

L'Insolvabilité des fiducies de revenu :
comment prévenir et guérir

Conférence donnée
à
L'Institut Canadien

Me Mark Schrager et Me Denis Ferland¹
Associés, Davies Ward Phillips & Vineberg s.e.n.c.r.l., s.r.l.

Montréal
Le 17 mars 2005

¹ Sincères remerciements à Me Jean-Philippe Groleau et Marie-Hélène Dufour, étudiante, pour la préparation du texte de la conférence.

L'insolvabilité des fiducies de revenu : **comment prévenir et guérir**

Table des matières

Table des matières	2
Introduction	4
1. Définition et nature juridique de la fiducie.....	6
1.1 La fiducie au Québec	6
1.2 La fiducie de common law.....	8
1.3 La fiducie de revenu.....	9
2. Administration de la fiducie québécoise	12
2.1 Le fonctionnement interne de la fiducie	13
2.2 Les règles comptables de l'administration fiduciaire	16
3. Insolvabilité de la fiducie de revenu	18
3.1 Problématique	18
3.2 La fiducie comme débitrice	19
3.3 La fiducie et la Loi sur la faillite et l'insolvabilité	21
3.4 La fiducie et la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies.....	25
3.5 Faillite de l'un des acteurs de la fiducie	28
3.6 Insolvabilité de la fiducie sous le régime du C.c.Q.	30
3.6.1 La fin de la fiducie	30
3.6.2 Distribution des biens de la fiducie.....	31
4. Réforme de la <i>Loi sur la faillite</i>	34
4.1 Opportunité d'une réforme	34
4.2 Modifications législatives proposées	36
4.2.1 Première modification proposée	38
4.2.2 Deuxième modification proposée	39
4.2.3 Troisième modification proposée	39
4.2.4 Quatrième modification proposée.....	40
4.2.5 Cinquième modification proposée	40
5. Impact de l'insolvabilité d'une fiducie sur ses acteurs	41
5.1 Recours des créanciers de la fiducie contre le fiduciaire	42

5.1.1 Fiducie du <i>C.c.Q.</i>	42
5.1.2 <i>Trust de common law</i>	43
5.2 Recours des créanciers de la fiducie contre les bénéficiaires	44
5.2.1 Fiducie du <i>C.c.Q.</i>	44
5.2.2 <i>Trust de common law</i>	44
Conclusion	46
Doctrine pertinente	48
Jurisprudence citée	49

L'insolvabilité des fiducies de revenu : comment prévenir et guérir

Introduction

Cette présentation a pour objet l'insolvabilité des fiducies de revenu et discutera des sujets suivants :

- Risque-t-on d'y faire face ?
- Comprendre l'insolvabilité dans un contexte de fiducie de revenu.
- Peut-on utiliser les lois régissant l'insolvabilité ?
- Peut-on faire un compromis ou un arrangement avec les créanciers et peut-on ou doit-on liquider ?
- Comment anticiper et gérer une telle insolvabilité ?
- Quel serait l'impact d'une insolvabilité en regard des divers intervenants ?

La fiducie de revenu est d'un cru très récent au Québec. Ce n'est qu'avec l'arrivée du *Code civil du Québec*² en 1994 que des modifications ont été apportées au droit des fiducies afin de permettre à ces dernières, autres que celles d'utilité sociale, d'avoir pour objet essentiel la réalisation d'un bénéfice ou l'exploitation d'une entreprise. Au début, le milieu des affaires québécois s'est montré sceptique face à cette nouvelle institution, et par conséquent, peu enclin à l'utiliser. Bien que des avantages certains y étaient attachés, par exemple, au plan fiscal, l'incertitude entourant les nouvelles dispositions du *C.c.Q.* avait généralement raison des plus audacieux.

² *Code civil du Québec*, L.Q., 1991, c. 64 (« *C.c.Q.* »).

Le tout semble changer. L'inquiétude ayant diminué, surtout suite au succès (ou à l'absence de catastrophe) lié au *Fonds de placement immobilier Cominar*, premier fonds de placement immobilier constitué en fiducie au Québec (en 1998), les avantages ont tôt fait de supplanter les réticences des moins disposés au risque. Ainsi, ces dernières années, la créativité des juristes n'a eu de cesse de créer de nouvelles façons d'utiliser la fiducie comme véhicule d'investissement.

Malgré tout, plusieurs interrogations demeurent en suspens. De manière concomitante à l'arrivée du régime de la fiducie comme véhicule d'investissement, les réponses à plusieurs questions juridiques sont devenues plus pressantes, *inter alia*, les relations de la fiducie avec ses créanciers et la gestion de son insolvabilité éventuelle, questions auxquelles on ne réfléchit évidemment pas dans l'enthousiasme d'une transaction d'envergure.

Puisque les quelques fiducies de revenu constituées au Québec depuis 1994 ne semblent pas avoir connu de problèmes financiers, ou du moins, nul qui à notre connaissance, aurait été porté devant les tribunaux, il n'existe toujours pas de corpus jurisprudentiel qui puisse alléger l'incertitude entourant une telle éventualité. Les législateurs fédéral et québécois n'ont de leur côté toujours pas comblé le vide. Or, il ne saurait malheureusement s'agir que d'une question de temps avant que l'hypothèse de l'insolvabilité d'une fiducie de revenu devienne réalité, surtout en regard de leur popularité croissante.

L'objectif est donc de tracer les grandes lignes de cette problématique et d'y proposer des éléments de solution. Pour ce faire, une revue du cadre législatif de la fiducie québécoise est essentiel.

1. Définition et nature juridique de la fiducie

1.1 La fiducie au Québec

Le *C.c.Q.* introduit avec la fiducie la notion de patrimoine d'affectation, institution juridique originale propre au droit québécois. La fiducie québécoise se démarque ainsi non seulement du *trust* de *common law*, dont nous traiterons très brièvement plus bas, mais également de la conception traditionnelle de la notion de patrimoine en droit civil, savoir, une universalité de droits rattachée à une personne physique ou morale qui en est titulaire.³ En effet, le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine distinct et autonome de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, et aucun des acteurs de la fiducie n'a de droit réel sur les biens qui y sont compris.⁴

De façon générale, une fiducie est donc formée lorsqu'une personne physique ou morale transfère de son propre patrimoine à un patrimoine distinct et indépendant des biens

³ Cette conception traditionnelle est reflétée, par exemple, dans les écrits des auteurs Aubry et Rau : *Cours de droit civil français*, 5^{ème} éd., par E. Bartin, t. 9, Paris, Marshal et Billaud, 1917, p. 333 et s.

⁴ Article 1261 *C.c.Q.*

mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels, destinés à une fin particulière.⁵ Ces biens ne sont toutefois pas sans maître : ils sont détenus par le fiduciaire qui a l'obligation de les administrer.⁶ Par ailleurs, bien que la question ne soit adressée nulle part dans les 39 dispositions du *C.c.Q.* portant sur la fiducie, il ne peut y avoir de doute que le patrimoine fiduciaire comprend également un passif, constitué des engagements assumés par le fiduciaire en vue d'en assurer l'affectation. L'insolvabilité d'une fiducie, du moins dans son sens le plus large, semble donc une possibilité éventuelle. Nous y reviendrons.

En somme, les auteurs résument les éléments constitutifs de toutes les fiducies de droit privé québécois à ce qui suit : la constitution d'un patrimoine, la transmission de biens par le constituant à ce patrimoine, la détention de ces biens par le fiduciaire et leur affectation à une fin permise par la loi.⁷

Le *C.c.Q.* classe les fiducies en diverses espèces selon leur affectation et distingue ainsi la fiducie personnelle, la fiducie d'utilité privée et la fiducie d'utilité sociale.⁸ La fiducie d'utilité privée regroupe deux types de fiducies, soit la fiducie à vocation non commerciale et la fiducie à vocation commerciale. La fiducie à vocation commerciale se caractérise par la recherche du profit.⁹ Parmi ce type de fiducies, on peut identifier la fiducie-entreprise, la fiducie d'investissement et la fiducie d'opérations immobilières, collectivement appelées fiducies de revenu. Ce sont ces fiducies qui nous intéressent

⁵ Article 1260 *C.c.Q.* L'article 2 *C.c.Q.* énonce quant à lui que le patrimoine d'une personne peut faire l'objet d'une affectation. La fondation et la fiducie sont les seuls patrimoines d'affectation prévus.

⁶ Article 1260 *C.c.Q.*

⁷ J. Beaulne, *Droit des fiducies*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998.

⁸ Article 1266 *C.c.Q.*

⁹ Articles 1268, 1269 *C.c.Q.*

principalement, bien que la plupart des principes applicables à la fiducie le sont à l'égard de toutes ses variations.

Selon l'Office de révision du Code civil, la justification première de l'introduction de la fiducie à vocation commerciale résidait dans la « nécessité de fournir à ceux qui résident au Québec des techniques efficaces utilisées chez leurs voisins¹⁰ », en d'autres mots, de leur permettre de lutter à armes égales dans un contexte juridique nord-américain très compétitif en créant un succédané québécois au *trust* des juridictions de *common law*. Par ailleurs, la fiducie moderne a également pour vertu de permettre aux Canadiens provenant des juridictions de *common law* et aux Américains de faire des affaires au Québec dans un cadre juridique qui leur donne des véhicules d'investissement semblables aux leurs.

1.2 La fiducie de *common law*

Dans les juridictions de *common law*, la fiducie, appelée *trust*, est aussi un mécanisme pour administrer les biens d'autrui. Elle repose sur une relation, et dans le cas d'une fiducie commerciale comme la fiducie de revenu, sur une relation contractuelle, entre un constituant (*settlor*) et un ou plusieurs fiduciaires (*trustee*) au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires (*beneficiary*) à l'égard d'un ensemble déterminé de biens et de droits. Le constituant transfère le titre de ses biens et de ses droits (appelé *legal title*) au fiduciaire pour que celui-ci les administre et en dispose en faveur des bénéficiaires selon les termes

¹⁰ Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec*, volume II, tome I, *Commentaires*, Montréal, Éditeur officiel du Québec 1978, p.535.

d'un acte d'administration. Le fiduciaire dispose de tous les pouvoirs pour les administrer seul selon les termes de l'acte d'administration et les dispositions de la loi. Pour sa part, le bénéficiaire a un titre en *equity* (appelé *equitable title*) à l'égard des biens en fiducie qui lui assure le droit de recevoir les avantages que l'acte d'administration lui confère à même l'administration et la disposition éventuelle de ces biens.

Ainsi, en droit anglais, celui qui détient des biens dans l'intérêt d'une autre personne ou en vue de la réalisation d'un but particulier, soit le *trustee*, est considéré comme le propriétaire légal des biens (*legal owner*) alors que celui à qui profite le *trust*, soit le *beneficiary*, est considéré comme le propriétaire « équitable » (*equitable owner*).

1.3 La fiducie de revenu

La fiducie de revenu est rendue possible grâce à l'article 1269 C.c.Q. qui stipule :

Est aussi d'utilité privée la fiducie constituée à titre onéreux dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titre.

Le contrat à titre onéreux qui la constitue n'est assujéti à aucune exigence particulière de forme. Outre les règles du titre sur la fiducie, les règles générales du contrat gouvernent donc la constitution d'une fiducie commerciale. En outre, cette espèce de fiducie peut être perpétuelle comme le permet l'article 1273 C.c.Q.

Selon la Commission des valeurs mobilières du Québec¹¹, le terme « fiducie de revenu » désigne une fiducie qui émet des titres donnant aux porteurs le droit de toucher les flux de trésorerie nets découlant soit d'une entreprise sous-jacente, soit de biens productifs de revenu dont la fiducie ou l'autre entité est propriétaire. Entrent dans cette catégorie les fiducies de revenu d'entreprise, les sociétés de placement immobilier et les fiducies de redevances, mais non les fonds d'investissement, ni les émetteurs de titres adossés à des créances ou de parts de fiducies de capital.¹²

Les fiducies de redevances se définissent comme des mises en commun de capital afin d'acquérir et d'exploiter des propriétés qui contiennent des ressources naturelles (pétrole, gaz, sables bitumineux, charbon). La fiducie d'opérations immobilières, quant à elle, détient habituellement un ou plusieurs immeubles dont elle tire des revenus, soit sous forme de loyer, soit, s'il y a lieu, sous forme de capital lors de leur revente à profit. Cette forme de fiducie, qui existe aussi dans les juridictions de *common law*, est mieux connue sous son vocable anglais de *Real Estate Investment Trust* (REIT).

La fiducie offre plusieurs avantages comme véhicule d'investissements. Par exemple, elle offre en principe davantage de flexibilité qu'une personne morale : elle ne possède pas de restrictions à sa capacité, elle n'est soumise à aucun formalisme pendant son

¹¹ Notons que la *Loi sur la valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1 s'applique à la fiducie de revenu en vertu de son article 6. Ainsi, lors de la constitution d'une fiducie de revenu, il y a lieu de préparer et soumettre aux autorités réglementaires la documentation requise, selon qu'il s'agit d'un placement privé ou d'une émission publique.

¹² Commission des valeurs mobilières du Québec, « Instruction générale relative aux fiducies de revenu et autres placements indirects », au para. 1.2, en ligne : <http://www.cvmq.com/Upload/fichier_pdf/norme/41-2011Gfr.pdf> (date d'accès : 3 mars 2005).

existence, son administration interne est plus souple et elle n'est soumise à aucune autorité réglementaire autre que les diverses commissions de valeurs mobilières.

En outre, tant dans les juridictions de *common law* qu'au Québec¹³, les fiducies de revenus sont constituées sous le régime de la fiducie pour permettre, dans un cadre fiscal avantageux, à des entreprises de se départir d'une partie de leurs actifs en faveur d'une fiducie dont les parts sont souscrites par le public.

Une grande variété de structures de fiducies de revenu commerciales sont utilisées.

Toutefois, la structure modèle comporte les attributs essentiels suivants :

- i) la fiducie, par l'entremise du fiduciaire qui l'administre, vend des parts au public, les détenteurs de parts devenant les bénéficiaires de la fiducie;
- ii) la fiducie investit les fonds obtenus dans une entité exploitant une entreprise de la fiducie, la majorité des fonds étant avancés à l'entité opérante sous forme de prêts;
- iii) les bénéfices tirés des actifs ou des activités de l'entité sont transférés à la fiducie par le paiement de redevances, le versement d'intérêts ou de dividendes ou le remboursement de capital; et

¹³ De nombreuses fiducies de revenu sont constituées en vertu des règles applicables dans d'autres provinces canadiennes, principalement en Ontario et en Alberta. Il est donc important de connaître les caractéristiques propres aux fiducies de droit civil et de *common law* afin de comprendre l'insolvabilité dans un contexte de fiducie de revenu. Ces deux sortes de fiducies seront donc abordées en parallèle tout au long de cette présentation.

- iv) les fiduciaires distribuent ensuite les revenus qu'ils reçoivent de l'entité opérante aux détenteurs de parts et, habituellement, la fiducie ne paie elle-même pratiquement aucun impôt.

Les caractéristiques et avantages principaux de la fiducie de revenu sont les suivants :

- i) les unités de fiducie se transigent sur le marché boursier au même titre qu'une action;
- ii) les fiducies offrent généralement des rendements attrayants;
- iii) les titres procurent, dans la majorité des cas, un avantage fiscal pour l'investisseur; et
- iv) la gestion est axée davantage sur le rendement que sur la croissance.

2. Administration de la fiducie québécoise

L'administration des fiducies de *common law* s'exécute selon les dispositions de certaines lois spécifiques¹⁴ et des termes de leur acte d'administration. Il en est de même au Québec. On peut supposer que la majorité des dispositions du régime de la fiducie et de l'administration du bien d'autrui ont un caractère supplétif, malgré qu'il soit difficile, en droit québécois, de déterminer quelles dispositions sont ou ne sont pas d'ordre public. Ainsi, si la solution proposée par le *C.c.Q.* n'est pas adaptée à la réalité des entreprises, il est toujours possible de structurer contractuellement une organisation plus attrayante, tout en tenant compte de l'incertitude liée à l'ordre public.

¹⁴ Voir notamment : *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T-23 ; *Trustee Act*, C.C.S.M., c. T160 ; *Trustee Act*, R.S.A. 2000, c. T-8 ; *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c.464.

L'acte constitutif d'une fiducie de revenu devrait généralement comprendre toutes les règles liées à la « l'établissement, la mise en œuvre, l'organisation, la gestion et la mise en valeur du patrimoine fiduciaire et des parts y afférentes. »¹⁵ En somme, la convention de fiducie sert à aménager les droits et obligations de tous les intervenants (constituant(s), fiduciaire(s) et bénéficiaire(s)) de manière plus précise que ce qui est prévu au *C.c.Q.* L'analyse du contenu d'une telle convention appartient cependant à un autre forum.

2.1 Le fonctionnement interne de la fiducie

Comme nous l'avons vu plus haut, les droits afférents au patrimoine d'affectation sont exercés par le fiduciaire qui est la seule personne habilitée à prendre les mesures propres à en assurer l'affectation. On peut considérer que le fiduciaire a la même mission que le conseil d'administration d'une société par actions. Cependant, contrairement à la personne morale, qui exerce les droits d'un propriétaire sur les biens qui composent son patrimoine¹⁶, le fiduciaire ne bénéficie pas de tels droits mais doit plutôt se conformer aux dispositions du titre sur l'administration du bien d'autrui.

Le constituant peut désigner un ou plusieurs fiduciaires ou pourvoir à leur mode de désignation ou de remplacement.¹⁷ Selon les termes de l'article 1274 *C.c.Q.*, seule la personne physique pleinement capable de l'exercice de ses droits civils peut être

¹⁵ Voir par exemple, GODIN, R.P., « Quelques considérations sur l'établissement d'un fonds de placement immobilier (FPI) au Québec », (1999) 101 *R. du N.* 369, page 384.

¹⁶ Article 947 *C.c.Q.*

¹⁷ Article 1276 *C.c.Q.*

fiduciaire, de même que la personne morale autorisée par la loi. La seule personne morale autorisée par la loi est une compagnie de fiducie constituée aux termes de la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*¹⁸ et détenant le permis requis. Les choix sont donc limités : le ou les fiduciaires doivent être des personnes physiques ou des compagnies de fiducie, aucun autre type de personne morale ne pouvant agir à ce titre.

L'administration de la fiducie étant donc confiée au fiduciaire, le constituant ne conserve en principe qu'un simple droit de surveillance.¹⁹ Il est cependant possible pour le constituant de se nommer fiduciaire, sous réserve d'agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire.²⁰ Cette règle s'accorde difficilement avec la réalité des petites entreprises où l'entrepreneur a l'habitude de porter plusieurs chapeaux et de prendre toutes les décisions.

Des dirigeants ou gestionnaires peuvent aussi être nommés. Toutefois, en droit civil québécois, la délégation de pouvoirs par un fiduciaire nécessite la plus haute prudence. Au départ, c'est le fiduciaire qui est saisi du patrimoine fiduciaire et qui en a l'entière responsabilité.²¹ Une disposition spécifique du *C.c.Q.* prévoit que le fiduciaire ne peut déléguer généralement ses pouvoirs.²² Il faut donc toujours garder à l'esprit, lors de la rédaction d'une convention de gestion entre un fiduciaire et un gestionnaire, la nécessité de préserver le contrôle ultime du fiduciaire et de limiter les pouvoirs du gestionnaire en conséquence, ce qui ne sera pas toujours aisé dans le cours ordinaire des affaires.

¹⁸ L.R.Q., c. S-29.01.

¹⁹ Articles 1287, 1290, 1291 *C.c.Q.*

²⁰ Article 1275 *C.c.Q.*

²¹ Article 1278 *C.c.Q.*

²² Article 1337 *C.c.Q.*

La fiducie est donc gérée par un organe d'administration indépendant du groupe des bénéficiaires en faveur de qui les revenus sont accumulés. Cet organe, c'est-à-dire le ou les fiduciaires, doit suivre les règles édictées au chapitre du C.c.Q. sur l'administration du bien d'autrui. Il doit ainsi viser la conservation des biens, la fructification et l'accroissement du patrimoine. Les pouvoirs du fiduciaire permettant de réaliser ces objectifs sont étendus, il a notamment le pouvoir d'aliéner les biens fiduciaires (sauf l'aliénation à titre gratuit) et le pouvoir de faire tout acte nécessaire ou utile. Il a en revanche certaines obligations : des obligations générales de prudence, de diligence et de loyauté, l'obligation d'agir dans l'intérêt du bénéficiaire et l'obligation d'agir avec impartialité.

Quant aux bénéficiaires, la fiducie d'utilité privée peut comprendre une faculté de les élire exercée soit par le constituant, soit par le fiduciaire.²³ Évidemment, ce « choix » sera généralement exercé automatiquement en fonction des personnes qui acquièrent une unité de fiducie sur le marché.

L'acte constitutif de la fiducie peut prévoir la tenue d'assemblées annuelles des bénéficiaires semblables à celles prévues pour les actionnaires des sociétés par actions, au cours desquelles pourraient notamment avoir lieu le remplacement des fiduciaires selon une procédure préétablie et où les bénéficiaires pourraient aussi voter afin d'adopter des résolutions visant la modification de l'acte de fiducie.

²³ Le constituant peut également être bénéficiaire de la fiducie (Article 1281 C.c.Q.).

La reddition d'un compte sommaire aux bénéficiaires est prévue au moins une fois l'an.²⁴ Aucune forme prescrite n'est exigée et le compte n'a pas à être vérifié. Par conséquent, il semble qu'un simple relevé des produits et des charges puisse suffire.²⁵ L'acte constitutif d'une fiducie de revenu devrait donc imposer un formalisme plus rigoureux.

2.2 Les règles comptables de l'administration fiduciaire

Dans le contexte de la fiducie de revenu, le fiduciaire doit souvent gérer des biens au profit de deux groupes de bénéficiaires : pendant la durée de l'administration, il verse les revenus à certaines personnes, et à la fin de l'administration, il fait remise des biens eux-mêmes à d'autres personnes. Le constituant pourrait aussi se réserver le droit de recevoir le capital de la fiducie.²⁶ Les articles 1345 à 1350 C.c.Q. sont alors utiles au fiduciaire en indiquant si ce sont les bénéficiaires du capital ou les bénéficiaires des revenus qui doivent supporter certains coûts (par exemple, les taxes foncières, les coûts des assurances, la rémunération de l'administrateur, etc.).

Évidemment, il est possible de prévoir toutes les règles comptables applicables à l'acte constitutif. La répartition des bénéfices et des dépenses, entre le bénéficiaire des fruits et des revenus et celui du capital, se fait alors selon l'intention qui y est manifestée.²⁷ Le deuxième alinéa de l'article 1345 C.c.Q. prévoit qu'à défaut d'indication suffisante dans l'acte, cette répartition se fait le plus équitablement possible, en tenant compte de l'objet

²⁴ Article 1351 C.c.Q.

²⁵ J. Beaulne, *op. cit.*, note 6.

²⁶ Article 1281 C.c.Q.

²⁷ Voir article 1345 C.c.Q.

de l'administration, des circonstances qui y ont donné lieu et des usages comptables généralement reconnus.

Les articles 1346 et 1347 C.c.Q. ne constituent donc pas de véritables obligations, mais plutôt des balises générales, de simples lignes directrices de conduite suggérées à l'administrateur. Selon ces dispositions, le fiduciaire devrait ouvrir deux comptes : un destiné à comptabiliser les revenus et les dépenses afférents aux droits du bénéficiaire du revenu et un second ayant les mêmes fonctions pour le bénéficiaire du capital.

Le fiduciaire devra qualifier le bien reçu ou la somme perçue afin de l'imputer au compte correspondant. Selon l'article 910 C.c.Q., les fruits et revenus sont ce que le bien produit sans que sa substance ne soit entamée ou ce qui provient de l'utilisation d'un capital. Ils comprennent aussi les droits dont l'exercice tend à accroître les fruits et revenus du bien. Ce même article énumère ce qui peut être classé parmi les fruits²⁸ et parmi les revenus²⁹. Par exemple, la perception du loyer mensuel d'un immeuble appartient au compte revenu tandis que le produit de la vente de cet immeuble devrait plutôt être imputé au compte capital.

Les articles 1346 et 1347 C.c.Q. énumèrent les principales dépenses auxquelles le fiduciaire a normalement à faire face pendant la durée de la fiducie et indiquent à quel compte ces dépenses doivent être imputées. Toutes les dépenses non spécifiquement imposées au compte revenu seront supportées par le compte capital. Les dépenses du

²⁸ Alinéa 2 de l'article 910 C.c.Q.

²⁹ Alinéa 3 de l'article 910 C.c.Q.

patrimoine fiduciaire généralement débitées du compte du revenu sont donc les dépenses suivantes et autres de même nature : les primes d'assurance, le coût des réparations mineures et les autres dépenses ordinaires de l'administration, la moitié de la rémunération de l'administrateur et des dépenses raisonnables qu'il a faites dans l'administration conjointe du capital et des fruits et revenus, les impôts payables sur les biens administrés, les frais acquittés pour protéger les droits du bénéficiaire des fruits et revenus et la moitié des frais de reddition de compte en justice et finalement, l'amortissement des biens (sauf ceux utilisés à des fins personnelles par le bénéficiaire). Le compte du capital est quant à lui débité des dépenses qui ne sont pas généralement débitées au revenu, y compris celles qui sont afférentes au placement du capital, à l'aliénation des biens, à la protection des droits du bénéficiaire du capital ou du droit de propriété des biens administrés. Sont aussi généralement débités au compte du capital les impôts sur les gains ou les autres montants attribuables au capital, lors même que la loi qui régit ces impôts les considère comme impôts sur le revenu.

3. Insolvabilité de la fiducie de revenu

3.1 Problématique

Dans la mesure où les fiducies de revenu n'accumulent pas de bénéfices non répartis, elles sont financièrement dépendantes des marchés financiers pour leur fournir des capitaux. Cette dépendance rend les fiducies de revenu vulnérables, particulièrement dans le cas d'une chute économique dans un secteur particulier. Il est donc opportun de s'interroger sur les outils législatifs disponibles pour la restructuration d'une fiducie de

revenu dans un contexte de détresse financière et sur la possibilité qu'une fiducie puisse faire faillite dans l'état actuel de la législation canadienne et québécoise.

Or, ces questions ne semblent pas, jusqu'à maintenant, avoir intéressé les auteurs se spécialisant en droit des fiducies.³⁰ Pourtant, la fiducie étant une institution appelée à se développer, tout spécialement en matière commerciale, les tribunaux devront vraisemblablement adresser ces problèmes plus rapidement qu'on pourrait le souhaiter. Sans prétendre épuiser la question, l'auteur souhaite simplement mettre en lumière les obstacles se dressant devant une solution cohérente à la problématique de l'insolvabilité des fiducies de revenu ainsi que des suggestions pour y pallier.

3.2 La fiducie comme débitrice

En vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*³¹, outre les actes de faillite définis à son article 42, trois cas d'insolvabilité peuvent survenir : quand le débiteur est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance, quand ses biens sont insuffisants pour faire face à ses obligations ou quand il cesse de payer les obligations qu'il a contractées dans le cours ordinaire de ses affaires.³² La question incontournable de cette conférence est donc inévitablement la suivante : la fiducie peut-elle être qualifiée de débitrice ?

³⁰ En effet, mis à part le professeur Albert Bohémier, personne ne semble avoir écrit quoi que ce soit d'exhaustif sur l'insolvabilité des fiducies de revenu : A. Bohémier, « Application of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to the Trust of the *Civil Code of Québec* », (2002) 37 *R.J.T.* 57.

³¹ *Loi concernant la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (« **L.F.I.** »).

³² Définition de « personne insolvable » à l'article 2(1) *L.F.I.* Voir aussi *In re Marché central métropolitain inc. c. Sœurs du Bon-Pasteur de Québec et Richter et Associés Inc.*, [1999] R.J.Q. 18 (C.A.).

Le principe à la base de la notion du patrimoine d'affectation reconnaît dans la fiducie l'établissement d'un patrimoine autonome et distinct, dont l'existence ne se rattache ni à une personne physique, ni à une personne morale. Comme nous le verrons, la fiducie ne semble pas non plus bénéficier d'une personnalité juridique propre. Certains sont donc d'avis qu'il est impossible de qualifier une fiducie de débitrice en raison de son absence de personnalité juridique.

D'autres considèrent que le patrimoine fiduciaire dispose d'une certaine forme d'existence juridique et que, possédant des actifs et des responsabilités, rien ne s'oppose à ce qu'il acquiert lui-même le statut de débiteur. Cette thèse s'appuie sur le fait que malgré que la fiducie participe à la vie juridique par l'entremise du fiduciaire, celui-ci n'est pas le titulaire des biens ni le débiteur des obligations compris dans le patrimoine fiduciaire. Plutôt que d'en conclure que ces droits n'ont pas de titulaire, ni les obligations de débiteur, on suggère alors que c'est la fiducie qui est titulaire du patrimoine d'affectation et qu'elle est donc propriétaire, créancière ou débitrice de ce qu'il contient. Cantin Cumyn propose alors de traiter la fiducie comme une troisième espèce de sujet de droit, à côté de la personne humaine et de la personne morale.³³ Notons qu'il a été reconnu qu'en constituant une fiducie, on crée une entité juridique³⁴.

³³ M. Cantin Cumyn, « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », dans BEAULNE, J. (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002.

³⁴ *P.M.R. (Succession de) c. C.G.R.*, [2001] R.J.Q. 1542 (C.S.), appel rejeté [2002] R.J.Q. 1871 (C.A.).

À tout événement, peu importe si la fiducie peut être débitrice en vertu des principes émanant du *C.c.Q.*, pour être assujettis aux lois fédérales d'insolvabilité, elle doit être une « débitrice » en vertu de leurs propres définitions.

3.3 La fiducie et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*

Pour être assujettie à la *L.F.I.* en tant que débitrice, la fiducie doit nécessairement être considérée comme une « personne » sous la définition énoncée à son article 2(1) :

« personne » Sont assimilés à des personnes :

- a) les sociétés de personne, associations non constituées en personne morale, personnes morales, sociétés ou organisations coopératives et leurs successeurs;
- b) les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne, conformément à la loi applicable en l'espèce.

D'autre part, le terme « personne morale » est défini de la façon suivante, toujours à l'article 2(1) *L.F.I.* :

« personne morale » Personne morale constituée en vertu d'une loi fédérale ou provinciale, ou toute autre personne morale constituée en quelque lieu et qui est autorisée à exercer des activités au Canada ou qui y a un bureau ou qui y possède des biens. La présente définition ne vise pas les banques, banques étrangères autorisées, au sens de l'article 2 de la Loi sur les banques, compagnies d'assurance, sociétés de fiducie, sociétés de prêt ou compagnies de chemin de fer constituées en personnes morales.

La fiducie peut-elle être considérée comme une personne aux fins de la *L.F.I.* ? Force est d'admettre que la réponse à cette question semble négative dans l'ordre actuel des choses.³⁵

Tout d'abord, l'on doit se demander si la fiducie est une personne morale, concept générique englobant les personnes juridiques autre que physiques. Certains éléments caractéristiques de la personnalité morale sont réunis dans la fiducie, tel que le rappelle Madeleine Cantin Cumyn³⁶. Elle est, de toute évidence, constituée d'un patrimoine distinct³⁷ et peut posséder un nom propre³⁸. La fiducie est également, tout comme la personne morale, dotée d'une organisation suffisante pour mettre en œuvre l'affectation d'un patrimoine indépendant de toute autre personne.

Cantin Cumyn soutient également que la fiducie possède le droit d'ester en justice et cite les articles 1266 al.2, 1278 et 1316 *C.c.Q.* ainsi que les articles 59 et 61 du *Code de procédure civile*³⁹ à l'appui de cette proposition. Selon l'auteur, ces articles soutiennent exactement le contraire. L'article 1278 *C.c.Q.* énonce d'une part que les biens qui composent le patrimoine fiduciaire sont établis au nom du fiduciaire. L'article 1316 *C.c.Q.*, prévoit quant à lui que c'est le fiduciaire qui a le droit d'ester en justice relativement à ces biens, les articles 59 et 61 *C.p.c.* ajoutant qu'il le fait alors en son nom

³⁵ A. Vauclair et M.-F. Parent, « L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* : quelques problématiques », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Montréal, S.F.P.B.Q. 2001, p. 107.

³⁶ M. Cantin Cumyn, *op. cit.*, note 33.

³⁷ En fait, elle « est » un patrimoine.

³⁸ Article 1266 *C.c.Q.*

³⁹ *Code de procédure civile du Québec*, L.R.Q., c. C-25 (le « *C.p.c.* »).

propre et en sa qualité de fiduciaire. Ces dispositions tendent à démontrer que la fiducie ne détient pas, contrairement à la société⁴⁰, le droit d'ester en justice.

En outre, l'article 302 C.c.Q. admet certains droits extrapatrimoniaux à la personne morale. Or, la possibilité que la fiducie soit titulaire de tels droits, et notamment des droits de la personne, est tout simplement antithétique, la fiducie n'étant justement et essentiellement qu'un patrimoine. Elle ne peut donc être titulaire que de biens. Enfin, il est également contre-intuitif de concevoir qu'une fiducie puisse exercer une charge, être administratrice du bien d'autrui, fiduciaire ou mandataire.

Par ailleurs, force est d'admettre que le droit québécois ne reconnait que rarement la personnalité morale d'un groupement en l'absence d'une reconnaissance législative expresse. Or, la personnalisation de la fiducie avait fait l'objet d'une proposition formelle dans le cadre des travaux de l'Office de révision du Code civil, proposition qui demeura lettre morte, entraînant ainsi la conclusion que le législateur s'est abstenu de personnifier la fiducie.

Tout comme pour la fiducie, il existe une certaine controverse quant à la qualification de la nature juridique de la société de personnes. Il existe en effet une divergence d'opinions parmi les auteurs quant à la personnalité morale de la société de personnes. Selon la Cour supérieure, la personnalité juridique doit être accordée à la société en se fondant sur

⁴⁰ Article 2225 C.c.Q. : « La société peut ester en justice sous le nom qu'elle déclare et elle peut être poursuivie sous ce nom. »

l'ensemble des nombreux attributs qui lui sont conférés⁴¹. En plus d'avoir un nom, la société en nom collectif et la société en commandite possèdent un patrimoine jouissant d'une certaine individualisation⁴² et la capacité de contracter. Chacune d'elles peut ester en justice sous le nom qu'elle déclare et être poursuivie sous ce nom.⁴³

Malgré tout, la tendance majoritaire est à l'effet que ce type de société n'est pas une personne morale telle qu'elle est définie par le C.c.Q., ce courant s'appuyant principalement sur le fait qu'il n'existe aucune indication claire de l'existence de la personnalité juridique de la société.⁴⁴ Même la Cour supérieure, dans *Vausko*, ne franchit pas la barrière et se contente de qualifier la société de personnes de personne juridique plutôt que de personne morale. Ainsi, si on tente de conserver une certaine cohérence à l'intérieur du C.c.Q., il faut bien reconnaître que si la société de personnes n'est pas une véritable personne morale, il ne saurait en être autrement pour une fiducie. La personnalité morale semble confinée par le législateur québécois au contexte de l'incorporation.

D'autre part, malgré que la société de personnes ne soit pas, au sens du droit commun, une personne morale, et bien qu'il soit permis de conclure, même en l'absence d'une disposition expresse, que la société en nom collectif ou la société en commandite est une personne, elle n'en demeure pas moins assujettie à la *L.F.I.* En effet, cette dernière fait

⁴¹ *Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis) inc.*, REJB 1999-15131 (C.S.) (« *Vausko* »).

⁴² Il n'est pas nécessaire de revenir sur ce débat qui a fait coulé suffisamment d'encre.

⁴³ *Supra*, note 40.

⁴⁴ L'article 2188 al. 2 C.c.Q. tend à démontrer l'intention contraire du législateur : « [La société] peut être aussi par actions; dans ce cas, elle est une personne morale. » Voir également *Ville de Québec c. Compagnie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566.

partie d'un ensemble de lois donnant une définition élargie du mot "personne" de manière à y inclure une société. Par une telle inclusion, le législateur fédéral exerçait légitimement la compétence y attribué par l'article 91(21) de *Loi constitutionnelle de 1867* tout en respectant le droit québécois.

Or, la fiducie n'est pas spécifiquement énumérée à la définition de « personne » de la *L.F.I.* En effet, une fiducie n'est pas une société de personne, association non constituée en personne morale, société ou organisation coopérative. *Inclusio unius fit exclusio alterius*. Si le législateur fédéral avait souhaité que la fiducie soit une personne assujettie à la *L.F.I.*, malgré qu'elle ne soit pas une personne morale au sens du droit québécois, il l'aurait incluse avec les autres entités. En somme, bien qu'il soit peut-être souhaitable que la fiducie soit assujettie à la *L.F.I.*, il semble que ce ne puisse être le cas sans intervention soit du législateur fédéral, ajoutant la fiducie à la définition de personne de la *L.F.I.*, soit du législateur provincial, en qualifiant la fiducie de personne morale.⁴⁵

3.4 La fiducie et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*⁴⁶

Le champ d'application de la *L.A.C.C.* est prévu au premier alinéa de son article 3 :

La présente loi ne s'applique à une compagnie débitrice ou aux compagnies débitrices qui appartiennent au même groupe que celle-ci que si le montant des réclamations contre elle ou les compagnies appartenant au même groupe, établi en application de l'article 12, est supérieur à cinq millions de dollars.

⁴⁵ Il est à noter que le fiduciaire n'est pas, en vertu du droit québécois, responsable des dettes du patrimoine fiduciaire. Nous y reviendrons plus loin.

⁴⁶ *Loi facilitant les transactions et arrangements entre les compagnies et leurs créanciers*, L.R.C. (1985), ch. C-36 (« *L.A.C.C.* »).

L'article 2 *L.A.C.C.* définit le mot « compagnie » :

« compagnie » Toute compagnie ou personne morale constituée par une loi fédérale ou provinciale ou sous son régime, et toute compagnie constituée en personne morale qui possède un actif ou fait affaire au Canada, quel que soit l'endroit où elle a été constituée en personne morale . [...]

Comme nous l'avons vu, la fiducie n'est pas une personne morale au sens de la *L.F.I.* Il ne saurait en être autrement sous le régime au champ moindre et inclus de la *L.A.C.C.* Elle ne peut non plus être une « compagnie » constituée par une loi fédérale ou provinciale ou sous son régime, selon les termes de l'article 2 *L.A.C.C.*, comme le sont les compagnies constituées en vertu de la *Loi sur les compagnies*⁴⁷ ou la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*⁴⁸. Par ailleurs, la fiducie n'est généralement pas constituée par ou sous une loi fédérale ou provinciale, mais plutôt par contrat.

Cette conclusion trouve un appui indirect dans un jugement de la Cour supérieure.⁴⁹ Ayant à se prononcer sur l'applicabilité de la *L.A.C.C.* à une société en commandite, le juge Chaput conclut qu'une société en commandite n'était ni une compagnie, ni une personne morale constituée par une loi fédérale ou provinciale ou sous son régime. La *L.A.C.C.* lui était donc inapplicable. Le juge Chaput observa que même si certaines autorités jurisprudentielles ou doctrinales soutiennent que la société a une personnalité juridique distincte, « cette personnalité juridique de la société n'est pas telle qu'elle en fait une personne morale distincte des membres de la société, comme la compagnie est une

⁴⁷ L.R.Q., c. C-38.

⁴⁸ L.R.C. (1985), ch. C-44.

⁴⁹ *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, C.S. 500-11-022333-047, 22-10-2004, J.E. 2005-3.

personne morale distincte de ses actionnaires et administrateurs ». ⁵⁰ Or, si la *L.A.C.C.* ne peut s'appliquer à une société en commandite, il est raisonnable de croire qu'elle ne pourrait pas s'appliquer à une fiducie.

Les pouvoirs inhérents d'une cour supérieure sont toutefois très larges lorsqu'il s'agit de l'application de la *L.A.C.C.* Selon le juge Chaput, le tribunal peut s'autoriser de cette compétence pour palier à l'insuffisance des dispositions de la loi. ⁵¹ Cependant, le recours à la compétence inhérente du tribunal ne l'autorise pas à s'écarter des termes explicites de la loi. ⁵² Ainsi, toujours dans le cadre de l'*Arrangement relatif à Papiers Gaspésia inc.*, la compagnie Papier Gaspésia Inc. avait comme activité exclusive d'agir comme la commanditée de la société en commandite Papiers Gaspésia, l'actif que gérât la commandité étant donc celui de la société en commandite. Étant d'avis qu'il n'y aurait aucun intérêt pour la compagnie commanditée de proposer un arrangement qui ne viserait pas la société en commandite qu'elle était chargée d'administrer, et dans le contexte des liens étroits entre Papiers Gaspésia Inc. et la société en commandite Papiers Gaspésia, le juge Chaput ordonna une suspension des recours des créanciers, en vertu de la *L.A.C.C.*, valant autant pour la commanditée que la société en commandite elle-même. ⁵³

Serait-il possible, dans le cas où des liens aussi étroits existeraient entre une compagnie et une fiducie, de préconiser une solution semblable à celle formulée dans l'*Arrangement relatif à Papiers Gaspésia inc.* ? Force est de conclure que l'analogie pourrait être

⁵⁰ Ibid., para.73.

⁵¹ *Papiers Gaspésia Inc. (Arrangement relatif à)*, C.S. 500-11-022333-047, 25-03-2004, J.E. 2004-965, para. 55.

⁵² Ibid., para.59.

⁵³ *Papiers Gaspésia Inc. (Arrangement relatif à)*, précitée note 48, para. 79-81.

difficile à soutenir. Premièrement, aucun des acteurs de la fiducie n'occupe un rôle semblable à celui qu'occupe le commandité dans une situation d'insolvabilité de la société en commandite. En effet, contrairement aux acteurs de la fiducie, le commandité est solidairement tenu aux dettes de la société en commandite.⁵⁴ Le commandité étant généralement constitué en compagnie, dont la seule raison d'être est le rôle de commandité, il est souvent inévitable que cette compagnie devienne insolvable simultanément avec la société dont elle est responsable. Ainsi, lorsque la responsabilité de la compagnie-commandité excède cinq millions de dollars et que cette dernière vise à se restructurer sous la *L.A.C.C.*, il est primordial que les actifs de la société en commandite fasse partie de cette restructuration, qui serait autrement sans objet. Le parallèle n'existe pas dans la fiducie.

3.5 Faillite de l'un des acteurs de la fiducie

La faillite du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire ne génère aucun impact sur les biens de la fiducie.⁵⁵ En effet, comme nous l'avons vu précédemment, les fiducies constituent des patrimoines d'affectation autonomes et réunissent un certain nombre de biens qui ne sont reliés à aucun titulaire.⁵⁶ Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne possèdent à leur égard de droit de propriété.

⁵⁴ Article 2246 C.c.Q.

⁵⁵ Notons que les fonctions du fiduciaire prennent fin par sa faillite : article 1355 C.c.Q.

⁵⁶ Sauf peut-être la fiducie elle-même : voir *supra* page 19.

Ainsi, les créanciers du constituant ne pourraient que saisir son droit résiduaire de recevoir les biens au terme de la fiducie.⁵⁷ Pendant la durée de la fiducie, le bénéficiaire possède quant à lui un droit personnel contre la fiducie⁵⁸ et ce droit peut être transféré à un tiers⁵⁹ à moins que l'acte constitutif ne contienne des clauses d'inaliénabilité ou d'insaisissabilité. En l'absence de ce type de limitation, les créanciers du bénéficiaire pourraient saisir le droit de bénéficiaire de la fiducie, mais n'auraient aucun recours direct contre les biens de la fiducie elle-même.

Quant au fiduciaire, il n'a que la fonction d'administrateur des biens qui ont été transférés dans le patrimoine fiduciaire. Dans l'éventualité d'une faillite du fiduciaire, le syndic de faillite pourrait-il obtenir le contrôle de tels biens ? L'argument aurait certainement pu être soutenu dans le cadre du *trust* de *common law* puisque le *trustee* possède un droit de propriété (*legal title*) sur le biens qu'il détient *in trust*. Le législateur, apparemment soucieux de conserver les droits des bénéficiaires, est toutefois intervenu pour éviter un tel résultat en adoptant l'article 67(1)(a) *L.F.I.* qui stipule que « les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne » ne font pas partie des biens du failli. Une telle disposition était-elle nécessaire pour protéger les biens administrés par le fiduciaire du *C.c.Q.*? Probablement pas, ce dernier ne détenant aucun droit de propriété sur les biens constituant le patrimoine fiduciaire.⁶⁰ À tout événement, les fonctions du fiduciaire à titre d'administrateur du bien d'autrui cessent au moment où il devient failli.⁶¹

⁵⁷ Droit prévu par le deuxième alinéa de l'article 1297 *C.c.Q.*

⁵⁸ Article 1284 *C.c.Q.*

⁵⁹ Article 1285 *C.c.Q.*

⁶⁰ Par ailleurs, les pouvoirs que le fiduciaire exerce sur les biens du patrimoine fiduciaire ne sont pas pour son propre bénéfice et ne peuvent donc pas tomber sous l'article 67(1)d) *L.F.I.*

⁶¹ Article 1355 *C.c.Q.*

En somme, ni la faillite du constituant, ni celle du fiduciaire et ni celle du bénéficiaire ne peut entraîner le transfert entre les mains du syndic des biens qui ont été transférés au patrimoine fiduciaire.

3.6 Insolvabilité de la fiducie sous le régime du C.c.Q.

3.6.1 La fin de la fiducie

Les articles 1296 C.c.Q. et 1294 al.1 C.c.Q. prévoient l'extinction de la fiducie. La fiducie prend donc fin par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires, tant du capital que des fruits et revenus. Elle prend aussi fin par l'arrivée du terme ou l'avènement d'une condition résolutoire et par le fait que le but de la fiducie a été atteint ou qu'il est impossible, selon le tribunal, de l'atteindre. Le tribunal peut également mettre fin à la fiducie si la fiducie a cessé de répondre à la volonté première du constituant, notamment, par suite de circonstances inconnues de lui ou imprévisibles qui rendent impossible ou trop onéreuse la poursuite du but de la fiducie. L'insolvabilité ne figure donc pas dans le C.c.Q. comme l'une des causes de la fin de la fiducie.

Cependant, on pourrait arguer que l'insolvabilité d'une fiducie constitue une circonstance rendant impossible l'atteinte de son but. En effet, la perte totale de tous les biens fiduciaires emporterait caducité de la fiducie : elle ne peut continuer à exister sans biens alors que son essence consiste en une affectation de biens. Ainsi, s'il n'y a plus aucun bien

à administrer, le tribunal pourra constater l'impossibilité d'atteindre le but de la fiducie.⁶²

Par ailleurs, la Cour supérieure a déjà accepté de mettre fin à une fiducie déficitaire en raison de la volonté présumée du constituant.⁶³

3.6.2 Distribution des biens de la fiducie

Que se passe-t-il lorsqu'une fiducie de revenu ne peut plus répondre de ses obligations?

La *L.F.I.* ne s'appliquant pas à la fiducie, nul créancier ne peut formuler de requête pour mise en faillite, et la fiducie elle-même ne peut elle-même faire de proposition concordataire. Ainsi, le bénéfice d'une distribution juste et équitable du patrimoine de la fiducie parmi les créanciers, d'un système de réclamation ordonné, de la suspension des recours des créanciers, de la prévention de la fraude ainsi que l'apport du syndic de faillite au processus, en somme, l'apport d'une « procédure d'exécution collective », manqueront gravement aux créanciers, qui n'auront d'autre choix que de se rabattre sur les dispositions du *C.c.Q.* Or, le législateur québécois n'étant pas compétent pour légiférer sur la faillite⁶⁴, le *C.c.Q.* ne pourvoit aucun véritable remède aux créanciers d'une fiducie insolvable. Un auteur s'exprimait ainsi :

L'insolvabilité engendre une désorganisation des droits civils, entendus dans un sens large. L'insolvabilité fausse en effet les rapports juridiques normaux entre un débiteur et ses créanciers.

Le Code civil tient pour acquis le fait que le débiteur est normalement capable d'acquitter ses dettes, que l'actif de son patrimoine est supérieur à son passif. [...] Lorsque le débiteur ne paie pas, le droit civil présume que le débiteur

⁶² *Des Marais (Succession de)*, J.E. 97-1866, [1997] R.J.Q. 2662 (C.A.).

⁶³ *Paiement-Renaud c. Hébert*, J.E. 97-833 (C.S.) (il s'agissait d'une fiducie testamentaire).

⁶⁴ Article 91(21) de *Loi constitutionnelle de 1867*.

refuse ou néglige de le faire. Bref, l'exercice des droits civils – notamment des droits patrimoniaux auxquels les juristes ont porté une attention particulière – impliquait la capacité économique du débiteur à face à ses engagements.

L'insolvabilité vient justement en contradiction avec ce postulat de base. [...] Craignant une perte, les créanciers sont alors portés augmenter et à accélérer l'exercice des procédures judiciaires contre le débiteur en vue d'assurer leur paiement. [...] C'est ce que veut empêcher, entre autres, le droit de la faillite.⁶⁵

La fiducie sera donc tenue de remplir ses engagements sur tous ses biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une division de patrimoine.⁶⁶ Ses créanciers devront ainsi, pour récupérer leur dû, soit procéder par recours hypothécaire s'ils bénéficient d'une sûreté qui y donne droit, soit utiliser les règles relatives à l'exécution forcée du *C.p.c.*⁶⁷ suite à l'obtention d'un jugement.

D'une part, la partie exerçant un recours hypothécaire sera assujettie aux règles énoncées au Livre Sixième portant sur les priorités et les hypothèques, dont les détails ne peuvent faire l'objet de cette conférence. D'autre part, la partie qui est bénéficiaire d'un jugement devenu exécutoire devra faire délivrer par le tribunal un bref d'exécution. Elle le remettra ensuite à une personne habilitée à agir⁶⁸ afin qu'elle puisse saisir ou prendre possession des biens de la partie qui a succombé. La distribution des deniers prélevés sur les biens saisis ne pourra alors avoir lieu avant qu'un appel général des créanciers n'ait été fait par

⁶⁵ P.-E. Bilodeau, *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 2^{ème} édition, Brossard, Publications CCH Ltée, 2004, p.16.

⁶⁶ Article 2645 *C.c.Q.*

⁶⁷ Articles 554 à 732 *C.p.c.*

⁶⁸ C'est-à-dire selon l'article 554 *C.p.c.*, un huissier, un shérif ou un de ses officiers.

avis public.⁶⁹ La distribution des deniers découlant de la vente en justice des biens du débiteur se fera alors en proportion de la créance des créanciers chirographaires.⁷⁰

L'article 2644 *C.c.Q.* consacre le principe de la distribution du prix de vente en justice des biens du débiteur en proportion des créances lorsqu'il y a concours entre les créanciers chirographaires. Évidemment, les créanciers jouissant d'une priorité ou d'une hypothèque sur un ou des biens saisis conservent leur droit d'être payé par préférence aux créances chirographaires conformément à la loi. Quant aux droits du constituant et du bénéficiaire, ils se subordonnent à ceux du fiduciaire et des créanciers de la fiducie. Les droits du bénéficiaire et les droits résiduels du constituant deviennent donc, en principe, similaires à ceux d'un actionnaire d'une compagnie. Ils ne peuvent recevoir quoi que ce soit avant que tous les créanciers de la fiducie aient été complètement payés. En d'autres termes, ils ne reçoivent rien.

À tout événement, il est aisé de constater que l'insolvabilité d'une fiducie de revenu importante occasionnerait des problèmes considérables en l'absence d'application de la *L.F.I.* En effet, non seulement une fiducie ne saurait-elle être en mesure de faire une proposition concordataire qui pourrait être pour le plus grand bénéfice de tous ses créanciers, étant plutôt sujette aux réticences de ses créanciers les plus intempestifs, mais la nécessiter de réaliser sur ses actifs occasionnerait une course à l'exécution forcée, multipliant les procédures judiciaires et les coûts afférents, le tout au plus grand détriment non seulement des créanciers de la fiducie, mais de la société en général. Pour toutes ces

⁶⁹ Article 578 *C.p.c.*, alinéa 1.

⁷⁰ Article 578 *C.p.c.*, alinéa 2.

raisons, il est opportun de discuter de l'opportunité d'une réforme de la *L.F.I.* en vue de favoriser une faillite ordonnée des fiducies de revenu, amenuisant ainsi le mal que l'insolvabilité constitue déjà.

4. Réforme de la *Loi sur la faillite*

4.1 Opportunité d'une réforme

La problématique de la faillite de la fiducie québécoise est très actuelle depuis les modifications législatives de 1994 permettant maintenant à une fiducie d'exploiter une entreprise. Ce type de fiducie pouvant encourir des dettes excédant la valeur de ses biens, il serait certainement souhaitable que la *L.F.I.* s'applique à la fiducie (et plus spécialement à la fiducie d'utilité privée à vocation commerciale) afin, notamment, de remplir le principal objectif recherché par le législateur fédéral, soit d'assurer une distribution plus équitable des biens de la fiducie entre les différentes catégories de créanciers. Il n'existe par ailleurs aucune raison pratique pour justifier qu'une société de personnes, une association non constituée en personne morale ou une société ou organisation coopérative puisse faire faillite alors qu'une fiducie ne pourrait ce faire. Au contraire, la fiducie comme véhicule d'investissement détient généralement des fonds (et corrélativement des obligations) beaucoup plus considérables que n'importe quelle association ou organisation coopérative, suscitant ainsi un intérêt plus grand d'être couverte par la *L.F.I.*

Bien que le Parlement soit seul compétent pour légiférer sur la « banqueroute et la faillite »⁷¹, l'Assemblée Nationale pourrait potentiellement tenter d'assujettir la fiducie à la *L.F.I.* en dotant spécifiquement cette dernière de la personnalité morale. Plusieurs objections doivent cependant être soulevées à l'encontre de cette façon de procéder. En premier, bien que l'assujettissement de la fiducie à la *L.F.I.* soit un développement souhaitable, la cohérence du droit civil québécois ne doit pas y être sacrifiée. Or, doter la fiducie de la personnalité morale ne pourrait que la dénaturer et lui soustraire son originalité, sans parler des conséquences d'un tel artifice juridique sur d'autres institutions, telle la société de personnes. Deuxièmement, doter la fiducie de la personnalité morale ne suffirait pas en soi à régler tous les problèmes d'application de la *L.F.I.* à cette institution unique. Dans cette optique, une réforme de la législation fédérale serait plus opportune. Enfin, cette façon détournée de procéder pourrait entraîner des problèmes constitutionnels, voire même politiques.

Malgré tout, face à l'inertie du législateur fédéral, le Ministère du Revenu de l'Alberta a publié, le 28 juillet 2004, un document de discussion portant sur certaines propositions visant à améliorer le cadre de gouvernance des fiducies de revenu et, *inter alia*, la gestion de leur insolvabilité. Pour répondre à certaines incertitudes au sujet de la gouvernance et du statut juridique des fiducies de revenu, le document de discussion sollicite les commentaires des parties intéressées sur des propositions de réforme élaborées après un examen des régimes de réglementation des fiducies de revenu mis en place ou proposés ailleurs, notamment aux États-Unis et à Singapour. Le gouvernement Albertain propose ainsi de créer un nouveau régime juridique qui ferait des fiducies des personnes morales

⁷¹ Article 91(21) de *Loi constitutionnelle de 1867*.

et d'encourager le gouvernement fédéral à modifier sa législation sur l'insolvabilité pour assurer une gestion, une restructuration et une liquidation ordonnée des fiducies de revenu devenues insolubles.

Ainsi, comme nous pouvons le constater, il existe une certaine volonté politique d'adresser la problématique de l'insolvabilité des fiducies avant que cette dernière ne se réalise de façon non-coordonnée, faisant ainsi fuir les investisseurs. Selon l'auteur, le Parlement devrait tendre l'oreille aux inquiétudes exprimées par le gouvernement albertain et tabler sur les propositions que le professeur Albert Bohémier lui a faites, et que nous allons maintenant considérer. Puisque le professeur Bohémier ne faisait que répondre à une demande qui lui avait été formulée par le Ministère de la Justice du Canada, il est permis de croire que le gouvernement fédéral est au courant de la problématique. Le fait que l'étude du professeur Bohémier lui ait remise en 2001 n'est toutefois pas sans susciter d'inquiétude quant aux intentions de nos dirigeants fédéraux.

4.2 Modifications législatives proposées

Le professeur Albert Bohémier, à qui l'auteur de ces lignes est redevable pour plusieurs idées qui y sont énoncées, a récemment examiné les amendements nécessaires à la *L.F.I.* pour permettre aux créanciers de la fiducie du *C.c.Q.* de bénéficier des avantages de ces dispositions fédérales au même titre que les créanciers d'autres personnes ou organisations exploitant une entreprise⁷². Avant d'examiner les modifications qu'il

⁷² A. Bohémier, « Application of the Bankruptcy and Insolvency Act to the Trust of the Civil Code of Québec », (2002) 37 R.J.T. 57.

propose, signalons deux objections qui pourraient être formulées quant à l'opportunité de ces amendements, et telles que reconnues par le professeur Bohémier lui-même.

Une première objection à ce projet de réforme s'appuie sur le fait que la fiducie du *C.c.Q.*, modelée en quelque sorte sur le *trust* de *common law*, ne saurait être sujette à des règles spécifiques dans un cas de faillite alors que le *trust* ne l'est pas sans causer un malaise juridique. Cependant, les différences marquées entre ces deux types d'institutions militent en faveur d'assujettir la fiducie du *C.c.Q.* aux règles de la *L.F.I.* Parmi ces différences, on peut noter, *inter alia*, l'autonomie du patrimoine fiduciaire du *C.c.Q.* versus la séparation du droit de propriété sur les biens détenus *in trust*, le système d'*equity* dans lequel s'insère le *trust* d'inspiration anglaise et le caractère exprès de la fiducie québécoise, comparativement à l'existence de *trust* « implicite » en droit anglais.⁷³

La différence la plus importante réside toutefois dans le fait que le *trustee* est personnellement responsable des obligations qu'il contracte dans le cadre de ses fonctions alors que la responsabilité du fiduciaire est en principe limitée, les obligations étant contractées par le patrimoine fiduciaire directement.⁷⁴ Ainsi, l'insolvabilité est généralement celle du *trustee* en droit anglais, ce qui explique l'intérêt moins grand à voir la *L.F.I.* s'appliquer au *trust*. La situation est cependant susceptible de changer avec l'arrivée des *income trusts* qui fonctionnent essentiellement selon des règles conventionnelles quasi-uniformes dans lesquelles les *trustees* deviennent l'équivalent des

⁷³ Par exemple, le « *constructive trust* », créé par décision d'une cour indépendamment de l'intention de son constituant.

⁷⁴ Voir *infra*, p. 39 à 41.

administrateurs d'une compagnie. Cette nouvelle réalité, savoir, celle des *trusts* dont toutes les règles essentielles sont prévues contractuellement, brouille la distinction entre le *trust* et la *fiducie*, et par le fait même, rend tout aussi difficile la justification derrière l'exclusion des *trusts* du champ d'application de la *L.F.I.*⁷⁵ D'ailleurs, les intentions (ou soucis) exprimées par le gouvernement Albertain démontrent bien qu'on envisage maintenant assujettir le *trust* de *common law* à la *L.F.I.*

Une seconde objection consiste à dire que le Parlement fédéral ne peut traiter la fiducie du C.c.Q. comme une personne alors que le C.c.Q. ne lui reconnaît aucune personnalité juridique. Cette objection est creuse. Comme nous l'avons vu plus tôt, il est reconnu que le fait qu'une entité ou un groupe soit réputé être une personne selon la définition de la *L.F.I.* ne lui confère pas nécessairement la personnalité juridique⁷⁶. En réalité, un groupe ou une entité quelconque peut être une « personne » pour les fins de l'application de la législation fédérale sans que la même conclusion s'impose en droit provincial. L'entité pourrait ainsi devenir une débitrice ou une créancière selon les définitions de la loi et ses actes antérieurs à la faillite pourraient dès lors être contestés en tant que « paiement préférentiel » ou « transaction révisable ».

4.2.1 Première modification proposée

La condition sine qua non à l'application de la *L.F.I.* à la fiducie consiste évidemment à modifier l'article 2 *L.F.I.* afin que cette dernière soit considérée comme une personne.

⁷⁵ Il a par ailleurs été donné à l'auteur de lire des conventions de fiducie de revenu québécoises et des conventions de *income fund* provenant de juridictions de *common law*, et force est d'admettre que les différences entre les deux types de contrats portent principalement sur l'exclusion de règles statutaires qui varient selon la juridiction

⁷⁶ Pensons notamment aux sociétés de personne.

Une autre suggestion du professeur Bohémier consisterait à n'assimiler à des personnes que les fiducies ou patrimoines fiduciaires constitués dans le but d'exploiter une entreprise, type de fiducies dont les créanciers sont généralement plus nombreux et dont le risque d'insolvabilité est le plus grand.

4.2.2 Deuxième modification proposée

Tel que mentionné précédemment, puisque le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine d'affectation, certains maintiennent que le patrimoine fiduciaire ne peut contracter directement et qu'il ne peut être ni un débiteur, ni un créancier, ne possédant pas la personnalité juridique. Pour d'autres, le patrimoine fiduciaire étant un patrimoine par affectation, malgré qu'il n'ait pas la personnalité juridique, il a néanmoins des actifs et des responsabilités et rien ne l'empêche d'acquérir le statut de débiteur ou de créancier.

Pour éviter ces tergiversations théoriques, Bohémier suggère de faciliter l'application des dispositions fédérales en stipulant que les actes faits par le fiduciaire lient le patrimoine fiduciaire. Ainsi, les paiements préférentiels ou les transactions révisables faits par le fiduciaire pour le patrimoine fiduciaire seraient considérés comme des actes et des paiements effectués par la personne que constitue le patrimoine fiduciaire aux fins d'application de la loi fédérale.

4.2.3 Troisième modification proposée

Tout comme une compagnie, le patrimoine fiduciaire doit être représenté pour pouvoir agir, d'où le rôle du fiduciaire. Si la faillite du patrimoine fiduciaire ne termine pas instantanément la fiducie, les procédures initiales devront être exercées contre le fiduciaire dans l'exercice de ses fonctions. Une troisième modification devrait donc être à l'effet qu'une requête de mise en faillite contre un patrimoine fiduciaire doit être signifié au fiduciaire qui agira pour le patrimoine fiduciaire. Une fois que la faillite aura été déclarée, tout le patrimoine fiduciaire sera dévolu au syndic de faillite qui exercera alors ses pouvoirs sur les biens du patrimoine.

4.2.4 Quatrième modification proposée

Si le patrimoine fiduciaire est déclaré failli, tous ses biens doivent être dévolus au syndic⁷⁷. Une disposition devrait donc prévoir que le fiduciaire doit, dans cette situation, transférer immédiatement tous les biens de la fiducie au syndic et qu'il ne peut retenir la possession des biens de la fiducie ni exercer aucun droit de rétention contre le syndic⁷⁸. Il devrait également être prévu que le fiduciaire doive rendre compte de son administration à la requête du syndic.

4.2.5 Cinquième modification proposée

Finalement, l'article 169(4) *L.F.I.*⁷⁹ devrait être amendé afin qu'une fiducie ayant fait faillite, tout comme une personne morale faillie, ne puisse demander une libération à

⁷⁷ Article 71(2) *L.F.I.*

⁷⁸ En tant qu'administrateur du bien d'autrui, le fiduciaire peut retenir les biens de la fiducie jusqu'au paiement de ce qui lui est dû (article 1369 al.2 *C.c.Q.*). De plus, ce droit de rétention ferait de lui un créancier prioritaire suivant l'article 2651(3) *C.c.Q.*

⁷⁹ L'article 169 (4) *L.F.I.* se lit actuellement comme suit : « Une personne morale ne peut demander une libération à moins d'avoir acquitté intégralement les réclamations de ses créanciers. ».

moins d'avoir acquitté intégralement les réclamations de ses créanciers. Si une fiducie exploite une entreprise et montre un déficit, le but de la fiducie ne pourra plus être atteint. Toute partie intéressée pourra alors couvrir le déficit. À défaut, la fiducie ne devrait pas être capable de se décharger de ses dettes à moins de payer tous ses créanciers ou de leur soumettre une proposition concordataire⁸⁰.

Notons que les règles déjà existantes sont suffisantes pour couvrir les situations où une fiducie aurait été établie en fraude des droits des créanciers du constituant, où le patrimoine fiduciaire aurait fait des paiements préférentiels ou des actes frauduleux et où le fiduciaire seul ou avec la complicité d'autres personnes aurait commis des actes en fraude du patrimoine fiduciaire. Aucune modification législative ne semble donc nécessaire sur ces aspects.

5. Impact de l'insolvabilité d'une fiducie sur ses acteurs

Pour compléter le tour d'horizon des principales règles applicables à une fiducie en situation d'insolvabilité, il est utile de voir la responsabilité de ses divers acteurs eu égard à ses dettes. Pour fins de comparaison, nous avons également analysé la situation des acteurs du *trust* de *common law*.

⁸⁰ Selon la Section I de la Partie III de la *L.F.I.*

5.1 Recours des créanciers de la fiducie contre le fiduciaire

Dans le cas où la fiducie ne pourrait répondre de toutes ses obligations, les créanciers de la fiducie pourraient-ils intenter un recours contre le fiduciaire ?

5.1.1 Fiducie du C.c.Q.

Contrairement au fiduciaire d'une fiducie de *common law*, qui peut être personnellement responsable pour les dettes encourues, le fiduciaire d'une fiducie québécoise, en tant qu'administrateur du bien d'autrui⁸¹, n'assume aucune responsabilité personnelle. C'est la fiducie elle-même qui est engagée, les actifs du patrimoine fiduciaire étant seul garant de ses dettes. La règle est énoncée à l'article 1319 C.c.Q., en ce qui a trait aux obligations du fiduciaire face aux créanciers:

L'administrateur qui, dans les limites de ses pouvoirs, s'oblige au nom du bénéficiaire ou pour le patrimoine fiduciaire n'est pas personnellement responsable envers les tiers avec qui il contracte.

Il est responsable envers eux s'il s'oblige en son propre nom, sous réserve des droits des tiers contre le bénéficiaire ou le patrimoine fiduciaire, le cas échéant.

En principe, le fiduciaire québécois qui agit pour la fiducie n'engage sa responsabilité d'aucune façon. Les créanciers acquièrent un droit de recours direct contre les biens de la fiducie. Par contre, quand le fiduciaire s'engage en son nom propre, les tiers disposent d'un recours contre lui personnellement. Il va sans dire que les créanciers disposent

⁸¹ Article 1278 al. 2 C.c.Q.

également d'un recours direct contre le fiduciaire en cas certains cas, dont en cas de fraude.⁸²

5.1.2 *Trust de common law*

Lorsqu'un *trustee* contracte sur les biens de la fiducie, il est réputé, sauf auprès des bénéficiaires, le faire pour son propre compte. Il s'ensuit qu'il est personnellement responsable pour toutes les dettes contractées dans le cadre de son administration des biens fiduciaire. Cependant, il est possible pour le trustee d'exclure sa responsabilité personnelle par une stipulation expresse dans les contrats qu'il conclut dans le cadre de son administration. En somme, la règle est contraire à celle prévue sous le C.c.Q. Le *trustee* peut toutefois opérer compensation avec les biens du *trust*, ayant sur ces derniers l'équivalent d'un privilège (*lien*) garantissant son remboursement. Si nécessaire, le fiduciaire peut également se tourner vers les bénéficiaires pour recouvrir les sommes encourues.

En principe donc, les créanciers ayant contracté avec le *trustee* n'ont pas de recours direct contre les biens du *trust* mais bien contre le *trustee*. Cependant, dans l'éventualité où le *trustee* deviendrait insolvable, les créanciers peuvent invoquer une forme de subrogation pour leur permettre d'exercer les droits de compensation que le *trustee* détient sur les biens du *trust*.

⁸² 1292 C.c.Q. Il est à noter que la responsabilité du fiduciaire étant largement calquée sur celle du mandataire, l'article 2159 al. 2 C.c.Q., et plus particulièrement le principe de la responsabilité personnelle du mandataire qui s'engage au nom d'un mandant insolvable, pourrait potentiellement être appliqué *mutatis mutandis* comme cas d'application spécifique de l'article 1292 C.c.Q.

5.2 Recours des créanciers de la fiducie contre les bénéficiaires

Les actionnaires d'une société par actions profitent d'une responsabilité limitée. Les détenteurs de parts d'une fiducie de revenu bénéficient-ils de la même protection ?

5.2.1 Fiducie du C.c.Q.

La fiducie, étant constitutive d'un patrimoine d'affectation, implique le principe de la responsabilité limitée du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire à l'égard des obligations qui y sont comprises. Il semblerait donc que la seule façon de retenir la responsabilité des bénéficiaires pour les dettes de la fiducie serait en cas d'actes frauduleux. Aux termes de l'article 1292 C.c.Q.⁸³, le bénéficiaire⁸⁴ devient solidairement responsable des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du patrimoine fiduciaire⁸⁵.

5.2.2 *Trust de common law*

Malgré les avantages fiscaux considérables, les risques liés à la responsabilité des bénéficiaires constituent un facteur de dissuasion important pour les investisseurs potentiels désirant acquérir des parts de fiducies de revenu constituées en vertu des règles de *common law*. Il est bien connu que la responsabilité des actionnaires à l'égard des

⁸³ Article 1292 C.c.Q. : « Le fiduciaire, le constituant et le bénéficiaire sont, s'ils y participent, solidairement responsables des actes exécutés en fraude des droits des créanciers du constituant ou du patrimoine fiduciaire. »

⁸⁴ Tout comme le fiduciaire et le constituant, par ailleurs.

⁸⁵ Ou en fraude des droits des créanciers du constituant.

actes ou des omissions d'une société par actions est limitée à la valeur de leur participation au capital. Or, ce n'est pas le cas pour les investisseurs dans des fiducies de revenu dont la responsabilité relève de lois provinciales. Ces derniers peuvent théoriquement devoir répondre des actes et des omissions des fiducies ou de leurs entreprises sous-jacentes.

L'Alberta en mai 2004 ainsi que l'Ontario en juin 2004 ont toutes deux adopté des dispositions législatives pour limiter la responsabilité des détenteurs de parts. Ces nouvelles dispositions ont pour but de mettre les bénéficiaires de fiducies de revenu dans la même position que les détenteurs d'actions de compagnies incorporées sous les lois corporatives albertaines et ontariennes.

Toutefois, même en Alberta et en Ontario, deux arguments peuvent être invoqués pour rendre les bénéficiaires de la fiducie responsables des actions prises par le fiduciaire dans le cours des activités de la fiducie.

Premièrement, lorsque les fiduciaires deviennent responsables des actes accomplis dans l'exécution de leurs fonctions, ils peuvent s'indemniser avec les biens de la fiducie. Si les biens de la fiducie sont insuffisants pour remplir les obligations contractées par les fiduciaires, ces derniers peuvent demander aux bénéficiaires d'être indemnisés selon un principe défini par le Conseil privé⁸⁶ et appliqué au Canada. Dans le cas où les biens de la fiducie et les biens des fiduciaires sont insuffisants pour rencontrer leurs obligations, les créanciers peuvent chercher à être subrogés dans le droit à l'indemnisation des

⁸⁶ *Hardoon v. Belilios*, (1901) A.C. 118.

fiduciaires. Si le fiduciaire est failli, les créanciers peuvent exercer leur droit à l'indemnisation auprès du syndic de faillite. Cette situation ne serait pas couverte par les nouvelles dispositions législatives des deux provinces.

Notons cependant, d'une part, que les actes constitutifs des fiducies de revenu prévoient généralement une disposition abrogeant le droit du fiduciaire à l'indemnisation. D'autre part, les tribunaux canadiens ont historiquement été hésitants à subroger les créanciers dans les droits du fiduciaire à l'indemnisation.

Deuxièmement, le bénéficiaire peut être directement responsable pour les actes du fiduciaire lorsque celui-ci n'est qu'un agent des bénéficiaires. Lorsque le fiduciaire n'a pas de pouvoirs indépendants ou de discrétion et que les bénéficiaires peuvent à tout moment lui demander le transfert des biens détenus par la fiducie, bref, lorsque la conduite du fiduciaire est contrôlée par les bénéficiaires, il sera considéré être un agent. La nouvelle législation ne protège pas les détenteurs de parts qui jouent un tel rôle actif dans la direction d'une fiducie de revenu

Conclusion

Il existe présentement une grande incertitude sur la manière de gérer, restructurer ou liquider une fiducie de revenu devenue insolvable. Cette incertitude est causée par l'inapplicabilité des lois régissant l'insolvabilité et par l'absence de personnalité juridique de la fiducie. Elle ne peut qu'être extrêmement déplorable dans un contexte où les

fiducies de revenu, comportant de nombreux avantages, sont appelées à se développer davantage et à se multiplier. Un effort d'harmonisation des règles affectant les fiducies de *common law* et les fiducies constituées en vertu du *C.c.Q.* serait souhaitable, mais difficile compte tenu des nombreuses différences existant entre ces deux régimes. Il ne reste qu'à espérer qu'à l'instar du Ministère du Revenu de l'Alberta, le gouvernement fédéral, ou à défaut, le gouvernement du Québec, agiront rapidement et feront le nécessaire pour éliminer toute incertitude et adopteront des mesures appropriées et efficaces dans les circonstances.

Doctrine pertinente

BEAULNE, J., *Droit des fiducies*, Collection bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1998, 345p.

BILODEAU, P.-E., *Précis de la faillite et de l'insolvabilité*, 2^{ème} édition, Brossard, Publications CCH Ltée, 2004.

BOHÉMIER, A., « Application of the Bankruptcy and Insolvency Act to the Trust of the Civil Code of Québec », (2003) 37 *R.J.T.* 113

BOUCHARD, C., « L'exploitation d'une entreprise par une fiducie : une alternative intéressante ? », (2000) 102 *R. du N.* 87.

CANTIN CUMYN, M., « La fiducie, un nouveau sujet de droit ? », dans BEAULNE, J. (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 2002, p.129.

GILLEN, M.R., WOODMAN, F., *The Law of Trusts, A Contextual Approach*, Toronto, Emond Montgomery Publications Limited, 2000.

GILLEN, M.R., YEW, D., "Does proposed Act really change the income trust liability risk?" *The Lawyer Weekly*, vol.23, no.19, p. 9 et p.12, 19 September 2003.

GODIN, R.P., « Quelques considérations sur l'établissement d'un fonds de placement immobilier (FPI) au Québec », (1999) 101 *R. du N.* 369.

GODIN, R.P., « Fonds de placement immobilier ou Real Estate Investment Trusts (REIT) », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit immobilier (2000)*, Service de la formation permanente, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., vol. 135, p. 63, 2000.

INSTITUT CANADIEN, *Les fiducies de revenu : Structure, Fiscalité et gestion*, les 26 et 27 mai 2003, Toronto, Publications l'institut Canadien, 2003.

KING, M.R., *Income Trusts – Understanding the Issues*, Banque du Canada, Document de travail 2003-25.

MORRISSETTE, A., LAPIERRE, M.-J., « L'utilisation des fiducies dans un contexte commercial », dans LAMONTAGNE, D.-C. (sous la dir. de), *Droit spécialisé des contrats*, vol.3 : *Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais Inc., 2001, p.1.

OFFICE DE RÉVISION DU CODE, *Rapport sur le Code civil du Québec*, volume II, tome I, *Commentaires*, Montréal, Éditeur officiel du Québec 1978

VAUCLAIR, A., PARENT, M.-F., « L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* : quelques problématiques », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (2001)*, Montréal, S.F.P.B.Q. 2001, p.107.

Jurisprudence citée

Des Marais (Succession de), J.E. 97-1866, [1997] R.J.Q. 2662 (C.A.)

Hardoon v. Belilios, (1901) A.C. 118

In re Marché central métropolitain inc. c. Sœurs du Bon-Pasteur de Québec et Richter et Associés Inc., [1999] R.J.Q. 18 (C.A.)

Païement-Renaud c. Hébert, J.E. 97-833 (C.S.)

Papiers Gaspésia Inc. (Arrangement relatif à), C.S. 500-11-022333-047, 25-03-2004, (2004) R.D.I. 391

Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à), C.S. 500-11-022333-047, 22-10-2004, J.E. 2005-3

P.M.R. (Succession de) c. C.G.R., [2001] R.J.Q. 1542 (C.S.), appel rejeté [2002] R.J.Q. 1871 (C.A.)

Société en nom collectif Vausko c. Ameublement et décoration Côté-Sud (St-Denis) inc., (1999) R.J.Q. 3037

Ville de Québec c. Compagnie d'immeubles Allard Ltée, [1996] R.J.Q. 1566