

FIDÉICOMMIS

Éric LABBÉ

Volume 109, numéro 2, septembre 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045582ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045582ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

LABBÉ, É. (2007). FIDÉICOMMIS. *Revue du notariat*, 109(2), 333–359.
<https://doi.org/10.7202/1045582ar>

FIDÉICOMMIS*

Éric LABBÉ**

INTRODUCTION	335
A. Société de fidéicommiss	340
B. Acte de fidéicommiss.	343
C. En fidéicommiss	350
CONCLUSION	357

* La présente note s'inscrit dans le cadre des travaux lexicographiques du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec devant mener à la publication des *Dictionnaire de droit privé des biens / Private Law Dictionary of Property*.

** LL.D. (Montréal/Poitiers), avocat, chercheur au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill. L'auteur tient à remercier M. Jean-Guy Belley, professeur à la Faculté de droit de l'Université McGill et directeur du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec jusqu'au 1^{er} juin 2007 pour ses encouragements et ses commentaires à l'égard d'une version antérieure de ce texte. L'auteur tient également à remercier M. Patrick Forget, directeur adjoint du même Centre jusqu'au 30 juin 2007, qui, par sa disponibilité et sa générosité intellectuelles, a largement contribué à la réalisation de cette note.

INTRODUCTION

Le terme *fidéicommiss* n'a, en soi, qu'une signification bien vague. Provenant du latin *fideicommittere*, il désigne le fait de confier une chose à la « foi » de quelqu'un¹. Cicéron, parlant des règles morales applicables aux magistrats, rappelle par exemple que la sauvegarde de la dignité et de la constitution de la ville est *confiée à leur loyauté : ea fidei suae commissa*². Un appel, donc, à la *fides* plutôt qu'à une obligation prescrite et sanctionnée par la loi³. Pour le *fidéicommiss* d'origine, la recherche du dévouement d'autrui s'inscrit en marge de la légalité, mais au cœur de la fidélité entre pairs. L'institution est ainsi pénétrée par une double dimension de la confiance : l'attachement à une morale que l'on croit partagée par autrui et l'espérance ferme placée en quelqu'un au support d'une mission à exécuter. La *fides* sert très tôt à contourner les règles applicables à l'égard des dispositions testamentaires interdites⁴ et le *fidéicommiss* reçoit un sens plus spécifique, lié aux successions. En dépit du droit, mais en vertu de la morale, le donateur confie par testament son héritage ou un legs à autrui, bienfait que ce dernier, reconnaissant et obligé, remettra plus tard à un tiers désigné par le donateur.

1. Erich GENZMER, « La genèse du fidéicommiss comme institution juridique », (1962) 4-39 *Revue historique de droit français et étranger* 319, 331.
2. *De off.* 1, 34, 124, cf. Cancelli l. c. p. 26. Pour une traduction française de ce texte, voir le site Web d'*Itinera Electronica*, pouvant être consulté à <http://agora-class.fltr.ucl.ac.be/concordances/cecero_devoirs1/lecture/4.htm> (consulté le 5 juin 2007).
3. E. GENZMER, *loc. cit.*, note 1, 329-331 ; Marcel FARIBAUT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou du trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, p. 19 ; David JOHNSTON, *The Roman Law of Trusts*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 9 ; Ronald SCALISE Jr., « Prohibited substitutions : Louisiana's experience with French Institution », (2002) 48 *Loy. L. Rev.* 715, 720.
4. Yves Rossier rappelle que « [l]e droit romain classique soumettait les legs à des conditions très strictes de forme et de capacité passive. Aussi la pratique eut-elle très tôt recours au fidéicommiss, par lequel le testateur imposait à un de ses héritiers ou légataires le serment de transmettre une partie des biens héréditaires à un tiers, le fidéicommissaire, qui pour une raison ou pour une autre, ne pouvait être gratifié par un legs direct. Dénué à l'origine de toute protection juridique, le fidéicommissaire se vit accorder dès le règne d'Auguste un droit de créance contre le grevé [...] ». Yves ROSSIER, « Étude comparée de certains aspects patrimoniaux de la fiducie », (1989) 34 *McGill L. J.* 817, 821 [nous soulignons].

Si la confiance imprègne toujours le terme *fidéicommiss*, la référence à une obligation morale est désormais exclue de son acception contemporaine, *fidéicommiss* trouvant aujourd'hui rarement d'existence autre que juridique⁵. Une existence du reste davantage marquée, sur le plan lexicographique, par son utilisation en tant que complément de nom : *société de fidéicommiss*, *acte de fidéicommiss* et, surtout, *compte* ou *bien en fidéicommiss*. Le langage actuel du droit québécois aurait pour ainsi dire oublié l'emploi solitaire de *fidéicommiss*, tant il ne figure plus aujourd'hui qu'au soutien d'autres termes. Pris isolément, *fidéicommiss* semble en effet confiné au droit successoral, où il désignait autrefois la substitution fidéicommissaire⁶ – dérivé du *fidéicommiss* romain – que l'on opposait à la substitution dite vulgaire⁷. Cette dernière n'étant pas une véritable substitution⁸, la réforme du Code civil l'a écartée au profit de la substitution fidéicommissaire, désormais simplement désignée sous le nom de substitution (de l'article 1218, al. 1 C.c.Q.). Ce choix ne sera probablement pas sans incidence sur l'usage de l'expression *substitution fidéicommissaire*. À l'instar du terme *fidéicommiss*, celle-ci risque de devenir tôt ou tard l'apanage du langage spécialisé des ouvrages de doctrine⁹.

5. Le domaine de la comptabilité semble également avoir reçu le terme *fidéicommiss* sous l'expression *compte en fidéicommiss*. Nous constaterons que cette expression est toutefois largement utilisée en droit québécois.

6. Sous le *Code civil du Bas-Canada*, Statuts de la province du Canada, 1865, chapitre 41, un *fidéicommiss* correspondait à l'institution de la substitution fidéicommissaire et se distinguait de la substitution vulgaire. La substitution fidéicommissaire désignait une « disposition de l'homme par laquelle, en gratifiant quelqu'un expressément ou tacitement, on le charge de rendre la chose à lui donnée, ou une autre chose, à un tiers que l'on gratifie en second ordre ». Thevenot d'ESSAULES de SAVIGNY, *Traité des substitutions fidéicommissaires*, annoté par M. Mathieu, Montréal, A. Periard, 1888, p. 4 ; Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1899, p. 2 et 6 ; Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, n° 163.

7. La substitution vulgaire était définie comme « [...] celle par laquelle une personne est appelée à la disposition, pour le cas où elle est sans effet quant à la personne avantagée en premier lieu » (art. 925 C.c.B.-C.).

8. La substitution vulgaire, qui n'est pas un *fidéicommiss*, est désormais couverte par l'article 750 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, où elle est présentée en matière de caducité des legs sous le vocable de « représentation », incorrectement selon John E. BRIERLEY : « Substitutions, stipulations d'inaliénabilité, fiducies et fondations », [1988] 3 C.P. du N. 243, n° 7, note 6 (à l'époque de l'écriture de ce texte, l'article 750 C.c.Q. n'était pas encore en vigueur et se trouvait, dans sa version préliminaire, à l'article 786).

9. Notons cependant que le Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210) recourt toujours à l'expression *substitution fidéicommissaire* à ses articles 488 à 492. Le Code civil français et le Code civil belge n'ont jamais employé cette expression et ne réfèrent qu'au terme *substitution*. L'expression est néanmoins largement utilisée (à suivre...)

Transposé dans un univers autre que le droit successoral, le *fidéicommiss* est toutefois (trop) souvent confondu avec la *fiducie*¹⁰, autre terme dont l'étymologie et l'origine romaine montrent sa filiation avec la notion de confiance¹¹. Cette confusion résulte vraisemblablement de l'attraction puissante du « trust » de common law¹², depuis toujours comparé à l'institution civiliste de *fidéicommiss*¹³, mais qui, en droit québécois, s'est progressivement matérialisée sous la forme originale de la *fiducie / trust* de l'article 1260 C.c.Q.¹⁴. Vu l'emploi des expressions *account in trust*, *trust company*, *trustee* et *trust deed*, le langage courant aura tôt fait de tenir pour équivalent le *compte en fidéicommiss* et le *compte en fiducie*¹⁵, la *société de fidéicommiss* et la *société de fiducie*, le *fidéicommissaire* et le *fiduciaire*, ou encore, en droit des sûretés, l'*acte de fidéicommiss* et l'*acte de fiducie*.

Est-ce dire que la confusion existante dissout considérablement la signification de *fidéicommiss* dans celle de la *fiducie* ? Depuis l'adoption du *Code civil du Québec*, l'effort d'harmonisation du légis-

(...suite)

par la doctrine, quoiqu'elle soit, en France, plus couramment désignée par l'expression *libéralité graduelle*, syntagme d'ailleurs utilisé depuis la réforme française du droit successoral de 2006 au nouvel intitulé du « Chapitre VI – Des libéralités graduelles et résiduelles » du « Titre II – Des libéralités » du « Livre III – Des différentes manières dont on acquiert la propriété » du Code civil français. Le chapitre remplacé portait sur « [l]es dispositions permises en faveur des petits-enfants du donateur ou testateur, ou des enfants de ses frères et sœurs », seules substitutions fidéicommissaires alors permises avant cette réforme.

10. Julie CHARBONNEAU, « L'utilisation illégale du compte en fidéicommiss et le droit disciplinaire », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, vol. 137, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 59, aux pages 63 et 64.
11. M. FARIBAULT, *op. cit.*, note 3, p. 27.
12. Dès 1936, Faribault remarque que « l'expression française [de fiducie] ne fait pas partie du langage courant ; elle n'a qu'une acception restreinte à l'usage des études et du palais. Il en va tout autrement pour le mot « trust », de formation anglo-saxonne, qui est d'emploi usuel ». *Ibid.*, p. 11.
13. À l'exclusion du droit québécois, du moins depuis l'introduction au XIX^e siècle de la *fiducie* testamentaire, les ouvrages lexicographiques renvoient généralement au *fidéicommiss* lorsqu'il s'agit de rendre le concept anglo-saxon de *trust*, en précisant cependant qu'il ne constitue pas sa contrepartie exacte. Voir, par exemple, le *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages*, St-Paul, West Publishing Company, 1985, p. 685 et Henry SAINT DAHL, *Dictionnaire juridique Dahl*, 2^e, New York, Hein/Daloz, 2001, p. 146.
14. Voir à ce sujet Madeleine CANTIN CUMYN, « L'origine de la fiducie québécoise », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 199.
15. L'expression « *compte in trust* » est également usitée. Voir, par exemple, *St-Arnaud c. Banque Toronto-Dominion*, [2000] R.R.A. 500 (C.S.) (rés.).

lateur provincial avec le droit commun¹⁶ semble, au contraire, manifester l'intention de restreindre l'usage du terme *fiducie* à la constitution d'un patrimoine d'affectation résultant d'un transfert de biens¹⁷. On ne devrait plus, par exemple, s'en remettre à l'ex-

16. *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, L.Q. 1999, c. 40. À l'inverse, l'effort d'harmonisation du législateur fédéral, que traduit notamment la *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, c. 4, peut parfois apparaître déroutant. Notons, par exemple, que l'expression « à titre de fiduciaire » de l'article 178(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, rendu en anglais par « *as a trustee* », a été modifiée pour tenir compte de la nouvelle institution québécoise de l'administration du bien d'autrui : « [u]ne ordonnance de libération ne libère pas le failli : [...] d) de toute dette ou obligation résultant de la fraude, du détournement, de la concussion ou de l'abus de confiance alors qu'il agissait, dans la province de Québec, à titre de fiduciaire ou d'administrateur du bien d'autrui ou, dans les autres provinces, à titre de fiduciaire ; » (nous soulignons). Or, le terme *fiduciaire* ne se rapporte pas ici à la nouvelle institution du *Code civil du Québec*, mais à une relation fiduciaire telle que comprise par la common law. On remarque d'ailleurs que cette acception de fiduciaire est d'application plus étendue que celle d'administrateur du bien d'autrui et qu'une personne qui n'est pas un administrateur du bien d'autrui pourrait néanmoins être considérée comme agissant à titre de fiduciaire au sens du droit anglais. Albert BOHÉMIER, « La clôture de la faillite » dans *Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec*, vol. 10, *États financiers, fiscalité corporative, faillite et insolvabilité*, 2006 (EYB2006CDD227).
17. Plus précisément, « [l]a fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer » (art. 1260 C.c.Q.). Les débats parlementaires relatifs à la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, précitée, note 16, exposent particulièrement bien cette intention : « [l]'absence de règles au *Code civil du Bas-Canada* pour ces fiducies d'inspiration de « common law » a engendré l'utilisation sans distinction dans les lois particulières des concepts de « fiducie », « fiduciaire », « fidéicommissaire », « fidéicommissaire » ou même « in trust » pour traduire tantôt la constitution d'une véritable fiducie, tantôt l'existence d'une simple relation mandant-mandataire, tantôt encore la nature des activités de personnes faisant profession de s'acquitter de l'administration des biens d'autrui. Pour augmenter davantage la confusion, certains textes utilisent diverses expressions pour un même concept. Ainsi, les textes qui réglementent les comptes que doivent tenir certains professionnels à l'égard de sommes d'argent ou valeurs qui leur sont confiées emploient indifféremment les termes « in trust », « en fiducie » ou « en fidéicommissaire ». Le projet de loi propose donc plusieurs modifications pour remédier à la situation actuelle et établir la concordance avec le Code civil ». Assemblée nationale du Québec, *Journal des débats*, 16 juin 1998, Serge Ménard, alors ministre de la Justice, concernant la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, *Projet de loi 426* (adoption de principe le 16 juin 1998), 2^e session, 35^e législature (Québec), pouvant être consulté à l'adresse <<http://www.assnat.qc.ca/archives-35leg2se/fra/publications/debats/JOURNAL/CH/980616.htm>> (consulté le 5 juin 2007). Notons qu'il s'agit ici du *Projet de loi 426* qui, bien que mort au feuillet, a été repris à la session suivante (*Projet de loi 5*) et sanctionné le 22 octobre 1999. Voir aussi M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, n° 162 et note 429.

pression *compte en fiducie* pour désigner le *compte en fidéicommiss*. Mais de l'intention à l'usage consacré, il y a souvent loin de la coupe aux lèvres, comme le suggère l'emploi souvent synonymique de ces termes dans la jurisprudence récente¹⁸. Il s'agit là d'un héritage persistant du droit antérieur, où la distinction entre *fidéicommiss* et *fiducie* n'avait de réelle importance, en droit positif québécois, qu'en matière successorale¹⁹.

La confusion est d'autant plus grande lorsqu'on remarque, à regret, que le législateur s'est employé, sans grande cohérence, à effacer du corpus législatif québécois la *société de fidéicommiss* (l'actuelle *société de fiducie*) et l'*acte de fidéicommiss* (désormais assimilé, en certaines circonstances, à l'*acte de fiducie*²⁰) pour ne plus retenir que le *compte en fidéicommiss* comme seule consécration d'un terme dont la générosité a longtemps marqué le droit québécois. L'une et l'autre de ces expressions permettaient pourtant d'installer une distance utile avec la fiducie de l'article 1260 C.c.Q. Leur suppression au profit de la *société de fiducie* et de l'*acte de fiducie* constitue, de prime abord, une entorse à la volonté du législateur d'affecter – si l'on permet l'expression – le terme *fiducie* à une institution juridique bien particulière. Étant donné cette équivoque, la présente entreprise lexicographique ne saurait se contenter d'examiner le reliquat législatif du terme *fidéicommiss* sans au préalable se faire

18. Voir, par exemple, au sujet de l'expression « compte en fiducie » : *Société canadienne d'hypothèques et de logement c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, 2004 IIJCan 28760 (C.A. Québec) ; *118353 Canada Ltée c. Svendsen*, 2002 IIJCan 41129 (C.A. Québec) ; *Gouverneur inc. c. Morris Bailey Enterprises*, 2000 IIJCan 11332 (C.A. Québec). Notons cependant que plusieurs tribunaux s'emploient à utiliser l'expression *compte en fidéicommiss* alors que les actes de procédure, les documents mis en preuve ou encore les jugements de niveau inférieur utilisent l'expression *compte en fiducie* : *Fournier c. De Wever*, 2006 IIJCan 1078 (C.A. Québec) ; *Lessard c. Truchon*, 2005 IIJCan 882 (C.A. Québec) ; *Smurfit-Stone inc. c. Goudreault*, 2005 IIJCan 948 (C.A. Québec) ; *Alexandre c. Dufour*, 2004 IIJCan 45037 (C.A. Québec) ; *Palma Olii S.R.L. c. Carol Brunet*, 2002 IIJCan 41089 (C.A. Québec).

19. Mignault expliquait ainsi cette distinction : « Il ne faut pas confondre le *fidéicommiss* avec la *fiducie*. [...] Dans la *fiducie* il y a une personne qui est chargée de restituer à une autre l'objet du legs ou de la donation, mais cette personne n'est pas gratifiée. Elle n'est qu'un simple intermédiaire, *nudus minister*, qui est chargé de rendre la chose au légataire ou au donataire à l'époque fixée. Le fiduciaire ne profite jamais de la caducité de la fiducie » : P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 6, p. 6.

20. « En matière de droit des biens : [...] « acte de fidéicommiss », lorsque l'objet de l'acte comporte un transfert de propriété, correspond à « acte de fiducie » » *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 423.

l'écho de ces expressions qui, bien qu'écartées par le législateur, sont encore utilisées en pratique²¹.

A. Société de fidéicommiss

Consacrée dès 1906²² par le législateur québécois, l'expression *société* ou *compagnie de fidéicommiss* désigne, de manière générale, une personne morale « apte à être chargée d'une mission de confiance »²³. Cette expression constitue vraisemblablement le premier usage « non successoral » du terme *fidéicommiss*, l'expression étant déjà utilisée au XIX^e siècle pour rendre l'expression anglaise *trust company*²⁴. Très tôt cependant, le langage courant opte pour l'expression synonymique *société de fiducie*, du reste reflété par le langage de la loi fédérale correspondante de l'époque, la *Loi concernant les compagnies fiduciaires*²⁵. Cette préférence devient d'autant plus manifeste que le législateur québécois choisit à son tour en 1987 la *société de fiducie*²⁶ pour désigner, à l'article 1 de la nouvelle

21. L'expression *acte de fidéicommiss* se retrouve notamment dans plusieurs règlements généraux de personnes morales. La jurisprudence récente n'y réfère cependant qu'indirectement, lorsqu'elle présente la teneur de ces règlements ou qu'elle se prononce sur un litige dans lequel intervient un *acte de fidéicommiss* passé avant la réforme du Code civil, c'est-à-dire avant que le législateur n'écarte ce mécanisme particulier de sûreté. Voir, par exemple 2550-4366 *Québec inc. c. Gesrd inc.*, REJB 2001-25402 (C.S.), *Beaulieu c. 9009-1356 Québec inc.*, REJB 97-00407 (T.T.) et 9009-1356 *Québec inc. c. Tribunal du travail*, REJB 96-01986 (C.S.). L'utilisation de l'expression *société* ou *compagnie de fidéicommiss* est analogue, bien qu'on puisse, à l'occasion, la retrouver concernant des faits ou des litiges intervenus après son remplacement en 1987 par l'expression *société de fiducie*. Voir, par exemple, 1632-6787 *Québec inc. c. Compagnie Montréal Trust*, REJB 2002-32079 (C.S.).

22. *Loi concernant les compagnies de fidéicommiss*, S.Q. 1906, 6 Ed. VII, c. 14.

23. M. FARIBAULT, *op. cit.*, note 3, p. 12.

24. Un projet de loi privé datant de 1872 en fournit une illustration : *Acte pour incorporer la Compagnie de fidéicommiss de la Puissance / An Act to incorporate the Dominion Trust Company*, No. 110, 5^e Session, 1^{er} Parlement, 35 Victoria, 1872.

25. 1914, 4-5 Geo. V, c. 55, rendue en anglais par *Trust Companies Act*.

26. Notons que les principales sociétés de fiducie canadiennes et québécoises, essentiellement créées par des capitaux anglo-saxons, utilisaient et utilisent toujours le terme *trust* plutôt que *fiducie* ou *fidéicommiss* : Canada Trust (1855) (désormais TD Canada Trust) ; Royal Trust/Trust Royal (1899) (acquisition de RBC) ; National Trust (1898) (acquisition de Scotia Bank) ; Montréal Trust (1889) (acquisition de Scotia Bank) ; Trust général du Canada (1927) (désormais Trust Banque Nationale). Une recherche par mot-clef dans le Registre des entreprises du Québec permet de découvrir qu'une seule personne morale est désignée par le terme *fidéicommiss*, bien que l'article 60 de la *Loi sur les sociétés de fiducies et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, restreigne l'utilisation de ce terme – ainsi que *trust* et *fiducie* – aux sociétés autorisées. Une recherche similaire dans la
(à suivre...)

Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne, les personnes morales autorisées « [...] à agir comme tuteur ou curateur aux biens, liquidateur, syndic, séquestre, conseiller d'un majeur, fiduciaire ou fidéicommissaire »²⁷. Intervenue avant la réforme du Code civil, cette modification terminologique semble être le résultat d'un rapprochement souhaité par le législateur québécois avec le langage courant, mais aussi avec son équivalent fédéral, renommé *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt* en 1991²⁸.

Du *fidéicommiss* à la *fiducie*, on convient sans ambages que ni l'une ni l'autre de ces expressions n'a vocation à circonscrire d'une manière précise la nature des activités que la société est autorisée à exercer. Or, la *société de fidéicommiss* ou *de fiducie* est une personne morale d'un type bien particulier. À la différence de ses consœurs, elle fait exception à la règle de l'article 304 C.c.Q. selon laquelle une personne morale est en principe inhabile à se voir attribuer des pouvoirs sur le bien d'autrui²⁹. La recherche d'un dénominateur commun aux activités énumérées à l'article 1 renverrait, dans cette perspective, à l'administration du bien d'autrui. La liste exhaustive de ces activités autorisées constituerait de la sorte une définition déterminative, probablement plus dilutive dans le cas de la *société de fiducie*³⁰, où les différentes activités énumérées s'ajoutent soit à celle du fidéicommissaire, soit à celle d'un véritable fiduciaire³¹ :

(...suite)

base de données sur les sociétés fédérales conduit à deux occurrences : Aditya Youth Trust Fund / Aditya Fonds en Fidéicommiss de la Jeunesse (2006) ; CIP/ICU Planning Student Trust Fund / Fonds en fidéicommiss pour étudiants en urbanisme et aménagement CIP/ICU (1989). Notons toutefois que le terme *fidéicommiss* n'est pas réservé au Canada. La restriction de l'article 42 de la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, en 1991, c. 45 porte uniquement sur les termes suivants : « fiduciaire », « fiduciary », « fiducie », « trust » et « trustco ».

27. L.R.Q., c. S-29.01, art. 1. La loi fédérale équivalente, la *Loi sur les sociétés de fiducie et de prêt*, précitée, note 26, couvre sensiblement les mêmes activités : « [i]l est interdit à la société, à l'exception de la société de fiducie au sens du paragraphe 57(2), d'agir au Canada soit comme fiduciaire, soit comme exécuteur testamentaire, administrateur, gardien officiel, gardien, tuteur, curateur ou conseil judiciaire d'un incapable ».

28. Précitée, note 26.

29. Sur ce point, voir : M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, nos 168 et s.

30. Dans la mesure où le concept de fiducie reçoit désormais au Québec une connotation normative par l'entremise de l'institution des articles 1260 et s. C.c.Q.

31. On retrouve la même conception en common law. Selon le *West's Law and Commercial Dictionary in Five Languages*, *op. cit.*, note 13, p. 685, « trust company » désigne « [a] corporation formed for the purpose of taking, accepting, and executing all such trusts as may be committed to it, and acting as testamentary (à suivre...)

curateur au bien, séquestre, syndic, liquidateur, etc. Sous cet angle, le remplacement de la *société de fidéicommiss* par la *société de fiducie* ne devrait pas atténuer l'intention manifeste du législateur de 1999 de confiner la terminologie de *fiducie* à la constitution d'un patrimoine d'affectation³². On semble ici avoir simplement privilégié l'usage au détriment de la cohérence des lois entre elles.

On peut cependant s'interroger sur ce que désigne le terme *fidéicommissaire* à la liste des activités réservées aux *sociétés de fiducie*. Un éclairage historique permet de découvrir que l'expression introduite par la révision de 1912³³ du texte d'origine³⁴ visait spécifiquement le *fidéicommissaire pour les porteurs de bons ou d'obligations*. L'existence législative de ce *fidéicommissaire* découlait de pouvoirs spéciaux attribués d'abord à quelques compagnies par voie de lois spéciales et, dès 1914, à l'ensemble des compagnies³⁵. Ces pouvoirs permettaient aux personnes morales d'accorder des sûretés particulières lors d'un emprunt par l'émission de bons ou d'obligations. Dénudée de toute mention relative aux porteurs de ces titres, la nouvelle référence au *fidéicommissaire*, adoptée sept ans avant la mise en vigueur de la réforme du Code civil (et du droit commun des sûretés), semble néanmoins viser exclusivement le « représentant » des obligataires³⁶, bien que l'institution ait depuis été remplacée, comme nous le verrons, par le nouveau *fondé de pouvoir*³⁷. Au-delà de cette acception restrictive, il apparaît en effet difficile de déterminer ce que pourrait désigner ce terme.

trustee, executor, guardian, etc. To these functions are sometimes (but not necessarily) added the business of acting as fiscal agent for corporations [...] [or] [a] bank which is authorized to serve in fiduciary capacity as executor, administrator, etc. » (nous soulignons). Notons, par ailleurs, que les versions anglaises des lois fédérale et provinciale relatives aux sociétés de fiducie recourent également à l'expression *trust company* : *An Act respecting trust companies and savings companies*, R.S.Q., c. S-29.01 ; *Trust and Loan Companies Act*, S.C. 1991, c. 45.

32. Voir *supra*, note 17.

33. *Loi relative aux compagnies de fidéicommiss*, S.Q. 1912, 2 Geo. V, c. 44, art. 2, 7^o.

34. *Loi concernant les compagnies de fidéicommiss*, précitée, note 22.

35. Il s'agit, comme nous le verrons, des dispositions à l'origine de l'ancien article 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q., c. P-16, renommée *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*. Depuis la réforme de 1994, le *fidéicommissaire* de l'article 28 a été remplacé par le *fondé de pouvoir* du *Code civil du Québec*. Sur ce point, voir nos commentaires sur l'expression *acte de fidéicommiss*.

36. Pour que cette interprétation restrictive soit valable, on estime toutefois qu'elle devrait être confirmée par une modification corrélative de la loi sur les sociétés de fiducie. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, n^o 170.

37. Voir à ce sujet les commentaires qui suivent sur l'expression *acte de fidéicommiss*.

Nous pouvons cependant suggérer que le souci du législateur de 1912 de préciser la qualité de ce *fidéicommissaire* signifiait que les autres activités énumérées constituaient également des formes de *fidéicommiss*, c'est-à-dire des « missions de confiance ». D'ailleurs, le terme *fidéicommiss* n'était-il pas, à cette époque, l'équivalent français du terme anglo-saxon *trust*, entendu notamment comme une relation fiduciaire (*fiduciary relationship*), c'est-à-dire une relation de confiance³⁸ ? Nous pourrions, du reste, envisager que la préférence actuelle pour la *société de fiducie*, qui n'est pas étrangère à cette relation dite fiduciaire, contribue à justifier le retrait de la précision relative *aux porteurs de bons ou d'obligations*. Le terme *fiducie* ayant remplacé celui de *fidéicommiss* pour désigner les missions de confiance, il devenait probablement inutile de préciser le sens d'un terme désormais confiné à un rôle spécifique, du moins dans le contexte particulier de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*³⁹.

B. Acte de fidéicommiss

L'évocation du *fidéicommissaire pour les porteurs de bons ou obligations* permet d'introduire une deuxième expression à laquelle participe le mot *fidéicommiss*. Institution d'exception au droit commun pendant près de 80 ans⁴⁰, l'*acte de fidéicommiss* permettait aux personnes morales d'hypothéquer, nantir ou gager des biens mobiliers ou immobiliers, présents ou futurs, afin de garantir le paiement d'obligations ou d'autres titres d'emprunt⁴¹. L'organisation des droits résultant de l'émission de titres rendait nécessaire⁴² la pré-

38. Sur ce concept, voir Mario NACCARATO, « Fiduciaire », (2005) 107 *R. du N.* 357, 358 et 360.

39. Précitée, note 27.

40. Au Québec, l'introduction du mécanisme de l'*acte de fidéicommiss* dans le droit québécois daterait de 1914, bien que plusieurs compagnies aient obtenu bien avant ce pouvoir particulier d'emprunt par l'entremise de statuts particuliers, soit dès 1869. Voir Louise LÉVESQUE, *L'acte de fiducie*, coll. « Minerve », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1991, p. 1 ; John B. CLAXTON, « The Corporate Trust Deed under Quebec Law : Article 2692 of the *Civil Code of Quebec* », (1997) 42 *R.D. McGill* 797, 813-815.

41. Ancien article 27 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35.

42. « [L]a pluralité des créanciers, soit originaire, soit éventuelle, et résultant elle-même à la fois de la somme empruntée et de son caractère de dette à long terme [commandait une] représentation unique si possible, mais en même temps cessibilité et négociabilité maximum des titres [...] ». Marcel FARIBAUT, « De l'acte de fiducie », (1963-64) 66 *R. du N.* 335, 338.

sence d'un tiers de confiance, le *fidéicommissaire*⁴³, chargé de la représentation des intérêts des obligataires, originels ou éventuels⁴⁴, et autorisé irrévocablement par la société débitrice à prendre possession, sans procédure judiciaire⁴⁵, de ses biens en cas de défaut par elle de son obligation⁴⁶.

Autre produit de l'influence du droit anglo-saxon⁴⁷, l'*acte de fideicommissis* pouvait facilement être assimilé à la fiducie de common law⁴⁸. D'ailleurs, la version anglaise de la loi recourait sans nuance à l'expression *trust deed*⁴⁹, sans compter que l'*acte de fideicommissis* et le *fidéicommissaire* étaient respectivement désignés dans le langage courant par les synonymes « acte de fiducie » et « fiduciaire »⁵⁰.

Cette assimilation est rapidement apparue envahissante pour le droit civil, qui ne reconnaît pas le dédoublement du titre de propriété propre au *trust* de common law. Bien qu'exorbitant du droit commun, l'*acte de fideicommissis* devait demeurer un contrat de sûreté

43. Ancien article 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35. Le rôle de *fidéicommissaire* était généralement confié à une *société de fideicommissis*. On souhaitait ainsi éviter que la mort ou l'incapacité du fideicommissaire ne suspendent la protection offerte par les garanties. Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1987, p. 31-17.

44. M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 43, p. 31-16 et 31-17.

45. Ce pouvoir de prendre possession des biens du débiteur a été justifié par la Cour d'appel par la liberté contractuelle et le principe de l'autonomie de la volonté. *Banque Nationale du Canada c. Manufacture Roland Couture Inc.*, J.E. 82-876 (C.A.). Voir aussi M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 43, p. 31-25 à 31-27. Cette prise de possession ne peut toutefois survenir qu'à la condition qu'un délai raisonnable, sauf circonstances particulières (par exemple, de vente imminente des biens par le débiteur), soit accordé au débiteur. Ce pouvoir ne permet pas au créancier de forcer l'entrée des propriétés du débiteur. Des procédures judiciaires sont donc nécessaires si le débiteur oppose une résistance. L. LÉVESQUE, *op. cit.*, note 40, p. 54 et 58.

46. Ancien article 30 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35. Voir aussi M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 43, p. 31-30.

47. L. LÉVESQUE, *op. cit.*, note 40, p. 1 ; J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40, 809-811.

48. Notons, par ailleurs, que le *pre-incorporation trust* de l'article 31 de la *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38, était également désigné par le terme *fidéicommissis*, sous l'expression *fidéicommissis pré-incorporatif* ou *préconstitutif*. Ce *fidéicommissis* est désormais inutile, puisque inapplicable à une compagnie constituée en vertu de la Partie 1A (art. 123.0.1 et 123.6).

49. Ancien article 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35. Au Québec, Claxton remarque que les expressions « *corporate trust deed* » et « *trust indenture* » sont également utilisées pour désigner l'*acte de fideicommissis*. Toutefois, l'expression « *trust indenture* » appartiendrait davantage à la tradition de common law nord-américaine. J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40, 815.

50. M. FARIBAUT, *op. cit.*, note 3, p. 14.

relevant exclusivement du droit privé québécois⁵¹. Dans un arrêt emblématique⁵², la Cour suprême a refusé d'accorder au *fidéicommissaire* le statut juridique de *trustee* ou même celui de fiduciaire du C.c.B.-C., dont l'existence devait, selon elle, être restreinte au droit des successions⁵³. Il était néanmoins indispensable de déterminer la nature du rapport que le *fidéicommissaire* entretenait, d'une part, avec les biens donnés en garantie et, d'autre part, avec les obligataires. Si la propriété des biens lui a été refusée au profit du patrimoine du débiteur⁵⁴, on lui a accordé le droit d'ester en justice pour les obligataires⁵⁵, estimant qu'il était un « créancier délégué »⁵⁶ et donc davantage qu'un simple mandataire⁵⁷. D'ailleurs, l'institution du mandat correspondait assez mal à l'autonomie qui lui était conférée

-
51. L'ancien article 29 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35, soumettait d'ailleurs explicitement les droits conférés sur les immeubles à l'application du Code civil.
52. *Laliberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7.
53. *Ibid.*, 17-18. Cette interprétation a été confirmée à plusieurs reprises, notamment dans *Trust Général du Canada c. Roland Chalifoux Ltée*, [1962] R.C.S. 456, 460, *Société nationale de fiducie c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, REJB 90-69559 (C.A.) et *Trust Général du Canada c. Marois*, REJB 86-62463 (C.A.).
54. *Ibid.*, 19 et s., notamment à propos de l'interprétation de l'expression « céder et transporter » de l'ancien article 30 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35, qui, selon la Cour, devait signifier « céder et transporter en garantie ». Il ne pouvait, en conséquence, y avoir de transfert de propriété. À cet égard, l'étude des débats parlementaires relatifs à la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, précitée, note 16, permet de découvrir que, de l'avis de madame Linda Goupil, ministre de la Justice de l'époque, le concept de « transport en garantie » « [...] est dorénavant couvert par les notions d'« hypothèque » ou de « fiducie constituée pour garantir l'exécution d'une obligation » ». Assemblée nationale, Journal des débats, Commissions parlementaires, Commission permanente des institutions, 5 octobre 1999, concernant l'étude détaillée de la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, Projet de loi n° 5, 1^{re} session, 36^e législature, pouvant être consulté à l'adresse <<http://www.assnat.qc.ca/archives-36leg1se/fra/Publications/debats/journal/ci/991005.htm>> (consulté le 5 juin 2007). Le principe dégagé par la Cour suprême apparaît largement dilué, dans la mesure où la nouvelle institution de la fiducie ouvre la porte à un transfert de propriété en matière de contrat de sûreté.
55. *Zoltom Investments c. Rodgers*, [1979] C.A. 534 ; *Trois-Rivières (Cité des) c. Sun Trust Company*, (1923) 34 B.R. 351. Malgré la suppression de l'expression *acte de fidéicommiss* et du terme *fidéicommissaire* du corpus législatif québécois, il est intéressant de remarquer que les tribunaux se réfèrent parfois à cette décision pour expliquer qu'il revient au fiduciaire, dans le cas d'une fiducie de l'article 1260 C.c.Q., d'exercer les droits afférents au patrimoine d'affectation. Voir, par exemple, *Mondor-Gilham c. Girard*, REJB 97-00738 (C.Q.).
56. Louis PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, n° 1852.
57. J.G. KIRKPATRICK, « The role of the Trustee under a Trust Deed in Québec Civil Law », (1987) 47 *R. du B.* 495, 498 et s.

par l'acte de fidéicommiss⁵⁸, sans compter les difficultés théoriques d'assimiler les obligataires éventuels à de véritables mandants⁵⁹.

L'acte de fidéicommiss n'a pas survécu à la réforme du Code civil, mais l'expression demeure employée⁶⁰. Ses fonctions financières sont désormais assurées par le droit commun des sûretés, notamment sous la forme simplifiée de l'hypothèque mobilière et de l'hypothèque ouverte⁶¹. Le *Code civil du Québec* reconnaît néanmoins la possibilité de réaliser au moyen de ces types d'hypothèque les montages financiers de l'ancien article 28 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*⁶², tout en tenant compte des modifications apportées par la réforme en matière d'hypothèque et de fiducie⁶³. Les lois fédérales d'harmonisation avec le droit civil québécois⁶⁴ se sont d'ailleurs faites l'écho de ce changement en remplaçant l'expression « acte de fiducie », trop proche du concept de « *trust deed* » de common law, par celles d'« acte constitutif d'hypo-

58. « Sans pour autant posséder tous les attributs du « Trustee » du Common Law qui résultent du morcellement du droit de propriété en « beneficial owner-ship » et en « Legal Title » et du partage de celui-ci entre le trustee et les obligataires, le fidéicommissaire en droit québécois a, en regard des stipulations que l'on retrouve généralement dans le cas sous étude, une existence beaucoup plus autonome que le simple mandataire ou celui qui de façon générale représente un autre », *Zoltom Investments c. Rodgers*, précitée, note 55. Voir aussi *Banque nationale du Canada c. Société en commandite Jean-Jacques Olier*, REJB 2001-24706 (C.S.).

59. À cet égard, Payette remarque que le « [...] fidéicommissaire jouait un rôle de fiduciaire, un rôle que la nature et les règles du contrat du mandat permettent difficilement à un mandataire de jouer puisque sous le mandat, le mandataire représente le mandant dont il tient ses pouvoirs. Le fidéicommissaire ne tenait pas ses pouvoirs des bénéficiaires pour lesquels il devait agir, mais de l'émetteur des obligations ; cela s'imposait lorsqu'il devait représenter des bénéficiaires futurs, inconnus et pour l'instant indéterminés ». L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, nos 1853 et 617 (fondé de pouvoir). On considérerait, en outre, que le *fidéicommissaire* était à la fois le mandataire des obligataires et le mandataire de la compagnie débitrice pour tout acte lié à la convention de fiducie. Voir, à ce sujet, les commentaires critiques de L. LÉVESQUE, *op. cit.*, note 40, p. 74 à 76 et la décision *Société nationale de fiducie c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, précitée, note 53, par. 62 à 64.

60. Voir *supra*, note 21.

61. Maurice MARTEL et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 32-7 ; L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, nos 610, 613 et 1854 ; M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, n° 170.

62. Précitée, note 35.

63. M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 61, p. 32-11 et 31-12.

64. *Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, précitée, note 16, art. 62 et 102 ; *Loi d'harmonisation n° 2 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2004, c. 25, art 13.

thèque »⁶⁵ et d'« hypothèque »⁶⁶, moins connotées par l'ancien droit d'exception et davantage conformes au nouveau droit commun des biens et des sûretés du Code civil. Cette modification terminologique s'étend également au terme *fidéicommissaire*. Un contrat garantissant le paiement d'obligations ou d'autres titres d'emprunt⁶⁷ doit désormais, selon l'article 2692 C.c.Q., être constitué en faveur d'un « fondé de pouvoir »⁶⁸, dont le rôle est de représenter les créanciers dans l'exercice de leurs recours hypothécaires. On a vraisemblablement jugé inapproprié de conserver une terminologie disqualifiée (*fidéicommissis*) ou confondante (*fiducie*), notamment au regard de la nouvelle fiducie du Code civil.

Dans une perspective plus juridique, cet effort manifeste de distinction terminologique semble résulter d'une volonté délibérée d'exclure de ce contrat de sûreté tout transfert de propriété ou création d'un patrimoine d'affectation. Selon Payette, le recours à l'expression « fondé de pouvoir » de l'article 2692 C.c.Q. constituerait un indice explicite de l'intention du législateur de ne pas accorder à un fiduciaire le titre d'une hypothèque garantissant une créance qu'il ne possède pas⁶⁹. L'objectif n'était-il pas, d'ailleurs, de permettre la réalisation après 1994 de ce montage financier permis avant la réforme, ni plus ni moins⁷⁰ ? Or, une lecture de la nouvelle

65. Rendu en anglais par l'expression « *act constituting a hypothec* ». *Loi sur Bell Canada*, L.C. 1987, ch. 19, art. 14 ; *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), c. N-7, art. 29(3)b) ; *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, précitée, note 16, art. 13.3(1)b).

66. Voir les fiches terminologiques bijuridiques suivantes préparées par le ministère fédéral de la Justice dans le cadre du projet d'harmonisation des lois fédérales au droit civil : « acte de fiducie », pouvant être consultée à <http://www.justice.gc.ca/fr/ps/bj/harm/actes_de_fiducie_14.html> (consulté le 5 juin 2007) ; « fiduciaire », pouvant être consultée à <http://www.justice.gc.ca/fr/ps/bj/harm/fiduciaire_fonde_de.html> (consulté le 5 juin 2007).

67. Selon L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, n° 626, l'expression « titre d'emprunt » doit être limitée à une valeur émise par la personne morale de la même nature qu'une obligation. On ne saurait, par exemple, assimiler un simple billet promissoire au titre d'emprunt de l'article 2692 C.c.Q.

68. *Loi sur les pouvoirs spéciaux des personnes morales*, précitée, note 35, art. 32 ; *Code civil du Québec*, art. 2692 et 3060. Le *fondé de pouvoir* est rendu en anglais par l'expression étonnante, voire « incorrecte », de « *holder of a power of attorney* ». J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40, 801.

69. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, n° 1943. Il remarque également que le fondé de pouvoir doit être distingué de l'institution du mandat, puisque ce créancier délégué ne tient pas nécessairement son autorité et sa charge de ceux pour lesquels il agit (n° 617). Voir aussi M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 61, p. 32-11 et 32-12.

70. L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, p. 613 ; M. MARTEL et P. MARTEL, *op. cit.*, note 61, p. 32-11.

fiducie québécoise permettrait d'alimenter la thèse selon laquelle cette institution, bien que différente de son équivalent de common law⁷¹, est désormais suffisamment large pour assimiler le « fondé de pouvoir » au fiduciaire d'une véritable fiducie⁷². On suggère, par exemple, que la création au profit du fondé de pouvoir d'une hypothèque garantissant des obligations équivaldrait au transfert d'un bien, le droit réel d'hypothèque, dans un patrimoine d'affectation⁷³. Le mécanisme de l'article 2692 C.c.Q. équivaldrait ainsi à une « fiducie corporative »⁷⁴ que plusieurs pourraient confondre avec la « fiducie-sûreté »⁷⁵, où ce sont les biens faisant l'objet de la sûreté, et

71. Il faut en effet distinguer la fiducie québécoise du *trust* de common law, où l'on reconnaît le dédoublement du titre de propriété, comme l'indique la définition suivante de « *trust deed* » (ou « *deed of trust* ») : « [a] deed conveying title to real property to a trustee as security until the grantor repays a loan ». Bryan A. GARNER, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Group, 1999, p. 423.

72. C'est la thèse défendue par J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40. Voir également André MORRISSETTE et Marie-Josée LAPIERRE, « L'utilisation des fiducies dans un contexte commercial » dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, vol. 3, « Les contrats relatifs à l'entreprise », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1, au n° 146.

73. J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40, 842 à 845. Les pouvoirs d'administrer le registre des obligataires, d'effectuer le transfert des obligations et même de réaliser la garantie seraient également considérés comme faisant l'objet du transfert de propriété depuis le patrimoine du débiteur vers la fiducie (p. 845-846). Voir aussi A. MORRISSETTE et M.-J. LAPIERRE, *loc. cit.*, note 72, n° 146. Cette interprétation semble d'ailleurs conforme aux commentaires du ministre sur les articles 1260 et 1262 C.c.Q., selon lesquels la fiducie de l'article 1260 C.c.Q. [...] permet, par sa généralité, de couvrir les manifestations du concept de fiducie que connaissent les lois particulières, y compris la fiducie pour obligataire, prévue par la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des compagnies* [...]. Le ministre ajoute, au sujet de la fiducie contractuelle (art. 1262 C.c.Q.), qu'« [il] suffit de penser, en effet à la fiducie pour obligataires, prévues par la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des compagnies* ou aux diverses fiducies visées par la *Loi sur les impôts* [...] pour constater que les fiducies établies à titre onéreux existent dans notre droit. Le code consacre désormais l'évolution du concept de fiducie en droit statutaire ». *Commentaires du ministre de la Justice*, vol. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 748 et 751. L'assimilation d'un fondé de pouvoir à un véritable fiduciaire porte toutefois à critique. Il apparaît difficile d'assimiler la création d'une hypothèque par un débiteur à un « bien transmis » : comment, en effet, une hypothèque peut-elle être transférée si, dès sa naissance, elle appartient au tiers créancier de l'obligation garantie ? En tant qu'accessoire d'une créance, une hypothèque peut-elle, d'ailleurs, être transférée par les obligataires à un tiers qui n'est pas le cessionnaire du principal, c'est-à-dire de la créance garantie par cette hypothèque ? Voir L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, nos 1942 et 1943.

74. Traduction de l'expression anglaise « *Corporate Trust Deed* ». A. MORRISSETTE et M.-J. LAPIERRE, *loc. cit.*, note 72, par. 143 et s.

75. Au sujet de cette expression, voir notamment L. PAYETTE, *op. cit.*, note 56, nos 1837 à 1979. L'auteur refuse d'assimiler un acte constitutif d'hypothèque à une fiducie-sûreté (nos 1939 à 1943).

non le titre de la sûreté, qui sont transférés dans un patrimoine d'affectation.

Paradoxalement, le souci d'assurer la continuité de l'ancien *acte de fidéicommiss* à travers le droit commun des sûretés fait renaître de ses cendres la vieille problématique du transfert de propriété. L'ancienne indétermination qui caractérisait ce type de contrat est toutefois transformée. Il ne s'agit plus de s'interroger sur la propriété des biens mis en garantie, qui demeurent dans un cas comme dans l'autre dans le patrimoine du débiteur, mais sur la possibilité de transférer un droit réel d'hypothèque ainsi que certains pouvoirs d'administration dans un patrimoine d'affectation⁷⁶.

Au lieu d'éclairer le lecteur, les règles d'interprétation de la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*⁷⁷ semblent contribuer à cette indétermination en indiquant qu'un *acte de fidéicommiss* correspond à un « acte de fiducie » seulement « [...] lorsque l'objet de cet acte comporte un transfert de propriété ». Pour le moins alambiquée, la formule choisie par le législateur de 1994 suggère qu'un *acte de fidéicommiss* a toujours pu comporter un transfert de propriété. Cette suggestion se met évidemment en porte-à-faux avec la décision de la Cour suprême du Canada selon laquelle le débiteur demeurerait propriétaire de ses biens.

Les modifications législatives apportées en 1999 ne sont guère plus éclairantes. On s'interroge, par exemple, sur la signification actuelle de l'expression *acte de fiducie* qui, depuis, remplace celle d'*acte de fidéicommiss* aux articles 78 et 170 de la *Loi sur les compagnies*⁷⁸. Si l'on suit l'intention générale du législateur concernant le terme *fiducie*⁷⁹, il apparaît manifeste que l'expression *acte de fiducie* implique un quelconque transfert de propriété. On n'aurait guère pris la peine de remplacer l'ancienne expression, si ce n'est pour traduire la volonté d'assimiler l'« *acte de fiducie passé pour garantir une émission d'obligations ou autres valeurs de la compagnie* » à la fiducie de l'article 1260 C.c.Q. Pourquoi alors avoir utilisé le terme

76. Une réponse affirmative à cette interrogation pourrait, entre autres conséquences, exonérer tant le débiteur que les obligataires de toute responsabilité à l'égard de l'administration de la fiducie par le fiduciaire, contrairement à l'application de la théorie du mandat, où le mandant peut être tenu responsable des actes commis par son mandataire. J.B. CLAXTON, *loc. cit.*, note 40, 849-850.

77. Précitée, note 20, art. 423.

78. Précitée, note 48, telle que modifiée par la *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, précitée, note 16, art. 70.

79. Voir *supra*, note 17.

fondé de pouvoir aux articles 2692 et 3060 C.c.Q. au lieu de s'en remettre simplement à celui de *fiduciaire* ? Doit-on comprendre que, selon la volonté des parties, la version contemporaine de l'*acte de fidéicommiss* peut désormais, soit opérer un transfert de propriété dans un patrimoine d'affectation détenu et administré par un fiduciaire, soit simplement constituer une hypothèque en faveur d'un créancier délégué, c'est-à-dire le fondé de pouvoir ?

C. En fidéicommiss

La question du transfert de propriété pose un problème typique des concepts auxquels s'associe le terme *fidéicommiss*. Elle est également partagée par le seul complément du nom issu de ce terme encore véritablement consacré par le droit positif québécois – *en fidéicommiss* – que l'on retrouve principalement dans l'expression archétypale *compte en fidéicommiss*, lieu sûr où sont placés ou déposés des *biens* ou *sommes en fidéicommiss*.

Lors de la réforme du Code civil, le législateur a indiqué, grâce à une disposition interprétative, que la notion de *compte en fiducie*⁸⁰ devait désormais correspondre à celle de *compte en fidéicommiss*, déjà présente dans le corpus législatif québécois⁸¹. Cette préci-

80. L'expression *compte en fiducie* était alors largement employée par le législateur. Voir notamment la *Loi sur les agents de voyages*, L.R.Q., c. A-10, anc. art. 15 ; *Loi sur la Commission municipale*, L.R.Q., c. C-35, anc. art. 48 ; *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, anc. art. 306.2 ; *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, L.R.Q., c. R-2.2, anc. art. 26, 27, 30 et 51. Depuis 1999, ces dispositions ont pour la plupart été formellement modifiées pour tenir compte de l'expression désormais consacrée. Voir *supra*, note 17.

81. *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, précitée, note 20, art. 423. Notons, par ailleurs, que l'expression « compte en fidéicommiss » n'est pas utilisée en France pour désigner le « compte » dans lequel sont versées les sommes pour ou au nom d'un client ou d'un avocat. *Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat*, JORF du 28 novembre 1991. Dans la pratique, « compte CARPA » est l'expression consacrée et désigne un compte soumis au contrôle de la Caisse des Règlements Pécuniaires des Avocats. Notons également qu'une recherche par mot-clef dans la base de données Légifrance n'offre que deux occurrences du terme *fidéicommiss*. Celles-ci ne concernent que deux décrets portant application d'accord bilatéraux entre la France et un pays étranger. Dans l'un et l'autre de ces décrets, *fidéicommiss* désigne un *trustee*. *Décret n° 2003-488 du 4 juin 2003 portant publication de la convention entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Botswana en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion et la fraude fiscales en matière d'impôts sur le revenu, signée à Gaborone le 15 avril 1999*, JORF n° 134 du 12 juin 2003 ; *Décret n° 92-1377 du 24 décembre 1992 portant publication de l'accord constitutif de la Société interaméricaine d'investissement (ensemble une annexe), fait à Washington le 19 novembre 1984*, JORF n° 304 du 31 décembre 1992.

sion interprétative venait en quelque sorte confirmer, notamment en matière de comptabilité professionnelle, que l'utilisation d'un *compte en fiducie* ou d'un *compte en fidéicommiss*, tenus ici comme synonymes, n'engendrait pas en soi un transfert de propriété, le titulaire de compte n'étant *a priori* que le détenteur désigné du bien placé *en fidéicommiss*⁸². Sur le plan juridique, conserver l'ancienne expression aurait évidemment juré avec la réalité de la nouvelle fiducie du *Code civil du Québec*.

Les modifications successives apportées par la *Loi concernant l'harmonisation des lois publiques au Code civil*⁸³ de 1999 confirment le remplacement de *compte en fiducie* par *compte en fidéicommiss*⁸⁴ et le caractère distinctif de la notion de fiducie telle que définie à l'article 1260 du Code civil. Cette distinction s'affirme spéciale-

82. Les sommes déposées en fidéicommiss appartiennent aux clients de l'avocat et du notaire. *Règlement sur la comptabilité et les comptes en fidéicommiss des avocats*, R.R.Q., c-B-1, r. 3, art. 1.01d) ; *Règlement sur la comptabilité en fidéicommiss des notaires*, R.R.Q., c. N-2, r. 5.1, art. 7 *in fine* et 26, 3 ; *Blais c. Barbeau*, REJB 89-77135 (C.S.) ; Stéphane BRUNELLE, *La comptabilité en fidéicommiss*, coll. « Bleue », série « Répertoire de droit », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 ; Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., coll. « Bleue », série « Précis », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 105.3. Par ailleurs, en l'absence de mandat, le détenteur d'un compte en fidéicommiss ou en fiducie (« *in trust* ») n'engage que lui-même, puisque le fait d'accoler à un nom la mention *en fidéicommiss*, *in trust* ou *en fiducie* « *ne signifie rigoureusement rien en droit civil* ». *Segev c. Drazin*, [2004] J.Q. (Quicklaw) n^o 13840 (C.S.) ; *Eastveld c. Solchef Ltd.*, REJB 2002-28141 (C.S.) ; *St-Arnaud c. Banque Toronto-Dominion*, précitée, note 15 ; *Québec (Curateur public) c. G.(G.)*, REJB 97-03545 (C.S.) ; *Perreault c. 135614 Canada Inc.*, [1992] R.D.J. 225 (C.A.).

83. Précitée, note 16.

84. Notons toutefois que l'expression « compte en fiducie » se retrouve toujours à l'article 86 de la *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, L.R.Q., c. A-23.001 : « [l]es sommes qui devaient être placées dans un compte en fiducie en vertu de l'article 256 de la Loi sur la protection du consommateur (chapitre P-40.1) doivent, à l'époque, aux conditions et selon les modalités prévues par règlement, être déposées en fidéicommiss auprès d'un dépositaire ». Il s'agit probablement d'un oubli, puisque l'article 256 de la *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 80, fait désormais référence à un *compte en fidéicommiss*. Plusieurs règlements comportent encore l'expression « compte en fiducie » : *Règlement autorisant certains mandataires à remettre à l'acheteur le montant de la taxe de vente*, R.Q. c. I-1, r. 13, art. 3 et 5 ; *Règlement sur le compte en fidéicommiss et les assises financières du cabinet en valeurs mobilières*, R.Q. c. D-9.2, r. 1.04, annexe I ; *Règlement d'application de la Loi sur le recouvrement de certaines créances*, R.Q. c. R-2.2, r. 1, art. 37 et 51 ; *Règlement sur l'attestation de solvabilité exigée en vertu de la Loi sur l'assurance automobile*, R.Q. c. A-25, r. 1, art. 13 ; *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.Q. c. P-40.1, r. 1, art. 17, 147, 149, etc. ; *Règlement sur les valeurs mobilières*, R.Q. c. V-1.1, r. 1, art. 219.1.

ment à l'endroit de certaines sommes d'argent reçues par un commerçant⁸⁵, un agent de voyages⁸⁶ ou un vendeur de services funéraires et de sépultures⁸⁷. Devant être déposées dans un *compte en fidéicommiss*, ces sommes sont explicitement considérées par le législateur comme étant « transférées en fiducie », le commerçant, l'agent de voyage ou le vendeur en étant le « fiduciaire ». Cette précision de la nature juridique de l'utilisation d'un *compte en fidéicommiss* permet de déduire, *a contrario*, que son utilisation n'engendre pas forcément de fiducie au sens du Code civil ni ne fait de son titulaire un véritable *fiduciaire*. Si le *compte en fidéicommiss* impliquait toujours la création d'une fiducie, il n'aurait pas été nécessaire de préciser l'existence d'un « transfert en fiducie ».

Malgré les efforts législatifs visant à distinguer le *compte en fidéicommiss* de la fiducie, les tribunaux sont demeurés imprégnés de la traduction usitée, mais désormais inappropriée, de l'expression anglo-saxonne *account in trust* par celle de *compte en fiducie*⁸⁸. Plus insidieusement, la jurisprudence a surtout continué à concevoir le praticien du droit comme ayant des « obligations fiduciaires » (*fiduciary obligations*) envers ses clients pour lesquels il détient des biens en *fidéicommiss*⁸⁹. Si le recours à cette expression peut être une

85. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 80, art. 254, 255, 256, 260.8, 260.14 et 260.15 : « [l]e commerçant est alors fiduciaire de cette somme et doit la déposer dans un compte en fidéicommiss ».

86. *Loi sur les agents de voyages*, précitée, note 80, art. 33 : « [l]'agent de voyages agit alors comme fiduciaire ; il doit déposer ces fonds dans un compte en fidéicommiss ouvert au Québec [...] Les fonds qui sont perçus par un agent de voyages et qui doivent être déposés en fidéicommiss sont réputés détenus en fiducie par l'agent de voyages ».

87. *Loi sur les arrangements préalables de services funéraires et de sépulture*, précitée, note 84, art. 19 et 34 : « [l]es sommes qui sont perçues par un vendeur et qui doivent être déposées en fidéicommiss en vertu de la présente loi sont transférées en fiducie et le vendeur en est le fiduciaire ».

88. M. FARIBAULT, *op. cit.*, note 3, p. 14 et 15. On a cependant soutenu l'idée selon laquelle une somme détenue « *in trust* » pour être utilisée à une fin spécifique, comme l'achat d'une propriété, devrait constituer une fiducie au sens du *Code civil du Québec*. John B. CLAXTON, « Langage du droit de la fiducie », (2002) 62 *R. du B.* 273, 311 et 312.

89. Voir notamment : *Savard c. 2329-1297 Québec inc.*, REJB 2005-93444 (C.A.) (avocat poursuivi pour ne pas avoir respecté ses « obligations de fiduciaire » conformément à une « convention de dépôt » relative à une somme litigieuse placée en fidéicommiss) ; *Langlois c. Morissette*, REJB 2002-37466 (C.S.) (notaire ayant agi contrairement à ses « obligations de fiduciaire » pour avoir décaissé de son compte en fidéicommiss une somme destinée à l'achat d'un immeuble contrairement aux indications de l'acheteuse) ; *Avenor inc. c. Europaper S.A.*, REJB 99-13732 (C.S.), requête pour permission d'appeler accueillie, C.A. Montréal, (à suivre...)

source de confusion, il ne dévoile guère plus qu'un usage linguistique bien ancré dans la tradition (bi)juridique québécoise, où les obligations de l'administrateur du bien d'autrui et du mandataire trouvent facilement refuge dans le champ gravitationnel du terme *fiduciaire*, équivalent français de *fiduciary*⁹⁰, mais aussi du *trustee*⁹¹.

D'un point de vue plus juridique, la référence faite aux obligations fiduciaires ne constitue pas l'unique ambiguïté relative à la question de la propriété des biens placés dans un *compte en fidéicommis*. Plus d'une trentaine de textes législatifs et réglementaires québécois recourent à cet outil de gestion sans énoncer le cadre juridique sur lequel il repose, ni l'affectation patrimoniale qu'elle suppose. L'étude de ce corpus législatif québécois ne permet pas d'établir une association de principe entre l'utilisation d'un *compte en fidéicommis* et une institution civiliste particulière. Cette imprécision législative pourrait sans doute contribuer à une utilisation plus

(...suite)

n° 500-09-008479-990, 25 août 1999, appel remis *sine die*, C.A. Montréal, n° 500-09-008479-990, 12 novembre 1999 (avocats ne pouvant, à titre de « fiduciaires », se départir du cautionnement pour frais, déposé dans leur compte en fidéicommis, qu'avec le consentement des parties ou sur jugement final, conformément à une entente signée par les parties).

90. Voir à ce sujet M. NACCARATO, *loc. cit.*, note 38, 350 et s. Une autre hypothèse relative à l'emploi récurrent du terme fiduciaire en matière de fidéicommis pourrait être trouvée dans le droit successoral romain, où l'on désignait volontiers l'héritier d'un fidéicommis d'hérité d'« héritier fiduciaire ». Selon Madeleine Cantin Cumyn, « [...] le qualificatif de fiduciaire se rapportait à l'obligation de remettre au fidéicommissaire l'objet du fidéicommis ; il signalait que cette obligation, qui ne reposait pour son exécution que sur la bonne volonté de l'héritier, était de même nature que l'obligation de restituer de l'acquéreur fiduciaire. Malgré l'emploi du terme « fiduciaire », il faut se garder d'en conclure à l'existence, à Rome, d'une fiducie testamentaire, ou de confondre le fidéicommis avec la *fiducia* ». M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 14, à la page 208.
91. « L'équivalence entre « fiduciaire » et « trustee », rappelons-le, est fortement ancrée au Canada, non seulement dans les ressorts de common law, mais même au Québec (Code civil du Québec, art. 1260 et suivants) ». PROGRAMME NATIONAL DE L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE DANS LES DEUX LANGUES OFFICIELLES (PAJLO), « Normalisation du vocabulaire du droit des fiducies, document de synthèse : groupe « fiduciary » », CTTJ-1E, 25 mai 2004, pouvant être consulté à <<http://www.pajlo.org/fr/ressources/normalisation/cttj-1e1.pdf>> (consulté le 5 juin 2007). Dans le but d'éliminer la confusion créée par le mot *fiduciaire* entre l'obligation dite *fiduciaire* et la *fiducie (trust)*, le PAJLO suggère le néologisme *fiducial* pour rendre le terme *fiduciary*, le mot *fiduciaire* demeurant l'équivalent de *trustee* et de *trust* en tant qu'adjectif.

fréquente du terme déjà usité de *fidéicommissaire*⁹², moins chargé sur le plan normatif⁹³, et davantage compatible⁹⁴ avec les différentes institutions civilistes susceptibles d'entourer l'utilisation du *compte en fidéicommissis*.

En marge de la déontologie des praticiens du droit, où le mandat est souvent à l'origine de l'utilisation d'un tel compte⁹⁵, se

92. Par exemple : *Protection incendie Royal ltée c. Développements Salette inc.*, REJB 98-04679 (C.A.), (notaire ayant failli à son devoir de « fideicommissaire » relativement à une somme qu'il détenait en fidéicommissis). Sur le plan législatif, voir : *Loi sur le courtage immobilier*, L.R.Q., c. C-73.1, art. 2 et 3 : « Ne sont pas soumis à la présente loi, à moins qu'ils ne prennent un titre dont la présente loi réserve l'utilisation : [...] les tuteurs, curateurs, liquidateurs de succession, fiduciaires et fideicommissaires qui, dans l'exercice de leurs fonctions, se livrent à une opération visée à l'article 1" ; *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, précitée, note 27, art. 1 : « [l]a présente loi s'applique aux sociétés qui sont expressément autorisées par leur acte constitutif à agir comme tuteur ou curateur aux biens, liquidateur, syndic, séquestre, conseiller d'un majeur, fiduciaire ou fideicommissaire » (sous réserves de notre interprétation historique (cf. *supra*, « société de fidéicommissis »)) ; *Loi sur les transports*, L.R.Q., c. T-12, art. 1 : « [a]u sens de la présente loi et sauf lorsque la Commission agit en vertu de la Loi concernant les propriétaires, les exploitants et les conducteurs de véhicules lourds (chapitre P-30.3), un moyen de transport est réputé appartenir à un transporteur, non seulement lorsqu'il en est le propriétaire, mais aussi lorsqu'il en est le locataire, le fideicommissaire, le liquidateur, le séquestre ou le syndic » ; *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q., c. C-11.4, art. 145 : « [t]oute personne chargée d'administrer le bien d'autrui, à titre notamment de tuteur, administrateur ou fideicommissaire, qui est saisie ou en possession d'un immeuble sujet à l'expropriation, ou qui y détient un intérêt à l'un de ces titres, peut [...] ». Nous soulignons.

93. En effet, aucune loi ni même le *Code civil du Québec* ne définit le terme *fideicommissaire*. Sous l'angle de l'utilisation d'un *compte en fidéicommissis*, un *fideicommissaire* ne serait que le détenteur d'un tel compte. Ses obligations seraient ainsi dépendantes de la nature juridique de ses rapports avec autrui : mandataire, administrateur du bien d'autrui, dépositaire, etc. On pourrait cependant opposer que le terme *fideicommissaire* demeure encore intimement associé au droit des sûretés et à l'*acte de fidéicommissis* de l'ancien article 28 des *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, précitée, note 35, ou, encore, qu'il devrait être réservé au bénéficiaire d'une substitution fideicommissaire.

94. Des expressions oxymoriques telles que « mandat de fiduciaire » seraient de la sorte évitées. Voir, par exemple, *Blanchard c. Bernard*, REJB 2000-19002 (T.P.) et *Moledet Investments Inc. c. Sweibel*, REJB 2004-68116, 2004 CanLII 2655 (C.A. Québec). Sur le rapport entre la fiducie et le mandat, voir notamment M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, par. 49.

95. C'est à l'institution du mandat que le *compte en fidéicommissis* est le plus naturellement associé, conséquence de la qualité de mandataire attachée à la fonction des principaux utilisateurs, les professionnels du droit. On conçoit donc généralement le *compte en fidéicommissis* comme l'accessoire du mandat, bien que les activités des professionnels du droit puissent également s'assimiler au contrat de service. J. CHARBONNEAU, *loc. cit.*, note 10, aux pages 67 et 70.

trouvent en effet de nombreuses institutions susceptibles d'être concernées. Le recours à un *compte en fidéicommis* peut ainsi être motivé par les besoins d'une sûreté⁹⁶, la nécessité d'un cautionnement pour la poursuite d'une activité réglementée⁹⁷, la volonté de conserver des sommes litigieuses⁹⁸ ou même l'exécution d'une saisie⁹⁹. L'énumération n'est pas exhaustive, mais dénote déjà la fonction caractéristique du *compte en fidéicommis*, celle d'offrir un certain degré de sécurité quant aux biens qui y sont déposés. Certes, la propriété de ces biens ne peut être déterminée qu'en fonction du contexte, mais il demeure indéniable que, placées ainsi, elles ont une finalité qui empêche de les confondre avec d'autres biens. On peut considérer que lorsqu'un bien est déposé *en fidéicommis*, ce

-
96. *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, R.R.Q. c. B-1.1, r. 0.2, art. 49 (« compte de réserves » des sommes ou placements suffisants destinés à garantir les obligations découlant du plan approuvé) ; *Règlement des producteurs d'œufs d'incubation sur le contingentement*, R.R.Q. c. M-35.1, r. 270, art. 44 (solde d'une vente retenue à titre de garantie pour couvrir le coût d'une éventuelle pénalité monétaire) ; *Règlement sur la production et la mise en marché du poulet*, R.R.Q. c. M-35.1, r.362, art. 58.3 et annexe 5.1 (dépôt *en fidéicommis* de la part inutilisée d'une garantie par le « fiduciaire » identifié de la Fédération des producteurs de volailles du Québec). En matière de perception de pensions alimentaires, un débiteur fournit une sûreté suffisante pour garantir le paiement d'une pension alimentaire s'il procure un « engagement écrit d'un avocat ou d'un notaire à payer au ministre, sur demande, le montant de la sûreté qu'il détient en fidéicommis de manière irrévocable ». *Règlement sur la perception des pensions alimentaires*, R.R.Q. c. P-2.2, r. 1, art. 2, 6°. Notons qu'un débiteur peut, au lieu de fournir une sûreté, constituer une fiducie garantissant le paiement de la pension. *Loi facilitant le paiement des pensions alimentaires*, L.R.Q., c. P-2.2, art. 3. Ce choix permet-il de conclure que la somme détenue en fidéicommis de manière irrévocable ne constitue pas une fiducie au sens du *Code civil du Québec* ?
97. Par exemple : *Règles sur les systèmes de loteries*, R.R.Q. c. L-6, r. 9, art. 15 (obtention d'une licence de tirage) ; *Règlement d'application de la Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité*, R.R.Q. c. A-8, r. 1, art. 10 (permis d'agence d'investigation ou de sécurité) ; *Règlement sur les permis relatifs aux sports de combat*, R.R.Q. c. S-3.1, r. 2.2, art. 44 (permis d'organisateur), *Règles de certification*, R.Q. c. C-72.1, r. 0.1.01, art. 19 (licence de course de chevaux).
98. *Règlement numéro 659 d'Hydro-Québec sur les conditions et les tarifs du service de transport pour l'accessibilité à son réseau*, R.R.Q. c. H-5, r. 0.3, art. 7.3 (différend sur la facturation entre un transporteur et un client du service de transport) ; *Règlement sur les quotas des producteurs de lait*, R.R.Q. c. M-35.1, r. 252, art. 23 (sommes perçues à titre de pénalités gelées en prévision d'un appel) ; *Règlement sur la procédure devant la Régie du logement*, R.R.Q. c. R-8.1, r. 5, art. 42 (contestation relative au loyer).
99. *Règlement d'application de la Loi concernant la taxe sur les carburants*, R.R.Q. c. T-1, r. 1, art. 40.4R2 (produit de la vente de carburant et de véhicules saisis) ; *Règlement d'application de la Loi concernant l'impôt sur le tabac*, R.R.Q. c. I-2, r. 1.1, art. 11.2 (produit de la vente de tabac et de véhicules saisis) ; *Loi sur les courses*, L.R.Q., c. C-72.1, art. 95 (sommes d'argent saisies par un inspecteur).

bien devient sécurisé et subit donc une transformation d'état qui n'est pas sans rappeler celle subie par un bien *en mainmorte*¹⁰⁰ ; seulement, ici, le bien est pour ainsi dire « en main sûre » ! Cette fonction serait d'autant plus présente lorsque l'objectif poursuivi par le législateur relève de la protection du public, notamment dans le cadre de la réglementation de mandataires¹⁰¹ et d'intermédiaires¹⁰² commerciaux, l'affectation de sommes à des activités spécifiques¹⁰³ ou encore l'administration du bien d'autrui par un organisme public¹⁰⁴.

-
100. Bien que l'expression consacrée soit *de mainmorte*, on rencontre aussi l'expression *en mainmorte*. Un bien de mainmorte est un « [...] bien qui échappe aux règles de la transmission par décès parce qu'il appartient à une personne morale dont l'existence a une durée indéfinie » : Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 67.
101. *Arrêté sur l'agrément d'organismes en adoption internationale*, R.R.Q. c. P-34.1, r. 0.03, art. 17 (sommes prélevées pour des services à rendre, des débours à effectuer ou des frais payables à des tiers) ; *Loi sur les transports*, précitée, note 92, art. 42.1 et *Règlement sur le courtage en services de camionnage en vrac*, R.R.Q. c. T-12, r. 3.3 (paiements reçus pour des services de transport) ; *Loi sur le recouvrement de certaines créances*, précitée, note 80, art. 27 (somme d'argent perçue pour le compte d'autrui) ; *Loi sur la protection sanitaire des animaux*, L.R.Q., c. P-42, art. 42 (fonds reçus pour le compte d'autrui à la suite d'une vente aux enchères).
102. *Ordonnance sur les dépôts exigés par les distributeurs de gaz*, R.R.Q. c. R-6.01, r. 0.06, art. 4(1) (dépôt en argent fait par un consommateur à un distributeur de gaz).
103. *Loi sur les loteries, les concours publicitaires et les appareils d'amusement*, L.R.Q., c. L-6, art. 65 (argents recueillis du public dans le cadre des activités reliées à une licence) ; *Règles sur les salles de paris*, R.R.Q. c. C-72.1, r. 4, art. 1, 10^e (montants versés au fonds de bourses) ; *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, R.R.Q. c. B-1.1, r. 0.2, art. 11 (somme encore due en vue du paiement final des travaux à être exécutés par l'administrateur pour compléter ou corriger les travaux prévus) ; *Règlement sur les organismes collecteurs*, R.R.Q. c. D-7.1, r. 3.1, art. 19 (deniers prélevés d'un employeur par un organisme collecteur pour les dépenses reliées à l'élaboration, à la mise en œuvre et au suivi du plan de formation agréé).
104. *Loi sur les services correctionnels*, L.R.Q., c. S-4.01, art. 22.0.17 et *Règlement sur les programmes d'activités pour les personnes incarcérées*, R.R.Q. c. S-4.01, r. 2, art. 18, al. 3 (solde de la rémunération d'une personne incarcérée) ; *Loi sur la Commission municipale*, L.R.Q., c. C-35, art. 48(b) (deniers perçus pour une municipalité mise en tutelle par la Commission municipale) ; *Loi électorale*, L.R.Q., c. E-3.3, art. 439 (sommes non réclamées liées à des dépenses électorales) ; *Loi sur les élections et les référendums dans les municipalités*, L.R.Q., c. E-2.2, art. 495 (sommes non réclamées liées à des dépenses électorales) ; *Loi sur les relations du travail, la formation professionnelle et la gestion de la main-d'œuvre dans l'industrie de la construction*, L.R.Q., c. R-20, art. 123 (fonds gardés par la Commission de la construction du Québec pour les congés payés et les avantages sociaux de salariés) ; *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., c. D-2, art. 22 n) et o) (fonds non réclamés par les (à suivre...))

CONCLUSION

À l'intérieur des expressions auxquelles il participe, le terme *fidéicommiss* reçoit une acception transversale permettant de désigner à la fois les activités particulières d'une personne morale (*société de fidéicommiss*), la forme spécifique d'une sûreté (*acte de fidéicommiss*), la fonction d'un outil de gestion (*compte en fidéicommiss*) ou encore l'état sécurisé dans lequel se trouve un bien (par exemple, une somme placée *en fidéicommiss*).

Force est toutefois de constater qu'ainsi utilisé, *fidéicommiss* est imprégné d'une indétermination qui tient beaucoup à la nature juridique incertaine du rapport entre la personne agissant à titre de *fidéicommissaire*, soit-elle une *société de fidéicommiss*, un « fondé de pouvoir » ou un détenteur d'un *compte en fidéicommiss*, et les biens qui lui sont confiés. Si l'on peut affirmer sans difficulté qu'il en est rarement le véritable propriétaire, il apparaît ambitieux de définir, en règle générale, la portée du « pouvoir » qu'exerce le *fidéicommissaire* sur ces biens. À cet égard, *fidéicommiss* est un concept juridique à géométrie variable qui ne prend son sens que par la recherche de l'intention véritable des parties ou par les régimes particuliers déterminés formellement par le législateur à l'endroit d'une profession ou d'une activité réglementée.

Pourtant, on peut se demander si cette indétermination pose un obstacle à l'élaboration d'une définition de *fidéicommiss*. En effet, les expressions auxquelles ce terme participe et les concepts juridiques qu'elles font naître ne partagent pas seulement une ambiguïté normative, mais aussi quelques points communs.

Il faut, d'une part, reconnaître la présence, à travers les différents usages, de la notion essentielle de confiance. De ces usages naît une relation particulière, fondée sur la croyance que le *fidéicommissaire* prendra soin du bien¹⁰⁵ dont il a désormais la détention,

(...suite)

salariés). Il peut également s'agir d'une utilisation qui emprunte davantage au mandat. Voir, par exemple, l'article 104.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, qui autorise le ministère des Finances à détenir en fidéicommiss les sommes d'une subvention accordée à une municipalité afin que « [...] celui-ci acquitte, à même ces sommes, aux échéances indiquées par la municipalité, tout ou partie du capital et des intérêts des obligations émises par celle-ci pour financer les travaux visés par ces subventions ».

105. Entendu également comme un droit patrimonial. Sous cet angle, la notion de bien comprend, dans le cas du *fidéicommissaire pour les porteurs de bons ou d'obligations*, un droit réel d'hypothèque.

parfois la gestion, en vue d'une finalité particulière. Cette croyance est la raison pour laquelle ce bien lui est confié et le corollaire de son éventuelle responsabilité. Le *fidéicommissaire* aurait ainsi, à l'égard des personnes qui lui font confiance, une obligation de loyauté. Cette obligation serait-elle suffisamment teintée par cette relation de confiance pour pouvoir être qualifiée d'obligation ou de « devoir fideicommissaire », comme le suggère une décision de la Cour d'appel¹⁰⁶ ? Nous ne saurions le prétendre avec force. D'abord, parce qu'elle consisterait peut-être, à l'instar de l'introduction de l'*obligation fiduciaire* en droit civil, en l'ajout inutile d'un synonyme à des principes qui devraient se suffire à eux-mêmes¹⁰⁷, telle l'obligation générale de bonne foi des articles 6 et 1375 C.c.Q. Ensuite, parce qu'elle ne saurait être efficacement distinguée de l'obligation de loyauté de l'administrateur du bien d'autrui¹⁰⁸.

D'autre part, il apparaît, en revanche, inapproprié de confondre trop aisément le *fidéicommissaire* avec l'administration du bien d'autrui, particulièrement en ce qui concerne le *compte en fidéicommissaire*. Souvent, le rôle du *fidéicommissaire* n'est pas tant d'administrer le bien d'autrui que de le conserver en vue d'une finalité spécifique¹⁰⁹, aux fins d'un transfert d'une somme d'argent, d'offres réelles¹¹⁰, de cautionnement pour frais¹¹¹ ou simplement d'un dépôt¹¹². *Fidéicommissaire* recouvre ainsi un éventail plus large que l'administration du bien d'autrui et rappelle sa signification première qui, avant même d'être associé aux dispositions testamentai-

106. Voir *Protection incendie Royal ltée c. Développements Salette inc.*, précitée, note 92, où la Cour d'appel condamne un notaire ayant failli à son « devoir de fideicommissaire » relativement à une somme qu'il détenait *en fidéicommissaire*.

107. Voir à ce sujet, voir M. NACCARATO, *loc. cit.*, note 38, 362 et 363.

108. Art. 1309 C.c.Q. Notons, d'ailleurs, que l'administrateur du bien d'autrui qui dépose des sommes d'argent dans un compte qui n'indique pas clairement la provenance de ces fonds manque à son obligation de loyauté. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, par. 304. Notons également que le recours à un *compte en fidéicommissaire* peut être considéré comme un moyen permettant à un administrateur de remplir l'obligation des articles 1313 et 1344 C.c.Q. de ne pas confondre les biens administrés avec ses biens propres (par. 161). Voir aussi Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente*, 2^e éd., Éditions Yvon Blais, 2001, par. 238.

109. Dans le même sens, voir M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, par. 156, 157 et 163.

110. Par exemple : *Alexandre c. Dufour*, REJB 2004-81025 (C.A.) (dépôt d'une somme d'argent dans le compte en fidéicommissaire d'un avocat constituant une offre réelle valable).

111. Par exemple : *Avenor inc. c. Europaper S.A.*, précitée, note 89.

112. Par exemple : *Francoeur c. Jones Gable & Compagnie Ltée*, REJB 2002-32268 (C.Q.) (*avocat considéré comme le dépositaire (art. 2286 C.c.Q.) de titres non négociables détenus dans son compte en fidéicommissaire*).

res chez les Romains, désignait le fait de *recommander* quelque chose à quelqu'un, de le lui confier¹¹³.

Placer un bien *en fidéicommissis* ou, encore, recourir à un *fidéicommissaire*, consiste en somme à demander à autrui d'assurer une mission de confiance à l'égard d'un bien. Le libellé est large, mais fidèle à une nature souple qui visite sans discrimination les institutions du droit civil québécois. Il est d'ailleurs peut-être regrettable que cette plasticité, qui est la force de *fidéicommissis*, n'ait pas été davantage exploitée par la réforme du Code civil. Au lieu d'éliminer au compte-gouttes les expressions qui l'incarnent, n'aurait-il pas été souhaitable de prendre la mesure de *fidéicommissis* et de lui attribuer formellement une place au sein des institutions civilistes québécoises ? Certes, ce choix n'aurait pu se faire qu'au détriment de l'administration du bien d'autrui – également de nature transversale¹¹⁴ – dont le concept novateur en droit civil a, contrairement à celui de *fidéicommissis*, l'avantage d'être neutre du point de vue du terme *fiducie*. En revanche, *fidéicommissis* met plus en exergue la notion de confiance, si importante dans le rapport entre personnes à l'égard d'un bien. Le concept d'*administration*, dont l'origine latine *administratio* est essentiellement synonyme de conduite de l'État¹¹⁵, ne revêt pas, de toute évidence, la même force symbolique.

113. E. GENZMER, *loc. cit.*, note 1, 329-331. L'auteur estime que les *fidéicommissis* constituaient, à leur origine, un sous-groupe de *commendationes*, c'est-à-dire de « recommandations » faites à autrui à l'égard d'un bien, d'une personne ou d'un esclave. Il est intéressant de remarquer que le terme *commendatio* a largement marqué l'histoire des institutions juridiques fondées sur une relation de confiance, dont le système féodal ou, en droit canonique, l'abbé commendataire. À ce sujet, voir Shael HERMAN, « Trusts Sacred and Profane : Clerical, Secular, and Commercial Uses of the Medieval *Commendatio* », (1996) 71 *Tul. L. Rev.* 869.

114. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, p. 43 à 46.

115. Il faut, à cet égard, distinguer l'origine juridique de l'institution civiliste québécoise de l'administration du bien d'autrui de son étymologie juridique. Si le *mandamus* romain de l'Ancien droit semble constituer l'origine normative de cette institution (cf. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 6, p. 9 et s.), on remarque que le mot *administratio* a néanmoins reçu une acception juridique, d'abord en droit public, où il désignait la conduite des opérations militaires et la gestion des affaires publiques, et ensuite en droit privé, où il pouvait désigner « une façon particulière d'exercer sa disponibilité à pratiquer des soins à des personnes et à des choses, comme cela est suggéré par le passage cité d'Auguste, mais aussi par des expressions telles que *administrare patrimonium* (Cicéron) ou *administrare rem familiarem* (Quintilien) ». Paolo NAPOLI, « Le droit efficace. Aux origines de la rationalité gestionnaire », (2004) 4 *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze* 48, 54-55.