

FIDUCIES DE PROTECTION D'ACTIFS

Par Me Marc Jolin, M. Fisc.

7380 chemin du Lac, CP. 2657, North Haley (Québec) J0B 2C0
Tél. : (819) 8422481 • Sans frais : (800) 891-5429
Courriel : mjolin@juritech.qc.ca • Site Internet : www.juritech.qc.ca

Pour qui ?

- Professionnels exposés à des risques de poursuites
 - ✦ Comptables, planificateurs, médecins
- Personnes en affaires ou qui l'ont déjà été
 - ✦ Ceux qui ont des emprunts ou cautions importants
- Administrateurs de compagnies
 - ✦ Responsabilité statutaire
 - Salaires des employés
 - Désastres écologiques
- Personnes sujettes à des responsabilités statutaires
 - ✦ Conseillers fiscaux et financiers
- Personnes qui séjournent fréquemment aux États-Unis et y conduisent une voiture
- Toute personne susceptible d'être poursuivie

Voile corporatif

- Depuis 5 ans, 100 jugements rapportés
- 6 fois sur 10, le voile est soulevé, ce qui permet de retenir la responsabilité personnelle, tantôt de l'actionnaire, tantôt de l'administrateur
- Dans les conditions suivantes :
 - ✦ Contravention à une règle interdisant l'ordre public, abus de droit, fraude (comprenant la mauvaise foi)

Primes d'assurance-responsabilité

- Majoration de 25% à 50% des primes pour les administrateurs et dirigeants
- Resserrement marqué des termes et conditions des polices d'assurance
- Limite de garantie à la baisse
- Franchise et rétention à la hausse

SOURCE : Alain N. TARDIF « La responsabilité des administrateurs dans un contexte de solvabilité », Institut canadien, 2003.

Responsabilités des administrateurs et dirigeants d'entreprise

- Inventaire de 100 lois fédérales et provinciales concernant des dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprise en matière de faillite, environnement, droit fiscal, salaires dus à des employés, etc.

• SOURCE : Daniel BELLEMARE « Les derniers jugements rendus au Québec impliquant la responsabilité des administrateurs, dirigeants et de leurs assureurs », Institut canadien, 2003

Comment ?

- Transférer des biens de son patrimoine à un autre patrimoine distinct (celui de la fiducie) afin de diminuer la valeur marchande de son propre patrimoine (ou de son avoir).

Quand utiliser la fiducie ?

- ✚ Quand tout va bien
- ✚ Quand le montant de ses dettes est inférieur à la valeur de ses actifs
- ✚ Quand le transfert ne rend pas insolvable

Biens à ne pas transférer en fiducie

- ✚ Biens ne pouvant JAMAIS être transférés en fiducie sans incidence fiscale
 - ✚ REER
 - ✚ FERR
 - ✚ CRI
 - ✚ FRV

Biens généralement transférés à de telles fiducies

- ✚ BIENS POUVANT ÊTRE TRANSFÉRÉS EN FIDUCIE
 - ✚ Portefeuille de placements
 - ✚ Résidence principale
 - ✚ Résidence secondaire
 - ✚ Immeubles à revenus
 - ✚ Actions de sociétés privées opérantes
 - ✚ Actions de sociétés privées de placements
 - ✚ Police d'assurance-vie et responsabilité
 - ✚ Liquidités

Limites à l'efficacité des fiducies de protection d'actifs

■ Action en inopposabilité : Article 1631 C.c.Q. :

« Le créancier, s'il en subit un préjudice, peut faire déclarer inopposable à son égard l'acte juridique que fait son débiteur en fraude de ses droits, notamment l'acte par lequel il se rend ou cherche à se rendre insolvable ou accorde, alors qu'il est insolvable, une préférence à un autre créancier. »

Action en inopposabilité

■ CONDITIONS À L'ACTION :

1. L'acte du débiteur doit avoir été fait avec l'intention de frauder
2. L'acte a l'effet de nuire au créancier
3. Seul un créancier antérieur à la date de l'acte contesté peut entreprendre l'action (1634 C.c.Q.)
4. La créance du créancier doit être certaine, liquide et exigible (1634 C.c.Q.)
5. L'action doit être intentée avant l'expiration d'un an à compter du jour où le créancier a eu connaissance de l'acte attaquée (1635 C.c.Q.)

Présomptions

■ Article 1633 C.c.Q.

« Un contrat à titre gratuit [...] est réputé fait avec l'intention de frauder, [...], dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu [...]. »

En principe, l'insolvabilité vise l'état d'une personne dont le passif excède l'actif.

Selon la jurisprudence, une personne est insolvable si elle ne respecte pas ses obligations au fur et à mesure de leurs échéances.

Loi sur la faillite (1)

- ✚ Lorsqu'une disposition a eu lieu dans l'année précédent la faillite du débiteur, la disposition est nulle à l'égard du syndic sauf s'il s'agit d'une disposition faite de bonne foi et pour une contrepartie valable.
- ✚ Selon 91(2) de la *Loi sur la faillite*, une disposition qui a eu lieu dans les 5 ans précédents la faillite peut être attaquée par le syndic s'il démontre :
 - a) Que le disposant était, lorsqu'il a fait la disposition incapable de payer toute ses dettes sans l'aide des biens compris dans la disposition; ou
 - b) Que les intérêts du disposant dans ses biens n'ont pas cessés lorsque fut faite la disposition

Loi sur la faillite (2)

- ✚ Pour la deuxième condition, le syndic doit démontrer que le disposant a gardé le droit de propriété ou le titre des biens disposés (peu applicable au Québec)
- ✚ Disposition non susceptible d'être attaquée :
 - ✚ Disposition faite avant le mariage et en considération du mariage
 - ✚ Disposition faite au conjoint et aux enfants du disposant de biens accrus à ce dernier après le mariage du chef de son conjoint, ou en faveur de ce conjoint ou de ses enfants

Patrimoine familial

- ✚ Article 422 C.c.Q.
« Le tribunal peut, sur demande, déroger au principe du partage égal [...] lorsqu'il en résulterait une injustice compte tenu, notamment, [...] de la dilapidation de certains biens par l'un des époux ou encore de la mauvaise foi de l'un d'eux. »

Fiducie de protection d'actifs la plus efficace ⁽¹⁾

- Fiducie à plusieurs bénéficiaires discrétionnaires (comprenant la personne à protéger et/ou son conjoint et/ou ses enfants et/ou ses parents et/ou ses frères et sœurs) dont aucun ne peut exiger aucun revenu ni capital de la fiducie
- Les fiduciaires peuvent verser du revenu et du capital aux bénéficiaires

Fiducie de protection d'actifs la plus efficace ⁽²⁾

- Autres clauses techniques, comme :
 - Les fiduciaires ne peuvent payer aucun revenu ni capital à un bénéficiaire insolvable ou sur le point de le devenir
 - Clauses restreignant la possibilité de transférer les participations au revenu et au capital
 - Clauses d'insaisissabilité
- Gestion :
 - Dans les faits, la fiducie doit être gérée de façon indépendante par les fiduciaires

Quid des droits de préséance au fiduciaire constituant ?

- EXEMPLES :
 - Droit de veto
 - Vote multiple
 - Pouvoir discrétionnaire de destitution des autres fiduciaires
- EFFETS :
 - Diminue l'efficacité de la protection
 - Permet d'invoquer la théorie du simulacre

Éléments de fiscalité

■ Règle générale lors d'un transfert de biens à une fiducie

- Disposition à la juste valeur marchande (« JVM »)
- Possibilité d'impôt sur la gain en capital

■ Exceptions au transfert à la JVM

[transfert au prix de base rajusté (« PBR »)]

- Fiducie au bénéfice exclusif du conjoint
- Fiducie en faveur de soi-même (65 ans et +)
- Fiducie mixte au profit du conjoint (65 ans et +)
- Fiducie pour soi (moins de 65 ans)

■ Tous les types de fiducie sont utilisés dans des structures de protection d'actifs

Fiducie exclusive au conjoint

1. Le conjoint, selon les termes de la fiducie, a droit, sa vie durant, à tous les revenus de la fiducie;
2. Nulle autre personne que le conjoint ne peut, avant le décès de ce dernier, recevoir ou obtenir de quelque façon que ce soit, l'usage de toute partie du revenu du capital de la fiducie.
3. La fiducie réside au Canada au moment du transfert.

Interprétation technique

2002-0126775, 3 mai 2003

Sens donné à l'expression « a droit à tous les revenus de la fiducie »

- Selon l'Agence, pour que le conjoint puisse avoir droit à tous les revenus de la fiducie, sa vie durant, il faut que toute discrétion de recevoir tout ou partie du revenu de la fiducie repose exclusivement entre les mains du conjoint bénéficiaire.

- Formulations permises :

- « Le Fiduciaire doit verser chaque année à mon Conjoint tout le revenu de la fiducie que mon Conjoint, à sa seule discrétion, exigera. »
- « Le Fiduciaire doit verser chaque année à mon Conjoint tout le revenu de la fiducie à l'exception de la portion de ce revenu que mon Conjoint, à sa seule discrétion, demandera aux Fiduciaires de ne pas lui verser. »

Fiducie mixte au profit de l'époux ou du conjoint de fait

1. Constituée après 1999.
2. Établie après que le contribuable ait atteint l'âge de 65 ans.
3. Le contribuable et son époux ont tous deux le droit, leur vie durant, de recevoir tous les revenus de la fiducie.
4. Nulle autre personne que le contribuable et son époux ne peut, avant le décès du contribuable ou, s'il est postérieur, le décès de l'époux, recevoir une partie quelconque ou du revenu du capital de la fiducie ou autrement en obtenir usage.

Fiducie en faveur de soi-même (« *alter ego trust* »)

1. Constituée après 1999.
2. Établie après que le contribuable ait atteint l'âge de 65 ans.
3. Le contribuable a le droit, sa vie durant, de recevoir tous les revenus de la fiducie.
4. Nulle autre personne que le contribuable ne peut, avant le décès du contribuable, recevoir une partie quelconque du revenu ou du capital de la fiducie ou autrement en obtenir usage.

Fiducie pour soi (moins de 65 ans)

Par. 73(1.01) et (1.02) et al. 248(3)f) et 248(25) L.I.R.

1. Constituée après 1999.
2. Le contribuable a le droit, sa vie durant, de recevoir tous les revenus de la fiducie.
3. Nulle autre personne que le contribuable ne peut, avant le décès du contribuable, recevoir une partie quelconque du revenu du capital de la fiducie ou autrement en obtenir usage.
4. Le transfert n'a pas pour effet de changer la propriété effective et aucune personne (autre que le constituant) n'a de droit de bénéficiaire.

Comment faire pour que le transfert n'ait pas pour effet de « changer la propriété effective du bien » ?

■ Au décès du constituant, lors du congrès de l'APFF 2002 et 2003, l'Agence a refusé de se prononcer.

- ✦ Ne rien prévoir à l'acte de fiducie
- ✦ Prévoir la liquidation de la fiducie immédiatement avant le décès du constituant [préférable au plan fiscal]
- ✦ Prévoir la liquidation de la fiducie immédiatement après le décès du constituant [préférable pour protection]

■ À éviter

- ✦ la faculté limitée d'élire large
- ✦ NOTE : L'Agence est d'avis que toutes les fiducies pour soi sont sujettes à l'application du paragraphe 75(2) L.I.R.

Planification 1

■ Jean, planificateur, 40 ans, marié à Lucie, désire protéger les biens suivants:

- ✦ Résidence principale
- ✦ Chalet d'été
 - coût : 150.000 \$
 - JVM : 150.000 \$
- ✦ Immeuble à revenu
 - coût : 1.000.000 \$
 - FNACC : 800.000 \$
 - Solde d'hypothèque : 600.000 \$
 - JVM : 1.300.000 \$
- ✦ REER : 140.000 \$
- ✦ Une compagnie à être formée («NEWCO »)

Planification de protection 1

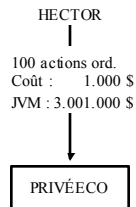
1. Don de résidence à Lucie
2. Raoul, frère de Jean, souscrit (100 \$) aux actions ordinaires de NEWCO
3. Raoul transfère les 100 actions ordinaires de NEWCO à FIDUCIE FAMILIALE JEAN, dont les bénéficiaires discrétionnaires sont :
 - Jean
 - Lucie
 - Leurs enfants et petits-enfants

Planification de protection 1 (suite)

- Jean donne l'immeuble à Lucie qui assume l'hypothèque. Ce transfert s'opère sans impôt – 73(1) L.I.R.
 - Lucie transfère sans impôt (73(1) L.I.R.) l'immeuble à FIDUCIE EXCLUSIVE AU BÉNÉFICIAIRE DE JEAN qui assume l'hypothèque
- Partie non protégée à l'égard de l'immeuble
 - Profit annuel net [entre la date d'une faillite et la libération (±2 ans)]

Planification 2

Hector, 40 ans, marié à Pénélope, possède :



Planification de protection 2

- Hector échange ses 100 actions ordinaires de PRIVÉECO contre 100 actions « D » (type « gel », d'une valeur de 3.001.000 \$) de PRIVÉECO
- Achille, frère d'Hector, souscrit pour 50 \$ à 50 nouvelles actions ordinaires de PRIVÉECO

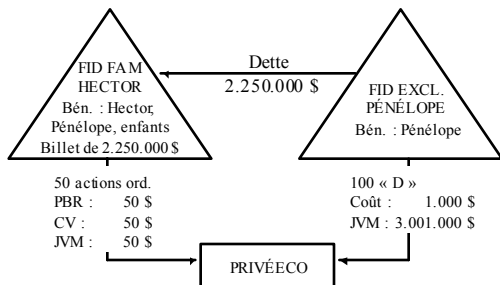
Planification de protection 2 (suite)

3. Achille transfère 50 actions ordinaires de PRIVÉECO à FIDUCIE FAMILLE HECTOR dont les bénéficiaires discrétionnaires sont :
 - Hector
 - Pénélope (après décès d'Hector si pas S.E.P.E.)
 - Leurs enfants (majeurs si pas S.E.P.E.)
4. Hector vend sans incidence fiscales ses 100 actions « D » de PRIVÉECO à FIDUCIE EXCLUSIVE PÉNÉLOPE pour 2.250.000 \$ payable par l'émission d'un billet à demande à l'ordre d'Hector
5. Hector transfère le billet à FIDUCIE FAMILLE HECTOR

Planification de protection 2 (suite)

- ☛ Modalités de FIDUCIE EXCLUSIVE PÉNÉLOPE
- ✦ Pénélope a droit à 100% du revenu de la fiducie, sa vie durant;
 - ✦ À son décès, Hector devient bénéficiaire discrétionnaire du capital et du revenu;
 - ✦ Au décès d'Hector, la fiducie se prolonge en faveur des enfants

Organigramme (après Planification 2)



Planification 3A – Si Hector a 65 ans ou +

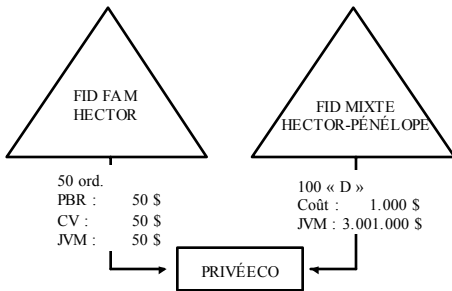
■ Étapes 1, 2 et 3 de Planification 2 sont identiques.

4. Hector transfère ses 100 actions « D » de PRIVÉECO à FIDUCIE MIXTE AU BÉNÉFICE D'HECTOR & PÉNÉLOPE.

■ Modalités de cette fiducie :

- Le fiduciaire doit verser annuelle tout le revenu à Hector ou Pénélope
- À compter du décès du premier d'entre eux, le fiduciaire doit verser tout le revenu au survivant
- Au décès du survivant, la fiducie peut se prolonger, pour le temps désiré, au bénéfice des enfants d'Hector

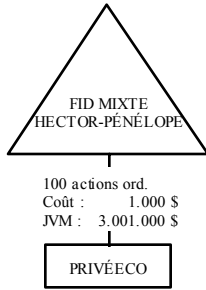
Organigramme (après Planification 3A)



Planification 3B – Si Hector a 65 ans ou +

1. Hector transfère ses 100 actions ordinaires de PRIVÉECO à FIDUCIE MIXTE AU BÉNÉFICE D'HECTOR & PÉNÉLOPE.

Organigramme (après Planification 3B)



Avantages de la Planification 3

- ✚ Aucun impôt si Pénélope décède avant Hector ou si Hector décède avant Pénélope
- ✚ Dans l'Exemple 2, les impôts suivants sont payables au décès de Pénélope :

✚ Produit de disposition	3.001.000 \$
✚ Coût :	<u>1.000 \$</u>
✚ Gain en capital :	3.000.000 \$
✚ Gain en capital imposable :	1.500.000 \$
✚ Impôt (48,215%) :	723.225 \$

Ajustement à Planification 2

- ✚ Si la Planification 2 est utilisée, l'ajustement suivant peut être fait lorsque Pénélope atteint 65 ans
 - ✚ FIDUCIE EXCLUSIVE PÉNÉLOPE est liquidée entre les mains de Pénélope (roulement – 107(2) LIR)
 - ✚ FIDUCIE FAMILLE HECTOR remet le billet de 2.500.000 \$ à Pénélope
 - ✚ Le billet est éteint par compensation
 - ✚ Pénélope transfère les 100 actions « D » à FIDUCIE MIXTE HECTOR-PÉNÉLOPE
- ✚ **RÉSULTAT** : Nous obtenons les mêmes résultats que dans Planification 3A.

Protection de portefeuilles de placements

▣ Choix de la méthode de protection dépend des éléments suivants :

- ✦ Âge du client
 - Moins de 65 ans
 - 65 ans ou +
- ✦ État civil
 - Marié (ou équivalent)
 - Non marié
- ✦ Plus-value accumulée sur portefeuille : oui ou non
- ✦ Fractionnement de revenu : désiré ou non
- ✦ Accès au capital : désiré ou non

Planification 4

▣ Pierre possède un portefeuille de placements ayant les caractéristiques suivantes :

- ✦ PBR : 1.000.000 \$
- ✦ JVM : 1.000.000 \$

▣ Il prévoit se lancer en affaire dans trois mois et désire protéger son portefeuille. Sa famille est la suivante :

- ✦ Robert (enfant, 15 ans)
- ✦ Paul (enfant, 18 ans)
- ✦ Claudia (conjoint, âge impossible à obtenir)

Planification 4 (suite)

▣ FIDUCIE FAMILIALE PIERRE est constituée par Pierre

- ✦ PRINCIPALES MODALITÉS
 - Bénéficiaires discrétionnaires du revenu : Pierre, Robert, Paul, Claudia
 - Bénéficiaires discrétionnaires du capital : Robert, Paul, Claudia, Alfred (frère de Pierre), Donald (sœur de Pierre), Yves (neveu de Pierre)
 - Fiduciaires : Pierre, Donald et le conseiller en placements de Pierre

Planification 4 (suite)

■ Effets de la planification

- ✦ Le capital est protégé
- ✦ Le flux de revenu est protégé
- ✦ Le revenu d'intérêt peut être payé à Paul pour lui permettre de payer ses études
- ✦ Le gain en capital peut être payé à Robert pour lui permettre de payer ses études
- ✦ Le fractionnement de revenu est permis avec les enfants
- ✦ Le capital peut retourner éventuellement à Pierre mais seulement de façon indirecte (par son conjoint, son frère, sa sœur, son veuve)

Planification 5

■ Arsène, veuf, 65 ans, possède un portefeuille de placements ayant les caractéristiques suivantes :

- ✦ PBR : 1.000.000 \$
- ✦ JVM : 1.500.000 \$

■ Il constitue la FIDUCIE ARSÈNE qui rencontre les exigences fiscales d'une « fiducie pour soi ».

■ Principales modalités :

- ✦ Seul bénéficiaire du revenu : Arsène
- ✦ Seul bénéficiaire discrétionnaire du capital, sa vie durant : Arsène
- ✦ Au décès d'Arsène, la fiducie peut se prolonger, pour le temps désiré, au bénéfice de ses enfants.

■ Arsène transfère tout son portefeuille à ladite fiducie. Ce transfert s'opère sans impôt (73(1) L.I.R.)

Planification 6

■ Arsène, veuf, 65 ans, possède un portefeuille de placements ayant les caractéristiques suivantes :

- ✦ PBR : 700.000 \$
- ✦ JVM : 700.000 \$

■ Sa famille est la suivante :

- ✦ Robert : enfant, 30 ans
- ✦ Lucie : enfant, 28 ans
- ✦ Rita : sœur, 60 ans
- ✦ Jérôme : neveu, 30 ans

■ En 2002, il a gagné les revenus suivants :

- ✦ Pension auprès de son employeur : 56.000 \$
- ✦ Intérêts de son portefeuille de placements : 30.000 \$

Planification 6 (suite)

■ Impôt en 2002 sans fiducie :

• Fédéral :	17.335,00 \$	
• Québec :	<u>15.654,49 \$</u>	
• Total :	32.989,49 \$	(sur 86.000 \$ de revenu)

■ Impôt en 2002 avec fiducie discrétionnaire où Arsène n'est pas bénéficiaire du capital :

• Fédéral :	7.607,95 \$	(sur 56.000 \$ de revenu)
• Québec :	9.211,70 \$	
• Fiducie (Fédéral) :	7.264,50 \$	(sur 30.000 \$ de revenu)
• Fiducie (Québec) :	<u>6.225,00 \$</u>	
• Total :	30.309,15 \$	

■ **Économie avec fiducie : 2.680,34 \$**

Planification 6 (suite)

■ Pourquoi la différence ?

- Au Fédéral, avec les 30.000 \$ d'intérêts additionnels, 4.405 \$ de remboursement des prestations de programmes sociaux [sinon 0 \$]
- Au Québec, la fiducie ne cotise pas au Fonds des services de santé [écart : 300 \$]
- Au Québec, le taux effectif de la fiducie à ce niveau de revenu égal 20.75% versus le taux marginal de 24%

Planification 6A

■ Quid si le portefeuille d'Arsène rapporte 60.000 \$ par année ?

• Sans fiducie		
• Impôt total du particulier :		47.708,07 \$
• Avec fiducie		
• Impôt d'Arsène :	16.819,65 \$	
• Impôt au niveau de la fiducie :	<u>26.979,00 \$</u>	
• Total :		43.798,65 \$

■ **Économie d'impôt avec fiducie : 3.909,42 \$**

Conclusion ⁽¹⁾

- ▣ Les fiducies de protections d'actifs servent à mettre à l'abri des créanciers la majeure partie des types de biens
- ▣ La mise en place doit être faite avec soin afin d'éliminer l'impôt
- ▣ En plus de la protection d'actifs, quelques types de fiducie permettent des économies d'impôt à certains clients

Conclusion ⁽²⁾

« Établie dans des circonstances normales, elle constitue certainement, à l'ère des boucliers anti-missiles, une mesure de protection additionnelle efficace, généralement opposable aux créanciers du failli (ou ses représentants). Constituée en temps et lieu, même failli, vous pourrez mener une vie de château, croyez-m'en. Il y a déjà un précédent. »

SOURCE : Me Marc-André LAMONTAGNE, « Fiducie de protection d'actifs[...] et autres considérations » dans *La sécurité financière du propriétaire d'entreprise*, Colloque APFF.

Coordonnées

Me Marc Jolin
Avocat, B.A., LL.L., M. Fisc.
7380, chemin du Lac, C.P. 2657
North Hatley (Québec) J0B 2C0
Tél. : (819) 842-2481 • Sans frais : (800) 891-5429
Courriel : mejolin@juritech.qc.ca
Site Internet : www.juritech.qc.ca
