

L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les fiducies testamentaires au Québec : recourir à l'affectation pour concilier l'intention du testateur et la décision de la « personne raisonnable »

Marie-Pier Baril

Volume 52, numéro 1, 2022

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1090691ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1090691ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Baril, M.-P. (2022). L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les fiducies testamentaires au Québec : recourir à l'affectation pour concilier l'intention du testateur et la décision de la « personne raisonnable ». *Revue générale de droit*, 52(1), 55–102. <https://doi.org/10.7202/1090691ar>

Résumé de l'article

L'exercice de la discrétion par les fiduciaires de fiducies testamentaires est une notion qui suscite un nombre grandissant de litiges. Si quelques jugements ont tracé la route pour une réflexion plus riche, de nombreuses questions demeurent sans réponse. Le présent article a pour objectif d'établir de quelle façon le droit québécois enjoint aux fiduciaires de fiducies testamentaires d'exercer leurs pouvoirs. Plus particulièrement, il vise à déterminer si les fiduciaires doivent décider en fonction de leur perception de ce que le testateur aurait lui-même décidé ou s'ils doivent plutôt le faire en fonction de la décision que prendrait une personne raisonnable. Pour répondre à ce questionnement dans le contexte où très peu d'auteurs ont spécifiquement travaillé sur l'exercice du pouvoir par les fiduciaires de fiducies testamentaires, le présent article prend assise sur la convergence entre la théorie moderne du patrimoine et la théorie des pouvoirs juridiques privés. Il a également pour objet de concilier la vaste étendue de la liberté de tester du testateur (qui pourrait lui permettre d'être déraisonnable) et certains devoirs impératifs des fiduciaires qui les forcent à agir comme le ferait une personne raisonnable.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les fiducies testamentaires au Québec : recourir à l'affectation pour concilier l'intention du testateur et la décision de la « personne raisonnable »

MARIE-PIER BARIL*

RÉSUMÉ

L'exercice de la discrétion par les fiduciaires de fiducies testamentaires est une notion qui suscite un nombre grandissant de litiges. Si quelques jugements ont tracé la route pour une réflexion plus riche, de nombreuses questions demeurent sans réponse. Le présent article a pour objectif d'établir de quelle façon le droit québécois enjoint aux fiduciaires de fiducies testamentaires d'exercer leurs pouvoirs. Plus particulièrement, il vise à déterminer si les fiduciaires doivent décider en fonction de leur perception de ce que le testateur aurait lui-même décidé ou s'ils doivent plutôt le faire en fonction de la décision que prendrait une personne raisonnable. Pour répondre à ce questionnement dans le contexte où très peu d'auteurs ont spécifiquement travaillé sur l'exercice du pouvoir par les fiduciaires de fiducies testamentaires, le présent article prend assise sur la convergence entre la théorie moderne du patrimoine et la théorie des pouvoirs juridiques privés. Il a également pour objet de concilier la vaste étendue de la liberté de tester du testateur (qui pourrait lui permettre d'être déraisonnable) et certains devoirs impératifs des fiduciaires qui les forcent à agir comme le ferait une personne raisonnable.

MOTS-CLÉS :

Fiducie, testament, pouvoirs discrétionnaires, patrimoine, intention du testateur, personne raisonnable.

* L'autrice est étudiante au doctorat en droit à l'Université McGill. Elle est également avocate pour BCF s.e.n.c.r.l. Les opinions exprimées dans cet article sont siennes et n'engagent que l'autrice. Cette dernière tient à remercier les évaluateurs anonymes pour la richesse de leurs commentaires. Elle tient également à remercier le professeur Lionel Smith de continuer à nourrir sa réflexion sur les questions dont traite cet article.

Cet article est tiré d'un mémoire de maîtrise réalisé à l'Université Laval sous la direction de la professeure Christine Morin. La recherche est à jour au 1^{er} juin 2021.

ABSTRACT

The exercise of discretion by the trustees of a testamentary trust is increasingly a source of litigation. Although some judgments have paved the way for more thought, many questions remain unanswered. This text aims to establish how Quebec law regulates/controls trustees in the exercise of their powers. More precisely, it aims to determine whether trustees must decide considering their own perception of what the testator would have decided himself, or whether they must decide on the basis of how a reasonable person would decide. To answer the question in the context where very few authors have specifically addressed the discretionary powers of trustees up to now, this text builds upon the meeting point between the modern theory of the patrimony and the theory of private powers. This text also aims to reconcile the testator's freedom of testation (which may even be exercised unreasonably) and the duty of the trustees to act as a reasonable person.

KEYWORDS :

Trust, will, discretionary powers, patrimony, intention of testator, reasonable person.

SOMMAIRE

Introduction.....	57
I. Le rôle de l'affectation de la fiducie au carrefour de la théorie moderne du patrimoine et de la théorie du pouvoir juridique privé.....	60
A. La théorie moderne du patrimoine.....	60
1. Le rôle des fiduciaires.....	61
2. L'intérêt des bénéficiaires ou de la fin poursuivie.....	63
B. La théorie du pouvoir juridique privé.....	67
1. Le pouvoir juridique des fiduciaires.....	68
2. L'affectation comme finalité des pouvoirs des fiduciaires.....	72
II. Les limites à l'intention du testateur comme outil d'interprétation de l'affectation d'une fiducie testamentaire.....	76
A. L'interprétation de l'affectation d'une fiducie testamentaire	77
1. L'intention du testateur dans le contexte de son droit d'être « déraisonnable ».....	77
2. L'exposition limitée du raisonnement juridique dans la jurisprudence.....	81
B. Les limites propres au contexte du droit des fiducies.....	89
1. L'autonomie de la fiducie par rapport à son constituant.....	89
2. Les devoirs des fiduciaires.....	94
Conclusion.....	100

INTRODUCTION

Il est de la fiducie comme de l'électricité, un instrument merveilleux dont on ne saurait trop vanter l'utilité et la souplesse, mais dont la nature est obscure si les effets en sont apparents, et qui nécessite donc un maniement prudent et délicat¹.

La fiducie québécoise est-elle si merveilleuse que le disait Faribault ? Certes, mais elle le sera davantage le jour où en seront mieux comprises les subtilités et où il pourra être affirmé sans scrupules que le droit est suffisamment clair pour qu'elle puisse être maniée en tout temps avec soin et délicatesse.

La fiducie est utilisée de plus en plus fréquemment à titre d'outil testamentaire. Bien que les fins testamentaires aient été les premières à être autorisées pour la fiducie au Québec², on peut aisément dire que les pourtours de la fiducie testamentaire comportent autant de zones d'ombre que ceux de la fiducie entre vifs. Le caractère obscur qu'attribuait Faribault à la fiducie persiste aujourd'hui. Dans les fiducies testamentaires, le décès du constituant ne fait que contribuer au mystère ! Malgré cela, un grand nombre de fiducies testamentaires sont constituées au Québec par des gens qui souhaitent affecter, à leur décès, des biens à une fin particulière ou au bénéfice de personnes qui leur sont chères.

En créant une fiducie testamentaire, les testateurs désignent un ou plusieurs fiduciaires qui administreront le patrimoine constitué pour un ou des bénéficiaires qui peuvent être en situation de vulnérabilité. On peut penser au parent qui veut veiller, même après son décès, à la protection de son enfant souffrant d'un handicap. Un conseiller juridique averti lui recommandera alors probablement de constituer une fiducie à même son testament et de choisir judicieusement le ou les fiduciaires qui seront responsables d'administrer ce patrimoine d'affectation.

Bien que les testaments prévoient généralement la façon de gérer certaines situations précises telles que la dépendance aux drogues d'un bénéficiaire ou son trop jeune âge pour recevoir des sommes importantes, les testateurs sont souvent silencieux à l'égard du processus décisionnel que les fiduciaires devraient suivre dans l'exercice

1. Marcel Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936 à la p 9.

2. Le *Code civil du Bas-Canada* (arts 869 et 964) traitait des fiducies testamentaires, sans permettre la création de fiducies entre vifs.

de leurs pouvoirs discrétionnaires. Dans ce contexte, les fiduciaires en viennent à faire face à des situations dans lesquelles ils doivent se demander s'ils doivent décider en fonction de leur perception de ce que le testateur aurait lui-même décidé ou s'ils doivent plutôt le faire comme si la décision les concernait personnellement, en fonction de leur propre schème de pensée et de leurs propres valeurs. On peut même se demander s'ils doivent décider en fonction de ce qu'une personne raisonnable choisirait de faire.

La législation est elle aussi imprécise sur ces questions. D'une part, l'article 1309 du *Code civil du Québec*³ prévoit que l'administrateur du bien d'autrui doit agir « dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou de la fin poursuivie ». D'autre part, les règles relatives aux devoirs objectifs des administrateurs du bien d'autrui enjoignent aux fiduciaires d'agir de la même façon que le ferait une *personne raisonnable*⁴. Finalement, les règles d'interprétation des testaments leur commandent d'accorder une importance particulière à l'intention du testateur⁵. Compte tenu de cette imprécision, il paraît opportun de déterminer **la façon dont le droit québécois enjoint aux fiduciaires de fiducies testamentaires d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires**⁶. Loin de l'idée de faire du pouvoir discrétionnaire un pouvoir lié (pour emprunter l'expression du droit administratif) en prétendant que le droit dicterait toute décision que les fiduciaires seraient appelés à prendre, même en présence d'un pouvoir discrétionnaire, l'objectif de nos travaux est davantage de mettre en lumière le rôle de l'affectation et de l'intention du testateur dans l'encadrement juridique de l'exercice de ces prérogatives que sont les pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires de fiducies testamentaires.

3. Art 1309 CcQ.

4. Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, 2^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2014 à la p 250 [Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*]; Jacques Beaulne, « Les acteurs de la fiducie » dans Jacques Beaulne et André J Barette, *Droit des fiducies*, 3^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2015 à la p 280 [Beaulne, « Les acteurs de la fiducie »].

5. André J Barette, « "Dead hand", l'administration fiduciaire et les intentions du défunt : toujours compatibles ? » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies (2012)*, vol 353, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2012, à la p 187.

6. Tout au long de l'article, nous utilisons l'expression « pouvoirs discrétionnaires », car elle est largement utilisée en pratique. Toutefois, nous sommes d'avis, comme le tribunal dans l'affaire *Québec (Curateur public) c AN (Succession de)*, 2014 QCCS 616 [Québec CP c AN], qu'aucun pouvoir n'est absolu ou purement discrétionnaire. Des autrices l'ont également souligné : Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, « L'obligation de prudence et de diligence d'un administrateur du bien d'autrui » dans Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 4 à la p 250.

Par ailleurs, il importe de préciser que les pouvoirs discrétionnaires exercés par les fiduciaires diffèrent selon le contenu de l'acte constitutif et la situation factuelle. Ainsi, certains testateurs conféreront de très larges pouvoirs discrétionnaires aux fiduciaires tels que, par exemple, le pouvoir de déterminer le rythme de distribution des revenus ou du capital ou celui d'exercer le droit de vote afférent aux actions d'une société par actions contenues dans le patrimoine de la fiducie. D'autres constituants préféreront plutôt être directifs en octroyant aux fiduciaires des pouvoirs qui seront davantage de la nature de pouvoirs « liés ». Ce n'est toutefois pas ce dont il sera question aux fins du présent article, l'objectif étant de porter un regard sur les pouvoirs discrétionnaires, lesquels ne se définissent que par une méthode casuistique⁷. Dans le contexte où à ce jour, très peu d'auteurs ont travaillé sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires en droit civil québécois⁸, nous avons jugé pertinent de recourir aux théories fondamentales qui ont jusqu'à maintenant été énoncées en droit des fiducies. Ainsi, l'exposé prend assise sur la convergence entre la théorie moderne du patrimoine et la théorie du pouvoir juridique privé, qui ont toutes deux démontré le caractère central de l'affectation dans la définition, l'interprétation et le contrôle des fiducies québécoises. La convergence de ces théories nous amène à supposer que les fiduciaires doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires en fonction de l'intention du testateur, traduite en tout ou en partie dans l'affectation, tout en respectant leurs devoirs objectifs dont le respect doit être évalué en fonction de la fiction juridique de la *personne raisonnable*.

Le présent article comporte deux volets. La première partie permettra de rappeler le caractère incontournable de l'affectation et d'établir de quelle façon l'affectation et l'intention du testateur peuvent se réaliser par l'intermédiaire des pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires. La seconde partie aura quant à elle pour objet de déterminer les règles qui limitent le recours à l'intention du testateur.

7. Jean Dabin, *Droit subjectif et prérogatives juridiques : examen des thèses de M. Paul Roubier*, Bruxelles, Palais des Académies, 1960.

8. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 225 ; John B Claxton, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Thomson Carswell, 2005 au para 14.112 ; Marilyn Piccini Roy, « Fiducie discrétionnaire et droit civil » (2003) 51 :4 Can Tax J 1690 aux pp 1705–1706.

I. LE RÔLE DE L'AFFECTATION DE LA FIDUCIE AU CARREFOUR DE LA THÉORIE MODERNE DU PATRIMOINE ET DE LA THÉORIE DU POUVOIR JURIDIQUE PRIVÉ

Le cadre juridique applicable à l'exercice de pouvoirs par les fiduciaires de fiducies testamentaires peut difficilement être abordé sans que nous situions le lecteur dans le cadre plus général mis de l'avant par les théories du patrimoine et les théories applicables à l'exercice de pouvoirs privés. Ainsi, la première partie mettra en lumière la convergence entre : (1) la théorie moderne du patrimoine, adoptée par le législateur dans l'élaboration des règles applicables aux fiducies dans le *Code civil du Québec*, et (2) la théorie du pouvoir juridique privé qui conceptualise l'exercice de pouvoirs par les justiciables québécois. Ces théories démontrent, chacune à leur façon, le caractère central de l'affectation dans la définition même d'une fiducie, d'une part, et dans l'exercice des pouvoirs par les fiduciaires, d'autre part.

A. La théorie moderne du patrimoine

La présente partie visera à souligner la place de l'affectation dans la théorie moderne du patrimoine⁹ pour justifier l'absence de droits subjectifs sur les biens de la fiducie en faveur des fiduciaires, de même que le nombre limité de droits conférés aux bénéficiaires de fiducies québécoises.

Les écrits des auteurs convergent quant au fait que la théorie moderne aurait été introduite, bien que maladroitement, dans le *Code civil du Québec*¹⁰. En effet, l'article 915 CcQ est cohérent avec cette vision théorique du patrimoine : « Les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, *ou font*, en certains cas, l'objet d'une affectation » [nos italiques]¹¹. Détachée de la personne, la fiducie testamentaire est donc autonome grâce à son affectation.

9. Alexandra Popovici, *Êtres et avoirs : esquisse sur les droits sans sujet en droit privé*, thèse de doctorat en droit, Université Laval, 2016 à la p 108 [Popovici, *Êtres et avoirs*].

10. *Ibid* à la p 110, et Alexandra Popovici, « La fiducie québécoise, re-belle infidèle » dans Alexandra Popovici, Lionel D Smith et Régine Tremblay, dir, *Les intraduisibles en droit civil*, Montréal, Thémis, 2014, 129 à la p 138 [Popovici, « La fiducie québécoise, re-belle infidèle »].

11. Art 915 CcQ.

On dit que la fiducie québécoise aurait été influencée de façon substantielle par les ouvrages de Pierre Lepaulle¹², qui a scruté le *trust* de la common law à l'aide d'une loupe civiliste. Ses ouvrages témoignent d'un réel souci d'acculturation¹³ du *trust* pour le faire atterrir dans un environnement civiliste. Certains auteurs disent d'ailleurs que le patrimoine sans maître de von Brinz et Bekker, repris par Lepaulle, est « la grille civiliste d'analyse du *trust* »¹⁴.

Aux yeux de Lepaulle, la fiducie serait formée de droits déconnectés d'une personne, de droits qui auraient cessé d'appartenir au constituant¹⁵. La professeure Alexandra Popovici, dans ses travaux portant sur le patrimoine d'affectation, résume bien la vision de Lepaulle, qui définissait « le patrimoine "comme un ensemble de droits et de charges appréciables en argent et formant une universalité de droit" et non comme "l'ensemble des droits et des obligations d'une personne" »¹⁶.

1. Le rôle des fiduciaires

Dans l'esprit de la théorie moderne du patrimoine, les obligations peuvent incomber aux biens de la fiducie sans être attachées à une personnalité juridique. Quel peut alors être le rôle des différents acteurs concernés ? Les droits et les obligations des fiduciaires et des bénéficiaires méritent une attention particulière, car on peut présumer que l'existence ou l'absence de tels droits ou obligations aura une incidence sur l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par les fiduciaires de fiducies testamentaires.

12. Pierre Lepaulle, « Les fonctions du "trust" et les institutions équivalentes en droit français » (1928–29) 58 Bull soc législation comparée 312 [Lepaulle, « Les fonctions du "trust" »]; Sylvio Normand, « L'affectation en droit des biens au Québec » (2014) 48:2 RJT 599 à la p 611.

13. *Ibid* à la p 627.

14. Frédéric Zenati-Castaing, « L'affectation québécoise, un malentendu porteur d'avenir : réflexions de synthèse » (2014) 48:2 RJT 623 à la p 631. D'autres auteurs remettent en question l'exercice effectué par Lepaulle. Voir notamment Lionel D Smith, « Trust and Patrimony » (2008) 38:2 RGD 379.

15. Pierre Lepaulle, « Trusts and the Civil Law » (1933) 15 Journal of Comparative Legislation 18 à la p 20.

16. Alexandra Popovici, *Le patrimoine d'affectation : nature, culture, rupture*, mémoire de maîtrise, Université Laval, 2012 à la p 13 [Popovici, *Le patrimoine d'affectation*], citant Pierre Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international privé*, Paris, Rousseau & Cie, 1932 aux pp 33 et 40 [Lepaulle, *Traité*].

Conformément à la théorie objectiviste, le *Code civil du Québec* ne concède aux fiduciaires aucun droit de propriété¹⁷ sur les biens de la fiducie ni aucune obligation directe envers les bénéficiaires ou le testateur, puisque les biens de la fiducie sont les seuls à répondre des obligations afférentes¹⁸.

De plus, puisque la théorie objectiviste nous permet de ne plus réfléchir aux biens uniquement en fonction des personnes à qui ils appartiennent, « [l]a fiducie n'est plus fondée sur la titularité de droits, mais plutôt sur l'exercice de pouvoirs, le fiduciaire étant l'administrateur des biens dont il a la maîtrise »¹⁹. On doit désormais raisonner « en termes de pouvoirs d'administration »²⁰, plutôt qu'en termes de droit subjectif ou de propriété²¹.

Les auteurs de la théorie moderne du patrimoine s'entendent pour dire que le *Code civil du Québec* ne confère aux fiduciaires qu'une mission à l'égard des biens, « mission qui est toujours la même : apporter toute la diligence nécessaire pour réaliser l'affectation prévue »²². Le rôle du fiduciaire découle donc d'un « mode mission et fonction et non [d'un] mode obligation et prestation »²³.

Ainsi, l'obligation des fiduciaires envers le patrimoine de la fiducie consiste à exercer leurs fonctions pour réaliser la mission. Lepaulle disait d'ailleurs que « dans le "trust" l'affectation est maîtresse et celui qui est chargé de la réaliser ne doit être qu'un serviteur qu'on remplace quand il n'est pas à la hauteur de sa tâche »²⁴.

Dans le contexte où les fiduciaires ne bénéficient d'aucun droit dans les biens de la fiducie²⁵ et ne sont que des attributaires de pouvoirs

17. Art 1261 CcQ.

18. François Frenette, « Les patrimoines sans titulaire ayant droit de cité au *Code civil du Québec* » dans Christine Morin et Brigitte Lefebvre, dir, *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Beaulne*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2018, 107 à la p 115; Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 22.

19. Sylvio Normand, « L'acculturation de la fiducie en droit civil québécois » (2014) 66:1 RIDC 7 à la p 26.

20. Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2017 à la p 350.

21. *Ibid*; Madeleine Cantin Cumyn, « Le pouvoir juridique » (2007) 52:2 RD McGill 215.

22. Lepaulle, « Les fonctions du "trust" », *supra* note 12 à la p 313.

23. Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 47.

24. Lepaulle, « Les fonctions du "trust" », *supra* note 12 à la p 321.

25. Sauf le droit d'être rémunérés pour l'exercice de leurs fonctions si l'acte constitutif n'exclut pas la règle de droit commun; voir l'article 1300 CcQ et Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 4 à la p 171.

pour en réaliser l'affectation, on peut difficilement soutenir qu'ils puissent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires uniquement en fonction de leurs propres valeurs et selon la décision qu'ils prendraient si celle-ci les concernait, sans considérer l'affectation de quelque façon que ce soit et comme ils le feraient s'ils étaient titulaires d'un droit subjectif, plutôt que d'un pouvoir.

2. *L'intérêt des bénéficiaires ou de la fin poursuivie*

On ne peut traiter de la question de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires sans aborder spécifiquement la question des droits et des intérêts des bénéficiaires. Le *Code civil du Québec*, dans son titre septième portant de façon générale sur l'administration du bien d'autrui, aborde d'ailleurs précisément l'intérêt des bénéficiaires aux articles 1306, 1309 et 1315²⁶.

L'inventaire des dispositions législatives nous permet de constater que la poursuite du but ou de la fin de la fiducie est constamment considérée comme une alternative de l'intérêt du bénéficiaire²⁷. La professeure Cantin Cumyn prétend d'ailleurs que dans le cadre de l'administration du bien d'autrui requise aux fins de l'exercice des droits d'une fiducie, l'affectation elle-même doit aussi être considérée comme étant bénéficiaire du régime d'administration²⁸.

Cette prétention est cohérente avec le fait que le *Code civil du Québec*²⁹ prévoit maintenant qu'il n'est pas nécessaire, pour que la fiducie existe, qu'il y ait un bénéficiaire³⁰. Une fiducie d'utilité privée pourrait être constituée, par exemple, pour entretenir une forêt à la suite du décès de son propriétaire. L'essentiel est que la fiducie ait une affectation ou, pour reprendre les termes du professeur Beaulne, une finalité³¹. Cette vision adoptée par le *Code civil du Québec* est conforme au passage de la théorie classique du patrimoine à la théorie moderne³².

26. Arts 1306, 1309 et 1315 CcQ.

27. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 211 ; Faribault, *supra* note 1 à la p 211.

28. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 232.

29. Le *Code civil du Bas-Canada* prévoyait quant à lui que le bénéficiaire était essentiel à l'existence de la fiducie. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 210.

30. *Ibid* à la p 211 ; Faribault, *supra* note 1 à la p 144. Mentionnons toutefois que la fiducie personnelle requiert l'identification d'un bénéficiaire (ou le fait qu'il puisse être déterminé) conformément à l'article 1267 CcQ. Le bénéficiaire constitue alors en quelque sorte l'affectation. À ce sujet, voir Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 99.

31. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 212.

32. *Ibid* à la p 211.

Le *Code civil du Québec* prévoit également la possibilité pour le constituant d'une fiducie de « conférer au fiduciaire ou à un tiers la faculté d'élire les bénéficiaires ou de déterminer leur part »³³. L'existence de cette faculté d'élire apporte un éclairage intéressant à la question qui nous occupe³⁴. D'abord, le droit du bénéficiaire, s'il en est, ne peut être en certaines circonstances qu'un droit de bénéficiaire *potentiel* assujetti à la faculté d'élire des fiduciaires. En pratique, on constate que certains testateurs confèrent des pouvoirs discrétionnaires à leur enfant pour choisir, par exemple, ceux de leurs petits-enfants qui bénéficieront *effectivement* des avantages de la fiducie. Dans ce type de situation, le petit-enfant n'est qu'un bénéficiaire potentiel, ou un postulant pour reprendre les termes du professeur Beaulne³⁵. Ce faisant, il n'a aucun « droit » (à l'exception d'un droit de surveillance que l'article 1290 CcQ³⁶ confère à tout intéressé), pas même le droit à la prestation d'avantages reconnu aux bénéficiaires à l'article 1284 CcQ. Faribault disait d'ailleurs que le *droit* des bénéficiaires devrait plutôt être qualifié d'*intérêt*³⁷. Abondant en ce sens, le professeur André Gervais distinguait comme suit le droit de l'intérêt : « La coïncidence [entre le droit et l'intérêt] se manifeste dans le fait que la reconnaissance d'un droit suppose l'existence d'un intérêt, et la divergence, dans le fait que l'existence d'un intérêt n'entraîne pas nécessairement la reconnaissance d'un droit »³⁸.

33. Art 1282 CcQ.

34. Certains auteurs prétendent toutefois que la faculté d'élire devrait être distinguée des pouvoirs fiduciaires de la même façon que la common law distingue le simple pouvoir du pouvoir fiduciaire. Voir Piccini Roy, *supra* note 8 aux pp 1711–12, référant à Lindsay Ann Histrop, « Exercise of Power and Duties » dans Carmen S Thériault, dir, *Widdifield on Executors and Trustees*, 6^e éd, Toronto, Thomson Carswell, 2002, 8-1. Nous croyons toutefois que la faculté d'élire doit être assujettie à la théorie des pouvoirs juridiques privés, car elle constitue l'exercice d'un acte hétéronome en ce que l'auteur de l'acte n'est pas celui qui sera engagé. Ainsi, la personne qui décide d'élire un bénéficiaire pour distribuer du revenu, par exemple, le fera « pour et au nom de la fiducie », et non en son nom personnel.

35. Beaulne, *supra* note 4 à la p 235. Le professeur Smith utilise quant à lui l'expression « objet de pouvoirs » : voir Lionel Smith, « Massively Discretionary Trusts » (2019) 25:4 *Trusts & Trustees* 397 [Smith, « Massively Discretionary Trusts »]. Cette expression est vraisemblablement dictée par le droit canadien de tradition anglaise.

36. Certains prétendent même que ce droit conféré à tout intéressé n'existe que s'il n'y a aucun bénéficiaire ni constituant qui puisse assurer la surveillance : voir l'opinion du professeur Jeffrey Talpis, citée dans l'affaire *Webster-Tweel v Royal Trust Corporation of Canada*, 2010 ABQB 139, 496 AR 102. Voir aussi les commentaires du ministre de la Justice portant sur l'article 1290 CcQ.

37. Faribault, *supra* note 1 à la p 358.

38. André Gervais, « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" » dans *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t 1, Paris, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, 241 à la p 243.

Dans cet esprit, les auteurs s'entendent pour écrire que le droit du bénéficiaire, s'il en est, n'est pas un droit réel sur les biens³⁹. Il n'est pas non plus un droit personnel⁴⁰ sur ces biens. Ce serait paradoxal de parler d'un droit personnel sur un bien⁴¹ ! On ne peut le qualifier que d'intérêt⁴², comme le suggérait Faribault, ou de droit « d'exiger [...] la prestation d'un avantage ([ou le] paiement des fruits et revenus et du capital ou de l'un d'eux seulement) »⁴³, [notes omises]⁴⁴, en s'empresant d'ajouter que cet *intérêt* ou cet *avantage* peut être dépendant de l'affectation, si le pouvoir des fiduciaires n'est pas dirigé par l'acte constitutif et est assujéti à leur discrétion.

Si le bénéficiaire n'a pas de droit sur les biens de la fiducie, il a malgré tout le droit de s'assurer que les fiduciaires remplissent leur fonction adéquatement⁴⁵. Ce droit de surveillance n'est pas uniquement conféré au bénéficiaire. Le constituant a également le pouvoir de surveiller l'administration fiduciaire aux termes de l'article 1290 CcQ. Dans le contexte d'une fiducie testamentaire, le droit de surveillance du constituant, qui est décédé, est sans objet. Faribault soutenait en revanche que les héritiers du constituant pourraient bénéficier d'un droit de surveillance :

Le disposant pourrait également justifier pareille demande par l'intérêt qu'il possède à l'exécution stricte de ses volontés et à la réalisation de son intention libérale. S'il n'y a pas de bénéficiaires actuellement vivants ou s'il s'agit d'un legs aux pauvres ou d'une fondation, il semble qu'il n'y ait personne qui puisse agir. Nous croyons que les héritiers du disposant auraient probablement qualité⁴⁶.

39. Beaulne, *supra* note 4 à la p 210. Valérie Boucher, « Fiducies » dans Pierre-Claude Lafond, dir, *JurisClasseur Québec, Biens et publicité des droits*, fasc 20, Montréal, LexisNexis, feuilles mobiles au n° 14.

40. Le professeur Jacques Beaulne écrivait, par contre, que le droit des bénéficiaires peut être qualifié de droit personnel, en se fondant notamment sur les articles 1261 et 1284 CcQ : voir Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 233.

41. André J Barette, « Problèmes courants en matière d'administration fiduciaire : le cas des fiducies testamentaires » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Fiducies personnelles et successions (2003)*, vol 186, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2003, 69 à la p 70, citant Jocelyn Dubé, « De la renonciation à une fiducie personnelle » (2002) 81 :2 R du B can 431 à la p 436.

42. Faribault, *supra* note 1 à la p 358.

43. Art 1284 CcQ.

44. Arts 1267, 1268, 1269 et 1284 CcQ. Voir aussi Beaulne, *supra* note 4 à la p 234.

45. Art 1287 CcQ.

46. Faribault, *supra* note 1 à la p 367.

L'article 1287 CcQ reprend l'idée défendue par Faribault :

1287. L'administration de la fiducie est soumise à la surveillance du constituant *ou de ses héritiers*, s'il est décédé, et du bénéficiaire, même éventuel [nos italiques]⁴⁷.

En pratique, on sait que la fiducie testamentaire elle-même est souvent l'un des héritiers universels du constituant. En ce sens, l'article 1287 CcQ peut avoir une application limitée si la fiducie est l'unique héritière du constituant puisque le droit de l'héritier de surveiller l'administration des fiduciaires appartient à la fiducie et s'exerce donc par les fiduciaires eux-mêmes ! Les bénéficiaires pourront malgré tout surveiller l'administration en raison du droit qui leur est conféré directement par l'article 1287 CcQ. Par ailleurs, l'article 1290 CcQ permet également à tout intéressé d'« agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution »⁴⁸. Ainsi, le bénéficiaire se trouve, à cet égard, au même rang que tout autre intéressé.

Outre ses droits de surveillance, le bénéficiaire a également le droit de disposer de son droit à titre de bénéficiaire⁴⁹. Toutefois, il ne peut disposer des biens de la fiducie puisqu'il n'a aucun droit direct sur ceux-ci⁵⁰, qu'ils soient réels ou personnels.

En somme, le bénéficiaire peut compter sur : (1) un intérêt ou un droit à la prestation d'avantages (ou au paiement des fruits et revenus ou du capital), lequel est dépendant de l'affectation si le pouvoir des fiduciaires de procéder au paiement est discrétionnaire selon les termes de l'acte constitutif ; (2) un droit de surveillance ; et (3) un droit de disposer de son droit. Son rôle dans l'encadrement juridique de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires est donc plus limité qu'on pourrait le croire *a priori*. L'avocate émérite Marilyn Piccini Roy soulignait d'ailleurs que les fiduciaires n'ont pas à consulter les bénéficiaires dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires (sauf si l'acte en fait une obligation formelle) et ne sont pas liés par leurs intentions⁵¹.

47. Art 1287 CcQ.

48. Art 1290 CcQ.

49. Art 1285 CcQ.

50. Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 40.

51. Piccini Roy, *supra* note 8 à la p 1729.

Ainsi, il devient nécessaire d'établir comment les biens qui composent le patrimoine doivent être administrés et comment l'affectation peut se réaliser. Nous nous y intéresserons sous l'angle de la théorie du pouvoir juridique privé.

B. La théorie du pouvoir juridique privé

Il importe d'aborder la théorie du pouvoir juridique privé qui distingue le droit subjectif du pouvoir juridique⁵², puisqu'elle permet de conceptualiser l'exercice d'un pouvoir, incluant un pouvoir discrétionnaire de la nature de celui qui nous occupe, et d'expliquer comment l'affectation peut se réaliser sans qu'une personne, physique ou morale, ait des droits sur les biens qui composent la fiducie. La théorie a d'abord été formulée par Roubier⁵³, mais c'est réellement Gaillard⁵⁴ qui l'a élaborée au milieu des années 80. Plus récemment, en 2007, la professeure Madeleine Cantin Cumyn en a fait une analyse porteuse⁵⁵. Malheureusement, même si la théorie semble mettre en lumière diverses questions entourant les fiducies québécoises, elle n'a pas été abordée lors de la réforme du *Code civil du Québec*⁵⁶. Bien que le pouvoir juridique ne soit toujours pas pleinement reconnu comme une catégorie juridique⁵⁷, les auteurs québécois contemporains⁵⁸ qui se sont affairés à la définir fournissent une approche particulièrement intéressante à l'analyse de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires. En effet, la théorie du pouvoir juridique permet d'établir un lien solide

52. Il faut dire que la plupart des ouvrages de droit civil ne confèrent aucune autonomie au pouvoir juridique et le traitent de la même façon que le droit subjectif. Selon la professeure Madeleine Cantin Cumyn, cela pourrait s'expliquer, notamment, par les faits suivants : (1) le contexte général fait perdre aux notions fondamentales leur fonction structurante ; (2) différentes théories juridiques ont été élaborées, lesquelles ne reconnaissent pas le caractère distinctif du pouvoir juridique (qu'on pense à la théorie de l'abus de droit, qui soutient que la fonction sociale doit justifier l'exercice des droits, ou encore à la distinction entre les droits discrétionnaires et les droits contrôlés) ; et (3) une analyse du pouvoir juridique dans la perspective de la common law, selon laquelle le *legal title* confère un pouvoir d'agir, que l'acte soit posé par le titulaire d'un droit ou au bénéfice d'autrui ; voir Cantin Cumyn, *supra* note 21 aux pp 219–221.

53. Paul Roubier, *Les prérogatives juridiques*, Paris, Sirey, 1960.

54. Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Paris, Economica, 1985.

55. Cantin Cumyn, *supra* note 21.

56. Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 4 à la p 73.

57. *Ibid* à la p 76.

58. *Ibid* ; Cantin Cumyn, *supra* note 21 ; Julie Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies* (2010), vol 324, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2010, 69 [Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur »].

entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire et l'affectation dictée par le testateur, et de mieux définir celle-ci en ayant recours à la notion de *finalité*, laquelle est au fondement de la théorie du pouvoir juridique.

1. Le pouvoir juridique des fiduciaires

Selon la théorie du pouvoir juridique privé⁵⁹, le pouvoir juridique se distingue du droit subjectif notamment en ce qu'il ne peut être exercé avec le même libre arbitre⁶⁰. Le pouvoir juridique est la «prérogative conférée à une personne dans l'intérêt d'autrui ou pour la réalisation d'un but»⁶¹ et il doit être exercé selon une finalité, alors que le droit subjectif confère à son titulaire une prérogative qu'il peut exercer dans son propre intérêt⁶².

Ainsi, selon la théorie du pouvoir juridique élaborée par Gaillard, la situation juridique de celui qui détient un pouvoir et celle du titulaire d'un droit sont presque aux antipodes : « le pouvoir est une prérogative altruiste et le droit, une prérogative égoïste »⁶³. L'attributaire d'un pouvoir ne peut donc croire qu'il a la même liberté d'agir que celui qui bénéficie d'un droit, et la loi doit être davantage contraignante à son égard⁶⁴. L'encadrement et la régulation des pouvoirs juridiques reposent d'ailleurs sur la caractéristique qui est propre aux pouvoirs et qui échappe aux droits : leur finalité.

Tout récemment, dans sa thèse portant sur les conflits d'intérêts, l'auteur Julien Valiergue a apporté une contribution significative à la théorie des pouvoirs juridiques privés⁶⁵. Sa vision diffère de celle des

59. Le pouvoir juridique privé se distingue, d'une part, du droit subjectif (voir Gaillard, *supra* note 54 aux pp 21 et 45) et, d'autre part, du pouvoir relevant de l'administration publique, le droit administratif faisant usage de la notion de détournement de pouvoir depuis le XIX^e siècle (voir Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 97). Sur le fait que le pouvoir ne joue présentement qu'un rôle marginal dans l'examen des liens entre les personnes privées, voir Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 218.

60. Jacques Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire » dans *Droit des fiducies*, *supra* note 4 à la p 231 [Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire »]. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 231.

61. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 225.

62. *Ibid.*

63. *Ibid.*, citant Michel Storck, *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982 aux n^{os} 161–256.

64. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 223.

65. Julien Valiergue, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, t 589, Coll Thèses - Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2019.

auteurs classiques en ce qu'il ne distingue pas par la finalité les droits subjectifs des pouvoirs privés. Il prétend plutôt que la finalité découle de la nature même du pouvoir :

Il semble en effet que le critère de distinction des droits subjectifs et des pouvoirs tirés de leur finalité n'en soit pas vraiment un, l'opposition de la finalité à laquelle est subordonnée [*sic*] l'exercice de chacune de ces prérogatives apparaissant bien plutôt comme une conséquence de leur nature distincte. Ce n'est pas en effet parce qu'une prérogative est finalisée qu'elle est un pouvoir mais, au contraire, parce qu'elle est un pouvoir, une prérogative hétéronome permettant la création d'un acte juridique destiné à engager un tiers, qu'elle est, doit être ou devrait être subordonnée à la réalisation d'une finalité au moins partiellement distincte de la satisfaction de l'intérêt personnel de son titulaire⁶⁶.

Ainsi, Valiergue soutient que le droit subjectif est une prérogative juridique autonome, alors que le pouvoir est une prérogative juridique *hétéronome*⁶⁷. Le pouvoir consiste donc en la formation d'un acte juridique, alors que « l'auteur de la manifestation de volonté »⁶⁸ n'est pas le « sujet engagé par les effets de l'acte »⁶⁹. L'existence d'un pouvoir entraîne toutefois la nécessité pour son attributaire de l'exercer en respectant la finalité au fondement dudit pouvoir.

Si la théorie de Gaillard fait des prérogatives des fiduciaires des « pouvoirs » puisqu'il s'agit de prérogatives « finalisées », la vision contemporaine de Valiergue constate l'existence de « pouvoirs » en raison du fait que les actes juridiques posés par la fiducie se forment par l'intervention d'un sujet qui ne sera pas engagé par leurs effets. Ainsi, selon Valiergue, les fiduciaires exercent des prérogatives hétéronomes et leur caractère finalisé est un élément du régime juridique qui leur est applicable, « et non un critère de distinction et d'identification du pouvoir »⁷⁰.

Dans tous les cas, qu'on ait recours à la théorie classique du pouvoir juridique privé, énoncée par Gaillard, ou qu'on tende l'oreille à l'idée contemporaine de Valiergue, on peut conclure que les prérogatives

66. *Ibid* à la p 44.

67. *Ibid* à la p 46.

68. *Ibid* à la p 47.

69. *Ibid*.

70. *Ibid* à la p 57.

exercées par les fiduciaires d'une fiducie testamentaire dans le cadre de leurs fonctions se qualifient de « pouvoirs »⁷¹ et doivent être exercées en fonction de leur finalité. Dans le contexte de la fiducie testamentaire, cette finalité ne peut que correspondre à l'affectation qui leur est imposée par le testateur⁷².

Par ailleurs, la théorie du pouvoir juridique privé décline le pouvoir juridique en deux types⁷³. Naturellement, on pense au pouvoir de représentation qu'on attribue aisément au mandataire⁷⁴, par exemple. Or, les pouvoirs de représentation ne constituent pas à eux seuls l'ensemble des pouvoirs juridiques. Il faut également considérer les pouvoirs qu'on appelle les « pouvoirs propres »⁷⁵. On peut compter parmi ces pouvoirs propres le pouvoir du tuteur au mineur, par exemple, qui ne fait pas que représenter le mineur pour des actes juridiques, mais qui a également comme « mission » de voir à son bien-être⁷⁶.

Compte tenu de cette distinction, il importe de souligner que plusieurs auteurs prétendent que les fiduciaires ont « la particularité de ne représenter personne »⁷⁷ et exercent en conséquence des pouvoirs propres :

Car la fiducie — patrimoine d'affectation sans bénéficiaire — octroie au fiduciaire, à titre d'administrateur du bien d'autrui (art 1278 CcQ), non pas des « pouvoirs de représentation », mais des « pouvoirs propres et autonomes ». Ceci signifie que les agissements du fiduciaire sur le plan juridique ne sont pas modulés par une obligation telle qu'on l'entend spontanément en droit privé, soit un « lien de droit entre deux personnes, en

71. Selon la professeure Madeleine Cantin Cumyn, les pouvoirs des fiduciaires sont des pouvoirs propres : Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 223. De son côté, l'auteur Julien Valiergue soutient que les pouvoirs exercés au bénéfice d'un patrimoine affecté sont davantage de la nature de pouvoirs de représentation : Valiergue, *supra* note 65 à la p 231. Nous n'avons pas poussé la réflexion quant à savoir s'il doit y avoir une distinction entre la fiducie québécoise à laquelle réfère la professeure Cantin Cumyn et le patrimoine affecté auquel renvoie l'auteur Julien Valiergue. La question pourrait évidemment susciter un intérêt futur.

72. Boucher, *supra* note 39 au n° 174.

73. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 228.

74. Popovici, *Êtres et avoirs*, *supra* note 9 à la p 137.

75. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 227.

76. Sont également des pouvoirs propres, par exemple, les pouvoirs du gérant d'une indivision ou du liquidateur d'une succession : Cantin Cumyn, *ibid*.

77. Julien Busque, *La portée de l'article 1275 du Code civil du Québec à l'égard du fiduciaire* (2016) 118:3 R du N 457, à la p 460, et Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 46. Faribault soulignait quant à lui que les fiduciaires sont les représentants de l'intention du disposant (représentation *rationæ materiæ*) : Faribault, *supra* note 1 à la p 138. Toutefois, il prétendait également que le fiduciaire est le représentant des bénéficiaires (représentation *rationæ personæ*).

vertu duquel l'une d'elles, le débiteur, est tenu envers une autre, le créancier, d'exécuter une prestation»⁷⁸.

Cette constatation nous amène à porter notre attention sur la distinction proposée par Julien Valiergue entre les « pouvoirs loyauté » et les « pouvoirs impartialité ». Les premiers imposent à leur titulaire de « rechercher la satisfaction d'un intérêt déterminé »⁷⁹, alors que les seconds leur imposent d'exercer leur pouvoir « sans parti pris préalable »⁸⁰. L'auteur souligne que les pouvoirs loyauté concernent généralement les « pouvoirs intellectuels de conseil, d'assistance et surveillance ou d'entremise ainsi que des pouvoirs décisionnels d'autorisation et de représentation »⁸¹, alors que les pouvoirs impartialité réfèrent davantage aux pouvoirs d'expertise, de conciliation et de décision⁸².

La qualification du pouvoir discrétionnaire des fiduciaires de fiducies testamentaires ne se pose pas sans heurts, d'autant plus que la pratique nous permet de constater que nombre de testateurs excluent, dans les actes constitutifs, le devoir d'impartialité que la loi suppose à son article 1317 CcQ. Les fiduciaires doivent-ils être loyaux à la finalité posée par le testateur ou impartiaux à l'égard des bénéficiaires dans la réalisation de la finalité de la fiducie ? S'il est difficile d'établir si les pouvoirs des fiduciaires se qualifient davantage de pouvoirs loyauté ou de pouvoir impartialité⁸³, on peut toutefois établir que le devoir (de loyauté ou d'impartialité) des fiduciaires ne peut pas se rattacher aux bénéficiaires de la fiducie puisque tel que le suggère la professeure Cantin Cumyn, le testateur peut avoir prévu « une finalité qui ne coïncide pas nécessairement avec l'intérêt de ceux qui ont la qualité de bénéficiaires pendant cette durée »⁸⁴. Par exemple, les bénéficiaires de premier ordre pourraient avoir avantage à recevoir des sommes le plus rapidement possible, mais la finalité de la fiducie testamentaire

78. Alexandra Popovici, « Droits de regard : la fiducie dans le *Code civil du Québec* » dans Morin et Lefebvre, dir, *supra* note 18, 225 à la p 229, citant Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 4 aux pp 111 et s ; Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues — Les biens*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2012, *sub verbo* « obligation » ; Nicholas Kasirer, « Le droit robinsonien » dans Nicholas Kasirer, dir, *La solitude en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, 1.

79. Valiergue, *supra* note 65 à la p 249.

80. *Ibid.*

81. *Ibid* à la p 583.

82. *Ibid.*

83. Une étude subséquente pourrait être menée sur ce sujet.

84. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 232.

pourrait être d'assurer une sécurité à la descendance du défunt pendant le plus longtemps possible. En ce sens, la théorie des pouvoirs juridiques privés favorise le respect de l'affectation posée par le testateur dans l'exercice des pouvoirs juridiques des fiduciaires, plutôt que l'intérêt des bénéficiaires désincarné de l'intention initiale.

Par ailleurs, la distinction entre le droit subjectif et le pouvoir juridique impose en toutes circonstances des obligations plus lourdes à l'attributaire de pouvoirs qu'au titulaire de droits. Les fiduciaires ne peuvent donc pas exercer les droits subjectifs qui appartiennent à la fiducie⁸⁵ comme ils exerceraient leurs propres droits.

2. L'affectation comme finalité des pouvoirs des fiduciaires

Si les attributaires de pouvoirs que sont les fiduciaires doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires en fonction de l'affectation de la fiducie qui correspond à la finalité mise de l'avant par la théorie des pouvoirs juridiques privés, la définition de la notion d'affectation prend encore davantage de sens.

D'une manière générale, on définit l'affectation en référant à « l'idée de but, de mission ou de finalité »⁸⁶. On dit qu'« [a]ffecter un bien, c'est s'en séparer après lui avoir pour ainsi dire confié une mission »⁸⁷. La notion d'affectation est toutefois difficile à baliser, notamment parce qu'aucune définition légale n'existe, le législateur ayant préféré laisser libre cours à l'interprétation⁸⁸. On la qualifie parfois comme « une technique, un acte ou même une institution »⁸⁹.

Certains diront qu'elle est utilisée « lorsqu'une atteinte est portée à l'unité du patrimoine, notamment pour assujettir une propriété ou une

85. Voir ci-dessus partie I A. La théorie moderne du patrimoine : les droits de la fiducie n'appartiennent ni aux fiduciaires ni aux bénéficiaires.

86. Normand, *supra* note 12 à la p 599, citant Jean Carbonnier, *Droit civil*, 1^{re} éd, t 2, Paris, Presses universitaires de France, 2004, n° 670 à la p 1526.

87. *Ibid* à la p 612, citant Lepaulle, *Traité*, *supra* note 16 aux pp 29 et 30.

88. Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 13.

89. Normand, *supra* note 12, à la p 600, citant Jean Carbonnier, *supra* note 86, n° 670 à la p 1526; Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *supra* note 78 à la p 14, *sub verbo* « affectation », et Alain Vallières, « Compte rendu de Maurice Tancelin, *Des obligations. Les techniques d'exécution et d'extinction*, Montréal, Wilson Lafleur, 1994, 255 p., ISBN 2-89127-292-7 » (1995) 36:2 C de D 551, en ligne (pdf): <www.erudit.org/fr/revues/cd1/1995-v36-n2-cd3803/043338ar.pdf>.

universalité à une finalité»⁹⁰. Selon cette conception⁹¹, l'affectation pourrait, d'une part, entraîner la division d'un patrimoine et, d'autre part, permettre la création d'un patrimoine distinct. La division du patrimoine serait une forme d'affectation bien que le patrimoine soit toujours « attaché » à une personne⁹². L'exemple le plus évident de ce type d'affectation consiste en la séparation du patrimoine des héritiers de celui du défunt pendant la liquidation de la succession⁹³.

Dans tous les cas, aux fins du présent article, seule l'affectation créatrice d'un patrimoine distinct est d'intérêt. L'affectation, objet de l'étude, est donc la « mission »⁹⁴ qui constitue l'unité entre les biens, les droits et les obligations. Elle permet la constitution d'une universalité au sens de la théorie moderne du patrimoine. On dit que « l'affectation de la fiducie est son moteur »⁹⁵, un moteur qu'on analysera pour guider les fiduciaires ou pour changer la trajectoire de la fiducie, par exemple. L'affectation prendra une signification toute particulière en matière de modification de fiducie⁹⁶, mais elle jouera aussi un rôle crucial dans l'interprétation de l'ensemble des dispositions de l'acte constitutif⁹⁷.

Dans son article publié dans un ouvrage collectif sur les intraduisibles en droit civil, la professeure Popovici souligne l'apport de la version anglaise de l'article 915 CcQ à la compréhension de la notion d'affectation⁹⁸.

915. Les biens appartiennent aux personnes ou à l'État, ou font, en certains cas, l'objet d'une affectation.

915. Property belongs to persons or to the State or, in certain cases, is appropriated to a purpose [nos italiques]⁹⁹.

90. Normand, *supra* note 12 à la p 608.

91. Il faut dire que la fiducie est la seule notion explicitement désignée comme un patrimoine d'affectation dans le *Code civil du Québec*. Il importe également de souligner que la fondation peut être qualifiée de patrimoine d'affectation si elle est constituée en fiducie.

92. Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 19.

93. Art 780 CcQ, et Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 13.

94. Normand, *supra* note 12 à la p 612, citant Lepaulle, *Traité*, *supra* note 16 aux pp 29 et 30.

95. Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 73.

96. *Ibid.*

97. *Ibid* à la p 74.

98. Popovici, « La fiducie québécoise, re-belle infidèle », *supra* note 10 à la p 151. Voir aussi John EC Brierley, « The New Quebec Law of Trusts: The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concept » dans H Patrick Glenn, dir, *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1993, 383.

99. Art 915 CcQ.

Le terme « *appropriation* » en anglais réfère à l'utilisation de biens pour un but, un usage, un objet¹⁰⁰. On décèle dans cette définition un lien plus direct qu'en français avec la finalité à laquelle la théorie des pouvoirs juridiques privés fait référence.

Qu'il considère la version française ou la version anglaise, le lecteur peut aisément constater l'envergure de l'expression « affectation ». Son étendue laisse toutefois place à une certaine imprécision, laquelle, conjuguée au caractère incontournable de la notion pour quiconque souhaite justifier l'exercice de ses pouvoirs, devrait inciter un rédacteur alerte à y porter une attention toute particulière. Il « facilite[ra ainsi] l'administration de la fiducie et constitue[ra] une preuve écrite de l'affectation »¹⁰¹.

L'autrice et notaire émérite Julie Loranger souligne d'ailleurs ce qui suit, à juste titre :

La rédaction des volontés du testateur concernant l'affectation de la fiducie s'avère probablement une des plus importantes clauses de l'acte constitutif. En effet, si un doute est soulevé quant à l'interprétation d'une disposition relative à la constitution ou l'administration de la fiducie, c'est à son affectation que l'on référerait afin d'établir l'intention du testateur. Les seules limites à l'affectation d'une fiducie sont les dispositions d'ordre public et l'imagination. Lors de la rédaction de l'affectation d'une fiducie, il nous semble plus prudent d'énoncer les principes généraux à être suivis par le fiduciaire plutôt que d'essayer de couvrir toutes les situations susceptibles de se produire lors de l'administration de la fiducie. Ce principe de rédaction est particulièrement important si la fiducie est appelée à exister pendant une longue période de temps. Il est donc préférable de laisser au fiduciaire la possibilité de juger des nouvelles circonstances et de s'y adapter, plutôt que de lui imposer des règles trop rigides¹⁰².

En somme, c'est principalement la créativité du testateur qui limite la rédaction des clauses d'affectation. M^e Loranger souligne toutefois que

même en présence d'une disposition expresse intitulée « affectation de la fiducie », [il est] nécessaire d'examiner l'ensemble

100. Katherine Barber, dir, *The Canadian Oxford Dictionary*, 2^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2005, *sub verbo* « appropriate : devote (money, etc.) to special purposes ».

101. Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 73.

102. Julie Loranger, « La rédaction des fiducies établies par testament et par donation » dans Institut Wilson & Lafleur, *Colloque sur les fiducies dans le Code civil du Québec : une réforme radicale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, aux pp 10 et 11.

des faits et circonstances lors de la mise en place de la fiducie ainsi que toutes les dispositions de l'acte constitutif de la fiducie pour cerner l'affectation de la fiducie¹⁰³.

Cette méthode interprétative pour le moins contextuelle¹⁰⁴ laisse place à la considération des faits et circonstances auxquels le testateur était confronté lors de la rédaction de son testament, et accorde une importance singulière à son intention.

Le fait que l'affectation d'une fiducie testamentaire soit parfois trop peu étayée ou qu'elle soit susceptible d'être interprétée de plusieurs façons en raison d'une ambiguïté dans le texte rend complexe l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires. La complexité liée à l'exercice et à l'évaluation de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires par les fiduciaires de fiducies testamentaires pourrait certes donner envie de limiter la discrétion conférée aux fiduciaires et de veiller à ce que le testateur soit des plus explicites dans son testament. De cette façon, les fiduciaires n'auraient pas à laisser libre cours à leur capacité de jugement et ne seraient en quelque sorte que des exécutants. Il en va tout autrement :

*Discretion implies the possibility of choice, which in turn calls for the exercise of judgment. Discretion is universally recognized as an essential aspect of fiduciary relationships. We contend that the grant of discretion in fiduciary relationships is not merely an artifact of human weakness, but a crucial part of the fiduciary bargain. To borrow an expression from software design, contractual incompleteness is not a bug, it's a feature [notes omises]*¹⁰⁵.

On ne peut nier la place qu'occupe la discrétion dans l'exercice des pouvoirs des fiduciaires. Comme ceux-ci s'exercent généralement sur plusieurs années, force est de constater que les testateurs peuvent très difficilement, voire pas du tout, prévoir toutes et chacune des situations auxquelles les fiduciaires seront confrontés. Sans que l'ensemble des pouvoirs soient nécessairement discrétionnaires, une part de discrétion devient inévitable. Par surcroît, dans une perspective

103. Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 73.

104. Mélanie Samson et Catherine Bélanger, « La méthode contextuelle » (2017), en ligne (pdf) : *Chaire de rédaction juridique Louis-Philippe-Pigeon de l'Université Laval* <www.redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/sites/redactionjuridique.chaire.ulaval.ca/files/capsule-methode-contextuelle-vf.pdf>.

105. D Gordon Smith et Jordan C Lee, « Fiduciary Discretion » (2014) 75:3 Ohio St LJ 609 aux pp 610–611.

purement juridique, on peut penser qu'en l'absence de discrétion, l'objet du contrat ressemblerait davantage à un mandat qu'à une fiducie¹⁰⁶. En effet, si l'acte n'accordait aucune discrétion, les fiduciaires ne seraient que les « mandataires *post-mortem* » du testateur (ou de la succession)¹⁰⁷ aux fins de l'accomplissement d'actes juridiques déterminés à l'avance.

La première partie nous a permis de poser le cadre de référence à l'intérieur duquel la question qui nous occupe peut trouver réponse. Au carrefour de la théorie moderne du patrimoine et de la théorie des pouvoirs juridiques privés se trouve l'affectation qui constitue la finalité que doivent respecter les fiduciaires dans l'exercice de leurs pouvoirs. La mission de confiance conférée par le testateur aux fiduciaires fait écho à l'inévitable incomplétude du testament pour justifier la discrétion dont bénéficient les fiduciaires dans l'exercice de leurs pouvoirs. Si la discrétion est requise, le testateur a toutefois avantage à bien établir la finalité qui le motive à mettre en place une fiducie testamentaire pour que les fiduciaires puissent exercer cette discrétion dans l'esprit qui l'a fait naître.

II. LES LIMITES À L'INTENTION DU TESTATEUR COMME OUTIL D'INTERPRÉTATION DE L'AFFECTATION D'UNE FIDUCIE TESTAMENTAIRE

Partant de l'inévitable incomplétude des actes et de l'inéluctable discrétion qui en résulte dans la réalisation de leur finalité, nous proposons d'abord de creuser plus amplement les règles propres à l'interprétation de l'affectation d'une fiducie testamentaire (A), pour ensuite nous attarder aux limites à l'intention du testateur posées par le droit des fiducies (B).

106. Lepaulle, « Les fonctions du "trust" », *supra* note 12 à la p 355 ; Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire », *supra* note 60 à la p 285 ; Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 276 ; Roderick A Macdonald, « The Security Trust: Origins, Principles and Perspectives » dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain / Contemporary Utilization of Non-Corporate Vehicles of Commerce (Conférence Meredith Lectures 1997)*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1998, 155 à la p 172.

107. Nous ne prétendons pas ici que le testateur puisse donner un mandat qui continuerait de produire des effets juridiques après son décès, mais uniquement que les caractéristiques de la relation juridique ressembleraient davantage à un mandat.

A. L'interprétation de l'affectation d'une fiducie testamentaire

L'affectation de la fiducie testamentaire est au cœur de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires¹⁰⁸ et doit être interprétée, comme le testament qui lui donne naissance, en fonction de l'intention du testateur¹⁰⁹. La règle fondamentale en matière d'interprétation des testaments soulève peu de doutes¹¹⁰ : « [i]l faut reconnaître la primauté de la volonté du testateur, corollaire de la liberté de tester »¹¹¹.

Si l'intention du testateur est d'or, un testament clair et précis ne peut pas être interprété. Ce n'est que s'il y a ambiguïté que l'intention du testateur devra être analysée et qu'il faudra « faire parler le mort »¹¹²... sans par ailleurs lui « faire dire [...] des choses qu'il n'a pas dites »¹¹³!

1. L'intention du testateur dans le contexte de son droit d'être « déraisonnable »

En matière testamentaire, la liberté des Québécois est vaste. En effet, ces derniers ont le loisir¹¹⁴ de léguer leurs biens aux personnes de leur choix¹¹⁵ sans qu'ils aient à justifier le caractère « juste, équitable ou raisonnable » [nos italiques]¹¹⁶ de leur décision. Ils ne sont donc pas

108. Comme nous l'avons démontré dans la partie I.

109. Claxton, *supra* note 8 au para 27.17. Dans son article sur les pouvoirs discrétionnaires, l'autrice Marilyn Piccini Roy soulignait également que la souplesse de la fiducie permettait de veiller à ce que les intentions du constituant puissent se matérialiser : Piccini Roy, *supra* note 8.

110. Voir aussi la décision phare *Pinelli c Lawrence Estate*, 2000 JE 2183 (CA), [2000] RJQ 2858, puis récemment *Lubecki c Lubecki*, 2015 QCCA 1547.

111. *GB c SiB*, 2015 QCCA 1223 [*GB c SiB*], citant *Pépin c Caisse*, 2009 QCCA 1697 [*Pépin c Caisse*]; *Miller c Berkowitz*, JE 94-714 (CS), EYB 1994-73668 (Référence), cité dans Pierre Ciotola, « Successions : des principes usuels d'interprétation des testaments et les décisions rendues en 2007 » (2008) 110:1 R du N 37 à la p 41; voir aussi *Glass c Glass* (1968), [1969] CS 484, 1968 CarswellQue 153 (WL Can), *Bernier c St-Louis*, [1963] CS 183, 1963 CarswellQue 82 (WL Can); *Lapointe c Schwartz*, [1988] RL 70, 10 ACWS (3^e) 151 (Qc CA); *Béique c Clément*, [1990] RJQ 1327, JE 90-733 (CS) [*Béique*]; *Larose et al c Valiquette et al*, [1943] DLR 716, 1943 CanLII 385 (CSC).

112. Ciotola, *supra* note 111 à la p 41.

113. *Prévost c Fraser* (1956), [1957] CS 35, AZ-50303960 (SOQUIJ), cité dans Ciotola, *supra* note 111 à la p 51.

114. La liberté de tester a été conférée aux Québécois il y a fort longtemps. Les dernières restrictions coutumières auraient disparu en 1801 par l'intermédiaire de l'*Acte pour expliquer et amender la Loi concernant les testaments et ordonnances de dernière volonté*. Sur le sujet, voir Christine Morin, « Le testament, instrument de traduction » dans Popovici, Smith et Tremblay, dir, *supra* note 10 à la p 106 [Morin, « Le testament, instrument de traduction »].

115. La liberté de tester est toutefois restreinte par les règles relatives à la survie de l'obligation alimentaire.

116. Morin, « Le testament, instrument de traduction », *supra* note 114 à la p 107.

empêchés, par exemple, de disposer de leurs biens en faveur des enfants qui pratiquent la même religion qu'eux et de choisir d'exclure ceux qui ne la pratiquent pas, sans avoir à se justifier¹¹⁷. Le fait que le testateur puisse ainsi être « déraisonnable » a évidemment une incidence sur l'interprétation des actes constitutifs de fiducies testamentaires. Dans l'exercice de son droit de tester, le testateur pourrait, par exemple, baliser l'affectation d'une façon qui paraîtrait déraisonnable aux yeux de certains. On peut s'étonner du fait que le testateur n'ait pas à être raisonnable, alors que le titulaire de droits subjectifs doit agir de bonne foi¹¹⁸ et respecter « les devoirs liant la personne raisonnable qui agit pour elle-même et dont le non-respect est éventuellement sanctionné par la responsabilité civile »¹¹⁹, mais l'objectif, ici, est surtout de pointer le fait que la finalité vers laquelle les fiduciaires doivent tendre pourrait s'en trouver « déraisonnable » parallèlement.

Par ailleurs, la jurisprudence indique que non seulement le testateur peut être déraisonnable, mais que celui qui exerce le pouvoir discrétionnaire conféré par ce testateur le pourrait tout autant (et nous ajouterions « dans la mesure où il respecte l'affectation »). Dans une décision rendue en 2015¹²⁰, la Cour d'appel s'est prononcée sur le caractère raisonnable d'une décision prise dans le cadre de l'exercice d'une faculté discrétionnaire d'élire. Dans la *Revue du notariat*¹²¹, la professeure Diane Bruneau souligne à juste titre qu'il fallait alors que la Cour d'appel détermine si la faculté d'élire est un pouvoir absolu ou si l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit être justifiable raisonnablement¹²². Le tribunal conclut ainsi :

En d'autres mots, puisqu'il demeurait dans les limites de la catégorie déterminée par son aïeul et qu'il respectait les autres dispositions de l'acte constitutif, R...B... avait pleinement le droit d'exercer sa faculté d'élire (et d'exclure) comme il l'a fait. Aucun contrôle ne peut être exercé sur cette décision,

117. Le testateur ne pourra toutefois pas assujettir son legs à la condition que l'héritier pratique la même religion que lui. Cela n'empêchera toutefois pas le testateur de désigner comme héritiers ceux qui pratiquent sa religion, sans que l'on puisse lui demander de s'expliquer; voir *ibid.*

118. Art 375 CcQ.

119. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 233. L'autrice souligne toutefois que ce n'est qu'exceptionnellement que le titulaire d'un droit se voit obligé de justifier l'usage qu'il en fait.

120. *GB c SiB*, *supra* note 111.

121. Diane Bruneau, « Revue de la jurisprudence 2015 en fiscalité et en fiducie » (2016) 118:1 R du N 139.

122. *Ibid* à la p 156.

quelle qu'en soit la motivation, à moins que l'on applique à la faculté d'élire la règle prohibant les clauses illicites ou contre l'ordre public¹²³.

On remarque ici que la Cour d'appel constate la liberté substantielle conférée au décideur, laquelle ne serait limitée que par l'acte constitutif, les règles relatives aux clauses illicites et l'ordre public. Dans toute autre circonstance, la Cour précise qu'« aucun contrôle ne peut être exercé sur cette décision »¹²⁴. Notons ici le fait que le tribunal d'appel conclut qu'il n'a pas à examiner le caractère raisonnable de la décision. On peut toutefois s'étonner du fait que le tribunal n'a pas été amené à se prononcer sur l'affectation de la fiducie pour juger de la décision prise par les fiduciaires. En effet, il aurait été intéressant de réfléchir à la conformité de la décision avec l'affectation initiale mise de l'avant par le disposant. Il faut dire que dans cette affaire, ce n'est pas le fiduciaire qui était l'attributaire de la faculté d'élire. Le tribunal a malgré tout qualifié de « pouvoir discrétionnaire » la faculté d'élire. On peut se demander si la Cour d'appel a plutôt voulu considérer la faculté d'élire, en l'espèce, comme un droit conféré par le testateur plutôt que comme un pouvoir juridique. Le cas échéant, la pertinence de ce jugement aux fins des questions qui nous occupent serait grandement diminuée puisque l'analyse de l'exercice d'un droit diffère considérablement de celle portant sur l'exercice d'un pouvoir.

Cette décision nous permet malgré tout de noter que la Cour d'appel est d'avis que celui qui dispose d'une faculté d'élire n'a pas à être plus raisonnable que le testateur lui-même. Nous ne saurions trop insister sur ce « droit à la déraisonnabilité » du testateur, car bien peu de situations juridiques nous semblent y donner lieu, le droit ayant plutôt tendance à favoriser la raisonnable!

Même si le testateur peut être « déraisonnable », il ne faudrait pas croire que la raisonnable du testateur ne soit pas à l'occasion analysée par les tribunaux¹²⁵. En effet, « [l]es juges cherchent généralement à vérifier si le contenu du testament est logique ou cohérent, eu égard au testateur dont le testament est contesté »¹²⁶. L'exercice est généralement fait avec prudence et les tribunaux soulignent abondamment

123. *GB c SiB*, *supra* note 111 au para 55, et Bruneau, *supra* note 121 à la p 157.

124. *GB c SiB*, *supra* note 111 au para 55.

125. Christine Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants » (2011) 41:1 RGD 143 [Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants »].

126. Morin, « Le testament, instrument de traduction », *supra* note 114 à la p 103.

qu'ils n'ont pas la liberté d'exercer un jugement moral, de corriger des injustices ou d'assurer l'équité¹²⁷. La professeure Christine Morin, citant le professeur Pierre Ciotola, souligne d'ailleurs dans son texte sur la capacité de tester, que même si l'on peut généralement croire qu'un testateur avait la capacité de tester si son testament comporte les dispositions qu'aurait prises un « homme judicieux, équitable ou sage », toute personne n'est pas nécessairement judicieuse, équitable ou sage de son vivant et ne le sera certainement pas davantage au moment de la rédaction de son testament¹²⁸ !

Dans son texte portant sur le testament à titre d'objet de traduction de l'intention du testateur, la professeure Morin rapporte avec précision de nombreux exemples jurisprudentiels qui démontrent que les juges auront généralement plus de facilité à accepter l'exhérédation d'une personne avec laquelle le testateur était en conflit et le legs en faveur d'une personne que le testateur appréciait¹²⁹.

Par ailleurs, si le testament semble contraire à une explication « traditionnelle », les tribunaux seront plus enclins à examiner des questions de capacité ou de captation¹³⁰ ou même à remettre en question l'interprétation littérale du texte. En effet, « un testament qui force une interprétation par l'absurde ou qui conduit à un résultat déraisonnable [est généralement] écarté »¹³¹.

En somme, bien que le droit n'empêche pas le testateur d'être « déraisonnable » dans l'exercice de sa faculté de tester, les tribunaux sont parfois enclins à tenir compte de la « raisonabilité » d'un testament pour évaluer la capacité du testateur ou pour interpréter une disposition douteuse. Il semble donc y avoir consensus : les juges n'ont pas à s'assurer que le testament est raisonnable, mais ils doivent se convaincre que l'interprétation correspond à la volonté du disposant¹³². C'est dans ce processus mené par les juges qu'on voit parfois

127. *Ibid* à la p 108. Voir aussi Christine Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants », *supra* note 125 à la p 167.

128. *Ibid*, citant Ciotola, *supra* note 111 aux pp 42–43.

129. Morin, « Le testament, instrument de traduction », *supra* note 114 à la p 110. Voir aussi Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants », *supra* note 125 à la p 168.

130. Morin, « Le testament, instrument de traduction », *supra* note 114 à la p 111. Voir aussi Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants », *supra* note 125 à la p 169.

131. André J Barette, « Règles de preuve et confidentialité en matière d'administration du bien d'autrui », dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies* (2009), vol 305, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2009, 79 à la p 83.

132. Morin, « Le testament, instrument de traduction », *supra* note 114 à la p 111.

apparaître le « testateur raisonnable ». Or, le jugement des tribunaux à l'égard d'un testament ne devrait pas supposer sa comparaison avec ce qu'une *personne raisonnable* aurait voulu écrire. Le testament devrait plutôt être évalué et interprété sur la base de ce qu'on connaissait du testateur lui-même, avec ses qualités, ses défauts¹³³, ses croyances, ses valeurs et ses autres caractéristiques personnelles¹³⁴. Ce faisant, les tribunaux protègent la liberté de tester des justiciables québécois.

Il va sans dire que les fiduciaires devront toutefois être d'autant plus prudents dans l'exercice de leurs pouvoirs discrétionnaires s'ils doivent réaliser une affectation qui pourrait paraître déraisonnable compte tenu du réflexe que peuvent avoir certains juges de favoriser une interprétation de l'affectation qui mènerait à un résultat *raisonnable* à leurs yeux.

2. *L'exposition limitée du raisonnement juridique dans la jurisprudence*

La jurisprudence, à laquelle se rallie d'ailleurs la doctrine, tend à clamer qu'elle favorise le principe de la non-intervention à l'égard de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires de fiducies testamentaires, sauf exceptions¹³⁵. Ce principe a été établi dans l'affaire *KL c DJ*¹³⁶, alors que le tribunal soulignait :

En ce qui concerne la discrétion conférée aux fiduciaires par les actes de fiducie, le tribunal ne croit pas pouvoir réformer les décisions des fiduciaires à moins que celles-ci constituent des abus de pouvoirs, des décisions déraisonnables, malicieuses et qui auraient pour effet, par exemple, de placer la bénéficiaire de la fiducie dans une position que l'acte de fiducie était justement destiné à prévenir¹³⁷.

Or, l'analyse factuelle semble montrer que les tribunaux appliquent le principe de la non-intervention principalement lorsqu'ils sont convaincus que les fiduciaires agissent en conformité avec l'intention du testateur. En effet, on ne peut nier toute l'attention que les tribunaux portent à l'intention et à la volonté du testateur dans l'analyse de

133. *Ibid* à la p 126.

134. Morin, « La capacité de tester : tenants et aboutissants », *supra* note 125 à la p 170.

135. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 211.

136. *KL c DJ*, 2003 CanLII 1057 (QC CS), AZ-5017272 (SOQUIJ), repris plus récemment dans *Corbin c St-Pierre (Succession de Lelièvre)*, 2021 QCCS 911 [Corbin], et *Moore c Moore*, 2021 QCCS 11.

137. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 211.

l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires de fiducies testamentaires¹³⁸. L'étude ordonnée de la jurisprudence le montre¹³⁹. L'interprète s'étonnera toutefois que la jurisprudence fasse si peu référence à l'interprétation de l'affectation de la fiducie pour justifier le recours à cette intention du testateur. Cet angle d'analyse naturel nous semble induit par le fait que « la liberté de tester est un principe bien connu en droit québécois »¹⁴⁰ et que la primauté de la volonté du testateur est le corollaire de cette liberté de tester¹⁴¹. C'est ce qui ressort de l'étude de la jurisprudence.

Dans *Hand c Auclair*, en 1970, la Cour d'appel précise que les fiduciaires « ne peuvent substituer leur volonté à celle du testateur » et qu'ils doivent « accomplir les volontés du testateur »¹⁴². Qu'il s'agisse de tenir compte « du montage corporatif et financier imaginé et mis en place

138. Bien que l'importance de l'intention du testateur soit considérable, certains jugements des tribunaux témoignent également du souhait des décideurs de ne pas substituer leur opinion à celle des fiduciaires. Cette préoccupation semble toutefois bien accessoire si on la compare à l'intérêt que les tribunaux portent à l'intention du testateur. Voir *Belcourt (Succession de)*, 2016 QCCS 385 ; *Central Guaranty Trust Co v Lefebvre-Gervais*, [1992] RJQ 2264 (CS), 47 ETR 257 [*Central Guaranty Trust*]. La jurisprudence analysée laisse également une place somme toute mineure à la notion de personne raisonnable. Voir *LB c JM*, 2007 QCCS 6677 ; *Québec CP c AN*, *supra* note 6. L'affaire *Bell c Molson*, 2015 QCCA 583 [*Bell*] aura également marqué les praticiens du droit des fiducies en 2012, puis en 2015, lors de la publication du jugement de la Cour d'appel. Dans cette affaire, les fiduciaires se voyaient reprocher de ne pas avoir réagi assez rapidement face à des indices sérieux selon lesquels des placements allaient subir une perte importante, de sorte qu'une perte de 1 300 000 \$ avait été subie. La Cour supérieure, puis la Cour d'appel, ont conclu que les fiduciaires avaient effectivement manqué de prudence et de diligence en l'espèce. La Cour supérieure a formulé une argumentation sur l'évaluation de la conduite du fiduciaire en soulignant le fait que l'obligation est non seulement assujettie à la norme de la *personne raisonnable*, mais également « aux buts poursuivis par la fiducie, à l'intérêt des bénéficiaires et au texte du testament » dans *Bell c Molson* 2012 QCCS 5498 au para 64.

139. Une recherche jurisprudentielle à ce sujet s'imposait. À la recherche générale « fiducie ET testament ET discrétion », la Société québécoise d'information juridique rapporte 357 décisions. De celles-ci, nombre n'ont pas de pertinence à l'égard de la question qui occupe le présent article. En effet, plusieurs sont de nature purement fiscale ou ont pour objet des questions de droit professionnel ou disciplinaire. Plusieurs sont également répertoriées sans avoir aucun lien avec le droit des successions ou des fiducies, pour la simple raison que l'article 453 Cpc (en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2016) y est repris, puisque ce dernier contient le terme « testament ». On ne peut toutefois pas éliminer d'office l'ensemble des décisions portant sur l'article 453 Cpc, car la requête en jugement déclaratoire a été utilisée à maintes reprises pour établir le cadre juridique relatif à l'exercice des pouvoirs par les fiduciaires. Bien que les résultats de recherche soient vastes et que plusieurs d'entre eux soient inutiles, l'expérience n'est pas moins pertinente pour autant. On constate, dans les 52 décisions qui analysent notamment l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires de fiducies testamentaires, toute l'attention que les tribunaux portent à l'intention du testateur.

140. *GB c SiB*, *supra* note 111 au para 35.

141. *Pépin c Caisse*, *supra* note 111.

142. *Hand c Auclair*, [1970] CA 253 aux pp 1–2, AZ-70011067 (SOQUIJ) [*Hand c Auclair*].

par le testateur»¹⁴³, de rappeler à l'ordre des fiduciaires qui croient devoir «représenter la famille»¹⁴⁴ en insistant sur le devoir de «représenter l'esprit du constituant»¹⁴⁵, de préciser que les fiduciaires «doivent [...] exercer [leurs pouvoirs] raisonnablement et en bon père de famille comme l'aurait fait la grand-mère»¹⁴⁶, ou d'affirmer que «lorsque les bénéficiaires ont des intérêts divergents, le fiduciaire doit moduler les intérêts de chacun, en ayant toujours comme but celui de respecter les volontés du constituant»¹⁴⁷, les tribunaux semblent ne manquer aucune occasion d'insister, de façon générale, sur l'importance de respecter l'intention du testateur¹⁴⁸. Tout récemment, dans *Corbin c St-Pierre (Succession de Lelièvre)*¹⁴⁹, la Cour supérieure s'interrogeait comme suit : «agit-il [le fiduciaire] de façon raisonnable et loyale à l'égard de la bénéficiaire, en refusant de donner son accord au transfert des immeubles ? Va-t-il à l'encontre des objectifs de la Fiducie *tel qu'envisagé[s] par le testateur ?*» La Cour précise par la suite que le fiduciaire devrait «se demander ce qui est dans le meilleur intérêt de M^{me} Corbin, le tout en respectant *évidemment les souhaits du testateur et le Testament*» [nos italiques]¹⁵⁰.

143. *Bastien c Bastien*, 102 ACWS (3^e) 642, 2000 CanLII 7028 (Qc CA), autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 28420 (6 septembre 2001).

144. *Ibid.*

145. *Nadeau (Succession de) c Nadeau*, AZ-50337564 (SOQUIJ) au para 35, JE 2005-1996 (CS).

146. *Sergueeva (Succession de) c Bedos*, 2008 QCCS 503 au para 67 [*Sergueeva*].

147. *Giroux c Langlois*, 2012 QCCS 4197 au para 24, puis *Giroux c Langlois*, 2015 QCCA 24.

148. Ainsi, dans *Central Guaranty Trust*, *supra* note 138, le tribunal accorde une importance considérable à l'intention du testateur en analysant la condition posée par le défunt dans son testament, laquelle limitait les possibilités pour sa veuve de se remarier. Une clause du testament prévoyait que les versements de revenus devaient cesser si la bénéficiaire (qui était la conjointe du défunt) se remariait avec quelqu'un qui n'avait pas les moyens de la soutenir financièrement. La légalité de cette clause était soumise à l'attention du tribunal. L'intention du testateur a été analysée et le juge a accepté que la raison la plus probable justifiant la décision du testateur était d'inciter la conjointe à se marier avec quelqu'un qui pourrait subvenir à ses besoins pour que les fils (bénéficiaires résiduels) reçoivent un montant plus important. Les fiduciaires ont aussi demandé des instructions quant aux facteurs qu'ils devraient considérer pour exercer leur discrétion de suspendre les paiements de revenus. La Cour a jugé qu'elle ne devait pas intervenir lorsqu'un testateur confère une discrétion importante aux fiduciaires, mais elle s'est permis d'indiquer certains facteurs évidents ou apparents qui devraient être considérés (comme le souhait du testateur de ne pas subvenir aux besoins du nouveau conjoint de sa femme). Dans *Després c Théberge*, JE 98-561 (CS), AZ-98021256 (SOQUIJ) [*Després c Théberge*]; *Théberge c Després*, EYB 2001-23182 (CA) (Référence), AZ-01019527 (SOQUIJ) [*Théberge c Després*]; *Despatis c Després*, REJB 2001-23067 (CA), AZ-01019526 (SOQUIJ) [*Despatis c Després*], la Cour supérieure devait plutôt décider si la veuve du défunt avait toujours le droit de percevoir la somme de 15 000 \$ par année (provenant indirectement de l'entreprise fondée par le défunt), même si l'entreprise était en faillite. Le tribunal a conclu que le silence du testateur ne pouvait s'expliquer que par son intention d'avantager sa conjointe seulement dans la mesure où l'épicerie demeurait en activité.

149. *Corbin*, *supra* note 136.

150. *Ibid* aux para 81 et 102.

Dans *Levine c Samberg*, le tribunal précise :

[50] It is a well known principle that extensive discretionary powers and broad liability exclusions in favour of administrators do not authorize negligence or gross negligence. They also do not automatically provide shelter to administrators acting in contradiction with the intention of the testator or against the interests of the beneficiaries of their administration.

[51] Even the broadest discretionary powers do not turn a trustee into a beneficiary of the trust it administers [notes omises, nos caractères gras]¹⁵¹.

Plus récemment, dans *Bordeleau-Guillet c Guillet*¹⁵², la Cour supérieure reconnaissait que les administrateurs d'un patrimoine affecté avaient mis « en place des balises qui s'appuient sur une analyse objective et raisonnable »¹⁵³ et approuvait le fait que « le respect des volontés du testateur primait lors de la prise de leurs décisions »¹⁵⁴. De nombreux exemples témoignent d'ailleurs de l'importance que les tribunaux accordent à l'intention du testateur pour juger de la légalité d'une décision prise par les fiduciaires¹⁵⁵. La justice administrative ajoute à l'analyse.

151. *Levine c Samberg*, 2013 QCCS 3389 aux para 50–51.

152. *Bordeleau-Guillet c Guillet*, 2020 QCCS 3256.

153. *Ibid*, au para 149.

154. *Ibid*, au para 157.

155. Dans *LB c JM*, 2007 QCCS 6677 aux para 18–23, le tribunal analyse l'intention du testateur pour conclure que la fille du défunt devait avoir accès à un montant supérieur au seul remboursement de ses droits de scolarité. Dans *Philibert c Philibert*, 2013 QCCS 5149 au para 118 [*Philibert*], le tribunal porte son regard sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires et constate que « [l]e demandeur prétend que son frère Paul agit par peur en dégrevant le montant d'argent, ce qui n'est pas le cas puisqu'il a agi dans les intérêts du bénéficiaire selon les volontés du défunt ». Dans *Ponton c Bush*, 2015 QCCS 2479 au para 31, la demanderesse requiert que des sommes supplémentaires soient versées au bénéficiaire aux termes d'une ordonnance de sauvegarde. Le tribunal estime qu'elle n'a pas fait la démonstration « que la volonté des constituants [n'était] pas respectée par les fiduciaires en ce qui concerne la réponse aux dépenses » du bénéficiaire. Dans *Gestion Diane Ouellet inc c Gestion Denis Ouellet (Rimouski) (1986) inc*, 2016 QCCS 238 au para 102; *Gestion Denis Ouellet (Rimouski) (1986) inc c Gestion Diane Ouellet inc*, 2018 QCCA 1100, la Cour supérieure, dont le jugement a été confirmé par la Cour d'appel, rappelle qu'en matière de responsabilité fiduciaire, « il convient donc d'examiner si les fiduciaires de cette fiducie se comportent comme Monsieur Ouellet [le défunt] les oblige à le faire ». Dans *St-Louis c St-Louis*, [1997] RJQ 1099 (CS) aux para 31 et 33, 1997 CanLII 8811 [*St-Louis c St-Louis*], la Cour supérieure permet aux fiduciaires d'une fiducie testamentaire d'exercer leurs pouvoirs discrétionnaires dans le contexte de l'exercice d'un choix fiscal remis en question par une des bénéficiaires. La décision de la Cour est notamment fondée sur l'intention claire du testateur de « donner pleins pouvoirs à ses fiduciaires » et sur le fait que « la position des fiduciaires paraît plus conforme à l'intention et à la lettre du testament ». En 2005, dans *Mathieu c Mathieu*, 2005 BE-532 (CS), AZ-50328139 (SOQUIJ) [*Mathieu*], le bénéficiaire de la fiducie a présenté une requête en jugement

En effet, de nombreux décideurs du Tribunal administratif du Québec se sont prononcés dans les dernières années sur la question de savoir si les sommes détenues par une fiducie testamentaire au bénéfice d'une personne recevant des prestations de dernier recours doivent être considérées pour établir les montants payables au prestataire.

Ainsi, dans l'affaire *RM c Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, le Tribunal administratif du Québec est assez explicite :

Dans l'acte de fiducie, le père de la partie requérante a indiqué les raisons qui l'ont incité à transférer la somme de 40 000 \$ dans la fiducie et c'est dans cet esprit que la fiduciaire doit gérer les sommes contenues dans la fiducie. La fiduciaire doit respecter la volonté première du constituant de la fiducie [notes omises]¹⁵⁶.

[...]

Puisque le fiduciaire doit gérer les montants de la fiducie dans le respect de la volonté première du constituant, le but de la fiducie devient également un élément important à considérer¹⁵⁷.

[...]

Les montants reçus sont versés conformément à l'acte constitutif de fiducie soit pour payer des petits cadeaux ou des petits plaisirs

déclaratoire pour faire déterminer ses droits à titre de bénéficiaire, à la demande du ministère de l'Emploi, de la Solidarité sociale et de la Famille, qui souhaitait mettre fin à ses prestations de dernier recours. Le tribunal a jugé que l'étendue des pouvoirs de la fiduciaire ne lui permettait pas de verser plus d'argent au bénéficiaire, soulignant qu'elle respectait la volonté de son frère défunt, de même que le régime de vie du bénéficiaire. Dans *Letendre c Société de fiducie privée MD*, 2012 QCCS 4128, la Cour juge que bien que le testament stipulât qu'une priorité devait être donnée à la conjointe du défunt, l'obligation d'impartialité des fiduciaires et l'intention du testateur que des biens soient maintenus pour les bénéficiaires subséquents rendent raisonnable la décision des fiduciaires de tenir compte des revenus de la bénéficiaire pour déterminer les sommes à lui être versées. La Cour porte un intérêt certain à l'intention du testateur pour déterminer si les fiduciaires d'une fiducie exclusive au conjoint devaient tenir compte des actifs de la bénéficiaire de premier ordre pour établir le niveau de vie que la fiducie devait lui assurer. Dans *Québec CP c AN*, *supra* note 6 au para 49, la Cour supérieure est appelée à évaluer l'étendue des droits du bénéficiaire pour déterminer si ses besoins de base devaient être comblés par la fiducie testamentaire ou par les régimes publics. Le tribunal précise qu'«[é]videmment, il n'y a pas de discrétion absolue, mais le fiduciaire doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable selon la volonté du constituant». Dans l'affaire *WJ c MA*, 2018 QCCS 5183, la Cour supérieure doit se prononcer sur le droit des fiduciaires de vendre un immeuble aux prix et conditions qu'ils jugeraient raisonnables compte tenu du décès de la bénéficiaire d'un droit d'habitation viager. La Cour décide que la vente serait permise, vu la volonté claire du testateur à cet égard. Voir aussi *Sergueeva*, *supra* note 146 aux para 63 et 67.

156. *RM c Québec (Ministre de l'Emploi et de la Solidarité sociale)*, 2012 QCTAQ 04333 au para 24 [RM].

157. *Ibid* au para 28.

à la partie requérante comme au vivant du père. Cette intention du père de la partie requérante et les objectifs de la fiducie sont clairs et non équivoques. C'est le mandat que le père a donné au fiduciaire chargé d'administrer la fiducie testamentaire¹⁵⁸.

En somme, le souci des tribunaux d'assurer le respect de l'intention des testateurs québécois ne fait pas de doute. Le recours à cette intention est non seulement fréquent, mais également très peu remis en question. L'intention du testateur est par ailleurs analysée *in concreto*, en ce sens que les tribunaux ont tendance à apprécier l'intention en fonction des caractéristiques propres au testateur, laissant un espace moins grand à l'interprétation littérale du texte du testament¹⁵⁹. S'il apparaît logique de justifier par l'affectation le recours si naturel à l'intention du testateur, nous nous étonnons que la jurisprudence soit si peu généreuse en conceptualisation de la réflexion et qu'elle ne contribue que partiellement à guider les fiduciaires de fiducies testamentaires dans l'exercice de leur discrétion.

Le fait que le raisonnement juridique est si peu exposé peut s'expliquer de deux façons à notre avis. D'une part, les tribunaux ne font pas toujours la distinction entre le rôle du liquidateur et celui du fiduciaire. D'autre part, les décideurs réfèrent peu aux principes du droit des fiducies lorsqu'ils doivent trancher en matière de fiducies testamentaires¹⁶⁰ et semblent davantage enclins à considérer les concepts du droit successoral.

En ce qui a trait à la question de la superposition inadéquate des fonctions de liquidateur de la succession et de celles de fiduciaire d'une fiducie testamentaire¹⁶¹, il faut reconnaître que les testateurs (et leurs conseillers!) négligent parfois eux-mêmes de distinguer entre les pouvoirs conférés à l'un et ceux qui doivent revenir à l'autre. On le constate dans la jurisprudence; certains testateurs confèrent des pouvoirs qui relèvent clairement des fiduciaires à des personnes qu'ils identifient comme leurs exécuteurs testamentaires¹⁶². Certains créent des *fiducies*,

158. *Ibid* au para 34.

159.. Christine Morin, *L'émergence des limites à la liberté de tester en droit québécois: étude socio-juridique de la production du droit*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2009 à la p 258.

160. *Central Guaranty Trust*, *supra* note 148.

161. *Hall c Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1998] 1RCS 220, 155 DLR (4^e) 313. Dans *St-Louis c St-Louis*, *supra* note 155 au para 31, le tribunal indique que le testateur a voulu conférer pleine discrétion aux fiduciaires quant à « l'administration, l'évaluation et la liquidation de la succession », alors que les fiduciaires n'ont pas de pouvoirs relatifs à la liquidation de la succession.

162. *Duclos c Bélanger*, 2001 CanLII 25072 (QC CS), AZ-01021828 (SOQUIJ) [*Duclos*].

mais requièrent des *liquidateurs* qu'ils remettent le capital aux bénéficiaires à partir d'un âge précis. Pis encore, en fixant les âges de remise, ils omettent de tenir compte du fait que la liquidation de la succession sera fort probablement terminée et que les liquidateurs seront libérés au moment où les bénéficiaires atteindront ces âges précis.

L'étude de la jurisprudence démontre également que nombre de décisions abordent tout aussi indistinctement les fonctions de liquidateur et celles de fiduciaire. Dans *Hand c Auclair*¹⁶³, la Cour d'appel traite des pouvoirs des « exécuteurs fiduciaires » précisant qu'ils détiennent la « saisine des biens qui leur ont été confiés en fiducie ». Le tribunal utilise la saisine, une notion propre à la liquidation successorale, pour traiter de l'administration de la fiducie. Dans *LG c CB (Succession de)*, le tribunal évoque les « fiduciaires de la succession du père »¹⁶⁴. L'interprète constate ici une utilisation imprécise du vocabulaire (le liquidateur est à la succession ce que le fiduciaire est à la fiducie). Dans *Desjardins c Desjardins*, le tribunal examine les obligations de la fiducie testamentaire envers la veuve du défunt en écrivant qu'il s'agit des « obligations de la Succession envers M^{me} Piché aux termes de la fiducie créée par feu Anatole »¹⁶⁵, laissant penser que la fiducie n'a pas d'existence distincte de la succession.

Cela s'ajoute sans conteste aux testaments, qui requièrent une interprétation pour déterminer si le testateur a voulu constituer une fiducie ou non¹⁶⁶. Dans ces cas, il va sans dire que les pouvoirs des liquidateurs et ceux des fiduciaires sont entremêlés. Cette superposition des fonctions juridiques obscurcit le raisonnement puisque les principes propres au droit successoral sont appliqués aux fiducies testamentaires sans marquer les distinctions nécessaires.

Notre analyse de la jurisprudence permet aussi de constater que les tribunaux font très peu allusion à l'acte constitutif de la fiducie ou à la fiducie elle-même lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur les fiducies

163. *Hand c Auclair*, *supra* note 142. Notons toutefois que cette décision a été rendue avant 1994.

164. *LG c CB (Succession de)*, JE 2005-585 (CS), AZ-50298450 (SOQUIJ).

165. *Desjardins c Desjardins*, 2006 QCCS 6292, *Desjardins c Desjardins*, 2007 QCCS 1494, *Desjardins c Desjardins*, 2007 QCCS 7124, 9160-7044 *Québec inc c Desjardins*, 2007 QCCA 1869, requête pour permission de faire appel de trois jugements interlocutoires accueillie à la CA, 500-09-018214-072 (7 décembre 2007), *Desjardins c Desjardins*, 2008 QCCS 4577 au para 399.

166. *Duclos*, *supra* note 162; *Béique*, *supra* note 111 à la p 51; *Corbin*, *supra* note 135.

testamentaires. Ils réfèrent de façon majoritaire au « testament »¹⁶⁷ ou à la « matière testamentaire »¹⁶⁸. Certains pourraient croire qu'il ne s'agit que d'une question de sémantique, mais nous sommes d'avis que ce choix des tribunaux révèle plutôt l'importance qu'ils accordent à la nature testamentaire de la fiducie. Dans *Miller (Succession de)*¹⁶⁹, par exemple, le tribunal devait analyser la faculté d'élire des fiduciaires d'une fiducie constituée par un testateur décédé 47 ans plus tôt. Étonnamment, le tribunal ne fait aucune mention de l'affectation de la fiducie et traite de l'intention du testateur et du « caractère équitable » du testament.

Il faut dire que la structure législative suivant l'adoption du *Code civil du Québec* en 1994 peut être responsable en partie du fait que bon nombre de décideurs traitent indistinctement des fiduciaires de la fiducie testamentaire et des liquidateurs, puisque ces derniers partagent plusieurs obligations créées au chapitre de l'administration du bien d'autrui.

En somme, si la jurisprudence accorde un poids sans pareil à l'intention du testateur, elle aurait toutefois avantage, dans un souci de sécurité juridique, à mieux définir les concepts qui sous-tendent le recours à la primauté de la volonté du *de cujus* dans le contexte des fiducies testamentaires. Gaillard écrivait qu'« une notion n'existe pas si elle n'est pas mise en forme, ce qui est la tâche naturelle de la doctrine, mais elle n'est rien si le droit positif n'en fait pas application »¹⁷⁰.

Pour faire un lien entre les notions propres au droit des fiducies et l'angle naturel d'analyse adopté par les tribunaux, nous sommes d'avis qu'il faut d'abord extrapoler à partir du réflexe judiciaire. Selon nous,

167. À titre d'exemple, *Duclos*, *supra* note 162, aux para 20 et 34 :

Les fiduciaires estiment les demandes de Duclos [la mère des enfants] irréalistes en regard des revenus de la succession et se sentent liés par l'obligation de respecter les termes et l'esprit du testament qui n'accorde à Duclos ni argent ni faveur. [...] Il ne s'agit aucunement d'apporter une modification dénaturant la volonté de Bélanger, mais plutôt d'en interpréter la portée et en assurer l'exécution par des ordonnances appropriées.

Voir aussi *Mathieu*, *supra* note 155. Voir aussi *Philibert*, *supra* note 155 au para 124 : « Ce n'est pas ce que prévoit le testament. Comment se plaindre d'une fiducie qu'on ne respecte pas soi-même ».

168. *Purdy c Zanetti*, 2012 QCCQ 4448 au para 51. La Cour du Québec, qui se prononçait sur une ordonnance de sauvegarde pour forcer les fiduciaires à distribuer des sommes au bénéficiaire, souligne qu'« en matière testamentaire, la jurisprudence enseigne que la volonté du testateur doit être intégralement respectée ».

169. *Miller (Succession de)*, 2013 QCCS 5184 au para 97.

170. Gaillard, *supra* note 54 à la p 20.

cette prépondérance accordée à l'intention du testateur dans la jurisprudence portant sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires peut être interprétée comme un intérêt marqué pour l'*intention initiale* du disposant au fondement de la fiducie. Comme nous l'avons démontré précédemment¹⁷¹, c'est l'intention initiale de confier une *mission* ou un *but* aux biens qui est elle-même créatrice de l'universalité de biens que constitue la fiducie. L'interprète peut ainsi constater un croisement intéressant entre deux notions phares du droit successoral et du droit des fiducies. Le respect de l'intention initiale sert non seulement à consolider l'incontestable liberté de tester en droit successoral, mais également à justifier la création d'un patrimoine distinct en droit des fiducies.

Dans cet esprit et sur la base de la première partie, nous soutenons que la règle de droit devrait s'appuyer sur l'application des règles d'interprétation à l'affectation de la fiducie. Ainsi, le recours à l'intention du testateur pour analyser l'exercice du pouvoir discrétionnaire serait justifié, d'une part, par les règles incitant le recours à l'intention du disposant pour interpréter les dispositions relatives à l'affectation et, d'autre part, par le fait que cette affectation est non seulement au fondement de la fiducie elle-même, mais également à celui du régime applicable aux pouvoirs juridiques privés.

B. Les limites propres au contexte du droit des fiducies

1. *L'autonomie de la fiducie par rapport à son constituant*

Il faut toutefois faire preuve d'un certain réalisme et d'un souci de cohérence des dispositions législatives entre elles : dans une perspective de droit des fiducies, l'intention du testateur n'est pas une panacée puisque la fiducie doit jouir d'une certaine autonomie par rapport à son constituant. Le testament qui entraîne la constitution d'une fiducie est en quelque sorte un acte « gigogne ». Il doit répondre des exigences propres au domaine testamentaire tout en respectant les règles fondamentales nécessaires à la constitution d'une fiducie.

D'abord, en vertu des règles du droit des fiducies, l'affectation doit être fixée et acquérir une certaine indépendance et une autonomie qui ne permettront plus à l'auteur de se dédire¹⁷². L'intention du

171. Voir ci-dessus, partie I.

172. Faribault, *supra* note 1 à la p 140.

constituant, à titre d'outil d'interprétation de l'affectation de la fiducie, ne peut donc pas varier dans le temps. Autrement, certains auteurs avancent qu'on pourrait remettre en question l'intention même de créer une fiducie¹⁷³. En effet, si la fiducie prend naissance par le fait que des biens sont affectés à une fin particulière¹⁷⁴ et que celle-ci n'est pas déterminée, on peut craindre qu'il n'y ait pas création d'un réel patrimoine distinct de celui du constituant. Heureusement, il faut dire que le caractère testamentaire confère à l'affectation une certaine stabilité, le constituant étant décédé!

Dans son ouvrage sur le *trust* et les institutions équivalentes en droit français, Lepaulle milite en faveur de l'autonomie de l'affectation en soulignant que le constituant «choisi[rait le] but et en [fixerait] les contours»¹⁷⁵. L'affectation obligerait toutefois le constituant à se détacher du bien après que sa mission a été établie: «c'est un peu comme si l'on mettait des provisions dans la besace de son serviteur, en lui donnant un but lointain, lui indiquant la route à suivre, et refermant la porte quand il a disparu derrière la colline»¹⁷⁶.

Par conséquent, l'intention du testateur aurait une importance capitale et serait comme un souvenir¹⁷⁷ de la création de la mission de la fiducie ou comme une «volonté congelée, cristallisée [...], objectivée»¹⁷⁸. La vision de Lepaulle n'empêche donc pas de recourir à l'intention du testateur pour interpréter l'affectation, mais elle requiert que cette intention soit analysée au moment de la création de la fiducie et que seule cette intention initiale puisse perdurer.

Faribault, militant en faveur d'une interprétation idéaliste de l'affectation, acquiesce à la cristallisation de l'intention du testateur, tout en espérant une application contemporaine de cette intention cristallisée:

À s'en tenir à l'interprétation volontariste, et par conséquent à maintenir l'exécution de l'acte dans les termes de la volonté initiale de son auteur, le dessein est manqué, car l'acte ne déroule plus les conséquences que son auteur s'était figurées

173. Smith, «Massively Discretionary Trusts», *supra* note 35, et *Banque de Nouvelle-Écosse c Thibault*, 2004 CSC 29, [2004] 1 RCS 758.

174. Art 1260 CcQ.

175. Lepaulle, «Les fonctions du "trust"», *supra* note 12 à la p 315.

176. *Ibid.*

177. Popovici, *Le patrimoine d'affectation*, *supra* note 16 à la p 45, citant Mikhail Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Paris, Presses universitaires de France, 2004 à la p 299.

178. *Ibid.*

et en vue desquelles il s'était engagé : j'ai eu le dessein de gratifier ma ville natale ; je lui ai légué un certain capital en réservant certaines charges en nature — l'entretien de l'hospice ; or le prix de toutes choses vient à quintupler, à sextupler : si la ville doit supporter les mêmes charges que par le passé, je me trouve l'avoir ruinée par ma générosité¹⁷⁹.

Cette idée permettrait à l'interprète d'adapter l'acte juridique dans le temps, tout en faisant sienne l'intention du testateur : « elle fait ce qu'elle pense que ferait le testateur s'il rédigeait aujourd'hui ses dernières volontés, et si, dans l'intervalle, il n'avait pas changé de dispositions »¹⁸⁰.

D'autre part, en droit des fiducies, des auteurs ont été appelés à se prononcer sur la portée de l'intention du testateur dans le cadre de la modification d'une fiducie. La question différerait toutefois quelque peu de celle qui nous occupe, puisque l'article 1294 CcQ. fait directement référence à la « volonté première du constituant »¹⁸¹ comme l'une des circonstances permettant au tribunal de mettre fin à la fiducie ou de modifier l'acte constitutif. Le lecteur constatera que la présente sous-section traite abondamment de la position adoptée par l'auteur André J Barette qui sous-tend qu'une scission doit s'opérer entre l'administration successorale et l'administration fiduciaire. Comme l'auteur est un praticien reconnu, il nous paraît essentiel d'expliquer comment la question de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires des fiduciaires qui nous intéresse se distingue de celle qui l'occupe dans ses écrits.

Ce dernier, dans le contexte de la modification d'un acte constitutif, soutient que l'intention du testateur n'est pas aussi pertinente qu'on pourrait le croire¹⁸². Il avance même que cette intention pourrait être évacuée, soutenant que dans la majorité des cas où une modification de l'acte constitutif est requise, elle l'est en raison de l'incomplétude de l'acte constitutif de la fiducie¹⁸³. Il souligne par ailleurs que les

179. Faribault, *supra* note 1, à la p 120.

180. *Ibid.* Dans le même esprit, Lepaulle affirmait d'ailleurs à juste titre que : [s]i l'affectation telle qu'elle a été prévue à l'origine, devient plus tard impraticable, inutile ou nuisible, le devoir du *trustee* est de demander au tribunal des directives qui lui permettent de réadapter le patrimoine à des fonctions nouvelles, qui soient conformes aux conditions de la société contemporaine, tout en continuant « d'aussi près » que possible la tradition suivie par ce « trust » et l'idée générale qui lui a donné le jour.

Lepaulle, « Les fonctions du "trust" », *supra* note 12 à la p 316.

181. Art 1294 CcQ.

182. Barette, *supra* note 5 à la p 187.

183. *Ibid* à la p 193.

tribunaux font fréquemment erreur en ce qu'ils ne distinguent pas selon qu'ils sont appelés à se prononcer sur une question de succession ou de fiducie¹⁸⁴. On ferait donc face à un problème de qualification juridique¹⁸⁵ puisque les tribunaux appliqueraient à l'administration fiduciaire des principes propres aux successions et à l'administration successorale¹⁸⁶. Son argumentaire se fonde¹⁸⁷ notamment sur l'affaire *Poulin c Poulin*¹⁸⁸, qui portait sur la modification d'une fiducie et dans laquelle la Cour supérieure avait déclaré, en *obiter* et erronément selon M^e Barette, que :

[L]a notion de liberté de tester ainsi que celle du respect des volontés du testateur sont des concepts fondamentaux du droit successoral québécois et ce n'est que dans des circonstances très spéciales qu'il est permis par le législateur d'intervenir pour modifier ou annuler les volontés clairement exprimées par le testateur¹⁸⁹.

Or, selon M^e Barette, ce sont plutôt les principes propres à l'administration fiduciaire qui auraient dû s'appliquer, celle-ci étant distincte de l'administration successorale¹⁹⁰. Il ne balaye toutefois pas complètement du revers de la main l'intention du testateur :

Nous estimons que la volonté du constituant testateur est importante sans être primordiale ni même le critère unique. À cet égard, les volontés du testateur énoncées à l'article 1294 CcQ ont peu à voir avec les volontés du testateur adoptées comme règle d'interprétation d'un testament ambigu. Dans notre cas, il ne s'agit aucunement d'interpréter un écrit dont la portée est douteuse ou les effets incertains. [...]. Plus la modification proposée viendra simplifier l'administration pour ainsi avantager ses bénéficiaires, plus, il nous semble, la notion de la volonté du constituant cédera devant l'intérêt général clairement démontré. [...]. L'analyse porte sur l'intérêt suprême de l'administration et de ses bénéficiaires et non sur d'hypothétiques visées d'un constituant décédé¹⁹¹.

184. *Ibid* à la p 188.

185. *Ibid*.

186. *Ibid* à la p 193.

187. *Ibid* à la p 188.

188. *Poulin c Poulin*, 2010 QCCS 2928.

189. *Ibid* au para 19.

190. Barette, *supra* note 5 à la p 193.

191. *Ibid* à la p 189.

Se distinguant de la vision proposée, certains décideurs ont déjà avancé que le caractère testamentaire doit être conservé pour la durée de la fiducie :

Le Tribunal estime que le fait de recevoir un bien par l'intermédiaire d'une fiducie testamentaire ne change pas sa provenance. Une fiducie conserve son caractère tout au long de son existence à moins de modifications ordonnées par le tribunal. Dans notre cas, il n'y a eu aucune modification à la fiducie. La fiducie a commencé à exister au décès du père de la partie requérante et continue à exister par suite de son décès. Elle demeure une fiducie testamentaire et les montants reçus demeurent transmis par succession¹⁹².

Cette vision milite en faveur de l'importance de l'intention du testateur, qui continuerait de « teinter », voire de dicter l'exercice des pouvoirs des fiduciaires tout au long de l'existence de la fiducie.

Il n'est pas nécessaire de conclure sur la question du poids de l'intention du testateur dans les procédures de modification d'une fiducie pour déterminer comment les fiduciaires peuvent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires, puisqu'on peut distinguer la question de la modification d'une fiducie, dont traite M^e Barette dans ses écrits, de celle de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les fiduciaires. En effet, comme les pouvoirs des fiduciaires doivent s'exercer conformément à l'affectation de la fiducie, la réelle question consiste généralement à interpréter une fiducie dont le texte constitutif est trop souvent douteux. On cherchera donc à en comprendre le but ou la portée pour réduire l'ambiguïté. Il s'agit donc d'une question d'interprétation.

L'interprétation des dispositions portant sur l'affectation, qu'elles se retrouvent dans un testament ou dans un acte constitutif de fiducie entre vifs, fait référence à l'intention de son disposant. Les règles d'interprétation propres aux testaments ne font qu'accentuer l'importance d'une intention qu'on voudrait de toute façon connaître, qu'on soit en matière d'administration successorale, d'administration fiduciaire ou d'interprétation de tout autre acte juridique.

192. *RM*, *supra* note 156 au para 45.

2. Les devoirs des fiduciaires

Si la règle de droit requiert des fiduciaires qu'ils considèrent l'intention du constituant dans l'exercice de leur discrétion, leurs pouvoirs ne sont toutefois pas illimités¹⁹³ et les fiduciaires se doivent de respecter certains devoirs objectifs.

L'article 1299 CcQ prévoit que les règles d'administration du bien d'autrui s'appliquent à une administration : « à moins qu'il ne résulte de la loi, de l'acte constitutif ou des circonstances qu'un autre régime d'administration ne soit applicable »¹⁹⁴.

Le *Code civil du Québec* précise ainsi que les règles relatives à l'administration du bien d'autrui suppléent aux règles propres à l'administration fiduciaire et aux règles édictées par l'acte constitutif. En réalité, la source des règles est triple, comme le souligne le professeur Jacques Beaulne, qui réfère à un article de l'autrice Desrosiers :

[L']administration d'une fiducie est régie d'abord par le régime d'administration prévu dans l'acte de fiducie. Dès que ce régime est silencieux sur une mesure, on recherchera la solution au chapitre du *Code civil du Québec* portant sur les fiducies et ensuite, sous le titre de l'administration du bien d'autrui¹⁹⁵.

A priori, on peut avancer que la coordination des règles applicables aux fiducies est conséquente avec l'importance que la théorie moderne du patrimoine et la théorie du pouvoir juridique privé accordent à l'affectation, puisque ces règles donnent préséance à l'acte constitutif au sein duquel l'affectation est principalement constatée. Ainsi, l'acte constitutif, par ses dispositions particulières relatives à l'exercice du pouvoir discrétionnaire ou par sa simple affectation, établit certaines limites aux pouvoirs des fiduciaires. Par ailleurs, « [l]e fiduciaire ne pourrait justifier l'accomplissement d'actes qui excèdent l'affectation de la fiducie en prétextant détenir des pouvoirs absolus sur son patrimoine »¹⁹⁶. Le fiduciaire est plutôt

habilité à décider seul des actions à entreprendre, sans consultation ni autorisation préalable[, mais son] pouvoir [...] n'est

193. Levine, *supra* note 151 au para 50.

194. Art 1299 CcQ.

195. Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire », *supra* note 60 à la p 263, citant Michelle Desrosiers, « Pot-pourri fiscal — Les fiducies personnelles entre vifs » dans *Congrès 97*, Montréal, Association de planification fiscale et financière (APFF), 1998, 24:1 à la p 24:26.

196. Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire », *supra* note 60 à la p 267.

jamais libre, absolu ou discrétionnaire en ce sens qu'['il] n'[a] pas à rendre compte de son exercice. Certes, l'administrateur exerce ses pouvoirs avec autonomie, mais toujours sous réserve de justifier les décisions qu'il arrête en fonction de l'intérêt ou du but qu'il a pour mission de servir [notes omises]¹⁹⁷.

Le professeur Smith souligne quant à lui l'importance pour les fiduciaires de faire preuve d'abnégation¹⁹⁸. Non seulement doivent-ils faire preuve d'abnégation¹⁹⁹ et oublier leur propre intérêt, mais ils doivent démontrer une certaine objectivité, en prenant les mesures propres²⁰⁰ à assurer l'atteinte de la mission que leur a confiée le testateur. L'interprétation par les fiduciaires de l'intention du testateur ne serait donc pas subjective.

Aussi, le *Code civil du Québec* prévoit que l'administrateur du bien d'autrui doit faire preuve de prudence, de diligence, d'honnêteté et de loyauté dans l'exercice de ses fonctions²⁰¹. Ainsi, dans ses commentaires portant sur le *Code civil du Québec*, le ministre de la Justice expose que l'exercice des pouvoirs des fiduciaires est « [...] assujetti aux autres règles du code, notamment à celles qui obligent l'administrateur à agir avec prudence et diligence, dans le meilleur intérêt du bénéficiaire ou du but recherché »²⁰². De même, la Cour d'appel, dans l'affaire *Bell c Molson*, réitère que les obligations de prudence et diligence s'appliquent aux fonctions fiduciaires²⁰³.

La Cour d'appel, citant le jugement de la Cour supérieure, établit également la « norme d'évaluation de la conduite d'un fiduciaire : [...] le Tribunal doit évaluer la conduite des fiduciaires en fonction de la norme

197. Cantin Cumyn et Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, *supra* note 4 à la p 273.

198. Lionel D Smith, « Droit et pouvoir » dans Anne-Sophie Hulin et Robert Leckey, *L'abnégation en droit civil*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2017, 109.

199. John B Claxton soutient d'ailleurs que l'expression « dans le meilleur intérêt des bénéficiaires ou de la fin poursuivie », qui apparaît à l'article 1309 CcQ, signifie « *not merely an avoidance of conflicts of interest but a rejection of any purely personal agenda in favour of an objective one that will more fully serve the purposes of the trust* » : Claxton, *supra* note 8 au para 18.47.

200. Cantin Cumyn, *supra* note 21 à la p 233 ; Boucher, *supra* note 39 au n° 30.

201. Art 1309 CcQ.

202. Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire », *supra* note 60 à la p 279 ; Boucher, *supra* note 39 au n° 183.

203. *Bell*, *supra* note 138 au para 94.

de la personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances»²⁰⁴. Il s'agit d'une évaluation objective de la conduite du fiduciaire²⁰⁵.

Ainsi, malgré l'importance de l'acte constitutif, de l'affectation et de l'intention du testateur, on ne peut nier totalement et simplement l'existence des règles prévues par le *Code civil du Québec* en matière d'administration du bien d'autrui. Reste à savoir quelles règles s'appliquent et si ces celles-ci sont d'ordre public ou s'il est possible pour le testateur de les écarter, en tout ou en partie. Longtemps, on a constaté que les discours des auteurs et de la jurisprudence divergeaient quant à la détermination des règles impératives en matière d'administration du bien d'autrui²⁰⁶. Il semble que le flou se dissipe peu à peu²⁰⁷.

On peut premièrement penser que les obligations (ou devoirs) de diligence²⁰⁸, d'honnêteté et de loyauté²⁰⁹, par exemple, pourraient difficilement être écartées par le constituant. On voit mal comment le testateur pourrait relever les fiduciaires de leur obligation d'être honnêtes envers le patrimoine d'affectation qu'ils administrent. Les débats parlementaires précédant l'adoption du *Code civil du Québec* témoignent d'ailleurs du caractère crucial des obligations de prudence, diligence, honnêteté et loyauté, en les qualifiant de règles «fondamentales»²¹⁰.

Concernant les obligations de diligence et de prudence, le professeur Beaulne souligne que selon une autrice, «[i]l ne semble pas en effet possible de s'engager à servir l'intérêt d'autrui ou une fin particulière sans s'obliger du même coup à s'en acquitter avec prudence et

204. *Ibid* au para 34.

205. Boucher, *supra* note 39 au n° 183.

206. Loranger, «Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur», *supra* note 58 à la p 75.

207. Il n'y a toutefois pas de règle absolue et le caractère impératif de chacune des dispositions doit être analysé individuellement. Ainsi, l'obligation d'impartialité prévue à l'article 317 CcQ peut être écartée par le testateur : voir Boucher, *supra* note 39 au n° 186. Le débat semble toutefois toujours existant quant à savoir si les obligations prévues à l'article 312 CcQ, par exemple, peuvent être écartées : voir Beaulne, «L'exercice de l'administration fiduciaire», *supra* note 60 à la p 284.

208. Piccini Roy, *supra* note 8 aux pp 1705 et 1706.

209. L'obligation d'impartialité prévue à l'article 1317 CcQ, qui découle de l'obligation de loyauté, pourrait toutefois être modulée.

210. Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Sous-commission des institutions*, 34^e légis, 1^{re} sess (12 septembre 1991) à la p 391 ; Boucher, *supra* note 39 au n° 176.

diligence»²¹¹. Il serait plutôt téméraire pour un testateur d'exclure la diligence des devoirs des fiduciaires. « Agir dans un délai raisonnable et de manière soigneuse est une qualité inhérente à tous les administrateurs du bien d'autrui »²¹².

Contrairement aux enseignements du professeur Beaulne et à l'opinion du professeur Claxton, lequel qualifie l'obligation de prudence d'obligation d'ordre public²¹³, certaines autrices soutiennent que le testateur peut écarter l'obligation de prudence dans certaines circonstances²¹⁴. On peut penser, par exemple, au testateur qui voudrait permettre aux fiduciaires de conserver des actions d'une entreprise active²¹⁵. Le testateur pourrait ainsi espérer que ses enfants bénéficiaires puissent un jour se voir remettre les actions de l'entreprise pour maintenir sa pérennité. Dans certaines situations, le testateur pourrait même considérer que l'entreprise elle-même doive être bénéficiaire de la fiducie et prévoir le maintien de son existence dans l'affectation de la fiducie. Ce faisant, les fiduciaires devraient nécessairement prendre des risques d'affaires pour voir à la croissance de l'entreprise et à l'essor de ses activités.

Le jugement rendu par la Cour d'appel dans l'affaire *Bell c Molson* en 2015 est crucial en ce qui a trait aux obligations de prudence et de diligence²¹⁶. D'abord, la Cour approuve la décision de la Cour supérieure qui tenait compte du fait que le testateur avait relevé les fiduciaires de leur obligation de respecter l'article 981o du *Code civil du Bas-Canada*²¹⁷ (essentiellement repris à l'article 1340 du *Code civil du Québec*), confirmant ainsi que le testateur pouvait relever les fiduciaires de certaines obligations en matière de placements. Toutefois, la Cour

211. Beaulne, « L'exercice de l'administration fiduciaire », *supra* note 60 à la p 283, citant Lise Beaudoin, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1994 à la p 47.

212. Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 79.

213. Claxton, *supra* note 8 au para 23.60. L'autrice Valérie Boucher souligne également que « le fiduciaire qui jouit de pouvoirs qualifiés par l'acte constitutif de pouvoirs "absolus" ou "illimités", ou que l'acte l'autorise à exercer "à son entière discrétion", doit tout de même faire preuve de prudence lorsqu'il en use » : voir Boucher, *supra* note 39 au n° 176.

214. Loranger, « Le fiduciaire : entre le tyran et le serviteur », *supra* note 58 à la p 79 ; Piccini Roy, *supra* note 8 à la p 1722.

215. *Ibid.*

216. Même si les affaires *Després c Théberge*, *supra* note 148; *Théberge c Després*, *supra* note 148; *Despatie c Després*, *supra* note 148; *Leclerc c Leclerc*, [1975] CA 792, AZ-75011251 (SOQUIJ); *Hand*, *supra* note 141; *Ainley (Succession de) c Ogilvy Renault*, 1999 CanLII 11111 (QC CS), [1999] R.R.A. 973, avaient déjà souligné que les obligations de prudence, diligence, honnêteté et loyauté ne peuvent être écartées par le testateur; voir Boucher, *supra* note 39 au n° 186.

217. Art 981o CcBC.

d'appel distingue les règles particulières des règles générales relatives à la nature des obligations de prudence et de diligence, les premières pouvant être limitées par le testateur, alors que les secondes seraient impératives²¹⁸. La Cour confirme également le caractère impératif des obligations de prudence et diligence lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une clause d'exonération de responsabilité prévue dans le testament. Elle cite d'abord l'auteur Troy McEachren :

Ces obligations [prudence diligence, honnêteté et loyauté] sont essentielles et inhérentes à tout régime d'administration. En d'autres termes, aucune administration n'a été créée s'il en résulte que l'administrateur peut faire ce qu'il veut du bien au mépris total des droits du bénéficiaire²¹⁹.

Puis, le tribunal cite un extrait de l'ouvrage de Madeleine Cantin Cumyn et Michelle Cumyn, qui est sans équivoque :

L'obligation d'agir avec prudence et diligence et l'obligation de loyauté sont inhérentes à la charge d'administrateur du bien d'autrui. Il s'agit d'obligations fondamentales ou essentielles. La doctrine et la jurisprudence leur reconnaissent un caractère impératif. Par conséquent, la clause qui écarte l'une ou l'autre de ces obligations est sans effet²²⁰.

Ainsi, même s'il est possible de faire varier dans le testament le contenu et l'intensité de certaines obligations légales supplétives, le testateur ne peut relever les fiduciaires de leur « obligation générale d'agir avec la prudence et la diligence d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances »²²¹.

Sur cette base, on peut déduire que les fiduciaires ne pourraient pas exercer leurs pouvoirs discrétionnaires uniquement en fonction de l'intention du testateur inscrite dans l'affectation sans être par ailleurs assujettis aux obligations (ou devoirs) générales de prudence,

218. Bell, *supra* note 138.

219. Troy McEachren, « Administration du bien d'autrui » dans Lafond, dir, *JurisClasseur Québec, Biens et publicité des droits*, fasc 22, *supra* note 39 au n° 60.

220. Cantin Cumyn et Cumyn, « L'administration du bien d'autrui », *supra* note 4 aux pp 269–270.

221. *Ibid.* L'auteur John B Claxton semble prétendre que toute modification raisonnable aux dispositions stipulées en faveur des bénéficiaires est permise si elle est rédigée correctement : Claxton, *supra* note 8 au para 18.22. Il est malgré tout d'avis que l'article 1309 CcQ est d'ordre public : voir *ibid* au para 18.27.

diligence, honnêteté et loyauté²²². Si l'évaluation du respect des devoirs de prudence et de diligence se réalise objectivement en fonction de la *personne raisonnable*, la question n'est pas aussi claire en ce qui a trait au devoir de loyauté. On peut imaginer un devoir subjectif qui s'ajoute au devoir de favoriser le respect de l'intention du testateur par l'entremise de l'affectation²²³. Dans cet esprit, les fiduciaires devraient être en mesure de justifier que la décision qu'ils ont prise visait subjectivement à favoriser la réalisation de l'affectation. Ainsi, comme le suggère le professeur Lionel Smith, la décision prise par un fiduciaire pour des raisons externes à l'affectation serait nulle, alors que la même décision prise par un fiduciaire dans l'objectif de réaliser l'affectation serait valide²²⁴. En ce qui a trait à l'évaluation objective du respect du devoir de loyauté, il demeure un doute à savoir si elle est requise pour veiller à ce que les pouvoirs soient exercés raisonnablement, dans un dessein de réalisation de l'affectation, ou si ce sont les devoirs de prudence et de diligence qui permettent d'atteindre cet objectif. En tous les cas, il nous paraît inévitable que le droit exige que les décisions prises par les fiduciaires s'inscrivent parmi les options raisonnablement (ou objectivement) envisageables pour atteindre l'affectation²²⁵.

Au-delà des obligations générales de prudence, de diligence, d'honnêteté et de loyauté, certaines autres dispositions du *Code civil du Québec* restreignent précisément l'étendue des pouvoirs discrétionnaires qui peuvent être conférés par le testateur. On pense par exemple à l'article 1282 CcQ, qui restreint le pouvoir discrétionnaire qu'est la faculté d'élire²²⁶ et oblige le testateur à indiquer la catégorie déter-

222. À titre d'exemple, dans l'affaire *Bell*, *supra* note 138 au para 77, la Cour d'appel précisait étonnamment que « la personne qui administre ses propres biens peut fort bien choisir la composante fiscale comme son critère décisionnel ultime, mais celui-ci ne peut constituer le critère décisionnel déterminant de l'administration des biens d'autrui », soulignant ainsi que les décisions prises par les fiduciaires ne peuvent être simplement prises comme une personne les prendrait pour elle-même.

223. Lionel Smith, « The Motive, Not the Deed » dans Joshua Getzler, dir, *Rationalizing Property, Equity and Trusts. Essays in Honour of Edward Burn*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 53.

224. *Ibid.*

225. Nous ne voudrions certes pas que les fiduciaires puissent prendre une décision qui serait manifestement déraisonnable pour tendre à la réalisation de l'affectation. Mentionnons par ailleurs le devoir des fiduciaires de respecter les règles portant sur les conflits d'intérêts, dont nous ne traiterons pas spécifiquement dans le présent article, mais qui émanent de l'obligation de loyauté et restreignent aussi les pouvoirs des fiduciaires. Pour une étude sur les règles portant sur les conflits d'intérêts, voir Valiergue, *supra* note 65.

226. Beaulne, « Les acteurs de la fiducie », *supra* note 4 à la p 224.

minée de personnes parmi lesquelles le fiduciaire ou le tiers pourra exercer son pouvoir. Or, plutôt que de qualifier l'article 1282 CcQ de restriction à ce pouvoir discrétionnaire qu'est la faculté d'élire, on pourrait le considérer comme une restriction à la liberté de tester du testateur en ce sens que celui-ci sera limité dans la latitude qu'il pourra conférer aux fiduciaires de la fiducie testamentaire qu'il crée.

En somme, bien que l'affectation et le testament à titre d'actes constitutifs de la fiducie revêtent une importance considérable, qui permet de mettre l'accent sur l'intention du testateur dans l'évaluation de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires, on ne peut nier, d'une part, que les fiduciaires doivent prendre objectivement²²⁷ (et subjectivement) de bonnes décisions pour tendre à la réalisation de l'affectation exprimée dans le testament et, d'autre part, qu'ils doivent concilier les obligations d'ordre public prévues par le *Code civil du Québec* en matière d'administration du bien d'autrui.

CONCLUSION

En conclusion, les fiduciaires doivent exercer leurs pouvoirs discrétionnaires en fonction de l'affectation, laquelle est interprétée selon l'intention du testateur, tout en respectant certains devoirs. Certains de ceux-ci, de même que les décisions prises pour la réalisation de l'affectation, appellent toutefois à l'utilisation de la fiction juridique de la *personne raisonnable*. En effet, les tribunaux évalueront le respect des devoirs que sont notamment la prudence et la diligence en comparant la conduite du fiduciaire à celle qu'une *personne raisonnable* aurait adoptée. En plus de s'assurer que les fiduciaires prennent subjectivement leur décision dans l'objectif de réaliser l'affectation, les tribunaux devront déterminer si une décision prise dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire est raisonnable par rapport à l'intention du testateur inscrite dans l'affectation (qui pourrait elle-même être «déraisonnable»).

Ainsi, face à une situation pratique réelle, les fiduciaires devront se demander non pas quelle décision aurait pris le testateur ni quelle décision prendrait simplement une *personne raisonnable*, mais plutôt **quelle(s) décision(s) prendrait une personne raisonnable pour**

227. Dans Piccini Roy, *supra* note 8 à la p 172, l'autrice souligne qu'«on peut reprocher au fiduciaire [...] son refus déraisonnable de le [effectuer un empiètement] faire».

réaliser l'affectation interprétée selon l'intention du testateur²²⁸. Si Faribault disait que les fiduciaires doivent faire « ce qu'[ils] pense[nt] que ferait le testateur s'il rédigeait aujourd'hui ses dernières volontés, et si, dans l'intervalle, il n'avait pas changé de dispositions »²²⁹, on dirait plutôt aujourd'hui que les fiduciaires doivent faire ce qu'une personne prudente, diligente, honnête et loyale ferait si elle devait réaliser une affectation rédigée par le testateur aujourd'hui, « si dans l'intervalle [le testateur] n'avait pas changé de dispositions »²³⁰ à l'égard de celle-ci. La discrétion des fiduciaires devra ensuite s'exercer subjectivement parmi les options que la réponse à cette question fait émerger.

Les théories fondamentales propres au droit des fiducies, de même que la jurisprudence et les règles d'interprétation en matière de fiducies testamentaires convergent pour placer l'intention du testateur au cœur des décisions des fiduciaires. L'affectation constitue non seulement la mission qui donne vie à la fiducie, mais également une manifestation ardente de l'intention du testateur. On dit qu'elle est maître là où les fiduciaires sont serviteurs²³¹ !

Non seulement le *Code civil du Québec* force-t-il le testateur à déterminer l'affectation de la fiducie, mais la doctrine portant sur les théories du patrimoine l'évoque avec justesse. La théorie moderne du patrimoine fait reposer la notion même de patrimoine sur celle de l'affectation, en permettant qu'un patrimoine soit créé par le rassemblement de droits et de biens autour d'une affectation commune, sans nécessiter que ceux-ci soient également liés à une personne physique ou morale.

La deuxième section de la première partie a posé un regard parallèle sur le pouvoir discrétionnaire des fiduciaires. La théorie juridique des pouvoirs privés souligne que les fiduciaires disposent de pouvoirs qu'ils peuvent exercer subjectivement en fonction de la finalité qui anime la fiducie. Sous cet angle, on ne doit pas concevoir le rôle des fiduciaires en termes d'obligations, mais davantage en termes de « mission », une mission qui aurait toujours pour objectif de réaliser l'affectation. Les fiduciaires deviennent donc non seulement des gardiens, mais également des porteurs de l'affectation qu'ils se doivent de faire vivre.

228. Tout en respectant toute disposition particulière du testament, de même que toute autre obligation d'ordre public.

229. Faribault, *supra* note 1 à la p 120.

230. *Ibid.*

231. Lepaulle, « "Les fonctions du "trust" », *supra* note 2 à la p 315.

La seconde partie accentue l'importance de l'intention du testateur, tout en précisant que les tribunaux évalueront les décisions prises par les fiduciaires en considérant les limites objectives que les fiduciaires ne peuvent franchir. Ces limites leur sont dictées non seulement par l'affectation, mais également par certaines obligations d'ordre public et des devoirs qu'ils doivent respecter et qui peuvent dans certains cas être évalués sur la base de la *personne raisonnable*.

Le constat est clair : le défi proposé aux fiduciaires est aussi grand que la discrétion dont ils disposent. Les fiduciaires devront conduire le véhicule de la fiducie vers le lieu ultime choisi par le testateur sans remettre en question qu'il ait pu souhaiter se rendre à un endroit qui leur paraîtrait inhospitalier. Le voyage devra toutefois s'effectuer en passant par une route que choisirait une *personne raisonnable* qui voudrait atteindre la destination. Il va sans dire que cette route pourrait être appelée à varier en fonction des circonstances nouvelles que le testateur pourrait ne pas avoir prévues. Le parfait alliage pour une route heureuse se résume à : souplesse dans le choix du parcours et destination bien déterminée... ou discrétion suffisante aux fiduciaires et affectation claire²³².

232. Lucie Beauchemin, « La fiducie testamentaire adaptée » dans Service de la formation continue du Barreau du Québec, *Développements récents en successions et fiducies* (2010), vol 324, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2010, 149 à la p 163.