

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

lavery
DROIT ► AFFAIRES

Sommaire

**L'entente de confidentialité,
peut-on vivre sans elle ?**

**Le cautionnement attaché
à l'exercice de fonctions
particulières peut prendre fin
lorsque cessent ces fonctions**

**Les paroles s'envolent,
les écrits... doivent être gérés
de façon appropriée !**

**La loi fédérale régissant les
organisations à but non lucratif
subit une cure de jeunesse !**

L'ENTENTE DE CONFIDENTIALITÉ, PEUT-ON VIVRE SANS ELLE ?

Patrice André Vaillancourt
pavaillancourt@lavery.ca

Vous conseillez un vendeur dans une opération de vente d'entreprise. Les parties ont déjà conclu une lettre d'intention, laquelle prévoit la vérification diligente de l'entreprise de votre cliente.

Avant l'amorce de cette vérification et la divulgation de toute information concernant votre cliente, un engagement de confidentialité devrait-il être signé ? Les lois du Québec protègent-elles votre cliente malgré l'absence d'un tel engagement ?

Au Québec, votre cliente pourrait être indemnisée pour un dommage causé par un tiers, notamment dans le cas de violation d'un secret commercial.

Le Code civil du Québec prévoit de plus que votre cliente pourrait être indemnisée spécifiquement pour les investissements effectués pour l'acquisition du secret commercial, sa mise au point et son exploitation. Votre cliente devrait cependant alors faire la preuve qu'il s'agit bel et bien d'un secret commercial afin de bénéficier de cette indemnisation spécifique.

Ce qui constitue un secret commercial n'est pas défini dans le Code civil du Québec. Cependant, certains critères d'identification ont été élaborés par les tribunaux canadiens, y compris : (1) le degré de connaissance de l'information hors de l'entreprise ;

(2) le degré de connaissance de l'information par les employés et autres personnes reliées à l'entreprise ; (3) les mesures prises par l'entreprise pour préserver le caractère confidentiel de l'information ; (4) la valeur de l'information confidentielle pour l'entreprise et ses concurrents ; (5) le montant et les efforts fournis par l'entreprise pour produire l'information et (6) la facilité avec laquelle l'information pourrait être légitimement acquise ou copiée par d'autres.

Puisque les principes d'indemnisation du Code civil du Québec en matière de secret commercial sont applicables, qu'il y ait contrat ou pas, l'absence d'un engagement de confidentialité n'est pas nécessairement tragique, mais aura cependant pour conséquence de forcer la partie qui veut être indemnisée à faire la preuve que l'information était de nature confidentielle afin de bénéficier de la protection spécifique offerte par le Code civil du Québec.

Un engagement de confidentialité peut soulager votre cliente de ce fardeau, s'il prévoit, par exemple, que tous les renseignements transmis en vertu de cet engagement sont réputés confidentiels (sauf ceux qui sont connus du public ou obtenus légitimement).

Votre conseiller juridique pourra vous procurer des solutions adaptées à la situation, n'hésitez pas à le consulter. ◀



LE CAUTIONNEMENT ATTACHÉ À L'EXERCICE DE FONCTIONS PARTICULIÈRES PEUT PRENDRE FIN LORSQUE CESSENT CES FONCTIONS

Benjamin David Gross
bgross@lavery.ca

En matière de cautionnement, le Code civil du Québec (« C.c.Q. ») comporte une particularité que plusieurs personnes ignorent et qui peut engendrer des conséquences majeures. En effet, l'article 2363 du C.c.Q. énonce que : « Le cautionnement attaché à l'exercice de fonctions particulières prend fin lorsque cessent ces fonctions ».

La Cour suprême du Canada s'est exprimée sur la question en 2004 dans l'arrêt *Épicieris Unis Métro-Richelieu inc., une division « Éconogros » c. Collin*¹ :

« L'article 2363 C.c.Q. produira pleinement ses effets dès que la caution aura prouvé que le cautionnement a été consenti en raison de la fonction qu'elle exerce. (...) le fardeau de preuve repose sur les épaules de la caution (...) la caution n'a donc pas l'obligation de prouver que le créancier a exigé son cautionnement en raison uniquement de sa qualité ni de prouver que les parties voulaient assujettir l'extinction du cautionnement à la cessation de l'exercice de ses fonctions (...) Puisque l'article 2363 C.c.Q. prévoit déjà que le cautionnement prend fin à la cessation de l'exercice des fonctions de la caution, il n'est, en effet, pas nécessaire de le stipuler dans le contrat. Il suffit que la caution démontre que l'un des motifs pour lesquels le créancier a demandé le cautionnement était la fonction qu'elle exerçait. »

Ce principe a été retenu récemment par la Cour supérieure dans le récent arrêt *9074-9508 Québec Inc. c. Gagnon* (2008) QCCS 1259. Dans cette affaire, un bail avait été consenti par le propriétaire d'un immeuble



(le « Propriétaire ») à une autre personne (le « Locataire »). Le Locataire avait par la suite sous-loué l'immeuble à une corporation (le « Sous-locataire ») pour lui permettre d'exploiter un restaurant sous la bannière Harvey's. Afin que le Propriétaire consente à la sous-location, le président (et unique actionnaire) (la « Caution ») du Sous-locataire avait signé un cautionnement en faveur du Propriétaire. Quelques années plus tard, la Caution vendait les actions qu'elle détenait dans le Sous-locataire (ainsi que le droit d'exploiter son restaurant) à des tiers (les « Tiers ») et démissionnait de son poste de président du Sous-locataire. Ni le Propriétaire ni le Locataire n'étaient au courant de la vente desdites actions et de la démission de la Caution à titre de président du Sous-locataire.

Les Tiers ont exploité le restaurant pendant de nombreuses années, jusqu'à ce qu'ils rencontrent des difficultés financières qui les forcèrent à cesser l'exploitation du restaurant et à faire cession des biens du Sous-locataire.

Par la suite, le Propriétaire fit parvenir une mise en demeure à la Caution, la tenant solidairement responsable pour les obligations du Sous-locataire envers le Propriétaire.

Lors de l'audition, la Caution invoqua que l'article 2363 du C.c.Q. était applicable et remit en cause l'existence même du cautionnement étant donné qu'elle avait cessé d'occuper ses fonctions de président du Sous-locataire.

Le tribunal conclut que la Caution s'était acquittée de son fardeau de preuve qui consistait à prouver que le cautionnement octroyé était lié à sa fonction de président du Sous-locataire. De plus, afin que l'article 2363 du C.c.Q. s'applique, la Caution n'avait pas l'obligation d'aviser le Propriétaire ou le Locataire qu'elle avait vendu ses actions dans le capital du Sous-locataire et qu'elle avait démissionné de son poste de président.

Ainsi, lorsque vous demandez le cautionnement d'un administrateur ou dirigeant, certaines précautions s'imposent : (i) le contrat de cautionnement doit stipuler expressément l'obligation de la caution de vous aviser de toute cessation potentielle de ses fonctions ou, mieux encore, prévoir que le cautionnement ne prendra pas fin même si la caution cesse d'exercer ses fonctions d'administrateur ou dirigeant et (ii) prévoir des garanties additionnelles afin de parer les mauvaises surprises. Nos experts en la matière savent comment s'y prendre! ◀

1. [2004] 3 R.C.S. 257

LES PAROLES S'ENVOLENT, LES ÉCRITS... DOIVENT ÊTRE GÉRÉS DE FAÇON APPROPRIÉE !

Luc Pariseau
lpariseau@lavery.ca

La complexité des règles fiscales applicables aux entreprises canadiennes s'est accrue de façon importante au cours des dernières années. Il en résulte inévitablement un plus grand volume de documentation se rapportant aux affaires fiscales des entreprises : registres comptables, notes de service d'experts en fiscalité, correspondances, documents de travail internes, etc. Une gestion appropriée de cette documentation peut apporter des bienfaits considérables à l'entreprise et est susceptible de faciliter le règlement d'une dispute avec les autorités fiscales ou d'éviter une telle dispute.

Rappelons d'abord que les lois fiscales exigent, de façon générale, que les contribuables canadiens exploitant une entreprise conservent des livres et registres adéquats permettant de déterminer les montants payables en vertu de ces lois. Ces livres et registres doivent être conservés pendant une période minimale de six (6) ans après la fin de l'exercice auquel ils se rapportent. Un manquement à ces obligations peut empêcher le contribuable fautif de contester avec succès un avis de cotisation en plus de l'exposer à certaines pénalités. Les autorités fiscales et les tribunaux ont été plus exigeants à cet égard au cours des dernières années.

Malgré ces exigences, les contribuables ne sont pas obligés de conserver tous les documents ayant une pertinence quelconque à l'égard de leurs affaires fiscales. De façon générale, la pertinence de conserver un document donné est fonction de son utilité quant à la détermination du fardeau fiscal de l'entreprise. Dans la mesure où un document n'est pas utile pour déterminer le fardeau fiscal de l'entreprise, sa conservation n'est pas obligatoire. Ceci dit, même si la loi n'exige

pas qu'un document soit conservé, il serait prudent de se demander aussi dans quelle mesure le document en question pourrait être favorable à la position du contribuable.

Dans tous les cas, le processus de gestion de la documentation fiscale d'une entreprise doit être bien encadré et appliqué de façon continue. La destruction de la documentation dans le cadre d'une vérification fiscale pourrait résulter en des poursuites criminelles contre les personnes impliquées.

Au-delà de la non-rétention de certains documents relatifs aux affaires fiscales d'une entreprise, il faut également s'assurer de bien conserver et de bien gérer les documents qui sont essentiels ou utiles aux affaires fiscales d'un contribuable. Ces documents peuvent aussi comprendre des documents bénéficiant d'un privilège empêchant les autorités fiscales

d'en exiger la production dans certaines circonstances, comme, à titre d'exemple, certaines communications entre un avocat et son client. Il convient de gérer ces documents de façon à ne pas perdre ce privilège.

Dans de prochains numéros, nous aborderons certains sujets connexes à celui faisant l'objet du présent article, comme le privilège avocat/client, la gestion de la documentation fiscale ainsi que les pouvoirs des autorités fiscales dans le cadre d'une vérification par les autorités fiscales. Les contribuables canadiens exploitant une entreprise devraient cependant s'assurer d'adopter dans tous les cas une politique de gestion rigoureuse de la documentation fiscale et de mettre en place des mesures de contrôle systématiques afin de s'assurer de l'application continue de cette politique. ◀



LA LOI FÉDÉRALE RÉGISSANT LES ORGANISATIONS À BUT NON LUCRATIF SUBIT UNE CURE DE JEUNESSE !

Valérie Boucher
vboucher@lavery.ca

Le projet de loi C-4 *Loi régissant les organisations à but non lucratif et certaines personnes morales* (la « Loi ») a reçu la sanction royale le 23 juin 2009. La Loi entrera en vigueur à la date fixée par décret ; on laisse entendre que cela pourrait être dans la seconde moitié de l'année 2010. La Loi remplace la partie II de l'actuelle *Loi sur les corporations canadiennes* (« LCC »), laquelle n'a subi que très peu de modifications depuis 1917. À compter de l'entrée en vigueur de la Loi, chaque organisation à but non lucratif (« OBNL ») assujettie à la partie II de la LCC aura trois (3) ans pour demander sa prorogation en vertu de la Loi, faute de quoi elle risque d'être dissoute par Industrie Canada.

La constitution d'une OBNL en vertu de la Loi est simplifiée par rapport à la procédure actuelle de demande de lettres patentes et présentation de règlements administratifs pour approbation. Dorénavant, la constitution d'une OBNL se fera de plein droit, par le dépôt de statuts constitutifs. La procédure sera semblable à celle qui a cours pour la constitution d'une société par actions en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

La Loi crée une distinction entre les OBNL ayant recours à la sollicitation et celles n'y ayant pas recours. Elle astreint les premières à des exigences plus rigoureuses que les secondes en matière de gestion d'entreprise et de responsabilité financière, notamment en leur imposant d'avoir un minimum de trois (3) administrateurs et d'adresser des exemplaires de leurs états financiers à Industrie Canada. De plus, en cas de liquidation d'une OBNL ayant recours à la sollicitation, les biens excédentaires doivent être distribués à des « donataires reconnus » au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

Une organisation ayant recours à la sollicitation est celle qui, pendant une période de trois (3) ans, a touché un revenu cumulatif excédant 10 000 \$, lequel revenu provient a) d'une donation ou d'un legs demandé à une personne qui n'est pas un membre, un administrateur, un dirigeant ou un employé de l'OBNL au moment de la demande, ni n'est le conjoint ou un membre de la famille d'une telle personne ; b) de subventions ou d'une aide financière analogue d'un ministère ou organisme fédéral, provincial ou municipal ou d'une municipalité ou c) d'une donation ou d'un legs d'une organisation ou d'une autre entité qui a touché un revenu de la manière décrite aux points a) et b). Le test pour déterminer si une OBNL est une organisation

ayant recours à la sollicitation pour une année donnée s'applique au dernier jour de l'exercice précédent, en tenant compte des trois (3) dernières années complétées.

En vertu de la Loi, toute OBNL doit désigner un expert-comptable à moins d'avoir un revenu annuel brut inférieur au seuil prévu par règlement (soit 50 000 \$ pour une organisation ayant recours à la sollicitation et 1 000 000 \$ pour une organisation n'ayant pas recours à la sollicitation). L'expert-comptable effectue une mission de vérification, sauf dans certaines situations où les membres peuvent opter pour une mission d'examen. L'expert-comptable doit dans tous les cas être indépendant de l'OBNL, des personnes morales de son groupe et de leurs administrateurs et dirigeants.

La Loi contient plusieurs autres nouveautés par rapport à la LCC. Notamment, elle offre aux membres le recours à l'action dérivée (poursuite contre les administrateurs ou dirigeants de l'OBNL au nom de celle-ci) et à une procédure en cas d'abus (afin d'assurer le respect des droits des membres). ◀

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.