

EYB2013REP1406

Repères, Août 2013

Marc-Antoine DESCHAMPS*

Chronique – L'affaire Spicer et l'absence du fiduciaire « indépendant » : ordre public et nullité absolue

Indexation

Biens ; patrimoines d'affectation ; fiducie ; administration ; désignation et charge du fiduciaire

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I– LE CADRE LÉGISLATIF

II– LA NATURE DE LA RÈGLE DE 1275 C.C.Q. : ORDRE PUBLIC ET NULLITÉ

A. La sanction de l'article 1275 C.c.Q.

B. L'indépendance et la nullité sanctionnée : recherche de l'intérêt

C. Les intérêts protégés et l'ordre public en cause

CONCLUSION

Résumé

L'auteur examine la portée de l'article [1275 C.c.Q.](#), l'ordre public invoqué et la nullité prononcée par les tribunaux au cours des dernières années. Il propose des pistes d'interprétation civilistes pour permettre une solution de rechange à la sanction sévère de la nullité.

INTRODUCTION

L'article [1275](#) du *Code civil du Québec* impose la présence d'un fiduciaire qui n'est ni constituant, ni bénéficiaire. Cette disposition, en apparence limpide, a créé des remous et arguments doctrinaux et jurisprudentiels depuis son adoption en 1994. La présente chronique vise à identifier sommairement l'évolution de son interprétation en corollaire avec l'affaire *Spicer*¹, les conséquences de son manquement à l'égard de la création de la fiducie et des actes d'administration et certaines pistes d'interprétation pour l'avenir.

I– LE CADRE LÉGISLATIF

Le Code a introduit le nouveau concept des fiducies en 1994. Cette nouvelle institution² a été balisée notamment quant à sa constitution, son espèce, son administration interne, sa modification patrimoniale

* M^e Marc-Antoine Deschamps, D. Fisc., est un associé du cabinet Morency, Société d'avocats, S.E.N.C.R.L.

¹ *Spicer (Succession de) c. Boyer-Richard*, [REJB 2004-61697 \(C.S.\)](#).

et la fin de son existence. La disposition introductive sur la nature de l'institution précise que la fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, transfère à une autre personne, 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 administrer³.

La naissance de la fiducie, découlant de la volonté du constituant et de l'acceptation d'un fiduciaire, doit être détachée, dans l'analyse, des gestes de l'administration, actes habituellement réservés aux fiduciaires alors en fonction dans le cadre de la gestion continue du patrimoine d'affectation⁴.

Outre qu'un fiduciaire devrait être une personne physique⁵ capable d'exercer pleinement ses droits civils, il doit satisfaire un certain nombre de critères aux fins de pouvoir agir.

L'article [1275 C.c.Q.](#) évoque que le constituant ou le bénéficiaire peut être fiduciaire, mais il doit⁶ agir conjointement avec un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire. Cette obligation (et la prohibition sous-jacente) est actuellement tranchée de façon draconienne par les tribunaux quant à la sanction imposée. Nous soumettons des pistes aux fins de proposer une option juridique tirée de principes civilistes afin d'écartier, en présence d'éléments identifiables, l'ancienne maxime *Dura lex, sed lex*.

II– LA NATURE DE LA RÈGLE DE 1275 C.C.Q. : ORDRE PUBLIC ET NULLITÉ

Le caractère d'ordre public de la règle prévue à l'article [1275](#) ne semble plus entretenir aucun doute tant en doctrine⁷ qu'en jurisprudence⁸. Cette solution réside dans la nature de la disposition, prohibitive à sa face même. À titre préliminaire, rappelons que l'ordre public vise à protéger l'intérêt général ou l'intérêt privé. Cependant, la sanction, en droit moderne, dépend de la classification de cet ordre public.

La qualité de l'ordre de public de *direction* ou de *protection*⁹ ne semble pas avoir été discutée en jurisprudence récente à l'égard de la règle du fiduciaire indépendant. Cette distinction nous semble impérieuse pour les raisons que nous évoquerons plus loin :

400 – Fondement de la distinction – La distinction classique entre nullité absolue et nullité relative a été adoptée, dans son ensemble, par la jurisprudence québécoise et désormais par le Code civil lui-même. Cette distinction conceptuelle avait été développée par la doctrine. Les origines lointaines de la nullité absolue remontent aux juridictions de droit strict, et celles de la nullité relative se retrouvent dans les juridictions d'équité. Comme l'a bien montré une auteure, l'histoire

². Malgré certaines dispositions du *Code civil du Bas-Canada* et le chapitre relatif aux fiducies, notamment les articles [981a](#) et suivants.

³. Art. [1260 C.c.Q.](#)

⁴. Art. [1277 C.c.Q.](#) à titre indicatif.

⁵. Art. [1274 C.c.Q.](#) ainsi que toute personne morale autorisée par la Loi.

⁶. Il s'agit d'une obligation et non d'une faculté discrétionnaire : art. [51](#) de la *Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16.

⁷. Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n^o 196.2, p. 190 ; M^e Hugo PATENAUDE, *Rapports congrès 2001/APFF*, p. 33:45.

⁸. *Gravel c. Dubois*, C.S. Québec, 200-14-007372-029, 23 janvier 2003, [EYB 2003-43229](#) ; *Brassard c. Brassard*, 2009 QCCA 898, [EYB 2009-158543](#) (C.A.) ; *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie Succession Jean-Marc Allaire*, [EYB 2012-214018](#).

⁹. Pierre-Gabriel JOBIN et Jean-Louis BAUDOUIN, *Les obligations*, 6^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin avec la collaboration de Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, par. 146 et 147, [EYB2005OBL5](#).

nous révèle que, essentiellement, la nullité absolue sanctionne le non-respect des conditions de légalité du contrat (notamment la violation de l'ordre public) et relève ainsi de son utilité sociale ; au contraire, la nullité relative protège les intérêts particuliers des parties dans les circonstances spécifiques où le contrat a été formé (par exemple quant à la capacité ou quant à l'erreur) et compte tenu du comportement des parties à ce moment (tel le dol), et appartient donc au domaine de la justice contractuelle et de l'équité. En droit moderne, une nuance est apportée par le raffinement de la notion d'ordre public : une règle d'ordre public de direction est sanctionnée par la nullité absolue alors qu'une règle d'ordre public de protection l'est par la nullité relative. Pour simplifier, comme le fait le législateur, on peut dire qu'une règle sanctionnée par la nullité absolue protège l'intérêt général tandis qu'une règle de nullité relative protège l'intérêt privé. C'est ce qui explique que la première puisse être invoquée par toute personne intéressée alors que la seconde ne puisse l'être que par la partie protégée.¹⁰

À cet égard, toute tierce personne ayant un intérêt peut soulever la nullité d'un manquement à une disposition d'ordre public de *direction*. À l'inverse, seule la partie protégée par la norme d'ordre public de *protection* peut invoquer la nullité¹¹.

A. La sanction de l'article 1275 C.c.Q.

La sanction réservée par la jurisprudence actuelle découlant de la violation semble être la nullité *absolue*, plutôt que la nullité *relative*. Le caractère d'ordre public de l'article [1275 C.c.Q.](#) fonde les tribunaux à sanctionner la création même de la fiducie¹² ou, plus justement, les actes posés par des fiduciaires dans lesquels le fiduciaire « indépendant » demeure le grand absent¹³ ou que son désintéressement demeure bien incertain.

En ce qui concerne la constitution de la fiducie, la Cour d'appel en *obiter* sur l'impossibilité de la création *ab initio* :

18 En l'instance, la Cour est d'avis qu'une prolongation de délai ne serait d'aucune utilité puisque l'appel est voué à l'échec. En effet, la transaction attaquée, survenue en décembre 2005, n'est d'aucun effet juridique puisque aucun acte constitutif de fiducie n'a été produit. De plus, si une fiducie avait été valablement constituée, il aurait fallu avoir au moins deux fiduciaires puisque le constituant, en l'instance l'appelant, ne peut agir seul (art. 1275 C.c.Q.). La conclusion du premier juge qu'il n'y a pas eu constitution d'une fiducie apparaît donc bien fondée.¹⁴ (Nos soulignements)

Nous soutenons qu'il existe toutefois une distinction fondamentale sur l'effet de la disposition de l'article [1275 C.c.Q.](#) sur la création ou la naissance de la fiducie¹⁵ et les actes d'administration des fiduciaires en l'absence de fiduciaire indépendant.

¹⁰ *Ibid.*, p. 416 (références omises).

¹¹ *Montréal (Ville de) c. St-Pierre (Succession de)*, [EYB 2008-151581 \(C.A.\)](#), par. 33.

¹² *Mathieu c. Tardif*, [REJB 1997-03204 \(C.Q.\)](#), par. 16. Il s'agit toutefois d'une décision minoritaire, la jurisprudence subséquente s'attardant aux actes d'administration et d'absence de fiduciaire indépendant plutôt qu'à l'acte constitutif.

¹³ *Brassard c. Brassard*, [EYB 2009-158543 \(C.A.\)](#) ; *Canada c. Lapointe*, [EYB 2011-198572](#), ce dossier portant sur une requête en rétractation d'un jugement ayant avalisé une nomination rétroactive. Ce jugement porte principalement sur l'intérêt des autorités fiscales à intervenir lors de la présentation d'une requête en rectification de document. À titre général en matière de rectification : *Services environnementaux AES inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2011 CarswellQue 1079 (C.A.), [EYB 2011-187240](#) (en appel).

¹⁴ *Davidson c. Groupe Thibault Van Houtte et Associés ltée*, [EYB 2007-120186](#), par. 18.

À cet égard, la doctrine majoritaire confirme que la fiducie naît malgré l'absence du fiduciaire indépendant :

La fiducie qui ne respecte pas l'exigence de l'article [1275 C.c.Q.](#) pourrait donc être valablement constituée (dès l'acceptation du fiduciaire qui est aussi constituant ou bénéficiaire). Si l'acte ne permet pas de remédier à la situation de la fiducie, il faudrait alors demander au tribunal de désigner un cofiduciaire qui n'est lui-même ni constituant ni bénéficiaire de celle-ci.¹⁶

Nous épousons cette thèse principalement avec l'éclairage apporté par l'article [1277 C.c.Q.](#) qui prévoit que le tribunal peut nommer un fiduciaire lorsque le constituant a omis d'en nommer. Cette possibilité valide la création d'une fiducie en l'absence du fiduciaire indépendant.

Le caractère sévère de la nullité attachée à la violation de l'article [1275](#) semble inspiré de l'absence de mécanisme de ratification des actes d'administration dans le chapitre sur les fiducies. La violation de cette règle cardinale ne saurait être susceptible de ratification puisqu'il s'agit d'une règle de fond¹⁷ et que les principes de droit corporatif sur la ratification ne peuvent se transposer dans la mécanique fiduciaire¹⁸.

Nous croyons qu'une recherche du but de l'article [1275 C.c.Q.](#) et des principes civilistes pourrait amener une dimension nouvelle sur la sanction de la nullité eu égard aux intérêts protégés.

B. L'indépendance et la nullité sanctionnée : recherche de l'intérêt

1) But recherché

À notre connaissance, aucune décision ne mentionne que [1275 C.c.Q.](#) concerne une question d'ordre public de *direction* ou de *protection*. La jurisprudence se borne à qualifier la disposition d'ordre public sans possibilité de ratification. Le recours et la transposition du droit corporatif nous semblent inappropriés pour les motifs suivants.

En présence d'ordre public, il nous apparaît fort à propos de rechercher quel est l'intérêt protégé par la disposition. L'insertion de la présence obligatoire du fiduciaire « indépendant » vise certains buts poursuivis par le législateur :

L'article ne retient pas la possibilité que le constituant ou le bénéficiaire puisse agir comme

15. Certains auteurs posent le constat que la jurisprudence récente, notamment *Financière Transamerica* milite pour statuer que la fiducie est nulle *ab initio* : le tribunal cite les arrêts *Brassard*, *Levasseur* et *Davidson* qui tous viennent confirmer la nécessité du fiduciaire indépendant comme condition d'existence de validité de constitution de la fiducie et par le fait même de validité du contrat signé. Le contrat signé dans ces conditions est entaché d'une nullité absolue. Il n'y a donc jamais eu formation du contrat et ce dernier n'a jamais existé, car il est juridiquement impossible selon le juge, lequel s'appuie sur les auteurs Baudouin et Jobin. Cette décision a été commentée par Elizabeth C. LAMARRE, « Commentaire sur la décision *Financière Transcapitale inc. c. Fiducie succession Jean-Marc Allaire* – L'importance du fiduciaire indépendant et l'article 1275 C.c.Q. », dans *Repères*, février 2013, *La référence Droit civil*, [EYB2013REP1309](#).

16. Sylvie LEMAY, « Commentaire sur l'article 1275 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, décembre 2005, *La référence Droit civil*, [EYB2005DCQ894](#). Au même effet, voir J. BEAULNE, *op. cit.*, note 7, p. 188 et 189 ; John B. CLAXTON, « Langage du droit de la fiducie », (2002) 62 *R. du B.* 272, [EYB2002RDB64](#), par. 25.

17. André J. BARETTE, « Problèmes courants en matière d'administration fiduciaire : le cas des fiducies testamentaires », dans *Fiducies personnelles et successions (2003)*, Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 186, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, [EYB2003DEV337](#).

18. Notamment en matière de contrat préconstitutif prévu par l'article [14](#) de la *Loi sur les sociétés par actions*, RLRQ, c. S-31.1 et plus généralement sur le concept de ratification d'un acte d'un administrateur ayant excédé son autorité : Paul MARTEL, *La société par actions au Québec : aspects juridiques*, Éditions Wilson & Lafleur, 2013, p. 23-124 et s.

fiduciaire unique car, même si, dans nombre de cas, un constituant ou un bénéficiaire peut désigner un fiduciaire conciliant envers ses propres besoins, lui permettre d'agir seul favoriserait une division purement artificielle du patrimoine et fournirait un moyen aisé d'éviter le paiement de certaines obligations.

L'article [1275](#) permet au constituant de participer au fonctionnement de la fiducie à laquelle il a donné l'élan premier, et au bénéficiaire d'exercer un certain droit de regard dans la prise de décisions qui le concernent, tout en assurant à la gestion fiduciaire un minimum d'objectivité.¹⁹ (Nos soulignements)

Les commentaires du ministre demeurent peu révélateurs quant au type *d'obligations* que l'on vise à éviter. La doctrine sous-entend que la norme du fiduciaire indépendant vise à assurer le respect des règles découlant de l'obligation générale de loyauté (dont celles visant à éviter les conflits d'intérêts et à agir avec impartialité), applicables à tout administrateur du bien d'autrui²⁰ ou à tout le moins une administration objective²¹ et transparente²² du patrimoine fiduciaire. Le but primaire recherché par le législateur, dans la disposition d'ordre public nous semble tendre à éviter les conflits d'intérêts²³, autant potentiels que réels, de l'administrateur du bien d'autrui, en l'occurrence le fiduciaire intéressé.

Nous adoptons sans difficulté la position préconisée selon laquelle il s'agit d'une règle d'ordre public promulguée pour s'assurer d'une gestion objective du patrimoine fiduciaire. À la lecture de la jurisprudence, le courant majoritaire révèle à plusieurs reprises que ce fiduciaire « indépendant » assure la représentation objective des bénéficiaires qui ne cumulent pas la fonction fiduciaire.

Un tempérament mentionne toutefois que le degré d'indépendance du fiduciaire ne saurait être total et absolu et une relation de confiance mutuelle de longue date n'empêche pas le fiduciaire d'être « indépendant »²⁴. La tendance se dégageant de ces décisions est principalement de protéger les bénéficiaires de la fiducie et l'objectivité de la gestion fiduciaire.

Les créanciers de la prohibition de l'article [1275 C.c.Q.](#) nous semblent être limités aux bénéficiaires, actuels ou potentiels, de la fiducie. Or, la sanction de la nullité, la limitation à la ratification et l'intérêt pour soulever la transgression semblent dépasser les limites des acteurs de la fiducie dans l'interprétation actuelle.

2. Piste sur la nullité, l'intérêt et les remèdes possibles

La vigueur de la disposition prohibitive de l'article [1275 C.c.Q.](#) dans l'intérêt des bénéficiaires nous semble tout à fait justifiée pour permettre une gestion objective, autonome et transparente. Cependant,

19. Commentaire du ministre de la Justice sur l'article [1275 C.c.Q.](#), *La référence Droit civil*, [EYB1993CM1276](#).

20. Sylvie LEMAY, « Commentaire sur l'article 1275 C.c.Q. », dans *Commentaires sur le Code civil du Québec (DCQ)*, décembre 2005, [EYB2005DCQ894](#).

21. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 7, p. 188.

22. Louis JEANNOTTE et Simon D'AOUST, « La fiducie de protection du capital, de sa mise en place à sa liquidation », dans *Cours de perfectionnement du notariat*, Chambre des notaires du Québec, 2005, *La référence Droit civil*, [EYB2005CPN20](#), par. 3.6.1.

23. André J. BARETTE, « Problèmes courants en matière d'administration successorale et fiduciaire », dans *Fiducies personnelles et successions*, Formation permanente du Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, [EYB2005DEV792](#), où l'auteur cite l'affaire *Spicer* et le conflit d'intérêts potentiel pour justifier la sanction de l'article [1275 C.c.Q.](#)

24. *Levasseur c. 9095-9206 Québec inc.*, [EYB 2012-200738 \(C.A.\)](#) : un comptable connu depuis 12 ans par le bénéficiaire unique et jouant un rôle effacé peut respecter l'esprit de l'article [1275 C.c.Q.](#)

il nous apparaît malheureux que cette disposition puisse être potentiellement soulevée par des tiers²⁵ de la fiducie, qui ne subissent aucun préjudice sur la seule violation de cette disposition.

C. Les intérêts protégés et l'ordre public en cause

L'ordre public invoqué nous semble être un ordre public de *protection*. La protection du bénéficiaire constitue la pierre angulaire de la disposition. En ce sens, les bénéficiaires ont l'intérêt requis pour soulever la nullité ou la transgression de la règle de l'article [1275 C.c.Q.](#)

L'objectif nous semble *a priori* de protéger la relation tripartite de la fiducie et l'intégrité de son administration entre les administrateurs du bien d'autrui et les bénéficiaires de cette administration. En ce sens, nous y décelons une disposition, bien entendu d'ordre public, mais de protection interne dans le contrat de fiducie entre les différents acteurs et leurs rapports entre eux²⁶.

Il nous semble que la protection de l'article [1275 C.c.Q.](#) se limite aux bénéficiaires qui ont principalement l'intérêt requis pour soulever la nullité de l'acte²⁷. Nous croyons que la nullité *relative* peut se défendre plutôt que la nullité *absolue*, considérant les intérêts particuliers protégés²⁸ ou l'absence de mention expresse de la nullité attachée à la transgression de la prohibition.

Les auspices de l'article [1275 C.c.Q.](#) rappellent des dispositions similaires à l'ordre public de *protection*, soit la protection de l'intérêt particulier des bénéficiaires. Tel que mentionné, cette disposition s'intéresse à éviter les conflits d'intérêts par un fiduciaire qui contrôlerait la gestion du patrimoine d'affectation à son avantage ou au détriment de certains bénéficiaires.

Il est maintenant acquis que l'ordre public de *protection* amène une nullité relative et conséquemment qu'il est susceptible de confirmation²⁹ :

Le Code civil du Québec diffère du Code civil du Bas Canada en ce qu'il codifie une tendance jurisprudentielle qui avait commencé, sous l'ancien droit, à distinguer l'ordre public de protection et l'ordre de direction. Aux termes des articles [1417](#) et [1419 C.c.Q.](#), la nullité du contrat est absolue si la « condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection de l'intérêt général » alors qu'elle est relative dans les cas où « la condition de formation qu'elle sanctionne s'impose pour la protection d'intérêts particuliers.³⁰

La solution à la nullité et à la ratification potentielle ne trouve pas sa source dans les arcanes du droit corporatif, mais sous l'égide législative du droit civil. Il nous apparaît que la conclusion rapide, exécutoire et tranchante des tribunaux dans les décisions récentes justifie un regard nouveau sur la sanction de l'article [1275 C.c.Q.](#)

La question centrale à déterminer, en amont, serait de qualifier l'ordre public et les intérêts protégés par

25. Nous posons le constat que les tiers sont des personnes autres que le constituant, le fiduciaire ou les bénéficiaires.

26. La fiducie constituée par contrat ou donation et son fonctionnement demeurent soumis aux règles générales de l'interprétation des contrats et des principes de droit civil.

27. À la lecture des enseignements et de la doctrine, il nous apparaît qu'en présence d'un ordre public de protection, la sanction demeure la nullité relative.

28. Et en toute déférence, il apparaît que l'arrêt récent *Financière Transcapitale inc.*, précité, note 8, et la jurisprudence antérieure sur le même point n'aient pas décidé de la question de l'ordre public de *direction* ou de *protection*.

29. Voir notamment, à titre illustratif, l'article [1420 C.c.Q.](#)

30. Christine GAGNON, *La copropriété divise*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, p. 95, [EYB2007COD7](#).

la disposition de l'article 1275 C.c.Q. Si l'ordre public de *direction* vient à s'imposer, la nullité absolue en toute circonstance serait la règle et le débat clos.

Toutefois, nous sommes d'avis, pour les motifs précédents, que la prohibition attachée à la disposition couvre des intérêts particuliers et identifiables dans la relation interne de la fiducie. La lecture de la doctrine et des décisions récentes met en relief la protection contre le conflit d'intérêts et l'assurance d'une gestion objective du patrimoine par les fiduciaires.

Ceci nous pousse à suggérer que l'ordre public en cause constitue un ordre public de *protection*. Comme nous l'avons constaté, cette qualification d'ordre public conduirait à une nullité relative des actes posés par les fiduciaires en violation de l'article 1275 C.c.Q. susceptibles de confirmation par les mécanismes civils propres à l'institution.

CONCLUSION

À titre de proposition, les bénéficiaires pourraient, une fois que la transgression est née et effective, renoncer à la protection offerte par la disposition d'ordre public de *protection* de façon expresse et en connaissance de cause³¹, sans provoquer d'immixtion de leur part dans l'instrument fiduciaire. Cette solution ne diminue aucunement la protection offerte par la présence du fiduciaire indépendant et requiert uniquement le recours aux principes civilistes de sanction des nullités pour l'ordre public sous-jacent.

Il serait alors possible de ratifier les actes passés, même sans aucun préjudice, en violation, intentionnelle ou par inadvertance, de l'article 1275 C.c.Q. Il est à souhaiter que les tribunaux examinent cette question sous cet angle sans limiter la protection offerte par *Spicer* et l'article 1275 C.c.Q.

31. *Garcia Transport Ltée c. Cie Royal Trust*, [1992] 2 R.C.S. 499, EYB 1992-67804.