



# Initiation aux fiducies de protection de patrimoine

par Claude Drapeau, notaire et planificateur financier



Nous traitons, depuis quelques publications, des outils de protection du patrimoine. Certains biens jouissent d'une protection législative automatique alors que d'autres biens peuvent être protégés, en cas de revers de fortune (faillite, saisie), en utilisant des stratégies de protection liées au patrimoine familial, aux régimes matrimoniaux ou aux fiducies de protection d'actifs.

Cette chronique traitera des stratégies de protection pour les biens qui ne jouissent pas de la protection législative automatique et pour les biens qui ne peuvent pas être protégés en utilisant le régime matrimonial et/ou le patrimoine familial pour l'un ou l'autre —non limitativement— des motifs suivants :

- Le client et le conjoint du client désirant protéger leur patrimoine sont mariés en séparation de biens et ont renoncé au partage du patrimoine familial;
- Le client et le conjoint du client désirant protéger leur patrimoine ont tous les deux des risques personnels, commerciaux ou professionnels importants;
- Le client désirant protéger une résidence de prestige et/ou à vocation familiale a plus d'intérêts dans le bien que dans la créance résultant de l'éventuel partage du patrimoine familial;
- Le client désirant protéger son patrimoine n'est pas marié;
- Etc.

## LES SOURCES DE LA PROTECTION DU PATRIMOINE

L'article 2645 du *Code civil du Québec* stipule que «*Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement 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 permise par la loi*». Puisque le législateur considère la fiducie comme un patrimoine d'affectation, autonome et distinct de celui du fiduciaire et du (des) bénéficiaire(s) et sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel, il faut conclure que les biens valablement détenus en fiducie ne répondent pas des dettes du (des) bénéficiaire(s) de la fiducie concernée.

## FIDUCIES DE PROTECTION D'ACTIFS

La fiducie de protection d'actifs est une fiducie généralement créée dans le but de recevoir et de détenir certains biens (*résidence principale, résidence secondaire, placements, etc.*) afin de les protéger en cas de revers de fortune. Bien que la fiducie de protection d'actifs ne puisse garantir, à elle seule, une totale insaisissabilité des biens détenus en fiducie, une telle fiducie constituera une ceinture de sécurité appréciable protégeant les biens détenus en fiducie en cas d'accident financier.

La fiducie de protection d'actifs n'est pas expressément définie au *Code civil du Québec*.

En fait, l'article 1260 du *Code civil du Québec* définit la fiducie, de façon générale, en donnant les éléments essentiels à sa constitution. Il appartient aux notaires de rédiger les conventions de fiducies appropriées pour les fins recherchées. On ne saurait utiliser un «*modèle*» s'appliquant à toutes les planifications et à tous les clients.

Un acte notarié constatera un premier transfert (don) de bien par un constituant, créant ainsi un patrimoine d'affectation (*fiducie*) au profit du (des) bénéficiaire(s) identifié(s) à la convention de fiducie et sur lequel le(s) fiduciaire(s) aura(ont) la maîtrise et l'administration exclusive. Par la suite, le constituant et/ou des tierces personnes, le cas échéant, pourront transférer d'autres biens au patrimoine fiduciaire ainsi créé et pour lesquels une protection d'actif est recherchée.

## LES DEUX PRINCIPAUX TYPES DE FIDUCIES DE PROTECTION D'ACTIFS

La fiducie de protection d'actif pourra être constituée au profit d'un seul bénéficiaire (fiducie pour soi-même) ou de plusieurs bénéficiaires (fiducie familiale). L'usage d'une fiducie pour soi-même ou d'une fiducie familiale n'offrira pas le même degré de protection.

L'acte de don notarié constituant une fiducie de protection d'actifs au profit de plusieurs bénéficiaires prévoira généralement que la participation de chaque bénéficiaire sera déterminée, au moment opportun, par les fiduciaires. Telles participations pourront donc être établies, pour chaque bénéficiaire, dans une proportion variant de 0 % à 100 %. Ainsi, sous réserve des dispositions de la convention de fiducie, les biens formant le patrimoine fiduciaire pourraient être attribués à un seul ou à plusieurs bénéficiaires au moment où les fiduciaires le jugeront opportun. Ces fiducies sont connues sous le nom de fiducies familiales discrétionnaires.

L'acte de don notarié constituant une fiducie de protection d'actifs au profit d'un seul bénéficiaire établira que le bénéficiaire possède 100 % des participations de la fiducie concernée.

Il faut comprendre qu'une participation dans une fiducie discrétionnaire, dont la valeur économique peut fluctuer entre 0 % et 100 %, n'a pas une valeur commerciale très attrayante pour un syndic ou pour un créancier. La participation d'un bénéficiaire qui détient 100 % des participations (*fiducie pour soi-même*) aura une valeur plus intéressante.

Prenons, par exemple, le cas d'une fiducie qui détiendrait une luxueuse résidence au Lac Memphrémagog d'une valeur de 1 000 000 \$. Si la résidence concernée est détenue dans une fiducie familiale discrétionnaire (*au profit de notre client, de sa conjointe et de ses enfants*), que la fiducie est adéquatement

rédigée et que l'acte de transfert de la résidence ne peut être attaqué en vertu des lois provinciales et fédérales, un syndic aurait peut-être pu saisir la participation de notre client puisqu'il ne pourra raisonnablement monnayer cette participation; alors sa valeur est de 0 % à 100 % de 1 000 000 \$ selon la totale discrétion des fiduciaires concernés. Si un acheteur s'avisait de payer ne serait-ce que 1 \$ pour acheter telle participation, il est fort à parier que les fiduciaires n'attribueraient aucun capital de la fiducie à tel acquéreur et que cet acheteur n'aurait pas acheté l'aubaine du siècle.

Si la fiducie concernée est une fiducie pour soi-même, la valeur économique de la participation de notre client sera beaucoup plus intéressante. Reprenons le même exemple, alors que notre client a transféré sa résidence de 1 000 000 \$ dans une fiducie pour soi-même. Si le transfert de la résidence au patrimoine a été valablement fait, il en résultera que :

L'acte de transfert de la résidence ne pourra être attaqué en vertu des lois provinciales et fédérales.

La résidence ne pourra pas être saisie pour les dettes de notre client.

La participation de notre client dans une fiducie où il détiendrait 100 % des participations pourrait éventuellement être saisie par un créancier en cas d'échec, entre autres, de la protection inhérente au fait que sa participation est réputée être incessible et insaisissable et au fait que sa participation est réputée être un droit personnel inaliénable. L'article 639 du *Code de procédure civile* prévoit «*Si l'obligation du tiers-saisi est à terme, le greffier lui ordonne de payer à l'échéance, suivant les dispositions de l'article 637 ou de l'article 638, selon le cas. Si elle est soumise à une condition ou à l'accomplissement par le saisi de quelque obligation, le greffier, sur demande du saisissant, peut déclarer la saisie-arrêt tenante jusqu'à l'avènement de la condition ou l'accomplissement de l'obligation*».

Les créanciers et leurs avocats étant généralement assez imaginatifs pour identifier des ouvertures dans la protection recherchée, la rédaction de la convention de fiducie revêtira alors une importance capitale afin de colmater le maximum de brèches pouvant mener à la saisie des droits des bénéficiaires et à la possibilité qu'un créancier ou un syndic ne s'imisce dans l'administration de la fiducie. Nous y reviendrons dans une prochaine chronique.

## FIDUCIE FAMILIALE OU FIDUCIE POUR SOI-MÊME?

Il apparaît généralement plus intéressant que les biens à protéger soient détenus par l'intermédiaire d'une fiducie familiale plutôt que par une fiducie pour soi-même. Nos clients

seront enclins à nous demander pourquoi ne pas toujours utiliser les fiducies familiales?

Il faut savoir que tout transfert de biens à une fiducie est, en principe, réputé être une disposition au sens des lois fiscales sauf pour les exceptions prévues à la loi. Au moment de la disposition fiscale d'un bien, les impôts afférents au gain en capital et à la récupération de la dépréciation, s'il en est, devront être acquittés. Sauf exception, nos clients ne seront généralement pas enclins à acquitter des impôts immédiats afin de profiter de la protection de leurs actifs.

Tout transfert de biens à une fiducie familiale destinée à la protection des actifs constituera une disposition fiscale, la loi ne prévoyant pas de dispositions d'exceptions. Le transfert de la résidence principale, de liquidités, ou de biens sans gain latent pourra être fait sans incidences fiscales à une fiducie familiale ou à une fiducie pour soi-même. Si un tel transfert est fait dans une planification de protection d'actifs, le notaire avisé privilégiera la familiale puisque telle fiducie offre une protection plus importante sans pour autant entraîner d'impôts immédiats.

Si les biens à protéger sont des actions d'une compagnie de gestion, une résidence secondaire ou d'autres biens comportant un impôt latent important, le transfert de tels biens à une fiducie familiale déclenchera une disposition fiscale de tels biens. À tout principe, il existe bien sûr des exceptions. Les lois fiscales contiennent des dispositions («*transferts admissibles*») d'exceptions pour transférer de tels biens à une fiducie pour soi-même par «*roulement fiscal*». C'est ainsi qu'un même client pourra avoir recours à une fiducie familiale pour la protection de certains actifs et à une fiducie pour soi-même en vue de la protection d'autres actifs. Nous y reviendrons lors de la prochaine chronique.

Les fiducies constituent des outils performants dans la protection du patrimoine. Les tribunaux ont depuis longtemps (*Kingsdale Securities Co Ltd v. MNR 1974 DTC 6689*) statué que les fiducies de protection d'actif étaient non seulement légales mais recommandables pour la protection de la famille. Encore faut-il les concevoir de façon appropriée, procéder à des transferts de biens dans un contexte de solvabilité et que les clients ne se comportent pas comme s'ils étaient encore propriétaires des biens transférés en fiducie... Il faut se rappeler que la règle est que tout est saisissable et que l'insaisissabilité est l'exception...