Document generated on 07/12/2025 12:01 a.m.

McGill Law Journal
Revue de droit de McGill

Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du *trust* dans les pays de droit civil

Madeleine Cantin Cumyn

Volume 58, Number 4, June 2013

The Civil Law Trust
La fiducie en droit civil

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1019045ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1019045ar

See table of contents

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)
1920-6356 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Cantin Cumyn, M. (2013). Réflexions autour de la diversité des modes de réception ou d'adaptation du *trust* dans les pays de droit civil. *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, *58*(4), 811–825. https://doi.org/10.7202/1019045ar

Article abstract

In the comparative law context, the civil law trust is typically presented as equivalent to its common law counterpart. Yet, the term trust, in civil law, covers a range of legal institutions, each of whose characteristics result from the model upon which it was based, the situations in which it applies, and the legal categorization selected by each country or civilian legal order in which it is adopted. This article gathers various examples of the civil law trust, using the *Civil Code of Québec*'s concept of the trust as a starting point, and ultimately aims to provide an alternative to other, ill-conceived groupings that too often lead to confusion.

Copyright © Madeleine Cantin Cumyn, 2013

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

McGill Law Journal ~ Revue de droit de McGill

RÉFLEXIONS AUTOUR DE LA DIVERSITÉ DES MODES DE RÉCEPTION OU D'ADAPTATION DU *TRUST* DANS LES PAYS DE DROIT CIVIL

*Madeleine Cantin Cumyn**

Dans le cadre d'analyses de droit comparé, la fiducie est généralement présentée comme l'équivalent civiliste du *trust*. Le terme fiducie recouvre néanmoins une grande variété d'institutions dont les particularismes découlent à la fois de leur modèle d'inspiration, des applications qui en sont faites et de la catégorie juridique retenue pour leur insertion dans chaque pays ou ordre juridique civiliste. Nous proposons ici un regroupement de divers exemples de fiducie en prenant comme point de départ la fiducie du *Code civil du Québec,* l'objectif étant notamment de contrer les amalgames fâcheux qui sont trop souvent une source de confusion.

In the comparative law context, the civil law trust is typically presented as equivalent to its common law counterpart. Yet, the term trust, in civil law, covers a range of legal institutions, each of whose characteristics result from the model upon which it was based, the situations in which it applies, and the legal categorization selected by each country or civilian legal order in which it is adopted. This article gathers various examples of the civil law trust, using the *Civil Code of Québec*'s concept of the trust as a starting point, and ultimately aims to provide an alternative to other, ill-conceived groupings that too often lead to confusion.

* Titulaire émérite de la Chaire Wainwright de droit civil et membre titulaire du Centre de droit privé et comparé du Québec, Faculté de droit, Université McGill. Le présent texte, qui reprend le contenu d'une allocution prononcée à la faculté le 6 mars 2009, a été publié en anglais sous le titre « Reflections regarding the diversity of ways in which the trust has been received or adapted in civil law countries » dans Lionel Smith, dir, *Re-imagining the Trust*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, 6.

© Madeleine Cantin Cumyn 2013

Citation: (2013) 58:4 McGill LJ 811 ~ Référence : (2013) 58 : 4 RD McGill 811

Introduction 813

I. Les facteurs propices à l'implantation du *trust* ou à l'admission de la fiducie 815

A. La réception du trust *avant le 20e siècle* 815

B. La rencontre du trust *avec le droit civil au 20e siècle* 817

II. Comment définir la fiducie ou comment recevoir le *trust* en droit civil? 820

A. La fiducie dans le Code civil du Québec 821

B. La fiducie dans l'Europe civiliste 822

Conclusion 824

Introduction

> « *[I]n seeking guidance from comparative law materials the court must always be alive to structural differences between legal systems* »[1].

L'intégration de la fiducie dans le droit civil du Québec à titre d'institution analogue au *trust* est une opération qu'on ne peut pas juger entièrement accomplie plus d'un siècle après avoir été entreprise. La fiducie n'est pas encore perçue comme faisant véritablement partie du droit commun québécois de la même manière que ses institutions traditionnelles, tels la société ou le mandat. L'acculturation de l'institution phare du droit anglais a posé ici la double question de son opportunité et des catégories juridiques mises en cause, une problématique qui a aussi été débattue périodiquement en Europe pendant le 20e siècle, mais de manière plus pressante depuis l'adoption de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*[2]. La première loi québécoise sur la fiducie, adoptée en 1879[3], a donné lieu à une interprétation controversée qui n'a pu être écartée sans l'intervention du législateur à l'occasion de l'adoption du *Code civil du Québec*[4]. Les dispositions actuelles consacrent le rejet de l'analyse de la fiducie comme un transfert de biens au fiduciaire dont on concluait qu'il devenait le propriétaire, une propriété dite sui generis, puisqu'intrinsèquement assortie d'obligations. La fiducie emporte désormais la constitution d'un patrimoine d'affectation et le fiduciaire reçoit la qualification d'administrateur du bien d'autrui[5]. Le régime de

---

1 Lord Steyn, « The Challenge of Comparative Law », XVIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, présenté à l'Université d'Utrecht, 22 juillet 2006 (2006) 8 : 1 Eur J L Ref 3 à la p 7.

2 1 juillet 1985, en ligne : Conférence de la Haye de droit international privé <http://www.hcch.net>.

3 *Acte concernant la fiducie*, LQ 1879, c 29, dont les dispositions sont devenues, à la faveur de la refonte des lois de 1888, l'art 981, al (a) à (n) CcBC. Ces dispositions ont été complétées par l'art 981, al (o) à (r) CcBC, édictés par *l'Acte pour définir les placements que les administrateurs sont tenus de faire*, LQ 1879, c 30, énonçant les exigences que l'administrateur de biens appartenant à autrui était, en principe, tenu de respecter en matière de placements. Enfin, les al (s) à (v) de l'art 981 ont été ajoutés en 1966. L'ensemble de ces dispositions s'appliquaient notamment au fiduciaire sauf s'il était dispensé de s'y conformer par l'acte constitutif de la fiducie.

4 Ce code est en vigueur depuis le 1er janvier 1994.

5 Le nouveau régime de la fiducie découle des art 2, 1256-1298 CcQ. Nous en analysons les éléments principaux dans les textes suivants : Madeleine Cantin Cumyn, « La fiducie, un nouveau sujet de droit? » dans Jacques Beaulne, dir, *Mélanges Ernest Caparros*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, 129 aux paras 7-9 [Cantin Cumyn, « Nouveau sujet »]; Madeleine Cantin Cumyn, « L'acte constitutif d'une fiducie » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003, 649 [Cantin Cumyn, « Acte constitutif »]; Madeleine Cantin Cumyn, « Pourquoi définir la fiducie comme un patrimoine d'affectation? » dans *Regards croisés sur le droit privé*, Cowansville (Qc), Yvon Blais,

l'administration du bien d'autrui, codifié indépendamment de celui de la fiducie, gouverne la conduite du fiduciaire, comme celle de tout autre administrateur, et permet d'expliquer en termes de pouvoirs juridiques les prérogatives qu'il exerce sur les biens de la fiducie[6].

Plusieurs pays d'Europe continentale étant aujourd'hui engagés dans un processus analogue de réception du *trust*, il serait naturel de croire à la pertinence de l'expérience acquise et des solutions adoptées par le droit québécois. Pourtant, la fiducie à la québécoise ne semble pas très attractive en Europe[7]. On sera certes tenté d'imputer l'intérêt mitigé à l'endroit de notre fiducie au choix du concept de patrimoine d'affectation sans personnalité juridique pour la définir. En réalité, il est douteux que l'élimination de cet irritant, qui résulte de la qualification retenue par le législateur québécois, puisse automatiquement rendre le modèle québécois de fiducie plus intéressant, vu le contexte substantiellement différent entourant la réception de mécanismes fiduciaires en Europe. Pour comprendre la réaction des juristes européens à l'endroit de notre fiducie, il faut prendre en compte les circonstances dans lesquelles elle se manifeste.

La conception que chaque pays se fait de la fiducie ou du *trust* est façonnée par des facteurs internes plus ou moins contingents. Ces facteurs tendent à déterminer tant les fonctions que la fiducie est appelée à remplir, qu'elle soit dérivée ou non du *trust*, que le choix de la technique juridique susceptible de lui donner effet. Sous ce double rapport, le droit québécois de la fiducie a évolué selon une trajectoire qui diverge sensiblement de celle dans laquelle les pays européens se sont engagés. Nous entreprendrons d'expliquer cette divergence d'approche en envisageant les raisons qui poussent quelques pays de droit civil à admettre un mécanisme fiduciaire (I), c'est-à-dire le pourquoi d'une fiducie. Nous analyserons ensuite la catégorie juridique dans laquelle ce mécanisme tend à s'incarner, en posant la question du type de fiducie.

2008, 131 [Cantin Cumyn, « Patrimoine »]. Pour une autre perspective, voir Jacques Beaulne, *Droit des fiducies*, 2e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

6 Art 1299-1370 CcQ. Cette partie du Code fait l'objet d'un traité; voir Madeleine Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2000 [Cantin Cumyn, « L'administration »].

7 À l'exception, semble-t-il, du Projet de Code en République Tchèque : voir Tomáš Richter, « National Report for the Czech Republic » dans Sebastian Kortmann et Dennis Faber, dir, *Towards an EU Directive on Protected Funds*, vol 10, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 2009, 59 à la p 60.

I. Les facteurs propices à l'implantation du *trust* ou à l'admission de la fiducie

Il n'y a guère besoin d'insister sur l'importance du *trust* dans la tradition de common law. L'évolution historique du droit anglais a rendu le *trust* incontournable : il a été à l'origine de la distinction entre les ordres juridictionnels de la common law et de l'*equity* dont la fusion au 19e siècle[8] n'a guère entamé le rôle structurel qu'il remplit. Le *trust* est une technique juridique omniprésente puisqu'elle se profile notamment sous la distinction entre *legal title* et *equitable title* — et les recours rattachés à chacun de ces titres, sous forme de norme de conduite dans la *fiduciary obligation*, ou encore lorsque les tribunaux imposent un *resulting trust* pour redresser une situation qu'ils estiment injuste[9]. Même si les pays de droit civil qui s'intéressent au *trust* n'entendent pas en reproduire toutes les manifestations, il est clair que son ubiquité est une source de confusion chez les juristes qui ne sont pas des *common lawyers*.

Les applications du *trust*, ou d'une technique fiduciaire analogue, que des pays de droit civil ont voulu adopter ont varié dans le temps. Nous croyons pouvoir distinguer deux époques. La première se rapporte à la réception du *trust* antérieure au 20e siècle (A); la seconde s'intéresse à la rencontre du *trust* dans le contexte commercial au 20e siècle (B).

A. La réception du trust *avant le 20e siècle*

Les ordres juridiques civilistes qui ont intégré le *trust* en droit interne au 19e siècle faisaient typiquement partie, au moment de la réception, d'une entité politique plus large, dont la tradition juridique était de droit anglais. Outre le Québec, c'est le cas notamment de l'Afrique du Sud et de la Louisiane. Jusqu'au siècle dernier, le *trust* volontairement créé dans les pays de common law se rencontrait principalement dans le contexte d'une transmission de biens dans la famille (*personal trust)* ou pour constituer une fondation (*charitable trust*). On n'y avait guère recours en dehors d'un cadre successoral ou matrimonial[10]. Ce sont ces emplois du *trust* qui ont été reçus au Québec, en Louisiane et en Afrique du Sud. Ces ordres juri-

---

8 La fusion des tribunaux de common law et des tribunaux d'*equity* a résulté de la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R-U), 36 & 37 Vict, c 66.

9 Pour constater l'ampleur du champ d'application du *trust*, voir Donovan WM Waters, Mark R Gillen et Lionel D Smith, dir, *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3e éd, Toronto, Thomson Carswell, 2005 [Waters]. Voir aussi Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, Rousseau, 1932, un ouvrage qui conserve sa pertinence à travers le temps. Enfin, la monographie de Christian de Wulf, *The Trust and Corresponding Institutions in the Civil Law*, Bruxelles, Bruylant, 1965, aide également à clarifier ce sujet difficile.

10 Voir Waters, *supra* note 9 à la p 534.

diques devaient tous composer avec la pratique de *trusts* testamentaires de leurs ressortissants venus du Royaume-Uni. Pour prendre acte de la réalité des *trusts* successoraux appelés à régir des biens situés dans leur ressort, soit on a adopté une loi sur la fiducie[11], soit une jurisprudence s'est établie pour valider les *trusts* explicitement établis dans un acte juridique portant donation ou testament[12]. Il importe ici de rappeler que l'adoption d'une loi sur la fiducie pour recevoir le *trust* au Québec était facilitée par l'absence de restrictions importantes à la liberté de disposer de biens à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort[13]. Le *trust* successoral devenu la fiducie à titre gratuit pouvait plus aisément prendre place à côté des autres institutions du droit interne avec lesquelles il partage cer-

---

[11] La Louisiane a adopté une première loi sur la fondation (*charitable trust*) en 1882. Sa première loi d'application générale reconnaissant la fiducie (*private trusts*) remonte à 1938, laquelle a été remplacée par un *Trust Code* en 1964 : voir AN Yiannopoulos, « Trust and the Civil Law: The Louisiana Experience » dans *Trusts in Mixed Legal Systems*, JM Milo et JM Smits, dir, Nijmegen (Pays-Bas), Ars Aequi Libri, 2001, 55 à la p 67. Pour le Québec, voir *supra*, note 3; Madeleine Cantin Cumyn, « L'origine de la fiducie québécoise » dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 1997, 199.

[12] C'est le cas de l'Afrique du Sud dont le *Trust Property Control Act* n'a été adopté qu'en 1988; voir MJ de Waal, « The Trust in South African Law » dans Madeleine Cantin Cumyn, dir, *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 87 [Cantin Cumyn, « Fiducie »]. On peut aussi penser à l'Écosse dont la législation sur le *trust* ne vise qu'à résoudre des questions ponctuelles : John WG Blackie, « Trusts in the Law of Scotland » dans Cantin Cumyn, *ibid*, 117. Sur l'origine du *trust* écossais, voir George Gretton, « Scotland : The Evolution of the Trust in a Semi-Civilian System », dans Richard Helmholz et Reinhard Zimmermann, dir, *Itinera Fiduciae, Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998, 507. Jersey est un autre exemple avec son *Trusts (Jersey) Law 1984*. On notera que le droit privé de l'Écosse, de l'Afrique du Sud et de Jersey n'est pas codifié. Voir toutefois les avant-projets de réforme du droit de la fiducie, présentés depuis l'année 2003 sous forme de documents de discussion, de rapports et de documents de consultation par la Scottish Law Commission promoting Law Reform dans le cadre de son *Trust Law Review Programme*, en ligne : Scottish Law Commission <http://www.scotlawcom.gov.uk/law-reform-projects/trusts>.

[13] Le principe de liberté de disposer à titre gratuit a d'abord été introduit en 1774 dans les testaments par *An Act for making more effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America* (R-U), 14 Geo III, c 83 (également connu sous le nom « *Acte de Québec* »). Il s'applique aux donations depuis l'adoption du *Code civil du Bas Canada* en 1866. Pour l'historique et la portée de ce principe, voir André Morel, *Les limites de la liberté testamentaire dans le droit civil de la Province de Québec*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1960 aux paras 16-42. Le principe de liberté de disposer à titre gratuit est consacré en droit actuel par les art 703-704, 1806 et s CcQ.

tains traits, notamment, l'usufruit, la substitution fidéicommissaire[14], la tutelle, l'exécution testamentaire et le mandat.

Par ailleurs, l'apparition, de plus en plus fréquente au 20e siècle, du *trust* dans un cadre commercial de droit anglo-américain a entrainé un mouvement semblable dans les ordres juridiques civilistes qui avaient antérieurement reçu l'institution dans ses applications successorales. Au Québec, la consécration de la fiducie à titre onéreux résulte de la réforme du Code civil[15]. Elle est réalisée à partir du schéma antérieur de la fiducie à titre gratuit.

B. La rencontre du trust *avec le droit civil au 20e siècle*

En revanche, l'attrait du *trust* familial ou successoral est sévèrement atténué dans les pays de l'Europe continentale par les limites impératives dans lesquelles sont circonscrits les actes de disposition à titre gratuit. Le *trust*, ou son analogue, la fiducie, ne peut jouer qu'un rôle limité dans la planification successorale dès lors que la famille du disposant comporte des héritiers réservataires ayant le droit de recevoir, souvent en nature, jusqu'aux trois quarts de la succession. En outre, les dispositions prohibitives entourant les substitutions fidéicommissaires constituent un risque sérieux d'invalidité d'une fiducie à fin successorale, puisqu'elle partagerait avec la substitution la même finalité de conserver intacte la fortune familiale pendant plusieurs générations.

Par conséquent, les applications du *trust* les plus susceptibles d'intéresser les civilistes européens seraient celles qui apparaissent dans un contexte de relations d'affaires. On peut les regrouper sous la catégorie générale des *business trusts*, qui comprend la constitution et la gestion d'un fonds commun de placement (*pooled investment trust*), la constitution et l'administration de régimes de retraite (*pension trust*) et de fonds de prévoyance au profit d'employés (*profit sharing trust*), les conventions d'achat-vente entre associés (*buy-sell agreement*) et d'entiercement d'actions d'une société afin de favoriser une gestion cohérente et pérenne de l'entreprise (*voting trust*), ainsi que l'émission de titres d'emprunt (*debenture trust*)[16]. Toutefois, ces emplois du *trust*, que la fiducie à titre onéreux peut le plus souvent accommoder au Québec, ne s'imposent pas d'emblée en Europe. Ils rencontrent un concurrent civiliste dans la technique de l'aliénation fiduciaire.

---

[14] Le droit québécois a toujours admis la validité de la substitution fidéicommissaire dont la durée est toutefois limitée à deux degrés depuis 1866; voir art 925 et s CcBC et art 1218 et s CcQ.

[15] Art 1262, 1269 CcQ.

[16] Voir Waters, *supra* note 9 aux pp 544-66.

C'est en Allemagne que s'est d'abord développée la pratique de l'aliénation fiduciaire (*fiduziarische treuhand).* Bien que l'aliénation fiduciaire ne semble rien devoir au *trust*, il est manifeste qu'elle peut rendre des services analogues à plusieurs des applications du *business trust*. Dans un contrat d'aliénation fiduciaire, les droits ou biens qui en font l'objet sont transmis à l'acquéreur, mais cette transmission est assortie de l'obligation dite fiduciaire de gérer, d'utiliser ou de disposer de l'objet acquis d'une façon déterminée dans l'intérêt de l'aliénateur ou d'un tiers. Les fins de l'opération ne faisant pas, a priori, l'objet de restrictions, divers buts peuvent être visés par cette obligation imposée à l'acquéreur fiduciaire : il peut s'agir de la gestion de placements, de la gestion ou de la liquidation des biens d'une entreprise en difficulté financière, de l'émission de titres d'emprunt, ou encore de l'ouverture d'un compte dans lequel sont versées des sommes destinées à une fin particulière, tel que l'achat d'un bien. L'aliénation fiduciaire permet aussi d'affecter un bien à la garantie d'une créance (*sicherungstreuhand*), ce qui semble du reste en avoir été la première application. À l'évidence, l'usage qui est fait de l'aliénation fiduciaire correspond assez bien aux applications du *business trust*. En Allemagne, la pratique plus que centenaire de l'aliénation fiduciaire ne repose encore sur aucun texte législatif. Elle est soutenue par les tribunaux, même si son développement se fait en marge du droit commun[17]. L'attitude bienveillante des juges pourrait s'expliquer par le fait que l'aliénation fiduciaire sert de palliatif en fournissant une voie alternative au mandat en ce qui concerne la gestion de biens pour autrui ou, à défaut d'une modernisation du droit des sûretés mobilières, pour ce qui est de garantir une créance.

Le modèle allemand de l'aliénation fiduciaire exerce une influence considérable chez ses voisins. Il est suivi depuis longtemps en Suisse où l'on distingue la fiducie-gestion de la fiducie-sûreté. En outre, la convention fiduciaire présente un intérêt particulier dans ce pays où elle sert de substitut à la convention de prête-nom, étant donné l'effet limité de la simulation[18]. La fiducie n'est pas dotée d'un encadrement législatif en droit interne suisse, quoique la possibilité soit envisagée périodiquement[19]. Par ailleurs, le droit civil suisse connaît une institution analogue au *trust*,

---

17 Hein Kôtz, « Trusts in Germany », dans Cantin Cumyn, « Fiducie », *supra* note 12, 175.

18 *Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations),* RS 220, 30 mars 1911, art 18.

19 Luc Thévenoz, « La fiducie, cendrillon du droit suisse : Propositions pour une réforme » (1995) 114 : 2 Revue de droit suisse 253; Luc Thévenoz, « The Swiss *Fiducie*: a Subtle Conceptual Blend of Contract and Property », dans Cantin Cumyn, « Fiducie », *supra* note 12, 309; Xavier Oberson, « Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Suisse », *Trust & fiducie, concurrents ou compléments? Actes du colloque tenu à Paris les 13 et 14 juin 2007*, Genève, Academy & Finance, 2008, 221 [*Trust & fiducie*].

mais que la plupart des auteurs qui traitent de la fiducie omettent de signaler. La fondation de famille, qui a le statut de personne morale et une durée perpétuelle, permet l'affectation d'une masse de biens au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres d'une famille[20]. La fondation permet aussi l'affectation de biens à d'autres buts particuliers, tels l'entretien d'un bâtiment, la commémoration d'un évènement, ou l'établissement d'un fonds de prévoyance pour les employés d'une entreprise[21]. Cette fondation correspond étroitement à la fiducie d'utilité privée du droit québécois prévue aux articles 1268 et 1269 CcQ.

Dans l'Europe civiliste de langue française, la percée du modèle allemand s'est effectuée par l'intermédiaire de l'ouvrage du professeur Claude Witz[22]. L'auteur a entrepris, dans sa thèse, de légitimer le contrat d'aliénation fiduciaire en l'associant au pacte fiduciaire (*pactum fiduciae*), l'antique institution du droit romain que le droit civil moderne comprendrait toujours. Par conséquent, aucun obstacle insurmontable ne s'opposerait au redéploiement de la fiducie romaine dans les pays civilistes, tant dans sa fonction de mécanisme de gestion de biens, la *fiducia cum amico*, que dans son rôle de garantie, la *fiducia cum creditore*. À l'exemple du modèle allemand, la *fiducia* défendue par le professeur Witz implique le transfert d'un bien assorti d'obligations imposées à l'acquéreur. Elle est consacrée depuis 1983 dans la législation luxembourgeoise sur la fiducie[23] et dans la fiducie introduite en 2007 dans le *Code civil* français aux articles 2011 à 2031[24]. Enfin, l'aliénation fiduciaire se présentant comme une version moderne de la *fiducia* du droit civil historique, dont l'efficacité est indépendante d'un encadrement législatif, justifie aussi les opérations fiduciaires pratiquées en Espagne, en Italie et aux

---

20 Art 335 et s *Code civil suisse*.

21 Art 80 et s *Code civil suisse*.

22 Claude Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1980.

23 D'abord introduite par le *Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, 29 juillet 1983, 1334, la fiducie au Luxembourg a fait récemment l'objet d'une nouvelle loi : la *Loi du 27 juillet 2003*, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, 3 septembre 2003, 2620. Voir aussi la *Loi du 1er août 2001 relative au transfert de propriété à titre de garantie*, Journal Officiel du Grand-Duché de Luxembourg, 31 août 2001, 2183. Sur cette législation, voir *Trust & fiducie : La convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise. Actes du Colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, André Prûm et Claude Witz, Paris, Montchrestien, 2005. Au Liban, la *Loi nº 520 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires*, Journal Officiel, nº 24/96 par le *Décret nº 6807 du 20 mai 1995* s'inspire aussi du modèle luxembourgeois.

24 *Loi nº 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie*, JO, 21 février 2007, 3052.

Pays-Bas[25], quoique, dans ce dernier pays, la fiducie-sûreté soit expressément privée d'effets par l'article 84.3 du livre 3 du *Code civil* néerlandais.

Dans la famille civiliste, la fiducie est donc une étiquette qui recouvre un domaine varié d'applications. Au Québec, la fiducie a d'abord désigné la technique qui a permis de recevoir le *trust* successoral. Elle s'étend aujourd'hui à des applications commerciales inspirées des *business trusts* puisque, depuis 1994, la fiducie peut être constituée à titre onéreux pour des fins de gestion ou de placement et autres fins lucratives ou économiques. Toutefois, la fiducie qui serait constituée pour garantir le paiement d'une dette du constituant ne pourrait produire que les effets d'une hypothèque au profit du créancier, si l'acte constitutif a été publié. On notera que la requalification législative du contrat imposée à l'article 1263 CcQ est une solution analogue à celle qui prévaut dans les provinces canadiennes où la réforme du droit des sûretés mobilières a éliminé la possibilité d'un transfert de biens *in trust* pour garantir le paiement d'une dette[26]. Il est évident que la situation géographique du Québec en Amérique du Nord est un facteur déterminant dans le choix des applications de la fiducie retenues comme équivalent du *trust* pratiqué par tous ses voisins.

En Europe, la fiducie désigne des contrats ou opérations fiduciaires qui n'ont apparemment jamais pour finalité de réaliser une libéralité. Ces conventions ont été élaborées par les institutions financières principalement pour garantir une créance ou pour structurer des rapports de gestion de biens. L'aliénation fiduciaire ou la *fiducia* n'est qu'exceptionnellement consacrée par la loi. L'aliénation fiduciaire est apparue de façon autonome, contrairement à la fiducie québécoise, qui a été, dès l'origine, une institution introduite par le législateur pour recevoir le *trust* de *common law*.

II. Comment définir la fiducie ou comment recevoir le *trust* en droit civil?

Ayant constaté que les circonstances qui sont à l'origine de la fiducie au Québec diffèrent de celles qui sont à l'origine de la fiducie en Europe, on ne sera pas trop surpris que la fiducie québécoise présente un profil distinct de ses consœurs européennes. Depuis 1994, la fiducie québécoise

---

25 Voir Sergio Cámara Lapuente, « Trusts in Spanish Law », dans Cantin Cumyn, « Fiducie », *supra* note 12, 191; Michele Graziadei, « Trusts in Italian Law », dans *ibid*, 265; ME Koppenol-Laforce et RJP Kottenhagen, « The institution of the Trust and Dutch Law », dans *ibid*, 289.

26 Comparer art 1263, 2733-2794 CcQ et la *Loi sur les sûretés mobilières*, LRO 1990, c P.10. Le rejet de la fiducie-sûreté par le droit québécois s'inscrit dans l'esprit de la *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, *supra* note 2, qui admet, à l'art 15(d), la possibilité d'en écarter l'application en matière de sûretés réelles.

se présente sous des atours qui transforment la perspective à partir de laquelle elle doit être envisagée (A). Cette figure nouvelle est non seulement en rupture avec sa silhouette antérieure, qui reproduisait assez fidèlement celle du *trust*, mais elle est aussi très éloignée des formules fiduciaires pratiquées en Europe (B).

A. La fiducie dans le Code civil du Québec

L'objectif principal de la réforme québécoise en matière de fiducie était de trouver une qualification appropriée pour cette institution, d'où pourrait découler un régime juridique adéquat dans un contexte de droit civil. Le cas de figure animant la réflexion était celui de la fiducie-libéralité, la seule application alors reconnue officiellement. Le besoin de réforme se faisait sentir sous plusieurs rapports. D'abord, l'analyse de l'institution créée en 1879 par l'*Acte concernant la fiducie*[27], voulant que la fiducie opère un transfert des biens du constituant dans le patrimoine du fiduciaire, était inconciliable avec les textes mêmes de cette loi dont plusieurs dispositions indiquaient clairement que c'était en qualité d'administrateur que le fiduciaire prenait le contrôle des biens visés par la fiducie[28]. Ensuite, la propriété sui generis, un calque du *legal title* du *trustee* retenu par la jurisprudence pour qualifier le statut du fiduciaire[29], ne fournissait aucun mécanisme capable d'assurer une gestion compétente et loyale, exclusivement conduite dans l'intérêt des bénéficiaires. En effet, contrairement au *legal title*, le régime de la propriété en droit civil ne comporte pas de sanctions analogues aux remèdes découlant du titre reconnu en *equity* au bénéficiaire d'un *trust*. Le droit québécois n'a jamais admis cette distinction entre un *legal title* et un *beneficial title*. Face à un fiduciaire ayant la propriété des biens, le bénéficiaire ne disposait que d'un recours fondé sur l'abus de droit ou la fraude pour faire sanctionner une gestion infidèle ou maladroite[30]. On connaît les difficultés de preuve qu'impliquent ces causes d'actions.

Voulant combler les lacunes découlant de la propriété sui generis, le droit québécois a opté pour une conception de la fiducie qui, certes, l'éloigne de son modèle d'origine, le *trust*, mais lui fournit un régime juri-

---

27 *Supra* note 3.

28 Voir art 981(b)-(e), (g)-(i) CcBC.

29 Deux arrêts sont à la base de cette analyse : *Curran c Davis*, [1933] RCS 283 (disponible sur CanLII) et *Royal Trust Co c Tucker*, [1982] 1 RCS 250, 40 NR 361. Pour une critique de ce dernier arrêt, voir Madeleine Cantin Cumyn, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité » (1984) 15 : 1 RDUS 7.

30 Pour une critique plus complète du concept de propriété fiduciaire, voir Cantin Cumyn, « Nouveau sujet », *supra* note 5; Cantin Cumyn, « Acte constitutif », *supra* note 5; Cantin Cumyn, « Patrimoine », *supra* note 5.

dique compétitif, même lorsqu'il est comparé à celui du *trust*. En tant que patrimoine d'affectation, la fiducie devient une entité autonome, titulaire des biens affectés à la fin particulière voulue par le constituant. Son patrimoine forme une universalité juridique indépendante des patrimoines personnels des personnes impliquées dans la fiducie. Seuls les biens compris dans l'actif du patrimoine de la fiducie répondent des obligations découlant de la réalisation de l'affectation. La fiducie confère, en principe, aux personnes qui y sont intéressées, l'immunité au regard du passif fiduciaire. L'administration de l'entité juridique relève exclusivement du fiduciaire. En tant qu'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration, le fiduciaire est habilité à accomplir tout acte juridique à titre onéreux utile à l'accomplissement de sa mission[31]. Sa gestion est étroitement encadrée par l'application du régime de l'administration du bien d'autrui et des sanctions qui s'y rattachent[32].

Si la fiducie est assortie d'une réglementation rigoureuse en droit québécois, la situation se présente autrement en Europe.

B. La fiducie dans l'Europe civiliste

En Europe, comme on l'a vu, le terme fiducie désigne généralement un contrat d'aliénation fiduciaire aux fins de gestion de biens ou de garantie d'une créance. Cette conception de la fiducie, qui reprend le modèle de la *fiducia*, soulève deux niveaux de difficultés s'agissant de son régime juridique. D'abord, l'opération fiduciaire se présente sous les traits d'un contrat translatif de biens assorti d'obligations mises à la charge de l'acquéreur. Suivant le principe de l'effet relatif des contrats, ces obligations sont inopposables aux tiers qui subséquemment traitent avec l'acquéreur. Ainsi, l'engagement de l'acquéreur de ne faire qu'un certain usage des biens acquis n'a d'effet qu'à l'égard de l'aliénateur. Le second niveau de difficulté résulte du fait que l'aliénation fiduciaire instrumentalise à la fois le transfert qu'elle a pour but de réaliser et le titre apparemment transmis à l'acquéreur. D'une part, le transfert des biens à l'acquéreur fiduciaire est toujours temporaire[33]. L'acquéreur devrait normalement être obligé, lorsque certains faits se réalisent, de remettre les biens à l'aliénateur en effectuant un nouveau transfert. L'aliénation n'apparaît-elle pas comme une fiction lorsqu'à la fin de la fiducie les biens reviennent au constituant sans qu'un acte juridique translatif ne soit re-

---

31 Art 1278, 1306-1307 CcQ. Nous traitons de l'étendue des pouvoirs de la pleine administration dans Cantin Cumyn, « L'administration », *supra* note 6 aux paras 187-210.

32 Voir art 1299-1370 CcQ.

33 Voir notamment art 2018(b), 2030 C civ.

quis[34]? D'autre part, la qualité de propriétaire fiduciaire que l'on dit découler du contrat n'est pas destinée à procurer un avantage personnel à l'acquéreur. Elle lui sert de statut pour l'habiliter à conclure les actes juridiques utiles à la réalisation de l'opération. Dès lors, il n'est pas étonnant que l'on s'interroge sur la nature du droit de propriété supposément transmis par le contrat de fiducie, un droit qui ne possède aucune des caractéristiques de la propriété du droit commun[35]. En réalité, si les rapports juridiques établis par le contrat de fiducie concordent mal avec le transport d'un droit au fiduciaire, ils sont compatibles avec l'attribution de pouvoirs sur les biens, objets de l'opération.

L'aliénation fiduciaire est une construction fragile sur le plan juridique[36] qui, notamment, ne protège pas l'aliénateur contre l'infidélité ou l'insolvabilité de l'acquéreur. Certains moyens sont donc déployés, en pratique ou dans la législation, pour en atténuer les inconvénients. Un premier moyen consiste à réserver l'aliénation fiduciaire au monde des affaires. En Allemagne, l'usage de l'aliénation fiduciaire ne s'étend pas en dehors du contexte financier où l'on présume que l'aliénateur est un opérateur averti, en mesure d'évaluer les risques de ce genre de contrat, tandis que l'acquéreur est typiquement une institution financière réglementée. Il en va de même en Suisse. Ce domaine spécifique dans lequel interviennent les contrats fiduciaires est confirmé dans la législation luxembourgeoise. Elle exige que le fiduciaire soit un organisme opérant dans le secteur financier, par exemple un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société de titrisation, ou une entreprise d'assurance[37]. Le procédé est repris dans le chapitre nouveau sur la fiducie du *Code civil* français. On y réserve la qualité de fiduciaire aux seules institutions financières réglementées et à quelques professionnels[38].

La reconnaissance que l'objet de l'aliénation fiduciaire forme un fonds distinct dans le patrimoine de l'acquéreur est un second moyen de renforcer l'efficacité du contrat fiduciaire. En Allemagne et en Suisse, les tribu-

---

34 *Loi du 27 juillet 2003*, *supra* note 23, art 5 : au Luxembourg, la loi définit la fiducie comme « un contrat […] par lequel *une personne, le fiduciant, convient avec* une autre personne, *le fiduciaire, que celui-ci*, sous les obligations déterminées par les parties, *devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire* » [nos italiques]. Voir aussi art 2030 C civ.

35 Voir notamment *Defrénois*, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 » par Rémy Libchaber, 30 août 2007, nº 15, 1094 et 15 septembre 2007, nº 17, 1194; Blandine Mallet-Bricout, « Fiducie et propriété » dans Sarah Bros et Blandine Mallet-Bricout, dir, *Liber Amicorum Christian Larroumet*, Paris, Economica, 2010, 297.

36 Cette fragilité est clairement admise par le professeur Witz : voir *supra* note 22 aux paras 18, 274-316 sur le régime juridique de la fiducie.

37 *Loi du 27 juillet 2003*, *supra* note 23, art 4.

38 Voir art 2011, 2015 C civ.

naux font une application limitée de cette solution, notamment pour éviter que les biens transférés au fiduciaire ne soient saisis par les créanciers personnels de celui-ci, s'ils se retrouvent encore en nature dans son patrimoine. Au Luxembourg et en France, la législation récente consacre la notion d'un patrimoine séparé du patrimoine propre du fiduciaire[39]. Plusieurs autres mesures figurent au chapitre sur la fiducie du *Code civil* français pour mieux encadrer l'activité du fiduciaire dans l'intérêt du constituant ou du bénéficiaire[40]. À l'évidence ces mesures ne sont guère compatibles avec la qualité de propriétaire attribuée au fiduciaire. Ainsi donc, la propriété fiduciaire européenne ressemble de plus en plus à cette propriété dite sui generis abandonnée par le droit québécois. Comme c'était le cas au Québec avant la réforme, le titre de propriétaire est un expédient commode mais médiocre puisqu'il ne correspond pas au véritable statut d'un fiduciaire en droit civil[41].

Conclusion

Que peut-on conclure de cette analyse du concept de fiducie en Europe dans la perspective du droit québécois sur la fiducie? Le droit québécois conçoit la fiducie comme une entité autonome à laquelle on pourrait aisément reconnaître la personnalité juridique. Bien que les articles du code qui la concernent aient été placés dans le livre des biens, la fiducie québécoise n'émarge particulièrement ni des droits réels, ni du droit des obligations. Il serait plus approprié de l'associer aux personnes morales. La constitution d'une fiducie est assortie d'exigences précises qui découlent du contexte des libéralités dans lequel la fiducie est née et où elle continue d'être le plus fréquemment utilisée. Les affectations de biens qu'elle autorise, c'est-à-dire les finalités permises, doivent prendre place à l'intérieur des espèces de fiducies établies par la loi. La structure somme toute rigoureuse de la fiducie québécoise est donc aux antipodes de la fiducie à l'européenne qui, le plus souvent, se passe de tout cadre législatif. La di-

---

39 Art 2011, 2024 C civ. Voir aussi *Loi du 27 juillet 2003*, *supra*, note 23, art 6.

40 Notamment, l'acquéreur doit identifier clairement les biens en fiducie (art 2021 C civ) et rendre compte de la mission (art 2022 C civ). Les biens de la fiducie ne font pas partie de la faillite du fiduciaire (art 2024 C civ). Le fiduciaire infidèle peut en outre être remplacé (art 2027 C civ).

41 Par ailleurs, la situation réelle du fiduciaire tend à transparaître dans le traitement fiscal des opérations fiduciaires où règne le principe de la transparence : voir *Trust & fiducie*, *supra* note 19. Pour une comparaison synthétique des régimes juridiques du *trust*, de la *fiducia* et de la fiducie québécoise, voir Madeleine Cantin Cumyn, « Rapport général », dans Cantin Cumyn, « Fiducie », *supra* note 12, 11. Ce rapport est aussi publié sous la référence Madeleine Cantin Cumyn, « La fiducie : Droit des biens ou droit des obligations? » dans John W Bridge, dir, *Comparative Law facing the 21st Century*, vol 20, London, United Kingdom Comparative Law Series, 2001, 217.

versité des fonctions que la pratique lui assigne, lesquelles n'exigent pas toujours un transfert des biens, en rend toute définition illusoire[42]. Tant que cette conception de la fiducie paraîtra répondre aux besoins qu'en ont les pays européens, le modèle québécois pourra difficilement y apporter une contribution significative.

Il devrait en aller autrement pour cette autre innovation du droit québécois qu'est l'administration du bien d'autrui. En effet, une fonction importante de l'aliénation fiduciaire, du moins dans les cas qui relèvent de la fiducie-gestion, est d'éviter de voir le régime du mandat gouverner les rapports juridiques entre les parties. Or, l'objectif du titre sur l'administration du bien d'autrui[43] est précisément de proposer une codification des règles de gestion pour autrui d'application générale, auxquelles on peut se reporter pour éviter de devoir composer avec les dispositions souvent inadéquates régissant le mandat. La distinction fondamentale révélée par cette codification entre le droit subjectif (une prérogative reconnue dans l'intérêt de son titulaire), et le pouvoir juridique (la prérogative conférée à un agent juridique dans l'intérêt d'autrui ou pour la réalisation d'un but) montre toute sa pertinence dans le contexte de l'aliénation fiduciaire lorsque l'opération vise à habiliter un tiers à accomplir de façon autonome des actes juridiques à l'égard de biens qui ne sont pas les siens propres[44].

---

[42] Il est intéressant d'observer que, dans la tradition du droit anglais, le *trust* échappe aussi à toute définition. Aucune formulation utile ne peut être dégagée qui rende compte de toutes ses applications. La *Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, *supra* note 2, reflète cette réalité en n'ayant pas cherché à définir l'institution qui en fait l'objet. La fiducie européenne inspirée de la *fiducia* ressemblerait donc au *trust* sous cet angle. Ce rapprochement renferme un piège cependant. L'absence de définition d'une institution n'est pas sans conséquence dans tradition civiliste où la définition est un élément méthodologique indispensable. En qualifiant son objet, la définition le situe dans les catégories du droit et indique le régime qui lui est applicable.

[43] Art 1299 et s CcQ.

[44] Sur le concept de pouvoirs, voir Madeleine Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique » (2007) 52 : 2 RD McGill 215. Ce texte est aussi publié en anglais : « The Legal Power » (2009) 17 : 3 ERPL 345. Sur le rôle de la qualification, voir Madeleine Cantin Cumyn, « La qualification du pouvoir ou le pouvoir de la qualification » dans *Libres propos sur les sources du droit*, *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, 79.