

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

lavery
DROIT ► AFFAIRES

Sommaire

**La lettre d'intention :
au-delà des mots, l'intention
et la conduite des parties**

**Modifier un acte de fiducie :
pas aussi simple qu'on pourrait
le croire !**

**Maximisation de l'utilisation
des pertes postfusion**

LA LETTRE D'INTENTION : AU-DELÀ DES MOTS, L'INTENTION ET LA CONDUITE DES PARTIES

Patrice Vaillancourt
pavaillancourt@lavery.ca

Une lettre d'intention constitue souvent le premier document signé par les parties en vue de la conclusion potentielle d'une opération commerciale. Son attrait réside dans le fait que, généralement, elle ne constitue pas un engagement formel et définitif de conclure l'opération visée. Cependant, la Cour d'appel de l'Ontario a récemment décidé, dans *Wallace c. Allen* (2009 ONCA 36) que le

libellé d'une lettre d'intention, l'intention et la conduite des parties pouvaient rendre la lettre d'intention contraignante.

LES FAITS

En août 2004, M. Allen (le « Vendeur ») avise son voisin, M. Wallace (« l'Acheteur »), de son désir de vendre son entreprise (« l'Entreprise »). Le 24 septembre 2004, après plusieurs semaines de négociations, les parties signent un document intitulé [traduction] « lettre d'intention pour l'achat et la vente des compagnies [...] ». Les parties reconnaissent que les éléments essentiels de la transaction sont réglés ce jour et contenus dans cette entente.

À compter du 27 septembre 2004, l'Acheteur se présente quotidiennement sur les lieux de l'Entreprise afin de se familiariser avec ses rouages et connaître ses clients et ses employés dans le but d'effectuer une transition harmonieuse lors du changement de propriété de l'Entreprise.

Le 6 décembre 2004, l'Acheteur transmet au Vendeur un premier projet de convention d'achat/vente d'actions, dont la négociation sera finalisée 3 jours plus tard. Les parties s'entendent pour conclure formellement la transaction le 29 décembre 2004.

Jusqu'à cette date, le Vendeur prépare la clôture. Il se présente pour signer l'ensemble de la documentation à la date convenue. ►



Cependant, l'Acheteur n'est pas présent et n'a signé au préalable aucun document de transaction. Le Vendeur déclare la transaction nulle et refuse de procéder à la clôture ou de fixer une nouvelle date de clôture.

LA DÉCISION

L'Acheteur poursuit donc le Vendeur afin de se faire déclarer propriétaire de l'Entreprise. Le juge de première instance rejette son action sur la base que la lettre d'intention ne forçait pas les parties à conclure l'opération.

Pour sa part, la cour d'appel de l'Ontario renverse la décision de la cour supérieure et accorde à l'Acheteur des dommages et intérêts. La cour d'appel estime que l'économie générale de la lettre d'intention signée par les parties démontrait clairement leur intention d'être liées : celle-ci contenait des mots et expressions à cet effet, incluant « cette convention », « il est convenu », « au moment de l'acceptation ». En outre, la cour d'appel juge que la conduite des parties suite à la signature de la lettre d'intention démontre l'intention des parties d'être liées : le Vendeur avait déjà annoncé à son entourage la vente de l'Entreprise à l'Acheteur et avait présenté l'Acheteur comme le nouveau propriétaire. La cour d'appel estime toutefois qu'elle ne peut forcer la conclusion de la transaction puisque (i) la transaction ne représentait pas pour l'Acheteur une occasion unique en soi (l'Acheteur étant aguerrri dans l'achat et la vente d'entreprises) et (ii) une période de 4 ans, trop longue, s'était écoulée depuis les dernières négociations. La cour conclut ainsi que l'octroi de dommages et intérêts à l'Acheteur est le remède approprié dans les circonstances.

CONCLUSION

Malgré que cette décision soit rendue hors Québec et qu'elle ne soit pas strictement applicable en droit québécois, elle illustre que la portée des mots et la conduite des parties peuvent entraîner des conséquences juridiques importantes.

Lors de la rédaction d'une lettre d'intention, il convient de spécifier expressément si les parties seront tenues ou non à conclure l'opération. L'emploi anodin de mots et de concepts reliés à un tel engagement pourrait de plus être interprété comme conférant implicitement un tel effet liant.

En outre, même si la lettre d'intention prévoit que les parties ne désirent pas s'engager immédiatement à conclure l'opération, les parties auront quand même l'obligation de négocier de bonne foi. De surcroît, elles pourraient potentiellement être tenues de conclure la transaction s'il est possible d'inférer de leur conduite une intention claire de ce faire.

Dans tous les cas, afin d'éviter un résultat non voulu, n'hésitez pas à consulter le conseiller juridique de la partie que vous représentez. ◀

MODIFIER UN ACTE DE FIDUCIE : PAS AUSSI SIMPLE QU'ON POURRAIT LE CROIRE !

Valérie Boucher
vboucher@lavery.ca

La rédaction d'un acte constitutif de fiducie n'est pas quelque chose qu'il faut prendre à la légère. En effet, l'acte de fiducie est le document qui constate la création d'une fiducie et établit les droits, pouvoirs et obligations des fiduciaires, qui sont chargés d'administrer les biens en fiducie, et des bénéficiaires, qui ont droit de recevoir les revenus et le capital de la fiducie. Les dispositions de l'acte guideront les parties tout au long de la vie de la fiducie, ce qui peut représenter une période de temps plus ou moins longue selon le cas.

Le Code civil ne contient pas de dispositions autorisant expressément les acteurs de la fiducie à en modifier les modalités, mais comprend par contre un article permettant au tribunal de le faire. Selon une majorité d'auteurs, l'acte de fiducie n'est pas un simple contrat qui peut être modifié à tout moment du seul consentement des parties.

Même en admettant que l'acte de fiducie puisse être modifié par les parties, sans avoir recours au tribunal, certaines limites doivent être prises en considération. D'abord, il faut voir si l'acte constitutif de fiducie contient des dispositions permettant à un ou à plusieurs acteurs de la fiducie de le modifier et quelles sont les modifications permises par ces dispositions. La qualité de la rédaction de l'acte de fiducie est primordiale.

Selon l'état actuel du droit, en l'absence de dispositions dans l'acte constitutif permettant expressément aux parties de le modifier, il est très incertain que les modifications qui seraient apportées subséquemment par les parties concernées soient reconnues valides par un tribunal.

Si l'acte contient des dispositions permettant aux fiduciaires d'y apporter unilatéralement des modifications, ceux-ci devraient faire preuve de prudence compte tenu des avis partagés quant à la validité de telles dispositions. Les fiduciaires ne devraient

faire que des modifications qui s'inscrivent dans l'accomplissement du but de la fiducie. Autrement, ils s'exposent à ce que les bénéficiaires contestent ces modifications. Afin de réduire les risques, les fiduciaires peuvent tenter d'obtenir le consentement des bénéficiaires aux modifications envisagées. L'obtention de ce consentement peut cependant s'avérer difficile, voire impossible, lorsque les bénéficiaires sont nombreux ou lorsque certains bénéficiaires mineurs ou non encore conçus sont désignés dans l'acte.

L'article 1294 du *Code civil du Québec* prévoit que le tribunal peut modifier les dispositions de l'acte constitutif de fiducie lorsque « la fiducie répond toujours à la volonté du constituant, mais que de nouvelles mesures permettraient de mieux respecter sa volonté ou favoriseraient l'accomplissement de la fiducie ». Le tribunal qui est saisi d'une demande de modification devra donc voir à ce que ces éléments soient présents avant de consentir à une modification. Si le constituant de la fiducie est vivant et qu'il peut témoigner sur son intention au moment de constituer la fiducie, le tribunal en tiendra probablement compte, mais il n'est pas certain que cela soit déterminant dans tous les cas.

À titre d'exemple, si une fiducie est constituée par Madame Tremblay pour le bénéfice de ses petits-enfants, Jeanne et Émile, et qu'à la suite de la constitution de la fiducie un troisième petit-enfant, Alexandre, naît, Madame Tremblay pourrait vouloir s'adresser au tribunal pour lui demander de modifier l'acte de fiducie afin d'inclure Alexandre parmi les bénéficiaires de la fiducie. Selon la jurisprudence actuelle, il n'est pas certain que le tribunal accepterait une telle demande de modification. Il pourrait au contraire vouloir protéger les intérêts de Jeanne et d'Émile et refuser d'ajouter un bénéficiaire. Une telle situation aurait pu être évitée par une rédaction appropriée de l'acte de fiducie, qui aurait décrit les bénéficiaires de la fiducie comme étant « tous les petits-enfants de Madame Tremblay ».

Soyez donc vigilant quand vient le temps de conseiller un client à l'égard de la rédaction d'un acte constitutif de fiducie... il n'y a pas de place à l'erreur! ◀



MAXIMISATION DE L'UTILISATION DES PERTES POSTFUSION

Philippe Asselin et Philip Hazeltine
 passelin@lavery.ca
 phazeltine@lavery.ca

La réorganisation des sociétés d'un même groupe peut être entreprise pour diverses raisons de nature commerciale ou fiscale. La façon de procéder pour atteindre le résultat souhaité peut quant à elle entraîner des conséquences fiscales différentes même si le résultat final est en apparence le même.

La *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « LIR ») prévoit certaines restrictions concernant l'utilisation des pertes lors de la fusion de plusieurs sociétés. De façon générale, la LIR permet le report des pertes subies au cours des années d'imposition terminées avant la fusion aux années d'imposition ultérieures de la société issue de la fusion.

À l'opposé, les pertes réalisées par la société issue de la fusion ne peuvent généralement être reportées aux années d'imposition des sociétés fusionnées terminées avant la fusion.

La LIR prévoit toutefois une exception à cet égard dans le cadre d'une fusion verticale, c'est-à-dire la fusion d'une société mère et d'une ou plusieurs filiales détenues en propriété exclusive par celle-ci. Lors d'une fusion verticale, les pertes subies par

la société issue de la fusion peuvent être reportées aux années d'imposition de la société mère terminées avant la fusion.

Afin d'illustrer la problématique pouvant découler d'une situation donnée, nous vous proposons l'exemple qui suit. La société A et la société B étaient détenues en propriété exclusive par monsieur X et la fin de leur année d'imposition respective était le 31 décembre. Monsieur X désirait fusionner la société A et la société B afin de simplifier sa structure corporative. La société A et la société B ont donc fusionné le 1^{er} janvier 2009. La fusion a entraîné une fin d'année d'imposition réputée le 31 décembre 2008 pour chacune des sociétés A et B et une nouvelle année d'imposition a commencé le 1^{er} janvier 2009 pour la société issue de la fusion (la « société AB »).

Au cours de l'année 2009, la société AB subit des pertes. Les pertes de l'année d'imposition 2009 subies par la société AB ne pourront être reportées à l'encontre du revenu réalisé par les sociétés A ou B au cours de l'année d'imposition terminée le 31 décembre 2008 puisque la fusion effectuée était une fusion horizontale (deux sociétés détenues en propriété exclusive par le même actionnaire).

Afin de bénéficier du report de pertes, monsieur X aurait pu transférer en franchise



d'impôt la totalité des actions qu'il détenait dans la société A en faveur de la société B ou vice-versa avant d'effectuer la fusion de ces deux sociétés. À la suite du transfert, les sociétés A et B auraient fusionné le 1^{er} janvier 2009 (fusion verticale).

Cette façon de procéder aurait permis de reporter les pertes réalisées par la société AB au cours de son année d'imposition terminée le 31 décembre 2009 à l'encontre du revenu réalisé par la société mère pour l'année d'imposition terminée avant la fusion, soit la société A ou B dépendamment du scénario choisi.

N'oubliez jamais que si tous les chemins mènent à Rome, encore faut-il savoir choisir lequel emprunter! ◀

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

LAVAL – 3080, boul. Le Carrefour
 450 978-8100

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.