

Bulletin trimestriel d'information juridique
à l'intention des professionnels de la comptabilité,
de la gestion et des finances

lavery

DROIT ► AFFAIRES

Sommaire

**La fiducie : un outil efficace
pour la protection d'actif?**

**Modifications des obligations
des employeurs qui font appel
à de la main-d'œuvre étrangère –
Un an plus tard : Êtes-vous
prêts pour la vérification
de Service Canada?**

**Le saviez-vous?
La responsabilité fiscale
d'un fiduciaire**

LA FIDUCIE : UN OUTIL EFFICACE POUR LA PROTECTION D'ACTIF ?

Valérie Boucher
vboucher@lavery.ca

Au cours des dernières années, la fiducie a gagné en popularité auprès des gens d'affaires, notamment en tant que mécanisme de protection de leurs éléments d'actif. La fiducie étant un patrimoine d'affectation autonome et distinct, les biens qui y sont transférés ne sont ni dans le patrimoine du constituant, ni dans celui des bénéficiaires et ne peuvent donc pas, en principe, être saisis par leurs créanciers.

Indice indéniable de cette popularité, les tribunaux québécois ont rendu, au cours de la dernière année, deux décisions impliquant des fiducies ayant possiblement été constituées dans un but de protection d'actif (bien que d'autres objectifs, notamment fiscaux, aient pu être atteints du même coup).

Dans chacune de ces affaires, un créancier intentait une action dans le but de faire déclarer inopposable à son égard certaines transactions effectuées entre son débiteur et une fiducie, de manière à pouvoir saisir les biens transférés à la fiducie en remboursement de sa créance.

Dans l'affaire *Empire, compagnie d'assurance-vie c. Thibault*¹, la Cour supérieure a accueilli l'action du créancier, a déclaré l'inopposabilité de plusieurs actes juridiques au créancier, a autorisé le créancier à saisir tous les éléments d'actif connus de la fiducie et a ordonné aux fiduciaires de ne pas transiger sur certains éléments d'actif de la fiducie. Il convient de souligner que le constituant de cette fiducie était, au moment des transactions, lourdement endetté et qu'il faisait de plus l'objet de poursuites judiciaires (existantes et appréhendées). Le tribunal note,



(SUITE)

dans son jugement, le caractère frauduleux manifeste des transactions et le fait que le débiteur n'avait clairement pas l'intention de faire face à ses dettes.

Dans l'affaire *Levasseur c. 9095-9206 Québec inc.*², la Cour d'appel a déclaré l'inopposabilité de certaines transactions seulement. À l'égard des opérations ayant entouré la création des fiducies, la Cour a conclu que le créancier n'avait pas réussi à démontrer, par preuve prépondérante, que ces actes avaient été faits en fraude de ses droits, ni que le défendeur s'était ainsi placé dans un état d'insolvabilité ou qu'il avait cherché à le faire. Par contre, à l'égard de transactions survenues environ quatre ans après la mise sur pied des fiducies, à un moment où les parties étaient renvoyées à l'arbitrage par la Cour supérieure, la Cour a accepté de déclarer l'inopposabilité, après avoir constaté que ces transactions compromettaient toute chance du créancier d'être un jour payé. La validité de la constitution des fiducies a également fait l'objet d'une analyse par la Cour, qui a maintenu celles-ci. La Cour a cependant ordonné aux fiduciaires de faire rapport au créancier, deux fois l'an, de l'utilisation faite des biens des fiducies et d'aviser le créancier par écrit 48 heures avant d'effectuer tout versement au bénéficiaire du débiteur. Ainsi, les sommes reçues par le débiteur, en sa qualité de bénéficiaire des fiducies, sont saisissables par le créancier.

Ces deux décisions illustrent les limites de la fiducie comme outil de protection d'actif. Elles démontrent également l'importance des circonstances et faits entourant la mise sur pied de la fiducie et le transfert de biens à celle-ci. L'intention du débiteur et sa situation financière au moment des transactions seront scrutées par le tribunal. La fiducie pourra être maintenue et le transfert de biens en sa faveur sera opposable aux créanciers du cédant si la Cour conclut qu'au moment du transfert celui-ci n'était pas insolvable et que, par ce même transfert, il ne se rendait pas ni ne cherchait à se rendre insolvable. ◀

1 2011 QCCS 3556 (en appel).

2 2012 QCCA 45.

MODIFICATIONS DES OBLIGATIONS DES EMPLOYEURS QUI FONT APPEL À DE LA MAIN-D'ŒUVRE ÉTRANGÈRE – UN AN PLUS TARD : ÊTES-VOUS PRÊTS POUR LA VÉRIFICATION DE SERVICE CANADA?

Nadine Landry
nlandry@lavery.ca

En avril 2011, des modifications réglementaires sont entrées en vigueur ayant pour effet de modifier de façon significative le Programme des travailleurs étrangers temporaires. Tout employeur faisant appel à cette main-d'œuvre est visé et doit, depuis, répondre aux nouvelles normes.

L'importance grandissante de cette main-d'œuvre sur le marché du travail et la vulnérabilité de certains de ces travailleurs étaient à l'origine des amendements. Afin d'outiller les autorités compétentes pour veiller à la protection de l'intégrité du Programme et ainsi s'assurer que les employeurs ne commettent pas d'abus, les modifications réglementaires sont venues ajouter une étape au processus de délivrance du permis de travail : l'évaluation de l'authenticité de l'offre d'emploi.

À moins de bénéficier d'une exemption, l'employeur qui désire embaucher un étranger doit d'abord obtenir un avis relatif au marché du travail (AMT). Même si, techniquement, l'évaluation de l'authenticité de l'offre d'emploi se fait au moment de la demande de permis de travail, l'agent fonde sa décision sur l'avis du ministère des Ressources humaines et Développement des compétences (Service Canada). C'est donc la demande d'AMT traitée par Service Canada qui sera la plupart du temps le point de départ d'une vérification plus approfondie de la part des autorités.

Dans le cadre de l'évaluation de l'authenticité de l'offre d'emploi, on s'assure entre autres que l'employeur s'est conformé aux lois et règlements fédéraux et provinciaux régissant le travail et le recrutement de main-d'œuvre dans la province où il est prévu que l'étranger travaillera. Les employeurs qui ont été

sanctionnés pour certaines infractions en matière de santé et sécurité au travail, de normes du travail ou pour atteinte aux droits et libertés, à titre d'exemples, peuvent se voir restreints dans la possibilité d'embaucher des étrangers, et ce, même si l'infraction visée n'est pas liée à un travailleur étranger.

Il est important de souligner que cette restriction s'applique aussi au recruteur qui agit au nom de l'employeur. Le recours à des recruteurs externes est de plus en plus fréquent en matière de main-d'œuvre étrangère. Comme un manquement passé de la part du recruteur pourrait mener au refus du permis de travail, il y a lieu d'être prudent dans son choix de recruteur et prévoir un mécanisme de vérification et d'indemnisation.

De plus, avant d'émettre un permis de travail, les autorités vérifieront si l'employeur, au cours des deux années précédant le dépôt de la demande, a bel et bien respecté les conditions de travail (incluant la rémunération et les fonctions) prévues à l'offre d'embauche des travailleurs étrangers qu'il emploie. Le pouvoir de vérification des autorités à cet égard s'étend à tous les étrangers qu'il emploie et pas seulement à ceux pour qui il a obtenu un AMT. Par conséquent, toute modification d'une condition de travail en cours d'emploi devrait être portée à l'attention des autorités canadiennes émettrices avant d'entrer en vigueur. Dans le cas contraire, l'employeur s'expose à des sanctions, même si les nouvelles conditions de travail sont plus avantageuses pour le travailleur étranger. Ces sanctions incluent l'interdiction d'embaucher tout travailleur étranger pendant une période de deux ans et la publication du nom de l'employeur fautif sur le site Web de Citoyenneté et Immigration Canada.



À cet égard, une approche préventive serait d'inclure dans toute offre d'emploi destinée à un travailleur étranger une clause prévoyant la possibilité que les conditions de travail puissent être modifiées de temps à autre, notamment en fonction du rendement de l'employé. On pourrait de cette façon inclure les modifications de rémunération et d'autres changements considérés usuels. Le libellé d'une telle clause devrait faire l'objet d'une rédaction soignée.

L'employeur visé par une vérification ou une enquête des autorités fédérales devra être en mesure de prouver, documents pertinents à l'appui, qu'il a respecté ses engagements envers les travailleurs étrangers qu'il a embauchés et que les représentations qu'il a faites auprès des autorités, dans le cadre des demandes d'AMT et de permis de travail, sont véridiques.

Un dossier devrait être tenu pour chaque employé étranger. Outre une copie du permis de travail valide, ce dossier devrait contenir toute la documentation soumise aux autorités et la preuve d'un suivi attentif quant au respect des conditions de travail. L'employeur prudent conservera une copie des avis et des communications transmis aux autorités afin de pouvoir faire la démonstration du respect des conditions du Programme des travailleurs étrangers temporaires, en cas de vérification.

En conclusion, tout employeur embauchant des travailleurs étrangers se doit d'établir et de maintenir des processus internes de vérification et de suivi afin d'être prêt lors d'une enquête menée par les autorités ou lors de la signature de représentations dans le cadre d'une demande de permis de travail ou d'AMT. Pour embaucher un étranger, un employeur doit maintenant être irréprochable, le demeurer et être en mesure de le démontrer. ◀

LE SAVIEZ-VOUS? LA RESPONSABILITÉ FISCALE D'UN FIDUCIAIRE

Éric Gélinas
egelinas@lavery.ca

avec la collaboration de
Philip Hazeltine

Plusieurs fiducies ont été constituées au cours des dernières années afin de mettre en place diverses planifications fiscales. Une fiducie consiste en un patrimoine créé par donation d'un bien par un particulier (le constituant). Lors de la constitution de la fiducie, un ou des fiduciaires sont nommés afin d'en gérer les affaires et d'en garder les biens. Il est courant qu'un professionnel accepte d'agir à titre de fiduciaire d'une fiducie créée pour son client. L'implication de ce professionnel fiduciaire dans les affaires courantes de la fiducie est parfois limitée, ce qui est susceptible d'entraîner de lourdes conséquences pour ce dernier.

Dans une affaire pénale récente, *Sous-ministre du revenu du Québec c. Roy Gordon Harris*, M. Harris a été accusé d'au moins 18 chefs d'accusation par le sous-ministre du revenu du Québec, en vertu de la *Loi sur l'administration fiscale* (« LAF »), pour avoir volontairement omis de produire les déclarations de revenus de plusieurs fiducies. M. Harris a agi à titre de fiduciaire pour ces diverses fiducies (le « **Fiduciaire Harris** ») et c'est à ce titre qu'il a été accusé par le Procureur général du Québec.

En résumé, le stratagème auquel le Fiduciaire Harris semble avoir participé consistait en un premier transfert d'immeubles entre des bénéficiaires et des fiducies et, peu de temps après, un second transfert d'immeubles

avait lieu entre les fiducies impliquées et un tiers. Par la suite, le produit de la vente du second transfert était distribué entre le ou les bénéficiaires de la fiducie et le Fiduciaire Harris.

Il semble qu'aucune déclaration de revenus n'ait été produite par les fiducies impliquées et que, par conséquent, le gain résultant de la vente des immeubles n'ait pas été déclaré à l'Agence du revenu du Québec l'« **ARQ** », tel que prévu par les lois fiscales applicables au Québec. Il faut noter que des perquisitions ont été effectuées par l'ARQ dans les bureaux des notaires impliqués dans ces transferts d'immeubles. M. Harris a plaidé coupable le 22 février 2012 à un seul chef d'accusation et a écopé d'une amende de 37 218 \$ en lien avec cette accusation. Les autres chefs d'accusation ont été retirés pour des raisons inconnues, probablement suite à une entente entre les parties.

Dans ce cas précis, le Fiduciaire Harris semble avoir été impliqué de près dans les affaires de la fiducie. Qu'arriverait-il si un professionnel était un fiduciaire silencieux et le préparateur des déclarations fiscales de ladite fiducie? Pourrait-il être tenu responsable des impôts impayés de la fiducie ou être accusé au pénal pour négligence? Jusqu'où va la responsabilité fiscale d'un professionnel fiduciaire?

Nous suggérons de plus en plus aux fiduciaires de mettre en place un contrôle interne de la fiducie qui est similaire à celui des sociétés par actions. Il est évidemment préférable pour un fiduciaire de suivre de façon régulière l'évolution des affaires de la fiducie afin d'éviter tout problème futur avec les autorités fiscales. ◀



LAVERY, UN APERÇU

- ▶ En affaires depuis 1913
- ▶ 175 avocats
- ▶ Plus important cabinet indépendant du Québec
- ▶ Réseau national et international World Services Group (WSG)

CONTACTS

MONTRÉAL – 1, Place Ville Marie
514 871-1522
QUÉBEC – 925, Grande Allée Ouest
418 688-5000
OTTAWA – 360, rue Albert
613 594-4936

▶ lavery.ca

To receive our newsletter in English, please email us at ratio@lavery.ca. Si vous désirez recevoir notre bulletin en format électronique, veuillez envoyer un courriel à ratio@lavery.ca.

Droit de reproduction réservé. Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur des sujets de nature juridique. Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.