

PROTECTION
DU
PATRIMOINE

Protection de la résidence principale : de la parole aux actes!

IL NE FAIT AUCUN DOUTE QUE LA RÉSIDENCE PRINCIPALE EST L'ACTIF QUE NOS CLIENTS, SOUCIEUX DE LA PROTECTION DE LEUR PATRIMOINE, DÉSIRENT LE PLUS SOUVENT PROTÉGER. NOUS PRÉSENTONS LE CAS DE MARIE ET DE STÉPHANE QUI SOUHAITENT PROTÉGER LEUR RÉSIDENCE EN CAS DE REVERS DE FORTUNE.

par Claude Drapeau, notaire et planificateur financier



Marie Grandmont et Stéphane Maisonneuve sont mariés en séparation de biens et ont deux enfants mineurs. La résidence appartient à Marie. Puisque Stéphane exploite une entreprise comportant des risques financiers importants et que Marie est notaire, la famille souhaite protéger la résidence en cas de revers de fortune de Stéphane ou de Marie. Votre expérience comme notaire œuvrant en protection du patrimoine vous amène à conseiller de détenir leur résidence au moyen d'une fiducie familiale.

Nous avons récemment traité¹ de la protection de la résidence principale et présumons de votre connaissance des notions traitées.

LE CONSTITUANT DE LA FIDUCIE

Nous attacherons peu ou pas d'importance au choix du constituant puisque la fiducie n'est pas constituée dans un but de fractionnement du revenu. Aux fins de cette chronique, la fiducie de protection de capital à être constituée est destinée à détenir la résidence principale comme seul actif. Rappelons que, dans le cas de fiducies destinées au fractionnement de revenu, le choix du constituant et le bien donné pour la constitution de la fiducie doivent être faits avec discernement afin d'éviter des conséquences fiscales non désirées. Marie agira donc comme constituante de la fiducie. Bien que les clients souhaitent généralement que la fiducie à être créée serve à plus d'un usage que celui de la protection de leur résidence, nous sommes réticents à rédiger des «fiducies tout usage». Il faut se rappeler que si les cloisons du Titanic avaient été fermées, le bateau n'aurait peut-être pas coulé. Nous croyons qu'il vaut mieux rédiger une convention de fiducie «sur mesure» pour les besoins de la protection de la résidence.

L'OBJET DU DON?

La fiducie sera créée au moyen du don d'une pièce numismatique achetée par Marie dans un bureau de poste de Postes Canada. Mieux vaut être propriétaire (et peut-être devoir le prouver un jour) du bien qui a été donné pour constituer la fiducie!

Nous ne privilégions pas l'usage de billets de banque brochés à la convention de fiducie notariée et susceptibles d'attirer des mains aussi frivoles qu'indésirables dans la voûte des notaires. On peut être tenté de conserver une preuve du don d'un billet de banque ayant servi à la constitution d'une fiducie. Il faut savoir que la reproduction exacte d'un billet de banque par photocopie ou autrement est régie par les droits d'auteurs et par le Code criminel.

La convention de fiducie créant la fiducie familiale pourrait également avoir été créée au moyen de la donation de la résidence concernée. Puisque l'acte de donation immobilière doit être publié au bureau de la publicité des droits et que la

convention de fiducie contient des informations qui n'ont pas à être publiées, nous préférons procéder par deux documents distincts :

- Convention de fiducie (*don de la pièce numismatique*) comportant une donation irrévocable d'une pièce numismatique.
- Don de la résidence à la fiducie (patrimoine fiduciaire).

Pour plusieurs clients, le don d'une pièce numismatique apparaît comme un formalisme notarial plus ou moins compréhensible. Tous nos clients comprennent qu'une fondation se crée le plus souvent par le don de sommes importantes. Nous leur expliquons —dans un langage plus conceptuel que juridique— que la «fiducie familiale» est en quelque sorte une «mini fondation» ou une «fondation privée»² et qu'elle est elle aussi constituée par un don, mais de moindre importance. Il faut savoir que les règles du Code civil du Québec concernant les fiducies suivent immédiatement celles concernant la constitution des fondations.

Puisque la donation est le fondement de la fiducie, il faut être prudent sur la qualité de la donation puisque si elle était tenue pour incertaine (*ex. : le bien n'a jamais existé, le numéro du billet de banque inscrit à l'acte de donation étant erroné, le bien donné n'appartient pas au donateur, etc.*), la constitution de fiducie pourrait être mise en doute³.

DON NOTARIÉ OU DON MANUEL?

Dans le cas du don d'une pièce numismatique ou d'une pièce d'argent, doit-on privilégier le don notarié ou le don manuel? Le principe est que tout don doit être notarié. Par exception, le don manuel peut être fait sans acte notarié.

Puisqu'il incombe au donataire (*les fiduciaires*) de faire la preuve du don manuel, la majorité des juristes œuvrant en protection du patrimoine privilégie le don notarié pour la qualité de la preuve qu'elle apporte au don⁴. Il serait, par exemple, plus difficile de prouver un don manuel contesté par un créancier qui veut attaquer la validité de la constitution de la fiducie si le fiduciaire initial ayant reçu ce don est, par exemple, décédé au moment de la contestation du don devant un tribunal. On peut imaginer plusieurs autres scénarios de contestation du don. Ne veut-on pas créer une fiducie de protection de capital la plus blindée possible? Nous croyons que le don notarié s'impose même si le don peut également être qualifié de «don manuel», le don manuel constaté par acte notarié étant nécessairement possible.

BÉNÉFICIAIRES?

Les bénéficiaires de la fiducie seront Marie, Stéphane et leurs deux enfants mineurs. La part de chaque bénéficiaire variera entre 0 % et 100 % selon la totale discrétion des fiduciaires.

En cas de revers de fortune de Marie ou de Stéphane, la résidence demeurera protégée puisqu'elle sera détenue par la fiducie. En supposant que la participation de Marie ou de Stéphane soit saisie par un créancier ou que l'un ou l'autre fasse l'objet de l'actif d'une faillite, il est à prévoir qu'un tel actif aura peu de valeur commerciale. La résidence demeurera en fiducie puisque le créancier ou le syndic ne pourra exiger qu'elle soit attribuée au bénéficiaire ayant des problèmes financiers. Un syndic confèrera peu de valeur à une participation dans une fiducie valant entre 0 % et 100 % du patrimoine fiduciaire si le mécanisme pour fixer la valeur de cette participation lui échappe complètement. La résidence pourrait quand même être vendue par les fiduciaires pendant la faillite aux fins d'en acquérir, par exemple, une résidence plus modeste. Le surplus de capital généré par la non-utilisation d'une partie du produit de la vente de la résidence pourrait être attribué au conjoint solvable ou investi par la fiducie aux fins de procurer un revenu qui serait attribué au conjoint solvable.

FIDUCIAIRES?

Marie et Stéphane agiront comme fiduciaires. La convention de fiducie prévoira la nomination d'un 3^e fiduciaire pour agir comme fiduciaire indépendant conformément aux dispositions de l'article 1275 C.c.Q. Nous reviendrons sur les stratégies à envisager quant au choix des fiduciaires dans un prochain article. Il faut comprendre que les fiduciaires auront peu de décisions à prendre après l'acceptation du don de la résidence et que le rôle du fiduciaire indépendant sera peu exigeant.

DON NOTARIÉ DE LA RÉSIDENCE ?

Immédiatement après la constitution de la fiducie, Marie fera don⁵ de sa résidence à la fiducie concernée au moyen d'un acte de donation notarié.

Bien que l'article 1278 du Code civil du Québec stipule que les titres relatifs aux biens en fiducie doivent être établis au nom des fiduciaires, nous suggérons que la comparution soit rédigée de sorte que le bureau de la publicité des droits et, par la suite, la municipalité, inscrivent le nom de la fiducie comme propriétaire de la fiducie tout en respectant les dispositions de l'article 1278 C.c.Q. La plupart de nos clients souhaiteront «enregistrer» la résidence sous un nom différent de leur nom et prénom pour mieux distinguer les biens qui sont leur propriété de ceux qui sont la propriété de la fiducie. Marie et Stéphane souhaitent que la fiducie soit connue sous le nom de «Fiducie Grande Maison».

Bien que la comparution «classique» de la fiducie qui respecte 1278 C.c.Q. à la lettre soit plus près de la comparution d'un liquidateur testamentaire que de celle d'une compagnie, nous vous proposons —pour la donation

par Marie à la Fiducie— une comparution qui a passé le test de plusieurs bureaux de la publicité des droits, de plusieurs municipalités, de collègues qui nous ont contactés à ce sujet et de quelques banquiers qui ont constitué des hypothèques sur les biens immobiliers ainsi détenus en fiducie :

Fiducie Grande Maison, fiducie créée en vertu d'une convention de fiducie reçue devant M^e ...nom du notaire..., notaire, le ...nom de la convention de fiducie..., sous le numéro ...numéro de la minute... de ses minutes, agissant par ...**identification du fiduciaire...** (occupation, adresse) et par ...**identification du fiduciaire...** (occupation, adresse) et par ...**identification du fiduciaire...** (occupation, adresse), en leur qualité de Fiduciaires de la **Fiducie Grande Maison**; les comparants étant, en date de ce jour, les seuls et tous les fiduciaires de la **Fiducie Grande Maison**.

Malgré la comparution de la **Fiducie Grande Maison** à cet acte, les titres relatifs aux biens qui composent le patrimoine de la **Fiducie Grande Maison** sont établis au nom des fiduciaires ci-dessus. Les fiduciaires déclarent avoir élu domicile au ...adresse...

PROCHAINS ARTICLES

Comment confère-t-on l'usage de la fiducie à la famille Grandmont-Maisonneuve? Est-il approprié de ne rien prévoir et de leur laisser tout simplement l'occupation des lieux? Doit-on prévoir un bail? Un droit d'usage publié au RDPRM?

Formalisme, publicité et fiscalité

Que doit-on publier en rapport avec la donation? Le don lui-même? Les dispositions relatives à l'insaisissabilité? Les dispositions relatives à l'inaliénabilité? L'insaisissabilité et l'inaliénabilité de quoi? Nous y reviendrons dans une prochaine chronique.

- 1 *Entracte* – Vol. 14 n° 12 – 15 décembre 2005 – La protection de la résidence principale (1) - *Entracte* – Vol. 15 n° 1 – 15 janvier 2006 – La protection de la résidence principale (2) - *Entracte* – Vol. 15 n° 2 – 15 février 2006 – Règles fiscales donnant droit à l'exemption pour résidence principale aux fiducies de protection de capital. Le lecteur qui souhaite obtenir une copie PDF des trois articles concernés pourra nous en faire demande à cdrapeau@wptp.ca
- 2 Le juriste comprendra que nous ne faisons pas allusion aux fiducies constituées à des fins d'utilité privées ou sociales visées à l'article 1266 C.c.Q.
- 3 Voir également M^e Pierre Ciotola, De la donation, Répertoire de droit, Libéralités, Doctrine, mars 2002.
- 4 Lijoi c. Rullo, B.E. 97BE-408 (C.Q.) : « Il en résulte que le don manuel exige en soi une preuve plus claire que le simple prêt à usage. Or, loin de répondre à cette exigence, la preuve d'un don manuel est nettement plus faible. »
- 5 Pour des raisons fiscales, il vaut mieux procéder à un don plutôt qu'à une vente pour 1 \$.