

MAINTIEN DE LA PROTECTION DES BIENS DÉTENUS EN FIDUCIE

Par Me Marc Jolin, LL.L., M. Fisc.

Vous êtes le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires d'une fiducie entre vifs dont l'objectif principal ou un objectif important est la protection des éléments d'actifs appartenant à ladite fiducie. Même si une fiducie a été constituée dans des circonstances où le transfert d'un bien à la fiducie ne peut pas être contesté pour les motifs usuels, c'est-à-dire que le transfert à la fiducie a rendu l'auteur du transfert insolvable ou a été fait à un moment où l'auteur avait des dettes et que le transfert a été fait spécifiquement dans le but de rendre son auteur insolvable, il est important que le comportement des fiduciaires à la suite de la mise en place de la fiducie ne fragilise la protection des biens détenus en fiducie.

Il y a maintenant suffisamment de jurisprudence pour dégager les arguments juridiques soulevés et quelquefois retenus par les tribunaux pour mettre de côté, soit à l'égard du capital, soit à l'égard du revenu, l'aspect protection de patrimoine de biens détenus en fiducie.

Voici les principales recommandations pour améliorer ou préserver l'aspect protection d'une fiducie à votre bénéfice :

Fiduciaire indépendant

Selon l'article 1275 du *Code civil*, une fiducie doit avoir en tout temps un fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire même éventuel. Nous désignons par le terme « tiers fiduciaire » tout fiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire (même éventuel). Chaque fois que la fiducie effectue une transaction, produit une déclaration ou un rapport, ou signe un chèque, s'assurer que le tiers fiduciaire signe le document. Par exemple, les autorités fiscales n'exigent pas que tous les fiduciaires signent les déclarations de revenus. La signature d'un seul fiduciaire est requise. S'assurer que le tiers fiduciaire signe seul ou avec l'autre ou les autres fiduciaires.

De même, tous les contrats dans lesquels intervient la fiducie devraient être signés entre autres par le tiers-fiduciaire, sauf dans le cas où par décision écrite des fiduciaires à laquelle interviennent tous les fiduciaires, donc y compris le tiers fiduciaire, il est mentionné qu'un fiduciaire autre que le tiers fiduciaire signera le contrat.

Délégation de pouvoirs

Souvent, les clients qui sont habitués à gérer leurs affaires seuls demandent qu'une procuration générale soit signée par l'ensemble des fiduciaires leur permettant de prendre seuls toutes les décisions. Occasionnellement, ce type de procuration permet au « fiduciaire-bénéficiaire à protéger » de signer seul les chèques de la fiducie et de prendre seul toutes les décisions en matière de placements ou de paiements. Même si ce type de procuration peut être permis par une clause spécifique de l'acte de fiducie, le fait que le fiduciaire-bénéficiaire à protéger signe seul des chèques donne un argument pour attaquer la protection de patrimoine sur la base que, dans les faits, le fiduciaire-bénéficiaire à protéger gère la fiducie seul, ce qui non seulement n'est pas permis par l'article 1275 du *Code civil*, mais ce fait est couramment utilisée par ceux qui attaquent les fiducies pour tenter de démontrer que la fiducie de protection est un simulacre (« *sham* ») et qu'alors la fiducie ne devrait pas être opposable aux créanciers du fiduciaire-bénéficiaire à protéger.

Il est cependant possible de rédiger un type de procuration permettant au fiduciaire-bénéficiaire à protéger de signer seul tous les chèques ou de prendre seul certaines décisions à la condition que les modalités de la procuration précisent que ce pouvoir ne peut être exercé que suite à une décision écrite de l'ensemble des fiduciaires comprenant évidemment tout tiers fiduciaire. De plus, la procuration permettant au fiduciaire-bénéficiaire à protéger de signer seul ne devrait viser que des transactions, contrats, paiements, et remises autres que des paiements de revenus au fiduciaire-bénéficiaire à protéger et autres que des remises de capital à ce dernier. À l'égard de tous paiements ou transferts de biens au fiduciaire-bénéficiaire à protéger, il est important que la signature du tiers fiduciaire apparaisse sur tous les documents concernant de tels paiements ou transferts.

Le fait que le fiduciaire-bénéficiaire à protéger prenne seul des décisions de type placements où il n'est clairement pas en conflit d'intérêts est un type de décision moins dangereux à prendre seul à l'égard de la perte de la qualité de la protection offerte par la fiducie qu'une décision par laquelle le fiduciaire-bénéficiaire à protéger prend seul une décision par laquelle il reçoit du revenu ou du capital.

Reddition de compte

Selon l'article 1278 du *Code civil*, le fiduciaire est un administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration. L'article 1351 du *Code civil* prévoit ce qui suit. « L'administrateur rend un compte sommaire de sa gestion au bénéficiaire au moins une fois l'an ». La doctrine civile s'est demandée si cette obligation est une règle d'ordre public ou si l'acte de fiducie peut dispenser le fiduciaire de produire ce compte? Dans l'ouvrage de Me Jacques BEAULNE « Droit des fiducies », la Collection bleue, Wilson

& Lafleur, 3^e édition, 2015, nous pouvons lire à la page 339 : « [...] pour notre part, nous serions portés à croire que la reddition de compte constitue une obligation d'ordre public pour le fiduciaire, et qu'il n'est pas possible d'insérer à l'acte constitutif, une clause dérogatoire à cet égard ».

Quant à la forme du compte, le *Code civil* ne mentionne aucune règle. À ce sujet, Me Beaulne mentionne : « À la rigueur, un simple relevé des recettes et déboursés suffit. Ce qui importe, c'est qu'il soit suffisamment détaillé pour qu'on puisse en vérifier l'exactitude ».

Compte tenu du fait qu'il s'agit d'une obligation d'ordre public, il est important que la reddition de compte soit produite et qu'elle soit signée idéalement par tous les fiduciaires ou, à la limite, par la majorité des fiduciaires dans une structure de fiducie à 3 fiduciaires, mais en s'assurant que le tiers fiduciaire signe la reddition de compte en tout temps. Dans le Livre de la fiducie, vous trouverez généralement sous l'onglet « Reddition de compte » un spécimen de reddition de compte.

Augmentation du nombre de fiduciaires

Si la fiducie dont un des objectifs est la protection de patrimoine n'a que 2 fiduciaires, soit le fiduciaire-bénéficiaire à protéger et le tiers fiduciaire, et que le niveau de risque augmente après la création de la fiducie, c'est-à-dire que les créanciers du fiduciaire-bénéficiaire à protéger commencent des démarches qui risquent de mener à des procédures judiciaires, il faut aussitôt utiliser les modalités prévues à l'acte de fiducie pour augmenter le nombre de fiduciaires de 2 à 3.

Publicité au Registre des droits personnels et réels mobiliers « RDPRM »

Pour que les clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité incluses à l'acte de fiducie soient opposables aux créanciers des bénéficiaires de la fiducie, l'existence de ces clauses doit être publiquement dénoncée. Cette dénonciation prend la forme d'une inscription au RDPRM.

Ajout de bénéficiaires

Certaines variétés de fiducies dont un des objectifs est la protection de patrimoine indiquent au moment de la signature de l'acte de fiducie le bénéficiaire ou les bénéficiaires. Cependant, certaines personnes qui ne sont pas nommées bénéficiaires au moment de la signature de l'acte de fiducie peuvent ultérieurement devenir bénéficiaires

de la fiducie. Les cas les plus fréquents sont ceux de descendants à naître (enfants, petits-enfants) qui ne sont pas encore nés au moment de la signature de l'acte ou encore de particuliers qui font partie d'une liste de bénéficiaires éventuels et qui sont ultérieurement ajoutés à titre de bénéficiaires discrétionnaires de la fiducie. Afin que les clauses d'insaisissabilité et d'incessibilité à leur égard puissent être opposables aux tiers, ces bénéficiaires subséquents doivent être ajoutés à la liste des personnes à l'égard desquelles lesdites clauses sont applicables en procédant par une correction/ajout aux publicités produites au RDPRM à la suite de la signature de l'acte de fiducie. Dans le cas de nouveaux descendants, il n'est pas nécessaire de faire une correction à la publicité chaque fois qu'un enfant ou autre descendant vient au monde. En effet, compte tenu du fait qu'une personne mineure ne peut pas être lésée, l'ajout des descendants ultérieurs peut être effectué au moment où le plus âgé d'entre eux atteint l'âge de la majorité. Il y aurait donc théoriquement dans ces derniers cas une correction à faire à chaque 18 ans.

Conclusion

Les quelques conseils énumérés ci-dessus vont favoriser la dimension « protection de patrimoine » d'une fiducie. Les conseils énumérés s'appliquent autant à une fiducie entre vifs qu'à une fiducie créée par testament.