

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. Henfrey 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*.