

Bulletin d'information juridique à l'intention
des entrepreneurs et des décideurs

lavery
DROIT ► AFFAIRES

L'INTÉGRATION D'UNE FIDUCIE DANS L'ACTIONNARIAT DE VOTRE ENTREPRISE FAMILIALE

DIANA DARILUS

ddarilus@lavery.ca

Dans le cadre de la mise en place ou de la réorganisation d'une structure d'entreprise, l'intégration d'une fiducie dans l'actionnariat d'une entreprise familiale constituée en société par actions peut s'avérer un outil de planification fiscale et patrimoniale intéressant. Ce véhicule de détention est d'ailleurs de plus en plus utilisé au Québec.

La création d'une fiducie peut s'opérer par le transfert par une personne appelée « constituant » de biens affectés à une fin particulière à un patrimoine différent du sien qu'il constitue. Une ou plusieurs autres personnes, appelées « fiduciaires », s'engagent à détenir et administrer les biens de la fiducie. Dans le cas d'une fiducie discrétionnaire, les fiduciaires peuvent distribuer les revenus ou le capital de la fiducie aux bénéficiaires de celle-ci, à leur seul gré, selon les proportions qu'ils déterminent.

POSSIBILITÉ DE FRACTIONNEMENT DE REVENU AVEC LE CONJOINT ET LES ENFANTS MAJEURS

La détention directe d'actions d'une société par actions par un ou plusieurs membres d'une unité familiale est soumise aux droits prévus dans les statuts, tels que le droit préférentiel aux dividendes accordé à certaines catégories d'actions. Par ailleurs, considérant que les détenteurs d'une même catégorie d'actions ont tous en principe un droit équivalent aux dividendes, la détention directe n'offre pas la flexibilité que nous permet d'atteindre une fiducie.

En effet, le ou les fiduciaires de la fiducie discrétionnaire détentrice d'actions de la société par actions exploitante peuvent attribuer une portion du dividende reçu par la fiducie à un ou l'autre des bénéficiaires, à leur seul gré, et ainsi procéder à du fractionnement de revenu entre les membres de la famille du propriétaire de l'entreprise en allouant le revenu à ceux qui sont assujettis à un taux d'imposition moins élevé.

FLEXIBILITÉ POUR LA TRANSMISSION DE L'ENTREPRISE FAMILIALE OU UN DÉGEL ÉVENTUEL

Dans le contexte de la transmission d'une entreprise familiale exploitée sous forme d'une société par actions, une fiducie peut être utilisée dans le cadre d'un gel successoral visant à transmettre la plus-value future de l'entreprise aux enfants et aux petits-enfants de l'auteur du gel.

Lors du décès du propriétaire de l'entreprise familiale, celui-ci sera généralement réputé disposer immédiatement avant son décès des actions qu'il détient dans l'entreprise familiale pour un montant équivalent à leur juste valeur marchande. Pour réduire l'impôt qui devra être payé par la succession au décès du propriétaire, le gel successoral permet de « cristalliser » la valeur accumulée de l'entreprise au moment du gel dans des actions privilégiées : les actions ordinaires détenues par l'auteur du gel successoral sont échangées contre des actions privilégiées dites de « gel » d'une valeur équivalente à la valeur de l'entreprise à ce jour. L'augmentation de la valeur de l'entreprise à partir de ce moment sera accumulée dans des nouvelles actions ordinaires participantes émises à la relève.

SOMMAIRE

L'INTÉGRATION D'UNE FIDUCIE
DANS L'ACTIONNARIAT
DE VOTRE ENTREPRISE FAMILIALE

CLAUSES DE NON-CONCURRENCE
VISANT LES ACTIONNAIRES

LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES :
L'OUTIL ESSENTIEL DE L'ACTIONNAIRE
DE SOCIÉTÉ FERMÉE

Bien qu'il existe plusieurs méthodes de transmission d'une entreprise familiale à la relève (donation, vente directe des actions ou des actifs, etc.), la mise en place d'un gel successoral en intégrant une fiducie à laquelle sont émises les nouvelles actions participantes offre beaucoup plus de flexibilité que certaines autres méthodes.

Procéder ainsi permet à l'auteur du gel qui est fiduciaire de conserver une certaine souplesse et un contrôle quant aux éventuels détenteurs d'actions participantes de la société par actions, les enfants ou les petits-enfants de l'auteur du gel ne détenant pas directement lesdites actions participantes avant l'attribution par la fiducie. Si l'auteur du gel n'arrive pas à fixer son choix sur les personnes qui prendront la relève de l'entreprise, s'il n'est pas encore en mesure de déterminer la proportion des actions participantes qui seront distribuées à chacun des enfants ou petits-enfants, ou si les enfants ou petits-enfants sont encore mineurs, l'utilisation d'une fiducie permet de reporter la prise de ces décisions tout en s'assurant que la plus-value de l'entreprise ne soit plus accumulée dans le patrimoine du propriétaire de l'entreprise. Bref, l'auteur du gel pourra éventuellement attribuer les actions participantes à ses enfants et petits-enfants bénéficiaires en prenant en considération des critères tels que la participation plus poussée dans l'entreprise de l'un par rapport à l'autre ou le degré d'expertise que détient un enfant ou un petit-enfant.

Par ailleurs, si l'auteur du gel est aussi bénéficiaire de la fiducie, il pourrait être envisagé que la fiducie lui attribue un revenu s'il a besoin de fonds additionnels pour maintenir son niveau de vie suite à la transmission de l'entreprise familiale.

Parallèlement, l'auteur du gel qui est également bénéficiaire de la fiducie directement ou par l'entremise d'une société de gestion qu'il contrôle, peut en certaines circonstances bénéficier du « dégel » successoral : la fiducie attribue les actions participantes qu'elle détient dans la société par actions à l'auteur du gel ou à sa société de gestion. Le « dégel successoral » est parfois envisagé dans des situations où l'auteur du gel change d'avis quant à la transmission de l'entreprise familiale ou s'il n'est pas prêt à transmettre définitivement et irrévocablement toute son entreprise à des personnes en particulier.

RÉPONDRE AUX CRITÈRES POUR PROFITER DE LA DGC

Une fiducie dont l'un des bénéficiaires est une société par actions de portefeuille peut s'avérer un outil de planification utile afin de « purifier » régulièrement la société par actions exploitante, lui évitant ainsi de verser des dividendes imposables à des particuliers. Cette « purification » permet à la société par actions exploitante de répondre aux critères afin que les actions émises et en circulation de son capital soient considérées comme constituant des actions admissibles de petite entreprise éligibles à la déduction pour gains en capital de 750 000 \$. Cette structure permet aussi d'éviter l'application de certaines règles d'attribution.

D'un autre côté, la plus-value de l'entreprise accumulée dans les actions participantes de la société par actions pourra être distribuée aux bénéficiaires choisis à la discrétion des fiduciaires lors de la disposition des actions. À cet égard, l'utilisation d'une fiducie pourrait permettre possiblement de multiplier la déduction pour gains en capital.

PROTECTION D'ACTIF

Sous réserve de certaines dispositions particulières de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, du *Code civil du Québec* et des lois fiscales applicables, les créanciers d'un bénéficiaire d'une fiducie discrétionnaire devenu insolvable ne pourront pas mettre la main sur les éléments d'actif de la fiducie discrétionnaire, puisque cette dernière jouit d'un patrimoine autonome et distinct. Il faut en effet distinguer le patrimoine du bénéficiaire et le patrimoine de la fiducie, dans lequel se retrouve les actions de la société par actions exploitante.

Sous réserve de la possibilité pour les tribunaux de soulever le « voile fiduciaire » en certaines circonstances, les biens se retrouvant dans le patrimoine distinct de la fiducie n'entrent généralement pas dans le patrimoine du bénéficiaire pour les fins de l'application des règles de droit familial lors d'un divorce éventuel.

Toutes ces options doivent toutefois être exercées en respectant les lois fiscales et les dispositions du *Code civil du Québec* relatives à la fiducie, y compris les obligations des fiduciaires à l'endroit du patrimoine de la fiducie. Par ailleurs, certaines règles anti-évitement d'attribution, telles que les paragraphes 75(2) et 74.4(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et les dispositions provinciales équivalentes peuvent s'appliquer en certaines circonstances. Il est donc recommandé de consulter un fiscaliste expérimenté dans la création et l'utilisation de fiducies. Celui-ci pourra s'assurer de la meilleure planification fiscale dans votre situation avant de mettre en place ce type de structure.

CLAUSES DE NON-CONCURRENCE VISANT LES ACTIONNAIRES

JULIE COUSINEAU

jcousineau@lavery.ca

La concurrence que se livrent les entreprises au Québec fait en sorte que plusieurs entrepreneurs et gestionnaires cherchent à protéger leurs acquis face à leurs concurrents. Pour y arriver, plusieurs ont notamment recours aux clauses qui visent à restreindre la liberté de commerce ou d'emploi. Les tribunaux sont fréquemment appelés à trancher des litiges relatifs à des clauses restrictives, notamment des clauses de non-concurrence, non seulement dans le contexte de litiges opposant des employeurs et des employés, mais également ceux de ventes d'entreprises ou d'actions et parfois dans le cadre de conventions d'actionnaires.

PRINCIPE DE LA LIBERTÉ DE COMMERCE

En principe, la liberté de commerce ne peut être restreinte qu'exceptionnellement si les parties ont prévu des clauses restrictives raisonnables dans les ententes contractuelles qui les lient. Ce principe, maintes fois appliqué par les tribunaux, a été repris récemment par la Cour suprême du Canada dans un arrêt¹ qui a été cité dans au moins une décision de la Cour supérieure du Québec².

Nous verrons ci-après la signification que prend le terme « raisonnable » dans le contexte des décisions des dernières années concernant des clauses de non-concurrence applicables à des actionnaires de sociétés fermées et nous donnerons quelques conseils sur la façon de rédiger ce type de clause.

¹ *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western)*, 2009 1 R.C.S.157.

² *Gastier M. P. c. Sylvain Pelletier et al.*, EYB 2010-180191 (C.S.).

PRINCIPES GÉNÉRAUX POUR ÉTABLIR LA RAISONNABILITÉ DE LA CLAUSE

Afin de déterminer la raisonnable d'une clause, il faut d'abord déterminer dans quel contexte elle sera appliquée, à savoir, en matière commerciale ou en matière d'emploi. En effet, il est acquis que les clauses de non-concurrence se retrouvant dans les conventions commerciales telles que les ventes d'actions et les ventes d'entreprises sont interprétées de façon moins restrictive que celles se retrouvant dans les contrats de travail et ce, en raison du rapport de force existant entre les parties lors de la conclusion du contrat.

En matière de clauses de non-concurrence liant les employés à leurs employeurs, les principes permettant d'établir la raisonnable se retrouvent en partie dans le *Code civil du Québec* qui prévoit que celles-ci doivent traiter du territoire interdit, de la durée de l'interdiction et du type d'activités interdites. Les tribunaux interprètent restrictivement chacun de ces paramètres et ne peuvent pas réécrire la clause si celle-ci ne remplit pas les critères de raisonnable établis par la loi et la jurisprudence.

En matière de clauses de non-concurrence se trouvant dans des conventions commerciales, notamment dans les conventions de ventes d'entreprises, les tribunaux traitent également de leur caractère raisonnable selon les paramètres de territoire, de durée et de nature des activités. Cependant, l'interprétation de ces paramètres est moins restrictive qu'en matière d'emploi et les tribunaux donneront leur aval à des clauses qui ont une durée plus longue, un territoire plus vaste et des activités interdites plus étendues qu'en matière d'emploi.

En matière de conventions d'actionnaires, il est difficile d'établir un principe clair servant à l'interprétation du caractère raisonnable des clauses de non-concurrence. Pour déterminer le degré de restriction convenable à la clause, les tribunaux doivent notamment déterminer s'ils sont en présence d'actionnaires véritables de la compagnie ou de simples employés qui ont reçu des actions à titre d'encouragement ou à titre incitatif, ce qui signifierait que l'actionnaire demeure avant tout un employé de l'entreprise.

Évidemment, dans ce dernier cas, les tribunaux auront tendance à interpréter la clause de non-concurrence selon les principes établis en matière d'emploi, même si celle-ci était stipulée dans une convention d'actionnaires³.

Dans une affaire récente de 2010, la Cour supérieure semble appliquer un principe selon lequel si la clause de non-concurrence est contenue dans une convention d'actionnaires et qu'un actionnaire minoritaire est visé, la raisonnable sera déterminée en fonction des critères du contrat de travail⁴. Cependant, cette décision s'appuie sur une autre affaire dans laquelle l'employé-actionnaire avait reconnu dans un affidavit déposé à la cour qu'il était demeuré un simple employé malgré son statut d'actionnaire, n'ayant pas participé aux assemblées d'actionnaires. Puisque chaque situation est différente, une zone grise demeure, notamment dans le cas où l'actionnaire minoritaire serait le fondateur de l'entreprise, où l'interprétation pourrait être moins restrictive. Cette zone grise demeure également dans le cas de vente d'actions où l'actionnaire devient consultant ou employé à la suite de la vente de ses actions.

QUELQUES CONSEILS DE RÉDACTION POUR LES CLAUSES DE NON-CONCURRENCE CONTENUES DANS LES CONVENTIONS COMMERCIALES

1. Les paramètres de la clause de non-concurrence (territoire, durée, nature des activités visées) doivent protéger les intérêts véritables de l'entreprise. Lors de la rédaction d'une telle clause, il est primordial que la partie qui veut imposer la clause s'interroge sur les véritables raisons qui la motivent afin de définir des paramètres qui pourront être justifiés auprès d'un tribunal, le cas échéant.

2. Les différents paramètres :

A. Territoire :

La détermination du territoire doit être claire. Dans les cas où il est possible de le faire, une carte géographique peut être annexée à la clause.

Par ailleurs, lorsqu'une entreprise fait affaires par internet, il demeure important de bien délimiter le territoire de l'entreprise. À cet égard, nous avons recensé un cas de demande d'injonction provisoire refusée (mais sous réserve d'une confirmation par la cour lors d'une étape subséquente des procédures) où le monde entier constituait le territoire visé par la clause, étant donné qu'il s'agissait du territoire des ventes de l'entreprise, qui s'effectuaient sur internet. Ce territoire a semblé trop vaste pour le juge (autant concernant l'aspect de relation de travail que celui de la convention d'actionnaires)⁵.

B. Activités :

Seules les activités actuelles ou courantes de l'entreprise devraient être visées par la clause.

C. Durée :

En matière de conventions d'actionnaires et de vente d'entreprises, la durée d'application de la clause pourra être plus longue qu'en matière d'emploi. Il ressort de décisions récentes qu'une durée de 4 ou 5 ans en matière de conventions d'actionnaires soit raisonnable. Il est possible de stipuler une durée plus longue si les besoins réels de l'entreprise l'exigent. Afin de déterminer la durée nécessaire, l'entrepreneur ou le gestionnaire devra se demander combien de temps sera nécessaire au repositionnement de son entreprise dans le marché lors du départ de son actionnaire tout en gardant à l'esprit que la libre concurrence demeure le principe.

³ *2865-8169 Québec inc. c. 2757-5331 Québec inc.*, JE 99-1859, (C.S.).

⁴ *Lebel c. Stal Diffusion*, JE 2010-2194 (C.S.).

⁵ *Fier Croissance c. Christian Fillion*, EYB 2010-169790, (C.S.).

3. Utiliser des termes clairs. Il est important de définir qui sera bénéficiaire de la clause de non-concurrence et, si une clause pénale est assortie à la clause de non-concurrence, de s'assurer que les bénéficiaires de la clause de non-concurrence seront bénéficiaires de la clause pénale. Par exemple, en matière de vente d'actions, les parties à la convention de vente pourraient n'être que les actionnaires. Or, il pourrait être de la volonté des parties que la compagnie dont ils sont actionnaires bénéficie de la clause de non-concurrence. Il faudrait en ce cas indiquer que la société ou compagnie est bénéficiaire de la clause de non-concurrence et ne pas oublier d'y référer dans la clause pénale le cas échéant⁶.

Par ailleurs, dans les conventions d'actionnaires, il est recommandé d'utiliser un vocabulaire qui ne réfère pas à l'emploi de l'actionnaire dans la société et plutôt se référer à son rôle d'actionnaire. Un tribunal pourrait vouloir interpréter la clause selon les règles en matière d'emploi si des termes réfèrent à l'emploi de l'actionnaire⁷.

Nous vous invitons à communiquer avec notre équipe si vous désirez plus de détails sur les principes ci-haut.

⁶ Supra note 4, af. *Bouffard c. Supra Formules d'affaires inc.*

⁷ *Cyberflexx inc. c. Rouleau*, 2009 QCCS 4543.

LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES : L'OUTIL ESSENTIEL DE L'ACTIONNAIRE DE SOCIÉTÉ FERMÉE

GUILLAUME LAVOIE

glavoie@lavery.ca

L'entrepreneur qui se constitue en société avec des coactionnaires ne devrait jamais le faire sans avoir au préalable mis en place certaines règles et certains paramètres dans une convention conclue entre lui-même et ses coactionnaires. En effet, contrairement à la société dont les titres sont inscrits à la cote d'une bourse à l'égard de laquelle les actionnaires n'ont généralement aucun contact entre eux, la proximité qui existe entre les actionnaires dans la majorité des sociétés fermées fait en sorte que la relation entre les coactionnaires est souvent soumise à un impératif de coopération : soit ils parviennent à s'entendre sur la direction et les moyens à prendre, soit le succès de la société en question sera voué à l'échec!

Or, la bonne entente n'est pas le fruit du hasard. Elle s'explique souvent par le fait que tous connaissent d'avance les règles du jeu. C'est là que la convention entre actionnaires prend toute son importance, puisqu'elle permet aux coactionnaires d'établir d'avance certaines règles fondamentales relatives à la gestion de la société qu'ils codétiennent. Elle permet également, advenant que la mésentente survienne et persiste malgré tout, de prévoir comment permettre à l'un des coactionnaires de quitter le projet commun, qu'est la société dans laquelle ils détiennent un intérêt, sans provoquer la fin de celui-ci.

La convention entre actionnaires peut prévenir les conflits, notamment en forçant les actionnaires à se lier d'avance dans l'exercice de leurs droits de vote. Elle pourra, par exemple, prévoir les dirigeants de la société ou le nombre de représentants au conseil d'administration auquel chaque actionnaire aura droit. Elle peut également restreindre certains pouvoirs des administrateurs en soumettant certaines décisions de ceux-ci au vote des actionnaires (qu'il s'agisse d'un vote à majorité simple ou spéciale) et ainsi protéger les actionnaires minoritaires des décisions des administrateurs nommés par les actionnaires majoritaires.

Si la prévention des conflits ne fonctionne pas et qu'un conflit survient entre les actionnaires, la convention entre actionnaires fournira également des portes de sortie. Ainsi, si deux actionnaires détiennent chacun 50 % des actions avec droit de vote de la société et qu'ils ne parviennent pas à s'entendre sur les décisions à prendre, qu'un blocage survienne et qu'aucun d'entre eux ne soit intéressé à vendre ses actions, si la convention entre actionnaires comporte une clause de coercition (dite « *shot-gun* »), par exemple, les actionnaires pourront solutionner le blocage en forçant la vente par un coactionnaire à un autre coactionnaire de ses actions par un mécanisme neutre et prévu d'avance dans la convention, et régler la situation sans avoir recours aux tribunaux.

La convention entre actionnaires est essentielle non seulement parce qu'elle permet de proposer des solutions aux conflits, mais également parce qu'elle permet aussi d'atteindre d'autres objectifs, dont les suivants.

La convention entre actionnaires peut permettre aux actionnaires qui le désirent de conserver la nature fermée de la société en imposant des restrictions aux émissions d'actions additionnelles du capital social de la société ou aux transferts des actions par les actionnaires existants. Cet aspect peut être intéressant pour l'actionnaire fondateur qui désire maintenir le contrôle de la société qu'il a fondée. Néanmoins, tel n'est pas le cas pour les autres coactionnaires de la société, dans la mesure où ces dispositions permettront à l'actionnaire fondateur de s'assurer de conserver le contrôle de ladite société et les empêcheront ainsi d'augmenter leur participation dans le capital de celle-ci.

Par ailleurs, si la société est détenue par plusieurs coactionnaires à parts égales, il pourrait être avantageux pour eux de maintenir ce rapport de force en évitant que l'un d'entre eux détienne davantage de droits de vote que les autres. La convention

entre actionnaires pourra assurer ce maintien d'une détention proportionnelle des actions, et donc des droits de vote, en assujettissant toute émission additionnelle ou revente d'actions par les actionnaires existants à un droit de préemption ou de premier refus.

Un autre objectif important qui est habituellement réalisé par la convention entre actionnaires est celui de protéger les intérêts des actionnaires minoritaires en soumettant certaines décisions des administrateurs à l'approbation d'une majorité spéciale des actionnaires. Dans la mesure où l'actionnaire minoritaire détient un nombre d'actions suffisant, il pourra s'assurer que certaines opérations ne pourront être accomplies sans son accord.

Les conventions entre actionnaires les plus élaborées ont parfois aussi comme objectif de déterminer ou de confirmer la participation attendue de chaque actionnaire à diverses facettes de l'existence de la société, par exemple l'administration, les opérations et le financement.

Il ne s'agit là que de quelques exemples des diverses applications de la convention entre actionnaires qui peuvent se révéler salvatrices dans la vie d'une société.

En fait, les objectifs et les effets de la convention entre actionnaires varieront selon le type de convention mis en place. Ce sont donc les besoins et le contexte particulier de la société et de son actionariat qui dicteront le type de convention choisi. Nous ne saurions donc trop insister sur les dangers liés à l'utilisation de modèles ou de contrats-type à l'égard desquels il faut faire preuve de beaucoup de discernement et allier compétence et expérience. Ces dangers sont d'autant plus grands dans la rédaction de conventions entre actionnaires puisque le contexte dans lequel ce type de convention est négociée et conclue peut considérablement varier d'une situation à l'autre. La rédaction d'une convention entre actionnaires efficace et utile doit donc être faite par un juriste qui tiendra compte des caractéristiques de l'entreprise concernée et de la réalité propre aux actionnaires.

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

*To receive our newsletter in English,
please email us at info@lavery.ca.*

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

▶ lavery.ca