

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

lavery
DROIT ► AFFAIRES

DERNIER APPEL : DÉTENEZ-VOUS DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS PRIVÉES DANS VOTRE REER ?

CAROLYNE CORBEIL

ccorbeil@lavery.ca

Le budget fédéral 2011, déposé le 6 juin 2011 (à la suite du budget fédéral défait du 23 mars 2011), proposait diverses mesures d'application très larges afin de contrer la mise en place de stratagèmes liés aux placements effectués dans un régime enregistré d'épargne-retraite (« REER »)¹. Plus particulièrement, l'une de ces mesures vise les actions de certaines sociétés privées détenues dans un REER après le 22 mars 2011. De telles actions risquent désormais de constituer un « placement interdit »² de sorte que le titulaire du REER se voit assujéti à un impôt spécial des plus pénalisants. Il est possible d'alléger cet impôt spécial en effectuant certaines planifications avant la fin de l'année 2012.

REVUE GÉNÉRALE DES PRINCIPES

En principe, un particulier qui n'a pas de lien de dépendance avec une société exploitant une petite entreprise (« SEPE ») et qui, seul ou avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, est propriétaire de **moins de 10 %** des actions d'une catégorie du capital-actions d'une SEPE ou d'une société liée, peut détenir dans son REER les actions de cette SEPE. À cet égard,

une SEPE est une société privée sous contrôle canadien dont la totalité ou presque de ses éléments d'actif sont soit utilisés principalement dans une entreprise exploitée activement au Canada ou soit constitués d'actions ou de dettes de SEPE rattachées.

Avant le 23 mars 2011, une exception au principe précédent prévoyait qu'un particulier qui, seul ou avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, était propriétaire de **10 % ou plus** des actions d'une catégorie du capital-actions de la SEPE ou d'une société liée, pouvait néanmoins détenir les actions de la SEPE dans son REER si les critères suivants étaient satisfaits :

- 1) au moment donné où le REER acquerrait les placements, le titulaire du REER, seul ou avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, n'avait pas de lien de dépendance avec la SEPE; et
- 2) à ce moment donné, le titulaire du REER, seul ou avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, possédait des actions du capital-actions de la SEPE ou d'une société liée dont le **coût total était inférieur à 25 000 \$**.

SOMMAIRE

DERNIER APPEL : DÉTENEZ-VOUS DES ACTIONS DE SOCIÉTÉS PRIVÉES DANS VOTRE REER ?

LE PLAN NORD :
MAXIMISEZ VOS OCCASIONS D'AFFAIRES

LE REFUS DE SIGNER UNE CLAUSE DE
NON-CONCURRENCE PEUT-IL CONSTITUER
UNE CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE DE
CONGÉDIEMENT ?

Cette exception prévoyait que les critères applicables devaient être satisfaits au moment où le REER acquerrait les placements, de sorte que toutes variations subséquentes de la valeur des actions n'affectaient pas le statut de « placement admissible » des actions de la SEPE.

MESURE PROPOSÉE

Depuis le 23 mars 2011, le principe demeure, mais l'exception n'est plus disponible. Ainsi, les placements en actions d'une SEPE dans laquelle le titulaire du REER, seul ou avec des personnes ayant un lien de dépendance avec lui, détient **10 % ou plus** des actions d'une catégorie du capital-actions de cette société ou d'une société liée, à un moment donné, sont désormais des placements interdits³.

¹ Veuillez noter que les mesures proposées faisant l'objet du présent article s'appliquent également aux fonds enregistrés de revenu de retraite (« FEER »).

² Définition de « placement interdit » au paragraphe 207.01(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), 5^e supp., c. 1 et mod., (« LIR »).

³ Paragraphes 207.01(1) et (4) de la LIR.

Conséquemment, ces nouvelles mesures peuvent avoir pour effet de convertir, en date du 23 mars 2011 ou subséquemment, un placement admissible d'un REER en un placement interdit de celui-ci. Le titulaire d'un REER détenteur d'un placement interdit à un moment après le 22 mars 2011 est alors assujéti à un impôt spécial pour une année civile, correspondant à 50 % de la juste valeur marchande du placement interdit au moment de l'année où celui-ci a été acquis ou au moment de l'année où le bien est devenu un placement interdit⁴.

Toutefois, certaines mesures permettent d'éliminer cet impôt spécial. Ainsi, à moins que le titulaire du REER savait ou aurait dû savoir au moment où les actions ont été acquises que celles-ci étaient ou deviendraient un placement interdit, il est possible pour le titulaire du REER d'obtenir un remboursement de l'impôt spécial en cause lorsque le placement interdit fait l'objet d'une disposition par le REER avant la fin de l'année civile suivant celle au cours de laquelle l'impôt spécial a pris naissance⁵. À titre d'exemple,

pour un placement admissible devenu un placement interdit au 23 mars 2011, le titulaire du REER a jusqu'à **la fin de l'année 2012** pour en disposer.

En plus de l'impôt spécial mentionné précédemment, le titulaire du REER est assujéti à un impôt égal à 100 % de l'« avantage »⁶, soit le revenu gagné et le gain en capital réalisé par le REER sur le placement interdit, qu'il est raisonnable d'attribuer audit placement dans l'année civile⁷. À cet égard, une mesure transitoire permet à un particulier d'effectuer un choix fiscal **avant le 31 décembre 2012** (date limite récemment prolongée) afin que l'impôt égal à 100% de l'« avantage » attribuable à un placement interdit au 23 mars 2011 ne s'applique pas, pourvu que le montant de cet avantage lui soit versé par le REER dans les quatre-vingt-dix jours (90) suivants la fin de l'année civile en cause.⁸ Dans la mesure où un tel choix est exercé, les revenus gagnés à l'égard d'un placement interdit au 23 mars 2011 dans un REER ne seront jamais assujétiés à l'impôt égal à 100% de l'« avantage ». Pour les titulaires d'un REER qui n'effectueront pas un tel choix, un impôt égal à 100 % de l'« avantage » sera applicable pour chaque année civile.

Le titulaire d'un REER détenant un placement interdit au 23 mars 2011 devrait considérer transférer ce placement hors de son REER **avant la fin de l'année 2012** afin d'obtenir un remboursement de l'impôt spécial applicable. À cet égard, certaines planifications fiscales peuvent être envisagées afin de réduire les conséquences fiscales onéreuses qui peuvent résulter du transfert d'un placement détenu dans un REER.

Si vous croyez détenir un placement interdit dans votre REER au 23 mars 2011 ou subséquemment, il est encore temps de mettre en œuvre certaines planifications fiscales afin d'en minimiser les impacts. Nous vous invitons fortement à en discuter avec vos conseillers et à consulter un fiscaliste.

⁴ Paragraphes 207.04(1) et (2) de la LIR.

⁵ Paragraphe 207.04(4) de la LIR.

⁶ Définition d'« avantage » au paragraphe 207.01(1) de la LIR.

⁷ Paragraphes 207.05(1) et (2) de la LIR.

⁸ Paragraphe 207.05(4) de la LIR.

LE PLAN NORD : MAXIMISEZ VOS OCCASIONS D'AFFAIRES

SÉBASTIEN VÉZINA

svezina@lavery.ca

En mai 2011, le gouvernement du Québec dévoilait sa vision du développement du territoire situé au nord du 49^e parallèle, vision qui s'est précisée par la suite dans le budget provincial dévoilé le 20 mars dernier. Des investissements de 80 milliards de dollars sur un horizon de 25 ans devraient se traduire par une multiplication des occasions d'affaires et de financement pour les entreprises qui exercent leurs activités dans une foule de secteurs, y compris l'exploitation

des ressources naturelles. Or, Québec a pris des mesures qui indiquent une volonté claire de participer aux bénéfices éventuels générés par les projets lancés par les investisseurs et promoteurs dans le cadre du Plan Nord.

LE NORD QUÉBÉCOIS DANS LA MIRE DES INVESTISSEURS LOCAUX ET ÉTRANGERS

Dans son plus récent budget, le gouvernement du Québec annonçait la création de Ressources Québec. Cette filiale spécialisée d'Investissement Québec pourra investir jusqu'à 1,2 milliard de dollars dans divers projets au cours des 5 prochaines années.

D'aucuns sont d'avis qu'il importe que le gouvernement du Québec use de prudence afin de ne pas céder le territoire et ses ressources à des intérêts étrangers. Ainsi, des projets tels que celui de Wisco, une entreprise chinoise prévoyant investir plus de 13 milliards de dollars dans l'extraction de minerai de fer au lac Otelnuk, sont autant d'occasions pour le gouvernement de favoriser le développement des communautés tout en bâtissant des partenariats d'affaires.

DE NOUVELLES POSSIBILITÉS DE FINANCEMENT

Sans parler de nationalisation des actifs importants du territoire nordique, le gouvernement jouira donc de leviers intéressants qui lui permettront de préserver certains actifs ou projets de choix ou d'en influencer le développement. Dans les limites de son mandat, Ressources Québec pourrait notamment négocier trois types de prises de participation visant les projets les plus prometteurs suivant un objectif de rendement : (i) la coentreprise, (ii) l'investissement dans le capital-actions et (iii) les investissements en dette.

La prise de participation dans un projet fondé sur un modèle de coentreprise permettra une participation directe à ce projet. L'investisseur en coentreprise peut exercer un contrôle serré sur l'activité et son déploiement. En contrepartie, le modèle de coentreprise comporte son lot de risques et de responsabilités compte tenu de la propriété véritable de l'investisseur relativement au projet, qui doit s'assurer que son partenaire, souvent détenteur majoritaire, exerce ses droits de gestion de manière exemplaire et collégiale.

Les prises de participation sous forme d'investissements dans le capital-actions des entreprises qui mettent en œuvre des projets permettront à l'investisseur d'avoir un horizon de placement flexible. Elles offrent souvent,

dans le cas des sociétés inscrites à la cote de marchés organisés, un marché liquide où l'investisseur peut disposer de sa participation. Elles accordent également un droit de regard, à titre d'actionnaire, sur les affaires de la société d'exploitation, et s'accompagnent parfois de prérogatives sur certaines transactions, de la possibilité de siéger au conseil d'administration de la société exploitante et de tous les droits que confère la loi aux actionnaires de sociétés à capital-actions.

Cependant, l'emprise de l'investisseur est alors indirecte, le projet demeurant à terme entre les mains d'une entité qui a sa propre personnalité juridique. Souvent, la contribution de l'investisseur aura peu d'influence sur la valeur rattachée aux actions par rapport à la valeur rattachée aux éléments d'actif constituant le projet.

Quant aux investissements en dette, convertibles ou non en capital-actions, ils permettent de minimiser les risques de l'investisseur, surtout lorsque le prêt consenti est garanti par certains éléments d'actif rattachés au projet. Sans partager de manière directe les risques d'affaires de l'exploitant, le prêteur est en mesure d'obtenir un rendement sur les intérêts applicables au prêt. Même s'il peut exiger un pouvoir de surveillance sur certains types d'activité de l'emprunteur, le prêteur n'est habituellement pas partie prenante de la gestion du projet. Enfin, s'il le juge opportun, le prêteur peut exiger que sa dette soit convertible en participation dans le capital-actions.

LA SOCIÉTÉ DU PLAN NORD

Parallèlement et jusqu'au déclenchement des élections générales le 1^{er} août dernier, les membres de l'Assemblée nationale étudiaient un projet de loi visant la mise sur pied de la Société du Plan Nord. Si elle est créée, cette dernière agira à titre d'accompagnateur pour les investisseurs. Elle veillera au développement cohérent des projets qui s'inscrivent dans le cadre du Plan Nord en coordonnant, entre autres choses, les investissements publics visant le développement des infrastructures stratégiques et en négociant le montage financier des projets dont elle aura la responsabilité. En attendant l'adoption du projet de loi no° 27 créant la Société du Plan Nord, un bureau de transition a été créé le 30 juillet dernier afin de prendre en charge, à court terme, les mandats et les responsabilités qui seront éventuellement confiés à la Société du Plan Nord. La récente élection le 4 septembre dernier d'un nouveau gouvernement risque d'avoir un impact sur la stratégie de déploiement du Plan Nord, y compris la mise en place de la Société du Plan Nord.

CONCLUSION

En somme, le gouvernement du Québec disposera de tous les outils nécessaires pour susciter les occasions d'affaires sur le territoire d'application du Plan Nord, en collaboration avec ses bras financiers et économiques et les ministères concernés. En conséquence, cet engagement du gouvernement devrait se traduire par une disponibilité accrue de capitaux pour les entreprises désireuses de maximiser les retombées découlant de la mise sur pied de projets sur ce territoire.

LE REFUS DE SIGNER UNE CLAUSE DE NON-CONCURRENCE PEUT-IL CONSTITUER UNE CAUSE JUSTE ET SUFFISANTE DE CONGÉDIEMENT ?

ÉLODIE BRUNET

ebrunet@lavery.ca

La Cour d'appel a récemment répondu à cette question dans l'affaire *Jean c. Omegachem inc.*¹ en décidant que le refus par un employé de signer en cours d'emploi un engagement de non-concurrence dont il avait été question à son embauche et qui lui est présenté pour la première fois trois ans après son entrée en fonction n'est pas une cause juste et suffisante de congédiement².

LES FAITS

En 2002, M. Patrick Jean est embauché par Omegachem inc. (ci-après « Omegachem »), une entreprise qui évolue dans le domaine de la chimie organique et qui fait affaires avec les plus importantes compagnies de l'industrie pharmaceutique au monde.

Dès son embauche, M. Jean est informé qu'un protocole de confidentialité et de non-concurrence obligatoire lui sera présenté. Or, à son arrivée, M. Jean ne signe qu'un protocole de confidentialité. Ce n'est que trois ans plus tard qu'un engagement de non-concurrence lui sera présenté. Initialement, cet engagement est d'une durée de 24 mois et englobe le Canada, les États-Unis et l'Europe. M. Jean refuse de signer un tel engagement et réclame en contrepartie une indemnité de fin d'emploi équivalente à 24 mois de salaire. Omegachem met son projet en veilleuse.

Un an et demi plus tard, Omegachem lui revient avec une nouvelle version de l'engagement de non-concurrence, dont la durée est réduite à 12 mois, mais qui est maintenant applicable à travers le monde entier. M. Jean refuse encore de signer ce document. Omegachem le met en demeure de le faire, alléguant que son refus compromet leur relation de confiance. M. Jean refuse toujours de signer à moins qu'Omegachem n'accepte de l'indemniser d'une contrepartie financière, ce qu'Omegachem refuse de concéder.

Omegachem congédie M. Jean en avril 2007. Au mois de mai suivant, M. Jean dépose une plainte à la Commission des relations du travail conformément à l'article 124 de la *Loi sur les normes du travail*³.

LA DÉCISION DE LA COUR D'APPEL

La question à laquelle devaient répondre les différentes instances est la suivante : le refus de M. Jean de signer l'engagement de non-concurrence proposé par Omegachem constitue-t-il une cause juste et suffisante de congédiement ? Essentiellement, la Commission des relations du travail (« CRT ») a répondu « oui » et sa décision a été confirmée par la Cour supérieure en révision judiciaire.

À l'opposé, la Cour d'appel infirme le jugement de la Cour supérieure et casse les deux décisions de la CRT.

À son arrivée en 2002, aucun engagement de non-concurrence n'est présenté à M. Jean. Ce n'est qu'en 2005 qu'il est invité à signer un tel engagement. La Cour d'appel est d'avis que pour pouvoir conclure, comme l'a fait la CRT, que M. Jean avait violé une condition essentielle de son contrat de

travail, l'engagement de non-concurrence devait lui être présenté au moment de son arrivée, tel que prévu dans sa lettre d'embauche. Selon la Cour d'appel, l'omission par la CRT de prendre en considération ces éléments factuels précis constitue une lacune importante à la justification de sa décision qui affecte le caractère raisonnable de celle-ci.

La Cour d'appel est d'avis que la CRT aurait dû également considérer le formalisme de l'article 2089 du *Code civil du Québec*⁴ (ci-après « C.c.Q. ») qui prévoit notamment qu'une clause de non-concurrence, pour être valide, doit être stipulée par écrit et en termes exprès. Par ailleurs, selon le droit des contrats, une obligation contractuelle, pour être valide, doit être déterminée ou déterminable⁵. Ainsi, M. Jean ne pouvait légalement s'engager en ignorant l'ampleur de l'obligation à laquelle il serait tenu. Selon la Cour d'appel, en omettant de considérer ces dispositions législatives, la CRT faisait une « proposition inacceptable en droit ».

Enfin, la CRT aurait dû considérer la légalité de l'engagement de non-concurrence au regard de l'article 2089 C.c.Q. À sa face même, la deuxième version de cet engagement était problématique au niveau du territoire qu'elle couvrirait, soit « partout à travers le monde ».

¹ 2012 QCCA 232 (C.A.).

² Ce jugement renverse les deux décisions rendues par la Commission des relations du travail (2009 QCCRT 0076 et 2009 QCCRT 0368) ainsi que le jugement de la Cour supérieure (2011 QCCS 1059 (C.S.)).

³ L.R.Q., c. N-1.1.

⁴ L.Q., 1991, c. 64.

⁵ Article 1373 du C.c.Q.

Selon l'article 2089 C.c.Q., une clause de non-concurrence n'est valide que si elle est limitée quant au temps, au lieu et au genre de travail visés. Selon la Cour d'appel, on ne saurait donc affirmer qu'une clause est limitée quant au lieu si elle prévoit s'appliquer « partout à travers le monde ».

En outre, la CRT ne pouvait valablement conclure que le refus de M. Jean de signer l'engagement de non-concurrence présenté par Omegachem, dont la validité était à première vue douteuse, représentait une cause juste et suffisante de congédiement.

Puisque le congédiement d'un employé est un geste emportant de graves conséquences, la Cour explique qu'il n'est possible pour un employeur de mettre fin unilatéralement et sans préavis à un contrat de travail que dans la mesure où il démontre qu'un motif sérieux ou une cause juste et suffisante le justifie de le faire. Or, congédier sans préavis un employé qui refuse de signer en cours d'emploi une clause de non-concurrence, qui lui est présentée pour la première fois trois ans après son entrée en fonction, n'est clairement pas une cause juste et suffisante de congédiement.

Si Omegachem attachait autant d'importance à cet engagement de non-concurrence au point où elle préférerait mettre un terme au contrat de travail d'un employé qui refusait de signer cet engagement, elle ne pouvait le faire qu'à la condition d'indemniser ce dernier.

COMMENTAIRES

Ce jugement réitère un principe général de droit des obligations selon lequel une personne ne peut s'engager à fournir une prestation sans en connaître la teneur ou sans que celle-ci ne soit « déterminée ou déterminable ». De plus, lorsqu'un contrat de travail réfère à une obligation pour un(e) employé(e) de faire ou de ne pas faire quelque chose, cette obligation doit être raisonnablement définie. Il va sans dire que le contenu de cette obligation ne doit pas être contraire à la loi. Omegachem n'aurait pas dû attendre trois ans et il aurait fallu que l'engagement de non-concurrence proposé se situe à l'intérieur des balises de l'article 2089 du C.c.Q. Enfin, ce jugement illustre que la conclusion de tels engagements de non-concurrence et de non sollicitation aurait tout avantage à faire l'objet d'une planification stratégique.

LAVERY, UN APERÇU

- ▶ En affaires depuis 1913
- ▶ 175 avocats
- ▶ Un des plus importants cabinets indépendants au 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