

La fiducie : outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité ?

Sylvie Berthold

Volume 35, Number 4, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027181ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027181ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Berthold, S. (2005). La fiducie : outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité ? *Revue générale de droit*, 35(4), 553–573.
<https://doi.org/10.7202/1027181ar>

Article abstract

The trust patrimony of the *Civil code of Québec* constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary. Is this trust a secure method to withdraw assets from execution by creditors or the trustee in bankruptcy?

After reviewing principles enacted by civil law, current jurisprudence, *Bankruptcy Law and Insolvency Act* and amendments proposed by Bill C-55, the author concludes that this trust is not a perfect mechanism to set aside assets from execution by creditors but represents nevertheless an attractive and reliable mean assuming that the establishment of the trust is not made in fraud of creditor's rights.

La fiducie : outil efficace de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité?

SYLVIE BERTHOLD¹

Agente de recherche à la Chaire du notariat, Montréal

RÉSUMÉ

Patrimoine autonome et distinct, la fiducie du Code civil du Québec représente-t-elle un abri véritable face aux créanciers du constituant et du bénéficiaire? La transformation d'actifs saisissables en biens insaisissables n'est pas, en soi, un acte répréhensible. Cette métamorphose ne doit cependant pas se faire en fraude des droits des créanciers et doit respecter les conditions de constitution de la fiducie contenues au Code civil du Québec. À la lumière des dispositions du droit civil, de la jurisprudence récente, de la Loi sur la faillite et

ABSTRACT

The trust patrimony of the Civil code of Québec constitutes a patrimony by appropriation, autonomous and distinct from that of the settlor, trustee or beneficiary. Is this trust a secure method to withdraw assets from execution by creditors or the trustee in bankruptcy? After reviewing principles enacted by civil law, current jurisprudence, Bankruptcy Law and Insolvency Act and amendments proposed by Bill C-55, the author concludes that this trust is not a perfect mechanism to set aside assets from execution by creditors but represents nevertheless an

1. Ce texte reprend en grande partie une conférence donnée dans le cadre des activités de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal au cours de l'hiver 2005 à l'Université d'Ottawa, l'Université de Montréal et à l'Université Laval. Le texte est cependant à jour au 15 juin 2005.

l'insolvabilité et des modifications qui lui sont proposées par le projet de loi C-55, le présent texte traite de la constitution de la fiducie, de l'opposabilité du transfert de biens à la fiducie, des conséquences de la faillite du patrimoine fiduciaire, de la faillite du constituant de la fiducie, de la faillite du fiduciaire et de la faillite du bénéficiaire. Il analyse ensuite l'insaisissabilité des droits au revenu et au capital des bénéficiaires de la fiducie lors de la faillite de ces derniers.

Enfin, l'auteur soumet que la fiducie ne constitue pas un outil parfait de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité mais qu'elle constitue tout de même un véhicule attrayant et somme toute, assez sécuritaire en ce qui a trait aux biens transférés à la fiducie.

attractive and reliable mean assuming that the establishment of the trust is not made in fraud of creditor's rights.

SOMMAIRE

Introduction.....	555
1. Rappel de quelques notions du <i>Code civil du Québec</i> concernant la fiducie	555
1.1. Constitution de la fiducie	555
1.2. Administration de la fiducie.....	557

2. Opposabilité du transfert des biens à la fiducie.....	558
2.1. Le droit actuel	558
2.1.1. L'article 91 de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> ..	558
2.1.2. Modifications proposées à la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i>	561
2.1.3. L'action en inopposabilité du <i>Code civil du Québec</i> ..	562
2.1.4. Recours en vertu de l'article 198(1)a) LFI	563
3. Faillite du patrimoine fiduciaire	563
4. Faillite du constituant de la fiducie	565
5. Faillite du fiduciaire	565
6. Faillite du bénéficiaire	565
7. L'insaisissabilité des droits au revenu et au capital des bénéficiaires.....	567
Conclusion	573

INTRODUCTION

Le seul fait de transformer des actifs saisissables en actifs insaisissables ne constitue pas en soi un acte frauduleux. L'un des objectifs de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* étant la réhabilitation la plus rapide possible du failli dans la vie économique, il apparaît logique qu'il soit permis de soustraire à la saisine du syndic des actifs qui pourraient éventuellement aider un débiteur malchanceux à reprendre une place productive dans la vie économique et à assurer sa subsistance. Cette transformation ne doit cependant pas être faite en fraude des droits des créanciers.

1. RAPPEL DE QUELQUES NOTIONS DU *CODE CIVIL* DU QUÉBEC CONCERNANT LA FIDUCIE

1.1 CONSTITUTION DE LA FIDUCIE

« La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine

qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer². »

Il est donc permis à une personne, le constituant, de transférer de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière.

« Le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel³. »

Les biens transférés à la fiducie n'appartiennent plus au constituant.

Cette fiducie n'est pas une entité devant la loi, elle n'est pas une personne physique, ni une personne morale. En conséquence, elle n'a pas la personnalité juridique. La fiducie n'est qu'un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire⁴.

La professeure Madeleine Cantin Cumyn considère que la fiducie valablement constituée instaure un régime de responsabilité limitée analogue à celui qui découle de l'incorporation puisque seuls les biens de la fiducie répondent des obligations résultant de la mise en œuvre de l'affectation par le fiduciaire. Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne sont personnellement tenus du passif du patrimoine fiduciaire, non plus que les biens de la fiducie peuvent servir à désintéresser leurs créanciers personnels⁵.

« La fiducie est constituée dès l'acceptation du fiduciaire ou, s'ils sont plusieurs, de l'un d'eux »⁶. « L'acceptation de la fiducie dessaisit le constituant des biens, charge le fiduciaire de veiller à leur affectation et à l'administration du patrimoine fiduciaire et suffit pour rendre certain le droit du bénéficiaire »⁷.

2. C.c.Q., art. 1260.

3. C.c.Q., art. 1261.

4. J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 247.

5. M. CANTIN CUMYN, « L'acte constitutif d'une fiducie », dans Benoît MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 649-664.

6. C.c.Q., art. 1264, alinéa 1.

7. C.c.Q., art. 1265.

En résumé, trois conditions sont essentielles pour la constitution d'une fiducie :

1. Le transfert du bien du patrimoine d'une personne à un patrimoine d'affectation. L'effet juridique du transfert doit être complet, c'est-à-dire irrévocable;
2. L'affectation du bien à une fin particulière. Cette affectation doit être immédiate et non à l'échéance de la fiducie;
3. L'acceptation par un fiduciaire. Selon l'article 1275 C.c.Q., « le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire ». Il apparaît donc que le droit civil ne reconnaît pas une fiducie dont le constituant serait seul fiduciaire et bénéficiaire. L'intervention d'une autre personne apparaît obligatoire à la validité de la fiducie.

1.2 ADMINISTRATION DE LA FIDUCIE

« Le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration⁸. »

La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*⁹, a retenu comme critère essentiel à la validité de la fiducie le contrôle des biens. Ainsi s'exprime la juge Deschamps dans cette affaire :

En 1991, le législateur a voulu intégrer un mécanisme plus flexible que celui prévu au *Code civil du Bas Canada*, mais il n'a sûrement pas voulu créer un véhicule où le constituant peut à son gré, utiliser l'actif du patrimoine d'affectation, allant même jusqu'à se l'approprier. La notion même de patrimoine d'affectation serait minée et n'aurait plus de raison d'être. [...] Le modèle de la fiducie ne peut cependant être travesti pour incorporer des contrats où le constituant conserve tous les droits sur le patrimoine.

8. C.c.Q., art. 1278.

9. [2004] 1 R.C.S. 758.

La Cour d'appel du Québec, dans un jugement récent, reconnaît toutefois au constituant d'une fiducie un « droit limité de donner des instructions en matière d'investissements » au fiduciaire. Il ne s'agit là que d'une indication de préférence de la part du constituant. En tout temps, le montant transféré à la fiducie doit demeurer sous le contrôle du fiduciaire. Selon la Cour, ce droit limité de donner des instructions s'apparente à la situation où, au moment de la constitution de la fiducie, le constituant précise les investissements autorisés, laissant par la suite au fiduciaire la pleine gestion et l'administration du montant qui lui est confié, tout en reconnaissant qu'il doit respecter les contraintes imposées. Selon le juge Pierre Dalphond, l'exercice de ce droit de donner des instructions en matière d'investissements est compatible avec l'existence d'une véritable fiducie¹⁰.

2. OPPOSABILITÉ DU TRANSFERT DES BIENS À LA FIDUCIE

2.1 LE DROIT ACTUEL

2.1.1 L'article 91 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Les articles de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*¹¹ susceptibles de trouver application lors de la faillite du constituant d'un patrimoine fiduciaire et de rendre inopposable au syndic un transfert de biens à une fiducie d'actifs sont les articles 2 et 91 traitant des dispositions de biens ou *settlement*.

La disposition de biens/*settlement of property* est une notion étrangère au droit civil. Elle a été importée du droit britannique au début du XX^e siècle. En vertu de la jurisprudence traditionnelle, ce concept vise les donations à un bénéficiaire avec la condition que les biens donnés soient maintenus dans leur forme originale ou dans un état qui permette de les retrouver. La donation du droit civil ne comporte pas cet élément de contrôle puisque le donateur se départit de

10. *Pierre Roy & Associés inc. c. Bagnoud*, 2005 QCCA 492.

11. L.R.C. (1985), c. B-3, ci-après nommée « la Loi » ou LFI.

la propriété du bien, à moins que la donation ne soit consentie à cause de mort. Tel que le souligne le professeur Pierre Ciotola :

Aux termes de l'article 1807 C.c.Q., la donation entre vifs exige le dessaisissement actuel du donateur; le donateur est débiteur envers le donataire. La donation entre vifs requiert un engagement formel : le donateur s'est constitué débiteur du donataire, de façon véritable et irrévocable. Le dessaisissement est lié à une obligation formelle contractée par le donateur : cette obligation affecte le patrimoine du donateur dès la constitution de la donation.¹²

L'idée de transférer un bien au patrimoine d'affectation dans le but de le récupérer dans son état original est étrangère à la constitution de la fiducie.

Une interprétation stricte de *settlement of property* empêcherait le syndic de faire annuler une donation, fut-elle accomplie dans l'année précédant la faillite¹³.

Lors des amendements apportés à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* en 1992, le législateur fédéral a modifié la définition de l'expression « disposition » contenue à l'article 2 LFI. Elle se lit maintenant comme suit :

« disposition » : s'entend notamment des contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal.

Malgré cette nouvelle définition (ou plutôt énumération) de la disposition de biens, une certaine jurisprudence a continué à appliquer les critères anciens : il n'y aurait *settlement* ou disposition que si le bien est donné pour être conservé sous une forme particulière. Cette attitude des tribunaux a été critiquée par certains auteurs¹⁴. En effet, si l'on fait abstraction de la nouvelle définition de l'article 2 LFI, cela signifie qu'il faudrait attaquer les véritables

12. P. CIOTOLA, *De la donation*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, 28 pages.

13. L.F.I., art. 91(1).

14. J. DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 272 et suiv.

donations en ayant recours à l'action en inopposabilité prévue aux articles 1631 et suivants C.c.Q.

Une interprétation large de l'article 91 LFI, en évitant l'application stricte des paramètres de la notion anglaise de *settlement of property*, permettrait au syndic de faire annuler une donation faite dans l'année précédant la faillite, même si à ce moment, le donateur était solvable puisque le paragraphe 1 de l'article 91 énonce que :

Est inopposable au syndic la disposition faite au cours de la période allant du premier jour de l'année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement.

Selon les termes de ce paragraphe, dès que l'on est en présence d'une disposition intervenue durant cette période, celle-ci est inopposable au syndic. La seule preuve à faire de la part de ce dernier est qu'il y a eu disposition au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et qu'elle est survenue dans l'année précédant la date d'ouverture de la faillite. L'inopposabilité de cette disposition n'est toutefois pas automatique. Le syndic doit s'adresser au tribunal pour la faire déclarer.

Toujours en suivant cette interprétation large de *settlement*, le syndic pourrait demander l'annulation de la disposition faite au cours de la période allant du premier jour de la cinquième année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement, si le syndic peut prouver que, sans les biens visés par la disposition, le disposant ne pouvait, au moment de la disposition, payer toutes ses dettes ou ne s'était pas départi de ses droits sur ces biens¹⁵.

Il en résulte que, si la disposition survient plus d'un an avant la date d'ouverture de la faillite mais moins de cinq ans avant celle-ci, la loi impose au syndic un fardeau de preuve plus lourd. Dans ce cas, le syndic doit convaincre le tribunal qu'en plus d'être une disposition de biens, la transaction a été effectuée au moment où le débiteur était insolvable ou qu'il s'est rendu insolvable en effectuant cette transaction.

Si le syndic ne peut faire la preuve de l'insolvabilité du débiteur au moment de la transaction, il doit prouver que l'intérêt du disposant dans l'objet de la transaction n'a pas

15. L.F.I., art. 91(2).

cessé. La possibilité de contrôler la destinée du bien, même après la transaction et le fait de retirer certains bénéfices malgré la transaction constituent des indices du maintien d'un tel intérêt.

Il n'existe actuellement aucune jurisprudence concernant l'exercice du recours à l'article 91 LFI par un syndic pour demander l'annulation d'un transport de biens fait à un patrimoine d'affectation. Quelle tendance la jurisprudence prendra-t-elle : interprétation stricte ou interprétation large ? Cela reste à voir.

2.1.2 Modifications proposées à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Le projet de loi C-55¹⁶, déposé en première lecture à la Chambre des communes le 3 juin 2005, propose l'abrogation de l'article 91 LFI traitant des dispositions de biens, rejoignant ainsi le droit anglais. Le législateur fédéral considère probablement que les syndics disposent de recours plus efficaces en utilisant l'action en inopposabilité du *Code civil du Québec* ou les différents *Statutes of frauds* adoptés dans les provinces de common law.

Selon le libellé actuel du projet de loi C-55, le concept de « disposition de biens » se limiterait à la modification de la désignation du bénéficiaire d'une police d'assurance¹⁷.

Il en résulte donc qu'advenant la disparition de l'article 91, le syndic ne disposera plus d'aucun recours en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* pour demander au tribunal l'inopposabilité du transfert de biens à un patrimoine d'affectation. Le syndic devra alors entreprendre une action en inopposabilité en vertu du *Code civil du Québec*.

16. *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, Projet de loi C-55 (1^{re} lecture), 1^{re} session, 38^e législature (Can.), art 71.

17. Projet de loi C-55, art. 3.

2.1.3 L'action en inopposabilité du *Code civil du Québec*

L'article 72(1) LFI autorise le syndic à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par les lois provinciales qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la LFI. Le syndic peut donc utiliser les dispositions de l'action en inopposabilité prévues aux articles 1631 et suivants C.c.Q. s'il peut faire la preuve de l'intention frauduleuse du disposant. La Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*¹⁸ a reconnu la validité de l'usage des dispositions provinciales prévoyant de tels recours dans une faillite. Les dispositions législatives provinciales ne peuvent qu'ajouter des moyens au syndic et non pas limiter ceux que lui confère la LFI.

Le but de l'action en inopposabilité est de rendre inopposable au créancier poursuivant ou au syndic l'acte intervenu entre le débiteur et le tiers, et de forcer ce dernier à restituer le bien ou sa valeur.

Le libellé de l'article 1631 C.c.Q. est le suivant :

Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier.

Les conditions d'exercice d'une action en inopposabilité sont les suivantes :

- l'insolvabilité du débiteur au moment où l'acte attaqué a été posé;
- l'appauvrissement du débiteur par l'acte attaqué;
- le préjudice subi par le créancier;
- la liquidité et l'exigibilité de la créance au moment du jugement;
- l'intention de frauder du débiteur, établie par une preuve ou par les présomptions de droit ou de fait.

18. [1978] 1 R.C.S. 753.

Le syndic devra donc prouver que l'acte attaqué a été fait dans l'intention de frauder les créanciers. Le législateur a créé des présomptions pour faciliter la preuve de cette intention. Ainsi, l'article 1633 C.c.Q., établit qu'« un contrat à titre gratuit ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est réputé fait avec l'intention de frauder, même si le cocontractant ou le créancier ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué ».

Il est à noter que si le débiteur ignorait son état d'insolvabilité ou est devenu subitement insolvable, l'intention de frauder n'est pas présumée.

Le recours en inopposabilité doit être intenté par le syndic dans un délai d'un an à compter de sa nomination¹⁹. Ce délai peut, à première vue, laisser croire que les biens de la fiducie ne peuvent jamais être considérés à l'abri. Toutefois, puisqu'une intention frauduleuse doit être prouvée, le transfert fait à la fiducie au moment où le constituant était parfaitement solvable échappe à ce recours.

2.1.4 Recours en vertu de l'article 198(1)a) LFI

Notons qu'en vertu de l'article 198(1)a) LFI, commet une infraction à la Loi, tout failli qui « dispose d'une façon frauduleuse de ses biens avant ou après l'ouverture de la faillite ». Des amendes et des peines d'emprisonnement sont prévues dans ce cas.

3. FAILLITE DU PATRIMOINE FIDUCIAIRE

Le patrimoine fiduciaire a ses propres créanciers qui n'ont aucun recours ni contre le constituant, ni contre le bénéficiaire ou le fiduciaire à moins que ceux-ci aient participé à des actes exécutés en fraude des créanciers du patrimoine fiduciaire²⁰.

19. C.c.Q., art. 1635.

20. C.c.Q., art. 1292.

Le patrimoine de la fiducie ne peut, non plus, être saisi pour les dettes du constituant ou du bénéficiaire parce que les biens ne leur appartiennent pas.

M. Albert Bohémier²¹ soutient que le patrimoine d'affectation est autonome à un point tel, qu'en cas d'insolvabilité de ce dernier, il est permis de croire qu'il pourrait faire cession de ses biens ou même être sujet à une requête pour ordonnance de faillite aux termes de la LFI, tout comme un débiteur insolvable. Il serait tout à fait légitime que la distribution des biens du patrimoine fiduciaire insolvable soit assujettie aux mêmes règles que celle de toute autre personne insolvable.

Le libellé actuel de la LFI ne vise pas la faillite d'un patrimoine de protection d'actifs. La définition du mot « personne » à l'article 2 de la Loi n'assimile pas à une personne une fiducie ou un patrimoine fiduciaire au sens du *Code civil du Québec*.

Si le patrimoine fiduciaire devenait une « personne » susceptible d'être déclarée en faillite selon la LFI, tous les biens de celle-ci seraient dévolus au syndic, conformément à l'article 71(2) LFI et le produit de la réalisation des actifs serait distribué entre les créanciers selon l'ordre de priorité établi à l'article 136 LFI.

La faillite du patrimoine fiduciaire soulève plusieurs problèmes d'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* avec le *Code civil du Québec*. Des suggestions ont été faites à ce sujet au législateur fédéral afin d'harmoniser les deux lois²². À la lecture de la *Loi d'harmonisation n° 2 du droit fédéral avec le droit civil* entrée en vigueur en décembre dernier, force est de constater qu'aucune des suggestions soumises n'a été retenue et aucune modification proposée par le projet de loi C-55 ne concerne l'inclusion du patrimoine d'affectation dans la définition du mot « personne ».

21. A. BOHÉMIER, « Application of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to the Trust of the *Civil Code of Quebec* », (2003) 37 *Revue juridique Thémis*, p. 113 à 143.

22. A. BOHÉMIER, *loc. cit.*, note 21, p. 139.

4. FAILLITE DU CONSTITUANT DE LA FIDUCIE

En cas de faillite du constituant de la fiducie, le syndic n'obtiendra aucun droit sur les biens transférés au patrimoine d'affectation. Ces biens n'appartiennent plus au constituant. Le syndic pourra se prévaloir de l'article 91 LFI, sous réserve des remarques énoncées plus tôt ou entreprendre un recours en inopposabilité en vertu des règles du *Code civil du Québec* en prouvant que le transfert a été effectué en fraude des créanciers.

Notons que les droits patrimoniaux détenus par le constituant en vertu du contrat de fiducie sont saisissables comme tout autre droit patrimonial.

5. FAILLITE DU FIDUCIAIRE

L'article 1355 C.c.Q. édicte que les fonctions de l'administrateur prennent fin par sa faillite. Le syndic ne peut exercer les pouvoirs du fiduciaire puisque ce dernier, par le fait de sa faillite, ne peut plus exercer cette fonction.

6. FAILLITE DU BÉNÉFICIAIRE

L'article 1355 C.c.Q. que l'on retrouve dans le titre septième intitulé *De l'administration du bien d'autrui* prévoit que les fonctions de l'administrateur prennent fin par la faillite du bénéficiaire. À première vue, on pourrait croire que la fiducie prend fin lors de la faillite du bénéficiaire puisque les fonctions de l'administrateur cessent au moment de la faillite de ce dernier.

Cet article ne s'applique que lorsque le bénéficiaire est propriétaire des biens. En matière de fiducie, la faillite du bénéficiaire n'a aucun effet sur la gestion du fiduciaire²³.

Le syndic continue la personne du failli et acquiert sur les biens du débiteur les mêmes droits que celui-ci détenait à leur égard. Le syndic n'a pas plus de droits que le failli. Il peut, en

23. Commentaires du ministre de la Justice, *Le Code civil du Québec*, t. 1, Publications du Québec, 1993, p. 816.

principe, saisir les droits patrimoniaux du bénéficiaire détenus en vertu du contrat de fiducie comme tout droit patrimonial.

Il semble possible de créer, en vertu du *Code civil du Québec*, une fiducie accordant discrétion aux fiduciaires de suspendre le paiement ou les bénéfices découlant de l'acte constitutif et des biens administrés par le biais de la réserve de la faculté d'élire et de révoquer les bénéficiaires. L'article 1282 C.c.Q., alinéa 1 mentionne que « le constituant peut se réserver ou conférer au fiduciaire [...] la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part ».

Dans le cas où le fiduciaire aurait une discrétion pour remettre des revenus ou du capital ou de nommer des bénéficiaires, le syndic ne devrait pas pouvoir exiger que le fiduciaire exerce son pouvoir décisionnel de façon à favoriser les créanciers du bénéficiaire. L'analogie avec la décision rendue par l'honorable juge Denis Lévesque dans l'affaire *Plouffe* apparaît ici appropriée²⁴.

Les faits de cette cause se résument ainsi : au moment de sa faillite en décembre 1991, M. Plouffe détenait des actions du Fonds de solidarité des travailleurs du Québec (F.T.Q.). Le syndic s'adressa au Fonds « pour réaliser la valeur de rachat des actions ». La politique approuvée par le ministre des Finances prévoit qu'un porteur d'actions peut en demander le rachat entre autres, en raison d'une situation financière critique. Ce rachat ne peut se faire qu'avec l'autorisation du conseil d'administration ou d'un comité composé de personnes désignées à cette fin. Le conseil d'administration refusa d'acquiescer à la demande du syndic entre autres, au motif que l'achat ne modifierait en rien la situation financière de l'actionnaire, puisque les sommes en provenant iraient à la masse des créanciers et que l'achat serait contraire au but visé par la politique, c'est-à-dire que tout achat doit régler la situation financière critique de l'actionnaire si telle est la situation. Selon le tribunal, le conseil d'administration a eu raison de décider que dans ce cas, l'achat ne profiterait pas au failli mais à la masse des créanciers.

Cette décision semble totalement en accord avec le but poursuivi par la constitution d'un patrimoine d'affectation :

24. *Plouffe (Syndic de)*, C.S. Montréal, n° 500-11-006357-913, 19 octobre 1993.

préserver des biens afin de s'assurer une subsistance future. Permettre au syndic de forcer le fiduciaire à favoriser les créanciers du bénéficiaire apparaît ici contraire au but recherché.

Advenant la faillite d'un bénéficiaire d'une fiducie, le syndic pourra donc réclamer du fiduciaire les montants de capital dus et non payés à la date de la faillite et les versements subséquents faits pendant la durée de la faillite. Le failli pourra alors opposer au syndic les stipulations d'insaisissabilité de ces sommes contenues au contrat de fiducie, s'il y a lieu.

Si le versement de capital est à la discrétion du fiduciaire, nous croyons que le syndic ne peut obliger ce dernier à effectuer un tel versement. Si l'acte de fiducie prévoit une clause pour que le droit au revenu ou au capital soit suspendu pendant la durée de la faillite, il est fort possible qu'elle soit déclarée valide par les tribunaux, le but de ce genre de fiducie étant celui de la protection des actifs.

Le syndic n'a aucun droit sur les versements de capital ou de revenu devant avoir lieu après la libération du failli, puisqu'aux termes de l'article 67(1)c) LFI, les biens dévolus au syndic sont ceux qui appartiennent au failli à la date de la faillite et ceux qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération.

S'il arrivait qu'un versement de capital qui n'est pas déclaré insaisissable soit dû ou acquis au bénéficiaire au moment de la faillite mais qu'il ne soit exigible que plusieurs années plus tard, il y aura alors possibilité pour le failli de négocier avec le syndic, s'il y a lieu, un règlement en ce qui a trait à cette somme, afin que le syndic puisse obtenir la libération de son administration dans un délai raisonnable²⁵.

7. L'INSAISSISSABILITÉ DES DROITS AU REVENU ET AU CAPITAL DES BÉNÉFICIAIRES

L'article 1267 C.c.Q. nous dit que « la fiducie personnelle est constituée à titre gratuit, dans le but de procurer un avantage à une personne déterminée ou qui peut l'être ».

25. *Sénécal (Syndic de)*, (1987) R.D.J. 38 (C.A.).

Le *Code civil du Québec* permet, lorsque l'acte est à titre gratuit, d'inclure dans l'acte constitutif de la fiducie des clauses d'insaisissabilité, que le constituant soit ou non le bénéficiaire.

L'article 2649 C.c.Q. exige que la stipulation d'insaisissabilité soit faite dans un acte à titre gratuit, qu'elle soit temporaire, qu'elle soit justifiée par un intérêt sérieux et légitime et qu'elle soit publiée au registre approprié pour être opposable aux tiers.

Le caractère temporaire ainsi que l'intérêt sérieux et légitime sont de droit nouveau. Les tribunaux se sont peu prononcés sur l'interprétation de ces deux conditions. Dans l'affaire *Cardone c. Iammatteo*²⁶ il a été décidé que la seule intention d'avantager le bénéficiaire d'une telle clause ne constituait pas un intérêt suffisant au sens de l'article 2649 C.c.Q. Subséquemment à cette décision, la Cour supérieure du Québec, dans l'affaire *Serri c. Barrette*²⁷, en se référant à l'affaire *Cardone*, a aussi décidé que le simple fait que le légataire soit le neveu de la testatrice n'était pas en soi une justification de l'intérêt sérieux et légitime exigé par l'article 2649 C.c.Q.

La clause d'insaisissabilité dans cette affaire se lisait comme suit :

Les biens ci-dessus légués et les fruits et revenus en provenant seront insaisissables pour quelque dette que ce soit de mes légataires, à moins qu'ils ne consentent à les rendre saisissables en tout ou en partie. De plus, les biens ci-dessus légués ne feront partie d'aucune communauté matrimoniale de biens ou de patrimoine d'acquêts.

La Cour déclare que quatre conditions sont obligatoires pour la validité de la clause d'insaisissabilité :

1. Elle doit être contenue dans un acte à titre gratuit;
2. Elle doit être temporaire;
3. Elle doit être justifiée par un intérêt sérieux et légitime;
4. Elle doit être publiée au registre approprié.

26. 2001 IIJCAN 16989.

27. 2004 IIJCAN 17112.

Pour le tribunal, la clause ci-dessus ne rencontre qu'une seule des quatre conditions : elle est contenue dans un acte à titre gratuit. L'intérêt légitime et sérieux n'est pas démontré, la clause est illimitée dans le temps et la preuve de sa publication au registre approprié n'a pas été faite.

La tendance de la jurisprudence récente interprète sévèrement ces nouvelles conditions en rapport avec la durée et les raisons justifiant une telle stipulation. Il est reconnu et admis de tous que l'insaisissabilité constitue une exception au principe à l'effet que les biens du débiteur sont affectés à l'exécution de ses obligations et constituent le gage commun de ses créanciers.

Il apparaît intéressant ici de mettre en relief une opinion avant-gardiste exprimée par Mme Marie José Longtin, directrice générale associée aux Affaires législatives du ministère de la Justice du Québec, concernant les règles du droit civil québécois régissant l'insaisissabilité, dans un texte récent publié dans les *Mélanges Jean Pineau*²⁸.

D'entrée de jeu, Mme Longtin affirme que la règle de l'insaisissabilité a fortement évolué avec les années. Selon elle, le nouveau contexte du *Code civil du Québec* invite à considérer l'insaisissabilité, non plus comme une exception à la règle du gage commun mais comme un espace autonome sur lequel la volonté d'autrui n'a pas d'emprise et qui pourrait se reconnaître comme une division du patrimoine en faveur des personnes physiques. Dans ce cadre, l'analyse des dispositions sur l'insaisissabilité se situe alors dans un rapport de droit égalitaire et non dans un rapport de subordination d'une règle à une autre. Ce qu'il faut rechercher, c'est un point d'équilibre entre le droit du créancier à l'exécution de l'obligation et celui du débiteur à vivre décemment et dans la dignité.

Toujours selon Mme Longtin, c'est ce droit à la dignité qu'entend protéger la *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*²⁹. Cette loi, dans son préambule, affirme que la pauvreté et l'exclusion sociale peuvent être des contraintes à la dignité humaine et que les effets de la pauvreté

28. M.-J. LONGTIN, « L'insaisissabilité : entre le droit et le privilège », dans Benoît MOORE (dir.), p. 725.

29. L.Q. 2002, c. 61.

et de l'exclusion sociale freinent le développement économique et social de la société québécoise dans son ensemble et menacent sa cohésion et son équilibre. Il serait dès lors légitime d'avancer que la protection accordée au « patrimoine de base » n'est plus un « privilège » — l'exception à la règle du « gage commun » — mais un droit. Sous cet angle, les règles de l'insaisissabilité doivent viser à assurer au débiteur le maintien d'un patrimoine qui lui permette non seulement d'assurer sa subsistance mais aussi de maintenir sa dignité et de lui éviter la pauvreté et l'exclusion sociale. Dès lors, il n'y a pas lieu de favoriser la saisissabilité des biens en invoquant une règle d'interprétation stricte, mais de vérifier si, dans le contexte particulier d'une saisie, un bien donné est ou non un bien qui entre dans le patrimoine protégé du débiteur en raison des finalités de la constitution de ce patrimoine insaisissable.

Cette opinion de Mme Longtin rejoint l'un des objectifs de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* qui favorise la réhabilitation du débiteur et sa réinsertion dans l'activité économique du pays le plus rapidement possible.

De plus, il apparaît qu'à compter du moment où le législateur codifie un mécanisme permettant de constituer en toute légalité, en l'absence de fraude, un patrimoine de protection d'actifs pour une fin particulière, on ne peut en enlever tous les effets en interprétant les clauses d'insaisissabilité qui sont contenues dans l'acte constitutif de façon stricte.

Dans le droit actuel, il existe une incertitude quant à la validité des stipulations d'insaisissabilité contenues dans l'acte constitutif de la fiducie.

Préciser dans la clause de stipulation d'insaisissabilité qu'elle est justifiée par l'intérêt sérieux et légitime du bénéficiaire de mettre dans un patrimoine distinct et à l'abri certains biens que le bénéficiaire n'a pas intérêt à détenir en raison de certains risques et dans le but éventuel d'assurer au bénéficiaire un niveau de vie convenable et des aliments, convaincra-t-il le tribunal que la clause est justifiée par un intérêt sérieux et légitime?

Préciser que la stipulation d'insaisissabilité est valable pour une période de cinquante ans démontre-t-il vraiment

l'effet temporaire de la stipulation? Bref, une période de cinquante ans est-elle une période temporaire?

En prenant pour acquis que ces clauses sont valides, à quelles conditions sont-elles opposables aux créanciers ou au syndic de faillite? Un jugement récent de la Cour du Québec traite de cette question³⁰.

Il s'agit d'un jugement sur requête en inopposabilité ou pour permission de saisir des biens insaisissables. Voici un résumé des faits.

Le 5 juillet 1991, la Fiducie Robert Alepin est constituée au moyen d'un acte de donation fiduciaire contenant une clause édictant que le bénéfice des revenus découlant du capital de la fiducie est stipulé insaisissable pour toute dette ou obligation du bénéficiaire. Il est important de noter que cet acte de donation fiduciaire contenant cette stipulation d'insaisissabilité a été fait avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* et n'a été publié au registre des droits personnels et réels mobiliers qu'en date du 20 février 2004, mais avant que le ministère du Revenu ne fasse émettre et signifier quelque bref de saisie que ce soit. Il est admis que M. Alepin est endetté envers le Ministère pour une somme approximative de 43 000,00 \$ et que cette dette a pris naissance après la constitution de la fiducie.

Le premier argument du Ministère pour saisir les revenus de la fiducie versés à M. Alepin est à l'effet que la stipulation d'insaisissabilité contenue à l'acte de donation fiduciaire lui est inopposable à cause de sa publication tardive. Le tribunal rejette cet argument et considère que cette stipulation est opposable au requérant puisque l'article 2649 C.c.Q. ne prévoit pas à quel moment ou dans quel délai cette publicité doit se faire et qu'elle a été publiée avant que le Ministère ait acquis des droits par voie de saisie. Il appert donc que la publicité de cette stipulation peut être faite utilement en tout temps avant qu'un créancier acquière des droits par voie de saisie.

Le Ministère soumet en deuxième lieu qu'il est un créancier postérieur à la création de la fiducie et à la donation

30. *Le sous-ministre du Revenu du Québec c. Robert Alepin*, C.Q. Montréal, n° 500-02-109090-022, 27 avril 2004.

fiduciaire dont M. Alepin est bénéficiaire et qu'en conséquence, il peut demander au tribunal la permission de saisir les revenus versés à M. Alepin par la fiducie pour la portion que le tribunal déterminera en vertu de l'article 553(3) du *Code de procédure civile du Québec*.

Afin de contrecarrer cet argument, M. Alepin invoque l'article 553(4) du *Code de procédure civile* qui prévoit que les sommes données ou léguées à titre d'aliments sont insaisissables. La Cour constate qu'aucune mention à l'acte de fiducie ne stipule que la donation a été faite à titre d'aliments et aucune preuve testimoniale n'a été soumise au tribunal afin de l'établir. La Cour souligne que pour qu'il soit déclaré qu'une donation ou un legs a été consenti à titre d'aliments lorsque cette mention n'apparaît pas à l'acte, il doit ressortir des circonstances et des termes de l'acte qu'ils ont été faits à ce titre. Le tribunal rejette donc cette prétention de M. Alepin fondée sur l'article 553(4) du *Code de procédure civile* et autorise le Ministère à saisir les sommes versées par la fiducie à M. Alepin jusqu'à concurrence de 3 000 \$ par année, jusqu'au paiement complet de la dette de M. Alepin envers le ministère du Revenu.

Deux choses importantes sont à retenir de ce jugement. Premièrement, que pour être opposable aux tiers, les stipulations d'insaisissabilité de la fiducie doivent être publiées au registre des droits personnels et réels mobiliers ou au registre foncier, selon la nature mobilière ou immobilière des biens transférés en fiducie et que cette publication, pour être utile, doit être faite avant que le créancier acquière un droit par voie de saisie.

Toutefois, cette publication devrait être faite le plus rapidement possible après la constitution de la fiducie. Le fait que la constitution de la fiducie comportant des stipulations d'insaisissabilité soit faite par acte authentique rendu public par la publication au registre approprié éloigne l'intention du débiteur de frauder³¹.

Dans un deuxième temps, lorsque l'acte de fiducie ne contient pas de clause à l'effet que les biens sont donnés à titre d'aliments, il est possible pour un créancier postérieur à

31. *R. c. Champagne*, J.E. 90-1387 (C.Q.).

la donation de demander au tribunal de saisir les biens donnés sous condition d'insaisissabilité pour la portion qu'il détermine. Il serait peut-être utile d'inclure dans les actes de fiducie une clause à l'effet que les biens sont donnés à titre d'aliments.

CONCLUSION

La fiducie ne constitue pas, actuellement, un outil parfait de protection contre les créanciers dans un contexte d'insolvabilité, entre autres à cause de l'incertitude quant à la validité des clauses d'insaisissabilité insérées dans de tels actes. Il y a aussi la possibilité des recours en annulation du transfert des biens à la fiducie soit en vertu de la LFI ou aux termes du *Code civil du Québec*. Cependant, à partir du moment où il n'y a pas de fraude lors de la constitution de la fiducie et en autant que cette dernière respecte toutes les conditions de validité prévues au *Code civil du Québec*, ce mécanisme constitue un véhicule attrayant et somme toute, assez sécuritaire, au moins pour les biens transférés à la fiducie.

Sylvie Berthold
Faculté de droit
Pavillon Maximilien-Caron
3101, chemin de la Tour
Université de Montréal
MONTRÉAL (Québec) H3T 1J7
Tél. : (514) 343-6124
Télec. : (514) 343-2199
adjointe@chairedunotariat.qc.ca