

Conférence de la Chaire du notariat

Mariage et fiducie familiale : un ménage à trois qui réserve bien des surprises!¹

Auteur: Christian Abboud, étudiant au diplôme de droit notarial de l'Université de Montréal

L'intérêt de la fiducie comme instrument privilégié de la gestion de capital n'est plus à démontrer, malgré l'apparente complexité de rédaction nécessaire à la mise en place de ce patrimoine d'affectation, Cependant, avec l'usage se sont révélées quelques difficultés que le praticien se doit d'éviter. C'est dans le cadre d'un événement organisé par la Chaire du notariat de l'Université de Montréal le 17 septembre dernier que les conférencières, Me Diane Bruneau et Me Denise Courtemanche, ont présenté le fruit d'une réflexion menée sur l'interaction de diverses notions juridiques d'intérêt matrimonial avec la fiducie. Plus particulièrement, elles ont examiné le transfert de la résidence familiale en fiducie pour discuter du consentement du conjoint et de la valeur des droits au partage du patrimoine familial. Elles ont aussi analysé la qualification à titre de propres ou d'acquêts des biens de la fiducie et de la participation d'un bénéficiaire, en utilisant l'exemple des actions d'une société familiale acquises par une fiducie dans le cadre d'un gel successoral.

Voici les grandes lignes de cette réflexion.

Une première problématique se pose lorsque, pour diverses raisons souvent liées à protection d'actifs, la résidence familiale est transférée au bénéfice d'une fiducie. Même si en principe l'autorisation du conjoint doit être obtenue lors du transfert en raison des règles impératives du Code civil, la nullité du transfert sera invoquée en vain en l'absence de la publication d'une déclaration de résidence familiale. En effet, sans une telle publication, les mécanismes de redressement prévus par la loi ne sont alors fondés que sur les dommages et intérêts. Or le préjudice ne sera pas aisément quantifiable si la famille continue de jouir de la résidence détenue en fiducie.

Ensuite, durant l'administration fiduciaire d'une telle résidence, se pose la question à savoir si l'autorisation du conjoint doit être obtenue pour que la fiducie puisse la vendre elle-même. Une première analyse retient la notion de « *droits qui confèrent l'usage* » prévue à l'article 406 du Code civil dans l'hypothèse où l'un des conjoints est l'un des bénéficiaires. La vente de la résidence familiale n'étant pas strictement une cession par le conjoint de ses *droits qui lui confèrent l'usage de la résidence*, l'autorisation de l'autre conjoint n'est pas requise. De surcroît, aucune règle n'impose aux fiduciaires d'obtenir le consentement des époux. Cependant, dans l'hypothèse où le conjoint est fiduciaire et qu'il détient le contrôle des décisions, le principe selon lequel il est interdit de faire indirectement ce que la loi proscribit directement fait en sorte que le conjoint fiduciaire en position de contrôle devrait par prudence obtenir le consentement du conjoint pour effectuer la vente. Pour éviter toute ambiguïté, il pourrait être prévu à l'acte de fiducie une clause qui rend obligatoire l'obtention de l'autorisation du conjoint pour la mise en vente de la résidence familiale détenue en fiducie.

¹ Le texte de cette conférence peut être consulté en ligne sur le site de la Chaire du notariat à l'adresse suivante : http://www.chairedunotariat.qc.ca/fr/conferences/mois/092008/fiducie_matrimonial.doc

Un autre problème survient lors du partage du patrimoine familial : la valeur de la résidence familiale détenue en fiducie doit-elle figurer au patrimoine partageable? Le quiproquo jurisprudentiel obscurcit un portrait déjà fort douloureux pour le conjoint qui n'est pas bénéficiaire de la fiducie. Dans une telle éventualité, la jurisprudence antérieure à 2007 est à l'effet que seul le conjoint bénéficiaire est titulaire d'un droit lui conférant l'usage de la résidence familiale, dont la valeur est égale ou inférieure à celle de la résidence. Or cette jurisprudence, qui appuie son analyse sur les notions de droit des sociétés, a été remise en question par la Cour supérieure en 2007 dans un jugement controversé dans lequel le tribunal a attribué un droit d'usage de la résidence familiale aux deux conjoints, même si l'un d'entre eux n'était pas bénéficiaire. La valeur du droit en question étant égale de part et d'autre, aucun partage n'a eu à être fait et le conjoint non bénéficiaire n'a pas retrouvé lors de son divorce la valeur économique de la moitié de la résidence qu'il avait transférée à la fiducie. Ce résultat fort étonnant pourrait être évité lors de la création d'une fiducie discrétionnaire avec faculté d'élire les bénéficiaires, notamment en désignant les deux époux comme bénéficiaires et fiduciaires et en exigeant l'unanimité des fiduciaires lors de la vente ou autre aliénation de la résidence ou lors de son attribution à l'un des bénéficiaires, ou bien en obligeant la remise de la résidence aux deux époux en cas de divorce.

Dans le cadre du régime matrimonial de la société d'acquêts, l'effet protecteur de la fiducie face aux créanciers pourrait aussi jouer contre le conjoint. En effet, lorsque un bien acquêt est donné à la fiducie avec le consentement des deux époux, il est permis de penser, qu'à sa sortie en faveur du bénéficiaire, ce bien deviendra un propre du conjoint bénéficiaire. Le résultat est susceptible d'en étonner plus d'un, c'est ici la liberté contractuelle qui prévaut, l'époux non bénéficiaire étant réputé avoir consenti à ce que les actifs transférés à la fiducie et tous droits des bénéficiaires qui en découlent soient soustraits aux acquêts. Pour éviter toute incertitude relative à cette conséquence juridique souvent inattendue, le notaire devra s'assurer que le consentement libre et éclairé des époux lors du transfert initial à la fiducie porte sur l'ensemble des effets de l'acte, notamment la nouvelle qualification possible des biens reçus dans la fiducie.

Une planification successorale qui gagne en popularité pour transférer la plus-value future d'une société familiale aux enfants, soit le gel successoral, emporte aussi son lot de questions en matière matrimoniale. Dans ce type de planification, les actions de croissance nouvellement émises sont généralement détenues par une fiducie discrétionnaire avec faculté d'élire les bénéficiaires. L'une des conséquences du gel successoral étant de soustraire des acquêts la plus-value future de la société, la première question à régler est de savoir si le consentement du conjoint de l'auteur du gel doit être obtenu. Étant donné que la réorganisation a lieu à la juste valeur marchande et ne comporte pas de donation juridique, même si on peut y voir une donation économique d'une éventuelle plus-value, un tel consentement n'a pas à être obtenu.

Quant à la plus-value acquise plus tard par le bénéficiaire, l'analyse de sa qualification à titre d'acquêt ou de propre varie selon qu'il devient bénéficiaire avant ou après le mariage. Si le bénéficiaire se marie avant le gel, alors le droit du bénéficiaire au capital sera qualifié de propre dans la mesure où l'on peut démontrer que la participation du bénéficiaire a été reçue par don. Quant à la qualification des dividendes et autres fruits et revenus, elle sera déterminée par l'acte de fiducie, les fruits et revenus acquis pendant le mariage étant présumés acquêts sauf stipulation de propre à l'acte de constitution. S'il se marie après la constitution de la fiducie, sa participation sera considérée un bien propre sur la base que son droit a pris naissance avant le mariage. La donne se complexifie lorsque l'existence du droit en question est équivoque lors de la constitution de la fiducie; c'est le cas de la personne qui participe à une fiducie discrétionnaire. En raison de la présomption d'acquêts, le bénéficiaire discrétionnaire devra alors faire la démonstration soit que son droit est né au moment du gel et avant le mariage, soit que son droit est né lors de son élection comme bénéficiaire mais bénéficie d'une qualification de propre dans la mesure où

sa participation est considérée avoir été reçue par don. Les époux pourront cependant écarter toute ambiguïté en prévoyant dans leur contrat de mariage que leur droit dans la fiducie est propre.

La confusion que crée la qualification des droits dans la fiducie dans le cadre du régime d'acquêts sera toujours susceptible de créer accrochages et discordes. Le notaire devra par conséquent s'assurer que les conjoints ont une bonne compréhension des conséquences juridiques des gestes posés. En ce qui a trait au gel successoral, la fiducie peut poser plus de difficultés qu'elle n'apporte de solutions. Lorsque le contexte s'y prête, il pourrait être envisagé de faire don des actions directement aux enfants afin d'éviter toute ambiguïté; le fiduciaire, lors de la distribution de biens aux bénéficiaires, devrait préciser que ladite distribution constitue un propre pour assurer un suivi; finalement, la qualification au contrat de mariage des participations dans une fiducie et des actions, y compris leurs fruits et revenus pourrait être prévue afin de préciser s'ils sont susceptibles de partage.

Si les conférencières ont jugé bon d'apporter comme solution alternative l'exclusion pure et simple du mariage, le débat n'était pas encore scellé au moment d'écrire ces lignes. L'issue des discussions fera peut-être l'objet d'un article futur!