Document generated on 07/18/2025 6:20 a.m.

Revue du notariat

RECENSION ET CRITIQUE

Aleksander STEPKOWSKI, *L'Institution du trust dans le système mixte de droit privé écossais*, Varsovie, Liber, 2005, p. 198

Mario NACCARATO

Volume 109, Number 2, September 2007

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1045583ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1045583ar

See table of contents

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)
2369-6184 (digital)

Explore this journal

Cite this review

NACCARATO, M. (2007). Review of [RECENSION ET CRITIQUE / Aleksander STEPKOWSKI, *L'Institution du trust dans le système mixte de droit privé écossais*, Varsovie, Liber, 2005, p. 198]. *Revue du notariat*, *109*(2), 361–374. https://doi.org/10.7202/1045583ar

Tous droits réservés © Mario NACCARATO, 2007

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/

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/

RECENSION ET CRITIQUE

Mario NACCARATO*

Aleksander STEPKOWSKI, *L'Institution du trust dans le système mixte de droit privé écossais*, Varsovie, Liber, 2005, p. 198.

Le professeur Stepkowski de l'Université de Varsovie nous livre un ouvrage sur le « trust » dans un système mixte de droit civil et de common law. Les propos suivants tenus par l'auteur dans son introduction méritent d'être cités au long :

> L'idée de cet ouvrage a été suscitée par mon intérêt pour les interactions réciproques entre les différents cercles de la culture juridique constituant l'acquis de la doctrine européenne : continental, provenant de l'acquis des juristes romains, et anglo-saxon, nommé d'une manière un peu simplifiée la common law (*sic*) [...].
>
> Le fait que ces deux cultures juridiques s'entremêlaient dans le passé et s'entremêlent toujours a également un caractère culturogène, qui se manifeste sous forme de groupe de systèmes juridiques appelés « mixtes » (*mixed*) et qui lie en soi un élément de la culture juridique continentale avec des éléments de la doctrine anglo-saxonne. [...] nous retrouvons les systèmes mixtes de droit privé ou encore « semi-civilistes » (*semi-civilian*), dans les pays comme, entre autres, l'Écosse, la République d'Afrique du Sud, le Québec, la Louisiane et Ceylan. [...][1]

Cet ouvrage s'adresse autant au praticien qu'au théoricien s'intéressant au droit des fiducies. Son particularisme est de traiter du droit des fiducies dans une perspective de droit mixte, au-delà d'une approche singulièrement comparatiste. Le juriste québécois s'intéressera particulièrement à la chose car, contrairement à ce que

---

* LL.M., professeur, Faculté de droit, Université Laval. L'auteur remercie le professeur Jean-Guy Belley, professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill pour ses commentaires au regard de la première version de ce texte.

1. Page 9.

nous puissions croire, en dépit du « protectionnisme juridique » qu'exercent le législateur, la doctrine et les tribunaux québécois[2] sur le droit civil, la proximité du régime québécoise et des régimes de la common law fait que l'enchevêtrement des deux traditions est plus présent que nous ne le croyons[3].

L'approche de l'auteur, tant sur la forme que sur le fond, nous paraît convenable. Le style est clair, simple, relativement précis et de lecture agréable. C'est cela que nous abordons dans les paragraphes qui suivent, dans l'ordre mentionné (d'abord la forme et ensuite le fond).

De la forme

L'ouvrage comporte 90 pages au total. Il est doté d'une bibliographie. Il aurait cependant été souhaitable, surtout pour le praticien, qu'un tableau de la jurisprudence citée et des lois citées soit compris. De plus, l'absence d'index et de table des abréviations rend la consultation d'autant plus difficile. L'ouvrage aurait profité d'y voir annexés les principaux actes législatifs dont le *Trust « Scotland » Act* de 1921 et du *Trust « Scotland » Act* de 1961[4].

L'ouvrage est traduit du polonais au français. C'est dans ce processus peut-être que se sont glissées de nombreuses fautes d'orthographe et quelques fautes de syntaxe[5]. Bien que ces fautes

---

2. À titre d'exemple récent, voir : *Alkallay* c. *Bratt*, [2002] A.Q. (Quicklaw) nº 6120 (C.S.), j. Capriolo.
3. Voir : *Canada Trust* c. *Gabriel*, [1993] A.Q. (Quicklaw) nº 99, par. 61 (C.S.), j. Piché : « Le tribunal est d'avis que même s'il est légitime de référer au droit anglais lorsqu'on étudie les questions de fiducie, il demeure que ce n'est pertinent que si cela est compatible avec ce que le législateur a prévu aux articles 981 a et s. du Code civil. »
4. Les législations sectorielles adoptées en Grande-Bretagne sont généralement concises et leur inclusion dans des ouvrages spécialisés en facilite d'autant l'intérêt et l'usage. Pour seul exemple, citons l'incontournable ouvrage de Sir John C. SMITH, *The Law of Theft*, 7e éd., Londres, Butterworths, 1993, où l'auteur reprend en appendice le *Theft Act 1968* et *Theft Act 1978*.
5. À titre d'exemple, voir : Remarques préliminaires, p. 19 ; Tulan Law Review, p. 22 ; Trust properly (au lieu de property), p. 23 ; « une telle opinion pareille [...], p. 24 ; bien que le fait que, p. 25 ; premières éditions de cet ouvrage paruesau cours de, p. 33 ; d'autres règles que celles relatives au patrimoine meuble, p. 39 ; alors que les bien Immeuble [...] n'étaient que administrés par ce dernier, p. 41 ; Le propriété du patrimoine est transféré, p. 42 ; antérieurement, à savoir sur la base de, p. 44 ; ayant à l'égard le nombre de centres, p. 45 ; autres applications, p. 50 ; surtout aux celles du mandat et du dépôt, p. 55 ; il l'a présente de manière fragmentaire,

(à suivre...)

d'orthographe et de syntaxe soient mineures, le nombre finit néanmoins par agacer le lecteur.

L'ouvrage est divisé en deux parties, l'une traitant du contexte historique et doctrinal du trust en droit écossais tandis que la partie deux traite des aspects contemporains du trust. Cette division nous paraît tout à fait convenable dans une perspective de common law car, en dépit du caractère civiliste de certains aspects du trust en droit écossais, son développement et son approche sont dignes de la tradition de la common law. Les deux parties de l'ouvrage se divisent en trois et six chapitres respectivement que voici :

PARTIE I – Contexte historique	PARTIE II – Trust écossais contemporain
Chapitre I – Fondements historiques du trust en droit écossais	Chapitre I – Forme principale du trust privé
Chapitre II – Application du trust en Écosse	Chapitre II – Administration du patrimoine fiduciaire
Chapitre III – Construction doctrinale du trust	Chapitre III – Responsabilité du propriétaire fiduciaire
	Chapitre IV – Modification de l'acte constituant le trust et fin du trust
	Chapitre V – Trusts constitués indépendamment de la volonté des parties
	Chapitre VI – Le trust public

Du fond

Dans les paragraphes qui suivent, nous faisons un survol de l'analyse faite par l'auteur en y ajoutant quelques commentaires çà et là à la lumière de l'expérience du droit québécois.

PARTIE I

Dans le **Chapitre I**, l'auteur traite de la proximité du droit anglais au droit écossais en soulignant qu'en dépit de ce lien étroit, le droit écossais n'a pas adopté la dualité de systèmes normatifs de la *Common Law & Equity.*

(...suite)
p. 56 ; mais tellement différant, p. 58 ; la jurisprudence du XIXe siècle soulignait que les propriétaires, p. 62 ; sur la base de cette théorie est donc apparaît le caractère privilégié, p. 63 et ainsi de suite.

La genèse du trust en Angleterre est intimement liée à celle de *Beneficial Ownership* qui est apparue sous le régime féodal où le *Legal Title* à un patrimoine foncier (*tenure*) était transféré à une personne qui, en vertu d'un accord distinct, reposant sur les exigences de la bonne foi (*requirements of good faith*), était moralement tenue de permettre à l'autre personne de tirer les profits de cette terre. C'est en 1536 que commence à être utilisé le terme *trust* en droit anglais. En revanche, en Écosse, les premières mentions du trust virent le jour au début du XVIIe siècle. L'auteur s'interroge sur les fondements conceptuels de l'apparition du trust en droit écossais. Alors que d'aucuns prétendent que le trust fut d'abord présenté comme une combinaison des contrats de dépôt et de mandat, aujourd'hui, certains démontrent que la notion de fidéicommis y figure également. Voilà les racines romanistes du trust en droit écossais.

L'auteur poursuit sa réflexion en cherchant à démontrer l'influence anglaise sur le trust écossais en phase de formation pour admettre franchement qu'il « n'est pas facile de déterminer de manière univoque le rôle du droit anglais lors de la formation de l'institution en Écosse ; Toutefois, on souligne toujours l'indépendance des Écossais en cette matière »[6].

Dans la jurisprudence, dans la première moitié du XVIIe siècle, on commence à reconnaître le patrimoine fiduciaire comme une masse patrimoniale distincte exclue de la saisie par les créanciers personnels *du propriétaire fiduciaire*[7].

L'auteur fait aussi une étude de l'ancienne législation de 1617 et de 1621 qui traitait des fonctions des exécuteurs testamentaires et des dispositions réalisées *in trust* au détriment des créanciers. L'auteur évoque aussi la *Trust Scotland Act* de 1921, la *Trust Scotland Act* de 1961, le *Trustee Investment Act* de 1961 et la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act* de 1990[8].

Enfin, l'auteur s'interroge sur l'influence anglaise pour conclure que vers la moitié du XIXe siècle, on peut trouver tout au plus

6. Page 25, par. 19.
7. Qu'en est-il des créanciers du bénéficiaire ? La question n'est pas traitée par l'auteur. En revanche, en droit québécois, la question est d'une importance primordiale. Voir : *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758 ; [2001] A.Q. (Quicklaw) nº 3815, [2001] R.J.Q. 2019 (C.A.), j. Chamberland, Fish et Rothman (diss.).
8. Voir aussi une série d'autres législations citées par l'auteur à la page 32, par. 33.

des traces de la connaissance « des principes de *l'Equity* », bien que celles-ci soient « rares et superficielles »[9]. En revanche, à la fin du XXe siècle, l'invocation des précédents anglais en matière de trust s'affaiblit considérablement dans la jurisprudence de même que dans la doctrine.

De conclure l'auteur, les deux systèmes juridiques construisent le trust sur la base d'un « transfert fiduciaire du droit de propriété »[10]. On peut noter dans les deux systèmes des obligations de diligence (*care*) qui se ressemblent[11]. Similairement, la notion de bonne foi qui incombe au propriétaire fiduciaire est d'une importance capitale[12]. La principale dissemblance entre les deux systèmes est que le droit écossais ne perçoit pas la relation entre les personnes et la propriété en fonction de la dualité conceptuelle de la propriété qu'est le *Legal Title* et le *Beneficial Ownership* : « propriété concurrentielle »[13]. Ici, les droits du bénéficiaire à l'égard du patrimoine fiduciaire consistent en un « droit de créance spécial » et non en un « droit réel *sui generis* »[14].

Dans le **Chapitre II,** l'auteur traite de l'application du trust en Écosse et ce, toujours dans un contexte historique. Dans les relations familiales, le trust était souvent créé pour échapper aux créanciers ou à une confiscation dont on était menacé pour des actes de trahison ou encore dans le cadre de l'exécution d'un testament. De même, avant 1920, la propriété immobilière de la femme qui se mariait continuait à lui appartenir, contrairement aux biens meubles qui appartenaient au conjoint. Ainsi, le trust était constitué pour permettre au mari d'administrer les biens immeubles de son épouse. Autrement dit, le trust servait à introduire la notion de *séparation de biens.* Depuis 1920, la législation ne permet plus au mari d'acquérir de droits sur le patrimoine de son épouse de sorte que le trust matrimonial perd de son intérêt.

Un autre type de trust devient utile pour réguler les relations patrimoniales familiales. Il s'agit du « *Trust for Liferent and Fée* »[15]. Ce genre de trust est créé à compter du XIXe siècle où on constitue

9. Page 32, par. 35.
10. Page 35, par. 39.
11. *Ibid.*
12. Page 36.
13. *Ibid.*
14. *Ibid.*, p. 39. Comparer avec le droit québécois sous le *Code civil du Bas Canada* : l'affaire *Royal Trust Co.* c. *Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250.
15. Page 42, par. 46.

une forme de droit d'usufruit (*liferent*) sous forme de trust. Ce genre de fiducie est modelé sur *l'usufructus* romain. Plus tard, on constitue un trust possédant deux sortes de bénéficiaires, l'un qui perçoit les revenus du patrimoine alors que l'autre a droit au capital. La propriété du patrimoine fiduciaire est, en revanche, transférée au profit du propriétaire fiduciaire qui doit l'administrer et verser les revenus à l'usufruitier et le capital à l'autre bénéficiaire. C'est ainsi que l'on qualifie le patrimoine fiduciaire d'une certaine forme de « division de patrimoine ».

L'auteur évoque aussi l'utilisation du trust pour fins alimentaires équivalant au *Spendthrift Trust* du droit américain de même que l'emploi du trust dans le commerce, soit pour la constitution d'un fonds de pension, d'une quasi-banque ou d'un titre de garantie.

Enfin, l'utilisation du trust par le législateur écossais ne peut passer inaperçue[16]. Cet exemple n'est pas sans nous rappeler le modèle québécois où le législateur crée par voie législative de nombreux patrimoines d'affectation dits autonomes avant même que la notion *de patrimoine d'affectation* en tant que patrimoine autonome ne soit consacrée par le *Code civil du Québec*[17].

Dans le **Chapitre III,** l'auteur traite de la construction doctrinale du trust. Dans une perspective de droit anglo-saxon, d'aucuns perçoivent la coexistence parallèle de deux droits réels concurrents sur la propriété fiduciaire. Pareille conception repose sur le système de l'*Equity.* Ainsi, le bénéficiaire détient sur le patrimoine fiduciaire un droit patrimonial dit *Equitable Proprietary Interest* alors que le propriétaire fiduciaire détient le *Legal Title.* En revanche, l'école positiviste du droit anglo-saxon, issue de la doctrine analytique de John Austin, fortement influencé par la pandectistique allemande, fait reposer le trust sur l'analogie avec le fidéicommis du droit romain en vertu duquel le bénéficiaire n'a qu'un *droit personnel* et non *réel* envers le propriétaire fiduciaire. Ainsi, les droits du bénéfi-

16. Voir à titre d'exemple : *Church of Scotland (Property and Endowments) Act 1925*, p. 49, par. 55.
17. Art. 25, *Loi sur les compagnies de cimetières catholiques romains*, L.R.Q., c. C-40.1 ; art. 12, *Loi sur les corporations religieuses*, L.R.Q., c. C-71 ; art. 23, *Loi sur les fabriques*, L.R.Q., c. F-l. Les corporations visées par ces lois détiennent le pouvoir de recevoir des fondations à titre caritatif, lesquelles forment un « patrimoine distinct ».

ciaire contre le patrimoine fiduciaire sont ceux d'une propriété *sui generis*[18].

La doctrine écossaise sera féconde et influencera particulièrement la notion du trust en droit écossais. Ne reconnaissant pas le système normatif de l'*Equity*, lord Westbury a considéré le droit du bénéficiaire comme un *droit de propriété particulier*[19]. Ainsi, le bénéficiaire n'a pas de droit réel mais bien un droit personnel envers le fiduciaire. Au début du XXe siècle, les auteurs commencent à rejeter les fondements contractuels du trust reposant notamment sur le mandat et le dépôt[20].

En quête d'une définition propre au droit écossais, la doctrine tente de voir le trust sous un autre angle. Au XIXe siècle, le juriste John MacLaren perçoit le trust comme un quasi-contrat similaire au mandat : « Le trust est une relation *sui generis* entre trois parties, relation qui est une source particulière d'obligations »[21].

Le juriste Walker de son côté enseigne : « [C]es trois parties ne doivent pas être des personnes différentes. De plus, une même personne peut apparaître dans deux rôles ou même dans les trois, sous réserve que l'unique propriétaire fiduciaire ne peut être l'unique bénéficiaire »[22].

À l'issue d'une doctrine fort loquace, l'auteur relève l'élément décisif et essentiel du caractère particulier du trust écossais. Il s'agit de la notion de *confiance* incombant au propriétaire fiduciaire. Ainsi, le trust en droit écossais passe nécessairement par les notions de bonne foi et de confiance qui sont « d'une importance normative considérable, quoiqu'ils ne soient [pas] des termes juridiques techniques »[23].

---

18. Comparer avec le droit québécois (*Royal Trust Co.* c. *Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250) où c'est le fiduciaire et non pas le bénéficiaire qui détient un droit de propriété *sui generis*.
19. Page 54, par. 64.
20. Pages 55-57, par. 65-66.
21. Propos tenus par le juriste MacLaren, cité à la page 58, par. 67.
22. Propos du juriste Walker reproduits à la page 58, par. 67.
23. Page 60.

À cela s'ajoute l'obligation dite fiduciaire (ou de loyauté) où le fiduciaire doit rejeter ses propres intérêts en faveur des intérêts du patrimoine fiduciaire et des bénéficiaires de celui-ci[24].

Ces réflexions sur le patrimoine fiduciaire n'expliquent pas cependant la position en droit écossais selon laquelle le bénéficiaire de la fiducie, en tant que créancier de celle-ci, a priorité sur les droits (« prétentions ») des créanciers personnels du propriétaire fiduciaire. La doctrine explique cela en suggérant que le bénéficiaire détient un droit dit « *in between* » le droit personnel et le droit réel, une espèce de droit intermédiaire non dissemblable de celui suggéré par certains auteurs québécois[25].

Aussi, d'aucuns prétendront qu'on peut expliquer le phénomène du trust en le traitant comme une personne morale[26]. Encore, la doctrine récente propose de considérer le trust comme une masse patrimoniale « distincte » (*special patrimony*)[27].

> Le concept susvisé de trust comme *patrimonium speciale,* quoiqu'il ait été longtemps évident, au moins par intuition, pour plusieurs personnes, n'a été présenté de manière cohérente dans la doctrine que récemment : ainsi, il n'a pu être vérifié par la jurisprudence et nous ne pouvons pas déterminer ses développements. Toutefois, il est très probable qu'il pourra être approuvé en Écosse comme ceci a été le cas dans la doctrine européenne. [...][28]

PARTIE II

La partie II de l'ouvrage traite exclusivement du trust écossais contemporain. Dans le **Chapitre I,** l'auteur fait l'énoncé des princi-

---

24. Page 61.
25. J.E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, vol. 1, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 734, à la page 772. Voir aussi Jean-Philippe DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « Donner pour reprendre », « Mancipio dare ut remancipetur » : analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit, 2000, p. 106, 167-168 et 213-218 au sujet du recours du fiduciant contre le fiduciaire pour non-restitution.
26. Comparer avec Madeleine CANTIN CUMYN, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », dans Jacques BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 129, à la page 135 et Albert BOHÉMIER, « Application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à la fiducie du *Code civil du Québec* », (2003) 37 *R.J.T.* 115.
27. Pages 62-63, par. 73
28. Page 63, par 75.

paux critères de constitution du trust privé qui comprend principalement le *trust simple,* le *Special Trust,* et l'*Administrative Trust.* Le premier ressemble à la *fiducia cum amico contracta* romaine. Le deuxième oblige le fiduciaire à atteindre des objectifs déterminés alors que la troisième est une variante de la deuxième. Parmi les conditions de la constitution du trust, l'auteur parle de la disposition fiduciaire, qui ne peut pas être simulée, en vue de frauder les tiers. De plus, le transférant doit être solvable sinon la disposition pourrait être contestée par les créanciers lésés[29]. Aucune forme sacramentelle n'est prévue pour constituer une fiducie sauf lorsque le constituant est nommé seul bénéficiaire. En ce cas, un écrit sera nécessaire.

Les droits revenant au fiduciaire au terme de la fiducie sont considérés en droit écossais comme des *ius crediti* soit une créance personnelle bien que la doctrine considère ce droit comme quasi réel. En revanche, le fiduciaire détiendra un droit réel sur les patrimoines fiduciaires[30].

À l'instar du droit québécois, le patrimoine fiduciaire en droit écossais constitue une masse patrimoniale distincte qui n'a cependant pas de personnalité juridique. En revanche, bien que la masse soit distincte, le titre de propriété revient au fiduciaire.

Au **Chapitre II,** l'auteur traite de l'administration particulière du patrimoine fiduciaire. Les questions étudiées sont celles de la compétence du propriétaire fiduciaire, ses obligations dont celle de diligence et l'obligation d'investir le patrimoine avec les devoirs et les prohibitions que cela comporte. Celles-ci sont prévues par la législation, à l'instar du droit québécois qui prévoit un régime particulier désormais applicable au fiduciaire[31]. Le particularisme des obligations du fiduciaire en droit écossais est la consultation d'une personne indépendante dans l'exécution de ses actes d'administration et de disposition. Ces obligations sont prévues par la loi, en particulier dans la *Trust Scotland Act* de 1961 et la *Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act* de 1966.

29. Page 72, par. 83.
30. Page 83, par. 105.
31. Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

Le **Chapitre III** traite particulièrement de la responsabilité du propriétaire fiduciaire en abordant la nature de la responsabilité, les conséquences de la violation du lien fiduciaire (*breach of trust*) et les remèdes offerts au bénéficiaire en cas de violation des obligations incombant au fiduciaire. Un de ces remèdes découle curieusement de l'*Equity* où la violation du trust engendrera l'inclusion dans le patrimoine fiduciaire d'un droit de propriété en faveur du bénéficiaire, caractéristique du *Constructive Trust*[32].

Le **Chapitre IV** porte sur la modification de l'acte constituant le trust et la fin de celui-ci. L'auteur étudie les possibilités de modification des objectifs du trust. Le principe général veut qu'une fiducie poursuive les objectifs fixés par le constituant et que ces objectifs soient figés indéfiniment. Il arrive cependant que, pour divers motifs, les tribunaux soient appelés à en modifier les termes afin de faciliter ou de rendre la tâche moins onéreuse. L'auteur cite la jurisprudence et les grands principes permettant au tribunal d'intervenir. Le tribunal ne peut constituer un nouveau trust mais tout simplement en changer les modalités. Un autre cas de figure est celui de la mise à terme de la fiducie lorsque le trust est terminé à la suite de sa révocation ou de la renonciation par le bénéficiaire ou encore, lors de la réalisation « forcée » des objectifs du trust. Cette hypothèse fait référence à la situation où tous les bénéficiaires s'entendraient pour mettre un terme à la fiducie et, à titre d'exemple, se voir attribuer prématurément le capital de celle-ci. Il est généralement reconnu en common law, bien que non uniformément, que la règle découlant de l'arrêt *Saunders* c. *Vautier*[33] permet à l'ensemble des bénéficiaires de mettre un terme à la fiducie, contrairement à l'intention du constituant. Cette règle n'est pas sans intérêt, car elle continue de s'appliquer dans les juridictions de common law à tel point que les plaideurs québécois ont tenté récemment de la faire inscrire dans le régime de la fiducie du droit québécois. Cette tentative a échoué[34].

---

32. Pages 123 et 124, par. 167-170.
33. (1841) 41 E.R. 482 (L.C.).
34. *Alkallay* c. *Bratt*, [2002] A.Q. (Quicklaw) nº 6120 (C.S.), j. Capriolo. *Ante Alkallay* voir : Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 294 et s. *Post Alkallay* voir : Claude DALLAIRE, « Les modifications et la terminaison des fiducies selon l'article 1294 C.c.Q. », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 204, *Fiducies personnelles et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 103, aux pages 106, 114 et 121.

Il est surprenant de constater que l'auteur ne fait pas mention de l'arrêt *Saunders* et de son applicabilité en droit écossais[35].

Le **Chapitre V** étudie les trusts constitués indépendamment de la volonté des parties dont le *Resulting Trust* et l'une de ses variantes le *Constructive Trust.* Le trust implicite est apparu dans la jurisprudence écossaise vers la fin du XVIIIe siècle et témoigne de l'influence anglaise dans le droit de la fiducie. Découlant de l'*Equity* anglaise, le *Constructive Trust* est créé entre autres comme remède à l'enrichissement sans cause ou pour dédommager la victime du bris d'une relation fiduciaire lorsque le fiduciaire se serait enrichi aux dépens du bénéficiaire en violation de la relation fiduciaire (comportant un devoir de loyauté)[36].

Le dernier chapitre (**Chapitre VI**) traite spécifiquement du trust public. Il se divise en trois sections dont le développement historique (1), le trust public en tant qu'organisation d'utilités publiques (2) et les règles particulières concernant les trusts publics (3). Ce chapitre traite entre autres des aspects fiscaux et des règles propres aux fiducies charitables. La doctrine de Cy-Près est étudiée. On y accorde une certaine importance[37].

CONCLUSION

Cet ouvrage n'est pas une thèse au sens propre du terme. Autrement dit, il ne comporte pas d'analyse approfondie ni d'opinion, bien que son analyse comparative dans une perspective historique (PARTIE I) et pratique (PARTIE II) comporte un intérêt certain pour les théoriciens et les praticiens s'intéressant au droit de la fiducie.

Le lecteur civiliste constatera sans grand étonnement que le principal fil conducteur de l'ouvrage se rapporte aux incertitudes entourant la nature du transfert de propriété lors de la constitution d'une fiducie. S'agit-il d'une cession de biens ? D'un dépôt ? Ou encore d'un mandat ? L'autre incertitude concerne les principaux acteurs et la nature des droits de ceux-ci sur le patrimoine fiduciaire. Détiennent-ils un droit réel ? Un droit personnel ? Ou un droit de propriété *sui generis* ?

35. Cette question est traitée à la page 140, par. 199.
36. Pages 157 et s., par. 222 et s.
37. Pages 174-182, par. 247-257.

Ce qui surprend est qu'il s'agit des mêmes interrogations que font les auteurs au regard de la *fiducia* du droit romain. L'auteur évoque certaines ressemblances avec celui-ci sans pour autant approfondir la question qui a pourtant fait l'objet d'études plus approfondies[38]. La question demeure d'actualité. En droit romain, ces problèmes de qualification étaient soulevés alors même que les notions de droit civil tels la propriété, la créance et le patrimoine n'existaient pas encore[39]. C'est dans ce contexte que le professeur Dunand s'interroge sur la notion de fiducie en évoquant les ressemblances et les dissemblances avec ses origines romanistes. Il est piquant de constater que les mêmes interrogations demeurent d'actualité dans plusieurs systèmes de droit contemporains. Alors que la question se posait dans un droit plus pur dans l'empire romain, le problème persiste dans des systèmes dualistes comme l'Écosse et le Québec. En droit suisse, le professeur Dunand nous enseigne que la jurisprudence va peu à peu forger le régime juridique de la fiducie pour le calquer sur celui du mandat (art. 394 et s. *Code des obligations suisses).* En revanche, la doctrine suisse penche davantage sur une notion apparentée au mandat mais qualifiée de contrat innomé *sui generis*[40].

Le droit québécois s'est longuement interrogé sur ces questions et a pris le pari du patrimoine d'affectation autonome sur lequel aucun des principaux acteurs ne détient de droit réel. Dans ce contexte, les biens sont sans propriétaires et la fiducie est une affectation de biens. Ainsi, l'auteur aurait pu tirer profit de l'abondante jurisprudence québécoise et de la doctrine (S. Normand, M. Cantin-Cumyn, J. Beaulne, G. Brière et J.E. Brierley pour n'en citer que quelques-uns). Aussi, les principaux auteurs canadiens ne sont ni consultés ni cités. Il suffit de considérer l'absence de D.M. Waters, A.H. Oosterhoff et E.E. Gillese de même que J. Kessler ou encore J.B. Claxton.

L'intérêt et l'originalité de l'ouvrage résident dans le caractère non seulement comparatiste mais « mixte » des concepts de la com-

---

38. À titre d'exemple, l'auteur cite le professeur Dunand pour simplement évoquer certaines similitudes entre les deux fiducies sans pour autant tirer profit de l'étude approfondie que le professeur Dunand a faite au regard de la fiducie romaine. Cf. Jean-Philippe DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « Donner pour reprendre », « Mancipio dare ut remancipetur » : analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit, 2000, cité singulièrement à la page 67, note 1.
39. *Ibid.*, p. 109.
40. *Ibid.*, p. 31.

mon law et du droit civil utilisés pour régir la fiducie écossaise. En droit québécois, les analyses de droit comparé des traditions de la common law et du droit civil sont aussi limitées que parcimonieuses[41]. Qu'il s'agisse de la fiducie expresse ou de la fiducie implicite (*Resulting Trust*), le droit des fiducies écossais témoigne d'une plus grande harmonisation des traditions du droit civil et de la common law. Au Québec, les juristes ont traditionnellement et systématiquement rejeté les concepts empruntés à la common law lorsqu'il est question de les appliquer en droit privé. Hormis certaines questions d'ordre fondamental, quant à l'autonomie du patrimoine fiduciaire ou la nature de la propriété, les questions accessoires peuvent, à notre avis, faire appel à la common law sans pour autant dénaturer le droit civil québécois. Le législateur semble faire appel à pareils emprunts lorsqu'il est question de terminaison ou de la modification judiciaires de la fiducie. Aussi, les auteurs québécois sont généralement réceptifs à l'application de la *Cy-près Doctrine*[42] de la common law. Il en est, à notre avis, de même pour l'application des notions *d'obligation fiduciaire (fiduciary duty)*[43] pour interpréter l'étendue de l'obligation de loyauté du fiduciaire à l'égard du patrimoine fiduciaire et des autres principaux acteurs.

Un dernier point mérite d'être souligné. L'auteur parle peu ou presque pas de la notion de *bare trust* (fiducie simple). La *bare trust* est une forme de simulation de patrimoine fiduciaire où les biens supposément transférés dans ce patrimoine continuent d'appartenir en pleine propriété au constituant. Autrement dit, les biens du supposé patrimoine fiduciaire continuent de faire partie du patrimoine du constituant[44]. Pour analyser cette question, l'auteur aurait sans doute pu tirer profit du droit suisse où les justiciables, forts de l'article 19 du *Code des obligations* postulant le principe de la liberté contractuelle, continuent de créer des fiducies sous divers

41. A.J. McCLEAN, « *Tucker* v. *Royal Trust Co.* Through Common Law eyes », (1984) 15 *R.D.U.S.* 31 ; André MORISSETTE, « Étude de la fiducie du Code civil du Québec et comparaison avec le trust du droit anglais », dans *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec*, Montréal, Institut Wilson & Lafleur Inc., mai 1995, 23 pages ; Albert BOHÉMIER, « Application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* à la fiducie du *Code civil du Québec* », (2003) 37 *R.J.T.* 115 ; J.B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trusts*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 391 (10 pages seulement).
42. Mario NACCARATO, « Note lexicographique : cy-près », (2005) 46 *C. de D.* 771.
43. Mario NACCARATO, « Fiduciaire », (2005) 107 *R. du N.* 357, 362.
44. Voir à titre d'exemple à la page 72, par. 83.

fondements juridiques dont le contrat de dépôt ou encore parfois une simple simulation[45].

Il n'en demeure pas moins que le traitement des concepts de fiducie dans un contexte mixte de droit écossais et de droit anglais mérite d'être souligné, ne serait-ce que pour évoquer la cohabitation possible des concepts issus des deux traditions de droit. En ce sens, le lecteur tirera profit de la lecture de l'ouvrage du juriste polonais Aleksander Stepkowski.

45. Voir J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « Donner pour reprendre », « Mancipio dure ut remancipetur » : analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de droit, 2000, p. 409 et s.