge for this reform is precisely to integrate into the Quebec civil law some of the important features of the common law trust, without violating the fundamental principles of civil law.*¹⁹

Under the C.C.L.C. it was legitimate to refer to the common law to interpret the Québec trust without, however, introducing the whole of English law.²⁰

In the new Civil Code, the trust has become a patrimony by appropriation. Unlike with the trust, neither the trustee nor the beneficiary possesses the right of ownership over the property in the trust. Under article 1261 C.C.Q.:

The trust patrimony, consisting of the property transferred in trust, constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary and in which none of them has any real right.

However, to ensure that the property in the trust does not become property without an owner, article 1278 C.C.Q. provides that the trustee has the control and the exclusive administration of the trust patrimony.

c. Conclusion

Although this has ultimately few consequences in concrete terms, the Québec trust has a great deal of inherent similarities with the trust of English law. However, the Québec trust is an entirely

¹⁹ A. Morrisette, "Réforme du Code civil : Fiducie" (1993) 15:3 R.P.F.S., 737 at 739 [translated].

²⁰ Beaulne, *supra* note 17 at para. 63. See *Royal Trust Co. v. Tucker*, *supra* note 18 at 261.

autonomous patrimony which has no owner. The English trust, on the contrary, effects a division in ownership: the trustee holds a “legal right” to the property in the trust while the beneficiary acquires a “beneficial interest” in the property.

This English conception may explain why it was considered appropriate to stipulate in the bankruptcy statutes, both English and Canadian (s. 67 *B.I.A.*), that “the property of a bankrupt ... shall not comprise ... property held by the bankrupt in trust for any other person.”²¹ Since the trustee holds a right of ownership (legal title) to the property in the trust, that wording was based on the idea that the beneficiary could not be deprived of his rights associated with his beneficial interest. Such wording is not equally useful for Quebec trusts. Since the trustee does not own the property in the trust, in the event of bankruptcy he cannot transfer any real rights over the property to the trustee in bankruptcy. Section 67 *B.I.A.* nonetheless has the advantage of confirming the idea that the trustee in a trustee’s bankruptcy does not acquire the rights of control and exclusive administration the latter held over the property in trust. Under article 1355(1) *C.C.Q.*, the duties of the trustee, who is an administrator of the property of others (art. 1278, para. 2 *C.C.Q.*), terminate upon his becoming bankrupt.

B. Types of Trusts

The English law recognizes various types of trust. This study will not enter into a detailed analysis of this question; however, the following major categories of trust have generally been identified:

1. **Express Trust:** The settlor clearly expresses his intention to create a trust. This category covers the “declaration of

²¹ *Insolvency Act 1986* (U.K.), 1986, c. 45, s. 283(3). We note that section 67 *B.I.A.* raises certain problems of interpretation. Does that provision apply solely to the common law trust, which requires that property be able to be traced? See *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24. It would appear that section 67 is sufficiently broad to cover all cases in which a trust is created. See Honourable L.W. Houlden & Morawetz, *The 2001 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000) at 262, F§5. However, section 67 would not cover situations in which a simple fiduciary relationship is created between the parties affecting the amounts held by the bankrupt of a trust in favour of persons towards whom the bankrupt is responsible in the capacity of fiduciary. See on this subject: Fletcher, *supra* note 8 at 209.

trust”, whereby the settlor, through his unilateral declaration, creates a trust.

2. **Implied Trust:** In this case the settlor’s intention to establish a trust has not been clearly expressed but can be deduced from the words he has used or by his acts.²²
3. **Resulting Trust:** A resulting trust is created when, for example, a person purchases property with another person’s money, transfers it to the name of another person or registers the property in his own and another person’s name.
4. **Constructive Trust:** This type of trust is created by order of a court of equity, irrespective of the settlor’s intention.
5. **Statutory Trust:** A statutory trust is created by a provision of the law.
6. **Discretionary Trust:** With this type of trust, the trustee has the discretion of paying certain beneficiaries of the trust to the exclusion of others.
7. **Protective Trust:** A beneficiary can take advantage of a protective trust throughout his lifetime. It terminates upon a specific event, such as bankruptcy, and enables the trustee to exercise his discretion on behalf of other beneficiaries.

The *Civil Code of Québec* recognizes only a limited number of types of trust. The express trust is the only one recognized. With the exception of the implied trust, which is open to discussion, there cannot be a resulting trust or a constructive trust.²³ As well, a trust cannot be established simply by unilateral declaration.²⁴

²² Pettit, *supra* note 12 at 54. This work discusses the existence of the implied trust in Quebec law: see Beaulne, *supra* note 17 at paras. 172-177.

²³ D. Bruneau, “La fiducie et le droit civil”, (1996) 18:4 R.P.F.S. 755 at 762, n. 19; L. Morency, “La fiducie (Trust) : Une institution de Common Law dans un contexte de droit civil” in *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec : Actes des Journées louisianaises de l’Institut canadien d’études juridiques supérieures, 1991* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1992) 1 at 7: “The scope of the proposed provisions is limited to express trusts and does not cover resulting trusts or constructive trusts” [translated].

²⁴ Beaulne, *supra* note 17 at paras. 178-181.

In reality, the Civil Code characterizes trusts according to the manner in which they are established (art. 1262 C.C.Q.): by contract, by will, by operation of law or by judgment, where authorized by law (see, for example, article 591 C.C.Q.). This classification of Quebec trusts is of little significance since the rules by which trusts are established are generally the same in all cases. Regardless of the legal source, the trust itself can exist only if the settlor transfers property to the patrimony that has been created.²⁵

In this context, it seems easier to contemplate a trust declaring bankruptcy. Since a trust has an express nature regardless of its source, the proof of its existence and the determination of the property that comprises it raise relatively fewer difficulties.

II. The Parties' Rights and Obligations

Introduction

Aside from the legal nature of each of the two institutions (at 121, above), it is undoubtedly here that the most fundamental differences between the English and Quebec trusts arise. The final outcome of each of the two systems is quite similar but the method used and the procedure that applies are rather different. As we will see, the English trustee is, in principle, personally liable for the debts incurred, even when he is acting in the context of the trust, whereas the trustee of a Quebec trust, as an administrator of the property of others, assumes no personal responsibility. It is the trust itself that is engaged. Like any other patrimony, a trust has assets that serve as security for its liabilities.

In light of this situation, it is easier to understand why English law has not contemplated the bankruptcy of a trust devoid of all juridical personality, while the Quebec trust, as an autonomous and distinct patrimony, lends itself more readily to this. That is why in the following lines we will be analyzing the rights and obligations of the parties under the system of the English trust and that of the Quebec trust.

It is not our intent here to analyze in detail the rights and obligations of each party in the trust (settlor, trustee, beneficiary, and

²⁵ *Ibid.* at para. 130.

their respective creditors). Such an undertaking would require an in-depth analysis of English case law and doctrine and would not be of a great use here.

The English trust is different from the Quebec trust. The latter is regulated fairly closely by the provisions of the new Code pertaining to trusts (art. 1260 C.C.Q.) and the administration of the property of others (art. 1299 C.C.Q.). It is true that English law, like the law in the Canadian common law provinces, has enacted legislation to clarify certain rights of the trustee.²⁶ Those statutes have added to the previous law without really changing its substance.

Our analysis centres on the Quebec trust. It seems to us that the fundamental question is to determine which persons would have claims against a trust patrimony declared to be in bankruptcy and in what capacity. It will then be necessary to establish the remedies that the trust patrimony, represented by the trustee in bankruptcy, could itself exercise. The other remedies that could be exercised among the various other parties to the trust or even against third parties should continue in principle to be governed by the rules of *jus commune*.

If a trust patrimony were declared to be in bankruptcy, this would mean that its indebtedness was higher than the realizable value of its assets. In such a scenario there would no longer be any trust property that could be transferred by the trustee to the beneficiaries or, failing this, to the settlor of the trust.²⁷

A. The Rights of the Settlor, the Beneficiary and their Creditors

In creating a trust, the settlor abandons ownership of the property transferred in the trust patrimony. This means that the settlor's personal creditors no longer hold any rights over the trust

²⁶ See in English law: *Trustee Act 1925* (U.K.), 1925, 15 Geo. V, c. 19 and the amendments of 1893, c. 20, now the *Trustee Act 2000* (U.K.), 2000, c. 29; see also, for example: *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T-23.

²⁷ The nature of this right to return the property to the settlor (art. 1297 C.C.Q.) is open to discussion; see Macdonald, *supra* note 2 at para. 159, which speaks of a "reversionary right", without going into greater detail. Beaulne, *supra* note 17 at para. 475, is of the view that this could not involve a "resulting trust" within the meaning of the common law.

property itself. If applicable, they could seize only the settlor's residuary right.²⁸

At best, the settlor will have a right of oversight over the trustee's administration. By inserting the appropriate clauses in the constituting act, he could thereby play a more active role during the life of the trust:²⁹ designation or replacement of the trustee, power to appoint the beneficiaries, etc.

As for the beneficiary of the trust, his rights are no more extensive. The beneficiary is the person who is to receive the benefits of the trust. While the trust is in effect, the beneficiary holds only a personal right against the trust (art. 1284 C.C.Q.). However, as the holder of that right, he can transfer it to a third party (art. 1285 C.C.Q.), unless the constituting act contains inalienability or exempt of seizure clauses. Moreover, unless there is such a limitation clause, the beneficiary's creditors can seize that right to benefit from the trust but they have no remedy against the trust property itself.

Finally, if the trust patrimony enters into a deficit position, the rights of the settlor and the beneficiary are subordinate to those of the trustee and the creditors of the trust.

*Should the trust become bankrupt, the residuary rights of the settlor and the rights of the beneficiary will, in principle, be similar to those of a shareholder of a corporation. The beneficiary will take only after all creditors of the trust – secured, privileged and unsecured – have been fully paid. Some suggest that the beneficiary is an ordinary, unsecured creditor of the trust who should rank *pari passu* with other unsecured creditors, but this would be to mischaracterize the relationship of the beneficiary to the trust patrimony. The beneficiary does not have a personal right as a creditor against the trust since the trust is not a legal person.³⁰*

If the trust patrimony were to be considered a "person" for the purposes of the application of the bankruptcy statute (see at 137, above), it would be necessary to ensure that the granting of such status did not have the effect of enhancing the beneficiary's rights.

²⁸ D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété*, 2d ed. (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 1995) at para. 186.

²⁹ Beaulne, *supra* note 17 at para. 189. If this role is too broad, it could be claimed that there is contract of mandate between the settlor and the trustee, which could be such as to engage the responsibility of the settlor.

³⁰ Macdonald, *supra* note 2 at para. 160.

B. The Rights of the Trustee and of the Creditors of the Trust

Here the rules of English law and those of the *Civil Code of Québec* are quite different. We provide a summary of those differences below. This will serve to explain why there might be a stronger inclination to establish provisions relating to the bankruptcy of a Quebec trust patrimony as compared with the English tradition.

1. English Law

In principle, the trustee under English law is personally responsible towards third parties for debts incurred in the administration of a trust:

*A trustee is personally liable on the contracts into which he enters, unless he excludes personal liability by express stipulation, and the knowledge of those who deal with him that he is contracting in his capacity as trustee is immaterial... Accordingly, where a trustee trades or otherwise deals with trust property, he is deemed, as against all persons other than the beneficiaries, to do so on his own account, and is consequently personally liable for all debts incurred in the course of the trade or dealing and may be made bankrupt in respect of it.*³¹

In consideration of the above, the trustee is entitled to seek compensation from the trust property itself, against which he has a lien so as to ensure he is reimbursed.³² If necessary, the trustee may seek compensation from the beneficiary *sui juris and solely* for his duly incurred expenses and obligations.³³

In principle, those creditors who have contracted with the trustee have no direct remedy against the trust property as such. However, given that the trustee is entitled to claim compensation

³¹ *Halsbury's Laws of England*, vol. 48, 4th ed. (reissue) (London: Butterworths, 2000) at 652, para. 976; Pettit, *supra* note 12 at 404; A. Tettenborn, "The Trust in Business: Property and Obligation in England", in Cantin Cumyn (ed.), *supra* note 16 at 48; see also Innes, *supra* note 3 at 412.

³² *Halsbury's Laws of England*, *supra* note 31, n. 4; Underhill & Hayton, *Law Relating to Trusts and Trustees*, 14th ed. (London: Butterworths, 1987) at 699ff.; *Re Evans*, *supra* note 5; *Dowse v. Gorton*, *supra* note 5.

³³ *Hardoon v. Belilios*, [1901] A.C. 118 at 124 (P.C.): "... a cestui que trust ought to save his trustee harmless as to all damages relating to the trust". *Halsbury's Laws of England*, *supra* note 31 at 524-25, para. 785, n. 3; Tettenborn, *supra* note 31; Pettit, *supra* note 12 at 404-06.

for duly incurred obligations, the creditors may then exercise their rights over the property in the estate by invoking a form of subrogation.³⁴

Moreover, if the trustee becomes insolvent, his right to compensation from the trust property is transferred by operation of law (subrogation) to the creditors as a whole.³⁵

The author of these lines has found relatively few developments in connection with the trustee's right to receive compensation for his services. The reason for this may be that, under common law, a trustee was required in principle to perform his duties free of charge. However, in North America, the practice of professional trustees being paid for their services has always been recognized.³⁶

When a trustee is entitled to compensation, he may be paid from the property held in trust but he generally has no remedy against the beneficiary. There are, however, two exceptions to that rule:

*... where they [trustees] undertook the trust at the request of a settlor who is also a beneficiary... and except where the beneficiary or beneficiaries are sui juris and solely entitled to the trust property.*³⁷

Those are the rights and remedies generally conferred on creditors and on the trustee under English law. However, our limited

³⁴ Underhill & Hayton, *supra* note 32; *Re Johnson*, [1880] 15 Ch.D. 548; *Re Raybould*, [1900] 1 Ch. 199. In English law, subrogation normally requires that payment be made: *Coursolles v. Fookes*, (1889) 16 O.R. 691. However, it would appear that subrogation is also a more commonly used remedy for avoiding unjust enrichment. See *Orapko v. Manson Investments Ltd.*, [1977] 3 All E.R. 1, [1978] A.C. 95 at 104: "My Lords, there is no general doctrine of unjust enrichment recognised in English law. What it does is to provide specific remedies in particular cases of what might be classified as unjust enrichment in a legal system that is based on the civil law. There are some circumstances in which the remedy takes the form of "subrogation", but this expression embraces more than a single concept in English Law.

It is a convenient way of describing a transfer of rights from one person to another, without assignment or assent of the person from whom the rights are transferred and which takes place by operation of law in a whole variety of widely different circumstances."

See also *Re TH Knitwear (Wholesale) Ltd.*, [1988] 1 All E.R. 860 at 865: "However, though there are many reported cases relating to subrogation, the limits of the principle are ill-defined and obscure."

³⁵ Tettenborn, *supra* note 31.

³⁶ Oosterhoff, *supra* note 13 at 865.

³⁷ *Ibid.* at 872-73.

research did not reveal how the trust property was allocated among them when the trustee was insolvent and the trust showed a deficit.

2. Quebec Civil Law

It is evident that the rules that apply in civil law are quite different from those of English law. Articles 1260 to 1298 C.C.Q. deal with trusts. Those provisions simply provide, at article 1278, para. 2, that the trustee “acts as the administrator of the property of others charged with full administration.” To establish the rights and obligations of the parties, it is necessary to refer to articles 1299 to 1370 C.C.Q. relating to the administration of the property of others.

Having the control and the exclusive administration of the trust patrimony (art. 1278 C.C.Q.), the trustee may exercise all rights pertaining to the patrimony and take any proper measure to secure its appropriation:

He may proceed to sell or exchange the property under his control without any problem; he is also authorized to make the property subject to any security ...³⁸

a. Determination of Liability in the Bankruptcy of a Trust Patrimony

With respect to the trustee’s obligations and the creditors’ rights, the fundamental rule is found in article 1319 C.C.Q.:

Where an administrator binds himself, within the limits of his powers, in the name of the beneficiary or the trust patrimony, he is not personally liable towards third persons with whom he contracts.

He is liable towards them if he binds himself in his own name, subject to any rights they have against the beneficiary or the trust patrimony.

In principle, a Quebec trustee who acts on behalf of a trust patrimony does not assume his liability in any way, unlike the English trustee. The creditors thus acquire a direct remedy against the trust property. The same holds true when a trustee has acted in his own name. In that case, third parties have a remedy against the trustee

³⁸ Beaulne, *supra* note 17 at para. 298 [translated].

personally or against the trust patrimony by bringing an action against the trustee in his capacity as administrator.³⁹

If the trust patrimony is showing a deficit, the result will be a *pari passu* ranking among the creditors themselves on the one hand and between the creditors and the trustee for his legitimate claims. In that type of situation, since the trust patrimony is insolvent, we do not see why the *Bankruptcy and Insolvency Act* would not apply as is the case for any insolvent debtor. Why would a creditor holding a prior claim be paid before a hypothecary creditor when normally, in the event of bankruptcy, the situation would be different? In other words, it would seem legitimate for the distribution of the property in an insolvent trust patrimony to be subject to the same rules as any other insolvent person who carries on an enterprise in Canada.

Under the Civil Code, a trustee's duties terminate upon his becoming bankrupt (art. 1355 C.C.Q.) but not when the beneficiary of that administration becomes bankrupt.⁴⁰

As for the end of the trust itself, it is governed by articles 1296 to 1298 C.C.Q. It goes without saying that, at the time, the provincial legislature could not consider bankruptcy to be the cause of a trust's extinguishment. However, under article 1296, para. 2 C.C.Q., the trust is terminated by "the impossibility, confirmed by the court, of attaining" the purpose of the trust.

Turning to *In re : La succession de feu Pierre des Marais*,⁴¹ the bankruptcy of a trust can be considered to lead to its extinguishment:

*Under the Civil Code of Quebec, the trust also terminates by the impossibility, confirmed by the court, of attaining the purpose of the trust. **Such would be the case here if there were no longer any property to administer.***⁴²

If provisions relating to the bankruptcy of the trust patrimony were to be established, would it be useful for the federal legislator

³⁹ See art. 59, para. 3 *Code of Civil Procedure*.

⁴⁰ Brierley, *supra* note 1 at para. 96: "the bankruptcy of the beneficiary terminates the administration of the property only if it has an effect on the property administered" [translated].

⁴¹ [1997] R.J.Q. 2662 (C.Q.).

⁴² *Ibid.* at 2666-2667 [emphasis added] [translated].

to provide that the latter automatically terminates the trust? In our view, it would be neither necessary nor really useful to adopt such a provision. It seems to us that it could give rise to some constitutional difficulties.

If the trust patrimony becomes a “person” who can be declared bankrupt under federal legislation, all of its property will be vested in the trustee pursuant to subsection 71(2) B.I.A. The trust would thereby be emptied of its content and the trustee of the patrimony would no longer have any property to administer. The trustee in the bankruptcy of the trust patrimony could henceforth administer it and wind it up.

The only difficulty lies in the fact that, as long as the trust has not terminated, there are no provisions requiring the trustee to render an account.⁴³ Would terminating the trust necessitate a judgment from a *jus commune* court? Would the bankruptcy court have the authority to rule on such a matter? The simplest solution, in our view, would be for the federal legislation to provide that the trustee shall, as the case may be, render an account of his administration, at the request of the trustee in the bankruptcy of the trust patrimony, or provide the latter with a copy of the account made by the trustee to the beneficiary of the trust (art. 1363 C.C.Q.).

In the event of the bankruptcy of the trust patrimony, the trustee in the bankruptcy acquires seisin thereof and the trustee of the patrimony must hand the trust property over to the latter. A difficulty could arise here by virtue of the fact that article 1369, para. 2 C.C.Q. provides that a trustee may “retain the administered property until payment of what is owed to him” (expenses and remuneration). In addition, if that right of retention pertains to movables, the trustee’s claim would become a prior claim (art. 2651(3) C.C.Q.).

The fact that such a claim is deemed to be a prior claim can be explained by the fact that the trustee of the patrimony’s expenses are generally incurred in the common interest or, at the very least, in the interest of others. However, in the event of a bankruptcy, such a priority disappears.

⁴³ See art. 1363 C.C.Q.

The trustee of the patrimony's right of retention could have a more detrimental effect on the effective administration of the bankruptcy. A right of retention is effective against the trustee in the bankruptcy of the trust patrimony and confers the status of secured creditor.⁴⁴ In our view, the federal legislation should provide that the trustee of the patrimony cannot exercise his right of retention against the trustee in the bankruptcy. At the same time, the law should also provide that the trustee of the patrimony's claim is a preferred claim.

Regarding the distribution of the property in a bankrupt trust patrimony, it should follow the order set out by the federal legislation. The rights of secured creditors would be protected and unsecured creditors would be paid on an equal footing subject to the priorities of section 136 B.I.A.

Only the trustee's claims could raise certain special difficulties. Such claims can be placed in three categories:

1. Remuneration that is set by the constituting act or, failing this, by usage or according to the value of the services rendered (art. 1300 C.C.Q.).
2. Expenses incurred by the trustee in the performance of his duties to attain the purpose of the trust. With regard to administration of the property of others, article 1367, para. 1 C.C.Q. provides as follows:

Administration expenses, including the cost of rendering account and delivering the property, are borne by the beneficiary or the trust patrimony.

*The resignation or replacement of the administrator binds the beneficiary or the trust patrimony to pay him, apart from the administration expenses, any remuneration he has earned.*⁴⁵

3. Obligations which were assumed by the trustee in his own name and which benefited the trust patrimony. In that case, as we have seen, the third party has a remedy against the trustee personally and also against the trust patrimony (art. 1319, para. 2). If the third party brings an action against the

⁴⁴ Federal Law – Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, s. 25 (modifying s. 2(1) “secured creditor” B.I.A.).

⁴⁵ M. Cantin Cumyn, *Traité de droit civil : L'administration du bien d'autrui* (Cowansville, Qc.: Yvon Blais, 2000) at para. 391 [translated].

trustee personally, the latter should then be able to initiate a claim against the trust patrimony as a subrogate.

To ensure that the amounts owing to him are paid, the trustee of the patrimony may assert compensation. Under article 1369, “An administrator is entitled to deduct from the sums he is required to remit anything ... the trust patrimony owes him by reason of the administration.”

The exercise by the trustee of the patrimony of such a right to compensation presupposes that there is sufficient liquidity in the trust patrimony. If the latter is declared bankrupt, as has been suggested, there is no reason to deprive the trustee of the exercise of that right. The *Bankruptcy and Insolvency Act* itself provides in subsection 97(3) that any creditor may invoke the rules of set-off against the trustee in bankruptcy.

If this does not enable the trustee of the patrimony to be paid in full, article 1369, para. 2 C.C.Q. confers on him a right to retain the administered property. That right is exercised effectively against movables since it is associated at the same time with preferred status. We discussed earlier how that right of retention should be addressed.

With regard to unpaid claims of the trustee in the bankruptcy of the trust patrimony, we would be inclined to grant them a level of preferred status in the bankruptcy, at least in relation to the trustee’s compensation, expenses associated with rendering account, and administrative expenses duly incurred by the trustee in attaining the purposes of the trust. Such expenses are incurred not in the interest of the trustee himself but rather for the benefit of the beneficiary and the creditors. As for claims based on obligations contracted by the trustee in his own name but on behalf of the trust, in our view they should not receive any special treatment. The trustee should come to the bankruptcy as subrogated to the rights of a creditor whose claim has been paid by the trustee.

b. Determination of the Property in the Bankruptcy of a Trust Patrimony

The determination of the property in the bankruptcy of a trust patrimony should not be the source of any difficulties. Through divestment, all property in the trust patrimony is to be vested in the

trustee in the bankruptcy, who will then claim payment of all amounts owing to the trust patrimony, including damages against a trustee whose administration was reckless or faulty.

*The sources of civil liability are numerous. Damages compensate the beneficiary or the trust administered for any harm that arises as a result of the administrator's failures in exercising his powers. Failure to perform an obligation without justification may consist of reckless or negligent administration, the performance of a contract of which the cancellation is excluded by the effect of appearance, an inappropriate delegation, an untimely resignation, or the deterioration and destruction of the property administered.*⁴⁶

Moreover, the trustee in the bankruptcy of the trust patrimony, as the creditor's representative, should be able to exercise the appropriate remedies against the trustee when an act has been fraudulently executed in connection with the rights of the trust patrimony. Depending on the circumstances, such remedies may be directed against the settlor or the beneficiary to the extent that the latter participated in the fraudulent act.⁴⁷

The use of the above-mentioned remedies by the trustee in bankruptcy does not require special legislative intervention. The current rules of *jus commune* and the federal legislation appear to be sufficient.

Conclusion

In general, creditors who contract with a trustee have no remedy against the latter. Their rights must be exercised instead against the trust patrimony itself. There is always a possibility that the trust patrimony may show a deficit, especially when the trust is carrying on an enterprise. If this were to occur there would inevitably be competition among the creditors themselves as well as between them and the trustee. It would thus seem more appropriate to apply the rules of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

⁴⁶ *Ibid.* at para. 358 [translated].

⁴⁷ Art. 1292 C.C.Q.

III. Proposed Reforms

It seemed useful to us to try to present the content of this report in the form of proposals for specific reforms. Obviously, these are mere suggestions. However, drafting them in the form of legislative provisions should give the reader a better understanding of the proposed changes and their relevance.

A. Application of the Bankruptcy and Insolvency Act to the Quebec Trust

Proposed provision 1 (amendment to section 2 B.I.A.)

Also deemed to be a person is a trust or a trust patrimony within the meaning of the Civil Code of Québec.

OR

Proposed provision 1A

Also deemed to be a person is a trust or a trust patrimony within the meaning of the Civil Code of Québec of which the purpose is to carry on an enterprise.

Although of more limited application, we prefer the wording in provision 1A. It is when a trust carries on an enterprise that its creditors may be greater in number and the risk of insolvency higher. It will be recalled that all organized economic activity constitutes an enterprise within the meaning of the Civil Code (art. 1525, para. 3). That notion may therefore, depending on the circumstances, go so far as to include administration and investment in immovables. To simplify the drafting of the various texts, in our view it would be useful to refer to a “trust patrimony”.

The *Civil Code of Québec* distinguishes among three (3) types of trust (art. 1266 C.C.Q.):

1. **The personal trust (art. 1267 C.C.Q.)** “is constituted gratuitously for the purpose of securing a benefit for a determinate or determinable person.”
2. **A private trust (art. 1268 and 1269 C.C.Q.)** is a trust created gratuitously or by onerous title “for the object of erecting, maintaining or preserving a thing or of using a property ... , whether for the indirect benefit of a person or in his memory, or for some other private purpose.”

Depending on the situation, this type of trust may or may not be of a commercial nature.⁴⁸

3. **A social trust (art. 1270 C.C.Q.)** “is a trust constituted for a purpose of general interest, such as a cultural, educational, philanthropic, religious or scientific purpose. It does not have the making of profit or the operation of an enterprise as its main object.”⁴⁹ Accordingly, the social trust would generally not be covered by the *Bankruptcy and Insolvency Act*.

B. Acts of the Trust Patrimony

In civil law, the trust patrimony has no juridical personality. It is the trustee that has the control and administration of the patrimony. The trustee acts on behalf of the trust patrimony within the limits of the powers conferred on him (art. 1308 C.C.Q.). The obligations he contracts and the payments made by the trustee in that capacity are binding on the trust patrimony.

In civil law, the consequences that could arise from the fact that the trust patrimony constitutes a patrimony by appropriation are still not clear. There are those who maintain that the trust patrimony cannot contract directly and is neither a debtor nor a creditor because it has no juridical personality.⁵⁰ For others, the trust patrimony as a patrimony by appropriation has a true existence in law. Although it does not have a juridical personality, it has assets and liabilities and there is accordingly nothing to prevent it from acquiring the status of creditor or debtor.

That is why, to avoid entering into such a discussion, which does not appear to have been definitively resolved thus far, it might facilitate the application of the federal provisions to stipulate that acts duly performed by a trustee are binding on the trust patrimony, which is deemed to be a person. Preferential payments and reviewable transactions made by the trustee for the trust patrimony could thus be considered acts and payments of the “person” constituted by the trust patrimony for the purposes of the application of the federal legislation.

⁴⁸ Beaulne, *supra* note 17 at paras. 88-115.

⁴⁹ *Ibid.* at para. 117.

⁵⁰ See Macdonald, *supra* note 2.

Proposed provision 2

For the purposes of the application of the present statute, any act and any payment made by the trustee in good faith within the limits of his powers shall be deemed to be an act or a payment made by the trust patrimony.

C. Institution of Bankruptcy Proceedings

Like a company, the trust patrimony must be represented in order to act. That is the role of the trustee. Since the bankruptcy of the trust patrimony does not *ipso facto* terminate the trust, the initial proceedings should be exercised against the trustee in his official capacity.

Proposed provision 3

A petition for a receiving order against a trust patrimony is served on the trustee in his official capacity.

The trustee in his official capacity may make an assignment for the trust patrimony or file a proposal for it within the meaning of Section I of Part III.

Comments: This rule is not absolutely necessary since Rule 3 refers to the provisions of the *Code of Civil Procedure*. Article 59 of the Code provides that an administrator of the property of others pleads in his own name and in his official capacity in respect of anything concerned with his administration. Moreover, under article 1316 C.C.Q., “An administrator [of the property of others] may sue and be sued in respect of anything connected with his administration; he may also intervene in any action respecting the administered property.”

Once bankruptcy has been declared, the entire trust patrimony is vested in the trustee in bankruptcy, who will then exercise his powers over the property of the patrimony.

D. Fraudulent or Preferential Acts

Several situations must be contemplated here: (1) a trust may be established in fraud of the rights of the creditors; (2) the trust patrimony may have made preferential payments or fraudulent acts; (3) the trustee alone or with the complicity of others may have performed acts in fraud of the trust patrimony. The rules of current positive law seem sufficient to us for all of those questions.

1. Establishment of a Trust in Fraud of the Rights of the Creditors

Let us imagine an insolvent person who transfers property in a trust patrimony in order to defraud his creditors. That type of situation has nothing to do with the possible bankruptcy of the trustee patrimony. It is rather the creditors of the settlor himself or the trustee in the settlor's bankruptcy who will be affected in such a transfer of property to a trust. The current law has sufficient rules to address that type of situation.

When bankruptcy has not been declared, article 1292 C.C.Q. provides that the settlor is responsible for acts performed in fraud of the rights of his creditors. The creditors may then institute proceedings against the settlor to seek compensation from him for the harm suffered. In addition, creditors are able to recover assets transferred fraudulently to a trust patrimony through a Paulian action (art. 1631ff. C.C.Q.).⁵¹

If there has been a bankruptcy, the trustee in the settlor's bankruptcy may, as the creditors' representative, exercise a paulian action under section 72(1) *B.I.A.*

2. Preferential Payments or Fraudulent Acts Made by the Trustee in his Official Capacity from the Trust Property

Here also the rules of positive law cover the situation sufficiently. Aside from a paulian action, the specific remedies provided for in the federal legislation may be applied. If, on behalf of the trust, the trustee in his official capacity has paid a creditor in order to give him priority over the others, section 95 *B.I.A.* comes into effect. Under that provision, "[E]very payment made ... by any insolvent person in favour of any creditor or of any person in trust for any creditor ... is ... deemed fraudulent and void as against the trustee in the bankruptcy."

As well, if a transaction takes place between the trustee and the trust patrimony – which becomes a person – there should be

⁵¹ É. Prud'homme, *Caractéristiques de la fiducie québécoise comme instrument de protection d'actifs* (Master's thesis, University of Montréal, Faculty of Graduate Studies 1999) at 75-77 [unpublished].

no hesitation in considering that the two are not in fact dealing at arm's length and that the transaction is reviewable (s. 100 *B.I.A.*). Section 4 *B.I.A.* could clearly be amended to provide that the trustee and the trust patrimony are related persons. It can be seen that considering the trust patrimony to be a "person" within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act* greatly facilitates the application of the rules of that statute.

3. Acts Made in Fraud of the Trust Patrimony

As the creditors' representative, the trustee in bankruptcy should be able to take advantage of article 1292 C.C.Q. Under that provision, "The trustee, the settlor and the beneficiary are solidarily liable for acts in which they participate that are performed in fraud of the rights of the creditors of the settlor **or of the trust patrimony.**"⁵²

It is for that reason that we believe that, with regard to the various fraudulent acts relating to the creditors of the settlor and the trust patrimony, the rules of the current positive law seem sufficient in themselves.

E. Determination of the Property in the Bankruptcy of the Trust Patrimony

If the trust patrimony constitutes a person who can be declared to be bankrupt, all of its property shall "forthwith pass to and vest in the trustee" in the bankruptcy (s. 71(2) *B.I.A.*). So as not to impede the administration of the bankruptcy, the trustee of the patrimony should not be able to exercise his right of retention against the trustee in bankruptcy (see at 15, above) and should immediately transfer to him all of the property that comprises the trust patrimony.

Proposed provision 4

When a receiving order is made against a trust patrimony, or an assignment takes place with an official receiver for such a patrimony, the trustee of the patrimony must immediately transfer all of the property in the trust patrimony to the trustee in bankruptcy.

⁵² [emphasis added].

Notwithstanding any rules of provincial law, the trustee of the patrimony shall not retain, as against the trustee, possession of the trust property nor exercise any right of retention.

Comments: The effectiveness of the administration of the bankruptcy requires that the trustee in bankruptcy take immediate possession of all of the property in the trust patrimony. At that point, the trustee of the patrimony should not be able to exercise his right of retention against the latter.

Proposed provision 5

At the request of the trustee in bankruptcy, the trustee of the patrimony shall render account of his administration. If there is no agreement, the rendering of account is made judicially.

Comments: This wording is based on article 1364 C.C.Q. Since the bankruptcy of the trust patrimony is not a cause of the termination of the administration of the trust, this provision seems necessary. The trustee in bankruptcy and the trustee of the patrimony can agree on the form and content of this rendering of account. The trustee in bankruptcy can then be satisfied on such points as the rendering of account in favour of the beneficiary (art. 1363 C.C.Q.). If there is no agreement, the trustee in bankruptcy should be able to demand that the rendering of account be made judicially.

F. Payment of Amounts Owing to the Trustee of the Patrimony

As we have seen, the trustee of the patrimony may have three types of claims against the trust patrimony. One pertains to his remuneration and the other relates to expenses incurred on behalf of the trust. The third applies to obligations contracted by the trustee in his own name but that benefited the trust (see at 16, above). For the first two, as a minimum, the trustee enjoys a right of retention and compensation under the Civil Code. Moreover, by virtue of his right of retention over movables, his claim constitutes a prior claim.

In our view, when the trustee of the patrimony has contracted in his own name and is asked to pay amounts to a creditor in that capacity, he should be able to come to the bankruptcy as a simple subrogate to the creditor's rights.

With respect to his remuneration and the administration expenses, including the costs of rendering account, it is our view the trustee should have a preferred claim in the bankruptcy under section 136 *B.I.A.* The trustee's claim should be subject to the rights of secured creditors. If the trustee has not already been fully compensated through his right to compensation, his claim should be satisfied on a priority basis immediately after the costs of administration (s. 136(1)(b) *B.I.A.*). That rule would confer on the trustee a status similar to that recognized by the Civil Code.

G. Release of Debts

Article 169(4) *B.I.A.* should be amended as follows:

Proposed provision 6

A bankrupt corporation or a trust patrimony may not apply for a discharge unless it has satisfied the claims of its creditors in full.

If a trust patrimony carries on an enterprise and shows a deficit, the purpose of the trust can no longer be attained. Any interested party may cover the deficit (s. 1293 C.C.Q.). Failing this, however, the trust should not be able to be discharged of its debts unless it pays all its creditors or submits a proposal to them under Section I of Part III of the *Bankruptcy and Insolvency Act*.