



La protection de la résidence principale (1)

EN FRANCE, LA LOI POUR L'INITIATIVE ÉCONOMIQUE (LOI N° 2003-721 - 1^{ER} AOÛT 2003) PERMET¹ À UN ENTREPRENEUR INDIVIDUEL² DE FAIRE DÉCLARER INSAISSISSABLE SA RÉSIDENCE PRINCIPALE. UN ENTREPRENEUR INDIVIDUEL PEUT PROTÉGER SON HABITATION PRINCIPALE CONTRE D'ÉVENTUELLES POURSUITES PAR SES CRÉANCIERS EN FAISANT UNE DÉCLARATION PRÉALABLE D'INSAISSISSABILITÉ DEVANT NOTAIRE ET EN PROCÉDANT AUX PUBLICATIONS REQUISES.



LE QUÉBEC N'OFFRE PAS DE PROTECTION LÉGISLATIVE AUTOMATIQUE DE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE, SAUF POUR LES POURSUITES RÉSULTANT DES CRÉANCES INFÉRIEURES À 10 000 \$³. EN CAS DE FAILLITE, LA RÉSIDENCE PRINCIPALE EST UN BIEN FAISANT PARTIE DE L'ACTIF⁴ DE LA FAILLITE. LE CLIENT DÉSIRANT PROTÉGER SA RÉSIDENCE PRINCIPALE PROCÉDERA DONC AU TRANSFERT DE SA RÉSIDENCE À UN « TIERS » QUI N'EST PAS SUSCEPTIBLE D'ÊTRE POURSUIVI POUR DES RAISONS CONTRACTUELLES, LÉGALES OU DÉLICTEUSES.

par Claude Drapeau, notaire et planificateur financier

Il existe deux principaux outils permettant à nos clients de protéger leur résidence en cas de poursuite d'un créancier ou de faillite :

- Protection en vertu des règles relatives aux patrimoines d'affectation ;
- Protection en vertu du régime matrimonial et/ou du patrimoine familial.

PROTECTION EN VERTU DES RÈGLES RELATIVES AUX PATRIMOINES D'AFFECTION

L'article 2645 du *Code civil du Québec* stipule que les biens qui sont l'objet d'une division de patrimoine ne font pas partie du gage commun des créanciers. La division de patrimoine prévue à l'article 2645 du *Code civil du Québec* est, entre autres, celle que procure les fiducies prévues aux articles 1260 et suivants du *Code civil du Québec*. Dans un tel contexte de protection, le travail du notaire consiste à conseiller les clients sur une quadruple protection :

1. **Protection de la résidence elle-même** : Le transfert de la résidence principale à une fiducie familiale discrétionnaire offre une protection intéressante aux clients concernés par la protection de leur capital. Lorsque réalisée dans des circonstances ne donnant pas ouverture aux recours par un créancier ou par un syndic, la saisie de la résidence devient difficilement réalisable dans un tel contexte.

La protection recherchée peut alors être obtenue, car la résidence ne pourra être saisie ni faire partie de l'actif de la faillite du client concerné.

2. **Protection des participations détenues par les bénéficiaires dans la fiducie de protection** : Le client qui transfère sa résidence dans une fiducie de protection détient, la plupart du temps, des droits de bénéficiaire discrétionnaires dans la fiducie concernée. Des membres de sa famille se voient généralement octroyer, par le constituant, des participations discrétionnaires dans la fiducie.

Si le client concerné subit un revers de fortune, son créancier ou le syndic désirera — *si le contexte lui paraît favorable* — exercer ses recours et/ou ses droits contre les participations des bénéficiaires de la fiducie. La convention de fiducie de protection peut stipuler que les participations des bénéficiaires qui sont acquises à titre gratuit

sont insaisissables et inaliénables. Tels droits d'insaisissabilité et d'inaliénabilité doivent être valablement publiés.

Il faut savoir que chaque bénéficiaire d'une fiducie familiale discrétionnaire détient généralement une participation dont le pourcentage n'est pas fixé dans la convention de fiducie. La participation de chaque bénéficiaire varie donc entre 0 % et 100 % de l'ensemble des participations dans la fiducie. Dans un contexte de fiducie de protection de capital, les fiduciaires ont généralement le pouvoir d'attribuer le capital (*résidence détenue par le patrimoine d'affectation*) selon leur totale discrétion. La saisie d'une telle participation discrétionnaire, même dans un contexte où les participations sont saisissables, offre peu d'attrait à un éventuel acquéreur de la participation concernée. Il est fort à parier que les fiduciaires n'attribueraient aucune valeur à une participation ayant fait l'objet d'un recours d'un créancier ou du syndic.

Dans un contexte « pratico-pratique » de détention d'une résidence par une fiducie familiale discrétionnaire, certains praticiens ne jugent pas essentiel de prévoir l'insaisissabilité et l'inaliénabilité des participations discrétionnaires du client concerné. La protection recherchée est quand même obtenue malgré la saisie des participations du bénéficiaire concerné, l'éventuel acquéreur — *s'il en est* — de telles participations ne lui conférant pas le droit d'occuper la résidence ni de forcer la vente de la résidence ni d'obtenir des droits dans la résidence principale détenue par la fiducie. La résidence pourra être valablement vendue, au besoin, par les fiduciaires ou être attribuée à un bénéficiaire solvable qui procédera à la vente de telle résidence.

3. **Protection contre l'ingérence d'un créancier ou d'un syndic dans l'administration de la fiducie** : Un créancier, qui obtient la saisie des actions d'une corporation, peut se faire nommer comme seul administrateur de la compagnie s'il obtient ainsi plus de 50 % des droits de vote. Cet administrateur peut ensuite liquider les biens détenus par la compagnie en paiement de sa créance. Un créancier ou un syndic peut-il s'immiscer dans l'administration de la fiducie et ainsi forcer la vente de la résidence détenue par la fiducie ?

4. En vertu de l'article 1276 du *Code civil du Québec*, la convention de fiducie peut nommer les fiduciaires ou

pourvoir à leur mode de nomination et de remplacement. Les fiduciaires initiaux sont généralement nommés par le constituant. Rappelons que les fonctions de l'administrateur du bien d'autrui prennent fin, entre autres, par sa faillite⁵ et que le syndic ne devient pas, pour autant, un fiduciaire de la fiducie concernée.

Il convient donc de s'assurer que la convention de fiducie ne permet pas à un bénéficiaire, dont la participation est saisie ou fait partie de l'actif de la faillite, de désigner le fiduciaire qui le remplacera advenant son inéligibilité. Telle prudence consiste à ne pas donner des munitions à un créancier ou à un syndic qui chercherait à nommer des fiduciaires attentifs à ses besoins en invoquant des dispositions de la convention de fiducie qui permettent une certaine ouverture en ce sens. La protection recherchée risque de devenir alors inefficace.

5. **Protection de la résidence advenant son attribution à un bénéficiaire** : Pour des raisons de stratégie concernant l'utilisation de l'exemption pour résidence principale, il peut être intéressant d'attribuer la résidence à l'un des bénéficiaires qui procédera à la vente de la résidence à un tiers. La convention de fiducie peut prévoir des stipulations d'insaisissabilité lors de l'éventuelle remise de la résidence à un bénéficiaire. Nous référons le lecteur à un intéressant texte de Louis Jeannotte et de Simon D'Aoust publié dans le cadre des cours de perfectionnement de la Chambre des notaires en octobre 2005⁶.

PROTECTION EN VERTU DU RÉGIME MATRIMONIAL ET/OU DU PATRIMOINE FAMILIAL

Il peut également être envisagé de transférer la résidence principale de la famille au conjoint qui a peu ou pas d'engagements contractuels ou légaux et qui, sur le plan de la responsabilité civile est d'une prudence exemplaire. Puisque la responsabilité civile de la plupart de nos clients est adéquatement couverte par une assurance habitation « tous risques », la détention par ce conjoint — *sous réserve des commentaires ci-après* — peut représenter une alternative intéressante à la détention de la résidence par une fiducie de protection de capital.

Les conjoints mariés pourront tirer profit, en matière de protection de la résidence principale, du droit applicable au patrimoine familial s'ils n'y ont pas renoncé. Un créancier ou un syndic n'a donc aucun droit sur la résidence détenue par le conjoint non à risque pour des problèmes financiers de l'autre conjoint. En cas de rupture du mariage, puisque la valeur du



Le bon produit pour le bon client

DEPUIS LE DÉBUT DES ANNÉES 2000, LES SOCIÉTÉS DE COURTAGE EN VALEURS MOBILIÈRES, LES COMPAGNIES DE FONDS D'INVESTISSEMENT ET LES ASSUREURS ONT RIVALISÉ D'IMAGINATION POUR SÉDUIRE L'INVESTISSEUR. TOUTE UNE PANOPLIE DE SOLUTIONS DE PLACEMENT ONT ÉTÉ CRÉÉES. CERTAINES SONT NOVATRICES ET FORTS INTÉRESSANTES. D'AUTRES, PAR CONTRE, EXISTENT DEPUIS FORT LONGTEMPS MÊME SI LEUR EMBALLAGE A SUBI QUELQUES MODIFICATIONS COSMÉTIQUES RÉCEMMENT.



par Denis Lapointe, notaire, FICVM (Fellow) planificateur financier

PAS POUR TOUS

On peut certainement affirmer que plus l'investisseur dispose de capitaux, plus il a accès à des solutions élaborées et à un traitement privilégié.

D'abord, le petit épargnant a vu le nombre de fonds d'investissement croître à un rythme effarant. Un dernier décompte fait état de plus de 5 000 fonds divers offerts au Canada. Décidément, c'est la manière la plus efficace et la plus accessible d'investir de petites sommes d'argent dans les marchés boursiers; cette solution exerce un attrait certain pour les portefeuilles de moins de 25 000 \$.

Deuxièmement, on a vu apparaître des fonds axés sur une date de retraite. Ces derniers offrent une répartition d'actifs cible continue et optimale qui s'adapte à la date de retraite anticipée. Ces fonds, de même que tous les fonds de fonds, visent à cibler particulièrement la clientèle intermédiaire, celle qui dispose de 10 000 \$ à 100 000 \$ à investir.

Au-delà de ce seuil, d'autres choix s'offrent à l'épargnant. D'abord, il peut s'intéresser

particulièrement aux titres individuels et opter pour un portefeuille composé d'une dizaine de titres boursiers et de quelques obligations ou certificats de placement garanti. Il peut également privilégier la solution des fonds communs de placement, mais on lui offrira certainement la possibilité d'investir ses épargnes dans un programme de fonds d'investissement qui bénéficie d'un service de répartition d'actifs et de rééquilibrage de ces derniers de manière automatique afin d'assurer un meilleur contrôle du niveau de risque et de la volatilité du portefeuille.

Un des principaux attraits de ces programmes réside dans le fait que l'investisseur dispose généralement de rapports plus complets et d'un meilleur suivi de la performance du portefeuille.

SOLUTIONS POUR MIEUX NANTIS

Les conseillers en services financiers constatent bien souvent que leurs clients mieux nantis se font plus exigeants et requièrent des solutions personnalisées et sophistiquées. Ils souhaitent pouvoir disposer de services un

peu similaires à ceux des caisses de retraite. En fait, ils sont attirés par des solutions de placement qui font appel à des techniques éprouvées de contrôle du risque et qui permettent surtout l'atteinte d'objectifs financiers avec un niveau de probabilité assez élevé. Ils seront donc davantage sensibles au monitoring du rendement effectif du portefeuille et chercheront bien souvent à réduire leurs frais de gestion ou tout au moins à les rendre déductibles sur le plan fiscal.

Rien d'étonnant alors que plusieurs de ces clients souhaitent migrer, lorsque leur portefeuille excède ce seuil, vers les comptes gérés séparément. Ces derniers sont généralement composés de titres individuels sélectionnés de manière discrétionnaire par des gestionnaires de portefeuille en fonction des besoins spécifiques du client concerné. On leur reconnaît le mérite de pouvoir offrir des avantages fiscaux et des coûts généralement réduits par rapport aux fonds communs de placement. Bien entendu, l'évaluation du rendement est faite de manière méthodique et on s'assurera bien

souvent de comparer les résultats du portefeuille à ceux des principaux indices de marché de manière à évaluer la capacité des gestionnaires à produire une plus-value.

POUR LES MILLIONNAIRES

Enfin, les personnes qui disposent d'actifs investissables excédant un million pourront regarder de plus près la gestion privée qui permet bien souvent une réduction additionnelle des coûts de gestion en parallèle avec des rendements parfois supérieurs.

Bref, les solutions en matière de placements sont fort variées et se font plus nombreuses pour les mieux nantis. Il relève des fonctions du conseiller en placement de repérer le moment exact où un client est prêt à passer à l'étape suivante. S'il ne le fait pas, il y a de fortes chances qu'un concurrent, mis en contact avec le client, puisse s'en charger et offrir à l'investisseur le service professionnel auquel il est en droit de s'attendre selon ses ressources. ⚖️

patrimoine familial doit être partagée entre les conjoints, la protection du patrimoine n'est pas incompatible avec l'égalité économique recherchée.

Si la résidence principale est un bien acquêt détenu par un conjoint marié en société d'acquêts, telle résidence est valablement protégée en cas de revers de fortune de l'autre conjoint même si les conjoints ont renoncé aux règles du partage du patrimoine familial. Rappelons que les acquêts d'un conjoint sont le gage commun de ses propres dettes et ne répondent pas des dettes de son conjoint⁷. Ainsi, en cas de revers de fortune d'un conjoint, la résidence est valablement protégée lorsqu'elle est détenue par le conjoint non à risque et marié en société d'acquêts. En cas de rupture du mariage, puisque la valeur des acquêts doit être partagée entre les conjoints, la protection du patrimoine n'est pas incompatible avec l'égalité économique recherchée.

ÉLÉMENTS JUSTIFIANT LA PROTECTION PAR UNE FIDUCIE OU PAR LES RÈGLES INHÉRENTES À LA SOCIÉTÉ D'ACQUÊTS OU AU PATRIMOINE FAMILIAL

Bien que les outils de protection soient non exhaustifs, il faut conseiller nos clients sur les motifs qui justifient l'usage de l'un ou l'autre. La protection par une fiducie est privilégiée si le client a plus d'intérêt dans la résidence elle-même que dans la créance résultant du partage du régime matrimonial ou du patrimoine familial. Il faut également être prudent pour ne pas faire perdre le droit à l'exemption pour résidence principale à d'autres bénéficiaires de la fiducie familiale discrétionnaire et qui sont eux-mêmes propriétaires d'une résidence principale. Nous y reviendrons lors d'une prochaine chronique.

La protection par la société d'acquêts ou par les règles du patrimoine familial est utile aux clients qui désirent une solution moins complexe et, évidemment, moins onéreuse. Il faut cependant être conscient que faillite et divorce sont parfois concomi-

tants et qu'un divorce pendant des procédures de saisie ou de faillite n'offre pas nécessairement la protection recherchée.

Les créanciers d'un propriétaire d'entreprise ou d'un professionnel (ingénieur, notaire, médecin, etc.) en difficulté financière ne peuvent saisir sa résidence principale si ce dernier s'est prévalu de façon adéquate des dispositions de la loi pour la protéger contre un revers de fortune. La protection du patrimoine : une affaire de notaires! ⚖️

- 1 Art. L. 526-1.
- 2 Personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante.
- 3 553.2 Code de procédure civile.
- 4 67(1) Loi sur la faillite et l'insolvabilité.
- 5 1355 C.c.Q.
- 6 La Fiducie de protection du capital, Éditions Yvon Blais, 2005, N° 2, page 355 et suivantes et plus spécifiquement à la page 466.
- 7 Caisse populaire Christ-Roi c. Bourget-Isabelle, J.E. 79-874 (C.P.)

1-819-376-7037 TÉLÉPHONE
1-819-376-6032 TÉLÉCOPIE
1-866-376-7037 SANS FRAIS

165, RUE BONAVENTURE, C.P. 1447
TROIS-RIVIÈRES, QC G9A 5L2 CANADA



Recherche d'héritiers

AMÉRIQUE DU NORD & EUROPE

Plus de 10 années d'expérience!

info@etude-savary.com | www.etude-savary.com

ÉTUDE GÉNÉALOGIQUE



SAVARY

Partenaire privilégié des professionnels du droit successoral