
Étude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie

Yves Rossier*

Cette étude porte avant tout sur le droit québécois, et examine de quelle façon la dialectique des droits et des pouvoirs du fiduciaire s'y est développée en fonction — ou aux dépens — des principes du droit civil. Une attention particulière est accordée au patrimoine fiduciaire, et aux efforts de la doctrine d'en déterminer le statut.

Des comparaisons ponctuelles sont établies avec certaines institutions des droits suisse et allemand, en ce que ces dernières révèlent clairement les difficultés d'une assimilation harmonieuse du *trust* dans un système de droit codifié. L'évolution jurisprudentielle de la fiducie suisse et de la *Treuhand* (fiducie) allemande s'avère fort significative à cet égard.

The present study is based primarily on the law of Quebec, and it undertakes to determine to what extent the dialectic of the trustee's rights and powers has developed along the civil law principles or in spite of them. Special attention has been accorded to the concept of trust property and the doctrinal formulation of its status.

Comparisons with some features of Swiss and German law have been drawn in order to highlight certain points and to illustrate the difficulties of harmonious accommodation of the trust in a civil law system. The judicial development of the Swiss *fiducie* and the German *Treuhand* provides probably the most convincing illustration in this respect.

*Lic. iur., Université de Fribourg ; D.H.E.E., Collège d'Europe ; LL.M. en droit, Université McGill ; du bureau Froiep, Renggli & Partner, Zürich. L'auteur tient à remercier les professeurs M. Cantin Cumyn et J.E.C. Brierley, ainsi que Madame Suzanne Mercure, de la Revue de droit de McGill, pour leur collaboration aussi précieuse qu'amicale.

Sommaire

Introduction

I. Le concept de fiducie dans la tradition juridique française

A. *Les origines : le fidéicommiss d'hérédité*

B. *La structure de la fiducie française*

- a. *Désuétude de la fiducie française*
- b. *La fiducie clandestine*

II. La fiducie accessoire et contractuelle

A. *Les pouvoirs du fiduciaire*

1. Pouvoirs de représentation : fiducie et mandat
2. Pouvoirs propres : fiducie et exécution testamentaire
3. L'exécution testamentaire prolongée
 - a. *Exécution testamentaire et droits des héritiers*
 - b. *En droit québécois*

B. *L'introuvable gratifié*

1. Le gratifié indéterminé
 - a. *La libéralité avec charge*
 - b. *La fondation*
2. Le gratifié inexistant
 - a. *L'arrêt Masson*
 - b. *Les arrêts Curran c. Davis*
 - c. *Le bénéficiaire du capital*
 - d. *Le bénéficiaire du revenu*
 - e. *La fiducie sans bénéficiaire ?*
 - f. *L'arrêt Tucker*

III. La fiducie autonome et contractuelle

A. *La redécouverte de la fiducie romaine*

B. *L'acquisition de la propriété fiduciaire*

- a. *Fiduciant et fiduciaire*
- b. *Fiduciaire et bénéficiaire*
1. Le transfert de droits
 - a. *Fiducie et simulation*
2. Le contrat de fiducie
 - a. *Fiducie et représentation indirecte*

C. *Le contenu de la propriété fiduciaire*

1. La fiducie et la responsabilité aux dettes

- a. *En droit québécois*
- b. *La fiducie allemande : patrimoine fiduciaire sans subrogation ?*
- c. *La fiducie suisse : subrogation fiduciaire sans patrimoine ?*
- 2. La fiducie et les tiers
 - a. *En droit suisse*
 - b. *En droit allemand*
 - c. *En droit québécois*
- 3. La durée de la fiducie

D. *Le mirage de la personnalité morale*

Conclusion

Table des abréviations

* * *

ARGAN — « Ma femme m'avait bien dit, monsieur, que vous étiez fort habile, et fort honnête homme. Comment puis-je faire, s'il vous plaît, pour lui donner mon bien, et en frustrer mes enfants ? »

LE NOTAIRE — « Comment vous pouvez faire ? Vous pouvez choisir doucement un ami intime de votre femme, auquel vous donnerez en bonne forme par votre testament tout ce que vous pouvez, et cet ami ensuite lui rendra tout. »

(Molière, *Le malade imaginaire*, acte I, scène VII)

Introduction

Voilà plus d'un siècle que d'éminents civilistes contemplent d'un oeil perplexe ou fasciné l'oeuvre du Chancelier anglais, et en comparent les mérites avec ceux des institutions correspondantes de leurs ordres juridiques respectifs. La qualité de leurs analyses et la pertinence de leurs conclusions nous paraissent rendre illusoire la volonté d'aborder de manière originale un ouvrage cent fois remis sur le métier. Nous avons donc préféré nous pencher sur trois systèmes de droit codifié qui ont développé une institution — la fiducie — qui remplit, à des degrés divers il est vrai, certaines des fonctions du *trust* ; il est ainsi possible d'examiner ces fiducies à la lumière de principes communs, quoiqu'il soit à craindre que l'ombre du *trust*, tel le spectre de Banquo, ne hante néanmoins ces pages.

Croyant nous épargner ainsi les aléas d'une comparaison fonctionnelle entre une notion unique mais polyvalente d'une part, et un assortiment d'institutions particulières d'autre part, nous avons dû rapidement déchanter : en effet, les fonctions que se vit assigner la fiducie québécoise débordent

dèrent très vite le champ d'application de son ancêtre probable, le fidéicommis ou fiducie de l'ancien droit français. Simple mode d'exécution d'une libéralité testamentaire à l'origine, la fiducie québécoise amorça une évolution fort dynamique, et s'étendit aux actes entre vifs, jusqu'à sa consécration triomphale dans le Projet de Code civil du Québec. En droit suisse et en droit allemand en revanche, la fiducie n'occupe qu'une niche bien définie, soit la gestion de patrimoine par acte entre vifs, seul domaine où nulle institution traditionnelle du droit civil n'est à même de remplir les fonctions du *trust*.

Plutôt que d'intituler ce travail « la fiducie du Québec et les institutions correspondantes des droits suisse et allemand », nous avons préféré suivre l'évolution du statut du fiduciaire québécois, longtemps considéré comme un détenteur de pouvoirs, qui se retrouve aujourd'hui titulaire de droits, sans que sa fonction n'ait changé pour autant ou que ses pouvoirs ne s'en avèrent plus étendus. Comme le démontre la comparaison de sa position avec celle du fiduciaire européen — lui aussi titulaire de droits, mais dont la doctrine et la pratique s'ingénient tant bien que mal à restreindre l'exercice des prérogatives — c'est la notion même de sujet de droits qui se trouve remise en cause par la fiducie du droit québécois.

Après en avoir rappelé les origines historiques (I), nous examinerons comment l'extension du champ d'application de la fiducie québécoise entraîna une reconsidération nécessaire du statut juridique du fiduciaire (II). Nous nous pencherons alors sur ce nouveau statut (III), et conclurons par un regard sur les interrogations lancées à ce propos par le Projet de Code civil du Québec.

I. Le concept de fiducie dans la tradition juridique française

La présence d'une « fiducie » dans la terminologie du droit civil français laisse présumer un héritage de la fiducie du droit romain, présentant une construction juridique comparable à celle de cette dernière. Il n'en est rien. Les aléas de la tradition historique ont réduit les similitudes des deux institutions à une dénomination commune, et la fiducie française n'a pu, à la différence de sa consœur romaine, s'affirmer comme une structure cohérente au sein du droit codifié. Il nous paraît indiqué de retracer les grandes lignes de cette évolution, car les problèmes dus à l'acclimatation dans le droit québécois d'une institution de même nom ne sont pas sans rapport avec ceux qui ont condamné la fiducie française à la désuétude.

A. Les origines : le fidéicommiss d'hérédité

Le droit romain classique soumettait les legs à des conditions très strictes de forme et de capacité passive¹. Aussi la pratique eut-elle très tôt recours au fidéicommiss, par lequel le testateur imposait à un de ses héritiers ou légataires le serment de transmettre une partie des biens héréditaires à un tiers², le fidéicommissaire, qui pour une raison ou pour une autre, ne pouvait être gratifié par un legs direct³. Dénué à l'origine de toute protection juridique⁴, le fidéicommissaire se vit accorder dès le règne d'Auguste un droit de créance contre le grevé, sous la condition toutefois que le fidéicommiss ne visât pas à éluder une incapacité de recevoir d'ordre public⁵.

Le fidéicommiss utilisé comme une libéralité par personne interposée à exécuter immédiatement perdit donc de son intérêt. En revanche, il se pouvait que le bénéficiaire, même capable de recevoir, ne fût pas en mesure — aux yeux du testateur du moins — d'administrer la succession en personne : le *de cuius* désignait donc comme son héritier une personne de confiance, en la grevant d'un fidéicommiss à exécuter à l'expiration d'un certain délai ou à l'avènement d'une condition⁶. Or, comme le fidéicommiss ne donnait qu'un droit de créance, il ne permettait d'exiger que la remise de l'actif de la masse successorale (ou d'une partie de celle-ci), mais ne conférait pas, une fois le transport effectué, la qualité d'héritier au fidéicommissaire : sa mission accomplie, le grevé continuait, face aux créanciers de l'hérédité notamment, à répondre des dettes de la succession. Certes, la remise des biens au fidéicommissaire était accompagnée d'une promesse de ce dernier de dédommager le grevé de toutes les obligations qu'il continuait d'encourir en vertu de sa qualité d'héritier, mais cette promesse n'avait guère de valeur

¹Voir à ce sujet M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, t.1, 2e éd., Munich, Beck, 1971 à la p. 741 et s. (ci-après Kaser) ; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t.2, Paris, Montchrestien, 1947 à la p. 519 et s. (ci-après Monier) ; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e éd., Paris, Rousseau, 1929 à la p. 989 et s. (ci-après Girard).

²P. Lemerrier, « Quelques remarques sur certains types de fidéicommiss » (1935) R.H.D. 432 à la p. 437 et s. (ci-après Lemerrier).

³J. Declareuil, « Quelques notes sur certains types de fidéicommiss » dans *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907 à la p. 135 et s. (ci-après Declareuil).

⁴Si l'on excepte la condamnation d'infamie, prononcée par le censeur, qui menaçait le légataire déloyal.

⁵C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Paris, Economica, 1981 à la p. 28, no 27 (ci-après Witz) ; Declareuil, *supra*, note 3 à la p. 457.

⁶Kaser, *supra*, note 1 à la p. 761 ; Lemerrier, *supra*, note 2 à la p. 628. En outre, un tel fidéicommiss permettait d'éviter que les biens légués à un mineur ne passassent dans le patrimoine du *pater familias*. La condition pouvait donc être la majorité, qui, rappelons-le, n'était pas atteinte à un certain âge mais à la mort du père de famille. Voir aussi Witz, *ibid.* no 27 et s.

si d'aventure le promettant s'avérait insolvable⁷. Le grevé, peu soucieux de courir ce risque, risquait donc de répudier la succession, l'empêchant ainsi de parvenir au fidéicommissaire.

Le règne de Néron vit donc l'adoption du sénatus-consulte Trébellien (i.e. une loi), qui décréta qu'après la remise des biens au fidéicommissaire, ce dernier, à toutes fins utiles, serait à considérer comme le véritable héritier. Dans l'intervalle cependant, la propriété des biens restait dans le chef du grevé⁸ : il conservait la capacité de disposer à sa guise, le fidéicommissaire n'ayant dans ce cas qu'une créance personnelle contre le grevé ou sa succession, exigible à l'échéance du terme ou à la réalisation de la condition⁹. Il fallut les réformes justiniennes pour qu'une prohibition d'aliéner s'imposât au grevé¹⁰ et que la qualité d'héritier direct du testateur fût accordée au fidéicommissaire, lui permettant d'acquérir la propriété des biens héréditaires dès l'échéance, nantie d'un droit de suite et de revendication en cas d'aliénation fautive de la part du grevé¹¹. La voie de la substitution fidéicommissaire était désormais tracée.

Un problème subsistait néanmoins : qu'advierait-il du fidéicommiss, conçu comme une exécution testamentaire avant la lettre¹², si le fidéicommissaire mourait avant le terme de restitution ? *Stricti juris*, le grevé, n'ayant personne à qui restituer à l'échéance, eût été en droit de conserver l'hérédité. Les juristes romains¹³ estimèrent donc que lorsque le terme avait la pro-

⁷Lemerrier, *supra*, note 2 à la p. 462 et s. ; Monier, *supra*, note 1 à la p. 529 et s. ; Kaser, *supra*, note 1 à la p. 762 et s.

⁸C. Salkowski, *Roman Private Law*, trad. par E. Whitfield, Londres, Stevens & Haynes, 1886 à la p. 925 ; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechtes*, Francfort, Ruetter & Koenig, 1891 à la p. 358 (ci-après *Windscheid*) ; R. Jacquelin, *De la fiducie*, Paris, Giard, 1891 à la p. 405 et s. (ci-après *Jacquelin*) ; *Declareuil, supra*, note 3 à la p. 142 ; *Kaser, supra*, note 1 à la p. 761. L'analyse du sénatus-consulte Trébellien par Ulpien, au Dg XXXVI,1,1, va dans ce sens. *Contra* : Lemerrier, *supra*, note 2 à la p. 637, qui considère que le grevé n'est pas propriétaire, mais estime cependant qu'une confusion s'opère entre le patrimoine du défunt et celui du grevé.

⁹*Declareuil, ibid.* ; *Lemerrier, ibid.* à la p. 635. Le concept d'une propriété résoluble de plein droit était étranger au droit romain classique.

¹⁰*Windscheid, supra*, note 8 à la p. 360 ; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, t.2, 2e éd., Munich, Beck, 1975 à la p. 564 (ci-après *Kaser/t.2*).

¹¹*Declareuil, supra*, note 3 à la p. 143.

¹²Le droit romain ne connaissait ni l'exécution testamentaire, ni le mandat *post mortem*.

¹³Par exemple Paul, au Dg XXXVI,2,2,1 et Javolène au Dg XXXVI,1,46(48), ce dernier fragment a été abondamment cité par la doctrine française du XIXe siècle à l'appui de la fiducie de l'ancien droit. Voir par exemple M. Thévenot d'Essaule de Savigny, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, Montréal, Périard, 1889 à la p. 166, no 543 et s. (ci-après *Thévenot d'Essaule de Savigny*). En fait, Javolène, loin d'affirmer que le jeune fidéicommissaire est d'ores et déjà propriétaire, énonce simplement que le fait qu'il atteigne un certain âge est à considérer comme un terme certain, écartant ainsi la possibilité d'un fidéicommiss conditionnel, qui n'eût donné aucun droit acquis et transmissible au fidéicommissaire avant l'âge fixé par le testateur.

tection des intérêts du fidéicommissaire pour seule raison d'être, ce dernier acquerrait dès le décès du *de cujus* une créance en restitution, certes non exigible avant échéance, mais en revanche transmissible à ses héritiers. Qui plus est, les fruits de l'hérédité, dans de telles circonstances, n'enrichissaient pas le grevé propriétaire, mais devaient être restitués avec les biens héréditaires¹⁴. Par ailleurs, pour éviter la caducité du fidéicommiss, au cas où le grevé mourait avant d'avoir fait adition d'hérédité, on en vint à considérer dans un tel cas la restitution comme accomplie¹⁵. Les réformes de Justinien enfin, après l'oblitération de toute différence de régime entre les legs et les fidéicommiss¹⁶, confèrent dès l'ouverture de la succession la qualité d'héritier au fidéicommissaire¹⁷. De là à le considérer d'emblée comme propriétaire, il n'y avait plus qu'un pas que l'ancien droit français, du moins dans les pays de droit écrit, n'hésita pas à franchir.

B. La structure de la fiducie française

Le droit français connaissait un héritier fiduciaire, qui était « la personne que le testateur a chargée, en l'instituant héritière pour la forme, d'administrer la succession et de la tenir en dépôt jusqu'au moment où elle devra la remettre au véritable héritier¹⁸. » La qualification de fiduciaire peut surprendre ; sans doute est-ce l'héritage de la terminologie du Livre XXXVI, 2 du Digeste (*ad senatusconsultum Trebellianum*), qui traite du fidéicommiss d'hérédité, et baptise le grevé *heres fiduciarius*. Comme le souligne Jacquelin¹⁹, le fidéicommiss d'hérédité se faisait à l'origine du vivant du testateur, par un pacte de fiducie adjoint à une donation, en vertu desquels le fiduciaire recevait la propriété des biens et promettait de les utiliser selon la volonté du disposant ainsi que de les restituer à qui de droit au bout d'un

¹⁴Lemerrier, *supra*, note 2 à la p. 638.

¹⁵Girard, *supra*, note 1 à la p. 990.

¹⁶Opérée par une constitution de Gordien en 239. Sans doute faut-il y voir la raison de l'absence du fidéicommiss dans les systèmes de droit codifié. Voir Witz, *supra*, note 5 à la p. 33, no 31 ; Thévenot d'Essaule de Savigny, *supra*, note 13 à la p. 27, no 75.

¹⁷Kaser/t.2, *supra*, note 10 aux pp. 563-64.

¹⁸La définition est de Merlin, cité par M. Troplong, *Droit civil expliqué*, t.1, Des donations entre vifs et des testaments, Paris, Hingray 1855 à la p. 168, no 109 (ci-après Troplong). Elle est reprise presque mot pour mot par l'ensemble de la doctrine française : ainsi F. Terré et Y. Lequette, *Droit civil : les successions, les libéralités*, Paris, Dalloz, 1983 à la p. 531, no 576 (ci-après Terré et Lequette). Aubry et Rau, *Droit civil français*, t.11, 6e éd. par P. Esmein, Paris, Librairies Techniques, 1956 à la p. 166, c. 694 (ci-après Aubry et Rau, t.11). Baudry-Lacantinerie et Colin, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t.2, 3e éd., Paris, Sirey, 1905 à la p. 490, no 3050 (ci-après Baudry-Lacantinerie et Colin, t.2). F. Laurent, *Principes de droit civil français*, t.14, 5e éd., Bruxelles, Bruylant, 1893 à la p. 440, no 402 (ci-après Laurent). Voir également M. Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936 à la p. 35, no 28 et s. (ci-après Faribault/Traité).

¹⁹*Supra*, note 8 à la p. 412. À propos de la construction de la fiducie romaine, voir *infra*, le chapitre III, section A.

certain temps. D'ailleurs, la suppression par les compilateurs du Digeste de toute référence à la fiducie proprement dite évitait tout risque de confusion. Quoique le fidéicommis fût par la suite devenu un acte unilatéral, tirant sa force obligatoire des réformes d'Auguste, l'ancienne désignation du grevé fut maintenue. L'analogie entre les deux institutions — fiducie et fidéicommis d'hérédité — reste néanmoins frappante : il y a dans les deux cas

un dessaisissement volontaire de la part de celui qui est le titulaire du droit en vertu des règles rigoureusement juridiques au profit de celui qui n'en est pas le titulaire d'après ces mêmes règles, mais d'après la véritable et commune intention des parties²⁰.

Telle qu'elle est décrite par les juristes modernes, la fiducie française présente en revanche une construction patrimoniale à l'opposé de l'institution romaine du même nom. Il ne nous semble pas que l'on puisse se borner à affirmer que c'est le bénéficiaire de la fiducie qui est investi de la propriété ; les auteurs français s'attachent avant tout à distinguer la fiducie de la substitution fidéicommissaire²¹ : à la différence de celle-ci, ils ne discernent dans la fiducie qu'une seule institution d'héritier, et c'est en vertu de celle-ci — et non de sa qualité de bénéficiaire de la mission du fiduciaire — que l'héritier se voit conférer la propriété des biens et la titularité des droits qui composent le patrimoine héréditaire. Deux temps peuvent ainsi être distingués : le *transfert de droits* à l'héritier par vocation successorale d'une part, l'*attribution de pouvoirs* au fiduciaire d'autre part, pouvoirs qu'il s'engage à exercer dans l'intérêt d'autrui, sous les apparences d'un grevé de substitution.

Le fiduciaire français, privé de droits sur le patrimoine qui lui est confié, apparaît donc remplir une fonction très proche de celle de l'exécuteur testamentaire²² ; on le qualifie tour à tour de dépositaire, de gardien, d'administrateur ou d'exécuteur des ordres du *de cujus*²³. L'exécution testamentaire²⁴ était inconnue des pays de droit écrit et l'on est en droit de

²⁰Jacquelin, *supra*, note 8 à la p. 416. Notons que cette description correspond dans une large mesure à la fiducie suisse et allemande : voir *infra*, le chapitre III, section B.1.

²¹Faribault/Traité, *supra*, note 18 à la p. 37, no 30 ; Laurent, *supra*, note 18 à la p. 441, no 403 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t.2, *supra*, note 18 à la p. 491, no 3050 ; Troplong, *supra*, note 18 ; Aubry et Rau, t.11, *supra*, note 18 aux pp. 166-67, c.694.

²²Laurent, *supra*, note 18 à la p. 441, no 402 ; Troplong, *supra*, note 18 ; Faribault/Traité, *supra*, note 18 à la p. 39, no 31 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t.2, *supra*, note 18, décrivent le fiduciaire comme « un exécuteur testamentaire investi d'une mission particulière. » Dans le même sens, voir R. Dussault, « La fiducie dans le droit québécois » (1963) 5 C.de D. 57 à la p. 66 (ci-après Dussault) et D.N. Mettarlin, « The Quebec Trust and the Civil Law » (1975) 21 R.D. McGill 175 à la p. 199 et s. (ci-après Mettarlin).

²³Witz, *supra*, note 5 à la p. 44, no 46 et s. ; Faribault/Traité, *supra*, note 18. Voir ces deux auteurs, aux pages citées, pour un survol de la doctrine française de l'époque.

²⁴Sur les rapports de celle-ci avec la fiducie française, voir *infra*, le chapitre II, section A.2.

penser que la fiducie, tout comme auparavant le fidéicommis d'hérédité, servit à combler cette lacune.

Lorsque l'on est en présence d'une institution d'héritier ou de légataire universel, la fiducie présente une certaine cohérence doctrinale, compatible avec la systématique du droit codifié : au décès du testateur, les droits rassemblés dans la masse successorale passent à son héritier, mais leur exercice — les pouvoirs correspondants²⁵ — sont conférés au fiduciaire. Une description détaillée de la nature et de l'étendue de ces pouvoirs serait hasardeuse. Faribault se risque certes à affirmer que le fiduciaire administrait la succession sans jouir d'aucun pouvoir de disposition²⁶, et qu'il n'encourait aucune responsabilité personnelle, mais l'auteur souligne néanmoins que, contrairement à l'exécution testamentaire des pays de droit coutumier, « la fiducie offrait cet inconvénient de ne pas connaître de règles définies²⁷. » Le succès de l'exécution testamentaire se fit donc aux dépens de la fiducie, du moins conçue comme une sorte de tutelle testamentaire privée²⁸.

a. Désuétude de la fiducie française

Synthèses élaborées de la raison et de l'histoire, les codifications européennes ignorèrent les institutions marquées au sceau d'un passé dont il convenait de faire table rase et qui, en outre, s'avéraient réfractaires à toute assimilation au sein de la systématique d'un code civil. Aussi les contours indistincts de la fiducie française lui interdirent-ils une consécration dans le Code Napoléon. Laissée à elle-même, elle se réfugia dès lors dans une semi-clandestinité, grâce à la complicité des juristes formés sous l'Ancien Régime, et sa structure juridique alla s'altérant : ainsi la doctrine française d'après la codification soumet-elle une définition plus large de la fiducie, en l'étendant aux legs particuliers²⁹. En cela, elle s'écarte largement du droit romain, qui n'a pas étendu la réglementation du sénatus-consulte Trébellien aux legs et fidéicommis particuliers³⁰, ceux-ci ne pouvant accorder directement un droit de propriété à leurs destinataires ; en effet, l'unification sous Justinien du régime des dispositions testamentaires s'était opérée au profit

²⁵Dans la mesure où le pouvoir peut être défini comme « l'aptitude légale ou conventionnelle à exercer tout ou partie des droits d'une autre personne et à agir pour son compte. » Cité par E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985 à la p. 11, no 5 (ci-après *Gaillard*).

²⁶On peut se demander s'il n'avait pas celui de payer les legs et les dettes de la succession.

²⁷*Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 39, no 31.

²⁸*Jacquelin, supra*, note 8 à la p. 446 ; *Witz, supra*, note 5 à la p. 39, no 38 ; *Laurent, supra*, note 18 à la p. 441, no 402, affirme que « cette fiducie n'est pas dans nos mœurs. »

²⁹Voir *Witz, ibid.* et les auteurs cités. Par exemple, *Aubry et Rau, t.11, supra*, note 18, soulignent que le fiduciaire « est chargé de tenir en dépôt la succession ou les biens légués ».

³⁰*Lemerrier, supra*, note 2 à la p. 624.

des legs *per damnationem*³¹, de sorte que légataires ou fidéicommissaires ne disposaient que d'un droit de créance contre l'héritier, et ce même lors de legs de corps certains, la propriété ne leur étant acquise qu'une fois le transfert de possession effectué³².

Sans doute la désuétude de l'exigence de la *traditio* pour le transfert de la propriété en droit français³³ a-t-elle favorisé cette extension du champ d'application de la fiducie : le légataire particulier — et non plus seulement l'héritier ou le légataire universel — acquiert en effet la propriété de l'objet légué dès le décès du testateur³⁴. Toutefois, une telle solution n'est pas concevable pour le legs particulier d'une somme d'argent, qui, comme celui de tout fongible, ne saurait conférer qu'une créance au légataire³⁵. Or, c'est précisément lorsqu'une somme d'argent ou un patrimoine est en jeu que la fiducie présente un intérêt : s'il s'agit en effet d'une armoire ou d'un immeuble, la fiducie se confond presque avec le legs à terme, où « le légataire est titulaire des droits du défunt dès le jour de l'ouverture de la succession. Seule l'exécution, l'échéance du legs est retardée³⁶. » La construction patrimoniale de la « fiducie d'hérédité » paraît ainsi difficilement applicable aux legs particuliers en fiducie.

³¹Kaser/t.2, *supra*, note 10 à la p. 555 et s. Le legs *per vindicationem*, qui transmettait la propriété au légataire dès le décès du *de cuius*, fut négligé par les rédacteurs du Digeste, son importance pratique ayant très vite décliné.

³²Ainsi le fragment de Marcel au Dg XXXI,17, souvent mentionné par la doctrine, (entre autres Thénodot d'Essaule de Savigny, *supra*, note 13 à la p. 163, no 539 ; Laurent, *supra*, note 18 à la p. 441, no 402) démontre bien que le fidéicommissaire particulier n'est que créancier de l'héritier — et non pas propriétaire du legs : comme il est question d'une somme d'argent, cette construction s'impose également en droit français, et il est paradoxal de voir ce passage évoqué en relation avec la fiducie française.

³³Voir à ce sujet A. Weill, F. Terré et P. Simler, *Droit civil, les biens*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1985 à la p. 332, no 378 et s. (ci-après Weill, Terré et Simler).

³⁴Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.4, vol.2, 3e éd. par A. Breton, Paris, Montchrestien, 1980 à la p. 312, no 1010, et à la p. 329, no 1025 (ci-après Mazeaud, t.4). Le droit suisse et le droit allemand, en revanche, ont conservé la solution romaine d'un légataire créancier : voir P. Piotet, *Traité de droit privé suisse*, t.4, Droit successoral, Fribourg, Ed. universitaires, 1975 à la p. 113 (ci-après Piotet), ainsi que H. Brox, *Erbrecht*, 7e éd., Cologne, Heymann, 1981 à la p. 224, no 404 (ci-après Brox).

³⁵Mazeaud, t.4, *ibid.* à la p.329, no 1025. Weill, Terré et Simler, *supra*, note 33 à la p. 340, no 390. La règle est la même pour les transferts de propriété entre vifs. Voir l'art. 777, dernier alinéa du C.c.B.-C.

³⁶Mazeaud, t.4, *ibid.* à la p. 312, no 1011 (C.c.F. 1185). Il en va de même pour les donations à terme (voir ce même auteur à la p. 603, no 1394, et à la p. 700, no 1500). Il va de soi que si l'argent légué est déposé dans une banque, il n'y a pas transfert de propriété, mais bien cession de créance, exigible selon les termes du contrat originel de dépôt.

b. La fiducie clandestine

C'est pourtant dans ce cadre que se manifeste le dernier avatar de la fiducie française : renouant avec la volonté d'éluder les incapacités légales de recevoir qui étaient à l'origine du fidéicommiss romain³⁷, la fiducie devint au cours du XIX^e siècle essentiellement un moyen de gratifier les personnes incapables de recevoir, et notamment les corporations religieuses non autorisées³⁸. Il ne s'agit dès lors plus tant d'administrer les biens d'autrui que de les lui faire tout simplement parvenir³⁹. Le fiduciaire accomplit bien certains actes d'administration, comme l'acquisition de certains biens ou leur répartition éventuelle entre les légataires, mais ce ne sont que les conditions nécessaires à la distribution du patrimoine selon la volonté du disposant. Conçue comme un mode d'interposition de personnes, cette fiducie soulève des problèmes théoriques redoutables : comment le destinataire de la libéralité, frappé d'une incapacité quelconque, pourrait-il acquérir la propriété des biens dont il est gratifié ? La réponse s'impose : il ne le peut pas⁴⁰. Certes, si le fiduciaire s'acquitte de sa mission avec la bénédiction des héritiers du disposant, nul ne pourra faire obstacle à la remise des biens au bénéficiaire. En revanche, comme le souligne Jacquelin, une telle fiducie est dénuée de toute sanction juridique et, « si elle est portée devant les tribunaux, ils n'hésitent pas à déclarer nulle la fiducie »⁴¹, qui se voit réduite à un vœu pie. En effet, lorsqu'il y a interposition de personnes, c'est dans le chef du bénéficiaire *réel* que doivent être réunies les conditions de validité de la libéralité⁴². Si ce dernier est interdit, incertain ou n'est pas encore conçu, on ne peut y ancrer le droit de propriété nécessaire à l'assise juridique de la fiducie. On comprend dès lors pourquoi, outre les raisons historiques, la fiducie française n'a jamais été étendue aux donations entre vifs où, à la différence des legs, l'acceptation du donataire réel est condition de l'existence et de la validité du contrat lui-même⁴³. Or, si la présence — ou la simple

³⁷Voir *supra*, le chapitre I, section A.

³⁸*Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 40, no 32 ; *Baudry-Lacantinerie et Colin, t.2, supra*, note 18 à la p. 491, no 3050 ; *Troplong, supra*, note 18 aux pp. 169-70, no 110 ; *Laurent, supra*, note 18 à la p. 441, no 402.

³⁹Ainsi *Witz, supra*, note 5 à la p. 39, no 38 souligne-t-il que « le légataire choisi pour opérer une restitution n'a été choisi que pour opérer cette mission. »

⁴⁰Ainsi *Laurent, t. 11, supra*, note 18 à la p. 245, no 181, rappelle à ce sujet que « les actes frauduleux ne transfèrent pas la propriété [...] car il n'y a pas d'acquéreur capable de devenir propriétaire. »

⁴¹*Jacquelin, supra*, note 8 à la p. 446.

⁴²Voir à ce sujet M. Dagot, *La simulation en droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1965 à la p. 120, no 127 (ci-après *Dagot*).

⁴³*Witz, supra*, note 5 à la p. 48, n. 5. On notera avec intérêt que c'est précisément en tranchant sur ce point — l'acceptation du donataire — que la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Curran c. Davis* (voir *infra*, note 195), a sonné le glas de la fiducie de l'ancien droit français dans le système juridique québécois.

existence — d'un bénéficiaire déterminé et capable est une condition indispensable à la validité de la fiducie, celle-ci perd sa raison d'être première, à savoir l'affectation durable d'un patrimoine selon les termes de la volonté du disposant.

L'attention de la doctrine et de la jurisprudence, non sans une certaine confusion⁴⁴, se porta, définitivement cette fois, sur le véritable héritier du fidéicommiss romain⁴⁵, le legs — ou la donation — à charge de rendre⁴⁶. À la différence de la fiducie, celui-ci permet de transmettre à une personne capable la propriété de l'objet de la libéralité, et d'en assurer la remise ultérieure par une obligation à laquelle se soumet le gratifié⁴⁷. Toute suspension du droit de propriété est évitée, puisque les biens transitent sans heurts par le patrimoine du donataire ou du légataire, avant leur affectation par ce dernier aux buts fixés par le disposant, ou leur remise en temps voulu au bénéficiaire de la charge⁴⁸. Jointe à la technique de la fondation, à laquelle elle permet de détourner l'obstacle de l'art. 906.2 C.c.F.⁴⁹, cette « affectation personnelle »⁵⁰ d'un patrimoine rend possible le respect des intérêts légitimes du disposant, sans aller à l'encontre des impératifs des rapports patrimoniaux du droit écrit.

Institution boiteuse et ambiguë, la fiducie de l'ancien droit français n'est aujourd'hui plus guère prise en compte par la doctrine française, si ce n'est

⁴⁴Ainsi Witz, *ibid.* à la p. 44, no 46, évoque de « nombreuses décisions jurisprudentielles qui qualifièrent de fiducie des legs à charge de rendre. » De même, Laurent, *supra*, note 18 à la p. 422, no 403, affirme que « la fiducie est un fidéicommiss. »

⁴⁵Tout comme dans le fidéicommiss romain, il y a dans le legs à charge de rendre un transfert de propriété avec une obligation de restitution à terme ou sous condition. Si le terme est la mort du légataire, il y a substitution fidéicommissaire. La fiducie en revanche ne compte qu'un seul transfert de propriété. Voir sur cette distinction, E. Seel-Viandon, *La fiducie en droit comparé et en droit international privé français*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1979 à la p. 334 [non publiée] (ci-après *Mme Seel-Viandon*). Witz, *ibid.* à la p. 46, no 49, et les auteurs cités.

⁴⁶Pour une comparaison de ses effets avec ceux de la fiducie, voir *infra*, le chapitre II, section B.1.

⁴⁷La capacité de recevoir du bénéficiaire d'une charge s'apprécie en effet au moment de l'exécution de celle-ci. Voir Mazeaud, *t.4, supra*, note 34 à la p. 619, no 1407.

⁴⁸Voir M. Bouyssou, *Les libéralités avec charge en droit civil français*, Paris, Sirey, 1947 (ci-après *Mme Bouyssou*). E. Audouin, *Des dispositions en faveur de personnes incertaines en droit romain et en droit français*, thèse de doctorat, Paris, Giard, 1890 (ci-après *Audouin*). Il est significatif que ce dernier auteur, dans la partie de son ouvrage consacrée à l'ancien droit français (aux pp. 3 et s.), ne mentionne nullement la fiducie ; il analyse en revanche à travers le prisme de la charge les mêmes arrêts que Laurent, *supra*, t.11, note 18 à la p. 234, no 175 et s. évoque dans son examen de la fiducie.

⁴⁹Mazeaud, *t.4, supra*, note 34 à la p. 621, no 1413 et s. ; *Mme Bouyssou, ibid.* à la p. 235, no 136 et s. Voir également *infra*, le chapitre II, section B.1.

⁵⁰C'est ainsi que S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1976 à la p. 108, no 117 et s., qualifie la libéralité avec charge (ci-après *Guinchard*). Voir également *infra*, Conclusion.

à titre de curiosité juridique. Sa désuétude ne saurait surprendre : de par sa nature même, cette institution n'est que difficilement compatible avec les principes d'un droit codifié, et d'autres techniques, plus en harmonie avec ces derniers, permettent d'atteindre les mêmes objectifs. De cette « institution morte en droit français », selon les mots de L. Baudouin⁵¹, la doctrine se détourne pour accorder ses faveurs, suivant l'exemple des autres systèmes juridiques européens, à la fiducie romaine et à ses applications modernes⁵². Le droit québécois en revanche, et ce n'est pas là son moindre intérêt, suit depuis un siècle dans ce domaine une évolution radicalement différente des droits continentaux européens.

II. La fiducie accessoire et contractuelle

Protégé des ferveurs législatrices de la Révolution française, le droit québécois a préservé, à l'art. 964 C.c.B.-C., un légataire « simple ministre » qui administre les biens successoraux, mais ne peut les conserver, en cas de caducité de la disposition « ultérieure »⁵³, légataire dans lequel il est aisé de reconnaître le fiduciaire de l'ancien droit français⁵⁴.

La règle énoncée est de nature interprétative avant tout : si le véritable légataire ne peut recueillir son legs, celui-ci n'échoit pas au fiduciaire — qui n'est grevé qu'en apparence — mais fait retour à la masse qui est répartie selon les règles de dévolution légales ou testamentaires.

Lorsque le législateur québécois adopta en 1879 un *Acte concernant la fiducie*⁵⁵, la majorité de la doctrine n'y vit pendant longtemps qu'une extension au domaine des donations du mécanisme de la fiducie traditionnelle, où le fiduciaire reçoit certains *pouvoirs* sur les biens d'autrui, mais ne se voit en aucune façon accorder des *droits* sur ceux-ci, *a fortiori* des droits

⁵¹L. Baudouin, *Le droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 à la p. 1244 (ci-après *L. Baudouin*).

⁵²Ainsi Witz, *supra*, note 5 et Mme Seel-Viandon, *supra*, note 45.

⁵³Cette qualification n'est pas absolument exacte : en fait, cette disposition n'est ultérieure qu'en apparence. Le seul légataire est le bénéficiaire de la fiducie. Voir les auteurs cités à la note 18.

⁵⁴*Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 41, no 33. J.E. Billette, « La fiducie » (1933-34) 12 R. du D. 159 à la p. 162 (ci-après *Billette/Fiducie*). J.G. Cardinal, « La fiducie du Code Civil » (1966) 26 R. du B. 522 (ci-après *Cardinal*).

⁵⁵42-43 Vict., c. 29, incorporée en 1888 au C.c.B.-C. dont elle constitue les articles 981(a) à 981(n).

réels⁵⁶. Les droits et les biens qui font l'objet du legs ou de la donation sont acquis au gratifié ; le fiduciaire n'est en somme « qu'un exécuteur testamentaire avec des pouvoirs très étendus »⁵⁷, et la fiducie « une exécution testamentaire un peu différente, s'appliquant aussi aux donations »⁵⁸.

Ainsi conçue, la fiducie présente deux éléments principaux : une *disposition à titre gratuit* d'une part — un legs ou une donation — qui reste quant à elle soumise aux règles générales du C.c.B.-C. en la matière ; simple incident d'une libéralité, la fiducie ne saurait constituer un nouveau mode de disposer⁵⁹. On parle dès lors de donation fiduciaire, de legs fiduciaire⁶⁰. En outre, et c'est là son originalité, un *rapport d'obligations* est adjoint à cette libéralité, aux termes duquel le fiduciaire s'oblige à administrer les biens concernés selon la volonté du disposant.

Cette conception restreinte de la fiducie québécoise n'a reçu que peu d'appui de la jurisprudence⁶¹. Elle se heurte en effet à des obstacles tant

⁵⁶P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t.5, Montréal, Théorêt, 1901 à la p. 151 et s. (ci-après *Mignault/Traité*). J.E. Billette, *Traité théorique et pratique de droit civil canadien*, t.1, Montréal, 1933 aux pp. 194 et 389 (ci-après *Billette/Traité*). Du même auteur : « Étude de jurisprudence » (1932) 11 R.du D. 38 (ci-après *Billette/Étude*) ; « Au sujet des origines historiques de la fiducie » (1932) 11 R.du D. 365 (ci-après *Billette/Origines*), ainsi que « La fiducie », *Billette/Fiducie*, *supra*, note 54. On peut en rapprocher, à une nuance près, la position de A. Lavallée, « Donation fiduciaire » (1932) 11 R.du D. 227 (ci-après *Lavallée*), de même que celle, un peu confuse il est vrai, de R. Mankiewicz, « La fiducie québécoise et le trust de Common Law » (1952) 12 R.du B. 16 (ci-après *Mankiewicz*). Pour une synthèse critique de cette conception, voir *Fari-bault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 80, no 56 et s., et surtout J. Casgrain, « La fiducie dans la province de Québec » dans *Livre souvenir des journées de droit civil français*, Paris, Sirey, 1936, 239 à la p. 241 et s. (ci-après *Casgrain*). Seul F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t.3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1907 à la p. 332 (ci-après *Langelier*), affirme que le fiduciaire est bien propriétaire, mais « dans l'intérêt du bénéficiaire ». L'auteur invoque à cet effet les origines anglo-saxonnes de la fiducie québécoise.

⁵⁷*Mignault/Traité*, *ibid.* à la p. 152. De même, le juge Mathieu, dans la cause *Mathison c. Sheperd*, [1909] 35 C.S. 29 à la p. 49, remarque que « les dispositions concernant les fiduciaires sont absolument conformes aux dispositions de notre droit touchant les pouvoirs et les devoirs de l'exécuteur testamentaire. »

⁵⁸*Billette/Étude*, *supra*, note 56 à la p. 42. Dans le même sens, voir *Casgrain*, *supra*, note 56 à la p. 252.

⁵⁹*Casgrain*, *ibid.* à la p. 242 ; *Billette/Origines*, *supra*, note 56.

⁶⁰*Casgrain*, *ibid.* De même le juge Dorion, dans son jugement dissident en Cour d'appel lors de l'affaire *Curran c. Davis* (1932), 53 B.R. 231, déclare-t-il aux pp. 250-51 : « Ce n'est pas la donation qui est faite par fiducie [...] mais c'est la fiducie qui est faite par donation. La fiducie n'est que l'accessoire de la donation ; c'est le mode d'exécution de la donation. »

⁶¹Outre les points de vue des juges Dorion et Saint-Germain dans l'affaire *Curran c. Davis*, *ibid.* on ne peut guère citer que le jugement fort laconique de la Cour supérieure de Montréal en la cause *Harwood c. Moncel* (1923), 61 C.S. 497, un *obiter dictum* du juge Rinfret dans la décision *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7 à la p. 16, et, avec quelques nuances, le raisonnement du juge Lynch en première instance dans la cause *Mathison c. Sheperd*, *supra*, note 57 à la p. 32 et s. notamment.

théoriques que pratiques, que l'on peut sérier en deux catégories : ceux qui sont liés à la nature juridique du rôle du fiduciaire (A.), et ceux qui découlent du caractère accessoire de la fiducie, c'est-à-dire de la nécessité d'une donation ou d'un legs sous-jacent. (B.)

A. *Les pouvoirs du fiduciaire*

Si le fiduciaire est nanti de pouvoirs sur les biens d'un tiers, il importe d'en localiser la source, soit dans un rapport contractuel (1.), soit en y voyant une manifestation du concept, à bien des égards encore incertain, de pouvoir propre (2.).

1. Pouvoirs de représentation : fiducie et mandat

Si l'on admet que les droits et les biens qui font l'objet d'une libéralité en fiducie sont acquis au donataire ou au légataire, les compétences du fiduciaire ne peuvent être exprimées en termes de droits : la donation ou le legs constituant un transfert de droits à titre gratuit, si certains des droits transférés sont conférés au fiduciaire, et non au gratifié, ils ne peuvent faire l'objet de la libéralité principale et, partant, échappent au champ d'application de la fiducie ; les qualités de fiduciaire et de gratifié s'excluent en effet mutuellement, car, le fiduciaire étant chargé de la gestion des biens d'autrui, il n'est pas possible d'être à la fois donataire et fiduciaire du même droit⁶². Aussi faut-il considérer que le fiduciaire n'exerce pas des droits subjectifs lui appartenant en propre, mais qu'il se voit plutôt attribuer certains pouvoirs⁶³ : il agit en effet pour le compte et dans l'intérêt du gratifié⁶⁴. Le courant doctrinal qui nous occupe déduit donc de l'existence de ces pouvoirs une relation de représentation entre le fiduciaire et le titulaire des droits concernés⁶⁵. En conséquence, le fiduciaire est présenté comme un mandataire que le disposant a chargé d'administrer ses biens avant d'en disposer au profit du gratifié. L'acceptation du mandat par ce dernier constitue une condition de la libéralité : s'il refuse de confirmer le fiduciaire dans ses fonctions, la donation ou le legs est frappé de caducité. À l'issue du

⁶²Ainsi Billette/*Étude*, *supra*, note 56 à la p. 45.

⁶³Comme l'affirme Mme M. Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1980 à la p. 71, no 101 (ci-après *Mme Cantin Cumyn*).

⁶⁴La formule correspond à la notion de pouvoir définie par M. Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, L.G.D.J., 1982 à la p.136, no 181 (ci-après *Storck*). Gaillard, *supra*, note 25 à la p. 150, no 235, souligne dans le même sens que « à la différence du droit subjectif, le pouvoir est [...] tout entier ordonné à la satisfaction d'un intérêt qui ne se confond jamais totalement avec celui de son titulaire ».

⁶⁵Dans son ouvrage, où il s'efforce de fonder l'autonomie de la notion de pouvoir en droit privé, Gaillard, *ibid.* aux pp. 10-11, no 5 et 6, note que la doctrine dominante ne conçoit pas de pouvoirs sans représentation. Voir *infra*, la section A.2.

processus, le fiduciaire se retrouve mandataire du gratifié et celui-ci, propriétaire des biens et titulaire des droits sur lesquels porte le mandat du fiduciaire⁶⁶.

Tant le droit québécois⁶⁷ que le droit français⁶⁸ ne conçoivent en principe pas de mandat sans représentation⁶⁹. En outre, la mise en parallèle des art. 981i et 981b C.c.B.-C. semble mener à la conclusion que le fiduciaire agit bel et bien, respectivement, au nom et pour le compte d'autrui. L'art. 981e C.c.B.-C. évoque quant à lui explicitement les pouvoirs du fiduciaire et d'autres dispositions, sur la responsabilité du fiduciaire et le caractère gratuit de ses fonctions notamment⁷⁰, présentent une analogie certaine avec les règles du mandat.

Si le fiduciaire est bien un mandataire, il est alors chargé d'un mandat général d'administration⁷¹, exclusif⁷² et irrévocable⁷³. S'il est certes loisible à quiconque de confier à autrui un mandat d'administrer ses biens, on peut cependant douter de la validité d'un tel mandat lorsqu'il porte sur les biens d'un tiers ; même si cette difficulté peut être détournée en considérant que le transfert de droits au gratifié est soumis à la condition que celui-ci confie un mandat général au fiduciaire, il subsiste néanmoins un obstacle de taille à une telle construction contractuelle de la fiducie : pour le disposant, la

⁶⁶*Mignault/Traité, supra*, note 56 à la p. 157 ; *Billette/Étude, supra*, note 56 à la p. 40 ; *Casgrain, supra*, note 56 à la p. 244 ; *Billette/Traité, supra*, note 56 à la p. 195, parle de « mandat-dépôt ».

⁶⁷Voir à ce sujet C. Fabien, « Les règles du mandat » dans *Répertoire de droit, Le mandat*, Montréal, Chambre des notaires du Québec, 1986, à la p. 73, no 23 (ci-après *Fabien*). H. Roch et R. Paré, *Traité de droit civil du Québec*, t.13, Montréal, Wilson & Lafleur, 1952 à la p. 18 et s. (ci-après *Roch et Paré*) et la jurisprudence citée par ces auteurs. L'article 1716 C.c.B.-C. pose toutefois une réserve, mais son application semble limitée au contrat de prête-nom, voir *Fabien, ibid.* à la p. 208, no 218 et s.

⁶⁸Selon les termes mêmes de l'art. 1984 C.c.F., la représentation est de l'essence même du mandat. Ainsi Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.3, vol.2, 4e éd. par M. de Juglart, Paris, Montchrestien, 1974 à la p. 670 et s. (ci-après *Mazeaud, t.3*). *Storck, supra*, note 64 à la p. 236 et s.

⁶⁹Sur le mandat non représentatif, voir *infra*, le chapitre III, section B.2. Une relation de représentation peut cependant lier deux personnes hors du contexte du contrat de mandat : ainsi la représentation légale, qui ne saurait être de mise dans la matière qui nous occupe, et la représentation organique, que nous examinerons plus loin, *infra*, le chapitre III, section D.

⁷⁰Les art. 981k et 981g C.c.B.-C. Voir à ce sujet *Mignault/Traité, supra*, note 56 aux pp. 162-64.

⁷¹Les pouvoirs du fiduciaire sont extrêmement étendus, et comprennent notamment le droit de disposer des biens qui lui sont confiés (art.981j). Il est évidemment possible au disposant de modifier à son gré l'étendue de ces pouvoirs.

⁷²L'art. 981b donne au fiduciaire le droit de revendiquer la possession des biens dont ils assurent la gestion, et ce même d'entre les mains du bénéficiaire. En outre, aux termes de l'art. 981j, le fiduciaire exerce ses fonctions sans l'intervention du bénéficiaire.

⁷³Art. 981b(2). La fiducie « survit » même à la destitution, la démission ou la mort du fiduciaire (981e(2)). Vu le caractère personnel du contrat de mandat, cet élément à lui seul porte un sérieux coup à la théorie d'un fiduciaire mandataire.

fiducie représente en effet un moyen d'assurer le respect de sa volonté dans la gestion et la répartition du patrimoine fiduciaire, et ce, pour une durée pouvant aller au-delà même de la vie du bénéficiaire de premier rang⁷⁴. L'irrévocabilité du mandat confié au fiduciaire est donc une condition *sine qua non* de l'efficacité de la fiducie.

Si tant le droit québécois que le droit français admettent le principe de la libre révocabilité du mandat par le mandant⁷⁵ — qui s'impose d'autant plus, le mandat allant de pair avec la représentation, qu'on ne saurait imaginer qu'une personne capable pût se voir représentée contre sa volonté — les deux systèmes juridiques reconnaissent en revanche aux parties la faculté de stipuler valablement une clause d'irrévocabilité⁷⁶. Cependant, une telle clause, qui d'ailleurs n'empêche nullement les parties de mettre fin au contrat d'un commun accord⁷⁷, ne trouve grâce aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence que lorsqu'elle porte sur un mandat spécial et temporaire⁷⁸. Comme le dit un auteur, « la non-validité d'un mandat général irrévocable s'impose, car il porterait trop gravement atteinte à la liberté humaine »⁷⁹. Qui plus est, une clause d'irrévocabilité n'a pas pour effet de priver le mandant de toute capacité d'agir : étant propriétaire des biens et titulaire des droits en jeu, les actes de gestion ou de disposition qu'il accomplirait en violation de son engagement seraient parfaitement valides. Tout au plus encourrait-il une responsabilité contractuelle à l'égard du mandataire⁸⁰.

⁷⁴Depuis l'arrêt *Masson c. Masson* (1913), 47 R.C.S. 42, il est admis qu'une fiducie ne saurait s'étendre au-delà de la limite de deux générations fixée à la substitution fidéicommissaire par l'art. 932 C.c.B.-C. Dans le même sens, voir *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 20, no 29 ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 190, no 173 ; A.J. McClean, « The Common Law and the Québec Trust — Some Comparisons » (1967) U.B.C.L.Rev.-C.de D. 333 à la p. 346 (ci-après *McClean*).

⁷⁵Art. 1755(1) C.c.B.-C. et 2004 C.c.F. Voir *Mazeaud*, t.3, *supra*, note 68 à la p. 692, no 1418 et s., ainsi que *Fabien*, *supra*, note 67 à la p. 196, no 198.

⁷⁶Voir à ce sujet R. Perrot, « Le mandat irrévocable » dans *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t.10, Paris, Dalloz, 1959 à la p. 445 et s. (ci-après *Perrot*) ; M. Sallé de la Marnierre, « Le mandat irrévocable » (1937) 36 R.T.D.C. 241 (ci-après *Sallé de la Marnierre*) ; *Witz*, *supra*, note 5 à la p. 77, no 86 et s. ; *Fabien*, *supra*, note 67 à la p. 196, no 198 et s., ainsi qu'à la p. 270, no 308 et s. ; *Mazeaud*, t.3, *supra*, note 68 à la p. 693, no 1420 et s.

⁷⁷*Perrot*, *ibid.* à la p. 445.

⁷⁸*Witz*, *supra*, note 5 à la p. 78, no 86 ; *Perrot*, *ibid.* à la p. 448 ; *Mazeaud*, t.3, *supra*, note 68 à la p. 693, no 1420, et la jurisprudence citée par ces auteurs.

⁷⁹*Sallé de la Marnierre*, *supra*, note 76 à la p. 265.

⁸⁰*Perrot*, *supra*, note 76 à la p. 451 ; *Mazeaud*, t.3, *supra*, note 68 à la p. 694, no 1420. Selon *Fabien*, *supra*, note 67 à la p. 272, no 310, « cette clause est mal nommée. Il s'agit en réalité d'une clause de responsabilité pour révocation injustifiée ». Cependant, *Sallé de la Marnierre*, *ibid.*, aux pp. 276 et s., estime que dans le mandat d'intérêt commun qui ne nous occupe pas ici, la bonne foi du tiers contractant avec le mandant devrait décider de la validité de l'acte juridique posé par ce dernier.

Le concept d'une « fiducie-mandat » ne paraît guère compatible avec la réglementation des art. 981a C.c.B.-C. et suivants, l'élément d'autorité que comporte l'administration du fiduciaire sur les biens du gratifié étant étranger au mandat ordinaire. En revanche, les similitudes de la fiducie avec l'exécution testamentaire n'ont pas échappé à la doctrine québécoise.

2. Pouvoirs propres : fiducie et exécution testamentaire

S'il est difficile de voir dans le fiduciaire un mandataire ordinaire, le rapprochement de sa situation avec celle de l'exécuteur testamentaire paraît moins hasardeux ; se référant aux origines françaises de la fiducie, le courant doctrinal que nous examinons ne veut voir dans cette institution, comme nous l'avons noté plus haut⁸¹, qu'une exécution testamentaire à la fois plus étendue et possible entre vifs.

Ce point de vue semble, à première vue du moins, trouver un certain appui dans les textes : tant le fiduciaire que l'exécuteur ont des pouvoirs intransmissibles⁸² et agissent en principe gratuitement⁸³ ; leur mode de remplacement est à peu près identique⁸⁴, et ils ne peuvent être démis, sauf exception, que par l'intervention de l'autorité judiciaire⁸⁵. Ils sont également tous deux *saisis* des biens et droits qui leur sont remis⁸⁶ : la saisine de l'exécuteur testamentaire, qui est à ne pas confondre avec celle des successeurs⁸⁷, est un pouvoir de fait, un pouvoir limité de se faire mettre en possession des biens de la succession et de les administrer⁸⁸.

⁸¹Voir *supra*, le chapitre II, section A.1. D'autres auteurs, plus récents, limitent leur comparaison de ces deux institutions aux aspects techniques : ainsi par exemple *Cardinal, supra*, note 54 à la p. 526 ; *Dussault, supra*, note 22 aux pp. 68-69.

⁸²Art. 920 et 981e C.c.B.-C. Leurs héritiers sont cependant comptables de leur gestion.

⁸³Art. 910, 914 et 981c C.c.B.-C. Le cas échéant, leur rémunération, de même que les frais de gestion, sont à la charge de la succession ou de la fiducie.

⁸⁴Art. 923, 924 et 981c C.c.B.-C.

⁸⁵Art. 917 et 981d C.c.B.-C.

⁸⁶Art. 918 et 981b C.c.B.-C.

⁸⁷Notion d'origine germanique, et inconnue, tant du droit romain que des droits suisse et allemand, la saisine des successeurs est définie comme « l'habilitation légale à exercer les droits et actions du défunt sans avoir besoin d'accomplir aucune formalité préalable » : G. Brière, *Précis du droit des successions*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 à la p. 61, no 81 (ci-après *Brière/Successions*).

⁸⁸La définition de la saisine varie selon les auteurs, mais la doctrine est unanime à la considérer comme un pouvoir et à la distinguer soigneusement des droits des héritiers : voir *Terré et Lequette, supra*, note 18 à la p. 377, no 417 ; *Mazeaud, t.4, supra*, note 34 aux pp. 419, no 1148 et s., et 441, no 1185 et s. ; R. Verdot, « La délimitation des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire » dans D. 1963, *Chronique* 75, à la p. 79 (ci-après *Verdot*) ; *Witz, supra*, note 5 à la p. 71, no 78 ; *Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 269, no 237 ; H. Roch, *Traité de droit civil du Québec*, t.5, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953 (ci-après *Roch*), définit à la p. 516 la saisine comme « la fiction légale en vertu de laquelle une personne qui n'a aucune possession physique d'une chose est considérée comme en ayant la possession en loi. »

La doctrine⁸⁹ et la jurisprudence⁹⁰ québécoises qualifient couramment l'exécution testamentaire de mandat, tout en soulignant que le caractère *post mortem* et irrévocable de celle-là limite la portée de l'analogie. Quoi qu'il en soit, tant le C.c.F. que le C.c.B.-C. confèrent expressément à une « espèce de mandataire »⁹¹ des pouvoirs non négligeables sur les biens d'autrui, sans que

cette saisine de l'exécuteur testamentaire ne modifie en rien la qualification juridique des droits des héritiers ou des légataires universels qui sont et demeurent les seuls propriétaires des biens composant la succession⁹².

Le Code civil, s'accommodant sans trop de heurts de ce pouvoir matériel sur les biens d'autrui, devrait dès lors admettre qu'un pouvoir comparable fût attribué à un administrateur dans le cadre d'une libéralité entre vifs.

Lorsque, comme en droit français, l'exécuteur testamentaire est cantonné dans un rôle somme toute restreint⁹³, comparable à celui d'un administrateur séquestre⁹⁴, sa qualification de mandataire posthume du

⁸⁹Roch, *ibid.* à la p. 490, considère l'exécution testamentaire comme un mandat *sui generis* du *de cuius*. De même, Mignault/*Traité*, *supra*, note 56 à la p. 441, y voit un mandat conféré par le défunt, mandat soumis au régime des art. 1701 et s. sous réserve de la réglementation spéciale des art. 905 et s.; R. Comtois en revanche, dans « L'exécution testamentaire » (1962) 2 R.J.T. 533 (ci-après *Comtois*), qualifie l'exécuteur de représentant du *de cuius* et, partant, des héritiers qui sont les continuateurs de sa personne. M. Castelli, « Les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, étendue maximale et durée » (1978) 19 C.de D. 177 aux pp. 179-80 (ci-après *Mme Castelli*), se rallie à cette conception. Enfin, Brière/*Successions*, *supra*, note 87 à la p. 255, no 387 et s., compare la situation de l'exécuteur à celle du mandataire, sans toutefois risquer une qualification unique.

⁹⁰Dans l'affaire *Dorais c. Viens*, [1970] C.S. 19, l'exécuteur est défini comme le mandataire du *de cuius*; en vertu de cette qualité, il doit rendre compte de sa mission aux représentants du testateur, continuateurs de sa personnalité juridique. Dans l'arrêt *Hand c. Auclair*, [1970] C.A. 253, en revanche, M. le juge Turgeon estime à la p. 255 que l'exécuteur est également mandataire des légataires, vis-à-vis desquels il est responsable du paiement de leur legs. Cette position est justement critiquée par *Mme Castelli*, *ibid.* à la p. 180. Dans son jugement en la cause *Leclerc c. Leclerc*, [1975] C.A. 792, enfin, la Cour d'appel souligne la responsabilité de l'exécuteur envers les légataires sans toutefois reprendre dans son intégralité le raisonnement du juge Turgeon dans la cause précitée.

⁹¹Comme le baptise, non sans humour, un auteur québécois; voir *Comtois*, *supra*, note 89 à la p. 533.

⁹²*Verdot*, *supra*, note 88 à la p. 79.

⁹³Sa saisine, qui doit au demeurant lui être conférée par le testateur ou par le juge, ne peut s'étendre au-delà de la limite légale d'un an et un jour et ne porte que sur les meubles (art. 1025 C.c.F.). En outre, l'art. 1026 C.c.F. permet aux héritiers de mettre fin à ses fonctions en acquittant les legs mobiliers (art. 1026 C.c.F.).

⁹⁴*Mazeaud, t.4*, *supra*, note 34 à la p. 335, no 1033. L'auteur souligne à ce propos, à la p. 442, no 1185, que « les héritiers conservent la saisine légale avec toutes ses prérogatives sauf celles qui sont nécessaires à un administrateur séquestre pour l'accomplissement de sa mission. »

défunt⁹⁵ paraît soutenable, tant que ses pouvoirs n'empiètent pas irrémédiablement sur les droits des héritiers. Cependant, la jurisprudence française se montre disposée à étendre jusqu'à un certain point le champ de ses compétences⁹⁶, amenant certains auteurs à s'interroger sur les limites de la compatibilité de tels pouvoirs avec la notion de mandat⁹⁷. Ainsi Storck⁹⁸, après avoir réfuté le concept d'un exécuteur mandataire, vu notamment l'impossibilité de discerner un représenté, suggère-t-il que l'exécuteur exerce en fait un *pouvoir propre*, en son nom et pour le compte d'autrui. L'auteur souligne cependant que ces pouvoirs, vu leur nature particulière, sont limitativement énumérés par la loi, et que toute extension de ces derniers par le testateur ne saurait être conçue que dans le contexte d'un mandat ordinaire, et serait par conséquent soumise au droit de révocation des héritiers⁹⁹.

Cette notion de pouvoir propre présente l'intérêt de fonder les compétences de l'exécuteur qui, comme le droit de disposer de certains biens ou l'aspect autoritaire de sa gestion, ne sont guère conciliables avec les notions de mandat et de représentation. Elle semble dès lors d'autant plus appropriée à l'exécution testamentaire du droit québécois, qui ne fixe aucune limite à l'étendue des pouvoirs pouvant être attribués à l'exécuteur par le testateur, qui peut aller jusqu'à lui conférer celui de disposer des biens successoraux¹⁰⁰. La doctrine québécoise s'accorde toutefois à reconnaître que les pouvoirs de l'exécuteur, tout étendus qu'ils fussent, ne sauraient être exercés qu'aux fins de l'exécution du testament¹⁰¹. En outre, il est établi que

⁹⁵Voir la note de jurisprudence de R. Savatier, (1942) R.T.D.C. 92 à la p. 93. Rappelons que l'article 1027 C.c.F. permet aux héritiers de mettre un terme à la mission de l'exécuteur testamentaire.

⁹⁶Voir *Verdot*, *supra*, note 88 ; *Mazeaud*, t.4, *supra*, note 34 à la p. 336, no 1034 et s.

⁹⁷Voir *Verdot*, *ibid.* qui considère à la p. 80 que lorsque ses pouvoirs sont étendus, l'exécuteur testamentaire est titulaire d'une sorte de droit réel, limité seulement par le but à atteindre, et ne pouvant porter sur la réserve de l'héritier. *Mazeaud*, t.4, *ibid.*, remarque à la p. 512, no 1273, que, dans une telle situation, l'exécuteur « devient un véritable liquidateur, dont la mission limite alors très sérieusement les pouvoirs de l'héritier. »

⁹⁸*Supra*, note 64 à la p. 114, no 148 et s., ainsi qu'à la p. 208, no 277 et s. Sur la notion de pouvoir en général, voir *Gaillard*, *supra*, note 25.

⁹⁹*Storck*, *ibid.* à la p. 209.

¹⁰⁰Art. 921 C.c.B.-C. Mme C. Taylor et R. Doucet, « L'exécution testamentaire » (1976) 78 R.du B. 261 ; ces auteurs affirment ainsi à la p. 361 que « selon que le testateur l'a voulu, l'exécuteur peut régner en maître absolu sur la succession. » Une opinion semblable est émise par P.-B. Mignault, « La fiducie dans la Province de Québec » dans les Travaux de la semaine internationale de droit, *La fiducie en droit moderne*, Paris, Sirey, 1937, 35 à la p.39 (ci-après *Mignault/Fiducie*).

¹⁰¹*Brière/Successions*, *supra*, note 87 à la p. 259, no 396 ; *Mignault/Traité*, *supra*, note 56 à la p. 464 ; *Mme Castelli*, *supra*, note 89 à la p. 180 ; *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 96, no 137. Cette précision nous semble aller de soi, des pouvoirs ne pouvant par définition qu'être ordonnés à certaines fins.

le droit des héritiers de demander la destitution de l'exécuteur indélicat ne peut leur être retiré¹⁰².

Il ne nous semble pas que ces arguments fondent l'existence de limites *intrinsèques* à l'étendue des pouvoirs dont l'exécuteur testamentaire peut être investi : que celui-ci voie l'exercice de ses pouvoirs assujéti à un but et soumis à un contrôle ne constitue en aucune façon une limite aux pouvoirs en question ; au contraire, tout pouvoir est par définition soumis à un certain contrôle, car son titulaire est tenu de l'exercer, à la différence du droit subjectif, dans un intérêt distinct du sien¹⁰³. Dès lors, loin de le limiter, le contrôle fonde et justifie le pouvoir sur lequel il porte. Il faut en effet se garder de confondre la question de l'*étendue* des pouvoirs de l'exécuteur, c'est-à-dire les actes juridiques qu'il a la capacité d'accomplir, avec celle du *contrôle* de l'exercice de ceux-ci.

Si un pouvoir semble échapper à tout contrôle et être susceptible d'être exercé à sa guise par son titulaire, c'est que l'on est en présence, en dépit des apparences, d'un véritable droit subjectif. Comme le note du reste un auteur, à propos de l'art. 916, alinéa (2) C.c.B.-C. — qui permet au testateur de décharger l'exécuteur de toute responsabilité —

l'absence de toute responsabilité [...] emportant dispense de payer le reliquat équivalant obligatoirement à conférer à l'exécuteur testamentaire la qualité de légataire.¹⁰⁴

En revanche, on peut s'interroger sur d'éventuelles limites *extrinsèques* aux pouvoirs de l'exécuteur testamentaire ; l'on a estimé en effet qu'ils sont limités par la nature des droits des légataires, et qu'ils doivent être conciliables avec ceux-ci¹⁰⁵. Le droit de propriété de l'héritier serait-il en effet illusoire si ce dernier pouvait être privé indéfiniment du pouvoir de l'administrer et d'en disposer par lui-même ? Conférer des pouvoirs illimités à un exécuteur testamentaire reviendrait en somme, de l'avis d'un auteur, soit à établir une incapacité privée, soit à dissocier les prérogatives du droit de propriété d'une manière non prévue par la loi¹⁰⁶.

¹⁰²Leclerc c. Leclerc, *supra*, note 90 ; Mme Castelli, *ibid.* à la p. 181.

¹⁰³Voir à ce sujet Gaillard, *supra*, note 25 à la p. 95 et s., no 144. L'auteur souligne d'ailleurs (à la p. 96) que « le contrôle est de l'essence du pouvoir ».

¹⁰⁴Mme Castelli, *supra*, note 89 à la p. 182. Dans le même sens, voir Mignault/Traité, *supra*, note 56 à la p. 464 et Mme Cantin Cumyn, *supra*, note 63 à la p. 97, no 138.

¹⁰⁵Witz, *supra*, note 5 à la p. 75, no 83 et s. ; Mme Cantin Cumyn, *supra*, note 63 à la p. 94, no 135 et s. L'auteur affirme (à la p. 96) que « la disposition testamentaire qui, par l'ampleur qu'elle donne à la fonction de simple exécuteur, prive l'héritier, l'usufruitier ou le grevé, de la possession et de l'administration des biens pendant toute la durée de leur droit, voire une partie substantielle de celle-ci, se situe nettement en dehors du cadre de l'exécution testamentaire. »

¹⁰⁶Witz, *ibid.*

Cet argument ne manque pas de poids et suffirait à lui seul, s'il s'avérait établi en droit québécois, à réduire à néant la conception d'une « fiducie-exécution ». Quoiqu'il n'ait pas à ce jour été confirmé par la jurisprudence, il nous paraît approprié d'introduire à ce stade de notre étude un élément de droit comparé : en effet, tout comme le droit québécois, et à la différence du droit français, tant le droit suisse que le droit allemand attribuent de larges pouvoirs à l'exécuteur testamentaire, et la doctrine et la jurisprudence de ces pays n'ont pas manqué de s'interroger sur l'existence d'éventuelles limites à ces derniers.

3. L'exécution testamentaire prolongée

Le droit suisse et le droit allemand confèrent tous deux d'amples compétences à l'exécuteur testamentaire ; l'art. 518 C.c.S. lui reconnaît le pouvoir « de gérer la succession, de payer les dettes, d'acquitter les legs et de procéder au partage[...] ». La doctrine et la jurisprudence suisses sont unanimes à considérer que l'administration au sens large comprend tous les actes de disposition, de même que le pouvoir de contracter des obligations¹⁰⁷. S'il est loisible au testateur de restreindre les pouvoirs de l'exécuteur, cette restriction est sans effet à l'égard des tiers qui n'en ont pas connaissance : « les pouvoirs externes de l'exécuteur testamentaire sont en principe illimités, tout acte passé avec des tiers (en cette qualité) étant en principe valable¹⁰⁸ », la seule exception à cette règle étant les actes de disposition à titre gratuit non usuels. Dans un arrêt déjà ancien¹⁰⁹, le Tribunal fédéral suisse a souligné que ce pouvoir de disposition de l'exécuteur est indépendant de ses obligations : si, en accomplissant un acte de disposition, ce dernier a violé les devoirs de sa fonction et outrepassé ses pouvoirs, l'acte n'en reste pas moins valable ; le tiers contractant n'a à vérifier que la qualité d'exécuteur, et non l'étendue des pouvoirs de celui-ci. Seule la responsabilité de l'exécuteur est en jeu.

La solution du droit allemand est comparable : l'art. 2205 B.G.B. attribue expressément à l'exécuteur testamentaire le pouvoir de disposer à titre onéreux, et même à titre gratuit, lorsqu'il y a par exemple accomplissement d'un devoir moral. Le législateur a délibérément renoncé à limiter les pouvoirs de l'exécuteur à l'aune des buts de l'exécution, tant pour faciliter l'administration de la succession qu'afin de décharger les tiers de la tâche de vérifier si l'acte qu'ils passent avec l'exécuteur se justifie dans le cadre

¹⁰⁷Piotet, *supra*, note 34 à la p. 146.

¹⁰⁸Piotet, *ibid.* à la p. 147.

¹⁰⁹Il s'agit de l'arrêt *Brun c. Office du Registre Foncier de Rorschacherberg* (1935), 61 R.O. 1 382.

d'une bonne et saine gestion¹¹⁰. La jurisprudence s'employa cependant à réduire la portée de ce principe, notamment en recourant par analogie aux règles de la représentation. Ainsi, lorsque l'acte effectué par l'exécuteur constitue un abus de pouvoirs ou un acte de mauvaise gestion, il est frappé de nullité si le cocontractant connaît le vice qui l'entache¹¹¹. Le Tribunal d'Empire a jugé en outre qu'« un tiers ne saurait faire valoir de droits d'un acte juridique conclu avec un exécuteur testamentaire lorsqu'il aurait dû savoir que ce dernier abusait de ses pouvoirs »¹¹². En outre, s'il s'agit d'un acte à titre gratuit, la bonne foi du tiers est impuissante à le valider, sous réserve des règles protégeant l'acquéreur de bonne foi, lorsque l'exécuteur ne s'est pas fait connaître comme tel¹¹³.

Quant à la nature de la fonction d'exécuteur testamentaire, la controverse doctrinale va bon train ; sans doute faut-il en chercher la cause dans les origines germaniques et coutumières de l'institution, « qui constitue un corps étranger dans un droit successoral de construction romaine¹¹⁴. »

Deux tendances générales de la doctrine peuvent être dégagées¹¹⁵ : la plus ancienne voit dans l'exécuteur un *représentant* — du défunt, de la succession ou des héritiers. Cette conception, qui semble ne plus être de mise aujourd'hui, se heurte au fait que l'exécuteur agit en son nom propre et non pas dans l'intérêt des héritiers, mais bien avant tout pour se conformer à la volonté du testateur¹¹⁶. Il ne saurait en outre représenter le défunt, pour des raisons évidentes, ni la succession, qui n'a pas la personnalité juridique¹¹⁷. Au contraire, la doctrine dominante semble à ce jour être celle qui consacre le caractère indépendant de la fonction d'exécuteur testamentaire : la doctrine allemande y voit une *charge*, une *fonction* de droit privé¹¹⁸. La doctrine et la jurisprudence suisses de leur côté adoptent

¹¹⁰H. Kötz, *Trust und Treuhand*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963 à la p. 99 (ci-après Kötz).

¹¹¹H. Lange, « Die Rechtsmacht des Testamentsvollstreckers und ihre Grenzen » (1970) 10 JuS 101, à la p. 103 (ci-après Lange).

¹¹²Dame E c. Veuve E (1931), 130 R.G.Z. 130 à la p. 134 (n.t.).

¹¹³Kötz, *supra*, note 110 à la p. 101 ; Brox, *supra*, note 34 à la p. 216, no 389.

¹¹⁴Lange, *supra*, note 111 à la p. 101 (n.t.).

¹¹⁵Voir Brox, *supra*, note 34 à la p. 211, no 380 ; Piotet, *supra*, note 34 à la p. 138 et s. ; A. Necker, La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales, thèse de doctorat, Université de Genève, 1971 à la p. 105 et s. [non publiée].

¹¹⁶Piotet, *ibid.* à la p. 139.

¹¹⁷Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, Beck, 1981 aux pp. 1927-28 (ci-après Palandt) ; Piotet, *ibid.* à la p. 139.

¹¹⁸Lange, *supra*, note 111 à la p. 102 ; Brox, *supra*, note 34 à la p. 211 ; Palandt, *ibid.* à la p. 1928, et la jurisprudence citée par ces auteurs.

une approche similaire : ainsi Piotet affirme, en accord avec la jurisprudence¹¹⁹, que

l'exécuteur testamentaire a des pouvoirs propres et indépendants, qui lui permettent d'administrer le patrimoine d'autrui, en agissant en son propre nom[...]

a. Exécution testamentaire et droits des héritiers

Cependant, ni le droit suisse, ni le droit allemand ne considèrent que le droit de propriété de l'héritier constitue une limite extrinsèque aux pouvoirs de l'exécuteur. Certes, celui-ci doit se soucier à la fois de l'intérêt des héritiers et surtout de la volonté du *de cujus*, mais les droits des héritiers sur les biens successoraux ne sont jamais à même d'entraver directement son activité. Les droits des héritiers sont paralysés, comprimés du dehors par les pouvoirs de l'exécuteur, et ce, tant que dure sa mission¹²⁰.

L'absence d'états d'âme de la doctrine à propos du contenu du droit de propriété des héritiers est encore plus frappante lorsque la durée des pouvoirs de l'exécuteur est en cause : « création heureuse des praticiens et de la jurisprudence »¹²¹, l'exécution testamentaire prolongée peut, en droit suisse, durer jusqu'à la mort de l'héritier, à condition qu'elle ne porte que sur la quotité disponible¹²². Afin de mettre les biens à administrer à l'abri des créanciers de l'héritier¹²³, il est possible d'assortir l'exécution d'une substitution fidéicommissaire, celle-ci entraînant constitution d'un patrimoine distinct¹²⁴. Il semblerait toutefois que l'exécution prolongée ne pût

¹¹⁹*Supra*, note 34 à la p. 139. Le Tribunal fédéral suisse, dans l'arrêt *Fides c. Diskont- und Handelsbank A.G.* (1964), 90 R.O. II 376, souligna que l'exécuteur testamentaire exerce en son nom propre les pouvoirs afférents à sa charge, et réfuta la théorie d'un « droit réel d'administration » défendue par une partie de la doctrine, notamment K. Bloch, « Zur Frage der Rechts- und Prozesstellung des Willensvollstreckers und des unverteiltten Nachlasses im schweizerischen Recht » (1958) 54 R.S.J./S.J.Z. 337, sans toutefois établir de manière définitive la nature de sa situation juridique.

¹²⁰*Piotet, ibid.* à la p. 140 ; *Brox, supra*, note 34 à la p. 219.

¹²¹Selon les termes de C. Reymond, « Le Trust et le droit suisse » (1954) 73 R.D.S./Z.S.R. 119a à la p. 184a (ci-après *Reymond/Trust*).

¹²²Cette règle fut énoncée par le Tribunal fédéral suisse dans l'arrêt *Lambelet c. Moebus* (1917), 43 R.O. II 1 à la p. 4 : « Le droit de succession du Code civil n'interdit pas non plus d'enlever à un héritier l'administration de son héritage pour autant que cette mesure ne concerne pas la réserve. » F. Guisan, « La fiducie en droit suisse » dans Travaux de la semaine internationale de droit, *La fiducie en droit moderne*, Paris, Sirey, 1935, 93 (ci-après *Guisan*) remarque à la p. 106 qu'il est cependant possible, par la conclusion d'un pacte successoral abdicatif avec l'héritier présomptif, d'obtenir de celui-ci qu'il renonce à attaquer la clause d'administration.

¹²³L'insaisissabilité des biens soumis à l'administration de l'exécuteur testamentaire est vivement débattue par la doctrine suisse : voir *Piotet, supra*, note 34 à la p. 141 et s. ; *Reymond/Trust, supra*, note 121 à la p. 183a, et les autorités citées par ces auteurs.

¹²⁴*Piotet, ibid.* à la p. 97 et s. ; *Guisan, supra*, note 122 aux pp. 105-106.

durer que jusqu'à l'ouverture de la substitution, soit en général jusqu'à la mort du grevé¹²⁵.

Le Code civil allemand prévoit quant à lui que l'exécution testamentaire assure la séparation des biens successoraux du patrimoine des héritiers¹²⁶. La durée de l'exécution est limitée à trente ans, mais il est possible d'en fixer le terme à la mort de l'héritier ou à celle de l'exécuteur¹²⁷. Il est également possible de combiner exécution testamentaire et substitution : le droit allemand n'établit aucune limite en termes de degrés à la substitution, l'art. 2109 B.G.B. n'imposant qu'un délai de trente ans pour l'ouverture de la dernière dévolution. Cependant, il est loisible au testateur de prévoir que celle-ci s'effectuera lors de la réalisation d'un événement lié à l'un des héritiers, grevé ou appelé, à la condition que ce dernier soit vivant au décès du *de cuius*. Sous cette réserve, l'exécution permanente peut donc s'étendre jusqu'au décès du dernier appelé, évoquant curieusement la *rule against perpetuities* de la *common law*, amputée du délai additionnel de vingt-et-un ans, et restreignant le champ des *lives in being* aux héritiers¹²⁸.

L'exécution testamentaire prolongée, combinée avec la substitution fidéicommissaire, remplit donc aisément cette fonction particulière de la fiducie québécoise et du *trust* du droit commun¹²⁹, du moins en présence de bénéficiaires déterminés, sous la réserve que le remplacement de l'exécuteur ne va pas sans poser certains problèmes, sa nomination constituant un acte de dernière volonté et, partant, ne pouvant en principe être ni déléguée, ni exercée par un tribunal. Le testateur peut cependant éviter cet écueil en prévoyant le remplacement de l'exécuteur, ou en confiant cette charge à une personne morale¹³⁰, permettant à un comparatiste de remarquer que « *Treuhand and testamentary execution are the only civil law formations, the legal structure of which may be called trustlike*¹³¹ ».

¹²⁵*Reymond/Trust*, *supra*, note 121 à la p. 183a ; *Piotet*, *ibid.* à la p. 154. L'art. 488 C.c.S. limite la substitution fidéicommissaire à un degré, mais rien n'empêche le *de cuius* d'en fixer l'ouverture dans un avenir très lointain. Sur le problème d'une éventuelle limite absolue, voir *Piotet*, *ibid.* à la p. 96 et s. et les auteurs cités.

¹²⁶Art. 2214 B.G.B.

¹²⁷Art. 2210 B.G.B. Voir *Lange*, *supra*, note 111 à la p. 102.

¹²⁸*Kötz*, *supra*, note 110 à la p. 105 et s. ; *Mme Seel-Viandon*, *supra*, note 45 à la p. 202.

¹²⁹Comme le souligne *Guisan*, *supra*, note 122 à la p. 105. Dans le même recueil, le juge Rinfret remarque dans son intervention (à la p. 144) que la large étendue des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire en droit suisse, tout comme à son avis en droit québécois, rend la fiducie testamentaire superflue.

¹³⁰Ce qui est admis tant en droit suisse qu'en droit allemand : *Reymond/Trust*, *supra*, note 121 à la p. 180a et s. ; *Brox*, *supra*, note 34 à la p. 208, no 375. De plus, l'art. 2198 B.G.B. permet de confier la nomination de l'exécuteur testamentaire à un tiers, et l'art. 2199 prévoit que le testateur peut laisser à l'exécuteur le soin de se désigner un successeur ou un remplaçant.

¹³¹A. Nussbaum, « *Sociological and Comparative Aspects of the Trust* » (1938) 38 Col.L.R. 408 à la p. 417.

b. *En droit québécois*

Concernant le droit québécois, nous risquons donc la conclusion suivante : hormis la réserve héréditaire — inconnue du C.c.B.-C. — l'existence d'une limite théorique à l'étendue des pouvoirs pouvant être conférés à l'exécuteur testamentaire nous paraît discutable, dans la mesure où leur exercice reste soumis à un certain contrôle¹³². En ce qui concerne les droits des héritiers sur la succession, ils ne peuvent qu'être — peu ou prou — entravés par les pouvoirs de l'exécuteur, et il serait illusoire de vouloir « concilier » les pouvoirs de l'exécuteur, et il serait illusoire de vouloir « concilier » les uns et les autres. D'ailleurs, s'il existait une limite au-delà de les uns et les autres. D'ailleurs, s'il existait une limite au-delà de laquelle les pouvoirs de l'exécuteur priveraient les héritiers du contenu effectif de leurs droits, la localisation de ce saut qualitatif serait fort délicate. Il nous faut donc admettre que l'exécuteur et le fiduciaire testamentaires peuvent donc se voir attribuer sensiblement les mêmes tâches¹³³. La question ne présente d'ailleurs qu'un intérêt purement académique, vu la pratique, de plus en plus répandue au Québec, de confier ses biens, tout comme en droit anglais, à des « exécuteurs fiduciaires »¹³⁴.

À ce stade de notre analyse, rien ne nous paraît interdire d'admettre, de concert avec une partie de la doctrine québécoise¹³⁵, que la fiducie n'est autre qu'une exécution testamentaire prolongée, applicable aux donations, et que les deux institutions présentent une structure juridique similaire. C'est en fait sur un autre obstacle, soit la nécessité d'un donataire actuel, qu'échoue cette construction théorique restrictive de la fiducie québécoise.

¹³²C'est d'ailleurs également l'avis du seul auteur français qui ait posé le problème en ces termes : *Verdot, supra*, note 88 à la p. 80, affirme en effet : « il apparaît donc qu'une seule limite contient l'activité de l'exécuteur testamentaire : l'existence d'une réserve héréditaire. »

¹³³Il suffit pour s'en convaincre d'examiner les pouvoirs attribués à l'exécuteur par le testament en cause dans l'affaire *Préfontaine c. Dillon* (1922), 33 B.R. 314. Dans la décision *Cogné c. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591 à la p.597, M. le juge Salvas va même jusqu'à affirmer « qu'il y a fiducie en faveur des exécuteurs testamentaires et administration pour le bénéfice des légataires. »

¹³⁴Voir par exemple les arrêts *Hand c. Auclair, supra*, note 90 ; *Dansereau c. Paquette* (1940), 69 B.R. 90 ; *Guaranty Trust Company of New York c. R.*, [1948] R.C.S. 183 ; R. Comtois, « Les libéralités » dans Chambre des Notaires du Québec, éd., *Répertoire de droit, Les libéralités, doc.1*, Montréal, 1988, à la p. 244, no 714 (ci-après *Comtois/Libéralités*) relève la confusion engendrée par cet usage et suggère de généraliser le recours à la fiducie. Qui peut le plus pouvant le moins, on peut en effet se demander si la fiducie ne prive pas l'exécution testamentaire de sa raison d'être, et n'entraînera pas à terme la désuétude de cette dernière institution au Québec.

¹³⁵Voir *supra*, note 57.

B. *L'introuvable gratifié*

La structure de la fiducie française, construite sur le droit de propriété de l'héritier ou du légataire réel, constitue un cadre par trop exigü au déploiement dans le droit québécois d'une institution polymorphe, à même — à l'image du *trust* de la *common law* — de remplir des missions aussi nombreuses que diverses. La jurisprudence et la doctrine, celle-ci toutefois dans une moindre mesure, se sont donc employées, sous la pression constante des exigences de la pratique, à renforcer la position du fiduciaire aux dépens de celle du gratifié, qui, de titulaire des droits faisant l'objet de la libéralité, s'est retrouvé peu à peu cantonné dans le rôle secondaire et indistinct de simple « bénéficiaire ».

L'affirmation de l'autonomie de la fiducie comme mode de disposer indépendant, et la reconnaissance d'un véritable « contrat de fiducie » allaient résulter de l'application de cette institution à deux situations distinctes : les libéralités charitables en faveur de bénéficiaires indéterminés (1.), et au profit de personnes à venir (2.).

1. Le gratifié indéterminé

L'impossibilité de concevoir, même provisoirement, un droit subjectif sans sujet ou au sujet incertain, constitue un obstacle de fait à un legs ou à une donation en faveur tant de personnes futures — sous réserve des enfants conçus — qu'indéterminées, ou plutôt indéterminables¹³⁶. En outre, quant à la donation entre vifs, la nature consensuelle de ce contrat¹³⁷ exige un échange de volontés, seul à même, en droit français et québécois, d'investir le donataire des droits qui font l'objet de la libéralité. L'impossibilité matérielle, dans les hypothèses en question, de transférer des biens ou des droits d'un patrimoine à un autre ne découlant pas de motifs d'ordre public¹³⁸, le droit développa donc deux techniques qui, par le recours à un intermédiaire de transmission, permettent de contourner l'écueil théorique de la vacance dans la propriété des biens donnés ou légués, soit la libéralité avec charge et la fondation.

¹³⁶ Art. 771 C.c.B.-C. et 906 C.c.F. Voir à ce sujet G. Brière, *Donations, substitutions et fiducie*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1988 à la p. 42, no 61 et s. (ci-après *Brière/Donations*) ; *Billette/Traité*, *supra*, note 56 à la p. 157, no 220 ; *Mazeaud*, t.4, *supra*, note 34 à la p. 579, no 1363 ; *Terré et Lequette*, *supra*, note 18 à la p. 253, no 280 et s.

¹³⁷ Art. 755 C.c.B.-C. et 894 C.c.F.

¹³⁸ *Audouin*, *supra*, note 48 à la p. 61 et s. ; *Mme Bouyssou*, *supra*, note 48 à la p. 232, no 134 et s. parle d'une « simple incapacité naturelle de recevoir ».

a. *La libéralité avec charge*

La libéralité avec charge, qui s'analyse comme un transfert de droits assorti d'une « obligation imposée par le disposant au gratifié qui, à la suite de son acceptation, se trouve tenu d'exécuter »¹³⁹, établit une distinction entre le donataire ou le légataire, qui reçoit directement, et le bénéficiaire de la charge, qui figure le gratifié indirect, auquel s'adresse l'intention libérale du disposant. Selon les termes d'un auteur français,

il n'y a en droit qu'une seule libéralité, celle qui est faite au donataire ou au légataire grevé de la charge ; quant à l'exécution de la charge, elle constitue sans doute *en fait* une libéralité pour les bénéficiaires, mais *en droit* elle ne compte que comme l'exécution d'une obligation de faire imposée par un donateur à son donataire¹⁴⁰.

Ce recours à un intermédiaire, dont le rôle est avant tout d'éviter la suspension de la titularité des droits donnés ou légués, est unanimement admis par la doctrine et la jurisprudence française, tant lorsque le bénéficiaire de la charge est une personne future¹⁴¹, et notamment une personne morale à créer, que lorsque la charge est stipulée en faveur de personnes indéterminées¹⁴².

Lorsque le disposant se propose d'affecter durablement une partie de son patrimoine à la poursuite d'un objectif quelconque, il peut en outre recourir à la fondation ; définie comme « l'opération juridique par laquelle certains biens sont affectés à la réalisation d'une idée, à la poursuite d'un but permanent »¹⁴³, la fondation représente plus couramment, dans un sens

¹³⁹Mazeaud, *t.4, supra*, note 34 à la p. 617, no 1404. Voir également M. Boodman, *Les libéralités à des fins charitables au Québec et en France*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1980 à la p. 223 et s. [non publiée] (ci-après *Boodman*), ainsi que l'ouvrage de Mme Bouyssou, *supra*, note 48.

¹⁴⁰Audouin, *supra*, note 48 à la p. 70.

¹⁴¹Mme Bouyssou, *supra*, note 48 à la p. 242 et s. et l'abondante jurisprudence citée. Mazeaud, *t.4, supra*, note 34 à la p. 580, no 1365 et à la p. 619, no 1407 ; Terré et Lequette, *supra*, note 18 à la p. 537, no 585 et s.

¹⁴²Voir l'ouvrage d'Audouin, *supra*, note, 48 à la p. 113 et s. notamment ; Mazeaud, *t.4, ibid.* à la p. 619, no 1407 ; Terré et Lequette, *ibid.* à la p. 257, no 285 et s. ; Mme Bouyssou, *ibid.* à la p. 248, no 142 et s. La détermination des bénéficiaires peut d'ailleurs être laissée au grevé : ce dernier auteur note, à la p. 250, no 142 : « incapable de recevoir à titre de légataire direct, (le tiers) voit son incapacité supprimée grâce au procédé de la charge : le legs avec faculté d'élire est nul, mais rien ne s'oppose à la validité du legs avec charge d'élection. »

¹⁴³Gaillard, *supra*, note 25 à la p. 120, no 140.

étroit, la personne morale créée pour réaliser ce but¹⁴⁴. Tout comme le grevé de charge, cette personne morale fait office de donataire ou de légataire et acquiert en pleine propriété les biens et les droits remis, même si les véritables bénéficiaires de la libéralité se trouvent être en fait les destinataires aux besoins desquels elle pourvoira par son activité. D'ailleurs, l'impossibilité en droit français de constituer directement une fondation par testament¹⁴⁵ est éludée dans une certaine mesure grâce au legs avec charge adressé à un particulier, sur lequel repose la titularité des droits légués en attendant la constitution de la personne morale et le transfert à celle-ci de l'objet de la libéralité¹⁴⁶.

La distinction, nécessaire autant qu'hasardeuse, entre la libéralité avec charge et la libéralité par personne interposée¹⁴⁷, la seconde ne pouvant, faute de gratifié, être utilisée au profit de personnes futures ou indéterminées, souligne l'inadéquation fondamentale d'une institution similaire à la fiducie française à de tels objectifs ; reposant sur le droit de propriété d'un donataire ou légataire privé du pouvoir de gérer ses biens, cette fiducie n'est pas concevable en l'absence de ce dernier. Au contraire, tant la personne morale que constitue la fondation que le grevé de charge sont pleinement gratifiés des droits dont se départit le disposant : lorsque le bénéficiaire reçoit les biens qui lui sont dus, ils ne lui parviennent pas directement du patrimoine du disposant, mais de celui de l'intermédiaire¹⁴⁸. Le fait que ce dernier,

¹⁴⁴Nous nous tiendrons désormais à cette définition de la fondation. Voir *Terré et Lequette, supra*, note 18 à la p. 540 et s., no 589 et s. ; *Witz, supra*, note 5 à la p. 79 et s., no 88 et s. ; *Mazeaud, t.4, supra*, note 34 à la p. 621 et s., no 1413 et s. ; *Boodman, supra*, note 139 à la p. 180 et s. ; P. de Font Réaulx, « Les fondations en droit français » dans Travaux de la semaine internationale de droit, *Les fondations*, Paris, Sirey, 1937 à la p. 59 et s. (ci-après *Font Réaulx*) ; *Guinchard, supra*, note 50 à la p. 121, no 142 et s. ; *Dalloz, Répertoire de droit civil*, t.4, v° Fondation, Paris, 1972 (ci-après *Dalloz/Fondation*).

¹⁴⁵À la différence du droit suisse (art. 81 C.c.S.) et du droit allemand (art. 83 B.G.B.), qui prévoient expressément cette possibilité, considérant que l'acquisition de la personnalité morale par la nouvelle fondation opère rétroactivement au jour du décès. Cette formule a la faveur de la doctrine française et du Conseil d'Etat ; voir par exemple *Mazeaud, t.4, supra*, note 34 à la p. 625, no 1420, et la décision récente de la Cour de cassation rapportée à la *Gaz. Pal.* 24-25.2.88 à la p. 138. Pour une approche comparative, voir K. Neuhoﬀ et U. Pawel, éd., *Trusts and Foundations in Europe*, Oxford, Alden Press, 1971 (ci-après *Neuhoﬀ et Pawel*).

¹⁴⁶*Mme Bouyssou, supra*, note 48 à la p. 235, no 136 et s. ; *Gaillard, supra*, note 25 à la p. 122, no 145 et s. ; *Mazeaud, t.4, ibid.* à la p. 624, no 1420 et s. et notamment, à la p. 632 et s., l'extrait de la célèbre décision du Tribunal civil de la Seine du 5 août 1897, rendue à propos de la création de l'Académie Goncourt.

¹⁴⁷*Mazeaud, t.4, ibid.* à la p. 586, no 1379 ; *Terré et Lequette, supra*, note 18 à la p. 287, no 323 ; *Mme Bouyssou, ibid.* à la p. 83, no 52 et s. Comme le confirme *Sallé de la Marnierre, supra*, note 76 à la p. 139, le fait que la charge est susceptible d'absorber complètement l'objet du legs est « sans conséquence, car peu importe l'importance voire l'inexistence de l'émolument recueilli par l'héritier ou le légataire, et la transmission du patrimoine s'impose à lui dès lors qu'il a fait acte d'héritier ou a accepté le legs, quel que soit l'excédent du passif. »

¹⁴⁸*Mme Bouyssou, ibid.* à la p. 240, no 138.

lorsque la charge absorbe entièrement l'objet de la libéralité, ne soit nullement enrichi ne doit pas faire illusion :

[la charge] est susceptible de restreindre ou même de réduire à néant l'avantage effectif que le bénéficiaire retire de la disposition faite à son profit, [mais] n'affecte en rien l'étendue de son droit de propriété sur les biens donnés, par cela même qu'elle ne porte que sur l'emploi à faire de la valeur de ces biens¹⁴⁹.

Alors que la fiducie était caractérisée par l'attribution à des personnes distinctes de droits d'une part, et des pouvoirs correspondants d'autre part, la libéralité avec charge et, dans une certaine mesure, la fondation, réalisent un transfert de droits lié à un engagement du gratifié de les utiliser à un certain effet¹⁵⁰.

Les tribunaux québécois, dès avant la codification, admettaient la validité d'un legs à une personne morale future par l'entremise d'un légataire fiduciaire¹⁵¹. Sauf à admettre l'inadmissible, soit la suspension provisoire de la titularité des droits subjectifs¹⁵², il faut en conclure que la structure patrimoniale de cette fiducie ne saurait être celle de la fiducie française, et que la position du fiduciaire québécois doit dans ce cas se rapprocher, soit de celle du légataire grevé de charge, soit de celle de l'administrateur d'une personne morale¹⁵³. Les rédacteurs du C.c.B.-C. confirmèrent la jurispru-

¹⁴⁹Audouin, *supra*, note 48 à la p. 98 ; Sallé de la Marnière, *supra*, note 76 à la p. 139. De même, Aubry et Rau, t.11, *supra*, note 18, remarquent-ils à la p. 557, « qu'une personne est légataire alors même qu'elle doit transmettre à une autre la totalité des biens reçus sans même pouvoir en jouir pendant un certain temps. » Voir la confirmation récente de ce principe apportée par la Cour de cassation *supra*, note 145.

¹⁵⁰Le respect de l'usage, ou le maintien de l'affectation, des biens remis est assuré, dans le cas de la libéralité avec charge, par les actions personnelles à disposition du disposant ou de ses héritiers, ainsi que du bénéficiaire de la charge lorsqu'il est en mesure d'exercer ce droit. Quant à la fondation, le contrôle de son activité est assuré par les pouvoirs publics, ainsi que par les restrictions que le droit public apporte, en France surtout, à leur activité, tel le principe de spécialité. Voir à ce sujet Font Réaulx, *supra*, note 144 à la p. 72 ; Boodman, *supra*, note 139 à la p. 180 et s. ; Mazeaud, t.4, *supra*, note 34 à la p. 628, no 1425.

¹⁵¹Dans l'arrêt *Desrivières c. Richardson* (1826), 1 R.J.R.Q. 217, le juge Kerr affirme à la p. 235 : « though it is admitted that a legacy is lapsed when left to an individual or to a body politic or corporate, not *in esse*, yet the principle does not apply in this case, inasmuch as the trustees were all alive when the testator made his will, and they received the bequest for the benefit of the Royal Institution[. . .] ». De même, dans l'affaire *Freligh c. Seymour* (1855), 5 L.C.R. 492, le juge Caron soutient que si le legs n'est pas fait « à une institution qui n'existe pas, il est fait à l'intimé », le « légataire fiduciaire ».

¹⁵²Qui est d'ailleurs l'hypothèse avancée par une partie de la doctrine québécoise, notamment *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 aux pp. 71-72, no 101, et *Boodman*, *supra*, note 139 aux pp. 238-39, qui énonce que « en pratique, la fiducie québécoise fonctionne sans propriétaire », et que « les biens de la fiducie ayant été affectés à un but déterminé constituent eux-mêmes le gratifié de la disposition ». Voir à ce propos *infra*, Conclusion.

¹⁵³Sur la notion d'un fiduciaire propriétaire ou organe, voir *infra*, respectivement, le chapitre III, sections C.1. et D.

dence antérieure en prévoyant, à l'art. 869, le recours à « des légataires seulement fiduciaires ou simples ministres pour des fins de bienfaisance¹⁵⁴ ».

Quoique le legs avec charge fût expressément mentionné pour les mêmes fins par cet article, la pratique lui a d'emblée préféré le legs fiduciaire¹⁵⁵. Est-on en droit d'y voir avant tout l'effet de l'impact de la pratique du *trust* en Amérique du Nord et de la familiarité des juges britanniques avec cette institution ? À première vue en effet, la fiducie québécoise semble présenter des avantages appréciables sur le legs avec charge : elle permet d'éviter les problèmes liés à la confusion des biens remis avec le patrimoine du légataire¹⁵⁶, et, surtout, garantit quoi qu'il arrive le maintien de l'affectation des biens au but choisi par le disposant ; certes, en l'absence d'un bénéficiaire déterminé ou déterminable de la charge, l'action en exécution permet au disposant ou à ses héritiers de contraindre le gratifié au respect de ses obligations¹⁵⁷. Toutefois, le caractère accessoire et personnel de la charge entraîne son extinction lorsque la libéralité s'avère nulle ou est refusée par le gratifié. De plus, les héritiers du disposant, par l'exercice de l'action en révocation pour inexécution des charges, récupèrent-ils l'ensem-

¹⁵⁴Curieusement, une partie de la doctrine s'accorde à voir une origine française à l'art. 869 C.c.B.-C.(entre autres *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 267, no 405 ; Y. Caron, « The Trust in Quebec » (1980) 25 R.D. McGill 421 aux pp. 422-23 (ci-après *Caron/Trust*)). En fait, si l'ancien droit français faisait preuve d'une tolérance certaine à l'égard des legs charitables à des personnes indéterminées, jamais ces légataires ne furent de véritables fiduciaires. Voir la partie historique de l'ouvrage d'*Audouin*, *supra*, note 48 à la p. 1 et s. Comme en témoigne la jurisprudence d'avant la codification, l'article 869 nous paraît plutôt une consécration des usages en cours au sein de la population anglo-québécoise, à laquelle il eût été malaisé d'interdire de constituer un *charitable trust* au Québec, dont elle tenait les rênes tant de l'économie que de l'appareil judiciaire. Quoi qu'il en soit, un héritage historique ne saurait s'inscrire en porte à faux contre la systématique d'un code civil, et « il ne suffit pas, pour affirmer que la constitution d'un trust est possible [...], d'invoquer l'état du droit dans les siècles qui ont précédé la codification. » D.A. Dreyer, *Le trust en droit suisse*, Genève, Études suisses de droit international, vol.21, 1981 à la p. 44 (ci-après *Dreyer*).

¹⁵⁵Ainsi par exemple l'arrêt *Abbott c. Fraser*, [1874] L.C.J. 187 à la p. 216 (P.C.) valida sans hésitations un legs à une personne morale à créer par l'intermédiaire de légataires fiduciaires, considérant que « the capacity to receive is to be considered relatively to the time when the right comes into effect » ; la Cour eût tout aussi bien pu estimer être en présence d'un legs avec charge. Il est intéressant de noter que R. Savatier, « La fiducie en droit français » dans les Travaux de la semaine internationale de droit, *La fiducie en droit moderne*, Paris, Sirey, 1937, 57 à la p. 60 (ci-après *Savatier*) remarque que « la validité de la fiducie en droit français est certaine, lorsqu'elle consent à se mouler correctement dans le cadre français de la libéralité avec charge ».

¹⁵⁶*Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 208, no 186 ; J.G. Cardinal, « Les hommes meurent, les fondations demeurent » (1961) 63 R.du N. 431 à la p. 438 (ci-après *Cardinal/Fondations*).

¹⁵⁷L'action en exécution de la charge a été élaborée par la doctrine et la jurisprudence française ; voir *Mme Bouyssou*, *supra*, note 48 à la p. 277, no 156 et s. ; *Mazeaud, t.4*, *supra*, note 34 à la p. 620, no 1410.

ble des biens sans être astreints à une obligation quelconque¹⁵⁸. Enfin, une charge nulle ou impossible est réputée non écrite, permettant au donataire ou au légataire de conserver définitivement les biens remis¹⁵⁹.

En revanche, l'art. 981c C.c.B.-C. établit un mode de remplacement du fiduciaire, conférant implicitement une existence autonome à la fiducie. De plus, l'art. 964 C.c.B.-C. stipule expressément qu'en aucun cas le fiduciaire ne conserve pour lui-même l'objet de la libéralité.

Cette différence de régime est toutefois moins nette qu'il n'y paraît : le droit civil français, avec la prohibition d'aliéner entraînant insaisissabilité¹⁶⁰, offre un moyen efficace de mettre les biens remis à l'abri des créanciers du gratifié, du moins en attendant le transfert de ceux-là à la personne morale nouvellement créée. En outre, la jurisprudence française a d'ores et déjà reconnu que « la faculté de révocation d'un legs avec charge survit à l'adjudication des biens donnés après leur saisie par les créanciers.¹⁶¹ » Qui plus est, il est admis que l'impossibilité d'une charge, même en l'absence de faute du gratifié, entraîne, malgré la règle de l'art. 900 C.c.F., la révocation de la libéralité et le retour des biens dans le patrimoine du disposant ou de ses héritiers, lorsque la charge constitue la « cause impulsive et déterminante » de la libéralité¹⁶², et, partant, lorsqu'elle en absorbe complètement l'objet. Enfin, le disposant peut imposer la charge à ses héritiers légaux, et assurer son exécution par la nomination d'un exécuteur testamentaire. Même si ces aménagements de la libéralité avec charge ont quelquefois des allures de solutions *ad hoc*, et ne sont pas sans présenter

¹⁵⁸Art. 953-954 C.c.F. *Mazeaud, t.4, ibid.* à la p. 620, no 1410 ; *Mme Bouyssou, ibid.* aux pp. 295-96, no 197 ; *Terré et Lequette, supra*, note 18 à la p. 468, no 514 et s. ; *Savatier, supra*, note 155 à la p. 68. En droit québécois, le droit de révoquer la donation pour inexécution des charges doit avoir été stipulé (art.816 C.c.B.-C.) ; concernant les legs, l'art. 893 C.c.B.-C. est plus restrictif, ne mentionnant que la condition résolutoire. Vu le peu d'importance pratique de la charge en droit québécois, on ne peut guère que supposer que les règles du droit français y sont reprises ; voir *Roch, supra*, note 88 à la p. 225 et à la p. 450 et s., et surtout *Boodman, supra*, note 139 à la p. 459 et s.

¹⁵⁹Art. 900 C.c.F. Sur l'ambiguïté de l'art. 760 C.c.B.-C. à ce sujet, voir entre autres *Comtois/Libéralités, supra*, note 134 à la p. 73, no 71 et s.

¹⁶⁰Art. 900-01 C.c.F. et 968 et s. C.c.B.-C.

¹⁶¹P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, Rousseau, 1932, à la p. 359 (ci-après *Lepaulle*).

¹⁶²*Mme Bouyssou, supra*, note 48 à la p. 305, no 172 ; *Terré et Lequette, supra*, note 18 à la p. 293, no 331 ; *Mazeaud, t.4, supra*, note 34 à la p. 621, no 1412 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

des lacunes¹⁶³, il n'en reste pas moins qu'ils offrent une garantie raisonnable du respect de la volonté du disposant.

L'indifférence de la pratique et de la doctrine québécoise à l'égard du legs avec charge d'incorporation¹⁶⁴ ne peut à nos yeux être imputée à une insuffisance foncière de cette institution. Disposant de la fiducie, le milieu juridique québécois ne fut pas confronté à la nécessité d'exploiter à fond les ressources des institutions correspondantes du droit civil. Le phénomène est particulièrement frappant en ce qui concerne les fondations.

b. La fondation

Le système juridique québécois, vu son double héritage français et anglais, ne constitue certes pas un terreau favorable au développement des fondations, du moins conçue comme des personnes morales autonomes. En effet, l'Église de France conserva jusqu'à la Révolution un monopole de fait sur les libéralités charitables, rendant ainsi superflue l'élaboration d'une institution autonome à cet effet¹⁶⁵. Il apparaît dès lors naturel que les pouvoirs publics révolutionnaires se soient méfiés de la fondation, qui brille par son absence dans le C.c.F. et ne se développa en France qu'au cours du XIX^e siècle¹⁶⁶. N'octroyant la personnalité juridique à une fondation qu'à des conditions restrictives, où le fait du prince est déterminant¹⁶⁷, le droit français est encore aujourd'hui celui des droits continentaux dont le régime des fondations fait preuve du plus de rigidité, sans reconnaître une troisième voie entre la donation *sub modo*, le legs avec charge ou la stipulation pour

¹⁶³Notamment la caducité de la charge lorsque le légataire refuse le legs, ou si l'autorité publique n'accorde pas l'autorisation de constituer la fondation. La création de la Fondation de France marque à cet égard un certain progrès, voir *Witz, supra*, note 5 à la p. 82, no 92 ; *Sallé de la Marnierre, supra*, note 76 à la p. 138 et la jurisprudence citée, ainsi que la décision de la Cour de cassation mentionnée *supra*, note 145.

¹⁶⁴*Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 208, no 186 note que « dans la Province de Québec, nous ne connaissons aucune décision sur le point précis de la charge imposée à un véritable légataire. Tous les arrêts se rapportent à des fiduciaires chargés d'obtenir la constitution en corporation. »

¹⁶⁵C. de Wulf, *The Trust and the Corresponding Institutions of the Civil Law*, Bruxelles, Bruylant, 1965 à la p.150 et s.(ci-après *de Wulf*). *Boodman, supra*, note 139 à la p.11 et s. Sur la notion de personne morale, voir *infra*, le chapitre III, section D.

¹⁶⁶En outre, l'élaboration de la théorie des personnes morales fut le fait de la doctrine allemande dans la seconde moitié du siècle passé, avant la rédaction du Code civil allemand, ce qui permit son intégration dans les codifications de cette époque.

¹⁶⁷Comme le note *de Wulf, supra*, note 165 à la p.157 « The creation of the foundation largely depends on the will of the Executive, which usually grants recognition on the condition that it retains administrative control ». Voir *Guinchard, supra*, note 50 à la p. 123, no 145 et s. ; *Dalloz/Fondation, supra*, note 144.

autrui d'une part, et l'intervention de l'autorité publique d'autre part¹⁶⁸. Quant au droit anglais, dont l'influence sur la conception et le régime de la personnalité morale au Québec s'avère prédominante¹⁶⁹, on a pu en dire que « toutes les fondations anglaises, quel que soit leur mode de réalisation, sont administrées par le procédé juridique du *trust* »¹⁷⁰. Vu ces circonstances, le rapide développement de la fiducie québécoise, considérée, à l'image du *charitable trust* anglo-saxon, comme une *alternative* à la fondation, ne saurait surprendre.

La doctrine québécoise est en effet unanime à reconnaître que l'art. 869 C.c.B.-C. permet le legs en fiducie à des personnes indéterminées, en établissant une exception à la règle de la certitude du légataire déduite de l'art. 838 C.c.B.-C., du moins pour des fins de bienfaisance ou analogues¹⁷¹. Dans la cause *Valois c. de Boucherville*, qui conclut une évolution jurisprudentielle amorcée dès avant l'adoption du C.c.B.-C.¹⁷², le juge Rinfret énonce que

dès que l'on trouve dans le testament la nomination d'un ministre, qu'il soit légataire fiduciaire, exécuteur testamentaire, ou qu'il soit héritier ou légataire tout simplement, à qui peuvent être remis les biens destinés à la charité et qui devra les administrer et les distribuer, les jugements se montrent disposés à maintenir le legs, même lorsque la volonté du testateur est exprimée dans les termes les plus généraux, pourvu qu'aucune ambiguïté ou obscurité n'empêche de discerner entre plusieurs bénéficiaires possibles.¹⁷³

¹⁶⁸*de Wulf, ibid.* à la p. 154. Même une fois constituées, les fondations françaises ne sont pas pour autant au bout de leurs peines : que l'on pense par exemple aux limitations à leur capacité de recevoir, au principe de spécialité, au contrôle du Conseil d'État ou à l'interdiction de la création directe des fondations testamentaires. Voir A. David, « La vie des fondations » (1959) 57 R.T.D.C. 665 (ci-après *David*). *Font Réaulx, supra*, note 144 ; *Boodman, supra*, note 139 à la p. 180 et s. ; *Mazeaud, t.4, supra*, note 34 à la p. 620, no 1413 et s. ; *de Wulf, ibid.* à la p. 150 et s. Voir également l'étude comparative de *Neuhoff et Pawel, supra*, note 145.

¹⁶⁹Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et de la *Common Law* dans le droit des compagnies de la province de Québec » dans J. Ziegel, éd., *Études sur le droit canadien des compagnies*, Toronto, Butterworths, 1967, 102 (ci-après *Caron/Ziegel*) ; M. Martel, *La compagnie au Québec : aspects juridiques*, t.1, 2e éd., Montréal, Thémis, 1984 aux pp. 1-5.

¹⁷⁰H. Lévy-Ullmann et J. Escara, « Les fondations en droit anglais » dans Travaux de la semaine internationale de droit, *Les fondations*, Paris, Sirey, 1937, 37 à la p. 49.

¹⁷¹Voir notamment *Boodman, supra*, note 139 à la p. 282 et s. ; *Roch, supra*, note 88 à la p. 386 note que « le but de [l'article 869] est de permettre des legs à des personnes indéterminées pour des fins qui ne sont pas précisées autrement que par l'indication qu'ils seront affectés à la charité ou à la bienfaisance. » Dans le même sens : *Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 198 et s., no 178 et s. ; *Dussault, supra*, note 22 à la p. 63 ; M. Faribault, « La fiducie au Québec » (1966) 68 R.du N. 357 à la p. 362 (ci-après *Faribault/Fiducie*) ; *Brière/Donations, supra*, note 136 à la p. 45, no 63 ; *McClellan, supra*, note 74 à la p. 342 et s.

¹⁷²Relatée par *Boodman, supra*, note 139 à la p. 282 et s.

¹⁷³(1929) R.C.S. 234 à la p. 259.

Cette exception peut d'ailleurs surprendre, étant donné que les libéralités avec charges ne sont pas soumises à la règle de la certitude du bénéficiaire¹⁷⁴. Quoi qu'il en soit, la fiducie a là aussi pris la place de la libéralité avec charge dans l'arsenal juridique québécois.

Si la fiducie permet tant le legs à une personne morale future que le legs à des personnes indéterminées, en chargeant le fiduciaire de distribuer les biens qui lui sont confiés, sans que la question de la titularité des biens et des droits en cause y fasse obstacle, la constitution d'une fondation apparaît superflue¹⁷⁵ ; aussi la doctrine québécoise, en accord avec la jurisprudence¹⁷⁶, admet-elle que les fiducies constituées à des fins charitables peuvent être perpétuelles¹⁷⁷, l'article 981c pourvoyant au remplacement des fiduciaires, dont les pouvoirs sont suffisamment définis par le C.c.B.-C. pour assurer le fonctionnement durable et harmonieux de l'institution. La « fiducie charitable » occupe donc en droit québécois la majeure partie de la place qui revient à la fondation dans les systèmes juridiques continentaux¹⁷⁸, entravant par là-même, en la rendant inutile, l'élaboration d'une institution

¹⁷⁴Comme le fait remarquer *Boodman, supra*, note 172 à la p. 299. Le legs en cause dans l'affaire *Valois c. de Boucherville, ibid.* à la p.270 eût au demeurant pu être analysé comme un legs avec charge, argument que le juge Rinfret effleure. Il en allait de même dans le jugement *Doré c. Brosseau* (1905), 35 R.C.S. 205, où la faculté d'élire les bénéficiaires avait été accordée au légataire fiduciaire.

¹⁷⁵*Cardinal/Fondations, supra*, note 156 à la p. 436 remarque qu'au lieu d'effectuer l'incorporation d'une personne morale, « il est beaucoup plus simple de procéder au moyen de la fiducie, ce qui évite des frais [et] constitue un médium beaucoup plus souple[. . .] » De même M. Demogue, dans son rapport général introduisant les Travaux de la semaine internationale de droit, *La fiducie en droit moderne*, Paris, Sirey, 1937, note-t-il à l'inverse, à la p.3, que « les législations ayant en général réglementé les associations et les fondations, la fiducie fait un peu double emploi. »

¹⁷⁶Voir par exemple les affaires *Freligh c. Seymour, supra*, note 152 ; *Abbott c. Fraser, supra*, note 156 ; *Mathison c. Sheperd, supra*, note 57 ; *Chaussé c. Boucher* (1941), 71 B.R. 67.

¹⁷⁷*Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 188, no 213 ; *Brière/Donations, supra*, note 136 à la p. 267, no 405 ; *Cardinal/Fondations, supra*, note 156 à la p. 437 et s. ; *Mankiewicz, supra*, note 56 à la p. 50 ; *Comtois/Libéralités, supra*, note 134 à la p. 234, no 673.

¹⁷⁸Ainsi *Cardinal/Fondations, ibid.* à la p. 443, conclut-il que « la fiducie est l'institution toute désignée pour donner à nos compatriotes et à leurs fondations l'élan nécessaire à leur plein rayonnement ». De son côté, *Faribault/Traité, ibid.* à la p. 205, no 182, estime que « la fondation, c'est avant tout dans notre droit l'article 869 du Code Civil, et par là c'est en même temps le triomphe de la fiducie. » Quant à *Boodman, supra*, note 139 à la p. 123, et P. Charbonneau, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine ? » (1983) 85 R.du N. 491 à la p. 502 (ci-après *Charbonneau*), ils s'interrogent sur l'existence même de la fondation dotée de la personnalité juridique en droit québécois. Toutefois, il est, sinon courant, du moins possible de constituer une fondation par le recours à la corporation sans but lucratif ; voir à ce sujet L. Quesnel et M. Paré, « Les fondations de charité » (1982) C.P.du N. 277 (ci-après *Quesnel et Paré*).

juridique fondée sur l'attribution de la personnalité juridique à une masse de biens affectée à un certain but¹⁷⁹.

L'adoption de l'*Acte concernant la fiducie* ayant étendu le champ d'application de la fiducie aux donations, il faut en conclure que la « fiducie charitable », qui est soumise au régime juridique établi par les art. 981a et ss. C.c.B.-C.¹⁸⁰, peut également être constituée entre vifs¹⁸¹. Dès lors, si la construction juridique de la « fiducie-donation » québécoise est appelée à être identique à celle de la « fiducie-fondation »¹⁸², elle ne peut en aucun cas correspondre à celle de la fiducie française, inconcevable sans un légataire propriétaire.

L'élaboration, au sein du droit québécois, d'un concept commun¹⁸³ à ces deux manifestations de la fiducie ne constitue donc, ni plus ni moins, que l'assimilation du *trust* de la *common law*, entreprise périlleuse s'il en est.

¹⁷⁹Sauf à considérer, ce qui n'est pas confirmé par les textes, que la fiducie de l'article 869 constitue bel et bien une personne morale, comme le suggère le juge Létourneau dans le jugement *Valois c. de Boucherville*, *supra*, note 172 aux pp. 323-24. Cette conception est partagée par certains auteurs, à propos de la fiducie en général, notamment *L.Baudouin*, *supra*, note 51 et *Caron/Trust*, *supra*, note 154. Voir *infra*, le chapitre III, section D.

¹⁸⁰L'hypothèse inverse, soit l'existence de deux fiducies distinctes tant à l'égard de leur structure que de leur mode de fonctionnement, confinerait à l'absurdité, comme le souligne *Boodman*, *supra*, note 139 à la p. 143 et s.

¹⁸¹Comme le remarque le juge Hutchinson, dans le jugement *Mathison c. Sheperd*, *supra*, note 57 aux pp. 53-54 « the object and intent of these articles 981a to 981n were to extend the law so as to enable a person to do by gift inter vivos, what the law gave to such a person the right to do by will. » Dans le même sens, *Boodman*, *ibid.* à la p. 283, n. 57 et à la p. 144 et s.; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 207, no 185; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 234, no 673; *Mettarlin*, *supra*, note 22 à la p. 197. *Contra*: W. Coldwell, *The Law of Trusts in the Province of Québec*, thèse de l'Université McGill, 1935 à la p. 60 [non publiée] (ci-après *Coldwell*). Certes, aucune fiducie charitable constituée par donation n'a été à ce jour soumise à l'appréciation des tribunaux, mais la pratique notariale y a néanmoins recours, comme en témoignent *Quesnel et Paré*, *supra*, note 178 à la p. 334, no 241: « Du vivant, la fondation peut être créée de trois façons: par un don direct, par la donation fiduciaire et par la constitution d'une corporation. »

¹⁸²Ce raisonnement semble être celui du juge Beetz, dans l'arrêt *Royal Trust Co c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250 à la p. 268, qui mit un terme relatif à la controverse quasi séculaire sur le propriétaire de la fiducie, lorsqu'il affirme que « du point de vue théorique, il n'y a pas de raison pour que la solution diffère, quant à la propriété des biens de la fiducie, selon qu'il s'agit de la fiducie testamentaire régie par l'art. 869 du Code civil ou de la fiducie régie par les art. 981a et s. »

¹⁸³Comme le remarque M. Boodman, « Case Comment: *Royal Trust v. Tucker: the Status of Trusts in the Law of Québec* » (1983) 43 R.du B. 801 à la p. 805 (ci-après *Boodman/Tucker*), la doctrine québécoise ne s'en est guère soucée: « The charitable trust of art. 869 C.c. appears to have developed as a coherent juridical domain separate from the trust of art. 981a et seq. »

2. Le gratifié inexistant

Une libéralité constituant un transfert de droits, la fiducie québécoise, si elle présente bel et bien la construction de la fiducie française, ne saurait exister sans un donataire ou un légataire investi des droits remis¹⁸⁴. Il se peut cependant que le disposant, tout en ayant l'intention de gratifier une ou des personnes déterminées, désire assurer pendant un certain temps la transmission et l'usage de l'objet de la libéralité, et ne se soucie guère de le remettre purement et simplement à un gratifié direct.

Réfractaire à toute vacance dans la titularité des droits subjectifs, le droit ne lui permet toutefois pas de se dispenser d'un destinataire des droits dont il dispose. Le droit québécois, tout comme le droit français, exige ainsi, en toute logique, l'existence et la capacité du gratifié tant au moment de la donation¹⁸⁵ — son accord étant en outre indispensable à la conclusion de ce contrat — qu'à celui du décès du testateur¹⁸⁶, la donation et le testament étant les seuls modes de disposer à titre gratuit prévus par le C.c.B.-C.¹⁸⁷ Toutefois, des institutions des droits continentaux telles que la substitution fidéicommissaire, la prohibition d'aliéner et la double libéralité en usufruit et en nue-propiété permettent au disposant de s'arroger un certain contrôle sur les droits dont il se départit, contrôle limité certes, tant il est vrai que, comme le note un auteur, « notre droit et nos mœurs veulent également que chacun s'occupe lui-même de ses affaires¹⁸⁸ ».

a. L'arrêt Masson

Si nous persistons à considérer la fiducie comme une forme d'exécution d'une libéralité, assortie à cette dernière, nous pouvons en déduire que la fiducie peut porter sur tout ce qui peut être donné par donation ou par

¹⁸⁴Comme le formule *Billette/Étude*, *supra*, note 56 : « La fiducie ne pourra devenir effective que si un donataire acquiert une chose donnée, que si un légataire est saisi d'un legs et n'y renonce pas. »

¹⁸⁵Art. 755 et 771 C.c.B.-C., Art. 906.1 et 932 C.c.F.

¹⁸⁶Art. 838 C.c.B.-C. et 906.2 C.c.F. Il en va de même en droit français pour les legs sous condition suspensive — art. 1040 C.c.F. — étant donné l'effet rétroactif de la réalisation de la condition. Curieusement, l'art. 838, alinéa 2 C.c.B.-C. n'exige la capacité de recevoir du légataire qu'à l'avènement de la condition, et semble ainsi permettre le legs direct à des personnes inexistantes. La doctrine s'accorde à y voir en fait une substitution tacite dont les grevés sont les héritiers légaux du testateur : *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 aux pp. 91-92, no 135 ; *Brière/Successions*, *supra*, note 87 aux pp. 42-43, no 50 ; *Boodman*, *supra*, note 139 à la p. 330. Le Code civil suisse stipule expressément, à son article 545.2, que « les héritiers légaux ont la qualité de grevés, si le défunt n'en a pas disposé autrement. » Est-ce vraiment ce que sous-entend le juge Dorion, dans l'arrêt *Préfontaine c. Dillon* (1922), 33 B.R. 314 à la p. 316, lorsqu'il énonce à propos des légataires à naître « qu'en attendant leur naissance, les biens restent dans la succession » ?

¹⁸⁷Art. 754 C.c.B.-C.

¹⁸⁸*Reymond/Trust*, *supra*, note 121 à la p. 210a.

testament, et que la libéralité sous-jacente peut fort bien être combinée à l'une des institutions précédemment évoquées¹⁸⁹. L'arrêt *Masson c. Masson*¹⁹⁰ en décida autrement : la Cour suprême du Canada y avait à juger d'un testament par lequel le *de cuius* léguait ses biens à des fiduciaires, en les enjoignant d'en verser les revenus à ses descendants, aussi longtemps que le permettrait la loi. Le décès sans postérité d'un des enfants du testateur rendait cruciale sa qualification, soit de grevé de substitution, soit de simple légataire de revenus. Dans son opinion dissidente, le juge Brodeur vit bien dans le testament une substitution fidéicommissaire assortie d'une fiducie¹⁹¹, considérant les fiduciaires comme des exécuteurs chargés de veiller au respect de la volonté du défunt. La majorité de la Cour suivit un raisonnement radicalement opposé et propulsa la fiducie québécoise dans l'orbite du *trust* anglo-saxon : tout en posant que la limite de deux générations fixée à la substitution par l'art. 932 C.c.B.-C. s'appliquait par analogie au legs fiduciaire, le tribunal estima que les enfants et les petits-enfants du testateur n'étaient que de simples créanciers de revenus viagers¹⁹². Les arrière-petits-enfants, destinés à recevoir la titularité des droits légués, n'étant pas de ce monde au décès du *de cuius*, il fut admis que, dans l'intervalle, la propriété des biens légués reposait dans le chef des fiduciaires¹⁹³, sans toutefois qu'un legs avec charge ne fût expressément reconnu.

b. *Les arrêts Curran c. Davis*

Après quelques tergiversations de la jurisprudence¹⁹⁴, les arrêts rendus en la cause *Curran c. Davis*¹⁹⁵ portèrent un coup fatal à l'ancienne fiducie française dans le droit québécois : un donateur avait remis une somme

¹⁸⁹C'est l'avis de C.-H. Lalonde, *Traité de droit civil du Québec*, t.6, Montréal, Wilson & Lafleur, 1958 à la p. 478 (ci-après *Lalonde*). De même, dans l'arrêt *Drouin c. Hénault* (1937), 67 B.R. 101 à la p. 106 le juge Saint-Germain affirme que « les dispositions concernant la fiducie peuvent parfaitement se concilier avec celles concernant la substitution », à moins, ajoute-t-il gravement, « que l'on doive déclarer que les dispositions de la loi concernant la fiducie ont détruit toute l'économie de notre droit concernant la transmission des biens, soit par donation, soit par testament. »

¹⁹⁰(1913), 47 R.C.S. 42.

¹⁹¹*Ibid.* à la p. 95 : « le testateur crée une substitution tout en donnant en même temps aux exécuteurs ou fidéicommissaires l'administration des biens et d'autres pouvoirs très étendus. » Dans son jugement rendu en la cause *Robert c. Martin* (1918), 27 B.R. 54, la Cour d'appel du Québec analysait une situation comparable de la même manière. On notera avec intérêt que *Guisan, supra*, note 122 à la p. 105, remarque à propos du droit suisse « que quelque chose de semblable [au] *trust* anglais peut sortir de notre exécution testamentaire, et tout particulièrement de l'exécution permanente combinée avec la substitution. »

¹⁹²*Ibid.* à la p. 74 (M. le juge en chef Fitzpatrick) et à la p. 83 (M. le juge Anglin).

¹⁹³*Ibid.* à la p. 83 (M. le juge Anglin) : « The title to the entire succession as a single entity remains in the fiduciary legatees. »

¹⁹⁴Notamment les arrêts *Harwood c. Moncel, supra*, note 61 et *Laliberté c. Larue, supra*, note 61 à la p. 16 qui semblent esquisser une approche plus traditionnelle de la fiducie.

¹⁹⁵(1932), 53 B.R. 231 (ci-après *CA*) et [1933] R.C.S. 283 (ci-après *RCS*).

importante à des fiduciaires, en les chargeant d'en affecter les revenus, puis ultimement de la répartir selon ses instructions. Peu avant sa mort, le disposant prétendit révoquer la disposition par laquelle il conférerait une rente à l'un de ses enfants, invoquant l'absence de contrat passé avec ce dernier¹⁹⁶. La Cour d'appel et la Cour suprême considérèrent cette révocation nulle et non avenue, et leurs jugements laissent discerner une fiducie qui se démarque nettement de son ancêtre supposée : loin d'être l'accessoire d'un legs ou d'une donation, la fiducie est en effet décrite comme un nouveau mode de disposer, un « contrat particulier avec ses stipulations et son caractère essentiellement différent des contrats antérieurement connus au code¹⁹⁷. » Ce *contrat de fiducie* est conclu entre le disposant et le ou les fiduciaires et entraîne dès sa signature un dessaisissement *irrévocable*, « actuel et complet » de ses droits par le donateur entre les mains des fiduciaires¹⁹⁸. De son côté, le bénéficiaire du revenu ne ressemble guère à un donataire : son droit de créance naît, sans que sa participation ne soit nécessaire, « dès le transport de la *trust property* »¹⁹⁹.

Faut-il en déduire que le fiduciaire n'est autre qu'un donataire grevé de charges ? Certes non : « Les droits des *trustees*, leur nature et leur caractère, sont évidemment différents de ceux du donataire pur et simple »²⁰⁰, et même si le transport se fait par donation ou par testament, « il suffit d'envisager la nature de ce transport pour voir qu'il ne s'agit pas d'une donation ou d'un testament dans le sens compris jusque là par le code »²⁰¹. En outre, même si « les *trustees* ont véritablement tous les droits du propriétaire sur la chose donnée »²⁰², ils n'en sont « pas propriétaires dans le sens absolu du mot »²⁰³. Enfin, puisqu'il n'y a pas à proprement parler de

¹⁹⁶Tant la stipulation pour autrui (art. 1029 C.c.B.C.) que la donation (art. 755 C.c.B.-C.) présupposent l'acceptation du gratifié afin de rendre son droit définitif et d'obliger le disposant à son égard.

¹⁹⁷RCS, *supra*, note 195 à la p. 295 (M. le juge Rinfret). En Cour d'appel, CA, *supra*, note 195 à la p. 239, M. le juge Bond affirmait dans le même sens que les art. 981a et s. « provide an addition to the Code as it originally existed, and further provide a third method of disposing of property. »

¹⁹⁸RCS, *ibid.* à la p. 290 et 305. Dans la décision en appel, CA, *ibid.* à la p. 238, M. le juge Bond estimait que « the donor did actually divest himself of the ownership of the trust property and vest it in the trustees by means of conveyance. »

¹⁹⁹RCS, *ibid.* à la p. 290. Selon les termes du juge Bernier, dans l'arrêt de la Cour d'appel, CA, *ibid.* à la p. 244, « le contrat ne comporte que deux parties : celle qui dispose, le donateur ou le testateur, et celle qui reçoit et accepte, le fiduciaire. »

²⁰⁰RCS, *ibid.* à la p. 292.

²⁰¹*Ibid.* à la p. 304.

²⁰²*Ibid.* à la p. 294.

²⁰³*Ibid.* à la p. 293. Le juge Rinfret souligne d'ailleurs, à la p. 294 du même arrêt, que « le propriétaire de fait est [...] le bénéficiaire du capital ; mais il n'est rien qu'un propriétaire nominal. »

donation aux fiduciaires, le droit du bénéficiaire du revenu est à distinguer de celui du bénéficiaire d'une charge :

au moment de la création du *trust*, il a simplement acquis une créance contre [le] *trust* [...] Cet engagement est pris par les *trustees*, et, de leur part, n'est pas une obligation personnelle, mais un engagement de payer sur les revenus de la *trust property*²⁰⁴.

Les arrêts *Curran c. Davis* entraîneront ainsi à terme l'émancipation complète de la fiducie des autres modes de disposer à titre gratuit que le C.c.B.-C. prévoit, exclusivement semble-t-il, à son article 754, émancipation qui s'effectuera en dépit de la référence explicite des articles 981a et 981b C.c.B.-C. à des donataires ou légataires au bénéfice desquels la fiducie est constituée.

Visiblement, aucun des bénéficiaires de la fiducie ne remplit toutes les qualités requises d'un donataire ou d'un légataire, gratifié directement du droit dont se départit le disposant. Aussi la doctrine québécoise s'accorde-t-elle à les qualifier, selon l'avantage qu'ils retirent de la fiducie, de « bénéficiaires du revenu » ou de « bénéficiaires du capital ».

c. Le bénéficiaire du capital

Le bénéficiaire du capital est celui auquel, au terme de la fiducie ou à tout autre moment, le fiduciaire devra remettre tout ou partie des biens qui lui ont été confiés²⁰⁵. À ce moment, mais à ce moment seulement, il recevra la pleine titularité des droits qui constituaient l'objet de la libéralité²⁰⁶. Tout comme l'appelé d'une substitution fidéicommissaire ou le bénéficiaire d'une charge, sa capacité de recevoir s'analyse à l'ouverture de son droit²⁰⁷. La fiducie permet ainsi d'adresser irrévocablement des libéralités à des personnes qui n'existent pas encore lors de la passation de l'acte, ou du décès du testateur, et qui par conséquent ne peuvent constituer des donataires ou légataires actuels.

²⁰⁴*Ibid.* aux pp. 293-94.

²⁰⁵Art. 981l C.c.B.-C.

²⁰⁶*Mme Cantin Cumyn, supra*, note 63 à la p. 64, no 93 ; *Mignault/Fiducie, supra*, note 100 à la p. 43 ; *Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 175, no 194, précise que le bénéficiaire du capital est le seul « dont le droit peut s'analyser comme une propriété emportant revendication », lorsque la fiducie arrive à son terme.

²⁰⁷*Faribault/Traité, ibid.* à la p. 190, no 173 ; *Mme Cantin Cumyn, ibid.* à la p. 64, no 93 ; *Comtois/Libéralités, supra*, note 134 à la p. 238, no 688 ; *Brière/Donations, supra*, note 136 à la p. 288, no 414 ; *McClean, supra*, note 74 aux pp. 341-42. Y. Pratte, « L'affaire Tucker et le rôle de la Cour Suprême » (1984) 15 R.D.U.S. 25 à la p. 26 (ci-après *Pratte*). Cette analogie, fréquemment relevée par la doctrine québécoise, ne paraît toutefois guère satisfaisante, faute de la présence d'un grevé dans la fiducie. Cette comparaison n'a visiblement d'autre intérêt que purement technique, car la fiducie est avant tout une alternative à la substitution, et la situation juridique des bénéficiaires est foncièrement étrangère à celle des appelés.

Néanmoins, un auteur affirme que le bénéficiaire ultime du capital de la fiducie est en fait le véritable gratifié des droits et des biens transportés²⁰⁸ : traçant un parallèle avec le legs à des enfants à naître de l'art. 838 C.c.B.-C., il estime qu'en cas de fiducie entre vifs, le donateur conserve la propriété de l'objet de la libéralité, le bénéficiaire du capital faisant figure de donataire conditionnel. Outre que la capacité de recevoir d'un tel « donataire », étant donné l'effet rétroactif de l'avènement de la condition, doit être entière dès la conclusion du contrat²⁰⁹, il semble plutôt hardi de qualifier de donataire une personne inexistante, et de donation un acte par lequel un « donateur » ne se départit nullement de l'objet de la libéralité. Qui plus est, l'auteur est contraint par son argumentation de reconnaître un « droit réel d'administration » au fiduciaire²¹⁰ ; certes, le principe du *numerus clausus* des droits réels n'a nullement valeur de dogme, mais vise avant tout à assurer la sécurité des transactions, en limitant le nombre de droits opposables à tous à ceux que la loi prévoit et dont elle organise la publicité. Or, comme la souplesse de la fiducie repose sur la possibilité pour le constituant de modifier à son gré les pouvoirs du fiduciaire, on ne voit pas comment la publicité, non pas d'un, mais d'une multitude de nouveaux droits réels, dont le contenu varierait en fonction d'actes privés, pourrait être organisée²¹¹.

d. Le bénéficiaire du revenu

Il n'est pas moins illusoire de vouloir faire du bénéficiaire du revenu le gratifié des biens confiés au fiduciaire : la doctrine²¹² et la jurisprudence²¹³ s'entendent à ne lui reconnaître qu'un simple droit de créance. Dès lors,

²⁰⁸Mettarlin, *supra*, note 22 à la p. 183 et 218 et s.

²⁰⁹Art. 1085 C.c.B.-C. De plus, comme le note Caron/Trust, *supra*, note 154 à la p. 430, le droit du bénéficiaire du capital n'est nullement conditionnel, le terme de la fiducie devant être certain.

²¹⁰Mettarlin, *supra*, note 22 à la p. 218 et s.

²¹¹Ce prétendu droit réel d'administration a été réfuté par nombre de comparatistes à propos du *trust* anglo-saxon, qui considèrent inconcevable un droit réel dont les tiers devraient chaque fois s'enquérir du contenu : voir par exemple P. Hefti, « Trusts and Their Treatment in the Civil Law » (1956) 5 A.J.C.L. 553 à la p. 562 (ci-après *Hefti*) ; D. Assfalg, « Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff » (1963) 35 N.J.W. 1582 à la p. 1584 (ci-après *Assfalg*) ; F. Gubler, « Besteht in der Schweiz ein Bedürfnis nach Einführung des Instituts der angelsächsischen Treuhand (Trust) ? » (1954) 73 R.D.S./Z.S.R. 215a à la p. 362a et s. (ci-après *Gubler*). En outre, dans le cas de la fiducie charitable et perpétuelle, ce droit réel du fiduciaire serait permanent, privant à jamais le propriétaire de certaines prérogatives.

²¹²Comtois/Libéralités, *supra*, note 134 à la p. 242, no 703 ; P. Lessard, « La fiducie entre vifs » dans Chambre des Notaires du Québec, éd., *Répertoire de droit, Les libéralités*, doc. 2, Montréal, 1988 à la p. 39, no 126 (ci-après *Lessard*) ; P.-B. Mignault, « A propos de fiducie » (1933-34) 12 R. du D. 73 à la p. 76 (ci-après *Mignault/A propos*) ; P. Graham, « Some Peculiarities of Trusts in Québec » (1962) 22 R. du B. 137 à la p. 139 (ci-après *Graham*) ; F. Frenette, « La propriété fiduciaire » (1985) 26 C. de D. 727 à la p. 730 (ci-après *Frenette*) ; Coldwell, *supra*, note 181 à la p. 49 ; Caron/Trust, *supra*, note 154 à la p. 427 ; Pratte, *supra*, note 207 à la

même s'il est appelé à jouir sa vie durant de l'ensemble des revenus de la fiducie, sa situation ne saurait être confondue avec celle d'un grevé de substitution :

les légataires qui reçoivent des revenus en vertu de [la fiducie] les reçoivent en pleine propriété ; ils ne sont pas tenus de les rendre. Il n'y a pas de biens substitués ; il n'y a ni grevés, ni appelés. Le testateur a établi, non une substitution au sens de la loi, mais une succession de légataires qui ont droit aux revenus²¹⁴.

Les bénéficiaires d'un revenu ne sont pas non plus donataires ou légataires d'un usufruit :

il faut, pour qu'il y ait usufruit, que l'usufruitier ait l'administration des biens soumis à l'usufruit [...] [les bénéficiaires] n'ont qu'une créance personnelle contre les fiduciaires, pour réclamer les fruits qui leur sont légués²¹⁵.

En outre, même si le bénéficiaire du revenu n'est qu'un créancier, il n'est même pas admissible de le considérer comme donataire de son droit de créance, le fiduciaire, lors de son acceptation, ayant agi à son égard comme un représentant²¹⁶ : il n'y a en fait *aucun* lien de droit entre le disposant et les bénéficiaires, l'arrêt *Curran c. Davis* ayant établi que l'acte constitutif de la fiducie est conclu avec le fiduciaire exclusivement²¹⁷. Aussi le béné-

p. 26. Certains auteurs soulignent toutefois le caractère particulier de ce droit de créance : *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 62, no 89 ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 298, no 431 ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 357, no 304, note que ce droit est « à la fois plus et moins qu'un droit de créance ». Voir à ce propos *infra*, le chapitre III, section B.

²¹³*Dansereau c. Paquette*, *supra*, note 134 à la p. 95 ; *Laverdure c. du Tremblay*, [1937] A.C. 666 (P.C.) à la p. 679 ; *Guaranty Trust Company of New York c. R.*, *supra*, note 134 à la p. 201 ; *Erlanger c. Goldsobel*, [1961] B.R. 437.

²¹⁴*Cogné c. Trust Général du Canada*, [1969] B.R. 591 à la p. 597 (M. le juge Salvais). La distinction avait déjà été établie dans la décision *Masson c. Masson*, *supra*, note 74.

²¹⁵*Guaranty Trust Company of New York c. R.*, (1948) *supra*, note 134 à la p. 199 et à la p. 201. (M. le juge Taschereau). De même, le Conseil Privé, dans la cause *Laverdure c. du Tremblay*, *supra*, note 213 à la p. 678 déclarait : « The children of the donor are not usufructuaries under the deed of gift. All they have is a right as beneficiaries to share in certain « fruits and revenues » distributable from time to time by the trustees. » La doctrine s'accorde également à considérer la possession et le droit d'administrer comme indissociable de la personne de l'usufruitier ; voir à ce sujet les comparaisons développées par *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 72, no 102 et s. et *Mettarlin*, *supra*, note 22 à la p. 185 et s. ainsi qu'à la p. 224 et s.

²¹⁶C'est l'hypothèse avancée par *Lavallée*, *supra*, note 56 à la p. 234. On peut en rapprocher la position de la minorité de la Cour d'appel dans l'affaire *Curran c. Davis*, *supra*, note 60 : le juge Saint-Germain y émet en effet l'opinion, à la p. 247, que « par l'effet seul de l'acceptation des fiduciaires, la propriété est tombée dans le domaine du donataire et sans son intervention », et le juge Dorion précise, à la p. 252, que « les biens donnés sont des droits de créance. »

²¹⁷Comme l'exprime *Casgrain*, *supra*, note 56 à la p. 249 : « Il n'y a pas de rapport direct entre le bénéficiaire et le donateur, qui ne prend personnellement aucun engagement à son égard et qui a accompli tout ce qu'il devait faire dès le moment où il a transporté les propriétés aux fiduciaires. »

ficiaire du revenu, n'étant nullement créancier du donateur ou des héritiers du testateur²¹⁸, ne peut-il faire figure de donataire ou de légataire du constituant de la fiducie.

e. La fiducie sans bénéficiaire ?

Les références expresses des articles 981a C.c.B.-C. et s. aux modes habituels de disposer à titre gratuit se sont par conséquent peu à peu vidées de leur contenu : l'exigence d'un transport « par donation ou par testament²¹⁹ » doit être interprétée à la fois comme un renvoi aux règles de forme des actes en question²²⁰, et comme une restriction du champ d'application de la fiducie au domaine des libéralités²²¹. La référence de l'art. 981b C.c.B.-C. à des « donataires ou légataires » ne saurait quant à elle être prise au pied de la lettre²²², et la relation de la fiducie avec les autres modes de disposer à titre gratuit doit être considérée sous un jour nouveau ; en effet, si la fiducie est bel et bien « un mode spécial de disposer à titre

²¹⁸Mais bien du fiduciaire : voir les arrêts *Masson c. Masson*, *supra*, note 74 à la p. 83 ; *Guaranty Trust Company of New York c. R.*, *supra*, note 134 aux pp. 201 et s. et à la p. 206 ; *Laverdure c. du Tremblay*, *supra*, note 213 à la p. 679 ; *Greenshields c. R.*, [1958] R.C.S. 216 à la p. 219. La doctrine partage cette analyse : *Mignault/Fiducie*, *supra*, note 100 à la p. 48 ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 298, no 431 ; L. Rubin, *The Law of Trusts in the Province of Quebec*, thèse de l'Université McGill, 1935 à la p. 66 [non publiée] (ci-après *Rubin*) ; *Frenette*, *supra*, note 212 à la p. 730 ; *McClean*, *supra*, note 74 à la p. 357. Les auteurs qui défendent une conception institutionnelle de la fiducie définissent le bénéficiaire du revenu comme un créancier de celle-ci : *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 61, no 87 ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 357, no 304 et s. ; *Lessard*, *supra*, note 212 à la p. 40, no 90 ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 242, no 703 et s. ; *Caron/Trust*, *supra*, note 154 à la p. 430 et s. Voir également les arrêts *Curran c. Davis/RCS*, *supra*, note 195 à la p. 293 et *Dansereau c. Paquette*, *supra*, note 134 à la p. 95.

²¹⁹Art. 981a C.c.B.-C.

²²⁰*Curran c. Davis, RCS*, *supra*, note 195 à la p. 305 ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 aux pp. 238-39, no 691 ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 235, no 208 ; *Lalonde*, *supra*, note 189 à la p. 474 ; *Casgrain*, *supra*, note 56 à la p. 254 ; *Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 38 ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 287, no 420. Sur l'hypothèse très académique d'une fiducie par don manuel, voir *Lessard*, *supra*, note 212 à la p. 24, no 62 et s. et *Mankiewicz*, *supra*, note 56 à la p. 22, no 11 et s. qui se prononcent en faveur de celle-ci, ainsi que *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 239, no 211 et *L. Baudouin*, *supra*, note 51 à la p. 1248, qui défendent la position opposée.

²²¹*Laliberté c. Larue*, *supra*, note 61 à la p. 18. De même, dans l'arrêt *Crown Trust Company c. Higher*, [1977] 1 R.C.S. 418, le bénéfice de l'art. 981i C.c.B.-C. fut-il refusé à un « fiduciaire » gérant un fonds de placement. Ce jugement, comme le note *Mme Cantin Cumyn* dans son commentaire publié au (1977) 23 R.D. McGill 687 à la p. 689, « nous permet de préciser que l'on ne peut utiliser le mécanisme d'une fiducie valablement constituée en vertu du Code civil à d'autres fins que celles de l'administration de l'objet d'une libéralité. » (ci-après *Mme Cantin Cumyn/Commentaire*)

²²²*Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 39 ; *Casgrain*, *supra*, note 56 à la p. 255, remarque que « la capacité du bénéficiaire cependant paraît s'éloigner grandement de la capacité du donataire ou du légataire. »

gratuit²²³ », si le contrat de fiducie entre vifs « est complet [...] par le concours des volontés du disposant et du fiduciaire²²⁴ », et si les personnes que le constituant désire avantager ne reçoivent en aucune façon la titularité des droits dont il se démet, on est en droit de se demander si l'existence des bénéficiaires est essentielle à la validité de la fiducie.

Selon une minorité de la doctrine, qui se refuse à considérer la fiducie comme un mode autonome de disposer²²⁵, l'existence et la capacité d'un bénéficiaire est néanmoins indispensable, car il est « le véritable donataire ou légataire²²⁶. »

Nous avons vu plus haut²²⁷ que la situation juridique des bénéficiaires d'une fiducie ne correspond nullement à celle de donataires ou légataires : comme il est impossible de discerner, lors de la création de la fiducie, un transfert direct de droits du patrimoine du disposant à celui des bénéficiaires, nous sommes forcés de conclure que ces derniers ne sont pas légataires du testateur, et que le contrat de donation, si donation il y a, n'est en aucune façon conclu avec les personnes à l'avantage desquelles la fiducie est créée²²⁸. Dès lors, au vu des implications de l'arrêt *Curran c. Davis*²²⁹, il n'est plus justifié de fonder l'invalidité d'une fiducie sur l'absence d'une donation ou d'un legs sous-jacent.

Plus redoutable est l'argument tiré de l'art. 981a C.c.B.-C., qui établit que l'on peut constituer une fiducie « pour le bénéfice des personnes en faveur de qui [l'on] peut faire valablement des donations ou des legs. » Ainsi, jusqu'à fort récemment, la majorité de la doctrine québécoise²³⁰, quelle que fût sa conception de la structure juridique de la fiducie, estimait « qu'il ne saurait y avoir de fiducie sans bénéficiaires avec existence actuelle [...], ca-

²²³*Reford c. National Trust Company*, [1968] B.R. 689 à la p. 697 (M. le juge Salvais).

²²⁴*Mignault/A propos*, *supra*, note 56 à la p. 75.

²²⁵*Billette*, *supra*, notes 54 et 56, défend farouchement le concept d'une « fiducie-exécution » et refuse le verdict *Curran c. Davis/RCS*, *supra*, note 195 ; *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 19, no 28 et s. ainsi que « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité ? » (1984) 15 R.D.U.S. 7 (ci-après *Mme Cantin Cumyn/Mythe*), estime que l'« enrichissement » conféré au bénéficiaire du revenu lors de la constitution de la fiducie suffit à fonder l'existence d'une véritable donation ou d'un legs.

²²⁶*Mme Cantin Cumyn*, *ibid.* à la p. 19, no 29.

²²⁷Voir *supra*, la section 2.b.

²²⁸Il va de soi que si la donation ou le legs portent sur un droit de propriété, seul l'acquéreur de ce droit est à même d'en être considéré comme le donataire ou le légataire. Un « enrichissement » actuel n'est pas suffisant, sauf si seul cet « enrichissement » fait l'objet de la disposition.

²²⁹*RCS*, *supra*, note 195.

²³⁰*Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 186, no 170 et s. ; *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 19, no 29 ; *Lalonde*, *supra*, note 189 à la p. 475 et s. ; *Billette/Traité*, *supra*, note 56 à la p. 187, no 253 ; *Dussault*, *supra*, note 22 à la p. 62 et 64 ; *Boodman*, *supra*, note 139 à la p. 341 et s. *Contra* : *McClean*, *supra*, note 74 à la p. 342 et *Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 542.

pables de recevoir par legs direct ou par donation²³¹ », mais que « cette exigence ne vise cependant que le premier bénéficiaire [du revenu]²³² », l'analogie avec la substitution fidéicommissaire permettant de n'apprécier la capacité des bénéficiaires ultérieurs qu'à l'ouverture de leur droit²³³.

La jurisprudence fit écho à cet argument²³⁴ : ainsi le juge Paré, dans le jugement rendu par la Cour d'appel du Québec en la cause *Tucker c. Royal Trust Company*, émit l'opinion que

l'art. 981a ne se préoccupe pas de la nature du droit du fiduciaire sur les biens qui lui sont transférés, mais il restreint les personnes pour le bénéfice desquelles on peut transporter des biens par le truchement d'une fiducie à celles qui peuvent faire l'objet d'une donation.²³⁵

Ce souci, certes louable, de respecter strictement la lettre des articles concernés, paraît néanmoins incongru eu égard à la souplesse dont la doctrine et, surtout, la jurisprudence ont fait preuve dans leur interprétation des articles du C.c.B.-C. depuis l'introduction de la fiducie dans le droit québécois, tout particulièrement lorsqu'une approche littérale du texte du code faisait obstacle à une extension du champ d'application de la fiducie²³⁶. En outre, comme l'*Acte concernant la fiducie* « se contente de décrire l'institution dans son fonctionnement externe²³⁷ », et n'est pas dépourvu d'ambiguïtés, il paraît hasardeux de tenter de dégager de son texte même une quelconque certitude conceptuelle.

Qui plus est, si la fiducie ne permet au disposant d'avantager que les personnes en faveur desquelles il peut faire valablement une donation ou un legs, comment justifier le fait que, depuis des décennies, les tribunaux aient reconnu sans sourciller la possibilité au constituant de se réserver, sa vie durant, les revenus du capital de la fiducie²³⁸ ? La doctrine québécoise

²³¹Faribault/*Traité*, *ibid.* à la p. 188, no 171 et à la p. 190, no 172.

²³²Mme Cantin Cumyn, *supra*, note 63 à la p. 19, no 25.

²³³Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 190, no 173.

²³⁴Harwood c. Moncel, *supra*, note 61 ; Taylor c. Royal Trust Company (1926), 74 C.S. 180 ; Reford c. National Trust Company, *supra*, note 223.

²³⁵[1979] C.A. 308 aux pp. 311-12.

²³⁶Tant le juge Rinfret, dans l'arrêt *Curran c. Davis*, RCS, *supra*, note 195 à la p. 303, que le juge Beetz, dans son jugement rendu en la cause *Royal Trust Company c. Tucker*, *supra*, note 182 à la p. 275, font clairement part de leur souci d'élargir autant que faire se peut le domaine de la fiducie, sans l'assujettir aux contraintes posées par le code aux libéralités. Comme le fait remarquer Casgrain, *supra*, note 56 à la p. 251, « la Cour Suprême elle-même, que ses propres jugements lient et qui exerce souvent une autorité quasi-législative, s'est chargée de préciser et de compléter l'oeuvre du législateur, en ajoutant des traits plus forts et même, au besoin, des motifs entiers. »

²³⁷Frenette, *supra*, note 212 à la p. 729.

²³⁸Voir les arrêts *Curran c. Davis*, *supra*, note 195 ; *Reford c. National Trust Company*, *supra*, note 223 et les jugements rendus dans l'affaire *Tucker*, [1976] C.S. 895 (ci-après C.S.), [1979] C.A. 308 (ci-après C.A.) et [1982] 1 R.C.S. 250 (ci-après RCS).

passer comme chat sur braises sur cette pratique²³⁹, fort répandue et consacrée par la Cour suprême, pratique qui à elle seule suffit à infirmer une interprétation littérale de l'art. 981a C.c.B.-C.²⁴⁰ S'il est concevable qu'un disposant ne se départisse que de la nue-propriété d'un bien en en conservant l'usufruit par devers lui-même²⁴¹, tant la doctrine²⁴² que la jurisprudence²⁴³ se refusent à admettre la compatibilité de la qualité d'usufruitier et de bénéficiaire du revenu d'une fiducie, arguant de l'indissociabilité de l'usufruit, du droit d'administration et de la possession.

f. L'arrêt Tucker

La Cour suprême du Canada, dans son jugement rendu dans l'affaire *Royal Trust Company c. Tucker*²⁴⁴, trancha ce dilemme : elle avait à juger d'une fiducie entre vifs par laquelle la donatrice, célibataire sans enfants, avait remis un capital à un fiduciaire, en le chargeant d'en verser les revenus à elle-même, puis, le cas échéant, à ses enfants, le capital devant être partagé entre ses petits-enfants. Si l'art. 981a fonde véritablement un renvoi aux règles générales d'existence et de capacité du donataire, une telle fiducie ne pouvait qu'être nulle, en l'absence de tout bénéficiaire autre que la

²³⁹Seuls Rubin, *supra*, note 218 à la p. 54 et s. ainsi que A.J. McClean, « The Quebec Trust : Role Rich and Principle Poor ? » (1984) 29 R.D. McGill 313 à la p. 314 note 10 (ci-après McClean/Rôle) relèvent cette contradiction. Faribault/Traité, *supra*, note 18 à la p. 175, no 162 tente une synthèse en affirmant que « le donateur peut [...] créer la fiducie tout en abandonnant l'administration [...] mais ce sera d'après les règles de l'usufruit qu'il faudra interpréter cette convention. » Dans le même sens, Brière/Donations, *supra*, note 136 aux pp. 283-84, no 417. Ce point de vue ne nous paraît pas fondé : si le droit du bénéficiaire du revenu ne peut être qualifié d'usufruit, pourquoi en irait-il autrement du bénéfice que le constituant se serait réservé ?

²⁴⁰Il est d'ailleurs paradoxal de voir la Cour d'appel, dans son jugement rendu dans l'affaire *Tucker c. Royal Trust Company*, *supra*, note 238 invalider une fiducie faite de bénéficiaire actuel, en vertu du texte de l'art. 981a, sans pour autant s'objecter à l'attribution à vie des revenus de la fiducie à la donatrice. Voir également l'état de fait dans la cause *Reford c. National Trust Company*, *supra*, note 223.

²⁴¹Mme Cantin Cumyn, *supra*, note 63 à la p. 99, no 140.

²⁴²Mettarlin, *supra*, note 22 à la p. 226 et s. ; Mme Cantin Cumyn, *ibid.* à la p. 72, no 102 et s. et à la p. 98, no 139 et s.

²⁴³Laverdure c. du Tremblay, *supra*, note 213 à la p. 678 et s. ; Guaranty Trust Company of New York c. R., *supra*, note 134 à la p. 199 : « il faut, pour qu'il y ait usufruit, que l'usufruitier ait l'administration des biens soumis à l'usufruit. » Nous serions tentés de partager l'opinion de Faribault/Traité, *supra*, note 18 et doutons fort de l'existence d'un « point de saturation » au-delà duquel les pouvoirs sur les droits d'autrui, qu'il s'agisse de la propriété, de l'usufruit ou d'un droit de créance (voir *supra*, la section A.3.b.). Quoi qu'il en soit, même s'il est possible à un donateur de se réserver l'usufruit d'un bien tout en en confiant la gestion à un fiduciaire, cela ne dispense nullement d'un gratifié de la nue-propriété.

²⁴⁴*Supra*, note 182. On trouvera le jugement de la Cour supérieure et celui de la Cour d'appel à *supra*, note 238.

donatrice²⁴⁵. La Cour suprême soutint la validité de l'acte qui lui était soumis, en abordant le problème par la bande : soulignant que l'arrêt *Curran c. Davis*²⁴⁶ avait établi que « l'acceptation du fiduciaire suffit à rendre la fiducie irrévocable²⁴⁷ », le juge Beetz s'interroge sur le sort des droits qui font l'objet de la libéralité en fiducie²⁴⁸ ; reprenant le raisonnement adopté par Mignault²⁴⁹ après la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Curran c. Davis*, il note que ni le bénéficiaire, simple créancier, jamais partie à l'acte et souvent ni né, ni conçu, (ni même parfois déterminable dans le cas de la fiducie charitable), ni le constituant, soit décédé, soit s'étant irrévocablement départi des droits en cause, ne peuvent être titulaires de ces derniers²⁵⁰. Dès lors, sauf à envisager la suspension temporaire de la titularité des droits subjectifs, ou à invoquer une structure plus institutionnelle que contractuelle de la fiducie²⁵¹, on se voit contraint de déduire qu'à la constitution de la fiducie, il s'opère un *transfert de droits*, et non plus un transfert de pouvoirs, du disposant au fiduciaire²⁵².

²⁴⁵La Cour suprême, qui invoque pourtant une conception de la fiducie parfaitement conciliable avec la notion d'un constituant bénéficiaire, considère curieusement que la fiducie qui lui est soumise a été créée en l'absence de bénéficiaires de premier rang (*RCS, supra*, note 182 à la p. 255) et énonce que la fiducie peut fort bien se passer de bénéficiaires sans existence actuelle (*ibid.* à la p. 275). Sans que la sagesse de cette décision soit mise en cause, il semble que la donatrice figurait en l'occurrence le bénéficiaire de premier rang, et la réticence de la Cour à la reconnaître comme telle peut laisser songeur. La Cour d'appel, dans la même affaire, *CA, supra*, note 238 et dans l'arrêt *Reford c. National Trust Company, supra*, note 223 qualifie l'état de fait de la même manière, tout en en tirant des conclusions opposées.

²⁴⁶*Supra*, note 60.

²⁴⁷*Royal Trust Company c. Tucker, supra*, note 238 à la p. 264.

²⁴⁸*Ibid.* à la p. 264 et s.

²⁴⁹Mignault/À propos, *supra*, note 56 aux pp. 44-45 et Mignault/Fiducie, *supra*, note 100 à la p. 76 et s. Dans le même sens, voir Rubin, *supra*, note 218 aux pp. 31-34 ; Pratte, *supra*, note 207 à la p. 26 et s. ; Frenette, *supra*, note 212 à la p. 730 ; Graham, *supra*, note 212 à la p. 142 et s. ; McClean/Role, *supra*, note 239 à la p. 321. Peu après le jugement *Curran c. Davis*, Coldwell, *supra*, note 181 à la p. 24, concluait : « The principle that the trustee in Quebec is the owner of the trust property follows pretty much as a logical conclusion from that ruling. »

²⁵⁰*Royal Trust Company c. Tucker, supra*, note 182 à la p. 272. Comme d'habitude, le jugement parle de la « propriété » de la fiducie ; le terme nous paraît trop étroit, étant donné que l'on peut fort bien remettre en fiducie un usufruit (celui-ci étant transmissible en droit québécois), des droits de créance, etc.

²⁵¹Voir notamment Faribault/Traité, *supra*, note 18 ; Mme Cantin Cumyn, *supra*, note 63 ; Caron/Trust, *supra*, note 154 ainsi qu'*infra*, le chapitre IV, section D.

²⁵²*Royal Trust Company c. Tucker, supra*, note 182 à la p. 273. La doctrine a pris acte de la décision de la Cour suprême, (voir par exemple Brière/Donations, *supra*, note 136 à la p. 277, no 411 ; Lessard, *supra*, note 212 à la p. 15, no 14 et s. et A. Cossette, « Chronique de jurisprudence » (1982) 84 R. du N. 594), non sans faire part de ses réserves (ainsi Mme Cantin Cumyn/Mythe, *supra*, note 225 et Boodman/Tucker, *supra*, note 183) ou de sa perplexité (A.J. McClean, « Tucker v. Royal Trust Co. through Common Law Eyes » (1984) 15 R.D.U.S. 31 (ci-après McClean/Tucker)).

Ainsi présentée, la structure patrimoniale de la fiducie n'exige plus « qu'il existe des bénéficiaires sur la tête desquels repose la propriété des biens transportés [...] »²⁵³ » Quant à la référence de l'art. 981a C.c.B.-C. aux « personnes en faveur de qui [le disposant] peut faire valablement des donations ou des legs », la Cour suprême l'interprète comme n'interdisant que le recours à la fiducie pour détourner les incapacités légales de recevoir²⁵⁴, opérant implicitement une analogie avec le régime des libéralités avec charge²⁵⁵. Cette comparaison peut d'ailleurs être poussée plus avant, puisqu'il résulte de l'affaire *Tucker* que l'existence et la capacité de tous les bénéficiaires d'une fiducie ne doivent être appréciées qu'à l'ouverture de leur droit, et que l'ancrage des droits remis en la personne du fiduciaire permet de se passer de bénéficiaires pendant un certain temps, voire même jusqu'à la distribution du capital²⁵⁶.

L'arrêt *Tucker* mène donc à son terme l'affirmation au sein du droit québécois d'une fiducie contractuelle autonome, en construisant un cadre théorique à même d'intégrer l'ensemble des applications pratiques de cette institution. Il appelle cependant une relecture en profondeur des articles 981a C.c.B.-C. et s., dont il convient d'examiner la compatibilité avec la notion d'un fiduciaire investi de la titularité des droits remis.

III. La fiducie autonome et contractuelle

La qualification juridique de la position du fiduciaire par la Cour suprême du Canada survient près d'un siècle après l'adoption par le législateur québécois d'une réglementation détaillée de la fiducie. À l'inverse, en droit allemand et suisse, la fiducie n'est encore à ce jour que le résultat du travail

²⁵³*Royal Trust Company c. Tucker*, *supra*, note 182 à la p. 273. Le jugement de la Cour supérieure en la cause *Fyshe c. Fyshe*, [1977] C.S. 165 à la p. 167, reposait sur une argumentation semblable : « The only purpose for requiring the beneficiary to be in existence at the time of the creation of the trust would be either to enable acceptance or to operate a transfer of property in favour of the beneficiary [...] It is now clear that a trust deed by which a donor divests himself absolutely in favour of a trustee is valid notwithstanding that a beneficiary may be unborn at the time. » (M. le juge Meyer).

²⁵⁴*Royal Trust Company c. Tucker*, *ibid.* aux pp. 273-74. Ainsi par exemple la prohibition des donations en faveur d'un ancien tuteur ou curateur édictée par l'art. 767 C.c.B.-C. ; il en allait de même de l'interdiction posée par l'ancien art. 1265 C.c.B.-C. aux donations entre époux : voir à ce propos la décision *Taylor c. Royal Trust Company* (1936), 74 C.S. 180.

²⁵⁵Voir *Boodman*, *supra*, note 139 à la p. 806 ; *Audouin*, *supra*, note 48 à la p. 61, ainsi que *Mme Bouyssou*, *supra*, note 48 à la p. 232, no 134 et s. La thèse de *Rubin*, *supra*, note 218 fournit d'ailleurs une intéressante étude de la fiducie québécoise conçue comme un transfert de propriété assorti d'obligations, à l'image de la libéralité avec charge. Voir *infra*, le chapitre III, section B.b.

²⁵⁶*Lessard*, *supra*, note 212 à la p. 18, no 24 et s. ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 282, no 415 ; *Boodman*, *ibid.* à la p. 344 et s. ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 238, no 688.

de la jurisprudence et de la doctrine, et n'a pas été formellement intégrée dans le B.G.B. et le C.c.S. En outre, alors que le champ d'application de la fiducie du C.c.B.-C. est restreint au domaine des libéralités, les fiducies allemande et suisse sont en général effectuées au profit du constituant, le *fiduciant*, quoique leur structure juridique permette aisément la désignation d'un tiers bénéficiaire.

Ces différences ne doivent pas occulter l'intérêt d'une comparaison, qui réside à nos yeux dans le fait que, si en droit québécois, la reconnaissance d'un droit de propriété au fiduciaire fait figure de terme d'un long développement, elle a constitué en fait le point de départ de l'évolution de la fiducie en Allemagne et en Suisse : résurgence de la fiducie romaine, cette dernière se caractérise par un transfert de droit assorti d'obligations personnelles. Face à la toute-puissance du fiduciaire sur les biens remis, la doctrine et la jurisprudence se sont employées à élaborer une protection du patrimoine fiduciaire, tout en s'efforçant de la concilier avec les principes des droits réels. Aussi est-il permis de s'interroger, eu égard aux trois systèmes juridiques considérés, tant sur le contenu de la notion de propriété fiduciaire que sur la pertinence de cette qualification.

A. La redécouverte de la fiducie romaine

La fiducie romaine peut être définie comme un « contrat réel aux termes duquel celui qui reçoit une chose est civilement obligé de la rendre²⁵⁷ ». Elle se compose de deux opérations distinctes : un transfert solennel de propriété — *mancipatio* ou *in jure cessio* — du fiduciant au fiduciaire, et un pacte en vertu duquel le fiduciaire s'engage à remettre, en général au fiduciant, l'objet du transfert en question²⁵⁸. Construction juridique quelque peu alambiquée, la fiducie permettait de pallier l'insuffisance des moyens de droit à la disposition des parties à l'époque pré-classique : ainsi, par la *fiducia cum creditore*, sûreté réelle avant la lettre, le débiteur remettait la propriété d'un objet à son créancier, que celui-ci promettait de lui rendre à l'acquittement de la dette²⁵⁹. La *fiducia cum amico*, qui nous intéresse ici,

²⁵⁷ C. Reymond, *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Lausanne, Roth, 1948 à la p. 4 (ci-après *Reymond/Essai*).

²⁵⁸ *Jacquelin, supra*, note 8 à la p. 168 ; *Monier, supra*, note 1 à la p. 313, no 229.

²⁵⁹ Lorsqu'elle porte sur des objets mobiliers, la *fiducia cum creditore* permet notamment de détourner l'exigence de la mise en possession du créancier gagiste, tout en lui conférant une garantie appréciable. *Kaser, supra*, note 1 à la p. 460 et s. ; R. Nouël, *De l'aliénation fiduciaire*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1890 à la p. 15 et s. [non publiée] (ci-après *Nouël*) ; F. Gény, *De la fiducie*, thèse de doctorat, Université de Nancy, 1895 à la p. 63 et s. [non publiée] (ci-après *Gény*). Le transfert de propriété et la cession de créances à des fins de garantie sont aujourd'hui fort répandus en Europe : voir par exemple C. Witz, « Les transferts fiduciaires à titre de garantie » dans *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg, Paris, L.G.D.J., 1985, 55 ; W. Wiegand, « Fiduziarische Sicherungsgeschäfte » (1980) 116 R.S.J.B./Z.B.J.V. 337.

constituait dans la règle un service d'ami : le fiduciaire se voyait confier des biens à gérer, puis à restituer selon les instructions du fiduciant. Cette application de la fiducie répondait à des soucis d'ordre pratique, soit ceux « de tourner la règle en vertu de laquelle la représentation en justice était repoussée d'une façon générale [...], et de fournir la sécurité aux faibles dans les temps troublés²⁶⁰ ».

L'évolution de la fiducie romaine suivit de près — et recoupa d'ailleurs largement — celle du fidéicommiss²⁶¹ : outil extra-légal à l'origine, basée uniquement sur la loyauté du fiduciaire, « qui lui servait à la fois de base et de sanction²⁶² », elle se vit durant l'époque classique reconnaître une action prétorienne de bonne foi, qui sanctionnait la violation des engagements du fiduciaire et lui permettait de recouvrer ses impenses²⁶³. *L'actio fiduciae directa*, strictement personnelle²⁶⁴, ne remettait nullement en question le droit de propriété du fiduciaire : le pacte de fiducie

tend à obliger l'acquéreur à se dessaisir d'un droit, [et] ne constitue pas un terme ou une condition résolutoire apposés à la dation. De pareilles modalités, incompatibles avec la nature essentiellement perpétuelle du droit de propriété, [...] auraient rendu nul l'acte de transfert lui-même. Mais la retransmission, qu'il est ainsi impossible d'obtenir de plein droit, le pacte de fiducie impose à l'acquéreur l'obligation de la réaliser²⁶⁵.

Le succès de la fiducie fut la cause même de sa désuétude : sa reconnaissance prétorienne, sous la pression de la pratique, puis l'élaboration des règles des sûretés réelles et de la représentation, la dégagèrent tant des rapports de confiance que de la solennité — désormais désuète — des transferts de propriété qui avaient présidé à son apparition, pour la sertir dans le moule des nouveaux contrats de droit strict, qui finirent par la supplanter totalement²⁶⁶. Négligée par les compilateurs du Digeste de Justinien, la fiducie entra dans l'oubli, où elle serait sans doute restée, n'eût été le travail accompli par les juristes allemands du XIX^e siècle.

Pour le droit québécois, voir J. Gagnon, « Le transfert de propriété comme garantie des obligations en droit anglais et en droit civil » (1982) 13 R.D.U.S. 1. J. Rhéaume, « La cession générale de créances à titre de garantie comme contrat de « fiducia » en droit québécois, français et anglais » (1987) 28 C.de D. 137.

²⁶⁰Jacquelin, *supra*, note 8 à la p. 89 ; voir aussi Gény, *ibid.* à la p. 61 et s.

²⁶¹Voir *supra*, le chapitre I, section A.

²⁶²Gény, *supra*, note 259 à la p. 9.

²⁶³Soit, respectivement, l'*actio fiduciae directa* et l'*actio fiduciae contraria*. Voir Jacquelin, *supra*, note 8 à la p. 132 et s.

²⁶⁴Jacquelin, *ibid.* à la p. 160 et s. ; Gény, *supra*, note 259 à la p. 115. ; Nouël, *supra*, note 259 à la p. 59.

²⁶⁵Gény, *ibid.* à la p. 19.

²⁶⁶Voir Jacquelin, *supra*, note 8 à la p. 431.

Après les premières codifications européennes²⁶⁷, la doctrine allemande s'attela en effet à l'élaboration d'un droit commun à tous les peuples de l'Allemagne morcelée. Le droit romain constitua l'objet principal de ses recherches, qui culminèrent avec l'adoption en 1900 du Code civil allemand (B.G.B.)²⁶⁸. Alliant les outils de la recherche historique à une volonté de construction dogmatique, les tenants de l'*usus modernus Pandectarum* s'efforcèrent de dégager de l'étude du droit romain les concepts juridiques utiles aux nécessités de leur temps²⁶⁹, convaincus que si des exigences pratiques ne trouvaient de réponse au sein des concepts reçus, il fallait la chercher dans l'histoire du droit. Selon les mots de Jhering,

une jurisprudence qui travaille depuis des millénaires, a [déjà] découvert toutes les formes et les types fondamentaux du monde juridique²⁷⁰.

L'exhumation de la fiducie des tréfonds de la mémoire juridique est un excellent exemple de ce savant dosage d'érudition et de pragmatisme juridique²⁷¹.

Création doctrinale et jurisprudentielle, la fiducie, telle qu'elle se présente aujourd'hui dans la plupart des systèmes juridiques européens²⁷², remplit essentiellement trois fonctions²⁷³ : en premier lieu, la cession de créances et le transfert de propriété à titre fiduciaire sont fort répandus dans le domaine du *crédit*²⁷⁴. En outre, la fiducie répond à un élémentaire souci de *discrétion*, en permettant au fiduciant de charger un tiers de la gestion de

²⁶⁷Notamment le Code civil de Prusse (A.L.R.) de 1794, le Code Napoléon de 1804 et le Code civil autrichien (A.B.G.B.) de 1812.

²⁶⁸Ainsi les codes européens plus tardifs sont-ils nettement plus marqués au sceau de l'héritage romain, ce qui fondait un éminent juriste allemand à déclarer : « au XIXe siècle, le droit commun allemand avait une structure beaucoup plus romaine que le droit français, [qui] pouvait nous apparaître comme une sorte de droit particulier qui, à la façon du Landrecht prussien [. . .], déployait, en face du romanisme envahissant, *les couleurs du droit allemand*. » C. Crome, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français » dans *Le Code Civil*, Livre du Centenaire, t.2, Vaduz, Topos, 1979, 587 à la p. 589.

²⁶⁹Voir l'article de H. Coing, « Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts » (1973) 37 *RabelsZ* 202.

²⁷⁰Cité par Coing, *ibid.* à la p. 203. (n.t.)

²⁷¹Voir l'étude de W. Asmus, *Dogmenrechtliche Grundlagen des Treuhand*, Europäische Hochschulschriften, vol. 181, Frankfurt, Lang, 1977.

²⁷²Pour une étude comparative, voir *Les opérations fiduciaires*, Colloque de Luxembourg, Paris, L.G.D.J., 1985 (ci-après *Colloque de Luxembourg*) ; de même, voir *La fiducie en droit moderne*, Livre souvenir des journées de droit civil français, Paris, Sirey, 1936.

²⁷³Voir P. Wälli, *Das reine fiduziarische Rechtsgeschäft*, thèse de doctorat, Université de Zurich, 1969 à la p. 13 et s. [non publiée] (ci-après *Wälli*) et les auteurs cités.

²⁷⁴Voir *supra*, note 259.

ses biens, tout en retirant les bénéfices dans l'anonymat²⁷⁵. Enfin et surtout, la « fiducie-gestion », qu'elle soit ou non effectuée ouvertement, permet de simplifier l'*administration* de patrimoine, en confiant au gérant la titularité des droits qui lui sont confiés, renforçant ainsi sa position vis-à-vis des tiers et évitant les pièges de la représentation.

La comparaison qui suit se propose de répondre à une double question : dans le contexte d'un droit codifié — soit au Québec, en Suisse et en Allemagne — comment insérer la mission du fiduciaire dans un cadre strictement contractuel, et, d'autre part, comment concilier sa qualité de propriétaire avec une protection suffisante des intérêts de la personne au profit de laquelle il exerce ses fonctions ? Limitant notre étude à la fiducie entre vifs, nous procéderons en deux étapes : nous examinerons les effets et la nature du « contrat de fiducie » (B.), pour nous pencher ensuite sur le contenu (C.) de la propriété fiduciaire.

B. *L'acquisition de la propriété fiduciaire*

Telle qu'elle se présente à l'issue de l'évolution jurisprudentielle conclue par l'arrêt *Tucker*²⁷⁶, la fiducie québécoise peut être définie comme un contrat par lequel le fiduciant transfère des droits au fiduciaire, que celui-ci s'engage, par son acceptation, à gérer conformément à la loi et aux instructions du fiduciant contenues dans le document constitutif. L'article 981a C.c.B.-C. évoquant le « transport » des biens au fiduciaire, la « déclaration de fiducie », par laquelle le fiduciant se constituerait fiduciaire, n'est pas admise en droit québécois²⁷⁷. Si le transfert de propriété au fiduciaire ne pose pas de problèmes techniques particuliers²⁷⁸, il est en revanche moins

²⁷⁵Ce rôle de dissimulation a surtout été souligné par les auteurs français, qui rangent généralement la fiducie romaine au chapitre des actes simulés, au même titre que la contre-lettre ou le contrat de prête-nom. (Voir par exemple *Gény*, *supra*, note 259 à la p. 115). Cette approche par trop restrictive est moins de nos jours, eu égard à la prolifération en Europe des opérations fiduciaires. Sur les rapports entre fiducie et simulation, voir *infra*, le chapitre III, section B.1.

²⁷⁶Voir *supra*, note 182.

²⁷⁷Ce principe a été énoncé dans l'arrêt *O'Meara c. Bennett* (1929), 47 B.R. 286 (P.C.), et n'a pas été remis en question depuis : voir par exemple *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 223, no 214 et s. ; *Mankiewicz*, *supra*, note 56 à la p. 24 et s. ; *Lessard*, *supra*, note 212 à la p. 23, no 54, remarque que « le transport à soi-même est inconcevable dans notre droit », *a fortiori*, ajouterions-nous, s'il s'agit d'un transfert de droits. En revanche, l'argumentation de l'arrêt *Tucker* semble permettre au disposant de se désigner comme bénéficiaire de la fiducie, puisque la Cour estime que c'est dans les mains du fiduciaire qu'il s'est départi des droits remis : voir dans ce sens *McClellan/Tucker*, *supra*, note 252 à la p. 37 et *Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 54. La majorité de la doctrine récente hésite toutefois à sauter ce pas : voir *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 236, no 676 et *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 283, no 417.

²⁷⁸Quoique le contenu de la « propriété fiduciaire » qui s'ensuit paraisse pour le moins inhabituel ; voir *infra*, le chapitre III, section C.1.

aisé de ne voir dans la fiducie qu'un faisceau d'obligations personnelles entre les parties.

a. Fiduciant et fiduciaire

Concernant les relations entre le fiduciant et le fiduciaire, nous avons vu²⁷⁹ la difficulté de les qualifier de contrat de mandat, le droit québécois ne dissociant pas celui-ci de la représentation ; quant à l'hypothèse qui nous occupe, il va de soi que le fiduciaire, titulaire des droits qu'il exerce, ne saurait représenter qui que ce soit lorsqu'il contracte avec les tiers. En fait, l'on est en droit de douter de l'existence même d'un contrat de durée liant les parties au contrat de fiducie : le fiduciaire ne contracte *aucune* obligation personnelle vis-à-vis du fiduciant²⁸⁰, et la responsabilité, comparable à celle du mandataire, qu'il encourt s'il viole les devoirs de sa fonction, s'établit à l'égard de la fiducie elle-même (ou des bénéficiaires), et ne donne lieu à aucune créance en dommages-intérêts au profit du fiduciant²⁸¹. Il n'est donc guère possible de voir le fondement de l'activité du fiduciaire dans une obligation personnelle, contractée à l'égard du fiduciant, d'exercer d'une certaine façon les droits remis par ce dernier. Certes, le fiduciant peut définir à son gré l'étendue des pouvoirs qu'il confère au fiduciaire²⁸², et il lui est loisible de se réserver le droit de révoquer ce dernier²⁸³, mais, une fois la fiducie créée, son existence ne peut ni dépendre du bon vouloir du constituant²⁸⁴, ni même se voir mettre un terme du commun accord des parties au contrat constitutif²⁸⁵. La fiducie acquiert sans conteste une existence autonome dès sa création : l'intervention du tribunal en assure la permanence lorsque le fiduciaire est destitué, décédé ou autorisé à démissionner²⁸⁶, de sorte qu'il est permis d'affirmer « que jamais la fiducie ne deviendra caduque faute de fiduciaire²⁸⁷ ».

²⁷⁹Voir *supra*, le chapitre II, section A.

²⁸⁰Y. Caron, *The Trust for Bondholders in the Province of Quebec*, thèse de doctorat, Université d'Oxford, 1964 à la p. 352 [non publiée] (ci-après *Caron/Thèse*).

²⁸¹Art. 981k C.c.B.-C. Voir *Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 351, no 301 et s. ; *Lessard, supra*, note 212 à la p. 38, no 118 et s.

²⁸²Art. 981j C.c.B.-C. *Brière/Donations, supra*, note 136 à la p. 291, no 426. ; *Casgrain, supra*, note 56 à la p. 256, souligne que « les fiduciaires auront les pouvoirs que le disposant leur attribue dans l'acte et ce n'est qu'à défaut d'instructions qu'ils devront recourir aux art. 981d et s. »

²⁸³*Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 365, no 311.

²⁸⁴Les art. 782 et 783 C.c.B.-C. prohibent en effet une faculté de révocation exercable à la guise du donateur : *Faribault/Traité, supra*, note 18 à la p. 375, no 321.

²⁸⁵*Mignault/Fiducie, supra*, note 100 à la p. 47.

²⁸⁶Art. 981c, d et h C.c.B.-C.

²⁸⁷*Mignault/Fiducie, supra*, note 100 à la p. 47. Ce caractère durable de la fiducie constitue indubitablement un indice d'une entité juridique distincte : *Brière/Donations, supra*, note 136 à la p. 275, no 309 ; *Comtois/Libéralités, supra*, note 134 à la p. 237, no 681.

b. *Fiduciaire et bénéficiaire*

Quant aux rapports entre le fiduciaire et les personnes au profit desquelles il gère les biens confiés, la jurisprudence et la doctrine s'entendent à reconnaître un droit de créance au bénéficiaire des revenus de la fiducie²⁸⁸. Cette qualification est à la fois incomplète et inappropriée : en premier lieu, outre qu'il serait plus exact de dépeindre le bénéficiaire du revenu comme un créancier *de la fiducie*²⁸⁹, « les possibilités d'intervention qui lui sont reconnues débordent le domaine d'une simple réclamation des sommes qui lui sont payables²⁹⁰ » : en plus des actions dérivant de sa créance, il jouit en effet d'un droit de regard sur les comptes du fiduciaire²⁹¹, dont il peut demander la destitution au tribunal, dans les conditions prévues par la loi²⁹². On lui reconnaît également une action oblique lorsque le fiduciaire néglige d'agir²⁹³, ainsi que la possibilité de s'adresser au juge afin de faire prévenir un acte de mauvaise gestion²⁹⁴, ou d'obtenir la déclaration de nullité d'un acte juridique conclu par le fiduciaire en violation de ses devoirs²⁹⁵. Loin de n'être qu'un simple créancier, le bénéficiaire de la fiducie apparaît ainsi exercer un véritable pouvoir de contrôle sur l'administration du patrimoine fiduciaire.

Par ailleurs, si l'on admet que le fiduciaire, titulaire des droits en cause, est bien le débiteur du bénéficiaire, cette dette ne peut que résulter d'une

²⁸⁸Sur la nature du droit du bénéficiaire du capital, la doctrine est quelque peu empruntée, et se borne en général à le qualifier de « droit éventuel », semblant sous-entendre qu'il s'agit là d'une tierce catégorie de droits, distincts des droits réels et personnels : *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 48, no 68 ; *Frenette*, *supra*, note 212 à la p. 730. Ce point de vue peut surprendre, dans la mesure où le droit éventuel est à distinguer du droit actuel, futur ou conditionnel, et a pu être défini comme « un droit futur dont l'acquisition est d'ores et déjà protégée, voire organisée par l'octroi d'un droit présent dont il constitue la finalité » : J.M. Verdier, *Les droits éventuels*, Paris, Rousseau, 1955 à la p. 184, no 220. La nature réelle ou personnelle d'un droit dépend tant de son objet que de son mode d'exercice, mais n'est nullement remise en cause par son caractère éventuel.

²⁸⁹Voir les autorités citées *supra*, note 218.

²⁹⁰*Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 62, no 89.

²⁹¹*Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 364, no 311 ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 299, no 432 ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 242, no 706.

²⁹²Art. 981d C.c.B.-C. *Faribault/Traité*, *ibid.* à la p. 365, no 311 ; *Brière/Donations*, *ibid.* à la p. 299, no 432 ; *Hand c. Auclair*, *supra*, note 90.

²⁹³Voir l'art. 1031 C.c.B.-C. *Faribault/Traité*, *ibid.*, aux pp. 367-68, no 313 ; *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 61, no 88. *Hand c. Auclair*, *ibid.* aux pp. 255-56.

²⁹⁴« Même si en règle générale, les bénéficiaires ne doivent pas s'immiscer dans l'administration de la fiducie, il reste que des circonstances particulières, et en particulier la mauvaise administration, peuvent justifier une intervention des tribunaux qui reste en-deçà de la destitution. » *Ware c. Houghton*, [1976] C.S. 585 à la p. 586.

²⁹⁵*Dansereau c. Paquette*, *supra*, note 134 à la p. 107 ; *Lalonde*, *supra*, note 189 à la p. 493 ; *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 299, no 432 ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 368, no 313.

stipulation pour autrui insérée dans le contrat de fiducie : certes, l'article 1029 C.c.B.-C., tout comme l'article 1121 C.c.F., exige que l'avantage accordé au bénéficiaire soit la *condition* d'une donation ou d'un contrat que le stipulant conclut pour lui-même²⁹⁶. Cette restriction a toutefois été vigoureusement battue en brèche par la doctrine et la jurisprudence française, qui se contentent d'un intérêt purement moral du stipulant²⁹⁷. L'autonomie de la stipulation pour autrui n'est certes pas absolue, puisqu'elle se greffe sur un contrat auquel le bénéficiaire n'est pas partie, mais il semble bien qu'« il ne serve à rien d'affirmer [qu'elle] suppose l'existence d'un intérêt chez le stipulant²⁹⁸ ». Bien qu'il en aille de même en droit québécois²⁹⁹, l'*irrévocabilité* immédiate de l'intérêt du bénéficiaire de la fiducie limite cependant la portée de l'analogie.

L'arrêt *Curran c. Davis* a énoncé en effet sans équivoque que, dès la constitution de la fiducie, le droit des bénéficiaires est irrévocable, même en l'absence d'acceptation de leur part³⁰⁰. Selon les mots d'un auteur, « it was necessary before the trust could function to enable persons to bind themselves for the benefit of others without the need of acceptance by the latter³⁰¹ ». La fiducie permet ainsi de gratifier *irrévocablement* des personnes indéterminées ou futures³⁰², et en outre, depuis l'arrêt *Tucker*, de se passer de tout bénéficiaire actuel³⁰³.

²⁹⁶La lettre de l'art. 1029 C.c.B.-C. amena ainsi M. le juge Rinfret, dans l'arrêt *Curran c. Davis*, *RCS*, *supra*, note 195 aux pp. 291-92, à rejeter l'application des règles de la stipulation pour autrui au contrat de fiducie, faute d'un avantage personnel retiré par le stipulant ou d'une véritable donation au fiduciaire. Dans le même sens, voir le rapport général de M. Gagné, dans les Travaux de l'association Henri Capitant, *La stipulation pour autrui*, vol. VII, Montréal, Doucet, 1956, 192 à la p. 201 et s. (ci-après *Stipulation*). On peut se demander si les implications de l'arrêt *Tucker* ne résolvent pas ce dilemme : le fiduciaire, investi des droits remis, peut faire figure de donataire grevé de charges, celles-ci pouvant en outre être stipulées au profit du disposant.

²⁹⁷Voir le rapport de M. Picard, « La stipulation pour autrui en droit français » dans *Stipulation*, *ibid.* à la p. 271 (ci-après *Picard*) ; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.2, vol.1, 5e éd. par M. de Juglart, Paris, Montchrestien, 1973 à la p. 797, no 780 et s. (ci-après *Mazeaud*, t.2) ; C. Larroumet, *Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 1968 à la p. 340 et s. [non publiée] (ci-après *Larroumet/Thèse*).

²⁹⁸*Larroumet/Thèse*, *ibid.* à la p. 342. Le droit français se rapproche ainsi de la solution des autres droits européens.

²⁹⁹J.L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, Blais, 1983 à la p. 245, no 414 (ci-après *J.L. Baudouin*), et les autorités citées.

³⁰⁰Voir *supra*, note 195.

³⁰¹*Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 33.

³⁰²Qui n'ont à être capables de recevoir qu'à l'ouverture de leur droit : *Brière/Donations*, *supra*, note 136 à la p. 280, no 414 et s. ; *Mme Cantin Cumyn*, *supra*, note 63 à la p. 19, no 28 et s.

³⁰³Voir *supra*, note 182.

S'il est vrai que nul ne prétend plus que le droit du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui ne naît qu'au moment de son acceptation³⁰⁴, celle-ci lui est en revanche indispensable, en vertu de l'article 1029 C.c.B.-C., pour que sa créance contre le promettant lui soit définitivement acquise : or, même si l'on se risquait à admettre, ce qui ne va pas sans difficultés, que le fiduciaire agit à titre de représentant du bénéficiaire lors de la conclusion du contrat avec le fiduciant³⁰⁵, comment imaginer un droit de créance irrévocable lorsque le titulaire en serait une personne future³⁰⁶ ? Ainsi, tant le contenu que le caractère irrévocable de l'intérêt du bénéficiaire de la fiducie québécoise rendent fort malaisée l'insertion de cette institution dans un cadre strictement contractuel.

Dans les systèmes juridiques européens en revanche, la fiducie n'est encore dans une large mesure que le fruit du principe de la liberté des conventions, et prend les traits d'un

contrat par lequel le fiduciaire se voit conférer la titularité absolue d'un droit, avec l'obligation de l'exercer, certes en son nom, mais dans l'intérêt d'autrui, et de le transférer dans des circonstances déterminées au fiduciant ou à un tiers³⁰⁷.

Nous examinerons donc le transfert de droits du fiduciant au fiduciaire, et plus particulièrement les rapports entre acte fiduciaire et acte simulé (1.), puis la qualification du rapport d'obligations que constitue la fiducie en droit suisse et en droit allemand (2.).

³⁰⁴Un droit propre lui est acquis dès la conclusion du contrat entre stipulant et promettant ; *Larroumet/Thèse*, *supra*, note 297 à la p. 359 ; *J.L.Baudouin*, *supra*, note 299 à la p. 247, no 416 ; *Picard*, *supra*, note 297 à la p. 272.

³⁰⁵Une étude récente consacrée à l'application en droit français de la fiducie romaine au domaine des libéralités met l'accent sur la difficulté, dans la stipulation pour autrui, de fonder l'irrévocabilité immédiate de l'intérêt du bénéficiaire : « On ne pourrait, en l'état actuel du droit positif français, concevoir que le fiduciaire accepte une donation solennelle au nom du bénéficiaire, par stipulation pour autrui accessoire au contrat de fiducie-gestion [. . .]. L'article 933 du Code civil semble contredire toute acceptation par un tiers se portant fort ou gérant d'affaire ou stipulant pour autrui, à l'inverse de ce qui se passait dans l'ancien droit. Sauf revirement jurisprudentiel, l'acceptant doit être un mandataire muni d'un acte notarié. » J. Charlier, « La fiducie-libéralité — Essai de synthèse en vue d'un contrat » dans *Colloque de Luxembourg*, *supra*, note 272 135 à la p. 143, note 23.

³⁰⁶Ou, à plus forte raison, lorsque les bénéficiaires de la fiducie (charitable) sont indéterminés. Sur la difficulté d'admettre et de définir le droit d'un bénéficiaire à naître de la stipulation pour autrui, voir *Larroumet/Thèse*, *supra*, note 297 à la p. 349 et s. ; *Mazeaud*, t.2, *supra*, note 297 à la p. 800, no 785 ; *Picard*, *supra*, note 297.

³⁰⁷Mme G. Nickel-Schweitzer, *Rechtsvergleichender Beitrag zum fiduziarischen Eigentum in Deutschland und in der Schweiz*, Bâle, Helbling & Lichtenhahn, 1977 à la p. 9 (n.t.) (ci-après *Mme Nickel-Schweitzer*).

1. Le transfert de droits

À la différence du C.c.F. et des codifications qu'il inspira directement³⁰⁸, le droit suisse et le droit allemand n'admettent pas que le simple échange de volontés puisse avoir à lui seul un effet sur le statut réel d'un objet, et exigent une tradition — ou, en ce qui concerne les immeubles, une inscription dans un registre public — pour que le transfert de propriété soit réalisé³⁰⁹. Aussi le contrat n'engendre-t-il pour l'aliénateur que des effets personnels, et notamment l'obligation d'accomplir les actes nécessaires à l'acquisition de la propriété par son cocontractant³¹⁰. Le rapport entre le contrat et la tradition qui s'ensuit peut s'établir de deux manières : en droit allemand, la tradition est de nature *abstraite*, c'est-à-dire effectuée par un contrat réel distinct, portant exclusivement sur le transfert de propriété, dont la validité est indépendante de celle du contrat principal³¹¹ ; si les parties ont procédé à la tradition, l'acquéreur devient propriétaire quand bien même le contrat originel — la vente par exemple — s'avérerait ultérieurement frappé de nullité. Dès lors que la tradition est ainsi conçue comme un acte abstrait, elle déploie ses effets sans que l'on ait à s'interroger sur la nature réelle ou simulée du contrat de base, dans la mesure où les parties ont véritablement voulu procéder au transfert de la propriété et que l'acquéreur a été mis en possession ou inscrit au registre. Cette conception abstraite de la tradition a sans nul doute favorisé la reconnaissance par les tribunaux allemands de la validité du transfert fiduciaire, même lorsque les parties ont recours à une vente ou à une donation simulée³¹².

En droit suisse cependant³¹³, la tradition est de nature *causale*, et est de ce fait impuissante à transférer un droit réel si elle n'est pas accomplie en vertu d'une cause valable, figurée en général par le contrat entre les

³⁰⁸Soit principalement les codes civils italien, belge, portugais et québécois.

³⁰⁹Ce principe est d'origine romaine, comme en témoigne la formule de Pomponius, au Dg, 50,17,11 : « Id quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest ». Voir les art. 714, 924 et 974 C.c.S., et 929 et s. B.G.B.

³¹⁰Cette construction permet par exemple de vendre valablement une chose appartenant à autrui, le contrat obligeant le vendeur à se la procurer, puis à en transférer la propriété à l'acheteur. Voir K. Neumayer, « Eigentumsübertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden » dans le *Recueil des travaux suisses présentés au Xème Congrès international de droit comparé*, Bâle, Helbling & Lichtenhahn, 1979, 21 (ci-après Neumayer) ; M. Waelbroeck, *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1961 (ci-après Waelbroeck).

³¹¹La solution est identique en droit grec et en droit japonais ; voir Waelbroeck, *ibid.* à la p. 31 et s.

³¹²Voir Mme Seel-Viandon, *supra*, note 45 à la p. 178 ; Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 27 et s. ; Reymond/Essai, *supra*, note 257 à la p. 31 et s. ; H. Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, Beck, Munich, 1973 à la p. 108 et s. (ci-après Coing).

³¹³Ainsi qu'en droit autrichien, néerlandais, espagnol et turc. Voir Neumayer, *supra*, note 310 à la p. 23 et s. ; Waelbroeck, *supra*, note 310 à la p. 40 et s.

parties. La sévérité du droit suisse à l'encontre de l'acte simulé³¹⁴ contraignit donc la doctrine et la jurisprudence à démarquer soigneusement l'acte fiduciaire de l'acte simulé, puis à fonder dans un véritable *contrat de fiducie* la cause du transfert de propriété au fiduciaire.

a. *Fiducie et simulation*

La convention de fiducie, par laquelle le fiduciaire promet de n'user de son droit qu'au profit du fiduciant ou d'un tiers et de le restituer dans des circonstances déterminées, peut en effet apparaître comme une contre-lettre, visant à anéantir ou à modifier substantiellement les effets du transfert de droits ; celui-ci prend en somme l'allure d'un acte apparent destiné à donner aux tiers l'illusion d'une situation juridique qui ne correspond pas à la volonté réelle des parties³¹⁵. Toutefois, cette convention entre fiduciant et fiduciaire ne vise pas à anéantir le transfert de propriété, même si elle en modifie les effets en imposant des obligations à l'acquéreur. Le fiduciaire est pleinement propriétaire, tant vis-à-vis des tiers que vis-à-vis du fiduciant. La contradiction entre le transfert de propriété et la convention de fiducie n'est qu'apparente, car

l'acte ostensible et la convention interne se meuvent sur deux plans différents, le premier sur le plan du transfert, de la situation juridique absolue, la seconde sur le plan des obligations, de la situation juridique relative. La contradiction est résolue, ou évitée, grâce à la distinction faite entre les actes de disposition et les obligations³¹⁶.

La doctrine et la jurisprudence suisses mettent ainsi en exergue la volonté réelle³¹⁷ des parties d'opérer le transfert d'un droit absolu au fiduciaire afin que ce dernier puisse exercer sans entraves son administration³¹⁸. La pleine

³¹⁴Faute de correspondre à la volonté réelle des parties, l'acte simulé est nul en droit suisse. Quant à l'acte dissimulé, il n'est valide que si son contenu est licite et si les formes légales ont été respectées : Voir l'arrêt *Wärtili c. Wärtili* (1945), 71 R.O. II 99 aux pp. 100-01, ainsi que *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 20 et s. et les références citées.

³¹⁵*Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 33 ; W. Yung, « Simulation, fiducie et fraude à la loi » dans *Études et articles*, Genève, Librairie de l'Université, 1971, 162 à la p. 165 (ci-après *Yung*).

³¹⁶*Yung*, *ibid.* à la p. 171.

³¹⁷*Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 21 ; P. Aeby, « L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse » (1912) 31 R.D.S./Z.S.R. 150 à la p. 164 (ci-après *Aeby*) ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 18 ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 34. Voir également les arrêts du Tribunal fédéral suisse *Thorwart c. X* (1965), 91 R.O. II 442 à la p. 449, et *Wärtili c. Wärtili*, *supra*, note 314.

³¹⁸« La pleine titularité du fiduciaire est en quelque sorte l'instrument qui lui permet d'exécuter ses engagements envers le fiduciant » ; C. Reymond/P. Revacquier, « Les opérations fiduciaires en droit suisse » dans *Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg*, *supra*, note 272 à la p. 422 (ci-après *Reymond et Revacquier*). Dans le même sens, *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 251a.

titularité du fiduciaire et, partant, l'absence de toute restriction autre qu'obligatoire à l'exercice de son droit, est donc aussi bien une condition de validité qu'une conséquence de la fiducie du droit suisse : à bien des égards, la perte de tout droit direct du fiduciaire (ou du bénéficiaire) sur les droits remis au fiduciaire semble avoir été la rançon de la consécration de l'acte fiduciaire par les juridictions helvétiques³¹⁹.

En raison de la nature causale de la tradition, le simple accord des parties sur le transfert des droits en cause n'est pas suffisant³²⁰ : il faut également que la tradition ait lieu en vertu d'une cause valable. Or, tant que la convention de fiducie est considérée comme une stipulation accessoire à un contrat principal, et limitant les effets de ce dernier³²¹, elle ne peut constituer la cause du transfert de droits, qui doit résider dans un contrat entre les parties³²² : aussi celles-ci sont-elles contraintes d'avoir recours à un contrat de vente ou de donation, au risque de le voir annuler pour simulation³²³. C'est pourquoi la doctrine récente ne décrit plus l'acte fiduciaire comme un contrat d'aliénation assorti d'une convention de fiducie, mais bien comme un véritable contrat distinct et autonome, qui fonde tant le transfert de droits que les obligations réciproques des parties³²⁴. Le Tribunal fédéral semble s'être rallié à cette conception, du moins lorsque la

³¹⁹Ainsi le Tribunal fédéral suisse, dans l'arrêt *Grüring-Dutoit c. Kappeler* (1905), 31 R.O. II 105, première mention jurisprudentielle de la fiducie en droit suisse, fonde la dénégation de tout effet réel à la convention de fiducie sur cette même volonté de transférer un droit absolu au fiduciaire. Voir *Aeby*, *supra*, note 317 à la p. 170 ; W. Wiegand, « Trau, schau, wem » dans *Festschrift H. Coing*, Munich, 1982, 565 à la p. 580 (ci-après *Wiegand*).

³²⁰Il en va différemment de la cession de créance, qui est abstraite en droit suisse ; voir les art. 164 C.O. et s. Le transfert fiduciaire de droits personnels est donc admis sans difficultés. Voir P. Jäggi, « Zur Rechtsnatur der Zession » (1971) 67 R.D.S./Z.S.R. 6.

³²¹C'est du moins ainsi que la présentent *Guisan*, *supra*, note 122 à la p. 111 et J. Droin, « Acte fiduciaire et représentation indirecte » (1959) 55 R.S.J/S.J.Z. 137 (ci-après *Droin*).

³²²Voir l'arrêt *Egger c. Matzinger* (1968), 94 R.O. II 263 à la p. 266 et la jurisprudence citée.

³²³*Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 26 ; *Gubler*, *supra*, note 207 à la p. 254a ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 32.

³²⁴*Gubler*, *ibid.* note 211 à la p. 254a et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *ibid.* à la p. 25 et s. ; *Yung*, *supra*, note 315 à la p. 173 ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 39 ; *Wiegand*, *supra*, note 319 à la p. 589 ; G. Gautschi, *Der einfache Auftrag*, Berner Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht, VI/2, Berne Stämpfli, 1971 à la p. 275 (ci-après *Gautschi/Mandat*). Le transfert de propriété en vertu d'un contrat innommé serait également admissible dans le système du C.c.F. : voir J. Dufaux, « Les opérations fiduciaires à des fins de libéralité », *Colloque de Luxembourg*, *supra*, note 272 à la p. 124 et s. De même, en droit espagnol, le contrat de fiducie présente les mêmes caractéristiques : « The fiduciary transaction encompasses both the actual transfer of a real right and the creation of a personal obligation » : I. Arroyo Martinez, « Trust and the Civil Law » (1982) 42 Lou.L.R. 1709 à la p. 1717.

fiducie porte sur des biens mobiliers³²⁵. L'existence d'un véritable contrat de fiducie une fois établie, il convient d'en examiner la nature.

2. Le contrat de fiducie

« All that French legal imagination has so far been able to evolve in the direction of a Fiduciary is the famous « prête-nom³²⁶ ». Émis il y a un demi-siècle, ce commentaire désabusé d'un observateur conserve toute son actualité : l'indépendance des notions de mandat et de représentation, même si elle a la faveur de certains auteurs³²⁷, n'est guère prônée en France³²⁸. La convention de prête-nom, par laquelle une personne conclut des actes juridiques en son propre nom, mais dans l'intérêt et pour le compte d'autrui, est en général assimilée à une contre-lettre et rattachée par la doctrine et la jurisprudence à la théorie de la simulation³²⁹. La validité même du concept de représentation indirecte, en vertu de laquelle un mandataire agit pour un tiers auquel il retransférera le bénéfice de l'opération accomplie, semble mise en doute ; le prête-nom n'est « qu'un intermédiaire qui ne dévoile pas sa qualité de représentant quand il passe un acte juridique³³⁰ ». La relation entre le mandataire et le mandant « dissimulé » obéit aux règles de la représentation et le tiers contractant a le droit tant d'invoquer le pouvoir de représentation que de s'en tenir aux apparences³³¹.

³²⁵Voir les arrêts *Cyma Watch S.A. c. Société de contrôle fiduciaire S.A.* (1959), 85 R.O. II 97, *Fritsch c. Studer* (1960), 86 R.O. II 221, et *Feras Anstalt c. Banca Vallugano* (1973), 99 R.O. II 393 (ci-après *Feras*), où l'objection de l'absence d'une cause valide du transfert de propriété n'est plus soulevée par la cour. En matière immobilière en revanche, le Tribunal fédéral reste inflexible, maintenant la fiducie dans ce qu'un auteur a baptisé « le cercle vicieux de la simulation » : *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 27. La rareté des transferts fiduciaires d'immeubles, due sans doute aux droits de mutation, réduit la portée de cette réserve.

³²⁶F. Weiser, *Trusts on the Continent of Europe*, Londres, Sweet & Maxwell, 1936 à la p. 57 (ci-après *Weiser*).

³²⁷Witz, *supra*, note 5 à la p. 229, no 236, et les références — anciennes pour la plupart — citées par Storck, *supra*, note 64 à la p. 236, note 10.

³²⁸Voir *supra*, note 68.

³²⁹Voir Storck, *supra*, note 64 à la p. 227 ; Dagot, *supra*, note 42 à la p. 110 et s. ; Mazeaud, t.3, *supra*, note 68 à la p. 700, no 1430. Pour une critique de ce point de vue, voir D. Schmidt et C. Witz, « Les opérations fiduciaires en droit français » dans *Colloque de Luxembourg, supra*, note 272 à la p. 308 et s.

³³⁰Storck, *ibid.*, à la p. 226. La Cour suprême du Canada partage ce point de vue, et considère que la représentation, même « dissimulée », produit néanmoins ses effets : dans le jugement *Victuni c. Ministère du Revenu du Québec*, [1980] 1 R.C.S. 580 à la p. 583, M. le juge Pigeon, à propos d'une transaction immobilière conclue par une société intermédiaire, estime que celle-ci, « même si elle a acheté le terrain en son nom, ne l'a fait que comme mandataire des deux autres sociétés qui en sont les vrais propriétaires et pour le compte desquelles elle le détient ».

³³¹Mazeaud, t.3, *supra*, note 68 à la p. 700, no 1430 ; Storck, *ibid.* ; Weiser, *supra*, note 326 à la p. 57 et s. ; Dagot, *supra*, note 42 à la p. 150, no 280 et s. La solution du droit québécois est identique : voir l'art. 1716 C.c.B.-C. Fabien, *supra*, note 67 à la p. 74, no 25 ; Roch et Paré, *supra*, note 67 à la p. 69.

a. Fiducie et représentation indirecte

La plupart des droits européens ont quant à eux abandonné le lien nécessaire entre le mandat et la représentation, soit en distinguant expressément les deux hypothèses³³², soit en retirant la représentation de la définition légale du mandat pour en traiter de manière générale³³³. Ainsi le mandataire allemand est-il celui qui accomplit, aux termes d'un contrat, des actes juridiques dans l'intérêt d'autrui, qu'il agisse en son nom propre ou en celui du mandant³³⁴. Cette définition s'ajuste aisément à la position du fiduciaire et la fiducie est donc régie, outre les stipulations des parties, par les dispositions des art. 662 B.G.B. et s.³³⁵

Le mandat du C.c.S. recouvre quant à lui non seulement les actes juridiques, mais aussi les actions de fait exécutées pour autrui, renouant avec la notion très large du mandat du droit romain³³⁶, sans en conserver toutefois le principe de gratuité : ainsi tous les contrats non prévus au C.c.S. et portant sur une prestation de travail ou de services sont-ils en principe soumis aux règles du mandat, sauf si leur nature propre, telle que les parties l'ont définie, s'avère réfractaire à cette assimilation³³⁷. En conséquence, la jurisprudence³³⁸ et la doctrine majoritaire³³⁹ qualifient la fiducie de contrat

³³²Ainsi les art. 1704 (*mandato con rappresentanza*) et 1705 C.c.I. (*mandato senza rappresentanza*).

³³³Art. 32 C.O. et s. Art. 164 B.G.B. et s. La représentation peut ainsi être liée à d'autres contrats, tels le contrat de travail, de services, de société, etc. L'A.B.G.B., tout comme le C.c.F., ne prévoit que le mandat avec représentation, mais la jurisprudence et la doctrine autrichiennes ont abandonné cette restriction de longue date. Voir *Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 277.

³³⁴Art. 662 B.G.B. et s. Le mandat est gratuit, mais l'art. 675 prévoit un *Geschäftsbesorgungsvertrag*, contrat onéreux « de louage de services ou d'ouvrage ayant pour objet la conduite d'une affaire » : U. Blaurock et C. Witz, « Les opérations fiduciaires en droit allemand » dans *Colloque de Luxembourg*, *supra*, note 272 à la p. 234, note 6 (ci-après *Blaurock/Witz*).

³³⁵*Mine Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 29 ; *Coing*, *supra*, note 312 à la p. 137 ; *Palandt*, *supra*, note 117 à la p. 673.

³³⁶Art. 394(1) « Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, selon les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis ». Voir *Kaser*, *supra*, note 1 à la p. 577 et s. ; *Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 43 et s.

³³⁷Art. 394(2) : « Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats ». *Wälli*, *supra*, note 273 aux pp. 35 et 61 et s. ; *Mine Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 30 ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 254a ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 40 ; H. Merz, « Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 O.R. » dans *Allgemeine Abhandlungen*, Berne, 1977, 413 à la p. 414 (ci-après *Merz*).

³³⁸Dans l'arrêt *Cyma Watch S.A. c. Société de contrôle fiduciaire S.A.*, *supra*, note 325 le Tribunal fédéral affirme que « [la fiducie] déploie, entre les parties qui la concluent, les effets du mandat ou d'un contrat similaire ». Dans le même sens, voir l'arrêt *Feras*, *supra*, note 325 et le commentaire de C. Reymond, au JdT 1975 I 596.

³³⁹*Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 255a ; J. Hofstetter, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag*, Schweizerisches Privatrecht, VII/2, Bâle, Helbling & Lichtenhahn, 1979 à la p. 30

innommé ou *sui generis*, régi par les dispositions légales des art. 394 C.c.S. et s.

Si le fiduciaire est le mandataire du fiduciant, faut-il en déduire qu'il en est le représentant indirect ? La doctrine allemande a tranché la question par la négative³⁴⁰ : certes, le représentant indirect, tout comme le fiduciaire, est un mandataire qui conclut des actes juridiques en son nom et pour le compte d'autrui, et qui n'engage que lui-même par ses actes. Cependant, le fiduciaire ne se borne pas à acquérir des droits pour les transférer ensuite à son mandant ; au contraire, puisqu'il s'oblige à conserver et gérer un patrimoine et à en disposer selon les instructions du fiduciant, son rôle va bien au-delà de celui d'un simple intermédiaire. Alors que le représentant indirect agit pour une *personne*, c'est eu égard à un *patrimoine* déterminé que s'apprécie l'activité du fiduciaire³⁴¹. La majorité de la doctrine suisse tient un discours similaire, et souligne tant le caractère durable de la titularité du fiduciaire, que la nécessité d'un transfert de droits, qui n'est nullement une condition de la représentation indirecte³⁴².

Le concept de *mandat non représentatif*, et sa démarcation stricte d'avec la simulation, permettent ainsi l'insertion de la gestion du fiduciaire dans un rapport contractuel³⁴³. Dès lors, si les obligations et la responsabilité du fiduciaire suisse et allemand³⁴⁴ sont comparables avec celles de leur homologue québécois, il n'en reste pas moins que les actions du contrat de mandat

et s.(ci-après *Hofstetter*) ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 35 ; V. Müller, « Das Treuhandverhältnis » (1974) 55 R.S.N.R.F./S.Z.B.G. 257 à la p. 264 (ci-après *Müller*) ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 40. Cette notion de contrat innommé est réfutée par une minorité de la doctrine, qui considère que l'art. 394.2 C.c.S. (voir *supra*, note 337) qualifie impérativement de mandat tous les contrats, non prévus au Code, emportant une obligation de faire, et rejette toute application sélective des règles du mandat, selon la nature particulière des conventions. Il en résulte des divergences importantes, notamment en ce qui concerne la faculté de révocation (Voir *infra*, le chapitre III, section C.3.) Voir entre autres G. Gautschi, « Die Causa fiduziarischer Rechtsübertragung » (1958) 54 R.S.J./S.J.Z. 245 à la p. 251 (ci-après *Gautschi/Cause*) ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 aux pp. 30 et 40 et s.

³⁴⁰Kötz, *supra*, note 110 à la p. 138 et s. ; *Coing*, *supra*, note 269 à la p. 102 et s. ; K. Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, Munich, Beck, 1967 à la p. 535 (ci-après *Larenz*).

³⁴¹*Coing*, *supra*, note 312 aux pp. 52 et 102 et s.

³⁴²*Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 35 et s. ; *Droin*, *supra*, note 321 à la p. 139 et s. ; *Wälli*, *supra*, note 273 aux pp. 38-39 ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 262 ; *Hofstetter*, *supra*, note 339 à la p. 30. *Contra* : *Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 546 et s. qui affirme également dans *Gautschi/Cause*, *supra*, note 339 à la p. 245, que « le fiduciaire est en principe identique à un représentant indirect ».

³⁴³Il en va de même en droit italien : voir A. Mazzoni, « Les opérations fiduciaires en droit italien » dans *Colloque de Luxembourg*, *supra*, note 272 à la p. 335.

³⁴⁴Voir à ce sujet *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 63 et s. ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 41 et s. ; *Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 248 et s. ; *Mme Seel-Viandon*, *supra*, note 45 à la p. 200 et s. ; *Coing*, *supra*, note 312 à la p. 137 et s.

constituent le seul recours du fiduciaire — ou du tiers bénéficiaire — qui n'a pas à sa disposition l'arsenal de moyens de droit prévus en droit québécois³⁴⁵, de sorte que le fiduciaire européen ne vit nullement à l'ombre de la Cour. En outre, l'irrévocabilité du mandat fiduciaire n'est pas considérée³⁴⁶, et il en va de même de l'intérêt d'un éventuel tiers bénéficiaire : seule une stipulation pour autrui insérée dans le contrat entre fiduciaire et fiduciaire peut lui adresser le bénéfice de l'activité de ce dernier, mais le fiduciaire peut se raviser tant qu'elle n'a pas été acceptée par son destinataire³⁴⁷.

C. *Le contenu de la propriété fiduciaire*

Si, dans les trois ordres juridiques qui font l'objet de cette comparaison, le fiduciaire est bien titulaire des droits qu'il administre, le régime juridique applicable à ces biens fiduciaires présente d'importantes différences. Qu'on ne s'étonne cependant pas de voir traiter de la protection des intérêts du fiduciaire en droit suisse et allemand : celui-ci est en général la personne au bénéfice de laquelle le fiduciaire exerce son activité. Lorsque le bénéficiaire est un tiers, il tire ses droits d'une stipulation pour autrui, et ses droits sont en principe identiques à ceux du fiduciaire³⁴⁸. Nous examinerons donc trois aspects de la fiducie essentiels à la reconnaissance d'un véritable *patrimoine fiduciaire*, soit le régime de la fiducie dans l'exécution forcée (1.) et dans les rapports avec les tiers (2.), ainsi que la durée de la propriété fiduciaire (3.).

1. La fiducie et la responsabilité aux dettes

Le patrimoine d'une personne, soit l'universalité de droit³⁴⁹ composée de l'ensemble de ses biens, de ses droits et de ses obligations³⁵⁰, actuels et futurs, constitue le gage commun de ses créanciers³⁵¹. L'unité de principe

³⁴⁵Voir *supra*, la section B.6.

³⁴⁶Voir *infra*, la section C.3.

³⁴⁷Gubler, *supra*, note 211 à la p. 246a, n. 3 ; Kötz, *supra*, note 110 à la p. 128 ; Reymond/Trust, *supra*, note 121 à la p. 200a, note que l'irrévocabilité de l'intérêt du bénéficiaire d'un *trust* constitue un obstacle presque insurmontable à la réception de cette institution dans un système de droit écrit. Dans le même sens, voir Dreyer, *supra*, note 154 à la p. 56.

³⁴⁸Kötz, *supra*, note 110 à la p. 128 ; Mme Seel-Viandon, *supra*, note 45 à la p. 189 ; Blaurock/Witz, *supra*, note 334 à la p. 249.

³⁴⁹Sur cette notion d'universalité de droit, voir R. Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, Paris, Sirey, 1932 à la p. 141 et s. (ci-après Gary).

³⁵⁰J.L. Baudouin, *supra*, note 299 à la p. 24, no 11. La définition du patrimoine est sensiblement la même pour l'ensemble de la doctrine ; voir les auteurs cités *infra*, note 352. Sur le rapport entre patrimoine et sujet de droit, voir *infra*, la section 1.a.

³⁵¹Art. 1981 C.c.B.-C., 2093 C.c.F., 1.1 K.O., 197 L.P.

du patrimoine³⁵², et la corrélation en son sein des droits et des obligations qui se rattachent au même sujet de droit, est ainsi le fondement du crédit dans la vie juridique, et son efficacité est assurée par la subrogation réelle. Cette « conception classique demeure encore la base du droit positif »³⁵³, et les ordres juridiques ne permettent pas aux individus de distinguer de leur propre chef plusieurs masses distinctes à l'intérieur de leur patrimoine³⁵⁴.

Il se peut toutefois que le droit juge qu'un intérêt digne de protection, une *affectation* particulière d'un bien ou d'un ensemble de biens³⁵⁵, justifie une dérogation au principe de l'unité du patrimoine, en prévoyant un régime spécial pour certains de ses éléments — ainsi les droits réels limités ou l'insaisissabilité de certains droits — voire en isolant une masse cohérente de droits et de dettes — ce dont les régimes matrimoniaux et le droit successoral nous fournissent quelques exemples — au sein d'un patrimoine général³⁵⁶. La sécurité du crédit est alors assurée par des dispositions légales expresses, auxquelles peuvent s'adjoindre des mesures de publicité particulières, afin que nul ne jouisse d'un crédit illusoire.

La diversité de ces affectations et leur portée souvent relative ou limitée, permettent de douter de l'existence d'un concept unique du patrimoine distinct³⁵⁷, sauf à en réduire le contenu à sa plus simple expression, pour considérer qu'il y a patrimoine distinct chaque fois « que l'ordre juridique autorise ou impose que des droits soient, dans un but précis, détachés du patrimoine général pour faire l'objet d'un traitement particulier³⁵⁸ ». Il pa-

³⁵²La notion d'unité absolue du patrimoine est nuancée par la doctrine, eu égard aux nombreuses exceptions, sans toutefois que sa valeur de principe ne soit remise en cause. Voir J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil*, Introduction générale, 2c éd., Paris, L.G.D.J., 1982 à la p. 150, no 196 et s. (ci-après *Ghestin & Goubeaux*) ; Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.1, vol.1, 5e éd., Paris, Montchrestien, 1972 à la p. 320, no 283 et s. (ci-après *Mazeaud, t.1*) ; Aubry et Rau, *supra*, note 18, t.9, à la p. 310 et s. ; A. Montpetit et G. Taillefer, *Traité de droit civil du Québec*, t.3, Montréal, Wilson & Lafleur, 1945 à la p.16 (ci-après *Montpetit & Taillefer*) ; Larenz, *supra*, note 340 à la p.305 et s. ; A.Meier-Hayoz, *Das Eigentum*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, t.4, vol.1, Berne, Stämpfli, 1981 à la p. 78 et s. (ci-après *Meier-Hayoz*).

³⁵³*Ghestin & Goubeaux, ibid.* à la p. 159, no 203.

³⁵⁴*Guinchard, supra*, note 50 à la p. 344, no 399 ; *Charbonneau, supra*, note 178 à la p. 512.

³⁵⁵Sur la notion d'affectation, voir l'ouvrage de *Guinchard, ibid.* et plus particulièrement à la p. 22, no 21 et s.

³⁵⁶Voir R. Béraud, « Pluralité de patrimoines et indisponibilité » (1955) R.I.D.C. 755 (ci-après *Béraud*) ; H. Motulsky, « De l'impossibilité juridique de constituer un « Trust » anglo-saxon sous la loi française » (1948) 37 R.C.D.I.P. 451 à la p. 462 (ci-après *Motulsky*) ; *Gary, supra*, note 349 à la p. 172 et s. ; *Mazeaud, t.1, supra*, note 352 à la p. 328, no 295 et s. ; *Charbonneau, supra*, note 178 à la p. 517 et s.

³⁵⁷Dans ce sens, M.N. Mevorach, « Le patrimoine » (1936) 35 R.T.D.C. 811 à la p. 819 et s. (ci-après *Mevorach*).

³⁵⁸*Meier-Hayoz, supra*, note 352 à la p. 79. (n.t.)

raît dès lors plus exact de réserver la notion de *patrimoine séparé* aux masses de biens qui constituent, dans un patrimoine général, de véritables universalités de droit, et dont la subrogation réelle et la fonction de garantie s'effectuent de façon autonome³⁵⁹.

a. *En droit québécois*

De par la loi, le transfert de droits au fiduciaire s'accompagne d'une stricte séparation opérée entre le patrimoine personnel de ce dernier et ce que l'on est en droit d'appeler le patrimoine fiduciaire³⁶⁰ : la *Loi sur la faillite* prévoit en effet que « les biens détenus par le failli en fiducie pour le compte de toute autre personne » sont exclus du patrimoine attribué à ses créanciers³⁶¹. À l'inverse, le patrimoine fiduciaire peut faire l'objet de poursuite et être mis en faillite comme tel, c'est-à-dire au nom du fiduciaire « ès-qualité »³⁶², qui ne répond pas sur ses biens personnels des actes juridiques accomplis dans l'exercice régulier de ses fonctions³⁶³. De cette absence de responsabilité personnelle découle une véritable *subrogation réelle*, le bien que le fiduciaire acquiert en vertu d'un acte de disposition allant accroître le patrimoine fiduciaire. Le maintien de la séparation entre patrimoine fiduciaire et patrimoine propre est en outre assuré par divers moyens techniques, telles l'interdiction faite au fiduciaire de confondre les biens qu'il gère avec les siens propres³⁶⁴, ou la possibilité de récompenses entre les deux masses de biens dont il est titulaire³⁶⁵. Enfin, la sécurité des transactions est maintenue, tant par l'enregistrement de la fiducie³⁶⁶ que par l'ob-

³⁵⁹Voir Ghestin & Goubeaux, *supra*, note 352 à la p. 153, no 199.

³⁶⁰Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 153, no 127 ; Caron/*Trust*, *supra*, note 154 à la p. 432 ; Pratte, *supra*, note 207 à la p. 27 ; Rubin, *supra*, note 218 à la p. 59 ; Dussault, *supra*, note 22 à la p. 64 et s. ; Charbonneau, *supra*, note 178 à la p. 527.

³⁶¹L.R.C. 1985, chap. B-3, art. 67(a).

³⁶²Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 156, no 129 ; Lessard, *supra*, note 212 à la p. 27, no 75 ; Caron/*Thèse*, *supra*, note 280 à la p. 426 et s. Voir l'arrêt *Longue Pointe Development Co c. Eastern Trust Co* (1931), 51 B.R. 400.

³⁶³Art. 981i C.c.B.-C.

³⁶⁴Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 328, no 291 et s. ; Lessard, *supra*, note 212 à la p. 34, no 106.

³⁶⁵L'art. 981g prévoit que les frais d'administration sont à la charge de la fiducie. De plus, si le fiduciaire est responsable d'une diminution du patrimoine de celle-ci, cette diminution est compensée par une récompense de la fiducie, véritable créance en dommages-intérêts, contre son patrimoine personnel ; Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 351, no 301 et s. ; Lessard, *supra*, note 212 à la p. 38, no 118 et s. Les moyens de droit reconnus aux bénéficiaires (voir, *supra*, la section B.b.) permettent d'assurer la sanction des obligations du fiduciaire vis-à-vis de la fiducie.

³⁶⁶Comtois/*Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 239, no 692 ; Faribault/*Traité*, *supra*, note 18 à la p. 265, no 234 ; Lessard, *supra*, note 212 à la p. 25, no 68.

ligation du fiduciaire de faire état de sa qualité lorsqu'il exerce ses fonctions³⁶⁷.

Si la fiducie québécoise mérite donc à tous égards la qualification de patrimoine séparé, la reconnaissance d'un patrimoine fiduciaire s'avère plus ardue en Allemagne et en Suisse. Qui plus est, les solutions aménagées par la doctrine et la jurisprudence de ces deux pays divergent notablement, au point de se trouver parfois en contradiction absolue.

b. La fiducie allemande : patrimoine fiduciaire sans subrogation ?

Comme le fiduciaire allemand est pleinement titulaire des droits remis par le fiduciaire, et que ses obligations de gestion et de restitution sont de nature strictement personnelle³⁶⁸, ni le fiduciaire ni le bénéficiaire, simples créanciers chirographaires, ne devraient pouvoir jouir d'un privilège quelconque dans la faillite de son mandataire.

L'encre séchait encore sur les pages du B.G.B. lorsque le Tribunal d'Empire rendit le jugement³⁶⁹ qui consacra une prise en compte de la nature particulière du rapport fiduciaire : un débiteur revendiquait, dans la faillite de son créancier, un immeuble dont il lui avait transféré la propriété pour garantir sa dette. La Cour lui donna satisfaction, estimant

qu'une chose que le failli a certes reçue en propriété, mais avec une convention qui lui fait défense de la traiter comme telle, car elle continue en fait de faire partie du patrimoine de son propriétaire antérieur, « appartient » bien au failli formellement et juridiquement, mais non d'un point de vue matériel et économique³⁷⁰.

Une majorité de la doctrine d'alors se drapa dans les principes dégagés du droit romain, tels l'impossibilité d'une propriété relative ou divisée, le *numerus clausus* des droits réels, ou la distinction des droits réels et personnels, et s'indigna d'une confusion, inadmissible à ses yeux, entre un concept juridique et des considérations d'ordre économique³⁷¹. Le Tribunal d'Empire n'en démordit pas pour autant, et maintint sa jurisprudence³⁷², que la Cour fédérale a reprise jusqu'à aujourd'hui³⁷³.

³⁶⁷Sur la notion d'un fiduciaire représentant, voir *infra*, la section D.

³⁶⁸*Coing, supra*, note 312 à la p. 102 ; *Mme Seel-Viandon, supra*, note 45 à la p. 179 ; *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 88.

³⁶⁹*Masse M. c. Veuve C.* (1900), 45 R.G.Z. 80.

³⁷⁰*Ibid.* à la p. 85.

³⁷¹Voir *Wiegand, supra*, note 319 à la p. 568 et s. ; *Aeby, supra*, note 317 à la p. 164 et s.

³⁷²Voir les arrêts *H. c. Dame F.* (1918), 94 R.G.Z. 305 ; *Fondation M. c. K./D. & Co.* (1931), 133 R.G.Z. 84 ; *Sch. c. Z.* (1936), 150 R.G.Z. 371.

³⁷³Voir les arrêts publiés à (1954), 7 N.J.W. 190 ; (1959) ; 12 N.J.W. 1223 et (1971), 24 N.J.W. 560.

Si cette décision peut surprendre à premier abord, il faut se rappeler que la réception du droit romain en Allemagne fut un long processus, mené à bien avant tout dans les universités, tandis que les droits régionaux, où les règles germaniques et coutumières étaient fréquentes, cédaient peu à peu du terrain devant le nouveau droit commun. Le jugement du Tribunal d'Empire constitue en quelque sorte une réminiscence de l'ancienne *Treuhand* germanique³⁷⁴, et la doctrine a fini par s'en accommoder, tout en soulignant son caractère exceptionnel, prétorien ou coutumier³⁷⁵.

Il serait donc quelque peu hâtif d'inférer des termes utilisés par les tribunaux allemands³⁷⁶ une mise en cause du caractère absolu de la propriété, voire la reconnaissance d'un nouvel avatar de celle-ci³⁷⁷. Cette jurisprudence se fonde essentiellement sur un souci d'équité³⁷⁸ : comme le fiduciaire ne s'est pas appauvri pour acquérir les biens fiduciaires, la garantie de ses créanciers n'est en fait pas diminuée par la « revendication utile » du fiduciaire. De plus, la portée de cette exception est restée limitée : la liberté de disposer du fiduciaire n'est nullement entamée³⁷⁹, et nous allons voir que les conditions de l'exercice du droit de distraction du fiduciaire sont fort restrictives. Tout au plus peut-on y voir, comme le soutient un auteur³⁸⁰, une nuance apportée au concept du patrimoine : il estime en effet que la titularité d'un droit subjectif n'est qu'un indice de son rattachement à un patrimoine, et que des considérations d'ordre équitable ou économique peuvent justifier une modification de son « appartenance patrimoniale ». Il

³⁷⁴H. Würdinger, « The German Trust » (1951), 33 J.C.L. 31 (ci-après *Würdinger*) ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 5 ; *Guisan*, *supra*, note 122 à la p. 113 ; voir à ce sujet *Wiegand*, *supra*, note 319 et *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 3 et s.

³⁷⁵Voir *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 93 et s. ; *Coing*, *supra*, note 312 à la p. 180, et les références citées ; *Kötz*, *supra*, note 110 à la p. 128, remarque que « ce principe, développé par la jurisprudence sans aucune règle de droit positif, est en soi contraire aux fondements de notre ordre juridique » (n.t.). La Cour fédérale, dans son jugement (1959), 12 N.J.W. 1223 à la p. 1224, qualifie ce droit de distraction du fiduciaire de « règle de droit coutumier ».

³⁷⁶« Propriété juridique et économique », « formelle et matérielle », « effets internes et externes » du transfert de propriété ; voir *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 90.

³⁷⁷C'est cependant ce qu'invoque D. Assfalg, « Wirtschaftliches Eigentum als Rechtsbegriff » (1963), 16 N.J.W. 1582 (ci-après *Assfalg/Eigentum*), qui érige en concept de droit la notion de « propriété économique ».

³⁷⁸*Mme Seel-Viandon*, *supra*, note 45 à la p. 232 ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 93 ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 12 ; *Würdinger*, *supra*, note 374 à la p. 33, remarque : « Just as in English law the trust, through the development of equitable ownership, has passed into the law of property, so in Germany also the courts have drawn certain conclusions on grounds of justice and equity, from the fact that the trustee is only formally owner whereas from the business point of view the ownership is attributed to the settlor. »

³⁷⁹Voir *infra*, la section C.2.

³⁸⁰G. Walter, *Das Unmittelbarkeitsprinzip bei der fiduziarischen Treuhand*, thèse de doctorat, Université de Tübingen, 1974 [non publiée] (ci-après *Walter*).

conviendrait donc de distinguer la *titularité* d'un droit de sa fonction de *garantie*³⁸¹, et de ranger ainsi le droit de propriété du fiduciaire, nullement limité dans ses rapports avec les tiers, dans le patrimoine du fiduciant³⁸². Quels que soient les mérites de cette théorie, elle décrit fidèlement le statut du « patrimoine fiduciaire » en droit allemand actuel : le fiduciant peut s'opposer à une saisie des biens fiduciaires, ou les récupérer dans la faillite de son mandataire, et ses propres créanciers, s'ils ne peuvent certes que s'en prendre à sa créance en restitution³⁸³, sont en droit d'exiger la remise des biens, la faillite de l'une des parties mettant fin à la fiducie³⁸⁴.

Les tribunaux allemands limitent cependant le droit de distraction du fiduciant aux biens qu'il a transférés *directement* de son patrimoine à celui du fiduciaire³⁸⁵, et ne l'étendent pas aux biens que celui-ci a obtenus d'un tiers, quand bien même les aurait-il acquis en remploi de biens reçus en fiducie³⁸⁶. Il faut voir dans cette restriction, non seulement un héritage de la *fiducia cum creditore*³⁸⁷, mais également un souci de distinguer la fiducie de la représentation indirecte³⁸⁸ et d'éviter une extension indue d'une règle d'exception :

la notion de rapport fiduciaire s'évanouirait dans l'indétermination si l'on abandonnait totalement l'exigence d'une remise en mains propres, et si l'on concluait à l'existence d'une fiducie chaque fois qu'une personne agit, en vertu d'un mandat, pour le compte d'un tiers, mais en son nom propre³⁸⁹.

³⁸¹*Ibid.* à la p. 64 et s.

³⁸²*Ibid.* à la p. 79 et s.

³⁸³Voir l'arrêt (1953), 11 B.G.H. 37.

³⁸⁴*Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 102 ; *Coing, supra*, note 312 à la p. 180 ; *Mme Seel-Viandon, supra*, note 45 à la p. 199. Voir également l'arrêt de la Cour fédérale (1954), 7 N.J.W. 190 à la p. 192.

³⁸⁵*Westholsteinische Bank c. Vereinsbank* (1914), 84 R.G.Z. 214, *Fondation M. c. K./D.&Co, supra*, note 372, ainsi que (1959), 12 N.J.W. 1223 et (1971), 24 N.J.W. 560. Voir également *Coing, ibid.* à la p. 176 et s. ; *Kötz, supra*, note 110 à la p. 127 et s. ; *Walter, supra*, note 380 à la p. 94 et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer, ibid.* à la p. 96 et s.

³⁸⁶*Kötz, ibid.* à la p. 136 et s. Le Tribunal d'Empire fonda son refus d'admettre une subrogation réelle sur l'absence d'une disposition légale expresse, et n'accorda pas à une fiduciante, dans l'arrêt *H. c. Dame F.*, *supra*, note 372, le droit de récupérer le produit de la vente des biens qu'elle avait remis à son mandataire fiduciaire. De même, dans son jugement rendu en la cause *Firme Ps. c. L.*, (1937), 153 R.G.Z. 366 à la p. 370, le Tribunal confirma-t-il que « la règle de la subrogation réelle applicable à certains rapports de droits n'a pas valeur de principe général ». (n.t.)

³⁸⁷*Weiser, supra*, note 326 à la p. 28, et *Assfalg/Eigentum, supra*, note 377 à la p. 1585, estiment en effet que, si le jugement de la Cour peut se justifier lors d'un transfert de propriété à des fins de garantie, il présente une certaine incohérence dans le cadre d'une fiducie de gestion, où le fiduciaire n'est pas censé conserver les biens dans leur intégralité, mais doit au contraire en disposer dans l'exercice de son administration.

³⁸⁸Voir à ce propos *infra*, la section 1.b.

³⁸⁹*Westholsteinische Bank c. Vereinsbank, supra*, note 385 à la p. 218. (n.t.)

En outre, si la fiducie porte sur des biens fongibles et que le fiduciaire les a confondus avec les siens propres, le fiduciant se voit évidemment refuser tout privilège³⁹⁰. La doctrine approuve en général la portée limitée de la « revendication utile » du fiduciant, et invoque à cet effet la sécurité du droit, le souci de réduire les risques de fraude, et surtout la nécessité de conserver un caractère exceptionnel à une règle en soi peu orthodoxe³⁹¹. La jurisprudence plus récente a toutefois quelque peu étendu la protection du fiduciant, en lui permettant de se réapproprier les sommes déposées, quelle qu'en soit la provenance, sur un compte fiduciaire distinct³⁹².

Une minorité de la doctrine s'insurge cependant contre le refus d'admettre une subrogation réelle — c'est-à-dire la conservation de la valeur d'un bien à l'affectation spéciale de ce bien — au sein d'un véritable patrimoine fiduciaire, et se prononce en faveur d'une revendication portant sur l'ensemble de ce dernier, quelle que soit la provenance de ses éléments³⁹³. De l'avis de ces auteurs, l'argument de la sécurité des transactions et du principe de publicité des droits réels, s'il était fondé, devrait alors interdire tout traitement particulier des biens fiduciaires³⁹⁴, et la discrimination opérée par la jurisprudence pèche par manque de logique. De plus, la distinction entre fiducie et représentation indirecte ne devrait pas se fonder sur l'existence ou non d'un transfert en mains propres, mais plutôt sur la nature du mandat : il y aurait fiducie lorsque le mandataire serait chargé d'une gestion durable d'un patrimoine pour le compte d'autrui, et représentation indirecte lorsqu'il ne jouerait qu'un rôle d'intermédiaire³⁹⁵. Le droit de distraction du fiduciant serait réservé à la première hypothèse et exclu dans la seconde.

Dans l'attente d'un hypothétique développement de cette jurisprudence « en équité » des tribunaux allemands, l'existence d'un véritable patrimoine fiduciaire séparé peut être contestée : outre l'absence de toute subrogation réelle, le fiduciaire est personnellement responsable sur tout son patrimoine des actes juridiques qu'il accomplit dans l'exercice de sa gestion, et ce même s'il a déjà restitué les biens fiduciaires à qui de droit³⁹⁶, auquel cas il n'a que le droit de se faire dédommager par son mandant³⁹⁷. Seul est établi un

³⁹⁰Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 98 ; Coing, *supra*, note 312 à la p. 156. C'est pourquoi le fiduciaire a l'obligation de gérer séparément les biens fiduciaires et ceux qui lui appartiennent en propre : voir l'arrêt (1955), 17 B.G.H. 141 et Coing, *ibid.* à la p. 142 et s.

³⁹¹Voir Walter, *supra*, note 380 à la p. 99 et s. et les références citées.

³⁹²(1959), 12 N.J.W. 1223.

³⁹³Coing, *supra*, note 312 à la p. 177 et s. ; Kötz, *supra*, note 110 à la p. 133 et s. ; Walter, *supra*, note 380 à la p. 113 et s.

³⁹⁴Coing, *ibid.* à la p. 179. ; Kötz, *ibid.* à la p. 133.

³⁹⁵Kötz, *ibid.* aux pp. 134-35 ; Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 13 et s.

³⁹⁶Coing, *supra*, note 312 aux pp. 170-71.

³⁹⁷Art. 670 B.G.B.

lien entre les biens de la fiducie, conçus il est vrai comme formant un ensemble distinct, et le patrimoine de la personne au bénéfice de laquelle elle est exercée.

c. *La fiducie suisse : subrogation fiduciaire sans patrimoine ?*

Tandis que la doctrine allemande s'épuisait en constructions dogmatiques afin de fonder une règle d'exception, la doctrine et la jurisprudence suisses ont longtemps voué aux gémonies tout argument susceptible de mettre en cause tant le caractère absolu de la propriété que la conception juridique du patrimoine.

L'idée d'une propriété relative, dont le titulaire différerait selon que l'on considérât les parties au transfert ou les tiers³⁹⁸, est unanimement réfutée :

Il n'y a pas en Suisse de soi-disant « propriété fiduciaire » dont le contenu serait différent de la propriété habituelle. La division de la propriété entre les rapports externes et les rapports internes est exclue, de même que la distinction entre une propriété « matérielle », « économique », au fiduciaire et une propriété « formelle », « juridique », au fiduciaire. Il n'y a qu'une seule propriété³⁹⁹.

Dès lors, la distinction opérée entre acte fiduciaire et acte simulé⁴⁰⁰ ne permet d'envisager qu'une alternative : soit les parties s'entendent pour ne reconnaître qu'une valeur d'apparence à l'acte juridique qu'elles concluent, qui est alors nul et ne peut conférer de droit au fiduciaire. En revanche, si les parties ont véritablement voulu procéder à un transfert de droit, et si leur convention ne vise nullement à en écarter ou modifier certaines conséquences juridiques⁴⁰¹, le fiduciaire devient pleinement titulaire⁴⁰², une division des effets du transfert d'un droit⁴⁰³, tout comme la rétention par

³⁹⁸Comme la prônaient certains pandectistes allemands, tel par exemple H. Dernburg, *Pandekten*, Berlin, Müller, 1900 à la p. 230 et s. Cette théorie fut abandonnée dès la codification allemande, mais contribua sans doute à favoriser l'admission d'une « revendication utile » du fiduciaire. Voir également *Aeby*, *supra*, note 317 à la p. 164 et s.

³⁹⁹Müller, *supra*, note 339 à la p. 264 (n.t.). Les vigoureuses professions de foi de ce type ne sont pas rares : voir par exemple *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 18 ; *Meier-Hayoz*, *supra*, note 352 à la p. 463.

⁴⁰⁰Voir *supra*, la section B.1.

⁴⁰¹*Yung*, *supra*, note 315 à la p. 165 et s.

⁴⁰²La pleine acquisition des biens de la fiducie par le fiduciaire n'est mise en doute, ni par la jurisprudence, ni par la doctrine helvétiques : voir les arrêts *Afshar*, (1980) 106 R.O. III 86 ; *Cyma Watch S.A. c. Société de contrôle fiduciaire S.A.*, (1959) 85 R.O. II 97 ; *Böckli c. Masse Mayer*, (1957) 78 R.O. II 445 ; *Yung*, *ibid.* à la p. 169 et s. ; *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 17 et s. ; *Wiegand*, *supra*, note 319 à la p. 569 et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 63 et s. ; *Wüllli*, *supra*, note 273 à la p. 31 et s. ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 249a et s.

⁴⁰³*Yung*, *ibid.* à la p. 168. ; *Wiegand*, *ibid.* à la p. 569.

le fiduciaire d'une prérogative réelle inédite⁴⁰⁴, n'étant pas admises par l'ordre juridique.

Certes, l'on pourrait objecter que la volonté des parties, puisque c'est d'elle qu'il s'agit, tend à conserver le bénéfice économique d'un droit à celui qui s'en départit, le fiduciaire s'engageant à n'en user que dans l'intérêt de l'aliénateur et à le lui rétrocéder ultimement ; cependant, s'il n'est pas en soi illicite de vouloir modifier les conséquences *économiques* d'un transfert de droit, « l'intérêt économique du fiduciaire ou du tiers bénéficiaire sur les biens en fiducie ne peut en droit suisse que revêtir la forme d'une créance personnelle⁴⁰⁵. Il n'y a donc pas un propriétaire matériel et un propriétaire formel, mais bien un propriétaire obligé et un simple créancier chirographaire, qui ne peut opposer aucun droit préférable à une saisie, et doit se contenter, dans la faillite du fiduciaire, du dividende attribué aux créanciers de sa catégorie⁴⁰⁶. Une partie de la doctrine récente, sans invoquer une notion de propriété « économique », prend position en faveur de l'opposabilité aux créanciers du fiduciaire de la créance en restitution du fiduciaire, estimant qu'il convient de distinguer la protection des tiers de celle des créanciers : si les obligations personnelles du fiduciaire ne sauraient concerner les tiers avec qui il contracte, sa masse en faillite ne devrait pourtant pas jouir de plus de droits qu'il n'en avait lui-même ; l'obligation de restitution incomberait ainsi à la communauté des créanciers du fiduciaire, qui n'en seraient pas lésés pour autant, les biens fiduciaires ayant été acquis par leur débiteur sans contrepartie⁴⁰⁷.

Le Tribunal fédéral n'a pas jugé bon de s'engager dans cette voie, et se cantonne dans une conception strictement juridique du patrimoine : « En matière d'exécution forcée, [...] l'identité juridique, et non la réalité écono-

⁴⁰⁴Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 66 ; Gubler, *supra*, note 211 à la p. 361a et s. ; Wiegand, *ibid.* à la p. 578. ; Meier-Hayoz, *supra*, note 352 à la p. 464 et la jurisprudence citée par ces auteurs.

⁴⁰⁵Gubler, *ibid.* à la p. 260a (n.t.). Dans son jugement en la cause *Fritschi c. Kohler* (1965), 91 R.O. II 442 à la p. 448, le Tribunal fédéral remarquait d'ailleurs que « la convention selon laquelle la [fiduciante] devait rester propriétaire d'un point de vue économique n'entrave pas le transfert de propriété, mais fonde un rapport fiduciaire. »

⁴⁰⁶Ce principe fut établi dans l'arrêt *Grüning-Dutoit c. Kappeler*, *supra*, note 319, et a été régulièrement confirmé par la jurisprudence ; Böckli c. Masse Mayer, *supra*, note 402 à la p. 451. Voir Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 103 ; Reymond/Essai, *supra*, note 257 à la p. 54 ; Gubler, *ibid.* à la p. 259a et s.

⁴⁰⁷Voir par exemple Wiegand, *supra*, note 319 à la p. 582 et s. ; Wälli, *supra*, note 273 à la p. 94 ; Mme Nickel-Schweitzer, *ibid.* à la p. 111 et s. ; Gautschi/Mandat, *supra*, note 324 à la p. 542 et s., aboutit au même résultat par l'extension des règles de la représentation indirecte, voir *infra*, les pages suivantes.

mique, est seule déterminante⁴⁰⁸. » Le fiduciant, s'il a mal placé sa confiance, n'a donc qu'à s'en prendre à lui-même, et « l'ordre juridique ne tolère pas de transaction entre droit et équité⁴⁰⁹ », faute de dispositions légales expresses.

Malgré certains doutes émis par le Tribunal fédéral⁴¹⁰, la cause semblait entendue. Pourtant, les règles régissant la représentation indirecte allaient permettre à la jurisprudence de s'extirper de ce cul-de-sac théorique.

En droit suisse, lorsqu'une personne agit en son nom propre mais pour le compte d'autrui, elle est seule liée par les actes juridiques qu'elle accomplit, et les rapports entre mandant et représentant indirect ne sont que *res inter alios acta* à l'égard des tiers :

le contrat ne lie que les parties et ne déploie aucun effet direct sur le représenté. Celui-ci ne peut acquérir de droits ou d'obligations qu'en vertu d'un nouvel acte juridique⁴¹¹.

Quant à la personne avec laquelle contracte le représentant indirect, « peu importe qu'elle sache ou non que son cocontractant agit pour le compte d'un tiers⁴¹². » Jusqu'à l'accomplissement par le mandataire des actes nécessaires au transfert du résultat de son activité, le mandant, donc, court le risque de voir les créanciers de son mandataire s'en saisir, sa créance en restitution n'étant que de nature personnelle. C'est pourquoi l'art. 401 C.O. stipule que, dès que le représenté a satisfait à ses obligations envers son mandataire, les créances que celui-ci a acquises dans l'exercice de son mandat lui sont transférées *ex lege*, cette subrogation légale n'étant effective à l'égard des débiteurs qu'après notification. Le représenté peut en outre « revendiquer », dans la faillite de son mandataire, les objets mobiliers — mais non les immeubles — dont ce dernier est devenu propriétaire dans les

⁴⁰⁸*Afshar, supra*, note 402 à la p. 89 (n.t.). La notion de « propriété économique » est toutefois implicitement reconnue en droit fiscal : l'imposition des biens fiduciaires est en effet effectuée, tant en droit suisse qu'en droit allemand, dans le chef du fiduciant. Voir à ce sujet J.M. Rivier, « Le régime fiscal des opérations fiduciaires » dans *Colloque de Luxembourg, supra*, note 272 à la p. 161.

⁴⁰⁹*Aeby, supra*, note 317 à la p. 193.

⁴¹⁰Qui déclarait en effet, dans l'arrêt *Böckli c. Masse Mayer, supra*, note 402 à la p. 451, à propos de cette « théorie classique » de la fiducie, que « l'on est en droit de se demander si cette construction tient compte des besoins accrus de la vie économique. »

⁴¹¹*Banque commerciale arabe S.A. c. République algérienne* (1974), 100 R.O. 200 à la p. 211. Un transfert de propriété, une cession de créance ou une reprise de dette sont nécessaires pour transférer sur la tête du représenté les biens, droits ou obligations acquis par son mandataire. (Art. 32.3 C.O.)

⁴¹²*Ibid.* à la p. 212. L'art. 1705 C.c.I. prévoit expressément que la connaissance par les tiers du rapport de représentation indirect est sans conséquence juridique aucune : « Il mandatario che agisce in proprio nome acquisita i diritti e assume gli obblighi derivanti degli atti compiuti con i terzi, anche se questi hanno avuto conoscenza del mandato. »

mêmes circonstances⁴¹³. Cette règle a été étendue aux sommes d'argent, si elles sont individualisables, tel un compte bancaire distinct, alors même qu'il serait établi au nom du mandataire⁴¹⁴. Dans tous les cas, il incombe au mandant de prouver que les conditions légales sont remplies.

Dérogação légale aux principes du droit des biens et de l'exécution forcée, l'art. 401 C.O. confère en quelque sorte au mandant le bénéfice de certains effets de la représentation directe. Une partie de la doctrine est d'avis que ce privilège ne saurait porter que sur les droits et les biens que le représentant indirect acquiert de tiers, dans l'intention de les remettre à son mandant, et non sur les biens confiés à la gestion du fiduciaire⁴¹⁵ : la *ratio legis* de cet article

n'est pas de restituer un droit dans certaines circonstances à son titulaire antérieur, mais bien plus d'attribuer au mandant des droits qui sont — si l'on peut s'exprimer ainsi — déjà en route vers lui, car ils n'ont été acquis que pour lui être retransférés⁴¹⁶.

Le fiduciaire est quant à lui chargé de la gestion durable d'un patrimoine, et c'est dans le cadre de celle-ci, et non à titre d'intermédiaire de transmission, qu'il acquiert des droits et contracte des obligations ; l'application de l'art. 401 C.O. doit donc être réservé aux cas de représentation indirecte proprement dite⁴¹⁷. À l'inverse, d'autres auteurs jugent malaisée la distinction entre fiducie et représentation indirecte⁴¹⁸, voire affirment l'identité des deux institutions, et qualifient de fiduciaire toute personne « qui acquiert, exerce ou aliène un droit propre dans l'intérêt et pour le compte d'autrui⁴¹⁹. »

⁴¹³Les articles 1706-07 C.c.I. énoncent une règle identique. Voir *Hofstetter, supra*, note 339 à la p. 98 et s. ; *Gautschi/Mandat, supra*, note 324 à la p. 524 et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 aux p. 32 et s. et 103 et s. Cette règle peut surprendre, en ce qu'à l'inverse des droits français et québécois, elle accorde certains effets de la représentation directe, mais à l'avantage du représenté. Comme le note *Reymond/Essai, supra*, note 257 à la p. 53, il faut y voir « l'application pratique d'un principe plus large, principe qui ne ressortit pas au droit, mais à l'économie politique. »

⁴¹⁴*Masse Golay c. Chapuis* (1976), 102 R.O. II 107. *Hofstetter, supra*, note 339 à la p. 104 et s. ; *Müller, supra*, note 339 à la p. 276 et s.

⁴¹⁵*Droin, supra*, note 321 à la p. 140 ; *Reymond/Essai, supra*, note 257 à la p. 57 ; *Gubler, supra*, note 211 à la p. 262a ; *Wälli, supra*, note 273 à la p. 100 ; *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 109 et s.

⁴¹⁶*Mme Nickel-Schweitzer, ibid.* à la p. 42. (n.t.)

⁴¹⁷*Gubler, supra*, note 211 à la p. 262a ; *Wälli, supra*, note 273 à la p. 102. ; *Reymond/Essai, supra*, note 257 à la p. 57 ; *Mme Nickel-Schweitzer, ibid.* à la p. 110.

⁴¹⁸*Hofstetter, supra*, note 339 à la p. 101 ; *Merz supra*, note 337 à la p. 417 et s.

⁴¹⁹*Gautschi/Cause, supra*, note 339 à la p. 245, et *Gautschi/Mandat, supra*, note 324 à la p. 29 et s. Du même auteur, voir « Subrogation und Aussonderung von beweglichem Treuhandvermögen » (1976), 72 R.S.J./S.J.Z. 317 (ci-après *Gautschi/Subrogation*) et « Artikel 401 O.R. » (1955) 51 R.S.J./S.J.Z. 149 (ci-après *Gautschi/Art.401*).

Sans s'immiscer dans cette controverse, le Tribunal fédéral, renversant sa jurisprudence, accorda au fiduciaire le droit de se prévaloir de l'art. 401 C.O., au motif que cette règle s'applique à toutes les formes du mandat, et, partant, au mandat fiduciaire⁴²⁰. La Cour considère cependant que ce privilège ne porte que sur les biens et les droits que le fiduciaire a acquis de tiers, et non sur ce qu'il a reçu directement du fiduciaire⁴²¹. Ainsi, la soumission de la fiducie à toutes les règles du contrat de mandat conduit à une solution à l'inverse de celle de la jurisprudence allemande⁴²².

À l'approche patrimoniale défendue par une partie de la doctrine⁴²³, qui souligne la cohérence interne des biens fiduciaires, le Tribunal fédéral, soutenu par certains auteurs⁴²⁴, préfère une lecture contractuelle du rapport fiduciaire : c'est isolément, en vertu des règles du mandat, que les acquisitions du fiduciaire rejoignent le patrimoine du fiduciaire, mais il n'y a pas à proprement parler de prise en compte d'un patrimoine fiduciaire distinct au sein du patrimoine du fiduciaire. Seule une extension de cette jurisprudence aux biens fiduciaires originels, réclamée unanimement par la doctrine récente, consacrerait en fait la notion d'un patrimoine fiduciaire en établissant un lien entre tous ses éléments constitutifs, même si l'argumentation ne serait toujours qu'une application extensive des règles du mandat sans représentation.

Les principes fondamentaux de ce qu'on appelle le droit civil ne sont pas des dogmes dont toute violation aurait des allures de blasphème. Leur fonction est avant tout d'organiser la protection d'intérêts légitimes, en fonction desquels ils orientent plus qu'ils n'entravent la réflexion juridique.

Le principe de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine assure ainsi la sécurité des transactions, en permettant aux créanciers de se fier au crédit apparent de leur débiteur. Rien n'interdit cependant d'exclure *a priori* toute organisation différente de la défense de cet intérêt. En outre, la généralisation des opérations fiduciaires leur a fait perdre l'aura de suspicion qui les entourait à l'origine, et les doctrines allemande et suisse reconnaissent *una voce* l'émergence d'un nouvel intérêt digne de protection, celui du fiduciaire ou du bénéficiaire à voir les biens de la fiducie soustraits à la mainmise des

⁴²⁰Voir *Feras, supra*, note 325. Voir également le commentaire de cette décision de C.Reymond, (1974) JdT I 596 (ci-après *Reymond/Commentaire*).

⁴²¹*Feras, ibid.* et *Masse Golay c. Chapuis, supra*, note 414.

⁴²²Voir *supra*, la section C.1.a.

⁴²³*Wiegand, supra*, note 319 à la p. 586 et s.; *Merz, supra*, note 337 à la p. 426 et s.; *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 111 et s.

⁴²⁴Notamment Gauthschi, qui suggère d'étendre tant la subrogation légale que la « revendication utile » du mandant à l'ensemble du résultat de la mission du mandataire, sans s'interroger sur l'origine des biens en question; voir *Gauthschi/Art.401, supra*, note 419 aux pp. 154-55, et *Gauthschi/Subrogation, supra*, note 419 aux pp. 320-21.

créanciers du fiduciaire. Plutôt que de se borner à asséner des principes, il convient de procéder à une balance des intérêts en présence.

Il n'en reste pas moins que la loi définit sans ambiguïté les droits que les tiers peuvent invoquer dans une procédure d'exécution forcée, et, les tribunaux hésitant à trancher *contra legem*, la voie d'une réforme législative paraît indispensable à certains auteurs⁴²⁵. On est toutefois en droit de se demander si le crédit apparent du fiduciaire mérite une protection absolue lorsqu'il gère un patrimoine pour le compte d'autrui au vu et au su de ses créanciers. Dans ces circonstances, un droit de distraction pourrait être accordé au fiduciaire ou au bénéficiaire, du moins lorsque les biens fiduciaires sont individualisables⁴²⁶, sans que le principe de la sécurité du droit — ou tout autre fondement réel ou supposé de l'ordre juridique — n'en soit pour autant foulé aux pieds.

Le patrimoine distinct que constitue la fiducie québécoise, fondé sur des dispositions légales expresses et garanti par des mesures de publicité appropriées⁴²⁷, ne contredit pas en soi la titularité des droits dont le fiduciaire est investi : il n'y a pas à proprement parler absence de responsabilité personnelle, mais limitation de la responsabilité à l'un ou l'autre des patrimoines du sujet, selon l'obligation en cause. Il convient cependant d'examiner si, dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire apparaît véritablement comme le titulaire des droits qu'il exerce.

2. La fiducie et les tiers

Titulaire des droits qu'il gère dans l'intérêt d'autrui, le fiduciaire jouit donc de la liberté d'en user et d'en disposer à sa guise : il importe en effet de distinguer

au sein des prérogatives juridiques, la catégorie des droits subjectifs de celle des pouvoirs, les uns étant abandonnés par le Droit objectif au libre arbitre

⁴²⁵Voir par exemple *Merz, supra*, note 337 à la p. 429 et s. ; *Kötz, supra*, note 110 à la p. 173 et s., y voit toutefois le risque d'un bouleversement de « l'équilibre structurel », et y préférerait la voie de l'adaptation progressive, sous les efforts conjugués de la pratique et de la doctrine. Un exemple d'intervention législative nous est fourni par la loi suisse sur les fonds de placement, qui prévoit que les avoirs de la société de direction constituent un patrimoine distinct qui échappe à la mainmise de ses créanciers. Voir *Reymond et Revaclier, supra*, note 318 à la p. 425, ainsi que *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 112 et s.

⁴²⁶*Gubler, supra*, note 211 à la p. 459a ; *Walter, supra*, note 380 à la p. 154 ; *Mme Nickel-Schweitzer, ibid.* à la p. 97 et s. ; *Coing, supra*, note 312 à la p. 177 et s. Ces auteurs réclament un traitement distinct du patrimoine fiduciaire, dans la mesure où celui-ci n'est pas dissimulé (*Offenkundigkeitsprinzip*), et où il est identifiable (*Bestimmtheitsprinzip*).

⁴²⁷Voir *supra*, la section C.1.

des individus [...], les autres n'étant accordés à leur titulaire que pour servir des intérêts déterminés⁴²⁸.

Quant à la promesse du fiduciaire de n'user de son droit que d'une certaine manière, elle manifeste plus qu'elle ne contredit la liberté inhérente à sa titularité. Il en va de même du propriétaire : sa « maîtrise complète de la chose⁴²⁹ », son droit « quasi-souverain⁴³⁰ », « absolu et exclusif⁴³¹ », ne sont nullement remis en cause par les engagements personnels auxquels il se soumet, dans la mesure où ils « ne limitent pas le droit de propriété, mais bien le propriétaire dans l'exercice de celui-ci⁴³² ».

a. En droit suisse

Le fiduciaire suisse agit donc « en tant que propriétaire des biens, et non pas en vertu de l'autorisation ou du pouvoir qui lui a été conféré⁴³³ » ; quoiqu'il se soit engagé à suivre les instructions du fiduciant, ses pouvoirs ne se distinguent en rien de ceux d'un propriétaire ordinaire :

à l'égard des tiers, le fiduciaire a la faculté de disposer de la chose dont il est propriétaire. Il peut dès lors aliéner cette chose, voire la grever d'un droit réel [...], sous réserve des dommages-intérêts qu'il devrait payer au fiduciant s'il viole ses obligations envers celui-ci⁴³⁴.

Cette dichotomie entre les *pouvoirs* — fort étendus — et les *devoirs* du fiduciaire est soulignée par l'ensemble de la doctrine⁴³⁵, qui y voit souvent la différence cruciale entre le propriétaire obligé et le *trustee* de la *common law* :

La fiducie est un complexe de deux actes, l'un réel, l'autre purement obligatoire. Le *trust* est une union si intime entre le pouvoir et le devoir du *trustee*, qu'on peut dire que le droit est inhérent au pouvoir, de sorte que le *trustee* ne peut que dans la mesure où il doit⁴³⁶.

⁴²⁸Gaillard, *supra*, note 25 à la p. 44 ; dans le même sens, voir Guisan, *supra*, note 122 à la p. 114.

⁴²⁹F. Larroumet, *Droit civil, les biens — droits réels principaux*, t.2, Paris, Economica, 1985 à la p. 110, no 195 (ci-après *Larroumet/Droit civil*).

⁴³⁰F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil » (1985) 1 *Droits* 33.

⁴³¹Weill, Terré et Simler, *supra*, note 33 à la p. 125, no 127. Les définitions du droit de propriété proposées par les autres doctrines nationales sont similaires : voir Montpetit & Taillefier, *supra*, note 352 à la p. 103 et s. ; Meier-Hayoz, *supra*, note 352 à la p. 128 et s. ; F. Lenk et K.H. Schwab, *Sachenrecht*, Munich, Beck, 1981 à la p. 98 et s. (ci-après *Lenk & Schwab*).

⁴³²Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 65. (n.t.)

⁴³³Droin, *supra*, note 321 à la p. 139.

⁴³⁴Arrêt Humbert (1965), 91 R.O. III 104 à la p. 107.

⁴³⁵Reymond/Essai, *supra*, note 257 à la p. 20 et s. ; Wälli, *supra*, note 273 à la p. 31 et s. ; Dreyer, *supra*, note 154 à la p. 57 ; Gubler, *supra*, note 211 à la p. 250a et s. ; Gautschi/Cause, *supra*, note 339 à la p. 247 ; Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 63 et s.

⁴³⁶Guisan, *supra*, note 122 à la p. 111.

Le fiduciaire a donc pour seul recours l'action en responsabilité contractuelle contre son mandataire ; comme le fiduciaire agit en son propre nom, et n'engage que lui-même par les actes juridiques qu'il conclut avec les tiers⁴³⁷, la validité de ces actes ne peut être mise en cause par quiconque, et le tiers n'a pas à se soucier des obligations personnelles de son partenaire. La bonne foi de l'acquéreur n'est en effet déterminante que lorsqu'elle porte sur la titularité du droit réel dont se départit l'aliénateur : celle du fiduciaire étant pleine et entière, le tiers contractant est en somme *toujours* de bonne foi, et sa connaissance du rapport fiduciaire est sans conséquence juridique aucune⁴³⁸.

Serait-il cependant concevable de priver le propriétaire fiduciaire du pouvoir d'accomplir valablement certains actes, en conférant un effet réel à la convention de fiducie ? La doctrine se refuse à l'admettre, estimant que les limitations au pouvoir de disposer d'un propriétaire, sauf disposition légale expresse, ne peuvent avoir que des effets personnels⁴³⁹, faute de mesures de publicité adéquates qui permettraient d'en fonder l'opposabilité aux tiers⁴⁴⁰. S'il en allait différemment, il incomberait en effet au tiers contractant, soucieux de s'assurer les effets juridiques de sa bonne foi, de s'enquérir *in casu* des limitations de la propriété du fiduciaire — susceptibles de varier au gré des conventions — de sorte que la clarté de l'ordre juridique et la sécurité des transactions s'en trouveraient fondamentalement bouleversées⁴⁴¹.

b. En droit allemand

La situation de principe est identique en droit allemand :

[c]ontrairement au droit anglais, où le *trustee* n'a sur le patrimoine fiduciaire que les droits qui lui ont été conférés à la constitution du *trust*, le fiduciaire est en mesure de disposer des droits transférés comme un titulaire ordinaire. L'affectation du patrimoine fiduciaire, que la fiducie doit réaliser,

⁴³⁷Voir *supra*, la section B.2.

⁴³⁸*Gautschi/Cause*, *supra*, note 339 à la p. 246 et s. ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 67.

⁴³⁹*Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 316 ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 354a ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 65 et les références citées. Comme l'énonce sans ambages *Gautschi/Cause*, *ibid.* aux pp. 247-48, « un droit qui ne peut pas être utilisé, ou seulement à certaines conditions, est la négation du droit subjectif. Être propriétaire, mais ne pas pouvoir exercer les prérogatives essentielles du droit de propriété, revient à ne pas être propriétaire. »

⁴⁴⁰En matière immobilière toutefois, la possibilité d'inscrire au registre foncier l'obligation de restituer du fiduciaire, élevée ainsi au rang d'obligation *propter rem*, ne nécessiterait qu'une légère modification du C.c.S., sans constituer un bouleversement des principes de l'ordre juridique : voir par exemple *Wiegand*, *supra*, note 319 à la p. 590.

⁴⁴¹*Reymond/Trust*, *supra*, note 121 à la p. 206a ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 361a et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 65 et s.

n'est déterminée que par les obligations personnelles du fiduciaire. Elle ne limite en rien, eu égard aux droits réels, son pouvoir de disposer⁴⁴².

Cette liberté du titulaire d'un droit subjectif est exprimée sans ambiguïté par l'article 137 B.G.B. : « Le pouvoir de disposer d'un droit cessible ne peut être exclu ou restreint par convention. La validité d'un engagement de ne pas disposer d'un tel droit n'est nullement affectée par cet article.⁴⁴³ » La doctrine y voit l'expression d'un aspect fondamental de l'ordre juridique, la liberté du sujet d'exercer ses droits comme il l'entend, et d'un souci de sécurité des transactions⁴⁴⁴ : toute personne traitant avec le titulaire d'un droit est ainsi assurée de l'efficacité des actes juridiques qu'elle conclut, et n'a pas à craindre qu'un abus de pouvoirs lui soit ultérieurement opposé. Cette souveraineté de principe du sujet de droit est sans conteste la pierre d'angle de l'ordre juridique. Lorsque le droit en cause est un droit de propriété, l'art. 137 B.G.B., combiné avec le *numerus clausus* des droits réels, empêche

tant la constitution de nouveaux droits réels par une combinaison de restrictions au pouvoir de disposer et d'obligations personnelles, que la modification par contrat du contenu légal des droits réels⁴⁴⁵.

Aussi la jurisprudence, en accord avec la doctrine dominante⁴⁴⁶, voit-elle dans la règle de l'art. 137 B.G.B. l'obstacle majeur à tout renforcement de la position du fiduciaire, estimant que la reconnaissance de tout effet autre que personnel à la convention entre fiduciaire et fiduciaire contreviendrait à ce principe⁴⁴⁷.

⁴⁴²Coing, *supra*, note 312 aux pp. 161-62 (n.t.). Dans le même sens, voir Würdinger, *supra*, note 374 à la p. 33 ; Kötz, *supra*, note 110 à la p. 139 ; Mme Seel-Viandon, *supra*, note 45 à la p. 242 ; Mme Nickel-Schweitzer, *supra*, note 307 à la p. 64.

⁴⁴³(n.t.) Seul le droit français — et québécois — a conservé l'institution de la prohibition d'aliéner, dont le champ d'application est toutefois limité. La survivance de cette règle dans le droit civil français permet à un comparatiste d'affirmer : « It is therefore probably true that in France the principle that property cannot be made inalienable is a less formidable obstacle than in other countries to the conception of a legal owner not in a position to sell his property. » Weiser, *supra*, note 326 à la p. 56. L'auteur qualifie d'ailleurs, à la p. 31, la règle de l'art. 137 B.G.B. de « public enemy of trusts ».

⁴⁴⁴Voir R. Liebs, « Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis » (1975) 175 AcP 1 à la p. 10 et s. (ci-après Liebs) ; Palandt, *supra*, note 117 à la p. 105 et s. ; H. Schlosser, « Aussenwirkungen verfügungshindernder Abreden bei der rechtsgeschäftlichen Treuhand » (1970) 23 N.J.W. 681 (ci-après Schlosser).

⁴⁴⁵Liebs, *ibid.* à la p. 26. (n.t.)

⁴⁴⁶Voir les références citées par Schlosser, *supra*, note 444 à la p. 681, note 2.

⁴⁴⁷Firme Ps. c. L. (1937), 153 R.G.Z. 366 aux pp. 368-69. De même la Cour fédérale, dans l'arrêt (1968), 21 N.J.W. 1471, invoque-t-elle l'art. 137 B.G.B. pour affirmer que « la prohibition d'aliéner du rapport interne de la fiducie n'a aucun effet réel. Les actes de disposition du fiduciaire, même s'ils violent cette prohibition, doivent en principe être reconnus comme valables. » (n.t.)

L'interdiction de l'abus de droit⁴⁴⁸ justifierait, selon certains auteurs, de prononcer la nullité d'un acte juridique conclut par le fiduciaire, lorsque le tiers contractant sait pertinemment que ce dernier viole ses engagements⁴⁴⁹. La portée limitée de cette exception semble infirmer cette interprétation⁴⁵⁰; de plus, le fiduciant peut fort bien avoir recours à d'autres outils juridiques, tel l'octroi d'un pouvoir de représentation, s'il entend se mettre à l'abri de tout abus éventuel de la part du fiduciaire. Il ne reste donc guère que la responsabilité délictuelle⁴⁵¹ du tiers contractant, lorsqu'il se rend coupable d'un acte contraire aux bonnes moeurs, en participant activement à l'abus de confiance que commet le fiduciaire⁴⁵². Dans un tel cas, le juge peut condamner le tiers, à titre de réparation du dommage, à restituer ce qu'il a acquis du fiduciaire par ses manoeuvres frauduleuses⁴⁵³. Toutefois, il ne suffit pas que l'acquéreur connaisse les obligations du fiduciaire vis-à-vis du fiduciant pour que sa responsabilité soit engagée : un comportement actif et une intention de nuire aux intérêts du fiduciant en sont les conditions indispensables⁴⁵⁴.

La portée limitée de ces recours du fiduciant contre les tiers amène une partie de la doctrine allemande à se prononcer en faveur d'une application analogique des principes de la délégation générale de pouvoirs : tout comme l'abus manifeste de pouvoirs par le représentant général ne produit aucun effet dans le chef du représenté, ces auteurs estiment que le principe de la sécurité des transactions ne saurait protéger le tiers, lorsqu'il a contracté avec le fiduciaire en sachant (ou lorsqu'il était apparent) que l'acte juridique en cause contrevient aux dispositions de la fiducie⁴⁵⁵. La Cour fédérale a expressément refusé d'endosser ce point de vue :

⁴⁴⁸ Art. 2 C.c.S. : « Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi. » L'art. 242 B.G.B. pose un principe similaire, quoique la formule en soit plus restrictive.

⁴⁴⁹ *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 aux pp. 75-76, et les auteurs cités.

⁴⁵⁰ Ainsi le Tribunal fédéral, à propos de l'art. 2 C.c.S. : « L'application doit [en] demeurer restrictive et se concilier avec la finalité, telle que l'a voulue le législateur, de la norme matérielle applicable au cas concret [. . .] L'application des règles de la bonne foi ne saurait en aucun cas servir à vider la loi de sa substance et à réaliser des objectifs que le législateur, conscient des divers intérêts qu'il avait à prendre en considération, n'a pas voulu atteindre. » *D. c. Chambre d'accusation du Canton de Genève* (1981), 107 R.O. Ia 206 aux pp. 211-12.

⁴⁵¹ Art. 41(2) C.O. : « Celui qui cause intentionnellement un dommage à autrui par des faits contraires aux moeurs est également tenu de le réparer. » L'art. 826 B.G.B. pose une règle identique.

⁴⁵² *Mme Nickel-Schweitzer, supra*, note 307 à la p. 72 et s.; *Gubler, supra*, note 211 à la p. 265a; *Wälli, supra*, note 273 à la p. 67; *Kötz, supra*, note 110 à la p. 139; *Coing, supra*, note 312 à la p. 164; *Schlosser, supra*, note 444 à la p. 681.

⁴⁵³ *Coing, ibid.* à la p. 164; *Kötz, ibid.* à la p. 140.

⁴⁵⁴ *Gautschi/Mandat, supra*, note 324 à la p. 334 et s.; *Coing, ibid.* à la p. 165.

⁴⁵⁵ *Kötz, supra*, note 110 à la p. 140 et s., ainsi que la note du même auteur sous (1968), 21 N.J.W. 1471 (ci-après *Kötz/note*); *Coing, ibid.* à la p. 165 et s.

Le représentant agit au nom du représenté. L'acte juridique ne peut donc produire d'effets à l'égard de ce dernier lorsque le cocontractant sait ou doit savoir qu'il ne correspond pas à sa volonté. Dans le rapport fiduciaire, le fiduciaire agit en son nom et dispose d'un droit lui appartenant en propre⁴⁵⁶.

La doctrine minoritaire persiste cependant, considérant que ce n'est pas la volonté supposée du représenté, mais bien la nécessité d'entraver des abus manifestes, qui doit faire figure de critère. Elle invoque à cet effet l'extension jurisprudentielle des règles de l'abus d'une délégation générale de pouvoirs à l'exécution testamentaire⁴⁵⁷, où il n'y a pas non plus rapport de représentation, mais bien exercice de pouvoirs propres⁴⁵⁸.

Cette analogie avec la théorie de l'abus de pouvoirs ouvre de nouveaux horizons à la protection des intérêts du fiduciant : alors que le titulaire d'un droit subjectif peut *en principe* en disposer librement, un acte juridique conclu sans pouvoirs est *en principe* frappé de nullité⁴⁵⁹. Le patrimoine fiduciaire se voit donc assurer une meilleure protection si le fiduciaire ne dispose que des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission, et l'adéquation entre ses pouvoirs et ses devoirs est ainsi réalisée⁴⁶⁰.

c. *En droit québécois*

Or, les actes juridiques qu'accomplit le fiduciaire québécois n'emportent d'effets, à l'égard du patrimoine de la fiducie, que s'il agit en faisant état de sa qualité et dans les limites de ses pouvoirs ; « il engage la fiducie au même titre qu'un mandataire engage son mandant⁴⁶¹, » et réunit curieusement en sa personne la double qualité de représentant et de propriétaire :

il n'a aucune faculté à l'égard de la fonction qu'il doit remplir. Il n'a que les pouvoirs que l'acte constitutif ou la loi lui accordent et ne peut les exercer que si cela se justifie dans le cadre d'une bonne gestion⁴⁶².

⁴⁵⁶Kötz/note, *ibid.*

⁴⁵⁷Margarete F. c. Veuve F. (1930), 130 R.G.Z. 131 à la p. 134 et s.

⁴⁵⁸Coing, *supra*, note 312 à la p. 167 ; Kötz, *supra*, note 110 à la p. 141. Voir également *supra*, le chapitre II, section A.2.

⁴⁵⁹Art. 1727 C.c.B.-C. C. Fabien, « L'abus de pouvoirs du mandataire en droit civil québécois » (1978) 19 C.de D. 55 à la p. 83 et s. (ci-après *Fabien/Pouvoirs*) ; Gaillard, *supra*, note 25 à la p. 113, no 181 et s. Pour une approche comparative, voir les Travaux de l'association Henri Capitant, *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, vol. XXVIII, 1977, Paris, Economica, 1980 (ci-après *Abus de pouvoirs*).

⁴⁶⁰La qualification de la position du trustee de la *common law* en termes de pouvoirs, même si elle ne correspond pas à celle des juristes anglo-saxons, semble la mieux à même de définir la fonction du trustee dans une perspective civiliste : « There is certainly no possibility to construe the position of a trustee as a right, be this a real or any other right. What is involved are only duties and powers. » Hefli, *supra*, note 211 à la p. 562.

⁴⁶¹Art. 981i C.c.B.-C. Lessard, *supra*, note 212 à la p. 37, no 116 ; Faribault/Traité, *supra*, note 18 à la p. 347, no 299.

⁴⁶²Mme Cantin Cumyn/Mythe, *supra*, note 225 à la p. 12.

Il règne d'ailleurs une certaine incertitude quant au sort des actes passés par le fiduciaire qui outrepassé ses pouvoirs ou les exerce à mauvais escient⁴⁶³ : il ne nous semble pas que leur nullité doive être la règle⁴⁶⁴, l'évolution de l'abus de pouvoirs en droit québécois ayant apporté à ce principe certaines nuances, qui renforcent la protection des tiers à plusieurs égards⁴⁶⁵. S'il ne fait pas de doute que le tiers ne peut invoquer la validité de l'acte juridique s'il savait ou devait savoir que le fiduciaire abusait de ses pouvoirs — comme par exemple dans le cas d'une disposition à titre gratuit — la protection du tiers de bonne foi devrait prévaloir lorsque le fiduciant a accordé au fiduciaire des pouvoirs moins étendus que ne le prévoit la loi. Quoi qu'il en soit, les personnes qui contractent avec un fiduciaire doivent se tenir sur leurs gardes et s'enquérir dans la mesure du possible de l'étendue des pouvoirs de leur partenaire. Elle n'ont pas la certitude que la qualité de propriétaire du fiduciaire suffit à les mettre à l'abri de toute mauvaise surprise.

Le fiduciaire québécois a donc beau être propriétaire, il ne dispose cependant que des pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa gestion⁴⁶⁶. Il est un titulaire de droit d'un nouveau genre, dont le droit de propriété est

d'une espèce particulière, un droit qui n'est pas absolu, puisqu'il ne peut être exercé, pendant la durée de la fiducie, que pour les fins de la fiducie, dans l'intérêt du bénéficiaire [...]⁴⁶⁷.

La jurisprudence souscrit à cette conception d'un droit de propriété restreint, estimant que le législateur, s'il le désire, peut fort bien créer un droit de propriété « *sui generis* », distinct du droit de propriété « traditionnel »⁴⁶⁸.

⁴⁶³*McClellan/Role*, *supra*, note 239 à la p. 322.

⁴⁶⁴C'est néanmoins l'avis de *Lessard*, *supra*, note 212 à la p. 37, no 116 et de *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 347, no 299, qui estiment qu'il incombe en tous cas au tiers de s'enquérir de l'étendue des pouvoirs de son cocontractant.

⁴⁶⁵Art 1705 C.c.B.-C. Voir *Fabien/Pouvoirs*, *supra*, note 459 à la p. 86 et s. ; J. Smith, « The Protection of Third Parties Contracting with Companies in Québec » (1974) 52 R.du B.can. 8 à la p. 14 et s. (ci-après *Smith*) ; E. Groffier Atala, « L'importance croissante du mandat en droit québécois : les développements récents » (1984) 15 R.D.U.S. 445 à la p. 466 et s. ; *Caron/Ziegel*, *supra*, note 169 à la p. 127 et s.

⁴⁶⁶Certains auteurs le décrivent pourtant comme un propriétaire obligé ; *Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 15 et s. ; *McClellan/Role*, *supra*, note 239 à la p. 322. Cette qualification est visiblement non fondée, sauf si l'on admet que les obligations du fiduciaire équivalent aux obligations « renforcées » du *trustee* anglo-saxon.

⁴⁶⁷*Pratte*, *supra*, note 207 à la p. 29. Dans le même sens, voir également *Mignault/A propos*, *supra*, note 212 à la p. 78 ; *Frenette*, *supra*, note 212 à la p. 734 ; *Langelier*, *supra*, note 56 à la p. 332.

⁴⁶⁸*Royal Trust Co. c. Tucker, R.C.S.*, *supra*, note 238 à la p. 273. (M. le juge Beetz). *Reford c. National Trust Co.*, *supra*, note 223 à la p. 698. (M. le juge Salvais). De même, *Mignault/A propos*, *supra*, note 212 à la p. 78, se demande-t-il « pourquoi le législateur ne pourrait-il pas créer un droit de propriété temporaire et restreint dans ses effets ? »

Sans mettre en doute la souveraineté du législateur québécois, on est en droit de se demander si le droit de propriété du fiduciaire n'est pas si limité qu'il s'en trouve réduit à sa plus simple expression⁴⁶⁹. En outre, s'il est indiscutable que la propriété peut se voir limitée par voie législative, dans la mesure où la loi assure la publicité des restrictions qu'elle y apporte, il apparaît que le contenu de la propriété fiduciaire est susceptible de varier de cas en cas, au gré de la volonté du fiduciant, qui peut étendre ou restreindre à sa guise les pouvoirs qu'il confère au fiduciaire. Cette notion d'un droit réel à contenu variable est pour le moins déroutante. Aussi une partie de la doctrine québécoise ne voit-elle pas dans le fiduciaire un propriétaire privé de certaines de ses prérogatives, mais bien un représentant, un administrateur exerçant des pouvoirs sur un patrimoine qui ne lui appartient pas en propre⁴⁷⁰. Si, depuis l'arrêt *Tucker*⁴⁷¹, cette approche institutionnelle de la fiducie ne peut refléter l'état actuel du droit positif québécois, elle s'affirme cependant dans le projet de Code civil du Québec⁴⁷².

3. La durée de la fiducie

La divergence fondamentale entre les fiducies québécoise et européenne transparaît dans la manière dont l'institution s'inscrit dans le temps, que l'on considère la durée de la fiducie elle-même ou celle de la titularité des droits du fiduciaire.

Hormis la fiducie charitable, qui se prête mieux à une comparaison avec la fondation⁴⁷³, la fiducie du C.c.B.-C. ne peut être perpétuelle, la limite de degrés de la substitution fidéicommissaire s'y appliquant par analogie⁴⁷⁴. Elle ne peut non plus être révocable au gré du fiduciant : seules des circonstances exceptionnelles⁴⁷⁵ peuvent en entraîner l'extinction prématurée, circonstances qui ne peuvent être liées exclusivement aux parties à l'acte constitutif : la démission, la révocation, le décès ou la destitution du fiduciaire n'amène que son remplacement, au besoin par l'intervention de l'autorité judiciaire⁴⁷⁶, et le constituant ne peut se réserver un droit de

⁴⁶⁹Ainsi *Caron/Thèse*, *supra*, note 280 à la p. 214, remarque : « the so-called ownership of the trustee is so dismantled that it is in fact reduced to the powers of an administrator. »

⁴⁷⁰*Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 305, no 270 et s. ; *Caron/Trust*, *supra*, note 154 à la p. 430 et s. ; *Mme Cantin Cumyn/Mythe*, *supra*, note 225 à la p. 12 ; *L.Baudouin*, *supra*, note 51 à la p. 1249 et s.

⁴⁷¹Voir *supra*, note 182.

⁴⁷²Voir *infra*, Conclusion.

⁴⁷³Voir *supra*, le chapitre II, section B.1.

⁴⁷⁴Voir l'arrêt *Masson c. Masson*, *supra*, note 74.

⁴⁷⁵Comme la caducité, l'impossibilité subséquente, etc. Voir *Brière/Donations*, *supra*, note 136 aux pp. 302-03 ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 245, no 716 et s. ; *Faribault/Traité*, *supra*, note 18 à la p. 373, no 317 et s.

⁴⁷⁶Art. 981c C.c.B.-C.

révocation de la fiducie *ad nutum*⁴⁷⁷. La fiducie valablement créée ne confère donc qu'une titularité provisoire au fiduciaire, dont la durée est absolument limitée par celle de la fiducie.

« Il n'existe pas de propriété temporaire ; on ne peut pas céder la propriété de sa chose pour un temps limité⁴⁷⁸ ». Si l'on a pu voir de nombreuses exceptions à ce principe, telles la propriété sous condition résolutoire ou celle du grevé de substitution, il n'en reste pas moins que la « vocation à la perpétuité⁴⁷⁹ » du droit de propriété, même ténue, y subsiste cependant : la condition peut ne jamais se réaliser, la substitution ne jamais s'ouvrir en faveur de l'appelé. En revanche, le terme mis à la propriété du fiduciaire est sans appel⁴⁸⁰, et peut même être avancé par le tribunal ou par le constituant. Non contente d'être restreinte dans ses effets, la propriété du fiduciaire l'est donc également dans sa durée.

Nous avons vu la difficulté qu'ont les doctrines suisse et allemande à admettre la restriction des pouvoirs d'un titulaire de droits⁴⁸¹. Il en va de même quant à la durée de la propriété du fiduciaire, qui, là non plus, ne se distingue en rien de celle de la propriété habituelle : la fin du rapport fiduciaire n'a en soi aucun effet sur la titularité des droits remis au fiduciaire ; elle ne fait que rendre exécutoire son obligation de restitution⁴⁸². Une *rule against perpetuities* serait superflue, les biens n'étant pas immobilisés par l'existence d'obligations personnelles à leur égard. De plus, du rattachement intégral de la fiducie suisse au mandat⁴⁸³ découle sa révocabilité en tout temps⁴⁸⁴, tant par le fiduciant que par le fiduciaire, et sans même que de

⁴⁷⁷Art. 782 et 783 C.c.B.-C. *Faribault/Traité, ibid.* à la p. 375, no 321. L'intérêt du bénéficiaire peut être révoqué pour ingratitude (art. 811 et 813 C.c.B.-C.) ; en l'absence d'autre bénéficiaire, la fiducie s'éteint. Voir par exemple *Bélanger-Jarry c. Jarry*, [1987] C.S. 1559.

⁴⁷⁸*Mazeaud, t.2, vol.2, supra*, note 297 à la p. 79, no 1348. Voir également Cornu, *Droit civil, Introduction*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 1985 à la p. 389, no 1003 ; *Weill, Terré et Simler, supra*, note 33 à la p. 136, no 137 ; M. Cantin Cumyn, « Essai sur la durée des droits patrimoniaux » (1988) 48 R.du B. 3 à la p. 7 et s.

⁴⁷⁹Soulignée par *Larroumet/Droit civil, supra*, note 429 à la p. 110, no 195.

⁴⁸⁰Comme l'exprimait déjà l'art. 964 C.c.B.-C.

⁴⁸¹Voir *supra*, la section C.2.

⁴⁸²Cette obligation est renforcée par le principe de l'exécution en nature : le transfert de propriété, si le fiduciaire refuse d'y procéder, peut être exécuté *manu militari* (pour les meubles) ou par jugement déclaratoire porté au registre (pour les immeubles). Voir *Walli, supra*, note 273 à la p. 75 et s. et *Coing, supra*, note 312 à la p. 151 et s.

⁴⁸³Confirmée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Feras, supra*, note 325.

⁴⁸⁴Art. 404(1) C.O. : « Le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps ». Cette règle est de droit impératif : voir l'arrêt *Sauter c. Mesana S.A.* (1972), 98 R.O. II 305 à la p. 307 et s. et les références citées.

justes motifs ne doivent être invoqués à cet effet⁴⁸⁵. Si le bénéfice de l'activité du fiduciaire est adressé à un tiers qui a signifié son acceptation, le fiduciant ne peut révoquer le mandat sans l'assentiment de ce dernier⁴⁸⁶. En droit allemand, le principe de la libre révocabilité du mandat ne s'applique cependant pas à la fiducie exercée à titre onéreux⁴⁸⁷ : si l'une des parties met fin à la fiducie avant le terme fixé, elle engage sa responsabilité et peut être astreinte au paiement de dommages-intérêts positifs. Le droit de révocation pour de justes motifs est cependant réservé, comme dans tous les rapports contractuels durables⁴⁸⁸ : le fiduciant peut ainsi mettre immédiatement fin au mandat lorsque le fiduciaire se rend coupable d'indélicatesse ou s'écarte de ses instructions, sans avoir à se soucier du terme fixé ou d'un éventuel délai de révocation.

La pleine propriété du fiduciaire peut enfin avoir des conséquences fâcheuses pour le fiduciant au décès de son mandataire : même si la fiducie ne survit pas en principe au décès d'une des parties, les biens entrent néanmoins dans la masse successorale du fiduciaire, et l'obligation de restitution incombe à la communauté des héritiers⁴⁸⁹. Le fiduciant peut se prémunir contre ce risque en contractant avec une personne morale, ou en confiant ses biens à plusieurs fiduciaires mandataires liés par un contrat de société, aux termes duquel la société se poursuit à la mort de l'un de ses membres. Les fiduciaires sont alors propriétaires indivis du patrimoine social, et, si l'un d'entre eux vient à décéder, sa part accroît celle de ses associés et ne passe pas à ses héritiers⁴⁹⁰. De plus, les biens acquis par les fiduciaires dans l'exercice de leur gestion rejoignent le patrimoine social, assurant le maintien de ce dernier par la subrogation réelle⁴⁹¹. Le Tribunal fédéral suisse a même

⁴⁸⁵Voir *Reymond/Essai*, *supra*, note 257 à la p. 41 ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 390a ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 36 et s. ; *Gautschi/Mandat*, *supra*, note 324 à la p. 643 et s. ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 85 et s., estime toutefois que la révocabilité du mandat n'a pas de valeur impérative et que, si un terme a été prévu au contrat, la partie qui met prématurément fin au rapport fiduciaire devrait, en l'absence de justes motifs, des dommages-intérêts positifs à son cocontractant.

⁴⁸⁶*Wälli*, *ibid.* à la p. 84 ; *Gubler*, *ibid.* à la p. 258a.

⁴⁸⁷Art. 675 B.G.B. *Palandt*, *supra*, note 117 à la p. 672 et s.

⁴⁸⁸*Coing*, *supra*, note 312 à la p. 192 et s.

⁴⁸⁹*Coing*, *ibid.* à la p. 186 et s. ; *Wälli*, *supra*, note 273 à la p. 87 et s. ; *Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 83 ; *Gubler*, *supra*, note 211 à la p. 222a.

⁴⁹⁰Art. 544(1) C.O. : « Les choses, créances et droits réels transférés ou acquis à la société appartiennent en commun aux associés dans les termes du contrat de société. » Il est à noter que ni le droit suisse ni le droit allemand ne confèrent la personnalité morale à la société simple. Voir M. Schwartz, « Essai d'analyse de la propriété en main commune de plusieurs fiduciaires » (1966) 62 R.S.J./S.J.Z. 319. G. Gautschi, « Eigentumsverhältnisse am Treuhandvermögen » (1967) 63 R.S.J./S.J.Z. 5 (ci-après *Gautschi/Vermögen*). Pour le droit allemand, voir l'art. 736 B.G.B. et *Coing*, *ibid.* à la p. 158 et s.

⁴⁹¹*Mme Nickel-Schweitzer*, *supra*, note 307 à la p. 84 et s. ; *Gautschi/Vermögen*, *ibid.* à la p. 7, suggère d'appliquer le même principe en cas de faillite d'un fiduciaire.

inféré l'existence d'une société de propriétaires en main commune de la simple présence de plusieurs fiduciaires sans qu'un contrat de société n'eût été expressément conclu⁴⁹².

L'évolution jurisprudentielle des fiducies suisse et allemande démontre bien les limites inhérentes aux concepts qui fondent le rapport fiduciaire : si la prise en compte d'un patrimoine distinct semble être en voie de s'affirmer, la pleine titularité du fiduciaire fait obstacle, en l'absence d'intervention législative, à la reconnaissance par les tribunaux d'entraves aux pouvoirs de ce dernier. En outre, comme tout rapport contractuel, la relation entre fiduciant et fiduciaire ne peut être absolument irrévocable. Ces déficiences ont cependant leurs avantages : ainsi la révocabilité de la fiducie rend superflu tout contrôle judiciaire direct, et le fiduciant se soucie moins d'éventuels abus du fiduciaire lorsqu'il sait qu'il est en droit de mettre fin au mandat en tout temps. Enfin, la nécessité d'une protection absolue du fiduciant est souvent mise en doute par les doctrines nationales :

ne faut-il pas choisir entre l'extension des droits du fiduciant et l'indépendance que donne au fiduciaire sa titularité exclusive ? Cette indépendance n'est-elle pas, elle aussi, une protection absolue du fiduciant, cette fois à l'égard des tiers ?⁴⁹³.

Le seul jeu des rapports contractuels n'eût vraisemblablement pas permis la réception au Québec « d'une institution familière aux Canadiens anglais⁴⁹⁴ ». L'adoption par voie législative d'une « machinerie d'administration », à même de remplir, dans la mesure du possible, les fonctions du *trust*, ne pouvait qu'introduire certaines innovations, ou anomalies, dans le système récepteur, anomalies dont on aurait tort de surestimer la portée : le domaine restreint de la fiducie du C.c.B.-C. n'empiète pas outre mesure sur celui des autres institutions du code⁴⁹⁵, et laisse pour le reste le champ libre à la créativité des parties⁴⁹⁶.

⁴⁹²Voir les arrêts *Böckli c. Masse Mayer*, *supra*, note 402 et *Thorwart c. X.*, *supra*, note 317.

⁴⁹³*Reymond/Commentaire*, *supra*, note 420 à la p. 600.

⁴⁹⁴*Mankiewicz*, *supra*, note 56 à la p. 33 ; de même *Caron/Thèse*, *supra*, note 280 à la p. 298, souligne-t-il que « the most likely justification of the Trust Act of 1879 was that it met the needs of English-speaking Quebeckers. »

⁴⁹⁵Sauf celles que la fiducie, par sa polyvalence, sa souplesse et sa réglementation exhaustive, a condamné à la désuétude, telles par exemple la substitution et l'usufruit, ou qu'elle s'est assimilées, comme l'exécution testamentaire ou la fondation, ainsi que le souligne la doctrine québécoise : voir M. Faribault, « La fiducie au Québec » (1966) 68 R. du N. 357 aux p. 358 et 360 ; *Rubin*, *supra*, note 218 à la p. 30 ; *Mignault/Fiducie*, *supra*, note 100 à la p. 37 ; *Comtois/Libéralités*, *supra*, note 134 à la p. 243, no 710 et s.

⁴⁹⁶Voir par exemple l'arrêt *Birks c. Birks*, [1983] C.A. 485, où un *voting trust agreement* est qualifié, tout comme dans les systèmes juridiques européens, de contrat innommé.

D. *Le mirage de la personnalité morale*

Les anomalies de la « titularité fiduciaire », qui restreint les pouvoirs d'un sujet de droit au strict nécessaire à l'exercice de sa mission, ont suggéré à une partie de la doctrine québécoise⁴⁹⁷ une conception radicalement différente de la fiducie : considérant la permanence d'une institution qui peut fort bien, pendant un certain temps du moins, se passer tant de fiduciaire que de bénéficiaire⁴⁹⁸, ainsi que la nécessité de conserver une acception unique au concept de propriété⁴⁹⁹, ces auteurs tirent la conclusion que la fiducie constitue en fait — *de lege ferenda* du moins — une véritable personne morale, titulaire des droits et débitrice des obligations réunis dans le patrimoine fiduciaire. Le fiduciaire s'en avère dès lors l'organe de gestion, et point n'est besoin d'amputer un sujet de droit de bon nombre de ses prérogatives pour en faire un administrateur. Cette approche, séduisante à bien des égards, laisse entier le problème de la « titularité finalisée » du sujet de droit : la limitation conventionnelle (et opposable aux tiers) des pouvoirs d'un sujet de droit est-elle plus aisément admissible lorsque le sujet en question est une personne morale⁵⁰⁰ ?

Alors que la pleine capacité et l'égalité des sujets de droit est la règle pour les personnes physiques, la capacité des personnes morales se voit fréquemment limitée par des dispositions législatives, qui leur interdisent, par exemple, d'accomplir certains actes juridiques ou de se livrer à certaines activités. Ces restrictions sont plus ou moins nombreuses⁵⁰¹, au point qu'on a pu affirmer que « la personnalité morale ne saurait produire d'effets par elle-même, car elle n'est qu'un moyen de représenter la réalité juridique, et non un phénomène générateur de conséquences juridiques⁵⁰² ». Cette affirmation nous paraît prêter à confusion. En effet, rien n'interdit au législateur de restreindre la capacité des sujets de droit. Il est vrai qu'il hésite en général à priver les personnes physiques de certains pouvoirs, alors qu'il ne se prive

⁴⁹⁷Voir en particulier *Faribault/Traité*, *supra*, note 18, qui se réfère en fait à la théorie de l'institution, exposée à la p. 105, no 73 et s. L'auteur souligne néanmoins que « la personnalité morale s'intègre dans la théorie institutionnelle, comme sa manifestation la plus haute et comme la cause exemplaire de toute institution. » (p. 130, no 100). Voir également *L.Baudouin*, *supra*, note 51 à la p. 1249 et s. ; *Caron/Thèse*, *supra*, note 280 à la p. 357 et s. ; *Caron/Trust*, *supra*, note 154 à la p. 435 et s.

⁴⁹⁸« Il y a donc dans la fiducie et la vie même de celle-ci une finalité supérieure aux seules contingences privées des fiduciaires et des bénéficiaires. » *L.Baudouin*, *supra*, note 51 à la p. 1251.

⁴⁹⁹Voir *Mme Cantin Cumyn/Mythe*, *supra*, note 225 à la p. 11 et s.

⁵⁰⁰Voir dans ce sens *Pratte*, *supra*, note 207 aux pp. 28-29.

⁵⁰¹Pour une étude comparée, voir Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de l'université de Paris, t.XVIII, *La personnalité morale et ses limites*, Paris, L.G.D.J., 1960 (ci-après *Personnalité morale*).

⁵⁰²B. Oppetit, *Les rapports des personnes morales et de leurs membres*, thèse de doctorat, Université de Paris, 1953 à la p. 448 [non publiée].

pas de modeler de cas en cas l'étendue de la capacité de jouissance et d'exercice des personnes morales⁵⁰³. Néanmoins, l'ampleur de cette législation ne remet nullement en cause l'autonomie du concept de personnalité morale⁵⁰⁴, pas plus que l'extension des restrictions apportées à l'exercice du droit de propriété pour des motifs d'intérêt général n'en contredit le caractère absolu. Sous réserve des restrictions légales à sa capacité, la personne morale reste un sujet de droit, et « il n'y a pas de différence de nature entre sujet individuel et sujet collectif⁵⁰⁵ ». Le contenu du droit subjectif étant libéré pour son titulaire, le tiers contractant avec une personne morale est assuré de la validité de l'acte juridique conclu, sauf si une disposition législative prive son cocontractant du pouvoir de l'accomplir⁵⁰⁶.

Appliqué à la fiducie, ce raisonnement nous conduit dans la même impasse que lorsque nous avons considéré les limitations conventionnelles aux pouvoirs du propriétaire fiduciaire⁵⁰⁷ : la loi peut, par exemple, interdire aux fiducies d'accomplir une disposition à titre gratuit, ou énumérer limitativement les investissements auxquels elles sont en droit de procéder, mais la souplesse de la fiducie réside dans la possibilité pour le *constituant* de modifier à son gré les pouvoirs conférés. Ces restrictions, véritables incapacités statutaires de la fiducie-personne morale⁵⁰⁸, ne sauraient être opposées au tiers de bonne foi, qui est certes censé être informé des incapacités légales, mais auquel il ne peut incomber de s'enquérir *in casu* des limites aux pouvoirs de son cocontractant, lorsque celles-ci sont contenues dans un acte de nature privée. Le recours à une notion analogue au principe de spécialité, qui « impose que l'activité des personnes morales soit dirigée vers l'accomplissement du but fixé par les statuts⁵⁰⁹ », ne résoudrait pas plus le

⁵⁰³G. Goubeaux, « Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens » dans *Aspects actuels du droit commercial français*, Études dédiées à René Roblot, Paris, L.G.D.J., 1984, 199 à la p. 206 (ci-après *Goubeaux*) ; voir également P. Durand, « La condition juridique des personnes morales » dans *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Études offertes à Georges Ripert, Paris, L.G.D.J., 1950, 138.

⁵⁰⁴Voir J. Pellerin, « La personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé » (1981) 34 R.T.D.Comm. 471 à la p. 496 et s. (ci-après *Pellerin*).

⁵⁰⁵R. Martin, « Personne et sujet de droit » (1981) R.T.D.C. 785 à la p. 795 (ci-après *Martin*).

⁵⁰⁶« C'est seulement en considérant le droit positif que l'on pourra connaître la nature de la personnalité juridique des personnes morales et les limites que comporte cette personnalité » : U. Drobnig, « Nature et limites de la personnalité morale en droit allemand » dans *Personnalité morale*, *supra*, note 501, 27 à la p. 28.

⁵⁰⁷*Supra*, la section C.2.c.

⁵⁰⁸Sur les effets nécessairement limités des incapacités statutaires, voir P. Coulombel, *Le particularisme de la condition juridique des personnes morales de droit privé*, thèse de doctorat, Université de Nancy, 1950 à la p. 332 et s. [non publié] (ci-après *Coulombel*).

⁵⁰⁹*Pellerin*, *supra*, note 504 à la p. 497 ; dans le même sens, J. Smith, « La personnalité morale des groupements non constitués en corporation » (1979) 81 R.du N. 457 (ci-après *Smith/Corporation*), souligne à la p. 464 que « la liberté d'action d'une société est limitée par sa nature même ». Sur la notion de spécialité, voir *Coulombel*, *ibid* à la p. 214 et s.

dilemme : il est aisé pour les tiers de discerner le but d'une association sans but lucratif, voire d'une fondation charitable. En revanche, la gestion du fiduciaire, dans une fiducie d'intérêt privé, n'est pas ordonnée à un but particulier ; il doit certes sauvegarder au mieux les intérêts des bénéficiaires, mais le constituant entend surtout qu'il se conforme à ses instructions et agisse dans les limites de ses pouvoirs. Sans consulter le document instituant la fiducie, le tiers n'est donc pas toujours en mesure d'apprécier si l'acte qu'il s'apprête à accomplir avec le fiduciaire contrevient aux instructions de ce dernier.

Si l'on admet enfin que, sans que la capacité de la fiducie ne soit remise en cause, les instructions du constituant posent des limites aux pouvoirs du fiduciaire, c'est-à-dire à l'*organe* de la personne morale, le résultat est identique : à la différence du représentant, l'organe est le canal naturel par lequel la personne morale se manifeste dans la vie juridique ; « aussi, contrairement au mandataire, dont les pouvoirs sont limitativement définis par le mandant, [...] a-t-il vocation à recueillir les pouvoirs les plus étendus⁵¹⁰. » En conséquence, seul le tiers de mauvaise foi peut se voir opposer l'abus de pouvoirs de l'administrateur de la personne morale⁵¹¹. Même si le droit québécois est, dans ce domaine, fortement tributaire de la *common law*⁵¹², le recours à la doctrine de l'*indoor management*⁵¹³, selon laquelle le tiers n'a pas à vérifier si les règles de régie interne de la personne morale ont été suivies, combinée avec la notion de mandat apparent⁵¹⁴, assurent la validité de tout acte juridique conclu avec un tiers qui ne peut raisonnablement soupçonner que l'organe abuse de ses pouvoirs.

L'attribution de la personnalité morale à la fiducie nous placerait ainsi devant une alternative peu engageante : si la fiducie est un véritable sujet de droit, les règles de la représentation organique la privent de la souplesse dont elle ferait preuve si le fiduciaire n'avait que les pouvoirs d'un mandataire ordinaire ; si en revanche, tout abus de pouvoirs de la part du fiduciaire doit être sanctionné, la fiducie n'est plus qu'une « entité juridique », à la capacité variable et aux contours indéfinis, pour laquelle l'attribution de la personnalité n'entraîne aucune conséquence juridique déterminée. Afin de sauvegarder l'unité du concept de propriété, c'est celle du concept de personne morale qu'il faudrait sacrifier.

⁵¹⁰Storck, *supra*, note 64 à la p. 212, no 282 et les références citées par l'auteur.

⁵¹¹Voir à ce sujet *Abus de pouvoirs*, *supra*, note 459.

⁵¹²Voir Caron/Ziegel, *supra*, note 169.

⁵¹³Voir R. Gaudreau, « Les compagnies et les tiers contractants » (1982) 42 R.du B. 485 à la p. 519 et s.(ci-après *Gaudreau*).

⁵¹⁴J. Smith, « The Representation of Companies in Quebec » (1973) 8 R.J.T. 25 à la p. 32 et s. ; *Gaudreau*, *ibid.* à la p. 512 et s. ; J. Calais Auloy, « Devoirs et responsabilité des administrateurs de compagnie dans la province de Québec » (1971) R.I.D.C. 591 à la p. 595 et s. (ci-après *Calais Auloy*).

Conclusion

C'est à donc à juste titre, à notre avis, que le législateur québécois a renoncé, dans le *Projet de Code civil du Québec*⁵¹⁵, à conférer la personnalité morale à la fiducie⁵¹⁶. Le dessein, bien compréhensible, de reproduire au plus près les effets du *trust* dans un système de droit codifié, ne peut en effet être réalisé qu'aux dépens, non pas tant de la notion « traditionnelle » de la propriété, que de celle du sujet de droit, et de sa liberté de principe, résiduelle, d'exercer ses prérogatives comme il l'entend. Afin d'assurer que le patrimoine fiduciaire ne puisse être utilisé qu'à bon escient, il faut faire table rase de son titulaire.

Si l'on ne peut dès lors s'étonner que la fiducie soit décrite comme un « patrimoine d'affectation »⁵¹⁷, qui, par un curieux phénomène de lévitation juridique, se supporte sans titulaire, il est en revanche plus étonnant de voir la doctrine québécoise invoquer certains droits européens à l'appui de cette innovation⁵¹⁸ ; certes, la notion de patrimoine d'affectation (*Zweckvermágen*) fut débattue par les Pandectistes allemands avant la codification : ainsi Brinz⁵¹⁹, par exemple, parle-t-il de droits *affectés* (et non pas attribués ou conférés) en se référant notamment aux choses publiques et aux biens du culte — routes, ponts, hôpitaux ou églises — dont il fait valoir qu'il est absurde de prétendre qu'ils appartiennent à l'État ou au clergé⁵²⁰. Ceux-ci ne peuvent en disposer comme ils l'entendent, l'affectation de ces biens retirant toute liberté d'usage à leurs propriétaires⁵²¹, qui ne *peuvent* s'en servir qu'à des fins particulières et dans les limites de leurs compétences. Quant au droit privé, Brinz défend également l'idée d'un patrimoine sans sujet, mais à titre d'alternative à celle de personne morale, à laquelle il dénie

⁵¹⁵P.L. 20, *Loi portant réforme au Code civil du Québec ; du droit des personnes, des successions et des biens*, 1987, c.18, Editeur officiel du Québec, 1987. (ci-après C.c.Q.)

⁵¹⁶Sur les diverses hypothèses envisagées par l'O.R.C.C., voir le *post-scriptum* de J.E.C.Brierley à *Caron/Trust*, *supra*, note 154 à la p. 440 et s. (ci-après Brierley).

⁵¹⁷C.c.Q. 1300-01.

⁵¹⁸Certains auteurs croient discerner des patrimoines sans sujets en droit allemand : Pratte, *supra*, note 207 à la p. 27 ; Charbonneau, *supra*, note 178 à la p. 508, voire en droit français : M. Portugais et C. Jolicoeur, « La fiducie vue à travers le projet de loi 58 » (1984) 6 R.P.F.S. 309 à la p. 313.

⁵¹⁹A. Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, t.1, 2e éd., Erlangen, Deichert, 1873 à la p. 194 et s., et t.3, 1886 à la p. 453 et s. (ci-après Brinz).

⁵²⁰Brinz, t.4, *ibid.* à la p. 481 et s.

⁵²¹Voir Guinchard, *supra*, note 50 à la p. 13, no 14 et s. et les références citées. De même, Guisan, *supra*, note 122 à la p. 115, remarque-t-il : « cette notion de compétence me paraît être le centre, en droit privé aussi, de la tenure du *trustee* sur les choses du *trust* : même pouvoir-devoir avec un but prescrit, essentiellement différent de cette liberté que nous appelons propriété. » L'auteur remarque d'ailleurs qu'en droit anglais, les municipalités sont les *trustees* des biens communaux.

toute validité⁵²² ; il ne fut pas entendu, et la notion de personne morale a connu le succès que l'on sait. Le patrimoine sans sujet, donc,

n'est pas et n'a jamais été, en droit allemand, l'expression de l'état *positif* de la réglementation. Elle forme simplement la base d'un système doctrinal à *expliquer* l'attribution de la personnalité morale à certains groupements de personnes ou de biens⁵²³.

L'existence même d'un *concept* d'affectation nous paraît devoir être mise en doute : notion fonctionnelle avant tout⁵²⁴, l'affectation recouvre un ensemble de procédés techniques qui permettent de limiter l'autonomie du sujet de droit, en soumettant un bien à un usage déterminé en vertu d'une finalité particulière, tels la subrogation réelle, le patrimoine distinct, ou l'insaisissabilité⁵²⁵. Loin de n'être qu'un simple jeu de mots, l'attribution de la personnalité juridique à un patrimoine, si elle permet de le soustraire absolument à la maîtrise d'un titulaire, n'en crée pas moins un nouveau sujet de droit, autonome dans la mesure où la loi ne restreint pas sa capacité.

La fiducie, tout comme le *trust*, constitue donc bien une alternative à la personnalité juridique, et non une manifestation de celle-ci⁵²⁶. L'absence de sujet a dès lors rendu nécessaire l'introduction, dans le Projet de Code civil, d'un régime entièrement nouveau, celui de l'*administration du bien d'autrui*⁵²⁷, codification extrêmement détaillée de la *fiduciary relationship* de la *common law*⁵²⁸. Le large champ d'application de cette réglementation⁵²⁹ peut laisser songeur : n'eût-il pas été préférable de conserver une « titularité fiduciaire », quelque peu inhabituelle certes, mais qui ne faisait que dévoiler le caractère étranger de la fiducie, plutôt que d'importer la notion de « rapport fiduciaire » et de l'appliquer, non seulement à la fiducie, mais à nombre d'institutions du Code civil qui s'en seraient fort bien passées ? Tout comme lors de l'adoption de l'*Acte concernant la fiducie* en 1879, le législateur québécois semble convaincu que l'assimilation est la voie nécessaire vers le progrès juridique.

⁵²²Brinz, t.4, *supra*, note 519 à la p. 453 et s.

⁵²³Motulsky, *supra*, note 356 à la p. 459 ; K.W. Ryan, « The Reception of the Trust » (1961) 10 I.C.L.Q. 265 aux pp. 271-72.

⁵²⁴Guinchard, *supra*, note 50 à la p. 41, no 51 et s.

⁵²⁵Pour une synthèse de ces diverses techniques, voir l'ouvrage de Guinchard, *ibid*.

⁵²⁶Brierley, *supra*, note 516 à la p. 441.

⁵²⁷Art. 1338-1411 C.c.Q.

⁵²⁸Y. Caron, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial québécois » dans *Abus de pouvoirs*, *supra*, note 459, 193 à la p. 202.

⁵²⁹Le *Rapport sur l'administration du bien d'autrui*, O.R.C.C., XLII, Montréal, 1976, se félicite en effet, à la p. 6 et s., qu'un régime unique soit appliqué — sous réserve de certaines particularités — à nombre de situations considérées comme analogues, telles la fiducie, la tutelle, l'exécution testamentaire, l'administration d'une personne morale, le mandat, etc.

Table des abréviations

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.B.G.B.	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil autrichien)
A.J.C.L.	American Journal of Comparative Law
A.L.R.	Allgemeines Landesrecht für die preussischen Staaten (Code civil de Prusse)
B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)
B.G.H.Z.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Jurisprudence de la Cour fédérale allemande en matière civile)
C.c.F.	Code civil français
C.c.I.	Code civil italien
C.c.S.	Code civil suisse
C.O.	Code des Obligations (Livre cinquième du Code civil suisse)
Dg	Digeste de Justinien
J.C.L.	Journal of Comparative Legislation
JdT	Journal des Tribunaux (Suisse)
JuS	Juristische Schulung
K.O.	Konkursordnung (Loi allemande sur la faillite)
L.C.J.	Lower Canada Jurist
L.C.R.	Lower Canada Reports
Lou. L.R.	Louisiana Law Review
L.P.	Loi sur la Poursuite pour dettes et la faillite (Suisse)
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift
RabelsZ	Rabelszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.C.D.I.P.	Revue Critique de Droit International Privé
R.D.S./Z.S.R.	Revue de Droit Suisse/Zeitschrift für Schweizerisches Recht
R.G.Z.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Jurisprudence du Tribunal d'Empire en matière civile)
R.H.D.	Revue d'Histoire du Droit
R.I.D.C.	Revue Internationale de Droit Comparé
R.J.R.Q.	Rapports Judiciaires Révisés de la province de Québec
R.O.	Recueil Officiel des arrêts du tribunal fédéral suisse
R.P.F.S.	Revue de Planification Fiscale et Successorale
R.S.J./S.J.Z.	Revue Suisse de Jurisprudence/Schweizerische Juristenzeitschrift
R.S.J.B./Z.B.J.V.	Revue Suisse des Juristes Bernois/Zeitschrift des Berner Juristenvereins
R.S.N.R.F./S.Z.B.G.	Revue Suisse du Notariat et du Registre Foncier/ Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
R.T.D.C.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
R.T.D.Comm.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de droit économique