

Le droit des successions aux Etats-Unis - Procurations,

By Yahne Miorini, LL.M.

En France, nous avons deux sortes de procurations: la procuration générale et la procuration pour vendre ou acheter. La procuration générale doit être authentique, c'est-à-dire, signée devant un notaire. La procuration pour vendre ou acheter est un acte sous seing privé. Elle ne nécessite donc pas la présence du notaire lors de sa signature. Cependant, si une autorisation d'emprunt est incorporée dans la procuration pour acheter, alors la procuration doit être authentique et donc la signature de ladite procuration doit être recueillie par un notaire. Pour résumer, une procuration sous seing privée est gratuite alors qu'une procuration authentique est soumise à un tarif notarial. La présence et signature du notaire coûte!

Il est rare en France de signer une procuration générale en avance. La plupart du temps, elle est signée par une personne âgée ou malade. La procuration générale en France ne donne pas un pouvoir général pour vendre un bien immobilier. Il est considéré que la personne qui donne pouvoir de sa représentation doit aussi donner son consentement sur le bien spécifiquement désigné et son prix. La France utilise donc les procurations pour vendre ou acheter, lesquelles sont établies à chaque transaction si nécessaire.

La France vient récemment de reconnaître la valeur des procurations générales, faites à l'avance. Parlons maintenant, des procurations aux Etats-Unis.

Aux Etats-Unis, la procuration générale fait partie de la préparation d'une succession. Elle est incluse dans les documents appelés "estate planning." La procuration aux Etats Unis est vue comme un moyen de facilitation pour la gestion du patrimoine qui donne accès aux finances du principal par une personne de confiance. Une

procuracion bien rédigée permet d'éviter avoir à aller au tribunal pour la nomination d'un gardien et d'un conservateur en cas d'incapacité du principal. Donc la procuration a des avantages immédiats de gestion et des avantages pour la protection en cas d'une incapacité future.

1. Avantages immédiats de la procuration

La personne qui donne procuration est appelée "principal." La personne qui a les pouvoirs d'agir, est appelée "agent" ou "attorney-in-fact." L'agent signera à la place du principal en signant le nom du principal et en ajoutant "by" et en signant après sa propre signature suivi des mots "attorney-in-fact." Donc si Martin Dupont donne procuration à Paul Durant. Paul signera "Martin Dupont by Paul Durant, attorney-in-fact." Je rappelle qu'aux Etats-Unis, les signatures sont généralement peu élaborées. La plupart des personnes écrivent leur nom d'une façon lisible.

Il est possible de choisir plusieurs agents. Souvent, les parents veulent donner ce pouvoir financier à tous leurs enfants et souhaitent qu'ils agissent ensemble. Dans ce cas, la procuration doit être clairement rédigée pour savoir si la signature de tous les agents est obligatoire dans chaque action, ou si pour certaines actions (à définir), la signature d'un des agents est suffisante.

La procuration fonctionne de la façon suivante. Le « principal » donne accès à toutes ses finances à l'agent. L'agent a accès aux comptes bancaires, peut signer des contrats au nom du principal, vendre, acheter, hypothèques des biens, signer la déclaration d'impôt et dans certain cas faire des donations. Il est bien entendu que le principal doit avoir une confiance totale dans son agent.

L'agent a une obligation de fiducie (fiduciary obligation). C'est-à-dire, que

bien que l'agent ait tous les pouvoirs, il/elle doit les utiliser au service du principal. L'agent doit agir pour le bien être du principal. L'agent ne doit jamais mélanger ses biens avec celui du principal. Si non, il pourrait être accusé de "comminglement" et encourir une responsabilité juridique avec des conséquences financières. Les lois de la plupart des états reconnaissent une obligation d'acompte. Bien que l'agent n'ait pas à fournir un acompte annuel de ses actions, il/elle doit savoir que le principal pourrait demander cet acompte. Il est donc conseillé que l'agent garde une comptabilité de ses actions. De plus, certains membres de la famille et dans certains états, certaines agences gouvernementales peuvent demander cet acompte afin de protéger le principal.

La procuration générale aux Etats-Unis incorpore le droit de vendre tous biens immobiliers. Cette procuration est appelée "General Durable Power of Attorney" ou "Financial Power of Attorney" ou quelque chose similaire.

Certains cabinets juridiques conseillent de signer des procurations limitées à la vente de chaque bien immobilier. Lorsque ces procurations sont établies, elles ne mentionnent pas le prix de vente. Elles sont la plupart du temps exécutées dans l'éventualité qu'un jour le bien immobilier pourrait être vendu et que son propriétaire pourrait ne pas être présent à la signature. Ces procurations pour vendre appelée "Special Power of Attorney" sont signées pour limiter la divulgation d'information sur le vendeur. Les procurations sont publiées avec l'acte de vente. Donc, il est préférable de publier une procuration limitée au sujet de la vente plutôt que d'avoir la procuration générale.

Les pouvoirs de donner varient d'une procuration à l'autre. Certaines procurations limitent le pouvoir de

donner à l'exclusion annuelle qui est actuellement à \$12,000 par donné. Certaines procurations limitent les donations aux membres de la famille ou nécessite l'autorisation d'une tierce partie. Certaines procurations donnent total pouvoir. Ces options doivent être discutées avec votre avocat. Chaque option a ses avantages et ses inconvénients et doit répondre à votre propre situation. L'agent aura accès à vos directives testamentaires qu'il/elle devra prendre en compte. S'il est dit dans votre testament que vous donnez vos actions AT&T à Sophie et votre maison de campagne à Pierre, l'agent ne doit pas vendre ces biens à moins que ce soit justifier pour les besoins du principal et que le patrimoine du principal n'offre pas d'autre solution.

Il est conseillé de sélectionner un agent et aussi un ou des successeurs. Vous pouvez aussi choisir d'avoir une procuration à effet immédiat ou de retarder son effet. C'est ce qu'on appelle "springing powers." L'agent ne sera investi de ses pouvoirs qu'en produisant une lettre d'un ou de deux docteurs certifiant que vous êtes temporairement incapable. Généralement, les époux se donnent procuration à effet immédiat. C'est pour les agents "successeurs" ou lorsqu'il n'y a pas d'époux que l'option "springing" est considérée.

Donc, la procuration est un moyen de délégation de pouvoir immédiat. Il faut cependant savoir que certaines banques ou agences financières essaient d'imposer leurs propres formes. Par exemple, une certaine banque ayant des branches en Virginie, a récemment refusé d'honorer des procurations générales donnant comme raison que la procuration avait été signée plus d'une année auparavant. C'est totalement illégal. Les procurations n'ont pas de durée limitée dans le temps (tout au moins c'est ce qui est généralement stipulé). Que faire? Après avoir signé votre procuration, assurez-vous que vos agences financière honoreront votre procuration.

2. Protection en cas d'incapacité

La procuration protège pour le future. Le jour où une personne est hospitalisée pour une durée prolongée qui prend en charge la gestion de son patrimoine? Avoir des comptes joints aide pour une gestion journalière mais n'apporte pas une solution pour le long terme. Prenons l'hypothèse d'un couple qui détient tout en commun (joint ownership). Le jour où un des conjoints est hospitalisé (coma à la suite d'un accident de voiture), l'autre peut continuer à effectuer la gestion régulière des comptes et payer les factures. D'une certaine façon il n'y a pas besoin de procuration. Mais, si l'incapacité perdure, le conjoint en bonne santé de pourra pas vendre un bien immobiliers sans le consentement de l'autre conjoint, à moins d'avoir une procuration. Le conjoint en bonne santé ne pourra pas changer d'agent financier et ouvrir un nouveau compte joint sans l'accord du conjoint malade à moins d'avoir une procuration. Le conjoint ne pourra pas créer un trust pour protéger son conjoint malade sans avoir une procuration. En absence de procuration et face à une incapacité, le conjoint devra demander au tribunal de le/la nommer gardien et conservateur de son conjoint incapable. Lorsque que tous se passe bien, cette procédure juridique coûte environ \$5,000. Si d'autre personnes s'y opposent ou veulent être gardien ou que la personne malade refuser cette nomination, les frais d'avocats risquent de grimper entre \$10,000 et \$50,000.

Le gardien est la personne qui a la responsabilité de la personne physique et doit vérifier que l'incapable est bien soigné. Le conservateur est la personne qui a la responsabilité des finances de l'incapable. Le conservateur devra soumettre annuellement un acompte au tribunal.

En signant une procuration, la nomination d'un gardien ou conservateur n'est généralement pas nécessaire. Cependant, lorsqu'une personne est souffre de certaines maladies mentales, il peut être nécessaire pour la protéger de lui retirer officiellement sa capacité civile. En ayant signé une procuration et si la

procuration est bien rédigée, le principal a sélectionné son ou ses agents comme gardien(s) et conservateur(s). Donc, lorsque le juge devra décider de la nomination d'un gardien et d'un conservateur, les agents désignés auront priorité.