

## AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

## NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

2m 11.3032.8

**Université de Montréal**

**PROCESSUS ET VÉHICULES D'ACQUISITION  
D'ENTREPRISE EN MATIÈRE  
INTERNATIONALE**

**par**

**MARTIN MARCEAU**

**Faculté de droit**

**Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de  
Maître en droit (LL.M.)**

**SEPTEMBRE 2002**

**© Martin Marceau, 2002**



**Université de Montréal  
Faculté d'études supérieures**

**Ce mémoire intitulé :  
PROCESSUS ET VÉHICULES D'ACQUISITION  
D'ENTREPRISE EN MATIÈRE  
INTERNATIONALE**

**par**

**MARTIN MARCEAU**

**a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :**

*Président - rapporteur: Guy Lefebvre  
Directeur de recherche: Stéphane Rousseau  
Membre du jury: Pierre-Paul Côté*

## **TABLES DES MATIÈRES**

<b>AVANT-PROPOS</b> .....	6
<b>INTRODUCTION</b> .....	7
<b>LES ASPECTS THÉORIQUES DES ACQUISITIONS ET VENTES D'ENTREPRISES</b> .....	12
1. LES NOTIONS PERTINENTES DANS LE CADRE DES ACQUISITIONS, FUSIONS ET JOINT VENTURE .....	12
2. LES CRITÈRES STRATÉGIQUES D'ACQUISITION OU DE VENTES D'ENTREPRISE .....	18
2.1. Objectifs et implications pour l'acheteur .....	18
2.2. Objectifs et implications pour le vendeur.....	21
2.3. Sommaire de certaines incidences fiscales pour les intervenants au Québec.....	23
2.3.1. Vendeur d'éléments d'actifs : .....	23
2.3.2. Implication fiscale pour l'acheteur : .....	25
2.3.3. Méthodes d'évaluation.....	27
3. LES PRINCIPALES ÉTAPES A FRANCHIR POUR L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE.....	31
3.1. La lettre d'intention.....	31
3.1.1 Aspect pratique : Contenu de la lettre d'intention.....	33
3.1.2. Conséquences juridiques .....	38
3.2. Convention de confidentialité .....	40
3.3. La convention d'achat.....	44
3.3.1. Déclaration spécifique ayant trait aux représentations et garanties faites par le vendeur relativement à l'achat d'actions.....	51
3.3.2. Achat d'éléments d'actifs.....	51
3.3.3. Indemnisations .....	54
3.4. La clôture .....	55
3.5. Conséquences et aspects juridiques de la convention d'achat .....	57
3.6. Résumé.....	65

4.	VÉRIFICATION DILIGENTE : UNE ÉTAPE CRUCIALE DE L'ACQUISITION.....	67
4.1.	Examen opérationnel.....	69
4.2.	Examen juridique .....	71
4.3.	Vérification comptable.....	76
4.4.	Niveau international .....	80
4.5.	Autres expertises .....	83
4.6.	Résumé.....	84
4.7.	Aspect pratique.....	90

**ASPECTS SPÉCIFIQUES DE LA VENTE D'ENTREPRISE EN MATIÈRE INTERNATIONALE.....91**

5.	LA GESTION DES RISQUES.....	91
6.	TRANSFERT DE TECHNOLOGIE .....	100
6.1.	Présentation générale.....	100
6.1.1.	Imposition des résidents canadiens .....	104
6.1.2.	Imposition du résident canadien dans une juridiction fiscale étrangère .....	111
6.1.3.	Aspects pratiques .....	115
7.	VENTE INTERNATIONALE D'ENTREPRISE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS .....	117
8.	RÉSOLUTION DES LITIGES.....	125
8.1	Présentation.....	125
8.2.	Rédaction des clauses d'arbitrages et de droit applicable.....	130
9.	DU DROIT DE LA CONCURRENCE .....	136

**LA COENTREPRISE (JOINT VENTURE) A TITRE DE FORME D'ACQUISITION.....143**

10.	Présentation générale .....	143
10.1.	Étapes préliminaires à la coentreprise .....	145
10.2.	Formalisme de la coentreprise.....	146
10.3.	Formes de la coentreprise.....	148

10.4.	Distinction entre la coentreprise et la société en participation en droit Québécois.....	153
10.5.	La coentreprise et la relation avec les tiers.....	155
10.6.	Avantages de la coentreprise.....	156
10.6.1.	Avantages.....	156
10.6.2.	Désavantages.....	158

## **ASPECTS PRATIQUES : RÉDACTION DU CONTRAT DE COENTREPRISE ET SES CLAUSES CONTRACTUELLES .....163**

11.....		163
11.1.	La lettre d'intention .....	164
11.2.	Les clauses contractuelles .....	166
11.2.1.	Préambule.....	167
11.3.	Définition .....	168
11.4.	Droit de premier refus .....	168
11.5.	Dirigeant ou administrateur.....	168
11.6.	Clause de contribution.....	169
11.7.	Clause de durée et de la fin de la coentreprise .....	169
11.8.	Clause de retrait.....	170
11.9.	Confidentialité et non concurrence.....	171
11.10.	Clause de défaut .....	171
11.11.	Clause de mandat réciproque ou non .....	172
11.12.	Clause relative aux profits et pertes .....	173
11.13.	Clause de reddition de compte .....	173
11.14.	Loi applicable.....	174
11.15.	Clause d'arbitrage .....	174
11.16.	Apport additionnel.....	175
11.17.	Clause d'assurance responsabilité.....	175
11.18.	Droit de vote.....	175
11.19.	Contrôle du droit de vote et management .....	176
11.20.	Clause de résiliation .....	177
11.21.	Résumé.....	178

<b>CONCLUSION</b> .....	184
1. ACHAT D'ACTIFS : .....	186
2. ACQUISITION D' ACTIONS : .....	187
3. LA FUSION : .....	189
4. LA COENTREPRISE : .....	190
5. RÉSUMÉ : .....	191
<b>ANNEXE I</b> .....	193
CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ .....	193
<b>ANNEXE II</b> .....	195
AIDE-MÉMOIRE POUR LA VÉRIFICATION DILIGENTE .....	195
<b>ANNEXE III</b> .....	203
AIDE-MÉMOIRE POUR LA RÉDACTION D'UN CONTRAT DE COENTREPRISE .....	203
<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	208

## AVANT-PROPOS

Le présent ouvrage traitera d'un sujet extrêmement populaire par les temps qui courent et qui semble exercer une véritable fascination autant chez les praticiens que chez les gens d'affaires partout dans le monde.

En effet, l'arrivée du nouveau millénaire et le phénomène international de la globalisation des marchés font en sorte que les différents intervenants évoluent dans un contexte économique et culturel de plus en plus relié entre eux, ce qui favorise pour les entrepreneurs une approche globale de consolidation des marchés. Nous explorerons donc l'univers des transactions relatives aux acquisitions internationales et nous nous interrogerons sur le type de véhicule à privilégier afin d'optimiser les objectifs recherchés tant pour le vendeur que pour l'acquéreur.

Nous évaluerons donc les différents rapports entre les parties en considérant chacune des facettes des acquisitions dont le processus précontractuel et contractuel, et enfin, la réorganisation de l'entité. Par ailleurs, l'intérêt du présent ouvrage est certainement que toute acquisition d'entreprise ou de création de coentreprise en matière internationale implique de nombreuses considérations d'ordre stratégique, à savoir, la planification juridique et économique du projet ciblé. Nous délimiterons le rôle de l'avocat à titre d'architecte de la transaction et dresserons les paramètres à respecter pour ce type de transaction.

Nous examinerons aussi bien les conséquences économiques que juridiques des différentes étapes à suivre pour les différents acteurs prenant part à ce type de transaction. L'objectif principal visé par cet ouvrage, outre son côté académique, est de brosser un tableau simplifié du mécanisme d'acquisition internationale d'entreprise.

## INTRODUCTION

Comme nous l'avons mentionné à l'avant-propos de cet ouvrage, la mondialisation des marchés ainsi que le regroupement de différents pays sous l'égide d'accords internationaux, comme l'ALENA ou encore l'Union européenne, font en sorte que la compétitivité entre les différents intervenants devient de plus en plus palpable en ce début de siècle. En effet, nous pouvons identifier, sans trop de difficulté, les principaux acteurs qui évoluent au sein de ce nouveau tourbillon d'acquisition et de fusion afin de bien se positionner au niveau national et mondial tel que les sociétés de comptables qui achètent des bureaux d'avocats, les cabinets d'avocats qui fusionnent entre eux afin de consolider leur marché, ainsi que le secteur des télécommunications comme Vidéotron et Rogers. Il est indéniable que tous ces intervenants recherchent en quelque sorte les avantages que procurent les fusions ou les acquisitions d'entreprises afin de renforcer leur positionnement stratégique sur l'échiquier commercial. C'est donc dire qu'ils tentent de bénéficier, entre autres, d'économie d'échelle et d'un élargissement de leurs marchés afin d'accroître leurs revenus ou encore, d'accéder à une technologie ou à un réseau auxquels ils ne sont pas partie et qui ne pourraient leur être accessible sans ce partenariat ou cette acquisition. Pour les plus petites entités, les fusions ou les acquisitions font en sorte qu'elles peuvent combattre ou, à tout le moins, être en mesure d'affronter les géants qui évoluent dans leurs secteurs d'activités ou encore d'éliminer un concurrent.

Cet ouvrage fera, dans un premier temps, émerger les principales notions théoriques reliées au sujet qui vous est exposé. Par la suite, l'aspect pratique viendra compléter à la toute fin l'ensemble des notions théoriques qui y seront traitées. Nous croyons qu'il est très difficile de procéder autrement car si nous n'allions pas les côtés théoriques et pratiques des notions traitées, ce travail s'en trouverait appauvri. C'est pourquoi afin de favoriser une plus grande compréhension des différentes notions reliées aux véhicules utilisés pour les fins d'achats et de ventes d'entreprises nous procéderons de la sorte. Les différents

concepts du Code civil du Québec seront présents tout au long de l'ouvrage afin de nous permettre d'établir les corollaires qui s'imposent pour une entité juridique québécoise ayant des aspirations internationales. L'un des principaux buts de cet ouvrage est d'allier l'aspect théorique à l'aspect pratique afin que ce dernier puisse servir de guide pour tout praticien desservant une clientèle qui possède une aspiration de croissance internationale par le biais du mécanisme d'acquisition ou de vente d'entreprise.

Cet ouvrage se veut également un élément de référence pour tous dirigeants d'entreprises désirant évoluer dans un tel contexte pour qu'ils puissent élaborer une stratégie efficace en relation avec leur intérêt et ce, en considération de la globalisation des marchés.

Par conséquent, cette étude ne serait pas complète si nous ne nous attardions pas aux différentes législations tant nationale qu'internationale susceptibles d'avoir un impact sur ce type de transaction.

Malheureusement, pour les praticiens en matière de vente et d'acquisition d'entreprise à l'échelle internationale, peu d'ouvrages sont disponibles ou encore, peu ont été rédigés de façon exhaustive. La plupart des auteurs ont plutôt concentré leurs efforts dans des sujets spécifiques tel que la coentreprise sans, toutefois, faire les corollaires qui s'imposent selon nous. Peu d'auteurs ont traité, comme nous nous apprêtons à le faire, de sujets spécifiques relatifs aux véhicules disponibles pour fins d'acquisitions et de coopération entre entreprises en matière internationale<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir P. Vachon, *La vente d'entreprise*, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel, 1997; A. Vautour, « Le rêve devenu cauchemar la durée des déclarations en garantie et la clause d'indemnisation » dans *Développements récents en droit commercial*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1996; D.-C. Lamontagne, dir., *Droit spécialisé des contrats, volume 2, Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville Yvon Blais, 1999; S. Boudreault, N. Fournier, K. Grignon et J. Petit, « La fusion et l'acquisition dans la P.M.E. » (2000) R.J.E.U.L. 3; H.R. Duane, *Overseas acquisitions and*

Cet ouvrage abordera donc en profondeur les différentes notions juridiques entourant les acquisitions et les ventes en matière internationale en impliquant la coentreprise comme mécanisme d'acquisition.

Nous aborderons également la gestion des risques qui est une notion fort importante dans les contrats internationaux et nous tenterons d'indiquer les paramètres de contrôle que nous pouvons exercer à leur égard. Nous compléterons cet ouvrage avec une section de référence pour certains modèles contractuels ou matrices de travail qui pourront s'avérer utiles à toutes personnes ayant un intérêt en cette matière. En effet, l'acquisition et la vente d'entreprise en matière internationale font en sorte que les différents intervenants évoluent souvent dans des juridictions étrangères. Nous identifierons les différents problèmes qui peuvent survenir entre gens d'affaires et les recommandations ou encore les solutions à prévoir dans un contexte de partenariat multinational. Nous pourrions clore en évaluant le mécanisme juridique des acquisitions et des ventes d'entreprises en matière internationale et proposer au lecteur le mécanisme le plus adéquat selon les stratégies et les objectifs poursuivis.

---

*mergers : combining for profits abroad, New-York, Praeger 1986; G. Goldstein, « La Distribution et la franchise internationales en droit international privé québécois », (1998) 77 R du B. can. à la p. 219; G. Goldstein et J.A. Talpis, « La Vente internationale d'entreprise en droit international privé québécois », (1996) 1 C.P. du N. à la p. 121; P.-G. Jobin, « Vente d'entreprise » dans *Réforme du Code civil, vol. 2*, Barreau du Québec et Chambre des notaires, Québec, P.U.L., 1993. Voir aussi Ottawa, *La mondialisation des sociétés par le jeu des fusions et acquisitions, Documents de recherche d'investissement Canada*, par Leonard Waveman, dir., Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Calgary, The University of Calgary Press, 1991; T. R.M. Davis, *L'achat et la vente d'une entreprise : documents relatifs à l'achat d'une entreprise/l'impact du nouveau code civil*, Institut canadien, 8 juin 1994; Insight Press, *L'achat et la vente d'une entreprise, ou comment en avoir pour son argent*, Mississauga, Ont., 1990.; Insight educational, *Fusions et acquisitions : stratégies juridiques et financières*, Ontario, 1988; Institut canadien, *L'achat et la vente d'entreprise*, Toronto, 1994. Voir également Y. Bériault, D. Chénard et É. Dubreuil, Mini-colloque : *Les alliances internationales*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 21 mars 2001; Insight Formation Inc., *Fusions et acquisitions : la vague nous revient*, Ontario, 1994.*

Dans un autre ordre d'idée, ce travail présente comme principale difficulté la présence de nombreux concepts. En effet, les acquisitions ou ventes d'entreprises au niveau international font partie d'un ensemble de concepts comprenant les aspects stratégiques, économiques et administratifs qui doivent être conciliés. Or, la véritable problématique de l'ouvrage peut être présentée de la sorte :

Quel est le rôle du conseiller juridique à titre de concepteur d'une transaction internationale en matière d'acquisition d'entreprise?

En résumé, ce sera donc une analyse exhaustive du comportement stratégique à adopter dans le cadre spécifique d'acquisition internationale afin de voir à optimiser la transaction et ainsi tenter de limiter l'opportunisme des partenaires face à ce type de transaction. De plus, vous aurez noté que l'aspect du financement et de la fiscalité n'ont pas été mentionnés dans l'avant-propos ou encore dans l'introduction. La raison en est fort simple. En effet, ces deux éléments ressortent comme étant tellement spécifiques que nous pourrions faire deux autres sujets de maîtrise sur ces mêmes points<sup>2</sup>. D'ailleurs, pour les mêmes

---

<sup>2</sup> Pour les lecteurs désirant consulter des ouvrages pertinents en la matière, voir au sujet du **financement d'entreprise** : M. Boucher, « Le transfert d'entreprise et ses effets en matière de financement » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1994), Montréal, S.F.T.B.Q., 1994 aux pp. 1001.-773,774; J.B. Claxton, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Quebec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994; L. Serna, *Corporate structures finance and operations : essays on the law and business pratique, volume 11*, Toronto, Carswell; G. Duval, *Financement de l'acquisition d'entreprise*, Association de planification fiscale et financière (APFF), Coll. de l'APFF. v.50, Montréal, 1991; R.J. Grenier, « Hypothèques sans frontière : A Vermont Practitioner's Perspective of Quebec's New Civil Code in light of the American Experience » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec* (1994), Montréal, S.F.P.B.Q., 1994; R. Demers, *Le Financement de l'entreprise – aspects juridiques*, Sherbrooke, éd. Revue de droit-Université de Sherbrooke, 1985; *Planification corporative et financement d'entreprise : récents développements : colloque / Association de planification fiscale et financière*, Montréal, L'Association de planification fiscale et financière, 1992; *Planification corporative et financement d'entreprise : récents développements : colloque / Association de planification fiscale et financière*, Montréal, L'Association de planification fiscale et financière, 1992; C. G. Denis, *Le financement public de l'entreprise québécoise*, Montréal, éd. Agence d'arc, 1980.

En ce qui a trait au **régime fiscal de la vente d'entreprise**, voir notamment : J. Taubman, *The joint venture and tax classification*, New York, Federal Legal Publications, 1957; M. Racicot, « Fiscalité internationale » (1998) 20:4 R.P.F.S. 763; J. D. Black, « Fiscalité

raisons, la fusion sera également traitée de façon sommaire puisque les principaux éléments de la réorganisation suite à la fusion font appel surtout à des notions de restructuration de capital-actions très poussées. Or, cet ouvrage n'effleurera que peu ces notions ou encore les traitera simplement en surface. Le présent travail se penchera de façon plus importante sur la coentreprise et l'acquisition des entités juridiques. De plus, nous ne traiterons pas des acquisitions qui font en sorte que des lois à caractère particulier soient applicables tel que l'acquisition de société par voie d'offres publique d'actions. Bref, il est clair que ce mémoire s'inscrit dans une démarche de recherche extrêmement pratique étant donné l'essence même du sujet traité. Or, de ce fait, l'aspect transactionnel étant le cœur des ventes d'entreprise aussi bien au niveau national qu'international, les choix des sujets et la séquence des chapitres ont été forgés de façon à ce que tout lecteur puisse se retrouver rapidement eu égard à son questionnement, tant factuel que juridique, relativement au sujet traité.

---

internationale » (1996) 18 :4 R.P.F.S. 981; J. H. Gagnon et M. Bisson, *La relation d'association dans une entreprise incorporée : aspects pratiques, légal, contractuel et fiscal*, Montréal, Agence d'ARC, 1981; Association canadienne d'études fiscales, « Implications fiscales relatives à l'achat et la vente d'une entreprise », Colloque sur la gestion fiscale 1984, Montréal, 1984; Association de planification fiscale et financière, « Achat-vente d'une entreprise », Colloques de l'association de planification fiscale et financière, v.50, Montréal, 1991; Association de planification fiscale et financière, Colloque # 103 : « Achat-vente d'une PME, Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur », Québec et Laval, 24 et 25 janvier 2001; R. Rivard, *Aspects fiscaux de l'achat et de la vente d'une entreprise*, Mississauga, Insight Information Inc., Insight Press, 1990 ;

Au sujet de la **fusion d'entreprise**, voir notamment : S. Bourque, *La nouvelle loi sur la concurrence*, Cowansville, Yvon Blais, 1999; L. Fernand, *Corporate structure, Finance and operations*, vol. 8, Toronto, Carswell, 1995; C. E. Byrd, *Les regroupements d'entreprises et les participations permanentes : l'opinion canadienne*, Hamilton, Société des comptables en management du Canada, 1980; J. R. Baldwin et P. K. Gorecki, *Les fusions et le processus concurrentiel*, Ottawa, Statistique Canada, Direction des études analytiques, 1990.

En ce qui a trait à la **réorganisation de l'entreprise**, voir notamment : P. Pritchett, D. ROBINSON et R. Clarkson, *After the merger : the authoritative guide for integration success*, New York, McGraw-Hill, 1997.

## LES ASPECTS THÉORIQUES DES ACQUISITIONS ET VENTES D'ENTREPRISES

### 1. LES NOTIONS PERTINENTES DANS LE CADRE DES ACQUISITIONS, FUSIONS ET JOINT VENTURE

**Acquisitions :**

Opération par laquelle une entreprise en acquiert une autre, soit par l'achat de ses actifs et passifs, de ses actions en circulation en contrepartie d'une valeur monétaire ou encore d'actions ou de valeurs dans la compagnie acquérante.<sup>3</sup>

**Fusions :**

Opération consacrée par la loi par laquelle deux ou plusieurs compagnies rédigent un accord pour que naisse une autre compagnie et que les premières se fondent dans celle-ci<sup>4</sup>

**Contrat international :**

Contrat qui par définition est conclu entre des parties de nationalité différente ou par des parties domiciliées sur des territoires ou états distincts ou encore, deux ressortissants de même état où les obligations doivent être exécutées à

---

<sup>3</sup> M. Martel et P. Martel, *La compagnie au Québec—Volume 1: Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur / Martel Ltée, 1999.

<sup>4</sup> *Ibid.* Voir également *Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38 aux articles 123.22 et ss.; *Loi canadienne sur les sociétés par action*, L.R.C. 1985, ch. C.-44 aux articles 181 et ss.

l'étranger et qui donnent lieu à un mouvement de devises entre états avec la possibilité qu'une personne juridique en représente une autre dans un état étranger.<sup>5</sup>

**Vente d'entreprise :**

Article 1767 C.c.Q. La vente d'entreprise est celle qui porte sur l'ensemble ou sur une partie substantielle d'une entreprise et qui a lieu en dehors du cours des activités normales du vendeur.<sup>6</sup>

**Convention de licence :**

Une convention de licence est un contrat par lequel le cédant accorde à une personne, le titulaire de la licence, le droit d'exploiter une technologie, tel un droit d'auteur, brevet, dessin industriel, marque de commerce ou un nom commercial ou un savoir faire.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> N. Antaki, *La filière du contrat international*, Montréal, Les Publications du Québec, 1994.

<sup>6</sup> Avec l'avènement du nouveau *Code civil du Québec*, les articles 1767 à 1778 ont remplacé les articles 1569 a) à 1569 b) du *Code civil du Bas-Canada* autrefois appelés « vente en bloc ». Maintenant, la notion de vente de fonds de commerce ou de marchandise a donc été remplacée par celle d'entreprise. Les tribunaux ont reconnu que la définition d'entreprise telle qu'édictée à l'article 1525 C.c.Q. s'applique de façon directe à la vente d'entreprise et cette vente constituerait de surcroît la vente d'une activité économique organisée, commerciale ou non, consistant en la production ou encore en la réalisation de biens, leur administration ou leur aliénation ou dans la prestation de service. Nous croyons que cette application inclurait la vente d'actions également. Voir à cet effet, *I. Allen Liée Lamarre c. T. Eaton Co. of Montreal* (1928), 44 BR 112. Enfin, le but de l'article 1776 du C.c.Q. est de tenir responsable l'acheteur envers le créancier du vendeur jusqu'au montant payé pour la transaction, soit la valeur déboursée à la valeur des biens acquis.

<sup>7</sup> Voir D.-C. Lamontagne, *supra note 1*, note 16, aux pp. 3 à 16.

**Vente :** Article 1708 C.c.Q. La vente est le contrat par laquelle une personne (le vendeur) transfère la propriété d'un bien à une autre personne (l'acheteur) moyennant un prix en argent qu'il s'oblige à payer.

**Joint venture ou coentreprise :** Une association de deux personnes ou plus pour conduire une entreprise commerciale dans le but de générer des profits pour laquelle elles mettront en commun leur propriété, leur argent, leurs efforts, expertises et connaissances.<sup>8</sup>

Ou encore la définition suivante :

Nous entendons par groupement momentané d'entreprises, un accord de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises en vue de la réalisation d'un projet spécifique. Ce projet peut n'être que de courte durée ou s'échelonner sur plusieurs années. Il est conclu entre deux entreprises, c'est-à-dire entre deux entités qui mènent parallèlement au

---

<sup>8</sup> H. Mai et C. Perron, « Quelques réflexions sur la notion et l'application du *Joint venture* au Québec » dans D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 aux pp. 350 et 351.

projet commun des activités qui leur sont propres et qui, pour cette raison, n'entendent pas consacrer au projet commun la plus grande partie de leurs ressources.<sup>9</sup>

### **Brevets**

Ils sont régis par la *Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2. Le brevet est défini comme étant les lettres patentes couvrant une invention et accorde à une personne le monopole pour utiliser, développer et exploiter commercialement une invention.<sup>10</sup>

### **Savoir faire (Know how):**

Le savoir-faire est considéré comme étant un paiement fait en contrepartie de connaissances techniques qui sont considérées comme avantageuses dans l'exploitations d'une entreprise particulière. Le savoir-faire est également associé *know how* qui, pour sa part, fait référence à tout renseignement ou toute information à l'égard d'une expérience industrielle,

---

<sup>9</sup> *Ibid.*, définition de P.A. Cossette à la p. 351 et P.A. Cossette, « Les groupements momentanés d'entreprises (joint venture) : nature juridique en droit civil et en Common Law » (1984) 44 R. du B. 436 à la p. 467.

<sup>10</sup> Voir notamment J.F. Henderson, *Bottom law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994; L. Morrisset, *Le guide pratique de l'inventaire*, Montréal, C.M.P., 1994. Voir aussi N. Sapp, « Introduction à la propriété intellectuelle II » dans *Colloque du Barreau du Québec (2000)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2000 à la p. 8.

commerciale ou scientifique. Notons que *know how* n'est pas régi par une législation spécifique.<sup>11</sup> En vertu de Revenu Canada (Bulletin d'interprétation, IT 303, paiement en échange de connaissance technique ou paiement semblable fait à des non résidents, 8 avril 1976), on considère le savoir faire comme un paiement fait en échange de connaissance technique comme une somme versée en échange de connaissances, d'aptitudes ou de méthodes spéciales qui sont jugées avantageuses dans l'exploitation d'une entreprise particulière. Le savoir faire ou le *know how* fait référence principalement à tout renseignement ou toute connaissance à l'égard d'une expérience industrielle, commerciale ou scientifique. Il n'est pas régi par une loi spécifique. Selon le ministère de revenu Canada, le *know how* se définit comme suit : connaissances, aptitudes ou méthodes spéciales qui sont jugées avantageuses dans l'exploitation

---

<sup>11</sup> Revenu Canada (bulletin d'interprétation IT303) a défini ce qu'était du savoir-faire. Selon le ministère du Revenu, le savoir-faire peut être considéré comme étant une connaissance technique qui origine d'une expérience ou de compétences ou de recherches qui se concrétisent par le biais, devis, plans, dessins, formules ou tout autre procédé secret.

d'une entreprise particulière. Il peut s'agir d'une connaissance technique née de l'expérience, de compétence ou de recherche qui se concrétisent dans des bleus, des esquisses, des devis, des plans d'aménagement d'usine, de dessins, des formules ou des procédés secrets.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> J.P. Killing, *Strategies for joint venture success*, London, Croom Helm, 1983; A.Vautour, « Chronique. La notion d'entreprise, la vente d'entreprise : les problèmes et leurs solutions » (1996) 4 Repères 146; J. Dalpé, « La vente en bloc » dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992.

## 2. LES CRITÈRES STRATÉGIQUES D'ACQUISITION OU DE VENTES D'ENTREPRISE

### 2.1. OBJECTIFS ET IMPLICATIONS POUR L'ACHETEUR

Tous les spécialistes en matière d'acquisition s'entendent pour dire que certains facteurs intrinsèques doivent être présents à l'intérieur de l'entreprise visée afin de séduire un éventuel acquéreur.<sup>13</sup> Des éléments comme la rentabilité et la réussite interne ainsi que l'excellence du positionnement de l'entreprise au sein de sa niche commerciale sont des éléments clés afin de favoriser une acquisition qui s'avérera un excellent véhicule par la suite afin d'accélérer l'expansion de l'entreprise que ce soit au niveau national qu'international.

En effet, le principal avantage d'une acquisition est certainement d'engendrer des diminutions significatives sur le prix d'achat des marchandises en raison du volume qui s'accroît. Par ailleurs, la théorie des acquisitions a souvent défini l'acquisition comme un moyen efficace et déterminant de réduire la compétition dans un créneau bien spécifique<sup>14</sup>. L'acquisition internationale par le biais

---

<sup>13</sup> Voir notamment : J. G. Rall and K.A. Webb, *Mastering the chaos of mergers and acquisitions : how to plan, negotiate and implement alliances and partnerships in a complex world*, Houston, Cashman Dudley, 1999; D. Rankine, *A practical guide to acquisitions : how to increase your chances of success*, New-York, John Wiley & Sons, 1998; C.A. Scharf, *Acquisitions, mergers, sales and takeovers : a handbook with forms*, Englewood Cliff, Prentice-Hall, 1971; E. Shea, *The McGraw-Hill guide to acquiring and diverting businesses*, New-York, Mc Graw-Hill, 1999; P.S. Sudarsanam, *The essence of mergers and acquisitions*, London, Prentice Hall, 1995; L. Waverman, *Corporate globalization through mergers and acquisitions*, Calgary, University of Calgary Press, 1991; T.L. West and J.D. Jones, *Mergers and acquisitions handbook for small and midsize companies*, New-York, Wiley, 1997; R.A. Brahm et S.R. Salbu, «Strategic considerations in designing joint venture contracts » (1992) *Colom. Bus. L. Rev.*; Y. Bériault, D. Chénard et E. Dubreuil, Mini-colloque : « Les alliances internationales », Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 21 mars 2001.

<sup>14</sup> Voir notamment : J.K. Anderson, *People management : the crucial aspect of mergers and acquisition*, Kingston, IRC Press, 1999; D.G. Bean, *Financial strategy in the acquisition*

d'une coentreprise, par exemple, fait en sorte de s'adjoindre un partenaire important dans une région géographique qui n'est pas souvent à notre portée ou de drainer des investissements étrangers vers le pôle d'attraction géographique où l'entreprise veut être présente. L'acquisition internationale permet également de diversifier et de répartir les risques en plus de réaliser des économies d'échelle et d'équilibrer la production en supprimant bien souvent, selon le produit, les pointes saisonnières. Elle permet aussi de prendre des idées neuves et de revitaliser son produit ou de le faire vivre à nouveau dans un endroit du monde où il est peu disponible. Non seulement l'acquisition fait en sorte d'augmenter sa part de marché mais elle permet également d'en conquérir de nouveaux, d'établir de solides fondations administratives et d'obtenir des connaissances technologiques, financières et autres qui ne seraient pas disponibles autrement et ce, selon le véhicule d'acquisition sélectionné.<sup>15</sup>

Outre l'objectif de croissance pour l'acquéreur, la diversification et le rendement financier, le choix d'acquérir une entreprise ou de s'adjoindre un partenaire étranger demeure une question de

---

*decision*, Epping., Grower Press, 1978; R.S. Bibler, *The Arthur Young management guide to mergers and acquisitions*, New York, John Wiley & Sons, 1989; S. Chouinard et C. Desmeules, *Fusions et acquisitions : l'effet du caractère privé d'une PME sur l'accessibilité aux moyens d'expansion*, Faculté de Droit de l'Université Laval, 1999; M.N. Clemente and D.S. Greenspan, *Winning at mergers and acquisitions : the guide to market focused planning and integration*, New-York, John Wiley, 1998; M.B. Mercadel et M.P. Janin, *Le contrat de consortium, Les contrats de coopération inter-entreprises*, Paris, Éd. juridiques, Lefebvre, 1974; J.M. Geringer et J.P. Killing, *Joint venture partner selection : strategies for developed countries*, New-York, Quorum Books, 1988; R.D. Hall, *The international joint venture*, New-York, Praeger, 1984; J.P. Killing, *Strategies for joint venture success*, London, Croom Helm, 1983; N. Lacasse et L. Perret, *La co-entreprise à l'étranger*, La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989; R.C. Wolf, *Effective international joint venture management : practical legal insights for successful organization and implementation*, Armonk, M.E. Sharpe, 2000; S. Boudreault, N. Fournier, K. Grignon et J. Petit, « La fusion et l'acquisition dans la P.M.E. » (2000) R.J.E.U.L. 3 à la p. 7.

stratégie et d'investissement qui fait nécessairement appel à des motivations spécifiques. Généralement, la vision de l'acheteur s'oppose en grande partie à celle du vendeur. En effet, l'acquéreur veut souvent s'accaparer une compagnie visée pour acquérir des éléments d'actifs sans être obligé aux dettes de la compagnie visée. L'achat de la totalité des actions de la compagnie ciblée fait en sorte que l'acquéreur sera tenu au passif de ladite entreprise. On évite, par l'achat d'actifs, de s'embourber dans cette avenue. Par ailleurs, l'acquéreur n'est pas dépourvu de tout intérêt face à l'acquisition des actions en circulation de la compagnie. L'acquéreur pourra de la sorte acquérir la totalité de l'entreprise et ses actifs ce qui engendra des avantages fiscaux pour le vendeur.<sup>16</sup>

Bien que le vendeur soit plus qu'autrement guidé par des motifs extrêmement personnels ou encore alléchés par une éventuelle alliance stratégique avec un partenaire au niveau d'une coentreprise, il n'en demeure pas moins que pour l'acquéreur la motivation principale est probablement celle qui regroupe les objectifs de croissance, de diversification et de rendement financier. L'acquisition est donc une question de stratégie et d'investissement pour chacune des parties impliquées dans cette transaction.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> M.Liborowicz, Y.G. Perreault et P.D. Aniello, *Exportation et la PME : Pourquoi et comment*, Ottawa, Edition G. Vermette, Ottawa, 1984 à la p. 3.

<sup>16</sup> Supra note 14 à la p. 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*

## 2.2. OBJECTIFS ET IMPLICATIONS POUR LE VENDEUR<sup>18</sup>

Le vendeur a également intérêt à vendre son entreprise. Une compagnie peut vouloir se départir de certains de ses actifs ou encore même d'une partie importante de son entreprise (division, filiale ou autre) afin de pouvoir injecter de nouveau capitaux au sein de son capital-actions pour accentuer son positionnement face à la compétition ou en rapport avec ses produits dans un secteur géographique prédéterminé sans avoir recours à un financement.

Dans le cadre d'une restructuration, ceci s'avérera particulièrement intéressant et bénéfique dû fait que le vendeur peut désirer répartir de la façon plus uniforme ses frais d'administration. Par la vente, il réussira à créer ainsi un moyen de propulsion de son entreprise, ce qui facilitera, peut-être, son expansion.

En vendant une partie de son entreprise, le vendeur peut obtenir lors de l'achat une sécurité financière et obtenir, à long terme, plus que la valeur de vente par la valeur des options qu'il aura conservée le cas échéant. Il est clair que certains éléments tels que mentionnés auparavant sont précurseurs et annoncent la possibilité de vendre son entreprise comme, par exemple, une saine gestion, un marché et un positionnement concurrentiels.

De façon générale, le vendeur, comme nous l'avons vu, a donc un bénéfice certain à vendre les actions de l'entreprise afin de réaliser un gain en capital. Ainsi, la vente d'actions lui permet de réduire

---

<sup>18</sup> Voir notamment : C. Fortin, *Acheter ou revendre votre petite entreprise au meilleur prix*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992; J.C. Hooke, *M&A : a practical guide to doing the deal*, New-York, Wiley, 1997; *supra* note 16.

les obligations auxquelles il doit faire face auprès de son entreprise.<sup>19</sup>

Par ailleurs, la volonté de l'acheteur de procéder par l'acquisition d'actifs lui permet d'augmenter sa base fiscale pour fins d'amortissement tout en évitant une vérification en profondeur de l'historique fiscal et financier de l'entreprise. Il est clair que selon la législation nationale étudiée, les facteurs fiscaux et d'amortissement auront plus ou moins d'importance.<sup>20</sup>

En somme, il s'agit pour le vendeur d'éviter la stagnation de son marché. En effet, il ne devra pas attendre que son entreprise manifeste des signes de précarité tel un ratio d'endettement trop élevé ou l'absence de liquidité afin d'amorcer une vente. Les facteurs gagnants internes font en sorte de rehausser la valeur des actions à vendre.<sup>21</sup>

Lorsque l'acheteur éventuel se penchera sur l'acquisition d'actions d'une entreprise étrangère, il sera extrêmement important de vérifier si la loi du pays où évolue l'entreprise ciblée permet l'acquisition majoritaire d'actions par un non résident. En effet, certains pays interdisent l'acquisition d'entreprise évoluant dans un secteur vital de l'économie nationale comme, par exemple, les télécommunications. Le juriste devra donc prendre soin de vérifier l'opportunité d'acquérir une portion minoritaire des actions ou encore, de s'allier à un partenaire local afin de contourner

---

<sup>19</sup> Institut canadien, *L'achat et la vente d'entreprise*, supra note 1.

<sup>20</sup> Voir notamment H. Gagnon, « Élément d'évaluation d'une entreprise » (1992) 1 C.P. du N. 257.

l'interdiction législative du pays et ainsi acquérir de façon minoritaire ou majoritaire, une entreprise dans un secteur où le marché est protégé par les autorités locales.

### 2.3. SOMMAIRE DE CERTAINES INCIDENCES FISCALES POUR LES INTERVENANTS AU QUÉBEC

#### 2.3.1. VENDEUR D'ÉLÉMENTS D'ACTIFS :<sup>22</sup>

La principale incidence fiscale de la vente se résume en ces quelques points qui sont, rappelons le, non limitatifs. De prime abord, il y aura certainement pour le vendeur d'éléments d'actifs une réalisation de revenu d'entreprise lorsqu'il y aura vente de l'inventaire. Par ailleurs, en ce qui a trait au revenu d'entreprise, soulignons que ce dernier peut provenir également d'une transaction qui aura comme source l'acquisition de compte-client au niveau desquels des provisions pour créances douteuses auront peut-être été réclamées par l'entreprise antérieurement. À ce titre, rappelons que la provision réclamée dans l'année précédente s'ajoutera à l'année courante, ce qui sera un élément non négligeable. Les escomptes qui ont été appliqués à ce titre représenteront plutôt des pertes en capital à moins que les parties aient conjointement exercé le choix en vertu de l'article 22 de la L.I.R. (art. 184 et 185,

---

<sup>21</sup> Voir notamment M.-J. Monfette, *Les facteurs permettant d'assurer le transfert d'une entreprise de façon efficace : Partie B*, Association de planification fiscale et financière, Congrès 95, Tome 2, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1996.

<sup>22</sup> Voir notamment : P.J. Dalphond, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois » (1994) 54 R. du B. 35; Y. Desjardins, « La vente d'entreprise : une entreprise ardue (1994-1995) » 97 R. du N. 399; supra note 15 supra note 16 aux pp. 12 et 13.

L.I.Q.).<sup>23</sup> De plus, les gains ou pertes en capital peuvent être également enregistrés relativement à la vente de filiales ou de toutes autres corporations dont l'entreprise est divisée ou cédée en partie. Il y aura également à ce titre des gains ou pertes en capital qui pourront survenir au niveau de la vente d'immobilisations, de terrains et autres éléments de même nature. Par ailleurs, notons que l'aliénation de biens amortissables tels que l'équipement ou matériel roulant pourront être sujets à une récupération à titre de revenu d'entreprise de la déduction pour amortissement que le vendeur a réclamé au cours des années antérieures d'imposition. Soulignons ici qu'un gain en capital pourrait également être enregistré si le produit de la disposition serait supérieur au coût initial du bien. Comme on peut le constater, pour le vendeur, la vente d'actifs sera considéré au niveau fiscal comme un revenu d'entreprise et un gain en capital imposable, ce traduisant par un paiement d'impôt. Si le vendeur est une corporation ou une société privée sous contrôle canadien, ces personnes morales pourront bénéficier de déduction fédérale pour petite entreprise accordée par l'article 125 de la L.I.R à l'égard du revenu engendré par la vente d'une entreprise exploitée activement au Canada.<sup>24</sup> Enfin, notons que l'implication par la corporation d'un solde de prix de vente relatif à ses actifs vendus et ce, en faveur de ses actionnaires, pourra donner lieu à des impôts additionnels pour un actionnaire qui se

---

<sup>23</sup> B. Bussière, « Les conventions d'achats et de vente d'actions ou d'éléments d'actifs » dans Conférence : *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000, à la p. 5.

<sup>24</sup> *Ibid.* aux pp. 4 et 6.

verra octroyé un dividende ou un dividende de liquidation.<sup>25</sup>

### 2.3.2. IMPLICATION FISCALE POUR L'ACHETEUR :<sup>26</sup>

À prime abord, l'acheteur sera soumis à la taxe sur les produits et services et à la taxe de vente du Québec lors d'une acquisition d'éléments d'actifs, à moins qu'il puisse bénéficier d'une disposition d'exception prévue à la *Loi fiscale*, telle la *Loi sur la taxe d'assise* (L.R.C. 1985, ch. E-15) et la *Loi sur de vente du Québec* (L.R.Q., c. T.-0.1). Par ailleurs, il y aura également, pour l'acheteur relativement à l'acquisition d'un immeuble les droits de mutations à honorer en vertu de la *Loi concernant les droits sur les mutations immobilières* (L.R.Q., c. D-15.1).<sup>27</sup>

Enfin, il est clair que, comme nous l'avons mentionné auparavant, l'achat d'éléments d'actifs peut être plus attrayant au Canada que l'achat des actions pour les différents éléments ci-avant exposés, notamment pour l'achalandage. Ceci constituera une dépense en immobilisation admissible pour l'acheteur. De plus, les coûts des biens en immobilisation et de l'inventaire constituent généralement une valeur actualisée. Enfin, au niveau international, les dispositions fiscales relativement à l'achat d'actions ou d'actifs seront de premier ordre à

---

<sup>25</sup>

*Ibid.*

<sup>26</sup>

Il existe de nombreux termes pour définir la valeur d'un actif tel que la juste valeur marchande (la valeur marchande), la juste valeur (la valeur intrinsèque), la valeur de liquidation (la valeur aux livres), la valeur de remplacement et enfin, la valeur aux livres ajustés (la valeur dépréciée). Cette définition se retrouve notamment à l'article 190 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, qui a trait à la juste valeur des actions. Voir également Y. Desjardins, *supra* note 22 à la p. 23.

<sup>27</sup>

*Supra* note 23.

établir afin de maximiser la rentabilité de la transaction. Il faudra donc pour le juriste vérifier les différentes dépenses admissibles et les avantages fiscaux reliés aux deux types de transaction. En matière de coentreprise, le régime fiscal à être adopté sera aussi de toute première importance pour les parties.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> *Ibid.* aux pp. 3 et 8. Voir également à ce sujet : Association de planification fiscale et financière, « Achat-vente d'une entreprise », Colloques de l'association de planification fiscale et financière, v.50, Montréal, 1991; Association de planification fiscale et financière, Colloque # 103 : « Achat-vente d'une PME, Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur », Québec et Laval, 24 et 25 janvier 2001. Association Planification Fiscale et Financière, « Capitalisation et financement de l'entreprise », Colloque de l'Association de planification fiscale et financière, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991. Association de planification fiscale et financière « Planification corporative et financement d'entreprise : récents développements », Colloque/Association de planification fiscale et financière, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992 ; J.D. Black, « Fiscalité internationale » (1996) vol. 18, no. 4, R.P.F.S. 981.

### 2.3.3. MÉTHODES D'ÉVALUATION<sup>29</sup>

L'éventuel acquéreur recherchera le prix le plus adéquat à octroyer au vendeur et pour ce faire, il devra considérer des éléments tel que la rentabilité de l'entreprise tout en conservant à l'esprit l'aspect stratégique que pourra engendrer cette acquisition notamment au niveau de l'économie d'échelle et le positionnement stratégique face à la compétition. Pour ce faire, il est crucial, pour l'évaluateur, de cibler les objectifs de l'entreprise qui désire acquérir une autre entité et de faire ressortir le plus de similitudes possibles entre les buts recherchés par l'éventuel acquéreur en regard à l'entreprise ciblée et de son exploitation après la transaction.

Lorsque les principaux experts se consultent sur le prix de vente ou d'acquisition, il va de soi que la notion la plus généralement retenue est celle qui fait appel à la notion de la juste valeur marchande<sup>30</sup> qui se définit comme étant : *le prix le plus élevé exprimé en terme d'argent comptant pouvant être obtenu sur un marché libre et non restreint entre les parties traitant à distance, renseignée et prudente, non contrainte de le faire mais désireuse de transiger*<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Association Québécoise de planification fiscale et successorale, « Achat et vente d'entreprise », Coll. Colloques de l'association québécoise de planification fiscale et successorale, v.023, Montréal, 1987.

<sup>30</sup> Voir l'arrêt *Ministère des Finances c. Succession Mann* (1972), 5 W.W.R. 23 à 27; (1972) C.T.C. 561 (C.S.C.-B.) et voir Revenu Canada, circulaire d'informations 89-3, *Exposé des principes sur l'évaluation de « biens mobiliers »*, 25 août 1989 à la p. 16.

<sup>31</sup> H. Sénécal, « Le financement et la structure de l'acquisition projetée », Conférence de la vente d'entreprise des 24 et 25 novembre 1995, Faculté de droit, l'Université McGill, Montréal, Insight, 1995 à la p. 263.

L'évaluation d'une entreprise fait appel aux notions de détermination de la valeur de l'entreprise et cette évaluation est sans aucun doute le prémisses de base pour toute acquisition ou coentreprise. L'évaluation cherche donc à déterminer le profil quantitatif et qualitatif des actifs corporels et incorporels ainsi que les passifs dans une ligne directrice qui est l'exploitation ou la liquidation de l'entreprise. Elle nécessite donc une analyse du résultat d'exploitation, de la situation financière et les perspectives d'avenir de l'entreprise ciblée.<sup>32</sup>

Afin de mener à bien cette analyse, il faut nécessairement se pencher sur les états financiers et sur l'historique de l'entreprise ciblée afin d'établir la part du marché qu'elle détient à la date de la transaction projetée. Pour ce faire, il faut tenir compte des différents facteurs internes ou externes notamment la taille de la société, l'équipe de direction, les principaux contrats qui lient l'entreprise à sa main-d'œuvre et à ses fournisseurs et partenaires d'affaires, sa capacité de payer des dividendes, l'impact des activités de recherche et de développement, etc.<sup>33</sup> Au niveau international, nous retrouvons ces facteurs intrinsèques combinés aux facteurs externes qui sont les plus importants, à savoir la stabilité politique, la conjoncture économique, la situation de l'industrie ainsi que les marchés monétaires, les taux d'intérêt ou encore boursiers, la concurrence, la facilité de pénétration de l'industrie ainsi que l'environnement social et culturel du pays. Viennent par la suite, l'organisation des ventes, les politiques de barrière tarifaire, les développements technologiques et le coût de

---

<sup>32</sup> *Supra* note 23 à la p. 16.

<sup>33</sup> *Ibid.* voir également *supra* note 20, *supra* note 18.

la main-d'œuvre qui sont quelques-uns des facteurs importants à considérer. Cette analyse devrait donc faire preuve d'une très grande circonspection.<sup>34</sup>

Quant aux actifs, il existe plusieurs méthodes d'évaluation; cependant, deux sont le plus fréquemment utilisées. Il s'agit à prime abord de l'évaluation de l'actif net de l'entreprise qui est ni plus ni moins que l'évaluation qui tient compte du différentiel entre l'actif et le passif en déterminant la valeur exacte de chacun des actifs et des passifs. Pour ce faire, les spécialistes tiennent compte de la valeur dépréciée aux livres ainsi que de la valeur du marché tout en les transposant sur une valeur de remplacement dépréciée et sur une valeur de liquidation pour chacun des éléments du bilan. Les résultats ainsi obtenus indiquent aux spécialistes un prix moyen pour l'acquisition de l'entreprise tout en indiquant les valeurs minimales et maximales de chacun des actifs.<sup>35</sup>

Une autre technique consiste en la valeur capitalisée du profit net après impôt. Il s'agit notamment de déterminer le prix de l'entreprise en multipliant le profit net par un indice déterminé par le spécialiste. L'indice est généralement utilisé par secteur d'industrie. Il est clair que l'évaluateur d'entreprise tente avant tout de déterminer la juste valeur marchande. Or, dans les faits, la valeur marchande n'est pas toujours en relation directe ou encore représentative du prix qui pourrait être obtenu pour l'entreprise

---

<sup>34</sup> Voir I. R. Campbell, R. B. Low et N. V. Murrant, *The valuation and pricing of privately – held business interests*, Toronto, CICA, 1990 aux pp. 15-16; R. Wise, « Valuing the target business » dans *Développements récents en droit commercial*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1996 aux pp. 29 et ss.

d'où le phénomène que les spécialistes ont appelé « les acheteurs spéciaux » lesquels peuvent se définir comme étant un acquéreur stratégique qui est prêt à payer un prix plus élevé afin d'acquérir une entreprise dont le prix n'est simplement pas déterminé en fonction des valeurs intrinsèques de l'entreprises mais plutôt à partir des valeurs attribuables à ses aspects stratégiques. C'est donc du cas par cas. Il faut absolument que l'analyste en charge des acquisitions puisse garder en tête ces facteurs stratégiques non palpables à partir d'un chiffrer prédéterminé. Les différents éléments dont on doit tenir compte sont notamment :<sup>36</sup>

- la possibilité d'économie d'échelle;
- la diminution des coûts généraux par l'intégration des entités administratives;
- l'augmentation de la capacité de production;
- la diversification du produit en soi;
- l'obtention de nouvelles sources d'approvisionnement;
- l'élimination d'un concurrent;
- l'acquisition d'une nouvelle technique de gestion;
- l'acquisition d'une technologie inexistante ou non accessible pour l'acquéreur;

---

<sup>35</sup> S. Harras, « Principe d'évaluation d'action d'une société privée » (1998) 20 :4 à la p. 671.

<sup>36</sup> Voir R. Campbell, *supra* note 34 aux pp. 121 et ss.

➤ l'accès immédiat à de nouveaux marchés.

### 3. LES PRINCIPALES ÉTAPES À FRANCHIR POUR L'ACQUISITION D'UNE ENTREPRISE

Les praticiens retrouvent généralement quatre principales étapes à franchir afin d'en arriver à la conclusion de l'acquisition. On peut donc répertorier dans ces quatre étapes le pré-contrat à être constitué par la lettre d'intention ou encore le protocole d'entente, l'entente de confidentialité qui sera incluse ou non au sein de la lettre d'intention ou par un document distinct mais qui sera indissociable de la lettre d'intention, la convention d'achat et enfin, les documents de clôture.

#### 3.1. LA LETTRE D'INTENTION

Le protocole d'entente ou encore, la lettre d'intention est la pierre angulaire d'une acquisition et est le premier document d'ordre juridique à être confectionné par les professionnels. Ce document est signé par les parties dans le cadre préliminaire des négociations. Or, le praticien prendra bien soin d'intégrer une clause de confidentialité ou encore joindre à cette lettre d'intention un contrat de confidentialité afin de protéger les informations recueillies par chacune des parties impliquées dans la transaction.<sup>37</sup>

Soulignons immédiatement que la lettre d'intention est généralement présente dans les transactions d'acquisition d'entreprise. Par ailleurs, rien n'oblige les parties à en faire une obligation et c'est plutôt le caractère même de la transaction qui indiquera aux professionnels l'utilité ou non de procéder à un

---

<sup>37</sup>

Voir G. Coulombe, « Protocole d'entente : Stratégies et pièges » dans *Conférence : Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000 aux pp. 3 et 8.

protocole d'entente. En matière internationale, les professionnels optent habituellement pour inclure dans le processus d'acquisition une lettre d'intention combinée à un contrat distinct de confidentialité.<sup>38</sup> Il appartiendra donc aux praticiens de juger du contexte et de la complexité de la transaction afin de prévoir l'ensemble des paramètres à inclure au sein de la lettre d'intention. De plus, il est clair que la présence de plusieurs intervenants ainsi que les facteurs comme la durée de la vérification diligente seront des éléments à considérer pour concevoir une lettre d'intention.

C'est donc dire que la portée juridique de la lettre d'intention sera directement attribuable aux conditions mêmes qui y seront contenues. C'est pourquoi, le rédacteur portera une attention toute particulière à ce que la lettre d'intention reflète l'intention précise des parties et évitera qu'elle soit considérée, le cas échéant, comme une offre d'achat ferme ou une promesse de vente ou d'achat, selon le cas, afin d'éviter que les parties soient liées entre elles. L'avantage de combiner dans un contrat distinct des clauses de confidentialité ou encore de « no shopping » seront utiles afin de créer des obligations entre elles mais ne lieront pas les parties pour tout autre élément non spécifique, sauf pour les deux éléments qui ont regard à la confidentialité et aux offres concurrentielles. C'est pourquoi, les effets juridiques d'un protocole d'entente peuvent varier d'une transaction à l'autre et si les parties ont pris soin d'indiquer qu'elles ne seront pas liées par le protocole d'entente, ceci ne constituera pas une offre au sens de l'article 1388 du *Code civil du Québec*.

---

<sup>38</sup> *Ibid.* à la p. 4. Voir également sur cette notion L. Marquis « La bonne foi en droit commercial international uniforme à la lumière du paradigme culturel du développement »

Dans un autre ordre d'idées, il n'y a aucun formalisme requis pour la lettre d'intention. Ce que le praticien recherchera surtout dans la rédaction, c'est la simplicité du texte afin de ne pas causer d'irritants entre les parties car il ne faut pas oublier que la lettre d'intention est le premier document qui délimitera les paramètres à suivre pour mener à bien la transaction.

### 3.1.1 ASPECT PRATIQUE : CONTENU DE LA LETTRE D'INTENTION<sup>39</sup>

Comme nous l'avons mentionné précédemment, la lettre d'intention est en fait un résumé des facteurs clés que les parties s'entendent à respecter afin de mener à bien la transaction.<sup>40</sup> Le praticien prendra donc soin, tout particulièrement au niveau international de désigner les bonnes parties, la nature de la transaction ainsi que les différentes considérations sans lesquelles la transaction ne pourrait voir le jour et peut-être selon la complexité de la transaction, indiquer immédiatement les modalités de paiement, le système fiscal à être choisi entre les parties ainsi que les cas de défaut avant et après la clôture ainsi que la source législative qui régira les parties.<sup>41</sup>

En effet, en matière internationale, il se peut qu'à cette étape, le praticien juge opportun d'indiquer que sans une modification législative de la loi actuelle de l'État qui, par

---

(1996) 26 R.D.U.S. 247.

<sup>39</sup> Voir P. Vachon, *supra* note 1 aux pp. 793 et ss. pour un modèle de lettre d'intention.

<sup>40</sup> *Supra* note 16 à la p. 14. Voir également à ce sujet : *supra* note 31.

<sup>41</sup> G. Coulombe, *supra* note 37.

exemple, pourrait concerner le rapatriement d'investissements étrangers, la transaction ne pourrait voir le jour.<sup>42</sup> Également, la source juridique et législative à être appliquée sera certainement un aspect fondamental de la transaction ainsi que les réalités fiscales devant supporter la vente ou l'acquisition sans compter le financement et le degré de coopération recherchés par son partenaire privé ou public. La lettre d'intention pourra donc fixer certaines balises de négociation afin que toutes les parties puissent agir de bonne foi. C'est pourquoi, la lettre d'intention devra donc contenir tous les éléments qui ont une importance capitale pour l'une ou l'autre des parties, sans quoi, en absence de l'un de ces éléments, avant ou pendant la clôture, une partie pourra mettre fin automatiquement aux négociations ou annuler la clôture de la transaction.<sup>43</sup>

Nous retrouvons donc en matière internationale des concepts inscrits au sein même du protocole d'entente telles les clauses d'exclusivité, les clauses de confidentialité ou encore les clauses relatives à l'avènement de certains facteurs comme le financement et les considérations fiscales, sans compter l'élaboration d'un échéancier pour la réalisation de la vérification diligente ainsi que le paiement des frais relatifs à l'ensemble de la transaction.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibid*, aux pp. 5, 6 et 7. Voir également à ce sujet : Québec, Industrie, Commerce et tourisme Québec, *l'expansion de votre commerce par l'acquisition ou la vente*, par M. Hébert, 1982.

<sup>43</sup> *Ibid.* à la p. 5.

<sup>44</sup> *Ibid.* Voir également à ce sujet : M. Katz and R.M. Loeb, *Acquisitions and mergers 1982 : recent développements and techniques*, New-York, Practising Law Institute, 1982 ; M. Keenan

Le dernier élément, à savoir le paiement des frais<sup>45</sup>, peut s'avérer extrêmement utile afin d'éviter des imbroglios entre les parties relativement aux frais des différents professionnels entourant les parties que ce soit au niveau du montage financier qu'au niveau juridique ou autre. Les parties pourront immédiatement indiquer quelle partie assumera ces frais, et dans quelle proportion et ce, que ce soit dans l'éventualité d'une clôture ou d'un retrait.<sup>46</sup>

Enfin, il est important d'indiquer en conclusion que le protocole d'entente ou la lettre d'intention permet aux praticiens de consigner par écrit les différents gestes qui devront être posés par les parties afin de mener à terme la transaction et les paramètres à respecter, que ce soit au niveau de la confidentialité, de la transaction en soi ou des informations qui y sont échangées. Bref, en ce qui concerne la portée juridique de la lettre d'intention, on peut dire à la limite qu'elle constitue ni plus ni moins qu'une forme de contrat de négociation où les éléments de référence qui y sont inclus pour les parties peuvent devenir des obligations à l'égard de chacune d'entre elles et ce, en fonction de la transaction projetée.<sup>47</sup>

---

and L.J. White, *Mergers and acquisitions : current problems in perspective*, Lexington, Lexington Books, 1982.

<sup>45</sup> *Ibid.* à la p. 10

<sup>46</sup> *Ibid.* Voir également à ce sujet : P.-G. Jobin, *Vente d'entreprise dans Réforme du Code civil*, vol. 2, Barreau du Québec et Chambre des notaires, Québec, P.U.L., 1993.

<sup>47</sup> Pour certains auteurs, il s'agit véritablement d'un contrat de négociation pouvant apporter des obligations pour chacune des parties. Voir notamment, à ce sujet, A. Popovici, « Les avant-contrats » (1995) 1 C.P. du N. 130.

Nous terminons en indiquant que la lettre d'intention sauf s'il y a insertion d'éléments juridiques strictes à savoir par exemple une entente de confidentialité ou d'exclusivité pourrait à la limite entraîner aucun effet juridique entre les parties bien qu'il soit permis que celle-ci puisse emporter certaines obligations juridiques pour les parties, notamment au niveau de la bonne foi et de l'exécution des obligations qui y sont stipulées. C'est pourquoi, en l'absence même d'une acceptation formelle et dans le cas où les parties auraient fait une lettre d'intention en indiquant que ceci ne constitue en rien une promesse d'achat ou de vente sans élément spécifique à caractères juridiques tel que spécifié auparavant, la lettre d'intention peut se voir opposer les notions de bonne foi contenues au *Code civil du Québec* notamment aux articles 6, 7 et 1375.<sup>48</sup>

En effet, lors des négociations, les parties se doivent d'être de bonne foi entre-elles afin d'éviter des préjudices sérieux ou encore des abus de droit. En effet, une partie pourrait tenter d'être opportuniste relativement à l'entreprise ciblée qui évolue peut-être dans le même marché qu'elle et pourrait ni plus ni moins se servir du mécanisme d'acquisition pour fins « d'espionnage industriel ». Or, il est clair que bien que la lettre d'intention soit sans conséquence juridique, elle pourrait tout de même faire en sorte d'introduire les notions de bonne foi à l'encontre d'une partie qualifiant les gestes posés par celle-ci, d'intention de nuire ou d'acte excessif et déraisonnable,

---

<sup>48</sup>Voir G. Coulombe, *supra* note 37 à la p. 14. Voir également : *supra* note 16.

constituant ni plus ni moins de la mauvaise foi.<sup>49</sup> Le praticien devra donc être extrêmement prudent lors d'un retrait d'une transaction projetée afin de ne pas se faire taxer de mauvaise foi par l'autre partie.<sup>50</sup> Afin d'éviter ces pièges, nous conseillons au praticien, dans l'éventualité où celui-ci voit l'échec inévitable de la transaction pour des causes légitimes, d'indiquer par écrit à la partie adverse les différents facteurs d'insatisfaction ou la non rencontre des éléments décrits à la lettre d'intention afin de jouir de la présomption de bonne foi. Il est évident qu'au niveau du Québec, la notion de bonne foi peut donc être imputable aux parties en vertu du *Code civil du Québec* mais au niveau international, le praticien a tout intérêt à agir de bonne foi afin d'éviter les mésententes qui pourraient donner ouverture aux recours judiciaires à l'étranger, ce qui pourrait s'avérer extrêmement dommageable pour les parties et leur relation.

Bref, il serait également tout indiqué d'insérer à l'intérieur de la lettre d'intention les obligations à l'effet que le vendeur ne peut octroyer quelque clause de premier refus à quelque entité juridique que ce soit et imputer à la partie qui vend ses actifs ou ses actions de ne pas se départir de ses actifs hors du cours normal de ses affaires et d'interdire qu'il y ait des négociations avec toute autre personne afin d'éviter des surenchères.

---

<sup>49</sup> Voir G. Coulombe, *ibid* aux pp. 12 et 13.

### 3.1.2. CONSÉQUENCES JURIDIQUES

Comme nous venons de le préciser, les articles 6, 7 et 1375 du Code civil du Québec, constituent un aspect crucial dans les recours judiciaires entre les parties et notamment eu égard aux impacts juridiques de la lettre d'intention. À cet effet, il faut comprendre que l'obligation de négocier de bonne foi incombe à toutes les parties instigatrices ou non des négociations et comporte au moins deux exigences, soit l'interdiction de s'approprier l'information confidentielle communiquée dans le cadre des négociations et le devoir de rompre les pourparlers dès qu'ils apparaissent vouer à l'échec. Le non respect de la première constitue un abus de confiance ou un acte de concurrence déloyal et le non respect de la seconde un dol par réticence.<sup>51</sup>

Il faut également mentionner que l'obligation générale de bonne foi dans la formation des contrats, en vertu de l'article 6 n'empêche pas de rompre les pourparlers contractuels, mais commande de ne pas y mettre fin sans justification lorsqu'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion d'un accord.<sup>52</sup>

Le libellé de l'article 7 du Code civil du Québec est à l'effet qu'aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. Cet article doit être lu en corollaire

---

<sup>50</sup> *Industries Detson Inc. c. Germain Courchesne et al.*, C.S.Q n° 500-05-010790-945, le 17 novembre 2000.

<sup>51</sup> *Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc.*, [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.), REJB 99-15228 (C.Q.)

<sup>52</sup> *Compagnie France Film inc. c. Imax Corp.*, J.E. 2002-5 (C.A.), REJB 2001-28043 (C.A.)

avec l'article 6 et à cet effet, il n'est pas nécessaire pour se prévaloir de l'abus de droit contractuel, de faire la preuve d'une intention malicieuse ou de mauvaise foi du créancier.<sup>53</sup>

De plus, un certain nombre de décisions ont indiqué que la théorie de l'abus de droit sanctionne non seulement la conduite malicieuse avec intention de nuire ou de mauvaise foi, d'une des parties dans l'exercice des droits conférés par un contrat, mais également la conduite contraire à la bonne foi ou simplement négligente.<sup>54</sup>

Par surcroît, la victime d'un abus de droit contractuel peut, selon la jurisprudence applicable au Québec, selon les circonstances, réclamer les frais et honoraires d'avocat encourus suite aux procédures qu'elle a été obligée d'entreprendre.<sup>55</sup>

En terminant, soulignons que les applications juridiques au Québec de l'article 1375 qui se définissent comme suit : « *la bonne foi doit*

---

<sup>53</sup> *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339. Voir également : *Bertrand c. Racicot*, [1985] R.D.J. 418 (C.A.), *Bédard Louis inc. c. Papa*, J.E. 2000-2160 (C.S.), REJB 2000-20596 (C.S.)

<sup>54</sup> Voir notamment : *Banque Nationale c. Houle*, [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.), conf. par [1990] 3 R.C.S. 122 ; *Latreille Automobile Ltée c. Volvo Canada Ltd.*, [1978] C.S. 191 ; *Marcotte c. Assomption Cie Mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102 ; *Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164 ; *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, J.E. 85-943 (C.S.) ; *Godbout c. Provisoir Inc.*, [1986] R.L. 212 (C.A.) ; *Gignac c. Radio Futura Ltée*, [1988] R.J.Q., 2682 (C.A.) ; *Banque Royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne [1985] inc.* J.E. 86-61 (C.S.) ; *Aselford Martin Shopping Centres Ltd. c. A.L. Raymond Ltée* [1990] R.J.Q. 1971 (C.S.) ; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500 c. Hydro-Québec* [1983] C.T./T.T. 83 ; *Marchands unis inc. c. Prise Waterhouse Ltée*, [1996] R.R.A. 71 (C.A.) ; *Cam-spec international inc. c. Dominion Texte inc.*, [2000] R.D.I. 641 (C.S.) REJB-2000-20951 (C.S.), *Galleries de la Capitale inc. c. Entreprises Thurbide et Potvin inc.*, C.S.Q. n° 200-05-011964-991, le 11 juillet 2000 ; *Gilles E. Néron Communication marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2000] R.J.Q.1787 (C.S.), REJB 2000-18844 (C.S.) ; *Sinto Laurentides inc. c. Brennan*, J.E. 2000-1488 (C.S.) REJB 2000-19820 (C.S.) ; *Bouclair inc. c. Gagnon Frères (Immeubles) inc.*, 2001BE-176 (C.S.).

<sup>55</sup> *Club de voyages Aventure (groupe) inc. c. Club de voyages Aventure inc.*, J.E. 99-1435 (C.S.), REJB 99-13211 (C.S.). La victime d'un abus de droit contractuel peut réclamer les frais et honoraires d'avocats encourus suite aux procédures qu'elle a été obligée d'entreprendre.

*gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation que celui de son exécution ou de son extinction ».* A ce titre, les tribunaux ont eu l'occasion de définir ce qui était la mauvaise foi, étant interprétée de la sorte : *«la mauvaise foi est un écart évident par rapport aux normes de comportement socialement acceptables.»*<sup>56</sup>

Au surplus, l'obligation générale de bonne foi dans la formation des contrats n'empêche pas de rompre les pourparlers contractuels, mais elle commande de ne pas y mettre fin sans justification lorsqu'on a suscité chez le partenaire la confiance dans la conclusion de l'accord.<sup>57</sup>

Enfin, la mauvaise foi a été définie par les tribunaux comme étant un écart évident par rapport aux normes de comportement socialement acceptables.<sup>58</sup>

### 3.2. CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ<sup>59</sup>

La convention de confidentialité est généralement introduite soit en partie dans la lettre d'intention ou est représentée par un document complètement distinct mais accessoire à la lettre d'intention. La convention de confidentialité se présente donc aux étapes préliminaires des négociations relativement à la transaction ciblée

---

<sup>56</sup> *Trikon Technologies inc. c. Germain*, J.E. 2001-754 (C.Q.), D.T.E. 2001T-349 (C.Q.), REJB 2001-24290 (C.Q.)

<sup>57</sup> *Supra* note 52.

<sup>58</sup> *Supra* note 56.

<sup>59</sup> Le fondement juridique de l'aspect de confidentialité a été inséré dans le *Code civil du Québec* aux articles 3, 35 et 41 ainsi qu'au sein de la *Charte des droits du Québec* à l'article 9. Par ailleurs, deux décisions types des tribunaux canadiens relativement à l'aspect de confidentialité est contenue dans *Lac Minéral Ltée c. International Corona Resources Ltd.*,

étant donné l'importance des informations à caractères confidentiels qui seront échangées entre les parties.<sup>60</sup> Nous suggérons pour notre part de mettre de façon distincte les clauses de confidentialité afin d'éviter les interprétations souvent généralisées par les tribunaux à savoir que la lettre d'intention ne comporte aucune obligation juridique pour les parties.<sup>61</sup> Ce qui importe lors de la rédaction d'une entente de confidentialité, c'est qu'elle soit suffisante à l'égard des deux parties et surtout équitable étant donné que chacune d'entre-elles dévoilera des secrets ou des informations de nature capitale pour leurs opérations.

Plus particulièrement, l'élément central de l'entente de confidentialité consiste en la définition donnée au renseignement confidentiel. Habituellement, la définition englobe l'ensemble de l'information communiquée relativement à une entreprise ou à ses opérations, peu importe le support de transmission de cette communication entre les parties.<sup>62</sup> Par ailleurs, il est recommandé de désigner immédiatement qui seront les destinataires autorisés et également de circonscrire à l'intérieur de l'entente de confidentialité à être signée entre les parties l'ensemble des documents ou des informations qui seront de nature confidentielle. Le destinataire sera prudent de confirmer la réception de

---

[1989] 2. R.C.S. 574 et *Cadbury Schweeps Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142. Voir aussi, à ce sujet, *Tri-tex Co. Inc. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

<sup>60</sup> A. Roy et S. Landry Maltais, « Convention de confidentialité et de non-concurrence » dans Conférence : *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000 à la p. 2.

<sup>61</sup> *Supra* note 52 à la p. 3.

<sup>62</sup> *Ibid.*

l'information confidentielle qu'il recevra afin de délimiter immédiatement le cadre d'un futur litige, le cas échéant.<sup>63</sup>

Notons au surplus qu'il est généralement reconnu que l'information confidentielle ne comporte pas les éléments suivants, à savoir toutes informations qui sont ou deviennent publiques dans le cours normal des affaires ou toutes informations connues par les parties avant la signature de la convention.<sup>64</sup>

Le praticien sera diligent à indiquer dans l'entente de confidentialité que si les négociations devraient être interrompues ou lorsqu'il y aura un retrait d'une partie abandonnant ainsi le projet de transaction, il y aura remise ou destruction des documents reçus avec confirmation par écrit sous forme d'affidavit du destinataire à l'effet qu'il n'a plus aucun document en sa possession. Il y aura également une clause de durée de l'entente de confidentialité afin de protéger les informations. La durée n'a pas de délai standard mais la période de protection dépendra directement de la nature de la transaction. En cas de violation de l'entente de confidentialité, les parties auront pris soin d'édicter une disposition relativement aux recours judiciaires où l'injonction et les dommages-intérêts seront prévus. Il est clair qu'au niveau international, bien que cette clause puisse exister entre les parties, elle ne sera pas nécessairement un gage d'obtention d'injonction ou de tout autre recours étranger similaire. À tout le moins, ce

---

<sup>63</sup> *Ibid.* aux pp. 5 et ss. Voir également à ce sujet : N. Guilbeault « L'obligation de renseignement dans les contrats de vente internationale de marchandises » (1997) 38 C. de D. 315.

<sup>64</sup> Arrêt de principes, voir : *Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler*, (1906) 1 All E.R. à la p. 617; *Salmon Enrg. Co. Ltd v. Campbell Enrg Co. Ltd.*, [1963] 3 All E.R. à la p. 413; *Koné inc. c. Dugré*, J.E. 91-1392 (C.S.); *Wrebbit inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3270; *Supra* note 59,

genre de clause permettra d'installer un doute ou peut-être un frein dans l'exercice d'une violation par l'une ou l'autre des parties.<sup>65</sup>

Au niveau des conséquences et des aspects juridiques de l'entente de confidentialité qui se retrouvera séparément ou à l'intérieur de la lettre d'intention, celle-ci sera opposable aux parties si ces dernières ont décidé que les obligations de confidentialité ont force obligatoire entre elles et ce, même si les autres dispositions de la lettre d'intention n'ont pas force obligatoires.<sup>66</sup> Il est clair que pour un tribunal, il sera important de juger de la définition même de l'information confidentielle. Pour la partie recevant l'information, c'est-à-dire, la destinataire, celle-ci tentera de réduire l'étendue de l'obligation de confidentialité. A ce titre, il est courant que l'on demande que l'information soit identifiée à titre confidentielle.<sup>67</sup> En ce qui concerne la partie qui divulgue l'information, celle-ci aura tout intérêt à définir toute l'information à titre confidentielle, que ce soit sous forme écrite ou autrement.<sup>68</sup>

En conclusion, l'entente de confidentialité est une prémisse de base dans le cadre d'une acquisition d'entreprise. La présence de cette entente de confidentialité rassurera chacune des parties lors de l'élaboration des étapes à suivre pour la clôture de la transaction et garantira également un mécanisme de sûreté en cas de retrait de l'une des parties ne réalisant pas ainsi la transaction. Dans un

---

<sup>65</sup> *Supra* note 59.

<sup>66</sup> *Supra* note 57 à la p. 5. Voir également à ce sujet : G. Goldstein, « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1993) 53 R. du B. 199.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.* Voir également à ce sujet : P. Dozois, « Achat-vente d'une entreprise : aspects légaux de l'achat-vente d'entreprises et vérification diligente », Montréal, Association de planification fiscale et financière, 11 septembre 1991.

contexte de compétition, il est clair que l'entente de confidentialité constitue un excellent bouclier face à des comportements abusifs de part et d'autres. À ce titre, nous joignons en annexe du présent ouvrage un exemple d'entente de confidentialité qui pourra être utilisé à titre de guide pour les différents intervenants.

### 3.3. LA CONVENTION D'ACHAT<sup>69</sup>

La convention d'achat constitue le deuxième ou selon la cas le troisième document à préparer pour le professionnel attitré à cette transaction. L'acquéreur est la personne qui est l'initiateur de ce document et c'est à lui que revient la tâche de le rédiger. En effet, le fait que ce soit lui qui le rédige par le biais de son professionnel mandaté fait en sorte qu'il peut demander et obtenir tous les renseignements qu'il jugera opportun d'acquérir pour fins d'analyse.<sup>70</sup> La vraie convention d'achat, spécifie chacune des obligations auxquelles les parties doivent se conformer ainsi que leurs droits. Cette convention d'achat comporte des clauses types telles que les représentations et garanties qui touchent essentiellement les états financiers et leurs postes tels que les comptes clients, les comptes fournisseurs, les poursuites judiciaires, l'étude de propriétés relatives aux actifs tels les marques de commerce, les équipements, etc.<sup>71</sup>

De plus, elle contient également les engagements usuels du vendeur de gérer son commerce ou son entreprise de façon

---

<sup>69</sup> Voir notamment P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 853 pour un modèle de convention d'achat; voir également : B. Bussière, *supra* note 23, P.J. Dalphond de même que Y. Desjardins, *supra* note 22.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

diligente jusqu'à la clôture des négociations et de ne pas dilapider son entreprise par la vente d'actifs hors du cours normal des affaires ou encore, par l'obtention ou l'octroi de dividendes aux administrateurs et actionnaires.<sup>72</sup> Il y a également une interdiction de transfert d'actions et d'emprunt bancaire. Or, comme nous venons de le spécifier, l'offre verra à quantifier le nombre d'actions et à les décrire par catégorie relativement à celles qui feront l'objet de la transaction.

La convention d'achat doit nécessairement, selon nous, encadrer dans le temps la validité des représentations et garanties du vendeur et de la clause d'indemnisation le cas échéant. Les représentations et garanties de la partie qui se départit de son entreprise fait en quelque sorte d'octroyer un avantage à l'acquéreur, soit de prendre connaissance et de s'assurer notamment des différentes facettes relativement aux statuts financiers du vendeur mais également sur le statut corporatif et ce, en plus de toutes les autres facettes de la transaction. Il pourra se rassurer au niveau de l'état de l'entreprise, sur sa situation financière et ses biens. C'est pourquoi, le vendeur doit représenter que l'entreprise est dûment constituée et organisée, qu'elle existe en vertu des lois et juridictions applicables. Elle doit également spécifier de façon très précise le capital-actions autorisé de la société et celui émis et en circulation. A cet égard, elle devra également soulever tous les droits attribuables à chacune des catégories d'actions. Enfin, elle devra déclarer s'il y a eu des déclarations de distribution de dividendes et attester qu'elles sont libres de toutes charges. Il faudra s'assurer que le vendeur également confirme que les états financiers ont été préparés

---

<sup>72</sup>*Ibid.*

conformément aux principes comptables reconnus et ce, selon la juridiction choisie. Il sera important également d'obtenir une déclaration à l'effet que toutes les déclarations fiscales devant être faites au(x) gouvernement(s) en place l'ont été et que tous les impôts ont été acquittés et qu'il y a absence de poursuite judiciaire ou de vérification fiscale en cours.<sup>73</sup>

Par ailleurs, il devra y avoir des engagements et des garanties relativement à la propriété intellectuelle et à l'environnement selon le cas. En effet, il devra y avoir des représentations et garanties que l'entreprise n'est pas sujette à des poursuites en matière environnementales et qu'elle respecte tous ces facteurs selon la législation à laquelle elle est affectée et également déclarer qu'elle possède tous les titres et propriétés dans les droits intellectuels. On s'assurera également au niveau de la propriété intellectuelle, pour la marque de commerce, les brevets, les dessins industriels et autres qu'il n'y a aucune contrefaçon susceptible d'exister à la connaissance du vendeur. Ceci est extrêmement important notamment lorsqu'on fait affaires dans un autre pays. Il devra y avoir un engagement relativement au maintien en poste de certaines personnes clés dans l'entreprise. Il y a également une grande importance à apporter au niveau de la non concurrence des différents administrateurs et personnes clés du vendeur s'ils ne sont pas retenus au service de l'entreprise.

De plus, il y aura la représentation au niveau de la conduite du vendeur jusqu'à l'acquisition complète des actions le cas échéant.

---

<sup>73</sup>

Voir B. Bussière, *ibid.* voir également P.J. Dalphond, de même que Y. Desjardins, *ibid.* aux pp. 30 à 34.

Il devra y avoir, au surplus, une section relativement aux conditions préalables à la clôture qui indiquera que tous les permis, autorisations, d'acquisition d'entreprise ont été obtenus auprès des autorités compétentes du pays où se trouve la compagnie ciblée.<sup>74</sup>

Les praticiens prendront également soin d'élaborer une clause d'indemnisation<sup>75</sup> de la part du vendeur suite à toute information inexacte ou fausse déclaration ou encore, pour tout dommage qui pourrait survenir suite à une garantie qui ne serait pas conforme<sup>76</sup>. Il y aurait lieu également de statuer sur une forme de résolution des litiges qui peut être une clause d'arbitrage dont nous aurons l'occasion de traiter un peu plus loin au sein du présent ouvrage.

Au surplus, il faudra prévoir soit des retenues ou des garanties pour le solde du prix d'achat le cas échéant. Normalement, le vendeur ne retient le dépôt que si la transaction n'a pas été dûment complétée en raison du défaut de l'acquéreur. Ce dépôt n'est pas toujours exigé des parties. L'acquéreur prévoira retenir pour une période prédéterminée une partie du prix d'achat relativement aux actions lorsqu'il y a dissolution prochaine ou cessation des activités de la société qui vend ses actifs ou ses actions. Généralement, les parties choisissent une tierce personne afin que celle-ci détienne sous écrou les montants en tiercé pendant la période prévue.

---

<sup>74</sup> Il faut noter qu'au Canada et au Québec, les autorisations sont requises aux termes de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q. c. V-1.1. et la *Loi de la concurrence*, L.R.C. 1985, C-34 et la *Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, C. 1-21.8.

<sup>75</sup> Voir B. Bussière, *supra note 23* ; voir également P.J. Dalphond de même que Y. Desjardins, *supra note 22* aux pp. 35 et ss.

<sup>76</sup> *Ibid.* à la p. 35.

Rappelons ici que lorsqu'il s'agit simplement d'une offre relativement à l'acquisition des actifs, ceci ne diffère pas des clauses de garanties de représentations pour les actions outre le fait que l'offre relativement à ces actifs peut être faite de façon positive par l'énumération des éléments d'actifs de façon spécifique ou négative par la description de ces biens qui seront expressément exclus de la transaction. En fait, pour les actifs tels l'équipement, inventaire, mobiliers de bureau, etc., il y aura des clauses plus spécifiques sur l'utilisation non abusive des actifs jusqu'à la clôture.

Notons que depuis l'été 2002, le législateur a abrogé les articles 1764 et 1767 à 1778 du Code civil du Québec, répondant ainsi aux critiques qui avaient été faites relativement aux difficultés d'application de ces dispositions pour les juristes qui, dans la pratique, sont appelés à procéder à des ventes d'entreprise. En effet, aux termes de ces articles, différentes formalités, dont la déclaration de propriété pour chacun des actifs, l'avis de vingt (20) jours, la désignation dans l'acte de la personne qui sera chargée de distribuer le prix de vente aux créanciers et enfin le bordereau de distribution ne seront plus requis.<sup>77</sup> Ceci est donc une façon plus efficace de procéder pour les praticiens et a donc éliminé les formalités qui étaient prévues aux termes de ces dispositions. Il est clair que ces formalités peuvent être retransposées au niveau international par un acquéreur québécois mais sans la force de loi mais tout simplement à titre directif. Nous croyons que ces formalités pourraient s'avérer extrêmement utiles en matière

---

<sup>77</sup>

Articles 1769, 1773 et 1774 du Code civil du Québec.

internationale afin de protéger l'acquéreur face à sa transaction transfrontalière.

Enfin, rappelons que la vérification diligente a toujours lieu au sein des deux opérations qui viennent de vous être identifiées.<sup>78</sup> Bref, la vérification diligente se fera en général entre l'acceptation de l'offre par le vendeur et la séance de clôture à l'intérieur de laquelle l'acheteur devra se déclarer satisfait de l'examen entrepris et de toutes les représentations qui ont été faites par le vendeur.

En conclusion, le contrat d'achat déterminera les volontés et les intentions des parties où l'on détaillera la compréhension et les attentes des parties. C'est donc dire que l'acheteur confirmera au vendeur qui a le pouvoir et l'autorité de conclure la transaction et qu'il peut payer le prix d'achat. Pour l'acheteur, le vendeur le rassurera sur l'ensemble des facettes de son entreprise en apportant des garanties et représentations nécessaires afin de le réconforter. Rappelons ici qu'afin de pallier à tout changement au sein de l'entreprise avant la clôture de la transaction, il sera important pour le praticien de prévoir une clause d'ajustement de prix<sup>79</sup> afin de pallier aux différentes modifications survenues sur l'actif ou le passif de l'entreprise. Ceci évitera peut-être un litige entre les parties. En effet, une clause d'ajustement de prix basée sur l'atteinte d'objectifs peut devenir pertinente pour les parties dans l'éventualité d'éviter une mésentente sur la valeur de l'entreprise et du prix de vente applicable. Les praticiens auront également tout avantage à indiquer dans la convention d'achat tout les paramètres

---

<sup>78</sup> Voir Y. Desjardins, *supra* note 22 aux pp. 46 et ss.

que devra respecter le vendeur avant la signature des documents de clôture relativement au cours normal et ordinaire des affaires de l'entreprise. En effet, l'acheteur s'assurera que la direction de l'entreprise qui vend ses actifs ou ses actions, agira avec prudence et diligence afin de ne poser aucun geste qui pourrait avoir une répercussion négative sur l'entreprise en soi. C'est pourquoi des interdictions de vendre, aliéner ou transférer des actifs ou encore d'acheter ou autrement acquérir des nouveaux actifs seront tributaires de l'autorisation expresse de l'acheteur. Il va de soi que toutes les questions d'endettement et de conduites de l'entreprise ne seront pas laissées à la discrétion unique du vendeur.

---

<sup>79</sup>

Voir B. Bussière, *supra* note 23 ; voir également P.J. Dalphond de même que Y. Desjardins, *supra* note 22 aux pp. 36 et ss.

### **3.3.1. DÉCLARATION SPÉCIFIQUE AYANT TRAIT AUX REPRÉSENTATIONS ET GARANTIES FAITES PAR LE VENDEUR RELATIVEMENT À L'ACHAT D' ACTIONS<sup>80</sup>**

À ce titre, les représentations et garanties faites par le vendeur toucheront notamment des points comme le pouvoir du vendeur de procéder à la transaction, la validité du titre de propriété des certificats d'actions ainsi que le nombre et la catégorie des actions émises par l'entité juridique. À ceci, pourront se rattacher les représentations telles la constitution, l'organisation et la conduite des opérations de la personne morale ainsi que la qualification du déroulement normal des opérations de cette dernière depuis la date de ses derniers états financiers, l'absence de litige, l'état de l'inventaire, la validation des différents facteurs entourant les ressources humaines, telle la convention collectives, les fonds de pension, etc. Par ailleurs, nous référons le lecteur à la section « vérification diligente » qui fait en sorte de déterminer et d'illustrer chacun des points qui feront l'objet non seulement de la vérification diligente mais également des déclarations de représentations et garanties faites par le vendeur.

### **3.3.2. ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIFS<sup>81</sup>**

Les représentations et garanties de la part du vendeur à cet effet seront très similaires à celles que nous venons de voir pour le vendeur d'actions. En effet, les éléments suivants

---

<sup>80</sup> Ibid. aux pp. 30 et ss.

pourront faire partie des représentations et garanties telles que l'absence de litige, le pouvoir de procéder à la transaction et la garantie des titres de propriété des éléments d'actifs, l'absence de dette ou de charge sur les biens, l'évaluation des comptes-clients, l'état de l'inventaire et son évaluation, l'absence de contrat interdisant la transaction ou encore un contrat relativement à une convention collective de travail, et bien sûr, les clauses de garanties et déclarations relativement à la conformité des immeubles et des paiements des taxes eut égard à ces immeubles, sans compter l'exactitude de la situation financière de l'entreprise ainsi que les conditions générales des éléments d'actifs faisant l'objet de la transaction.

Par ailleurs, il est crucial pour les praticiens de circonscrire et de définir le terme « au meilleur de leur connaissance » ou « au meilleur de la connaissance de ... ». <sup>82</sup> Ceci, s'avèrera particulièrement important afin d'assurer l'exactitude des représentations à être données par les parties. En effet, les clauses de représentations et de garanties, que ce soit pour le vendeur ou l'acheteur, reposent essentiellement sur la connaissance des faits

---

<sup>81</sup> Voir notamment S. Boudreault, N. Fournier, K. Grignon et J. Petit, *supra* note 1 à la p. 26.

<sup>82</sup> Voir B. Bussière, *supra* note 23 à la p. 31. Selon l'auteur, la définition du terme « au meilleur de leur connaissance » ou « au meilleur de la connaissance de... » signifie une déclaration du déclarant quant à sa connaissance des faits ou des circonstances auxquels sa déclaration s'applique après avoir raisonnablement fait enquête sur ces faits et circonstances. Par ailleurs, nous invitons le lecteur à consulter la décision *Realise packaging inc. & Realise conditionnement inc. c. A.S.M. Canada Ltée*, J.E. 97-1383 (C.S.) dans laquelle l'Honorable Juge Dalphond a considéré que la déclaration faite par A.S.M. garantissant sans réserve (et non au meilleur de sa connaissance), qu'il n'y avait aucun changement important pouvant nuire aux affaires de l'entreprise ; alors que sa relation avec R.B.H. était difficile, a donc engagé sa responsabilité et celle du garant.

relatés à la convention d'achat. Afin de pallier à toute ambiguïté, il serait peut-être utile que les praticiens, lorsqu'ils mentionnent au nom du vendeur ou de l'acheteur des représentations, qu'il y a eu, à tout le moins, une validation par une enquête interne des éléments qui font l'objet des représentations pour éviter toute ambiguïté face à un litige éventuel. À moins d'une fausseté ou d'une erreur volontaire ayant pour but d'induire en erreur l'une des parties, la stipulation de l'existence ou de l'absence d'un fait au meilleur de la connaissance suite à une enquête interne évitera à la limite une poursuite. Rappelons ici que la durée des représentations et garanties varie généralement d'une année à trois ans de la date de clôture. En ce qui a trait aux représentations et garanties au niveau fiscal et en matière de titres de propriété ou d'environnement, ces périodes de protection pourront être plus élevées étant donné la complexité due à la connaissance d'éléments négatifs.

Nous désirons terminer avec les représentations et garanties octroyées par l'acheteur qui s'avèrent très courtes étant donné les circonstances. En effet, l'acheteur ne déclinera généralement que des représentations et garanties relativement à sa capacité d'effectuer la transaction et qu'il est valablement constitué pour ce faire, qu'il est dûment habilité à signer tous les documents relatifs à la transaction et dans l'éventualité où il ne paie pas la totalité du prix d'achat à la clôture, il donnera les représentations relativement au solde de prix de vente à être déboursé ou

encore s'il paie par l'émission d'actions des garanties spécifiques relativement aux titres et aux actions à être émises.

### 3.3.3. INDEMNISATIONS<sup>83</sup>

Combinées aux garanties et représentations des parties, celles-ci indiqueront dans la convention d'achat une section d'indemnisation qui aura pour but de pallier à la capacité de l'une des parties d'honorer ses représentations et garanties. Le vendeur conviendra donc d'indemniser et de tenir peut-être indemne l'acheteur de toute réclamation fiscale ou toute autre demande de quelque nature que ce soit, notamment au niveau des poursuites ou dommages que l'acheteur pourrait subir en raison de l'inexactitude ou de la fausseté ou encore de la violation de quelques représentations garanties contenues au contrat d'achat. Cette clause prévoira donc une indemnité applicable à la partie qui subit le préjudice, que ce soit pour des dommages directes ou indirectes, les dommages indirectes pouvant être constitués par des dépenses raisonnables pour pallier aux préjudices. La durée de l'indemnisation sera directement tributaire de la nature même de la transaction projetée entre les parties et des risques qui auront été établis en rapport à cette transaction. Par ailleurs, les parties pourront déterminer déjà une échelle ou un mécanisme d'indemnisation qui pourra être constitué soit par un déductible à la survenance du préjudice ou le paiement complet du préjudice sans limite ou encore d'indiquer ce

que les praticiens appellent un « cap »<sup>84</sup> qui sera ni plus ni moins le remboursement total du prix d'achat et de remettre, ni plus ni moins, si cela s'avère possible, les parties en état.

Au niveau international, il n'est pas inhabituel de préserver un montant sous écrou qui constitue ni plus ni moins qu'une retenue afin de pallier à un éventuel dommage suite à une représentation et garantie du vendeur. Cette somme ainsi mise à titre de retenue permettra donc une compensation automatique en cas de survenance d'un dommage. Il appartiendra donc au vendeur d'établir que la compensation a été faite sans fondement, le cas échéant, et ce principe s'avère extrêmement intéressant en matière internationale lorsque le vendeur est un non résident canadien avec des actifs situés à l'extérieur du pays ou encore du fait que le vendeur pourrait être susceptible d'être dissout ou liquidé suite à la transaction. Il sera avantageux pour les parties qu'un fiduciaire détienne ces sommes. Ainsi, la neutralité du fiduciaire fera en sorte d'éviter un comportement abusif, le cas échéant.

### 3.4. LA CLÔTURE<sup>85</sup>

Ce qui nous amène à traiter du dernier aspect de la transaction, à savoir, la clôture. De façon pratique, les conseillers juridiques sont satisfaits à cette étape des différents documents et ont

---

<sup>83</sup> Voir A. Vautour, *supra* note 1 aux pp. 1 et ss.

<sup>84</sup> Voir B. Bussière, *supra* note 23 ; voir également P.J. Dalphond de même que Y. Desjardins, *supra* note 22 à la p. 36.

<sup>85</sup> Voir B. Bussière, *supra* note 23 à la p. 42.

approuvé le contenu de chacun des documents requis afin de terminer la transaction. C'est donc dire que les documents seront signés et remis aux parties. Les conseillers prendront un soin particulier à vérifier si les différents documents respectent les intentions des parties telle que manifestée lors des négociations du contrat d'achat. Également, à l'intérieur de cette section, il y aura l'avis des conseillers juridiques à l'effet que l'entreprise est dûment constituée et organisée, que les actions faisant l'objet de la transaction ont été valablement émises et en circulation, que l'entité juridique a pris toutes les mesures nécessaires afin d'autoriser lesdits transferts d'action, que toute convention a été autorisée afin de rendre exécutoire la présente transaction. De plus, nous retrouverons l'attestation des dirigeants de la compagnie qui procède à la vente de ses actifs ou de ses actions relativement à l'exactitude des déclarations, représentations et garanties du vendeur, que ces personnes sont dûment autorisées à signer les documents de transaction et que le transfert des actifs, que ce soit des actions ou autres, ne contrevient à aucun statut constitutif de la société ni de la loi en vigueur dans le pays concerné.

Au surcroît, le lecteur aura compris que la définition des éléments d'actifs et leur description à titre d'éléments à être vendus sont fondamentaux. De façon pratique, il faut ainsi éviter des clauses qui détaillent de façon trop générale les éléments d'actifs comme tous autres éléments d'actifs détenus ou utilisés par le vendeur en relation avec l'exploitation de son entreprise qui peut aussi engendrer des ambiguïtés lorsque seulement une partie des actifs sont achetés par l'acquéreur. Il faut donc éviter ce type de clause au bénéfice du vendeur. Rappelons également que les dépôts en

matière d'acquisition d'entreprise ne sont pas toujours requis. Par ailleurs, le vendeur a tout intérêt à demander un dépôt au sein d'une transaction à caractère international vu l'éloignement géographique de son interlocuteur. Également, étant donné la complexité et la lourdeur des pourparlers généralement reconnus en matière internationale et la complexité de la vérification diligente, il est approprié de demander un dépôt. Il faudra aussi prendre soin de spécifier dans le contrat si le dépôt ou le montant retenu agit à titre de dommage liquidé ou encore à titre d'avance sur la transaction.

Bref, toujours sous un aspect pratique, il est normal de prévoir une nouvelle prise d'inventaire la journée avant la clôture. Ceci donnera ouverture à la clause d'ajustement du prix relatif au stock. Enfin, il est préférable d'indiquer un délai de délivrance à être effectué au sein du contrat. Il y aurait également lieu de mettre une clause de pénalité si jamais le délai d'exécution doit être forcé. Il pourrait y avoir également des clauses de réduction de prix ou de résiliation du contrat ce qui peut être extrêmement intéressant à titre de protection pour l'acquéreur dans un contexte international.

### **3.5. CONSÉQUENCES ET ASPECTS JURIDIQUES DE LA CONVENTION D'ACHAT**

Il est clair qu'advenant le cas où une ou plusieurs conditions ne soient pas remplies aux termes de la convention d'achat, l'acheteur pourra toujours décider de refuser ou s'abstenir d'acheter les biens, que ce soit les actions ou les actifs ce qui équivaldra à remettre les parties en état sauf le droit de l'acheteur de réclamer du vendeur une somme eu égard aux dommages et intérêts qu'il aurait pu subir

suite à ses déboursés en vue de finaliser la transaction, nous référons donc le lecteur aux notions de bonne foi qui ont été élaborées précédemment. Il est clair également que l'acheteur pourra, à tout événement, acheter les actions ou les biens ayant fait l'objet de la transaction à la date de clôture, sujet par ailleurs à une clause d'indemnisation ou encore, les parties pourront renoncer à l'accomplissement d'une condition en tout ou en partie, sans préjudice à leurs droits et s'abstenir d'acheter les biens ou dans un dernier élan, reporter la date de la clôture entre les parties.

A tout événement, il serait avantageux pour les intervenants d'établir immédiatement ces mécanismes eu égard à un défaut qui peut survenir en tout temps, entre la lettre d'intention et la date de la clôture. Il s'agit essentiellement pour les parties d'une évaluation des dommages et intérêts, selon le cas.

Or, à cet effet, l'analyse de certaines décisions de nos tribunaux indiquent clairement que les représentations qui s'avèrent fausses donnent ouverture aux dommages et intérêts. En effet, afin d'octroyer des dommages et intérêts eu égard à des fausses représentations ou garanties, il appert qu'il est extrêmement important de considérer la vérification diligente qui a été faite eu égard à la transaction projetée. Il en va de soi également que la clôture pourrait être forcée entre les parties, s'il y a présence de mauvaise foi. La doctrine et la jurisprudence récente en matière de représentation et de garantie dans un contrat de vente d'entreprise et plus particulièrement quant à la possibilité pour un acheteur potentiel de prétendre que son consentement a été vicié par le dol par son cocontractant est donc directement relié avec le degré de

vérification diligente effectuée par l'acheteur. Premièrement, selon la doctrine il importe de rappeler que le processus de vérification diligente comporte une double obligation pour un acquéreur éventuel. Tout d'abord, il doit s'agir d'une vérification, c'est-à-dire, un examen, un contrôle et une expertise de l'entreprise convoitée. Ensuite, cette vérification doit être diligente, soit une vérification effectuée par une personne qui s'applique avec soin à ce qu'elle fait.<sup>86</sup>

Voici quelques décisions qui méritent une attention toute particulière.

*Abattoir Mineault Ltée c. Mineault.*<sup>87</sup>

Dans cette décision, l'acheteur d'un abattoir a intenté une action en diminution de prix et en dommages-intérêts suite aux fausses représentations de son vendeur relativement à la conformité de l'immeuble aux règlements alors en vigueur. Après étude du dossier, le tribunal en vient à la conclusion que le silence et la réticence du défendeur (vendeur) à fournir des informations aux demandeurs (acheteurs) constituent un dol négatif qui entraîne sa responsabilité. Le tribunal ajoute que le demandeur n'avait pas à pousser plus loin sa vérification diligente. En effet, les acheteurs avaient été vigilants et ont fait les vérifications qui s'imposaient auprès des autorités compétentes.

---

<sup>86</sup> *Supra* note 16 aux pp. 15 et 16.

<sup>87</sup> 2001BE-196 (C.Q.)

9002-5057 Québec Inc. c. Binette.<sup>88</sup>

Dans cette affaire, une action en annulation d'une vente d'actions et en dommages-intérêts a été intentée par l'acheteur des actions d'une entreprise exploitant un immeuble offrant un service de chambres et de pension. Le demandeur reprochait au défendeur de ne pas lui avoir, contrairement à ce qu'il prétendait, déclaré que l'exploitation de l'édifice était illégale selon un rapport d'inspection municipale.

Dans son jugement le tribunal mentionne notamment que les défendeurs exploitaient l'immeuble sans permis depuis quelques années et qu'ils connaissaient l'existence du rapport dénonçant les anomalies majeures de l'immeuble. Ils n'en n'ont jamais avisé l'acheteur. Les défendeurs ont fourni des informations incomplètes et ont manifesté des réticences créant ainsi pour l'acheteur un climat de fausse sécurité. Le tribunal conclut que les défendeurs ont manqué à leur obligation de renseignement commettant ainsi un dol à l'égard de l'acheteur et affirme qu'il s'agissait d'un fait important qui a vicié le consentement de l'acheteur.

Le tribunal ajoute que les défendeurs ne peuvent invoquer leur bonne foi car il s'agit de gens d'affaires expérimentés qui connaissent leur obligation de renseignement. Selon la Cour, l'acheteur n'était pas tenu de se renseigner davantage auprès de la ville et de son représentant et a agi de façon prudente comme tout acquéreur raisonnable l'aurait fait dans les mêmes circonstances.

---

<sup>88</sup>

J.E. 2001-528 (C.S.)

Besnier c. Solution Maximax Inc.<sup>89</sup>

Dans cette affaire, en défense à une action en réclamation du prix de vente d'actions et en dommages-intérêts, la défenderesse plaide la nullité de la vente sur la base qu'elle aurait été induite en erreur quant à un élément essentiel qui a déterminé son consentement.

Après analyse, le tribunal conclut que la défenderesse a commis une erreur simple qui n'a pas été provoquée par le dol de son cocontractant. Selon la Cour, le représentant de la défenderesse, un homme d'affaires expérimenté, n'a qu'à s'en prendre à lui-même considérant qu'il ne s'est contenté que d'un rapport comptable incomplet de 2 pages et n'a pas procédé à une vérification diligente des états financiers de la compagnie. Cette omission de la part de la défenderesse est assimilée par le tribunal à une erreur inexcusable (1400 C.c.Q.).

Service télévision Arvida c. Allaire.<sup>90</sup>

Action en diminution de prix de vente d'actions et dommages-intérêts sur la base de fausses représentations du chiffre d'affaires de l'entreprise convoitée qui aurait vicié le consentement de l'acheteur des actions.

À titre de défense, le vendeur soutient qu'il n'a jamais rien caché et que tous ses livres, comptes de banque, factures et contrats étaient disponibles et qu'il aurait été très facile pour l'acheteur de les

---

<sup>89</sup> J.E. 2001-627 (C.Q.)

<sup>90</sup> J.E. 2002-394 (C.S.) (décision portée en appel)

consulter. Après une longue analyse des faits de ce dossier, le tribunal en vient à la conclusion que le défendeur a volontairement trompé l'acheteur, l'induisant ainsi en erreur quant à l'entreprise et que son consentement a été vicié. Selon le tribunal, compte tenu de la structure de l'entreprise, l'acheteur n'avait pas à se livrer à cet exercice fastidieux pour satisfaire ses obligations. De l'avis du tribunal, une vérification diligente de cette entreprise ne saurait exiger de l'acheteur qu'il examine la comptabilité interne pendant plusieurs jours.

Dans cette décision, le tribunal, tout en reconnaissant qu'il existent des décisions où les tribunaux ont exigé d'un acheteur qu'il aille au-delà des représentations de son vendeur et qu'il examine les livres de comptabilité, les reçus de caisse journaliers, etc., mentionne que le critère exigé par la jurisprudence exige plus de l'acheteur qu'il agisse en homme raisonnable et qu'à cet égard, le contexte général propre à chaque situation doit être examiné. Le climat de confiance qui prévaut entre les parties est un facteur à prendre en considération qui peut amener une partie à se fier à son cocontractant et la dispenser de poursuivre sa recherche de renseignements.

*Crealise Packaging Inc./Créalise Conditionnement Inc. c. ASM Canada Ltd.*<sup>91</sup>

Dans ce dossier, il s'agit d'une action en diminution de prix de vente suite à l'achat d'actions d'un vendeur qui était le seul et unique administrateur et actionnaire d'une compagnie.

---

<sup>91</sup> J.E. 97-1383 (C.S.)

Lors des négociations précédant la transaction, le défendeur, voulant éviter d'ébruiter la possibilité d'un changement de direction de sa compagnie, avait refusé toute rencontre entre l'acheteur et son principal client à l'époque (ce client achetait 96 % de sa production). À cette époque, ce client avait déjà fait connaître au vendeur son insatisfaction quant au produit offert par la compagnie, insatisfaction que le vendeur n'a jamais transmis à l'acheteur.

En effet, en réponse au mécontentement de son client, le vendeur niait les problèmes, les minimisait ou en attribuait la responsabilité au client. Il fut prouvé lors de l'audition qu'il connaissait la situation et que l'état des relations entre l'entreprise et son client constituait une information déterminante dans la décision de l'acheteur de se porter acquéreur. L'acheteur n'était pas en mesure de connaître la situation par elle-même puisque l'information à ce sujet n'était pas facilement accessible et que le défendeur avait empêché tout contact avant la clôture.

Dans son témoignage, le vendeur déclare qu'il a répondu à toutes les questions de l'acheteur et qu'il a été surpris du peu de questions posées et prétend, par conséquent, que l'acheteur n'a pas fait une vérification diligente et suffisante. Selon le tribunal, les agissements du vendeur sont contraires à l'obligation de bonne foi exigée quant aux aspects cruciaux d'une transaction. Le vendeur était tenu d'agir de bonne foi et il devait fournir aux représentants de l'acheteur toute l'information nécessaire sur cet élément crucial. Ayant agi de façon dolosive, le vendeur a vicié le consentement de l'acheteur, qui n'aurait pas acheté à ce prix s'il avait pu communiquer avec le client. Son dol constitue un manquement entraînant sa responsabilité.

Dans la décision *Baril c. 2856-0944 Québec Inc.*,<sup>92</sup> concernant la possibilité de forcer la clôture d'une transaction relative à la vente d'actions d'une entreprise au moyen de l'action en passation de titres. Dans cette affaire, le tribunal conclut que la promesse de vente était valide, que les défendeurs étaient tenus d'y donner suite et que leur refus, qui n'était pas fondé, a causé un préjudice au demandeur.

Ce qui intéressant dans ce jugement, ce sont les conclusions du jugement. En effet, aux termes de son jugement, le tribunal ordonne aux défendeurs de signer l'acte de vente et à défaut de ce faire dans les trente (30) jours du jugement, transfère la propriété des actions au demandeur et déclare le demandeur propriétaire desdites actions. Il y a également une condamnation à des dommages-intérêts et le tribunal valide également la saisie avant jugement effectuée avant l'instance par le demandeur.

À la lumière de ces quelques décisions, il est clair que le vendeur a une obligation de renseignement complète et doit divulguer tout renseignement qui peut s'avérer pertinent afin que l'acheteur puisse prendre une décision éclairée, surtout lorsqu'il s'agit de considération essentielle pour l'acheteur, ce qui pourrait engendrer la responsabilité du vendeur étant donné que le consentement de l'acheteur serait vicié, ce qui créera du dol. Le vendeur ne peut donc pas se rabattre uniquement sur le fait que l'acheteur avait accès aux divers documents.

---

<sup>92</sup>

J.E. 2001-581 (C.S.)

Enfin, le degré de vérification diligente effectuée par l'acheteur joue un rôle important dans la décision d'un tribunal d'accueillir ou de rejeter tout recours intenté après la transaction. L'acheteur devra seulement agir en personne raisonnable, être vigilant et se fier aux documents et informations transmis par son vendeur afin de faire valoir sa cause devant le tribunal compétent, nul n'étant tenu à l'impossible.

Advenant le défaut du vendeur de passer l'acte, il est probable que l'acheteur pourra forcer la clôture et de ce fait, intenter une action en passation de titres à laquelle peut se joindre une saisie avant jugement des actions résultant ainsi d'une réclamation en dommages et intérêts. Au niveau international, il sera intéressant de vérifier selon le pays désigné la législation en cette matière.

### 3.6. RÉSUMÉ

En conclusion, l'étape de la négociation constitue une signalisation verbale ou écrite d'un intérêt par l'une des parties face à l'autre. Par la suite, cet intérêt sera concrétisé dans une présentation et une signature d'une entente de confidentialité et/ou d'une lettre d'intention et l'on pourra exiger au niveau pratique un dépôt de compensation pour troubles et inconvénients si l'acquéreur ou le vendeur ne fait pas acte de diligence dans son éventuelle transaction. Par la suite, il y aura une remise de documentation et d'information s'inscrivant dans la démarche de la lettre d'intention accompagnée ou non d'un dépôt remboursable.

Enfin, toujours dans un ordre pratique des choses, les parties établiront une période de vérification diligente et établiront entre

elles les barèmes et les limites de cette étape. Il y aura, par la suite, un accomplissement et une confirmation des conditions qui auront été complétées afin de donner acte à la transaction ou à sa clôture qui se traduiront au niveau pratique par la signature du contrat de vente ou non. Il y aura, à la date de clôture, un établissement et une approbation des états financiers, un paiement des retenues sur le prix de vente le cas échéant ou le paiement d'une balance de prix de vente. Il y aura également l'élaboration des modalités de paiement qui peuvent se traduire par paiement en argent, solde relatif à la détermination des garanties, une partie du paiement en considération d'actions ou encore, un solde conditionnel à la réalisation de profits de vente brute ou de vente nette (buy back).

Bref, la vérification diligente est véritablement la pierre angulaire de tout ce processus car c'est elle qui déterminera la clôture ou non de la transaction. Le chapitre suivant se consacrera donc à cette notion des plus pertinentes et le lecteur aura tout avantage à conserver à l'esprit les décisions que nous venons d'exposer et d'analyser.

#### 4. VÉRIFICATION DILIGENTE : UNE ÉTAPE CRUCIALE DE L'ACQUISITION

L'évaluation de l'entreprise fait appel à la notion de vérification diligente. La vérification diligente est en quelque sorte le prolongement de l'évaluation financière de l'entreprise et est utilisée de façon plus spécifique par la personne désirant acquérir l'entreprise convoitée. Résumée à sa plus simple expression, la vérification diligente consiste à procéder à un contrôle extrêmement précis et méticuleux de toutes les déclarations et représentations faites par le vendeur relativement à son entreprise et à disséquer chacun de ces points afin d'être certain qu'ils reflètent la réalité. Cette opération de supervision systématique et de contrôle permet à l'acquéreur éventuel de dégager les avantages stratégiques de l'acquisition projetée et par ricochet, de concrétiser le prix d'acquisition. Il est indéniable que la vérification diligente fait appel à un rôle proactif de l'acquéreur en prenant toutes les références possibles sur l'ensemble des acteurs qui gravitent dans le giron de l'entreprise ciblée comme les fournisseurs et autres intéressés.

La vérification diligente dans le processus d'acquisition est probablement la phase la plus fondamentale de toutes les autres combinées entre elles. En effet, c'est elle qui fera en sorte que le projet d'acquisition verra le jour ou non. Elle débute donc, dès le départ, avec la négociation et elle se poursuivra jusqu'à la clôture de la transaction. De prime abord, cette vérification se matérialise par la recherche pour l'acquéreur de repères afin de pouvoir déterminer les points culminants qui détermineront les paramètres de la transaction. Après une définition claire et précise de sa stratégie et de ses objectifs, l'acquéreur procédera donc au processus de la vérification diligente qui est ni plus ni moins, une revue générale de

l'entreprise visée incluant, entre autres, les éléments d'étude et les prémisses de base suivants :<sup>93</sup>

- définition des buts stratégiques de l'acquéreur ;
- constitution d'une équipe en charge de l'acquisition ;
- identification des opportunités ;
- analyse du secteur d'activités dans lequel se trouve la compagnie ciblée ;
- élaboration et identification des risques ;
- évaluation financière et comptable ;
- réorganisation de l'entité après acquisition .

Il est nécessairement indispensable de planifier la vérification diligente. Le processus de planification fait donc en sorte qu'il y a, au départ, la création d'une équipe multidisciplinaire qui aura comme principale tâche l'identification des différents éléments de l'entreprise ciblée pour fins d'analyse et qui tentera nécessairement de déceler si l'entreprise ciblée représente un atout dans l'élaboration stratégique de l'acquéreur.<sup>94</sup> L'équipe multidisciplinaire sera composée d'un chef d'équipe, d'une personne habileté à analyser tous les aspects financiers et d'un juriste auquel s'ajoutera nécessairement un expert externe, soit un avocat du pays où se trouve l'entreprise convoitée en matière international et ce sans compter des responsables touchant l'aspect opérationnel pour le type d'entreprise sélectionnée ainsi qu'un expert socio-économique ou politique afin de déterminer les risques que peut comporter la transaction

---

<sup>93</sup>

Voir notamment P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 68; P. Dozois, *supra* note 68.

<sup>94</sup>

Voir P. Vachon, *supra* note 1 aux pp. 69 et ss.

en regard à son aspect international. Cette équipe pourra donc examiner les différents points ci-après mentionnés dont, notamment<sup>95</sup> :

#### 4.1. EXAMEN OPÉRATIONNEL

A ce titre, les experts se pencheront de nouveau sur la valeur des actifs et tenteront de faire des projections sur la façon de gérer le volume additionnel tout en estimant les économies d'échelle disponibles grâce aux achats et à la distribution qu'engendra l'acquisition. Ils examineront également la part du marché à prévoir après la transaction et différents facteurs comme :<sup>96</sup>

- a. Quel sera l'effet sur les fournisseurs et les clients?
- b. Pourrait-on bénéficier d'ententes avec les fournisseurs?
- c. Doit-on remodeler les méthodes de distribution et de livraison?
- d. Quelle sera la structure des dettes et sera-t-elle viable pour la nouvelle entité?
- e. Quels seront les frais de financement?
- f. Examen des investissements nécessaires à court, moyen et long terme incluant l'étude du flux monétaire ;
- g. Impact sur les ventes à venir ;
- h. Comment réagira la compétition lorsqu'il s'agit d'une intégration verticale, par exemple?

---

<sup>95</sup> *Ibid.* à la p. 73. L'auteur décortique de façon spécifique chacune des différentes facettes à examiner relativement à la vérification diligente.

<sup>96</sup> *Ibid.* à la p. 79 ; voir également *supra* note 16 à la p. 16, et Me Jacques Dalpé, *La vérification diligente des aspects juridiques*, colloque de la faculté de droit de l'Université de McGill, le 24 novembre 1995 aux pp. 1 à 32

- i. Y aura-t-il nécessité d'une restructuration opérationnelle?
- j. Doit-on augmenter les normes de qualité telle que ISO?
- k. Modification ou vérification du dossier de recherche et développement

Les experts habilités selon le type d'activité commerciale de l'entreprise devront vérifier la part du marché avant et après la transaction et évaluer l'effet sur les fournisseurs et les clients, non seulement de l'acheteur mais également ceux de l'entreprise maintenant achetée ou fusionnée que ce soit sous forme de fusion pure ou de coentreprise. De plus, ils devront déterminer quelle sera la structure des dettes applicables après la transaction. Enfin, il devra y avoir nécessairement, selon les secteurs d'activités, un nouvel examen des garanties qu'offrait le manufacturier le cas échéant, et identifier les garanties à octroyer par la nouvelle entité en relation avec les ventes passées.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Voir P. Vachon, *ibid.* aux pp. 68 et 69. *Supra* note 21

#### 4.2. EXAMEN JURIDIQUE<sup>98</sup>

La deuxième vérification concerne l'aspect juridique. La première partie de cette vérification, dite corporative, vise notamment l'examen et la vérification des statuts constitutifs des livres de la compagnie, de la chaîne de titres mobiliers de tous les contrats écrits et verbaux liés à la compagnie, des droits de la propriété intellectuelle, l'existence d'options et de titres convertibles tels que des débetures, des titres de propriété et liens affectant les meubles et immeubles, les conditions de financement, de l'effet sur la loi de la concurrence le cas échéant, de la responsabilité des administrateurs et de la compagnie pour les impôts passés, des garanties octroyées sur des produits manufacturés et de l'analyse du dossier d'assurance.

De plus, il faudra analyser tout ce qui touche plus particulièrement le certificat de constitution, les statuts de fusion, le siège social, les administrateurs, le registre des actionnaires et des administrateurs, les rapports annuels, les déclarations de dividendes, le rachat d'actions, la vérification des amendements de statuts, la convention entre actionnaires et les conventions entre la compagnie et leurs actionnaires et les filiales ou succursales qu'elle possède.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> *Ibid.*, aux pp. 73 et 78, *supra* note 40.

<sup>99</sup> *Ibid.* à la p. 73. Voir également à ce sujet : Ottawa, *La mondialisation des sociétés par le jeu des fusions et acquisitions*, Documents de recherche d'Investissement Canada, par Leonard Waverman, dir., Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Calgary, The University of Calgary Press, 1991 ; Congrès des relations industrielles, « Acquisitions ou fusions d'entreprises et emplois », 1989.

Le deuxième volet du dossier juridique vise plutôt la vérification des ressources humaines<sup>100</sup> à savoir la situation des employés incluant la vérification de la convention collective, l'existence des régimes de retraite ou de pension, les contrats individuels ou collectifs de travail et la vérification des clauses de non-concurrence, de non-sollicitation, les ententes de confidentialité et de gestion de la propriété intellectuelle, sans oublier une vérification du respect des lois et règlements en matière d'équité salariale et de dépenses de formation ainsi que la liste des griefs ou la possibilité de lock-out ou de revendication syndicale ou encore, tout simplement la possibilité de syndicalisation.

En complément, il faudra vérifier la liste complète des permis, certificats et droits détenus, utilisation de licences, propriété, droits d'utilisation des marques de commerce, droits d'auteurs, les différents litiges passés, présents ou possibles. Un des éléments les plus exigeants lors de la vérification diligente est certainement tous les facteurs qui se rattachent à la propriété intellectuelle.<sup>101</sup> En effet, au moment de l'analyse de ce poste, il faudra identifier dans quel pays les droits intellectuels sont protégés et leur durée. Il faudra également vérifier s'il y a eu des cessions de droits ou des

---

<sup>100</sup> *Ibid.* à la p. 78. Voir également à ce sujet : Institute on continuing legal education, *Business law : employment issue on the purchase and sale of a business*, 1998.

<sup>101</sup> *Ibid.* à la p. 76. Voir également à ce sujet : T. N. Agmon et M. A. Von Glinow, *Technology transfert in international business*, New York, Oxford University Press, 1991 ; M. Goudreau, G. Bisson, N. Lacasse et L. Perret, *Exporter notre technologie : protection et transfert internationaux des innovations*, La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995 ; V. Karim, V., *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Montréal, Yvon Blais, 1987. U.Y.L.I.U.Y , *Legal framework for the international transfert of technology*, Thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1992 ; A. Vuillermoz, *La filière des contrats internationaux de transfert de technologie*, Québec, Les publications du Québec, 1992.

licences qui furent accordées à d'autres entités juridiques ce qui revêt une importance toute particulière en matière internationale.

Relativement aux droits de licence,<sup>102</sup> il faut surtout noter la principale difficulté que rencontre les acquéreurs. En effet, les licences sont incessibles quand le concédant d'une licence ne veut pas nécessairement perdre le droit qu'il a sur les activités du licencié. C'est donc un nouveau contrat qu'il faudra faire intervenir avec le concours du concédant. Il faut noter que celui-ci pourrait tout simplement refuser de transférer la licence à l'acquéreur ou changer les modalités du contrat à cet effet. Il faut donc prendre en compte cet élément qui peut s'avérer important lors de la transaction.

Ce qu'il faut se rappeler c'est que dans chacun des pays industrialisés, on retrouve des bureaux et des registres qui répertorient les brevets et les marques de commerce ainsi que les enregistrements de dessins industriels et les enregistrements de droits d'auteurs. Il faut donc s'assurer qu'un correspondant en matière internationale, puisse avoir accès à ces registres et qu'il soit en mesure de faire les vérifications qui s'imposent à tous les égards. De façon analogue, il faudra conserver à l'esprit d'enregistrer la cession de tout droit en matière de propriété intellectuelle. Ceci empêchera toute tierce partie de s'accaparer des droits auxquels elle n'aurait pas droit. Il faudra préparer les documents nécessaires à l'enregistrement du transfert de ces droits étant donné que, bien que le transfert de propriété intervienne lors de la transaction, ce n'est qu'après l'enregistrement qu'il

---

<sup>102</sup>

*Ibid.*

consacrera le droit à l'acquéreur. Il faudra prévoir un acte de cession spécifique pour chacune des catégories des propriétés intellectuelles achetées et ce, pour chacun des pays. A ce titre, il ne faudra pas oublier de prévoir des frais gouvernementaux pour l'enregistrement car chaque pays a des taux fixes à cet égard. Il est clair que l'acquéreur aura tout avantage à se faire remettre des représentations et garanties sur la validité et sur la non opposabilité de ces marques qui seront transmises à l'acquéreur par le vendeur.

Bref, au niveau de la propriété intellectuelle, l'avocat devra vérifier les contenus des lois applicables dans le pays concerné et résumer les éléments suivants :<sup>103</sup>

- Quels sont les droits obtenus suite à l'acquisition ;
- Dans quelle juridiction le droit est protégé ;
- Les employés de l'entreprise détiennent-ils des droits et dans l'affirmative, ces droits peuvent-ils être cédés à l'acheteur ;
- Les droits dans la propriété intellectuelle peuvent-ils être contestés par un tiers ;
- Les droits dans la propriété intellectuelle font-ils l'objet de licence ou de brevet.

Ajoutons que, selon le cas, le professionnel devra également vérifier si l'entreprise est conforme au niveau environnemental.<sup>104</sup> Il s'agira pour le praticien de vérifier de façon exhaustive, la législation locale présente et l'orientation future de l'entreprise

---

<sup>103</sup>

Voir P. Vachon, *ibid.* à la p. 76; H. Batiffol, *Les contrats en droit international, privé et comparé*, Montréal, Université McGill, 1981.

ainsi que les coûts potentiels pour se conformer à la législation applicable, le cas échéant. Il faudra aussi vérifier les historiques de plaintes ou les poursuites. En effet, dans différents pays, les gouvernements ont mis en place de nouvelles mesures pouvant faire en sorte de créer pour une entreprise ciblée de nouvelles règles non connues lors du jumelage ou de l'acquisition et ce, notamment au niveau des normes environnementales.

### 4.3. VÉRIFICATION COMPTABLE<sup>105</sup>

La troisième rubrique essentielle est l'aspect comptable qui comporte une vérification des états financiers, du budget, de l'effet fiscal de la transaction incluant un examen fiscal du dossier d'amortissement, du dossier des subventions et crédits d'impôt, un examen du coût fiscal de chacun des biens se trouvant au bilan et une vérification de la valeur de chacun des actifs pris indépendamment incluant notamment les immobilisations et les inventaires et enfin une analyse générale des avantages pécuniaires suite à l'acquisition, à la fusion ou à la création d'une coentreprise.

Il faut vérifier le niveau d'endettement de l'entreprise convoitée par rapport à celui de son industrie. Ceci fera peut-être en sorte que le futur acquéreur devra recapitaliser la compagnie. Il faudra aussi vérifier si la compagnie est en règle au niveau fiscal et si elle a reporté toute perte fiscale dans sa comptabilisation.

En ce qui concerne les ventes, la vérification de l'offre et de la demande sont à prendre en considération. Il faut vérifier l'évolution historique du marché et ses principales tendances et vérifier selon le type d'industrie les éléments de variation saisonnier ou cyclique pouvant affecter la demande. En ce qui a trait à l'offre, il faut vérifier les facteurs concurrentiels ainsi que la description des concurrents et, bien entendu, la concentration des entreprises dans la même niche commerciale le cas échéant. Une

---

<sup>105</sup>

*Ibid.* aux pp. 73-77; Insight Formation Inc., *Tax and other aspects of buying and selling a business : implenting the successful transaction*, Mississauga, Insight Press, 1993; Insight Formation Inc., *Maximising value in the acquisition and divestiture of privately held business*, Mississauga, Insight Press, 1989.

facette à ne pas perdre de vue est également l'importance du commerce international et plus particulièrement au niveau des réglementations affectant l'importation ou l'exportation ainsi que les accords internationaux tels le Marché Commun ou le libre échange, les secteurs de zones franches ou encore, les fluctuations qui sont caractéristiques des transactions internationales au niveau de la devise et de son taux de change. En effet, ces facteurs peuvent exercer une influence sur l'offre et la demande engendrant ainsi des fluctuations négatives sur le chiffre d'affaires de l'entreprise ciblée.

Notons, que les aspects financiers de l'entreprise constituent l'élément le plus intangible à vérifier compte tenu qu'ils font nécessairement référence à des bilans, soit des chiffres et statistiques ou des états financiers donnant une certaine image de l'entreprise mais cachant l'essentiel. Il faudra donc vérifier l'état des résultats et les différents postes de bilan et peut-être surtout l'état des bénéfices non répartis de l'état de l'évolution de la situation financière. On se penchera plus particulièrement sur les éléments d'actifs comme les impôts reportés, les emprunts à long terme, les emprunts bancaire, les passifs éventuels et autres, comme les engagements hors bilan, les contrats de change, les pertes fiscales, les crédits d'impôts, les fonds de pension, les réclamations, le plan de participation aux bénéfices, l'octroi d'options.<sup>106</sup> Également, les examinateurs se feront un devoir de vérifier les commentaires des vérificateurs ainsi que leur rapport.

---

<sup>106</sup>Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 77.

De plus, une attention particulière doit être portée à la vérification des comptes à recevoir afin d'établir le lien de dépendance que ce poste peut afficher en rapport avec un client important. En effet, pour certaines entreprises, la majeure partie de leur chiffre d'affaires est constituée d'un client important tel un état ou encore les autorités gouvernementales à titre de fournisseur ou d'acheteur. Cet élément s'avère particulièrement important en matière internationale et les facteurs de risque comme la corruption devront être évalués. Finalement, il faudra également faire une recherche exhaustive sur la satisfaction de la clientèle et des fournisseurs ainsi que la liste de l'ensemble des clients présents, passés et potentiels.<sup>107</sup>

En ce qui a trait à l'inventaire,<sup>108</sup> il faut vérifier s'il est constitué d'actifs de pointe ou si les stocks ne sont pas tout simplement désuets. Il faut également tenir compte de la variation possible de la valeur de la marchandise ou encore de la valeur de remplacement de cette marchandise. Il y aurait également lieu de vérifier la qualité des produits fabriqués et s'ils répondent aux normes telles que « ISO ». La désuétude des actifs et équipements ainsi que le niveau de développement du pays et sa technologie peuvent s'avérer extrêmement importants sur les activités de l'entreprise. Également, ces facteurs peuvent jouer un rôle crucial sur l'acquisition ou non de l'entreprise ciblée et sur le budget à prévoir pour rendre ces différents facteurs acceptables.

---

<sup>107</sup>*Ibid.* à la p. 73 ; voir également : *supra* note 16 aux pp. 1 à 32.<sup>108</sup>Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 74.

Quant aux comptes à payer,<sup>109</sup> il faudra vérifier l'âge de ceux-ci et si les fournisseurs sont satisfaits en rapport à l'entreprise. Relativement aux immobilisations, il faudra probablement refaire une évaluation de celles-ci étant donné qu'elles pourraient être désuètes à l'époque de l'examen de l'entreprise. Il faudra, de plus, vérifier la valeur dépréciée de remplacement des équipements ou encore de l'infrastructure afin de faire face à une baisse probable de rentabilité de l'entreprise en cas de désuétude. Enfin, il faudra faire la liste complète des immobilisations des actifs que l'entreprise possède en identifiant le type de financement, le budget d'opération qu'elle possède, les avis de cotisations à émettre le cas échéant et les subventions reçues ou à être utilisées ainsi que la copie de toutes les cautions ou de toute garantie accordée par la compagnie, soit à une autre corporation ou à un tiers, tel qu'une institution financière.<sup>110</sup>

Enfin, au niveau fiscal, il faudra vérifier la structure corporative, les déclarations d'impôts et de revenus, avis de cotisation, dates des dernières vérifications fiscales et taxes foncières ainsi que les structures des impôts applicables dans le pays. Il faudra également vérifier les crédits d'impôt à l'investissement et pour la recherche et le développement ainsi que des effets fiscaux sur la transaction internationale autant pour l'acquéreur que pour le vendeur.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup> *Ibid.* à la p. 76.

<sup>110</sup> *Ibid.* à la p. 30.

<sup>111</sup> *Ibid.* à la p. 15. *Supra* note 2.

#### 4.4. NIVEAU INTERNATIONAL

Il faudra vérifier si les injections d'argent dans la nouvelle entreprise feront en sorte qu'elle pourra jouir d'abris fiscaux ou d'avantages fiscaux avec le gouvernement en place ou de subventions ou d'aide par une organisation nationale comme, par exemple, l'ACDI pour le Canada. Il faudra également vérifier si ces investissements peuvent faire l'objet de dividendes ou d'autres mécanismes de retrait du pays pour l'investisseur étranger. Il faudra également vérifier au moment de l'investissement si le pays d'accueil offre un congé fiscal à ce niveau.<sup>112</sup>

Généralement, les investisseurs étrangers jouissent, selon les juridictions, d'une période d'accalmie. Dans un autre ordre d'idée, il faut vérifier que tous les contrats d'emploi sont également fiables. En effet, si l'investisseur étranger décidait de diminuer sa main-d'œuvre ou encore s'il s'apercevait que sa main-d'œuvre n'est pas adéquate, il y aurait des éléments à la hausse qui feraient en sorte d'augmenter les dépenses pour s'approprier une main-d'œuvre qualifiée et même peut-être prévoir que des canadiens ou québécois devront obtenir des permis de travail pour occuper un poste au sein de l'entreprise dans le pays d'accueil, ce qui engendrera peut-être des frais supplémentaires pour palier à la lacune de la main-d'œuvre locale. Au niveau de l'informatique, il est surtout important, en matière internationale, de vérifier si les équipements informatiques des deux sociétés ou entreprises sont compatibles avec le système informatique de la société mère ou encore, avec les standards de l'acquéreur. Au niveau de

---

<sup>112</sup>

*Ibid.* Voir également à ce sujet : M. B. Mercadel et M.P. Janin, *Le contrat de consortium, Les contrats de coopération inter-entreprises*, Paris, Éditions Juridiques Lefebvre, 1974.

l'exploitation de l'entreprise, le facteur le plus important est de vérifier les pertes possibles ou relatives à l'acquisition quant aux employés, clients, fournisseurs, alliés politiques ou autres. En effet, une entreprise étrangère qui désire acquérir une entreprise nationale se verra peut-être confrontée à des difficultés étatiques ou politiques. C'est pourquoi il faut établir un bon contact gouvernemental. Il ne sert à rien de s'aveugler volontairement car, dans certains pays de l'Amérique Latine ou encore, de l'Asie du Sud-Est ou de l'Afrique du Nord, des contacts politiques sont indispensables. En l'absence de contacts gouvernementaux, il est clair que les ventes peuvent être affectées et tout le mécanisme réglementaire (obtention de permis et autres) peut également devenir lourd et produire un contrecoup négatif pour l'acquéreur.

Il faudra donc et ce, de façon non limitative, effectuer les vérifications suivantes :

- type de financement disponible via l'ACDI, la SEE ou tout autre organisme gouvernemental local ou étranger;
- situation socio-économique du pays où se trouve l'entité visée;
- situation politique (nationalisation ex : Cuba, Congo);
- loi sur l'environnement;
- fluctuation monétaire;
- éducation de la main-d'œuvre;
- coût de la main-d'œuvre;
- facilité d'approvisionnement (développement du pays);

- assurance (couverture, risque, politique et autres);
- transfert technologique;
- conversion de la monnaie et flux monétaire;
- secteur étatique protégé;
- droits de douane à l'exportation et à l'importation (zone franche);
- partenaires gouvernementaux;
- détermination de la devise;
- lois concernant l'acquisition de l'entité visée;
- loi sur la coentreprise;
- loi sur l'incorporation au niveau national ou secteur protégé, obligation d'un actionnaire local;
- loi sur l'investissement et le retrait de capitaux étrangers;
- barrière culturel et du langage;
- Us et coutumes (droit à des clauses de pénalité, intérêts, lois musulmanes);
- point de détermination du forum adéquat en cas de litige (convention de LaHaie et convention de New-York);
- mécanisme de protection de la propriété intellectuelle;
- comptabilité et les styles de gestion;
- personne locale ressource (juriste, fiscaliste);
- présence de banque canadienne dans le pays où l'entreprise opère ses activités;
- présence de consulat ou d'ambassade;

- vérification des lois et traités internationaux auquel le pays hôte est membre (propriété intellectuelle, exécution des jugements, mécanismes fiscaux et douanes, etc);
- taux de développement du pays, infrastructure routière, maritime, aérienne ;
- degré de corruption du pays et de ses intervenants;<sup>113</sup>
- criminalité et risque de terrorisme.

#### 4.5. AUTRES EXPERTISES

Il est clair que l'acquéreur pourra s'adjoindre d'autres spécialistes<sup>114</sup> afin de parfaire son évaluation de la transaction projetée. En effet, il sera peut-être nécessaire d'embaucher des spécialistes en informatique, des experts comptables en taxation internationale afin d'avoir une idée des plus claires des impacts reliés à l'acquisition ou à la vente d'entreprise. Comme on peut le remarquer, les champs d'analyse de la vérification diligente couvrent des facettes aussi large que les ressources humaines, la production, les ventes, les finances, l'environnement, la fiscalité, les engagements et garanties ainsi que la réglementation et les plans d'intégration reliés à l'objectif de l'acquéreur.

---

<sup>113</sup> En effet, certaines régions du monde, comme les pays de l'Est, de l'Afrique du Nord, ou de l'Amérique Latine peuvent subir des influences énormes au niveau de la corruption de ses fonctionnaires ou de différentes personnes exerçant une quelconque autorité. Il faudra donc indiquer dans le facteur de risque, la corruption au niveau des approvisionnements, permis, certification etc. Cet aspect est extrêmement important pour toute transaction à l'étranger. Également, le praticien pourra mettre en garde le futur acquéreur et ses dirigeants des aspects de la corruption locale et des mécanismes afin d'éviter une pareille situation.

<sup>114</sup> Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 70.

#### 4.6. RÉSUMÉ

L'ensemble des éléments décrits dans cette section permettent de cerner le profil de l'entreprise ciblée et de confirmer l'intérêt que possède l'acquéreur vis-à-vis cette entreprise et ainsi en arriver à fixer un prix pour fins de négociation. Il faudra, par la suite, établir les éléments qui feront varier l'évaluation de l'entreprise. Notons que sous l'aspect de la vérification au niveau financier, il est important de noter que les états financiers non vérifiés pourraient nécessiter des redressements et que l'entreprise ciblée a peut-être des raisons de présenter des résultats non conformes à la réalité. Par exemple, s'il y a eu une nette baisse des dépenses en recherche et développement, ceci peut peut-être vouloir dire que l'entreprise n'investit plus ce qui pourrait affecter son aspect concurrentiel. Également au niveau de la ventilation des comptes clients et leur âge, ceux-ci peuvent ne pas refléter la réalité ce qui pourrait signifier que l'entreprise a des difficultés à percevoir ses comptes à recevoir. Ceci se traduirait au niveau comptable, par une insuffisance de la provision pour créances douteuses ou, tout simplement, que les comptes clients sont surévalués ce qui peut présenter un problème lors du financement. Il en va de même pour les stocks.

Enfin, en ce qui concerne la propriété immobilière, il s'agira de vérifier la validité des titres, l'existence de litige concernant la propriété, la qualité du titre de propriété de la compagnie visée sur son immeuble, la présence de servitude ou non, le respect des différents règlements gouvernementaux ou municipaux selon le

cas, l'existence de taxes ou de droits impayés et l'enregistrement de sûretés à l'encontre de l'immeuble.<sup>115</sup>

Par ailleurs, au niveau des litiges, il s'agit, selon nous, de se limiter à l'examen des causes pendantes et à l'identification de celles qui peuvent survenir dans un proche avenir et enfin, de vérifier l'historique sur une base de cinq à dix ans pour connaître la nature des conflits.<sup>116</sup>

En conclusion, dans le cadre de la vérification diligente, l'avocat joue un rôle<sup>117</sup> extrêmement important au niveau de certains champs touchant directement sa compétence. Les champs en question sont :<sup>118</sup> la revue de l'environnement législatif, corporatif et contractuel. Il est bien entendu que la revue de l'environnement législatif<sup>119</sup> consiste, ni plus ni moins, à vérifier et identifier les lois applicables aux activités propres de la corporation visée ainsi que celles qui sont applicables compte tenu de la nature de l'acquisition et ce, en sol étranger. Celles-ci toucheront également la législation et les règles particulières à l'importation de matières premières ou tout simplement l'exportation, le financement, l'injection d'argent ou encore, le retrait des capitaux. Le praticien devra également vérifier s'il est nécessaire ou opportun d'obtenir certaines autorisations afin de palier à des restrictions prévues au niveau national tel que le rapatriement d'argent ou encore, les différents modes de paiement reconnus au niveau national. En ce qui

---

<sup>115</sup> Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 75.

<sup>116</sup> Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 32.

<sup>117</sup> *Ibid.* à la p. 2. Voir également à ce sujet : B. Ash, *Gestion internationale de l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1978.

<sup>118</sup> *Ibid.* à la p. 11. Voir également à ce sujet : B. Draws, *La firme multi-nationale face aux risques*, Paris, Presse universitaire de France, 1980 ;

concerne le deuxième élément, soit la révision du statut corporatif de la compagnie visée, il faudra pour l'avocat, vérifier l'historique corporatif de la société et de ses filiales, le cas échéant. La révision des documents tels que les lettres patentes, le certificat de constitution, continuation de fusion, modification aux procès-verbaux, codes et règlements généraux, conventions entre actionnaires et le registre corporatif et autres a pour but de vérifier que l'entreprise visée répond aux objectifs de l'acquéreur.<sup>120</sup> Ceci permettra donc de confirmer un prix à payer pour chaque actif ou action et d'en établir les formalités corporatives et législatives, le cas échéant. Enfin, l'étude corporative devra confirmer la régularité de la corporation en vertu des lois applicables dans le pays. Enfin, au niveau de la revue des contrats, il faudra que l'avocat s'assure que la transaction envisagée ne puisse être contestée par un tiers et de s'assurer que la corporation visée pourra continuer, après la transaction, d'exercer ses activités dans le même environnement contractuel.

En terminant, précisons que le gouvernement canadien a adopté récemment la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*<sup>121</sup> qui a pour but de lutter contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. En effet, cette loi peut faire encourir des accusations criminelles pour tout canadien qui tente de corrompre un agent public étranger.

---

<sup>119</sup> *Ibid.* à la p. 12.

<sup>120</sup> *Ibid.* aux pp. 16 à 18.

<sup>121</sup> Loi sur la corruption d'agents publics étrangers, L.R.C. 1998 ch. C.-45.2 ch. 34. Voir également : G. Goldstein, « La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1997) 57 R. du B. 707.

À l'article 2 de la loi, on définit « agent public étranger » comme étant :

*« Personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire d'un intérêt étranger ou qui exerce une fonction publique d'un état étranger, y compris une personne employée par un conseil, une commission, une société ou un autre organisme établi par l'état étranger pour y exercer une telle fonction ou qui exerce une telle fonction, et un fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique constituée par des états, des gouvernements ou d'autres organisations internationales publiques. ».*

On retrouve au sein de cette loi et plus particulièrement à l'article 3.1 : commet une infraction quiconque, directement ou indirectement dans le but d'obtenir ou de conserver un avantage dans le cours de ses affaires, donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un agent public étranger ou à toute personne au profit d'un agent public étranger un prêt, une récompense ou un avantage de quelque nature que ce soit :

- a) en contrepartie d'un acte ou d'une omission dans le cadre de l'exécution des fonctions officielles de cet agent ;
- b) pour convaincre ce dernier d'utiliser sa position pour influencer les actes ou les décisions de l'état étranger ou de l'organisation internationale publique pour lesquels il exerce ses fonctions officielles.

Il est donc fortement suggéré aux professionnels œuvrant dans les transactions à caractère internationale de conseiller judicieusement

leurs clients sur les impacts négatifs et les sentences pénales que peut encourir tout canadien qui se verrait tenter de soudoyer ou de corrompre un agent public étranger. Encore une fois, nulle personne doit s'aveugler volontairement face aux possibilités qu'offrent les transactions internationales d'influencer certains agents pour favoriser les intérêts d'entreprises privées.

Bref, nous nous en voudrions de ne pas conclure ce chapitre en n'insistant pas suffisamment sur la notion de vérification diligente en indiquant au lecteur quelle est l'étape la plus décisive de tout le processus d'acquisition. En effet, cette vérification diligente fera en sorte que l'aspect décisionnel sera directement affecté en faveur de l'acquisition ou non. Il est important de choisir une équipe multidisciplinaire qui aura toujours à l'esprit l'aspect stratégique du dossier.

Finalement, il est important de souligner que la vérification diligente peut produire des effets juridiques. En effet, pendant ou après la vérification il peut se poser un problème de nature à compromettre l'intérêt de l'acheteur.<sup>122</sup>

A cet effet, rappelons que le vendeur et l'acheteur sont liés par une entente précontractuelle et il appartiendra aux parties de s'efforcer à trouver une solution afin de palier à la situation et sauvegarder la transaction. A ce moment, l'acheteur saura s'il doit demander au vendeur des concessions sur le prix ou sur les modalités de paiement ou encore la rupture de la promesse pour motif de non

---

<sup>122</sup>Voir P. Vachon, *supra* note 1 à la p. 16.

respect des conditions<sup>123</sup> eu égard aux conséquences juridiques. Nous vous référons au chapitre précédent et à notre exposé sur les différentes décisions concernant le vice de consentement et le dol. De plus, tout cocontractant a l'obligation de s'informer. En effet, l'acheteur qui ne procède pas à une telle vérification, aura de la difficulté à invoquer le dol. Il va de soi également qu'un vendeur qui ne transmet pas toutes les informations de façon exacte et précise ou fait volontairement des omissions eu égard à certaines données, voire même des fausses représentations, pourra se voir sanctionné. Cela vaut également pour le refus de fournir des états financiers ou l'omission de mentionner certaines dépenses, sans compter que les tribunaux tiennent souvent compte, pour savoir s'il y a eu fausses représentations ou dol, de l'expertise de l'acheteur et ce, tel qu'en fait foi certaines décisions de nos tribunaux et qui seraient utiles à consulter pour tout praticien en cette matière.<sup>124</sup>

---

<sup>123</sup> *Ibid.* à la p. 115.

<sup>124</sup> À cet effet, consultez notamment : *Guertin c. Entreprises J.J.P. inc.*, [1998] R.R.A. 399 (C.A.); *Gagnon c. Malouin*, J.E. 90-1695 (C.A.); *Bissonnette c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 92-993 (C.A.); *Entreprises Steve Sauvé inc. c. 9023-1721 Québec Inc.*, J.E. 2001-205 (C.S.); *Placements Jean-Claude Gagnon inc. c. Bégin*, J.E. 90-78 (C.S.). Voir également Pineau et al., *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1996 à la p. 52 : L'auteur traite de l'obligation de la bonne foi des parties qui doit être présente lors de la formation des contrats et tout au long des négociations. Par ailleurs, les fausses représentations ne se caractérisent pas seulement par des manœuvres positives mais également par le silence ou la réticence d'une partie à divulguer de l'information. Il y aura

#### 4.7. ASPECT PRATIQUE

Nous vous proposons un tableau en annexe II qui sert ni plus ni moins d'aide mémoire au groupe multidisciplinaire en charge de la vérification diligente concernant plus particulièrement les différents points à évaluer par l'avocat en charge du dossier.

---

dans ce cas une possibilité de se faire affliger d'une faute lourde assimilable au dol pour le contrevenant ou par la partie qui cause ce tel geste.

## ASPECTS SPÉCIFIQUES DE LA VENTE D'ENTREPRISE EN MATIÈRE INTERNATIONALE

### 5. LA GESTION DES RISQUES<sup>125</sup>

La gestion des risques constitue une étape indispensable en matière de transaction internationale et se retrouve généralement dans la portion de la vérification diligente. En effet, l'équipe d'experts mandatée pour l'évaluation des différents secteurs au sein de la vérification diligente apportera un soin tout particulier à déterminer les risques de ce type de transaction. De façon pratique, il s'agit donc pour cette équipe d'analyser chacun des facteurs qui sont reliés à d'éventuels risques en leur imputant des multiples financiers afin de déterminer et d'identifier la faisabilité du projet d'acquisition et les conséquences de ces facteurs sur les opérations de l'entreprise après son acquisition.<sup>126</sup> Après cette identification des risques, le praticien tentera d'établir des paramètres de solution afin d'atténuer l'impact de ceux-ci sur les opérations de l'entreprise ainsi acquise. En effet, par l'élaboration des scénarios où des mécanismes d'applications, le juriste pourra minimiser les pertes face à une éventuelle transaction et ce, dans le but d'optimiser les bénéfices versus les coûts de l'opération.

Or, le contrat international, de par sa nature même, engendre une complexité toute particulière du fait qu'il fait appel à des facteurs externes qui peuvent influencer sur l'entreprise tel que des facteurs d'éloignement géographique, les us et coutumes, les systèmes juridiques distincts, les états, les co-contractants, la taille de l'opération, la durée de l'opération et

---

<sup>125</sup> Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *La Gestion des risques dans les contrats internationaux*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.

<sup>126</sup> *Ibid.* aux pp. 13 et 14. Voir également : A. Kaczorowska, « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale » (1995) 29 R.J.T. 427.

le mode de financement. Tous ces facteurs sont répertoriés par les experts sous quatre catégories de risques, à savoir : politique, commercial, économique et juridique.<sup>127</sup> Il est à noter que généralement le risque commercial est le plus souvent rencontré et se manifeste soit par la violation du contrat ou encore par le non paiement. Afin de palier à ce risque, l'acquéreur éventuel devra faire la vérification adéquate de la solvabilité de son partenaire et de ses capacités financières afin de rencontrer ses obligations en vertu de la transaction. De façon usuelle, il est recommandé à l'entrepreneur investisseur de vérifier auprès de son institution financière si elle a des succursales à l'étranger où se trouve la compagnie ciblée afin de consulter l'expérience de crédit de l'entreprise ciblée et surtout, vérifier le degré de satisfaction des partenaires qui font affaires avec l'entreprise convoitée. Notons immédiatement qu'en matière internationale, vu l'éloignement géographique, des difficultés de langage et de communication peuvent survenir et c'est pourquoi, les banques de données comme Dunn & Bradstreet, la revue Institutional Investor où encore, les consulats ou ambassades canadiennes ou les délégations québécoises s'avèrent des outils judicieux pour procéder à cette vérification.

Par ailleurs, il est toujours utile de vérifier auprès de d'autres compagnies québécoises ou étrangères qui évoluent dans le pays où se trouve l'entreprises ciblée afin de confirmer certaines caractéristiques du pays et la réputation financière de certaines compagnies dont celle qui est ciblée ou celle qui nous approche pour nous acquérir. Au niveau contractuel, tel que spécifié à la section précédente et ce, afin d'éviter le risque de non paiement ou à tout le moins le contrôler, les parties conviendront d'une clause au niveau de laquelle un tiers sera nommé comme détenteur du prix

---

<sup>127</sup>*Ibid.* à la p. 199.

de vente et celui-ci remettra le montant suite à la signature des documents de clôture. Par ailleurs, on s'assurera d'introduire une clause d'indemnisation en cas de réalisation de non paiement.<sup>128</sup> Ce qui veut dire que les parties annuleront la vente mais en ayant des dommages liquidés.

De plus, il est reconnu qu'en matière de commerce international, les parties peuvent souvent recourir à un outil fort utile afin de cristalliser leurs transactions et emploieront donc le crédit documentaire. Cette méthode consiste ni plus ni moins à une garantie bancaire de paiement qu'on retrouve généralement dans la vente de marchandises mais qui peut se greffer également, selon nous, au niveau de la vente d'actifs d'entreprise.<sup>129</sup> Ceci fait donc en sorte que l'acheteur s'assure que le vendeur ne sera payé qu'après vérification par les institutions financières de tous les documents exigés pour le paiement découlant de la transaction. Maintenant, pour le vendeur, le crédit documentaire apparaîtra comme le moyen utilisé pour réclamer le plein montant de la contrepartie faisant l'objet de la transaction. Le juriste prendra également un soin tout particulier à exiger une confirmation de crédit irrévocable par lettre de garantie.

En ce qui a trait aux deux autres catégories de risque, soit les risques politiques et économiques, ceux-ci peuvent être répertoriés de façon globale car, bien que différents, ils deviennent indissociables par leur nature même. En effet, on peut définir les risques politiques comme étant tous les risques relativement aux guerres, rébellions, changement de gouvernement par la force, embargo, nationalisation et les risques économiques comme étant ceux reliés à l'inflation, la déflation, le taux de

---

<sup>128</sup>*Ibid.* à la p. 210.<sup>129</sup>*Ibid.* à la p. 211.

change qui se retrouvent également au niveau des risques politiques bien qu'indépendant en soi. Aux risques politiques et économiques, on doit aussi associé tout ce qui a trait à la restriction ou à l'interdiction des transferts de capitaux et les facteurs de contrôle des changes tout en incluant les nouvelles normes et réglementations touchant l'implantation d'intérêts étrangers dans le pays d'accueil. Par ailleurs, certains auteurs ont décrit le risque politique de la sorte :

*« Political risk can be defined as the probability that a given political event will result in financial losses for any particular firm. Many different kinds of political risk events exist and can be broadly divided into extralegal and legal-governmental risk. Extralegal political risk includes any event that emanates from outside existing authority or from legitimacy structures of the state, such as terrorism, sabotage, military coups, or revolutions. Legal-governmental risk, however, is a direct product of the ongoing political process and includes such events as democratic elections leading to a new government or changes in the law concerning trade, labour, joint venture, subsidy, technology, monetary and developmental policies.*

*Political risk in international business exists (1) when discontinuities occur in the environment, (2) when they are difficult to anticipate and (3) when they result from political change. To constitute a "risk" these changes in the business environment must have the potential for significantly affecting the profit or other goals of a particular enterprise. Essential to this definition are, therefore, the concepts of discontinuity and of direct effects on the firm. »<sup>130</sup>*

---

<sup>130</sup>

J.-C. Cosset et B. Doutriaux de la Rianderie, « Political Risk and Foreign Exchange Rates : An Efficient Markets Approach » (Fall 1985) 16 *Journal of International Business Studies* 1 à la p. 22.

Enfin, pour déterminer les risques politiques des pays, plusieurs techniques sont offertes aux investisseurs. En effet, il s'agit de vérifications de banques de données spécifiques, tels le fond monétaire international ou encore l'O.N.U. qui publie annuellement différentes données statistiques sur les différents pays. Par ailleurs, au Québec, la Société d'expansion aux exportations peut être également un organisme fort utile avec le Ministère des affaires internationales. Notons que l'analyse des ratios suivants sont souvent utilisés: la croissance économique du pays, son inflation ainsi que la croissance de ses exportations versus le ratio du service de la dette par rapport aux exportations et le ratio du déficit de la balance de paiement en rapport aux revenus bruts du pays. Toutes ces informations ainsi que les ratios obtenus font en sorte de présenter à l'entrepreneur les possibilités de risques politiques à court, moyen et long terme de son projet. De façon plus spécifiques, dans le cadre des investissements; des modèles mathématiques et une bonne connaissance de l'historique du pays et de son système économique font en sorte de déterminer les risques politiques qui s'y rattachent. Terminons simplement en indiquant que certaines polices d'assurances peuvent être également octroyées aux entreprises qui désirent investir à l'étranger, soit la police couvrant les risques d'expropriation, de non rapatriement du capital et des bénéfices et les dégâts causés par la guerre ou la rébellion. À ce titre, la Société d'expansion et des exportations peut offrir à la limite l'assurance convenable à tout investisseur.

Rappelons qu'un climat politique instable, une lacune institutionnelle ou encore un développement économique insuffisant engendrent en soi des risques économiques et politiques pouvant affecter directement le projet d'acquisition. Il est indéniable que même si l'opération apparaît

alléchante, la situation politique de certains pays pourrait rendre impossible la mitigation des risques associés à l'opération.

Aux différents risques préalablement identifiés, il faut ajouter le risque projet qui voit son importance probablement avant tous les autres risques si avant identifiés. En effet, les risques projets conduisent directement à ceux liés au développement de l'opération, à sa mise en œuvre et touche de façon parallèle tous les facteurs tels le financement et les causes de force majeur. Il va sans dire que les risques projets<sup>131</sup> sont les premiers à être identifiés avant les risques pays.

L'identification des risques doit également tenir compte des différents traités signés entre le Canada et les divers pays qui pourraient avoir conséquemment un impact sur la transaction projetée. En effet, l'acquisition d'une entité étrangère pourrait faire en sorte que certaines ententes internationales puissent influencer sur les opérations de l'entreprise du fait que l'état hôte ait signé des traités internationaux. Ceci pourrait avoir comme conséquence des obligations à ne pas omettre dans les documents de transaction.

Par ailleurs, le praticien devra allouer le risque identifié. Habituellement, le risque est alloué à la partie qui est la plus apte à l'assumer. Ici, il faut mettre en garde le praticien car il ne suffit pas qu'une partie désire et déclare prendre à sa charge le risque à survenir pour qu'une partie soit protégée, mais il faut également vérifier que cette partie est en mesure de pouvoir faire face au risque identifié lorsqu'il surviendra. C'est pourquoi,

---

<sup>131</sup> Voir notamment E. Richer-Laflèche, « Rédaction de contrats internationaux : Comment blinder vos documents » dans Conférence : *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000 à la p. 7

il serait peut-être judicieux de prévoir que la partie qui assumera un risque en particulier aura la capacité d'en assumer tous les coûts, à défaut de quoi, une tierce partie cautionnera ladite allocation pour cette partie, que ce soit sous forme de garantie ou d'assurance. C'est pourquoi, cette notion fait appel à la mitigation des risques<sup>132</sup> qui peuvent prendre plusieurs visages, à savoir l'appui d'un tiers, de l'état, d'une police d'assurance, l'application de la loi locale, y compris les traités internationaux, une convention d'établissement ou encore l'appui d'un organisme unilatéral ou multi-latéral comme par exemple la Banque mondiale ou encore le Fonds monétaire international. En effet, lorsqu'une partie à la transaction considère que son homonyme n'a pas la capacité pour exécuter une obligation, elle exigera donc que cette obligation soit reprise par une tierce partie. Par ailleurs, en ce qui a trait à l'état, il est clair que les autorités gouvernementales peuvent contribuer largement au succès d'une transaction internationale en confirmant les priorités de son gouvernement pour acquérir l'investissement étranger et en confirmant ni plus ni moins que l'opération projetée par l'acquéreur répond aux objectifs nationaux souscrits et encouragés par l'état. Ceci a comme conséquence directe de reconforter les investisseurs et leurs partenaires financiers.

Par ailleurs, il est clair que dans l'éventualité d'une acquisition en sol étranger, le gouvernement par le mécanisme législatif peut faire en sorte de modifier ses lois internes ou simplement les adapter aux besoins de la transaction. En effet, plusieurs pays réussissent à satisfaire les investisseurs étrangers en leur octroyant des modifications législatives qui font en sorte que les opérations projetées sur le territoire sont conformes aux lois en vigueur. Il est également à noter que ces notions législatives

---

<sup>132</sup>*Ibid.* à la p. 11.

peuvent être complétées par différentes adaptations ou traités internationaux en vigueur.

Par ailleurs, la convention d'établissement peut jouer un rôle crucial dans la réussite de la transaction projetée. En effet, la convention d'établissement constitue un contrat passé entre l'investisseur et le gouvernement qui a pour caractéristique de rassurer l'investisseur sur les conditions d'accueil du pays hôte et d'obliger l'état et les investisseurs entre eux. À ce titre, ce contrat touche notamment les facteurs suivants :<sup>133</sup>

- a) l'approbation de l'acquisition par les autorités compétentes ;
- b) la confirmation de la libre circulation du personnel d'un investisseur étranger et la garantie d'octroi des permis de travail, le cas échéant ;
- c) la garantie à l'investisseur étranger de pouvoir rapatrier ou transférer ses capitaux ;
- d) l'établissement d'un mécanisme d'indemnisation pour l'investisseur étranger en cas d'expropriation ;
- e) la non discrimination fiscale ;
- f) l'octroi d'une protection à l'investisseur étranger eu égard aux modifications ou au changement radical de lois nationales ayant une répercussion directe sur les opérations de l'entreprise et, à la

---

<sup>133</sup>

*Ibid.* à la p. 19.

limite, un octroi législatif et contractuel relativement à des droits acquis mettant à l'abri l'investisseur étranger de tout changement intempestif pouvant avoir une répercussion négative sur ses opérations commerciales;

Dans cette perspective, l'entrepreneur étranger devra donc agir en bon citoyen et pour sa part, l'état devra garantir l'adoption de lois et de règlements devant encourager les opérations de l'investisseur étranger sur son sol et notamment l'élaboration ou la mise en place d'infrastructures et d'abris fiscaux pouvant favoriser l'investisseur, sans compter un engagement de l'état à appuyer de façon inconditionnelle les opérations de l'entreprise sur son territoire et ce, en favorisant l'octroi de tout permis d'exploitation nécessaire à l'entreprise pour se rendre pleinement opérationnelle.

En conclusion, l'évaluation des risques peut se faire en concomitance avec la vérification diligente, l'expert ayant simplement à établir un tableau relativement à l'aspect international. Par ailleurs, il prendra également soin d'identifier dès le départ, les facteurs de risques pouvant émerger et ce, pour toute la durée contractuelle entre les parties que ce soit au niveau d'une acquisition ou d'une coentreprise. Bref, pour le professionnel il y aura une première étape qui consiste à décrire tous les risques possibles suivi d'une évaluation au niveau des coûts de chacun de ces risques, et enfin, l'ultime étape, la prise de décision sur le contrôle de ces risques à court, moyen et long terme. L'évaluation du risque fait donc en sorte qu'une décision sera prise par l'entrepreneur en fonction de l'analyse des coûts des mesures préventives établit en rapport avec la réduction maximale des risques initiaux identifiés. Cette analyse de l'ensemble de ces facteurs, provoquera une décision soit d'affecter des ressources

financières supplémentaires pour la couverture des risques ou encore, l'élimination de ces risques par différents mécanismes tel le financement, l'embauche de personnes ressources, ou encore, le choix pour l'investisseur de se retirer simplement de la transaction et d'annuler son projet.

## 6. TRANSFERT DE TECHNOLOGIE

### 6.1. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

L'acquisition et le transfert technologique pris dans son ensemble deviennent maintenant omniprésents dans les transactions à caractère international par le biais des acquisitions ou des fusions d'entreprises ou encore, lors de la création d'une coentreprise. Or, il faut constater que l'acquisition de technologie ainsi que la propriété intellectuelle sont des éléments les plus recherchés au sein des acquisitions à caractère international et supplante bien souvent la simple acquisition d'actifs corporels<sup>134</sup>. Nous pouvons illustrer ce phénomène notamment au niveau des acquisitions et des fusions au niveau des différentes corporations évoluant dans le secteur des télécommunications qui ont permis notamment de développer des produits nouveaux tel Internet. Plus particulièrement, au Québec, l'entreprise Softimage a été

---

<sup>134</sup>

Voir notamment D. E. Cornish, *Licensing Intellectual Property* 1995, Toronto, Carswell, 1995; R. Côté, « Les gentlemen agreements à l'aire technologique » (1989) 34 R. de D. McGill 336; C. E. Jodoin, *Importation et exportation des connaissances technologiques, Journée d'étude fiscale 1997*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997; F. Pinchaud F. et B. Koutsogiannis, *Contrats internationaux de transfert de technologie*, Barreau du Québec, Montréal, 13 avril 2000 [non publié]; Auteurs divers, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (1999), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Yvon Blais, 1999; Auteurs divers, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (1995), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Yvon Blais, 1995; Auteurs divers, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (1991) Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Yvon Blais, 1991.

également acquise par Microsoft principalement pour ses facteurs intrinsèques qu'est sa capacité technologique et son savoir faire. Le principal objectif de ce présent chapitre est d'illustrer les différents enjeux à considérer lors d'un transfert technologique et cela, en mettant l'emphase sur les opérations internationales. Nous nous pencherons également sur les planifications stratégiques au niveau des acquisitions technologiques et d'actifs incorporels et notamment, au niveau des transferts entre sociétés liées et ce, sommairement au niveau fiscal. Avant toute chose, il nous faut déterminer certaines notions de base pour fins de compréhension pour le lecteur.

A ce titre, il faut noter qu'il existe plusieurs types de technologies, notamment mais non limitativement, les droits d'auteur, les marques de commerce, le savoir faire, ainsi que les brevets<sup>135</sup>. Soulignons également que les biens incorporels incluent des dessins, des formules, les licences et concessions, inventions et autres. Notons immédiatement que dans un contexte international, il est très important de considérer les droits régissant ce type d'actifs étant donné que la législation peut varier d'un pays à l'autre aussi bien au niveau de leur protection, enregistrement, qu'au niveau fiscal. Précisons que bien qu'un transfert de technologie peut prendre plusieurs aspects juridiques, il comprend néanmoins les points suivants :<sup>136</sup>

1. La cession totale ou partielle de la technologie ou de la connaissance technologique;

---

<sup>135</sup>N. Sapp, *supra* note 10.<sup>136</sup>

A. Zorzi, « Transfert de technologie » (1998) 20:1 R.P.F.S. 13.

2. La concession de droit à l'égard de la technologie ou de la connaissance technologique.

Pour fins de compréhension, précisons que la cession de technologie engendre de façon directe le transfert de propriété total ou partiel<sup>137</sup> et ce, par le titulaire, au bénéfice d'une autre personne. Le titulaire peut également céder des droits et ce, de façon générale par le biais d'une licence. Soulignons que la différence entre la cession et l'octroi d'une licence se situe principalement au niveau de la propriété et non pas au niveau de la forme de la contrepartie. De plus, une cession n'équivaut pas nécessairement à la réception d'une somme. Rappelons qu'au niveau du transfert technologique, la forme de l'entente ainsi que la description des droits licenciés ou tout simplement cédés, et la forme ou le mécanisme de paiement sont importants pour les deux parties aux fins de déterminer les instances fiscales qui s'y rattacheront.

Afin de pouvoir procéder aux transferts de la technologie, les intervenants pourront donc acquérir les droits et la propriété ou encore, l'utiliser avec l'approbation du propriétaire. C'est pourquoi la convention de licence<sup>138</sup> peut être exclusive ou non. La convention exclusive accorde donc au licencié la possibilité

---

<sup>137</sup> Les différentes formes de technologie sont reconnues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, 5e suppl. c.1 par l'entremise de la définition de biens et ses références aux biens incorporels (par. 248 (1) de la *Loi sur l'impôt et le revenu*).

<sup>138</sup> Il s'agit principalement pour le licencié de payer des redevances périodiquement pendant la durée de l'entente. Par ailleurs, il existe plusieurs types de convention, à savoir celles qui touchent au transfert de droits en faveur d'un licencié, que ce soit au niveau des marques de commerce ou encore au niveau d'une technologie ou d'un savoir faire quelconque permettant ainsi au licencié d'utiliser ladite technologie, voire même l'utilisation de brevet du concédant aux fins de la fabrication et de la distribution de certains produits.

d'exploiter la technologie en considération de paiement et avec l'obligation de ne pas émettre d'autre licence semblable à quiconque. C'est pourquoi le propriétaire de la technologie verra, au sein de la convention de licence,<sup>139</sup> à bien décrire les droits qui sont concédés au licencié dont notamment les éléments suivants: la contrepartie et les modalités de paiement calculés sur le revenu brut, revenu net ou les profits, le territoire couvert, la propriété intellectuelle, l'octroi de sous-licences, la possibilité d'octroi de sous-licences, la faculté de céder les droits, la non concurrence, la confidentialité, la durée de la convention, les cas de défaut, les dates d'entrée et de fin de la convention. Notons également qu'au niveau de la contrepartie, elle peut également inclure un paiement unique lors de l'octroi ou encore, un montant annuel forfaitaire.

Par ailleurs, il ne faut pas négliger la coentreprise dans ce mécanisme de transfert de technologie étant donné que la personne qui désire demeurer en pleine possession des droits relativement à une technologie en particulier peut, par le biais de la coentreprise, s'associer à d'autres parties pour en faire l'exploitation. Si cela s'avérait le choix pris par les parties, il faudra faire attention aux incidences fiscales pour le propriétaire de la technologie. En effet, il peut être considéré comme exploitant une entreprise soit au Canada (dans le cas d'un non résident), soit dans le pays étranger (dans le cas d'un résident canadien).

---

<sup>139</sup> Voir notamment, relativement à la description d'une convention de licence, D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 316, note 16.

### 6.1.1. IMPOSITION DES RÉSIDENTS CANADIENS<sup>140</sup>

Ceci nous amène à traiter de l'imposition des résidents canadiens et de dresser un tableau sommaire des principales incidences fiscales applicables à l'importation ou l'exportation de la technologie<sup>141</sup>. A prime abord, soulignons qu'au niveau de l'importation de la technologie, ceci nécessite divers paiements pour les résidents canadiens en faveur de son partenaire étranger. Le traitement fiscal dépend, comme nous l'avons souligné auparavant, de la modalité de paiement du type de technologie qui a été acquise ou transférée et de la forme de l'entente. De façon courante, un paiement pour l'acquisition d'une technologie au Canada correspond à une dépense de nature capitale et le montant doit donc être capitalisé. Au niveau de l'exportation, si le résident canadien dispose de la technologie en faveur d'un étranger, ou selon la loi d'un non résident, cela peut faire en sorte qu'il y ait un revenu d'entreprise et qu'une disposition de nature capitale soit faite. Une exportation technologique peut également faire en sorte qu'il y ait un paiement de type redevance ou paiement basé sur la production ou l'usage du bien transféré. De tels montants doivent être inclus dans le revenu de l'entreprise canadienne pour l'année où elle en a reçu.

Le transfert technologique peut également avoir lieu entre entreprises affiliées, c'est-à-dire d'un même groupe. Or, en

---

<sup>140</sup> Loi de l'impôt sur le revenu du Canada, L.R.C. 1985, ch.1 (5<sup>e</sup> suppl.).  
<sup>141</sup> Voir notamment H.R. Duane, *supra* note 1 aux pp. 29 et ss.

vertu de l'article 69(1) de la Loi fédérale de l'impôt et du revenu, ces opérations entre personnes liées sont réputées avoir été faites pour une somme égale à la juste valeur marchande des biens transférés. L'article 247(2) de la même loi permet au ministère de redresser la valeur ou la nature de l'opération lorsque les modalités diffèrent de celles qui auraient été confiées entre personnes non liées. C'est donc le principe de la pleine concurrence qu'on doit appliquer aux opérations entre entreprises affiliées. Notons également que lors du transfert technologique, il y a une possibilité pour le cédant d'un gain en capital. Il faudra donc faire un roulement fiscal et exercer son choix en vertu de l'article 85(1) de ladite Loi de l'impôt et du revenu afin que le transfert soit effectué en franchise d'impôt.

Il est clair que pour le partenaire étranger, donc non résident en vertu de ladite Loi de l'impôt et du revenu, celui-ci a tout intérêt à vérifier la base sur laquelle il pourra être assujéti à l'imposition du Canada et les incidences des allégements possibles en vertu de la convention fiscale ou encore, les effets sur son encaisse tout en vérifiant les allégements disponibles dans le pays de résidence de l'entreprise ciblée à l'égard de l'impôt payé au Canada. Notons aussi que, pour le praticien, lorsque le non résident fourni de la technologie à une entité canadienne, il faudra se référer nécessairement à la législation interne du pays. Il est important de vérifier si le statut de résident ou non sera applicable à notre partenaire étranger en vertu de la loi canadienne. En effet, ne perdons pas de vue, qu'en cas de

transfert technologique, il peut s'agir d'un employé non résident qui est employé qu'au Canada ou encore, une société étrangère qui reçoit des redevances ou qui dispose de la technologie détenue au Canada. Afin de déterminer le statut de non résident ou résident, il faudra vérifier l'article 253 de la Loi de l'impôt et du revenu. De plus, si le non résident est situé dans un pays qui a une entente avec le Canada au niveau fiscal, il faudra vérifier s'il exerce son activité par l'intermédiaire d'un établissement stable. Il faudra donc vérifier la définition d'établissement stable aux fins de la convention toujours en vertu de la Loi de l'impôt et du revenu (articles 115 et 116). Spécifions que le simple fait d'avoir des employés de technique dans notre pays ou encore un bureau de vente qui contient un personnel ayant l'autorité de conclure des contrats pourrait créer un établissement stable. Il serait donc peut-être judicieux de faire négocier et conclure des contrats à l'extérieur du Canada afin d'éviter cette qualification et ce, par des employés étrangers qui ne sont pas canadiens. Il faudra également vérifier et ne pas perdre de vue l'imposition provinciale.

Au niveau de l'importation des technologies et ses incidences fiscales, ceci dépend encore du type de technologie transférée et du mode d'acquisition et des modalités de paiement. Il faudra donc déterminer dans ce cas si la technologie acquise pourra faire partie d'une dépense de nature courante ou d'une dépense de nature capitale. Dans le cas de redevance payée à l'égard d'une

technologie appartenant à un tiers, elles peuvent être déduites au niveau de l'imposition et ce, en relation avec les dépenses, soit par l'utilisation du bien ou l'acquisition pure et simple de ce bien. Celles-ci pourraient être déduites du revenu d'entreprise canadienne. Notons ici que les dépenses de recherches scientifiques et de développement expérimentaux peuvent également faire partie des dépenses de nature courante et sont généralement admises en discussion en vertu de l'article 37 de la Loi de l'impôt et du revenu. Elle peuvent également faire l'objet d'un crédit d'impôt.<sup>142</sup> C'est donc dire qu'un contribuable peut déduire des dépenses de nature courante qu'il a engagées au cours de l'année pour des activités de recherche et développement exercés à l'étranger directement pour son compte. Indiquons également que les frais engagés pour l'obtention d'un brevet peuvent être également admissible en vertu de la loi.

Par ailleurs, soulignons que la distinction entre une dépense de nature courante et une dépense de nature capitale est à l'effet que la dépense en capital est une dépense faite par l'entreprise de façon définitive et qui amène un avantage durable.

En résumé, les redevances versées pour l'utilisation non exclusive et pour un territoire restreint d'une propriété intellectuelle dont la propriété appartient à une tierce partie incluant un brevet sont généralement déductibles dans

---

<sup>142</sup>*Supra* note 140 à l'article 127(5).

l'année à titre de dépenses courantes dans la mesure où il n'y a pas d'avantage durable. Par contre, un montant payé de façon forfaitaire lors de l'acquisition de tous les droits attitrés à la propriété intellectuelle, incluant les versements périodiques seront considérés comme une dépense de nature capitale.

De plus, le droit d'auteur peut être considéré comme une immobilisation admissible selon le régime fiscal canadien. En ce qui concerne le coût d'acquisition des marques de commerce, celui-ci est généralement considéré comme une dépense en capital admissible puisque celui-ci a une durée de vie indéfini et ne peut pas être inclus comme bien amortissant selon la loi. De plus, notons que jusqu'à une certaine limite, la marque de commerce ne peut être dissociée de l'achalandage d'une entreprise. Au niveau du savoir faire, le ministère du Revenu ne considère pas le savoir faire comme un procédé représentant un bien incorporel non amortissable. Il n'est donc pas une immobilisation dans son sens traditionnel mais plutôt associé à un service lorsqu'il réfère souvent à la transmission de connaissance. Or, un paiement pour des services est déductible. Nous croyons que le know how doit être considéré comme un paiement effectué lors de l'exploitation de l'entreprise, le know how ne constituant pas un bien dans son sens ordinaire, il doit donc être considéré comme une dépense. Précisons que, le traitement ultime d'un paiement versé à un non résident aux fins de l'impôt canadien dépend, entre autres, des dispositions

prévues dans la convention fiscale signée entre le Canada et d'autres pays.

Cependant, qu'il s'agisse d'une cession partielle ou totale des droits d'une technologie ou d'un contrat à long terme de l'utilisation des droits; il y a des incidences fiscales pour le cédant canadien. Encore une fois, les modalités de paiement des droits accordés et la durée de l'entente peuvent faire varier le traitement fiscal. Entre autres, il ne serait pas possible de bénéficier d'un roulement fiscal lors du transfert d'actifs incorporels à une filiale étrangère.<sup>143</sup> Ainsi, toute disposition d'actifs incorporels est réputée faite à la juste valeur marchande. Il peut donc être extrêmement avantageux de faire une cession totale de la technologie lorsque la valeur la moins élevée pour éviter une imposition supérieure. Par ailleurs, lorsque l'imposition d'une technologie donne lieu à des gains ou à des revenus importants, ce transfert pourrait se faire par voie de convention de licence ce qui pourrait également solutionner des impositions trop élevées au Canada. En effet, la convention de licence peut permettre d'étaler sur plusieurs années le revenu lié aux redevances. Notons également que lors de l'exportation de technologie, les paiements reçus par un résident canadien en contrepartie de l'octroi de droit dans une technologie, sont considérés comme étant de nature capitale ce qui n'est pas le cas pour les paiements reçus en contrepartie de l'utilisation par un non résident de la technologie qui sera considéré comme un revenu

---

<sup>143</sup>*Ibid.*

d'entreprise. Il s'agira donc de faire un choix judicieux afin de favoriser au maximum des exemptions fiscales et du régime le moins dommageable pour l'entreprise. En ce qui concerne le savoir faire, celui-ci est généralement reconnu comme étant un revenu d'entreprise au niveau de son exportation. En ce qui concerne le brevet, celui-ci est exploité sous forme de licence, les modalités de convention de licence détermineront le traitement fiscal approprié afin qu'un paiement pour une licence soit considérée de nature capitale.

Enfin, on peut considérer de façon usuelle que le produit de disposition du brevet sera de nature capitale mais si le propriétaire du brevet avait également comme activité d'entreprise la vente et revente de brevet, il s'agira d'un revenu d'entreprise. En ce qui concerne l'exportation des marques de commerce, ceci se traduira par un traitement de nature capitale et, dans ce cas, une immobilisation est admissible. L'examen à réussir est de déterminer la nature du paiement. Celui-ci doit être fait dans le cadre qui constitue une dépense en capital admissible s'il était acheteur dudit bien. S'il s'agit d'une licence d'utilisation, ceci sera considéré comme un revenu.

Il s'agira pour le praticien de vérifier chacune des incidences fiscales rattachées selon le produit concerné par le transfert en vertu des dispositions législatives de la loi sur les impôts du Canada et par conséquent, des lois

d'impositions provinciales ou étrangères et en fonction d'ententes entre les pays concernés.

De façon pratique on peut résumer le transfert de technologie comme étant une divulgation d'une technique ou d'un savoir-faire impliquant un brevet, un savoir-faire, un secret de commerce ou un ensemble industriel. Sur le plan juridique les transferts de technologies s'opéreront par convention de licence ou par contrat d'entreprise commune en matière de recherche et développement ou encore, lors de la formation de l'entreprise commune pour gérer une technologie particulière, entente de partenariat pur ou autrement. La principale complexité du transfert technologique est certainement que ces actifs sont intangibles et sont assujettis par une diversité de cadre juridique tel la loi sur les brevets, droit d'auteur, les marques de commerces etc. C'est pourquoi le praticien devra à prime abord définir la ou les technologies de l'entreprise et les éléments de propriétés intellectuelles associés avec chacune de ces technologies qu'il identifiera afin de concevoir un contrat de transfert des technologies qui sera utilisé dans le cadre d'une coentreprise ou d'un partenariat.

#### **6.1.2. IMPOSITION DU RÉSIDENT CANADIEN DANS UNE JURIDICTION FISCALE ÉTRANGÈRE<sup>144</sup>**

Le praticien se fera un devoir de vérifier la législation étrangère afin de préciser si le résident canadien sera

---

<sup>144</sup>

*Supra* note 136 à la p. 89, note 3.4 et ss.

imposé sur le revenu net attribuable à l'établissement stable dans la juridiction étrangère, ou encore, si celui-ci sera assujetti à une retenue à la source dans la juridiction étrangère concernée. De façon générale, le résident canadien ne sera pas assujetti dans le pays étranger à un impôt sur le revenu net provenant de l'exploitation d'une entreprise du fait que le transfert de technologie n'est pas attribuable à l'établissement stable dans notre pays. Par ailleurs, ceci n'empêchera pas que le résident canadien pourra être imposé à la source dans le pays d'accueil. Soulignons que lorsque le transfert de technologie est attribuable à un établissement stable, le revenu net attribuable à cet établissement sera généralement imposable dans le pays d'accueil sans compter qu'il pourra être imposé également sur un impôt de succursale (branch tax). Il sera donc judicieux de créer une filiale lorsque des conséquences fiscales sont négatives dans l'établissement stable du pays d'accueil. Par la suite, un arrangement de licence back to back, c'est-à-dire, un échange mutuel pourrait être établi afin d'orchestrer le niveau du profit à l'étranger et de pouvoir éliminer certaines taxations. Il s'agira de voir si le pays d'accueil a une convention fiscale avec le Canada. Si, néanmoins, le résident canadien devra payer un impôt au pays d'accueil, il faudra vérifier avec l'expert-comptable les possibilités de réclamer un crédit pour impôt étranger.

De plus, la filiale étrangère devrait être constituée, selon nous, dans un pays avec lequel le Canada a signé une

convention fiscale et les actions devraient être détenues par la société canadienne. Rappelons ici que lorsque les transferts technologiques ont lieu entre les personnes liées, on doit considérer la nécessité de respecter le principe de pleine concurrence à la détermination du prix du transfert tel que spécifié auparavant. Également, il faut noter que la détermination des prix de transferts repose sur les faits et circonstances entourant l'opération internationale inter société. Par leur nature intangible, le lecteur comprendra que les transferts technologiques causent véritablement un problème additionnel. Généralement les critères retenus par Revenus Canada sont le taux en vigueur au sein de l'industrie, les conditions de la licence (ex : exclusivité ou non), territoire géographique, le caractère unique de l'invention, la période octroyée, les avantages attendus par le détenteur de licence, les bénéfices pour le cédant de la licence provenant du partage d'informations.

Au niveau du « know how », il faudra vérifier si la compagnie canadienne a l'obligation d'effectuer les retenus à la source sur le salaire versé à l'égard des employés qui travaillent à l'étranger.

En résumé, le traitement fiscal comme nous l'avons vu est influencé par la forme de la technologie visée ainsi que la méthode de paiement et la durée. Par ailleurs, les informations contenues dans l'entente de transfert serviront généralement à déterminer le type de traitement fiscal à apporter. Il sera essentiel que le praticien puisse obtenir la

collaboration d'un comptable spécialiste en taxation internationale. Cette équipe de travail devra s'adjoindre un comptable local dans le pays visé.

Bref, l'élément le plus essentiel dans ce type de transaction est de décider si les intervenants ont un lien de dépendance entre eux afin de déterminer si les règles usuelles contenues dans la loi de l'impôt et du revenu est applicable et plus particulièrement à son article 251. Rappelons que les personnes qui sont liées sont réputées avoir entre elles un lien de dépendance ainsi que toute personne ayant un contrôle sur la société est liée à cette société. Deuxièmement, des personnes non liées pourront avoir entre elles un lien de dépendance selon les circonstances ce qui sera également déterminé cas par cas. Il s'agit d'une question de fait. Généralement, deux personnes auront un tel lien si elles agissent de façon concertée. A cet effet, trois critères sont généralement retenus :<sup>145</sup>

- La présence d'une entité responsable de la négociation pour les deux parties à une opération ;
- Le fait que les parties qui ont une opération agissent ensemble sans intérêt distinct ;
- La présence d'un contrôle de fait.

Pour conclure cette section, l'imposition devra faire l'objet d'une très grande expertise au niveau de la vérification diligente afin de voir si, au niveau fiscal, aussi bien au

Canada qu'à l'étranger, l'entreprise pourrait voir ses objectifs stratégiques modifiés voire même l'annulation de son projet d'acquisition. Ceci peut s'avérer important au niveau des frais à payer au niveau des impositions au Canada mais également à l'étranger.

### 6.1.3. ASPECTS PRATIQUES <sup>146</sup>

Lors de la confection d'un contrat de vente d'entreprise en matière internationale et lorsque cette vente fera appel à un transfert technologique, il faudra pour le professionnel en charge de ladite transaction, établir les paramètres à suivre pour que le transfert technologique puisse répondre aux objectifs de la transaction.

Selon nous, au moment de la négociation, la personne en charge ne devrait jamais perdre de vue les objectifs de l'entreprise qui désire acquérir ou obtenir une licence de niveau technologique. Il faudra également adopter une approche d'équipe et faire en sorte que chaque partie ait une protection au niveau de la confidentialité des informations qui seront remises pour fins d'analyse ou encore, lorsqu'elles seront utilisées dans le cadre d'une coentreprise. On devra établir un mécanisme de protection de la confidentialité des informations pour chacune des parties, décrire quelles sont les informations confidentielles,

---

<sup>146</sup>

La section « Aspects pratiques » est inspirée par les textes de F. Pinchaud et de B. Koutsogiannis « *The Problematic clauses in the drafting of Licencing Agreements* » et « Contrats internationaux de transfert de technologie », Mini-colloque sur la gestion stratégique de la propriété intellectuelle en matière de contrats internationaux pour le

comment elles doivent être transmises d'une partie à une autre, quels sont les mécanismes de défaut, la survie de la clause de confidentialité le cas échéant. Le praticien devra également vérifier tous les droits reliés à la propriété, préparer une liste de vérification complète et rédiger la lettre d'intention à cet effet. Ceci pourrait être imbriqué à l'intérieur du mécanisme habituel des documents prévus pour l'acquisition de l'entreprise avec une pensée toute particulière pour le transfert technologique. Bref, la liste de vérification pour le transfert technologique au niveau international devra comprendre l'historique des parties, les définitions au niveau de l'association et du territoire ainsi que la détermination de ce qu'est l'information confidentielle sans compter la description du développement technologique, sa documentation et la description de l'équipement ainsi que de l'année financière pour les redevances, etc. Ces précisions devront être nécessairement spécifiques dans le cadre de la création d'une coentreprise qui va de soi est généralement plus susceptible d'avoir un contrat de transfert de technologie entre les différents intervenants afin d'éviter l'opportunisme.

## VENTE INTERNATIONALE D'ENTREPRISE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

### 7.

Par sa nature particulière, la transaction internationale d'entreprise risque d'engendrer des conflits de loi. Afin d'éviter un tourbillon insurmontable de conflits de lois, le juriste, à titre d'architecte de la transaction, devra donc réfléchir à la meilleure méthode possible afin de solutionner ces conflits et déterminer une seule règle d'application en fonction de la transaction qu'il effectuera.

A l'heure actuelle, le juriste doit se référer à la section du Code civil du Québec intitulé « Du droit international privé », livre 10e, titre 2e (des conflits de lois), afin de trouver une solution adéquate relativement à la vente d'entreprise. Or, dépourvu d'un article clair à ce niveau, le juriste québécois doit se référer à différents articles du Code civil du Québec qui pourront soutenir certaines thèses comme nous pourrions le voir dans cette section. Ce que l'avocat doit rechercher s'est d'éviter que la compétence internationale de plusieurs entités judiciaires soit reconnue relativement à la transaction survenue entre les parties. Vu l'absence d'une protection particulière dans le Code civil du Québec à l'égard de la vente internationale d'entreprise, les juristes admettent de façon générale la compétence des tribunaux québécois par l'interprétation de l'article 3115 du Code civil du Québec qui admet la théorie du *forum non convenient* et son principe opposé, soit le *forum de nécessité*<sup>147</sup> (art. 3136 C.c.Q.). Le

---

<sup>147</sup> Art. 3136 C.c.Q. ainsi que la présence de la litispendance internationale par l'interprétation de l'article 3137 C.c.Q. *Kingsway General Insurance Co c. Komatsu Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 2715 (C.S.) et *Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parmalat inc.* J.E. 2001-338 (C.S.), doctrine du *forum non conveniens*; critères de rattachement Voir également G.

praticien devra donc s'interroger sur la loi à appliquer en matière de vente d'entreprise internationale en droit québécois et ce, eu égard à la sauvegarde des intérêts des créanciers face à la transaction projetée.

Dans sa première phase de réflexion, le professionnel en charge de la transaction se questionnera sur les méthodes de résolution qui s'offrent à lui. À prime abord, celui-ci pourra être séduit par les lois de police<sup>148</sup> qui ont pour principal but de protéger les petits créanciers qui sont généralement classifiés ou identifiés selon leur faible capacité économique, ce qui engendre pour eux une impossibilité de recevoir des sécurités de la part de leurs débiteurs. À cet effet, le juriste devra considérer l'article 3076 C.c.Q. qui a comme but de protéger un intérêt vital<sup>149</sup> entre les parties. Le théorème qui se dégage au niveau de cette méthode est l'application, tel que mentionné, de l'intérêt vital qui fait donc appel à la notion de nécessité. L'application de cette théorie fait en sorte que le praticien devra nécessairement appliquer cette notion à l'entreprise en relation à la résidence des créanciers à protéger. Or, en l'absence d'un intérêt vital à protéger, le praticien devra donc considérer l'analyse conflictuelle qui se traduira par une qualification contractuelle du choix exprès d'une loi étrangère eu égard à la vente internationale d'entreprise. L'analyse classique référera le praticien à une qualification procédurale

---

Goldstein et J.A. Talpis, *supra* note 1; D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 491. Voir les jurisprudences suivantes : jurisprudences utiles au niveau de l'article 3114 C.c.Q.: *Spar Aerospace Ltd c. American Mobile Satellite Corporation*, J.E. 98-2067 (C.S.); *Montréal (Ville de) c. Donasorium Production inc.*, [1999] R.J.Q. (C.A.) 2563. Voir également les textes doctrinaux suivants : G. Goldstein, « L'interprétation du domaine d'application internationale du nouveau Code civil du Québec » dans P.P. Côté et C. Dubreuil, dir., *Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993 à la p. 81; E. Groffier, « La réforme du droit international privé québécois » (1992) 52 R. du B. 607 de même que S. Guillemard, A. Prujiner et F. Sabourin, *Les difficultés de l'introduction du forum non conveniens en droit québécois* (1995) 36 C. de D. 913.

<sup>148</sup>

<sup>149</sup>

G. Goldstein et J.A. Talpis *supra* note 1 à la p. 492.

*Ibid* à la p. 493.

en traitant de façon particulière les formalités que les parties ont à accomplir au sein de la transaction et peut-être ainsi appliquer la loi du for.

La loi du for<sup>150</sup> comme modèle d'application à la transaction pour la vente d'entreprise en matière internationale, implique des procédures bien spécifiques à prendre en considération lors de la vente d'entreprise afin de sauvegarder les droits des créanciers ou des tiers pouvant avoir un intérêt en regard à ladite transaction. Or, ce théorème doit être retiré d'emblée selon nous étant donné que la législation encadrant la vente de l'entreprise en sol étranger pourrait faire en sorte qu'aucune obligation procédurale ne serait imposée aux parties, que ce soit au niveau de la vente d'actions ou d'actifs. Ce modèle ne semble donc pas fournir une solution adéquate selon nous, d'autant plus que par l'application de l'article 3082 C.c.Q., la loi du for, en cas de vente d'une entreprise étrangère, ne permettrait pas d'établir un lien étroit avec la situation de la vente ainsi intervenue entre les parties.

De ce fait, le juriste sera tenté de se diriger vers l'article 3114 C.c.Q.<sup>151</sup> qui, à la limite, présente un mécanisme de résolution du conflit. En effet, à cet article, il y a une possibilité de détermination d'une règle de conflit applicable à la vente de biens meubles corporels et fait en sorte qu'il y a une application des règles de conflit qui s'imbrique au sein des articles à caractères contractuels, tels que les articles 3109 à 3113 C.c.Q. Or, l'application de l'article 3114 et les articles 3109 à 3113 C.c.Q. permet

---

<sup>150</sup> *Ibid* aux pp. 495 et ss.; G. Goldstein, *La représentation conventionnelle en droit international privé québécois* (1997) 57 R. du B. 213; G. Goldstein et J.A. Talpis, « Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada (2ième partie) » (1996) 75 R. du B. can. 115.

<sup>151</sup> G. Goldstein et J.A. Talpis, *supra* note 1 à la p. 498.

donc d'établir une certaine corrélation lorsque l'entreprise qui est vendue possède plusieurs filiales.

Il faut donc délimiter immédiatement la structure de la transaction à savoir si elle touche diverses filiales étrangères ou non. En effet, si plusieurs filiales étrangères sont impliquées dans la transaction, il faut d'emblée retirer tous mécanismes de résolution applicable avec la situation géographique du bien qui fait l'objet de la vente. En effet, l'application distributive est, par conséquent, limitative du fait qu'elle considérerait établissement par établissement tout en conservant un aspect proportionnel de ses lois selon le territoire d'application. Ceci est tout à fait incohérent et ne peut être utilisé pour fins d'analyse juridique. C'est pourquoi nous devons écarter immédiatement la méthode de classification territoriale où se trouverait la majorité des biens. La solution se trouve, selon nous, en fonction de l'application de l'article 3114 C.c.Q avec les corollaires édictés aux articles 3112 et 3113 C.c.Q.<sup>152</sup> afin que la règle de base à appliquer soit la loi qui a le lien le plus étroit avec la vente.

Afin d'étayer notre dernière prétention contenue au paragraphe précédent, nous nous permettons de reproduire ici les articles 3112 et 3113 C.c.Q.<sup>153</sup>

*Article 3112 C.c.Q. : En l'absence de désignation de la loi dans l'acte ou si la loi désignée rend l'acte juridique invalide, les tribunaux appliquent la loi de l'état qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entoure, présente les liens les plus étroits avec cet acte.*

---

<sup>152</sup>*Ibid.* aux pp. 499 et ss.<sup>153</sup>*Ibid.* pp. 505 et ss.

*Article 3113 C.c.Q. : Les liens les plus étroits sont présumés exister avec la loi de l'état dans laquelle la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte à sa résidence, ou si celui-ci est conclu dans le cours des activités d'une entreprise, son établissement.*

Or, avec l'avènement de l'article 3112 C.c.Q., les tribunaux appliqueront désormais la loi de l'état qui, compte tenu de la nature de l'acte et des circonstances qui l'entourent, présente les liens les plus étroits avec cet acte est c'est, selon nous, en conformité avec le but recherché dans toutes les règles de conflits, à savoir, la loi qui doit prévaloir est celle qui possède les liens les plus étroits avec la transaction effectuée. C'est pourquoi, les tribunaux dans l'application de l'article 3112 pourront considérer des facteurs comme le lieu de la conclusion du contrat, le lieu de son exécution principale, la nationalité, le centre d'affaires des parties, la forme de rédaction, la monnaie de paiement, la langue employée, la teneur des lois en conflit, les clauses d'arbitrage ou attributive de compétence, la situation de l'objet de l'acte, les clauses d'arbitrage ou attributives de compétence et enfin, l'attitude des parties.<sup>154</sup>

Maintenant, en ce qui a trait à l'article 3113, celui-ci est de droit nouveau et fait en sorte d'établir une présomption destinée à faciliter la détermination de la loi qui présente encore une fois les liens les plus étroits avec l'acte. Cet article de droit nouveau comporte une qualification extrêmement importante au sein de son économie, à savoir, l'utilisation des mots prestation caractéristique de l'acte à sa résidence. À cet effet, le

---

<sup>154</sup>

*Commentaires du ministre de la justice*, 2 vol., tome I et II, Les Publications du Québec, 1993. Voir également *Oppenheim G.M.B.H. c. Lexus Maritimes inc*, J.E. 98-1582 (C.A.); *J.S. Finance Canada inc. c. J.S. Holding S.A.* J.E. 99-1067 (C.A.); *Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.).

Ministre nous a laissé ses commentaires et qualifie la prestation caractéristique comme une obligation qui caractérise l'ensemble des opérations que suppose un acte juridique. C'est, selon lui, une obligation qui permet de qualifier le contrat dont il s'agit. On peut donc conclure comme le ministre « *l'obligation qui caractérise le mieux l'ensemble des opérations que suppose un acte juridique c'est l'obligation qui permet de qualifier le contrat dont il s'agit.* ».<sup>155</sup>

Enfin, notons que cette présomption peut être renversée lorsque l'ensemble des circonstances démontre que l'acte présente des liens plus étroits avec un autre état ou lorsqu'il est presque impossible d'identifier la prestation caractéristique. Pour ce qui est de la deuxième section de l'économie de cet article, on peut considérer l'établissement contenu à l'article 3113 comme étant le lieu et l'adresse du bureau chef que possède une entreprise même si elle a plusieurs résidences.<sup>156</sup>

En résumé, il nous apparaît tout à fait opportun de considérer comme la meilleure solution la considération purement contractuelle à l'acte qui consiste à la vente d'entreprise internationale et ce, en se basant sur l'article 3112 C.c.Q., qui fait émerger plusieurs rattachement qui demeurent donc disponible pour qualifier l'acte. En effet, l'établissement de l'entreprise, la résidence du vendeur et la résidence du plus grand nombre de créanciers sont des facteurs de rattachement valables et suffisamment prévisibles. On doit donc réviser l'ensemble des facteurs qui amènent à une loi qui a des liens les plus étroits en regard à la transaction analysée tout en respectant le principe de proximité et les

---

<sup>155</sup>

*Commentaires du ministre de la justice, ibid.* La prestation d'un dépositaire dans le contrat de dépôt; la prestation du garant ou de la caution dans les contrats de garantie ou de cautionnement.

intérêts des parties. C'est donc dire que la pierre angulaire de cette analyse se retrouve donc aux articles 3112 et 3113 appliquée à l'article 3114 qui désignent la loi de la résidence du vendeur. Les avantages sont certains à utiliser cette méthode étant donné que l'ensemble des facteurs sont déterminant et sont à tout le moins prévisibles ce qui fait donc en sorte de bien protéger les créanciers du vendeur.

Bref, la règle de l'établissement doit, selon nous, être écartée du fait qu'elle engendre une lacune lorsqu'il y a plusieurs filiales reliées à l'entreprise qui est vendue: En effet, ce théorème est facilement discutable étant donné que certains créanciers se verraient lésés du fait qu'on qualifierait la transaction en impliquant un plan maître qui se retrouverait simplement au niveau du siège social de l'établissement ce qui pourrait engendrer comme conséquence que certaines compagnies auraient leur siège social dans des pays qui ne facilitent pas les exécutions de jugements ou encore, qui offrent littéralement des paradis fiscaux non atteignables qui peuvent préjudicier certains créanciers. De plus, il faut noter qu'il faut écarter l'application de la loi de la résidence des créanciers. En effet, ce théorème présente également des facteurs de complexité étant donné que chacun des créanciers possède leur législation et leur emplacement géographique. On ne peut donc considérer de façon viable cette méthode de résolution étant donné que l'on devrait nécessairement favoriser l'endroit où se trouve la majorité des créanciers ce qui n'est certainement pas la solution pour la sauvegarde des intérêts de tous les créanciers. C'est pourquoi on ne peut accepter la théorie du lieu de résidence de l'acheteur étant donné qu'un acheteur mal intentionné pourrait défavoriser ou encore, contrecarrer les protections des créanciers.

---

<sup>156</sup>

Commentaires du ministre de la justice, *ibid.* Décision *Dunn C. c. Wightman*, [1995] R.J.Q. 2210 (C.S); *Jutras c. Société Radio-Canada*, [1998] RL 294 (C.S).

De plus, cette méthode de résolution consisterait principalement à réévaluer chacune des transactions qui deviendraient du cas par cas ce qui rend impossible la détermination de paramètre pouvant servir à la détermination d'une notion de base de rattachement qui serait efficace.

Pour conclure, si l'entreprise possède plusieurs établissements, on doit considérer la loi de l'endroit où la filiale est vendue. Il faut donc retenir selon nous la méthode de la loi du lieu de l'établissement de l'entreprise ayant le lien le plus étroit avec la transaction. Il est évident qu'il est toujours plus opportun que les parties désignent immédiatement la loi applicable entre les parties ceci évitera de nombreux imbroglios.<sup>157</sup>

---

<sup>157</sup>G. Golstein et J.A. Talpis, *supra* note 1 aux pp. 509 et ss.

## RÉSOLUTION DES LITIGES

### 8. PRÉSENTATION

Les transactions à caractère international évoquent chez le juriste la possibilité de mettre en relation plusieurs systèmes juridiques qui peuvent amener les parties dans un tourbillon de législation qui pourrait affecter la transaction intervenue entre les parties. Afin d'éviter des conflits législatifs entre les différents intervenants, le professionnel pourra prévoir immédiatement le droit applicable pour les parties au sein du contrat. Cette liberté contractuelle est d'ailleurs présente au sein de l'article 3111 du *Code civil du Québec* qui indique :

*« L'acte juridique, qu'il représente ou non un élément d'extranéité, est régi par la loi désignée expressément dans l'acte dont la désignation résulte d'une façon certaine des dispositions de cet acte. Néanmoins, s'il ne présente aucun élément d'extranéité, il demeure soumis aux dispositions impératives de la loi de l'état qui s'appliqueraient en l'absence de désignation. On peut désigner expressément la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement d'un acte juridique. ».*

Notons qu'il sera crucial pour les parties de ne pas adopter une législation ou un droit applicable dont ces dernières n'ont pas une connaissance suffisante. À défaut de sélectionner d'emblée le droit applicable entre les parties, les acteurs de la transaction internationale pourront se prévaloir d'une clause d'arbitrage. En effet, cet outil de résolution des litiges est de plus en plus utilisé dans les transactions internationales afin d'éviter d'anéantir la continuité des opérations ou des relations d'affaires entre les différents participants. L'arbitrage apparaît donc comme la solution adéquate pour mitiger les susceptibilités des partenaires entre eux qui possèdent chacun un système juridique distinct et peut-être incompatible.

Or, l'arbitrage commercial international est donc un procédé qui vise la résolution des problèmes commerciaux entre partenaires internationaux en accordant à une ou plusieurs personnes privées le pouvoir de trancher le litige, ledit pouvoir étant dévolu par convention.<sup>158</sup>

D'ailleurs, en droit québécois, l'article 2638 du *Code civil du Québec* désigne ce qu'est l'arbitrage :

*« Art. 2638 : La convention d'arbitrage est le contrat par lequel les parties s'engagent à soumettre un différend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres à l'exclusion des tribunaux. »*

L'arbitrage représente pour les parties un outil qui peut servir à déterminer dans le temps un mécanisme de résolution du litige sous peine de renonciation.<sup>159</sup> Ce mécanisme offre à moindre coût les services d'une personne qualifiée pour trancher une question litigieuse et offre également une plus grande discrétion étant donné que les jugements ne sont pas publiés. Ceci constitue principalement les avantages de référer à l'arbitrage international. De plus, notons que souvent, l'arbitrage fait appel à moins de formalités ce qui fait accélérer le processus. Rappelons que le seul droit connu aux signataires d'une convention d'arbitrage, et réciproquement l'unique obligation qui leur est imposée, ont trait à la voie qu'il s'engage à suivre lorsqu'un litige possible ou déjà engagé les oppose, en ce qui concerne les droits et obligations auxquels ils peuvent prétendre, ou qui leur incombe, aux termes d'un contrat, ou selon la loi. Le droit et

---

<sup>158</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 aux pp. 525 et ss. Voir également l'article L. Marquis, « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1992) 37 R. de D. McGill 448.

<sup>159</sup> Voir notamment J. Bégin, *Arbitrage commercial international*, Montréal, Université McGill, 1987.

l'obligation résultant de cette convention se confondent donc en une même réalité pour les deux parties signataires. C'est donc la principale caractéristique de la convention d'arbitrage qui diffère des autres contrats synallagmatiques ou bilatéraux définis à l'article 1380 du Code civil du Québec qui comporte pour chacune des parties des applications corrélatives mais distinctes.<sup>160</sup>

Par ailleurs, le plus grand problème des jugements étrangers est probablement l'exécution s'il n'y a pas d'entente entre les pays. La convention de New-York<sup>161</sup> vient donc jouer un rôle très important. Cette convention a été adoptée en 1958 et son champ d'application fait en sorte qu'elle permet l'exécution des sentences rendues sur le territoire d'un autre état. La convention stipule que tout état contractant reconnaît la convention par laquelle les parties s'obligent à soumettre tous leurs différends ou certains d'entre eux. La convention fixe à chacun des états contractants qu'elle reconnaîtra la sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence dans son territoire. En fait, pour que la convention soit applicable, il faut que la sentence soit rendue sur le territoire d'un autre état. Il faut donc qu'il s'agisse nécessairement d'une opération de commerce international.

Au niveau pratique, soulignons que la Convention de New-York exige que la mention d'arbitrage soit écrite pour être applicable. On entend pas nécessairement par clause écrite la clause compromissoire signée par les parties. On prendra donc soin, dans le contrat de prévoir une clause d'arbitrage mais également d'indiquer l'élaboration du procédé d'arbitrage

---

<sup>160</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 528.

<sup>161</sup> Nations-Unies, Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international, New-York, 10 juin 1958 (convention de New-York); art. 948 C.p.c.

avec les types de nomination des personnes à être assignées pour être arbitre. Il sera également question du type de législation à être utilisé. Si l'arbitre décide d'appliquer à son litige une règle de droit étatique, il devra par conséquent vérifier aussi les usages du commerce international notamment dans les pays concernés. Ces usages se retrouvent dans les codifications privées et les grandes organisations commerciales internationales. Exemple : crédit documentaire ou ceux généralement utilisés dans un secteur particulier, comme l'agriculture et le transport maritime. Enfin, les parties ont aussi le choix d'utiliser un tribunal international reconnu (Chambre de commerce international) ou tout autre institution de type institutionnel.

Une autre méthode consiste à recourir à des arbitres occasionnels, soit l'arbitrage international ad hoc.<sup>162</sup> Dans ce cas, comme nous l'avons spécifié auparavant, les parties choisissent leur arbitre. Au niveau pratique, il faudra vérifier le barème des frais d'arbitrage, les honoraires de l'arbitre, l'aspect final de la décision, le calcul des frais pour la partie qui succombe, les questions qui pourront être portées en arbitrage, le temps alloué pour rendre la sentence et pour établir le mécanisme de désignation de l'arbitre. Enfin, rappelons qu'il est important d'accorder à l'arbitre tous les pouvoirs décisionnels afin que les décisions soient inopposables aux parties et afin qu'elles aient plein effet d'exécution. De plus, le fait d'investir les arbitres d'une décision qui ne peut emporter appel fait en sorte d'éviter qu'ils soient des médiateurs.

Soulignons que le Code civil du Québec, au titre de la convention d'arbitrage ne mentionne pas que cette fonction est simplement dévolue aux avocats, tel que le fait mention le Code de procédure civile portant sur

---

<sup>162</sup>Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 538.

l'arbitrage par les avocats. Les parties ont donc une totale liberté à choisir les personnes qui leur sembleront aptes à exercer cette fonction pour trancher leur litige.<sup>163</sup> Notons également qu'en vertu de l'article 941 du Code de procédure civile, le législateur a prévu que ces arbitres étaient au nombre de trois personnes. Par ailleurs, rien n'empêche les parties à sélectionner un seul arbitre.<sup>164</sup> D'ailleurs, l'article 2638 du Code civil du Québec le prévoit expressément.

L'article 942 du Code de procédure civile prévoit que l'arbitre peut être récusé s'il ne possède pas les qualités nécessaires afin de procéder à l'audition du différend. A cet effet, nous référons les juristes aux articles 234 et 235 du même code.<sup>165</sup>

Dans un autre ordre d'idée, la convention d'arbitrage, au contraire des contrats synallagmatiques ou bilatéraux engendrent une seule obligation pour les parties, c'est-à-dire, le suivi des directives énoncées pour appliquer l'arbitrage.<sup>166</sup> Enfin, indiquons qu'en vertu de l'article 2643 du Code civil du Québec, la procédure suivie lors de l'arbitrage est déterminée par la convention établie entre les parties et à défaut de stipulation portant à ce sujet au sein de la convention les dispositions du Code de procédure civile seront applicables. A cet effet, l'article 944 et suivants du Code de procédure civile du Québec confirment aux arbitres le pouvoir de déterminer certaines procédures qu'ils entendent suivre au cours des séances arbitrales.<sup>167</sup> Bref, quelques mots sur la sentence arbitrale. A ce sujet, qu'il suffise de rappeler que dès son prononcé, elle

---

<sup>163</sup> *Ibid.*

<sup>164</sup> *Ibid.*

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> Le Code civil du Québec prévoit que la convention d'arbitrage doit être constatée par écrit. Voir art. 2640 C.c.Q.

<sup>167</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 541.

lie les parties,<sup>168</sup> mais qu'elle ne peut, cependant, donner lieu à une exécution forcée que si elle est homologuée par le tribunal.<sup>169</sup>

### 8.1. RÉDACTION DES CLAUSES D'ARBITRAGE ET DROIT APPLICABLE

Comme nous l'avons spécifié, dans notre section précédente, un contrat est qualifié d'international lorsqu'il met en exécution des obligations de pays différents ou encore, dans plus d'un pays. A défaut d'une clause d'arbitrage compromissaire parfaite ou encore une clause d'élection de domicile, un contrat de type commercial international pourra donner lieu à plusieurs poursuites dans différents pays et devant différents tribunaux ayant des juridictions et des compétences complètement différentes. Afin d'éviter ce problème, la clause d'arbitrage devient donc indispensable à tout contrat international, l'acquisition d'entreprise ne faisant pas exception.

Avant de composer et négocier une clause d'arbitrage, certaines questions doivent recevoir réponse notamment au niveau des facteurs suivants :<sup>170</sup>

- a) L'arbitrage est-il obligatoire pour les parties ?
- b) Pour chacun des participants, quel est l'état du droit régissant l'arbitrage au sein de chacun des états des parties cocontractantes ?

---

<sup>168</sup> *Ibid.* à la p. 551 et article 945.C.p.c.

<sup>169</sup> Article 946 C.p.c.

- c) Y-a-t-il une ou des conventions internationales sur l'arbitrage qui peuvent s'appliquer à ces participants ?
- d) Quel est le mécanisme le plus approprié pour résoudre le litige entre les parties, à savoir l'arbitrage *ad hoc*, l'usage ou encore référer le débat à un centre d'arbitrage international ?
- e) Quelle sera la langue du débat ?
- f) Combien d'arbitres seront nécessaires ?
- g) La sentence arbitrale devra-t-elle être constatée par écrit ?
- h) Quelles seront les implications de défaut du respect de la décision arbitrale eu égard au contrat ? Cela constituera-t-il un moyen de résiliation ou d'annulation, ou encore une clause de défaut ?
- i) Quel est le droit qui sera utilisé pour l'arbitrage ?
- j) À quel endroit les parties procéderont à l'arbitrage ?
- k) Quelle sera la procédure à être appliquée par les parties eu égard à l'arbitrage ?
- l) Quelle sera la détermination du partage des coûts de l'arbitrage entre les parties ?

Bref, la clause d'arbitrage devra donc être brève, extrêmement précise et désignée le nombre d'arbitre, le lieu de l'arbitrage et la langue dans laquelle se fera l'audience ainsi que la ou les personnes qui seront habilités à désigner les arbitres ou l'institution qui aura charge d'entendre l'arbitrage.<sup>171</sup>

On verra également à stipuler à l'intérieur de la clause d'arbitrage, le mécanisme de remplacement d'arbitre en cas d'incapacité ou de conflit d'intérêts ainsi que les procédures à suivre au niveau des frais tel que mentionné auparavant mais également au niveau de la procédure proprement dite, à savoir, interrogatoire, dépôt des pièces, preuve, rapport d'expert, etc. Il pourrait être également inclus dans la clause d'arbitrage que les arbitres nommés dévoileront la procédure à suivre pour mener à bien l'arbitrage ce qui pourrait faire en sorte de réduire ladite clause et de laisser plus de latitude aux arbitres dans l'élaboration du processus d'arbitrage en soi.

Par ailleurs, notons immédiatement que les principaux inconvénients de l'arbitrage international est sans contredit l'incertitude qui est engendrée par l'arbitrage au contraire de la structure bien établie des tribunaux institutionnels.<sup>172</sup>

En somme, la clause d'arbitrage est une convention distincte de tout contrat où elle peut se trouver. Il y a une autonomie de la clause compromissoire au niveau de la rédaction même de la

---

<sup>171</sup>Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 533.

clause d'arbitrage, il faudra faire attention à l'utilisation des mots et de bien les qualifier. Il est indispensable également pour le praticien de prévoir dans la clause d'arbitrage qu'aucune obligation contractuelle ne devra être stoppée du fait de l'arbitrage. En effet, les parties devront maintenir leur relation et continuer chacune des obligations afin de ne pas préjudicier l'une des parties. Il faudra également indiquer de façon précise qu'il n'y a pas de compensation au niveau des obligations. Également, un des problèmes rencontrés par les praticiens au niveau du commerce international est souvent de mettre des dommages exemplaires ou clause pénale à l'intérieur de leur clause de défaut dans le contrat d'origine. Il faut mentionner que le tribunal arbitral est limité dans l'octroi voire ne peut donner des dommages exemplaires ou punitifs. Il serait bon de réserver ces recours, à un tribunal civil ou institutionnel. Donc, le praticien qui voudra limiter le pouvoir de l'arbitre à cet effet devra le préciser dans sa clause. Si plusieurs parties sont présentes, exemple dans un Joint Venture, il serait bon de faire une clause de consolidation des arbitrages à l'effet que tout différend sera entendu par un tribunal unique ce qui évitera entre autre des jugements contradictoires. Au niveau international, il faudra également faire attention pour certains cas de ne pas spécifier les clauses d'intérêts en cas de défaut. En effet, pour certain pays musulman, il est interdit d'obtenir de l'intérêt. Bref, rappelons qu'il sera important pour le praticien de ne pas accepter les clauses standards qui font référence à l'usage. En effet, ceci pourrait faire en sorte de pénétrer dans un milieu inconnu pour l'une des parties, voire son client.

---

<sup>172</sup>

Voir notamment W.W. Park et J. Baulsson, « Arbitrage commercial de contrats internationaux » (1995) 45 R. du B. 215;

Enfin, le C.P.R. Institute a proposé la clause d'arbitrage suivante afin d'éviter toute ambiguïté :

*« Any controversy or claim arising out of our relating to this contract or the breach determination of validity thereof shall be settle by arbitration by (a sole) (three) arbitrators in accordance with the C.P.R. non-administrated and arbitration rules and judgement or penalty award rendered by the arbitrator may be entered by any Court having jurisdiction thereof. »<sup>173</sup>*

Pour sa part, l'auteur de cet ouvrage propose la clause suivante :

« Les parties s'efforceront de régler à l'amiable tout différend qui pourrait s'élever entre elles concernant la validité ou l'exécution du présent contrat. À défaut de règlement, l'une des parties pourra envoyer à l'autre un avis indiquant son intention de soumettre le différend en arbitrage selon les modalités suivantes : les parties auront CINQ (5) JOURS de la réception de l'avis pour nommer un arbitre d'un commun accord. À défaut de nommer un arbitre d'un commun accord, les parties s'entendent pour nommer \_\_\_\_\_ à titre de tierce partie ayant tous les pouvoirs pour nommer un arbitre indépendant qui sera choisi par celui-ci dans les QUARANTE-HUIT (48) HEURES après l'expiration de l'avis de CINQ (5) JOURS.

---

<sup>173</sup>

P. Bienvenu, « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicables dans les contrats commerciaux internationaux » (1996) 56 R. du B. 39 à la p. 55; J. Bégin, *supra* note 148.

Les frais de l'arbitrage seront supportés par la partie qui succombera, mais chacune des parties devra, avant la tenue de l'arbitrage, défrayer la moitié des coûts prévisibles en déposant les sommes dans le compte en fiducie de \_\_\_\_\_ pour paiement des honoraires de l'arbitre dans les DIX (10) JOURS suite à la communication du nom de l'arbitre. L'arbitrage sera tenu à la date et l'heure et à l'endroit déterminés par l'arbitre qui communiquera ces renseignements aux deux (2) parties. L'arbitrage aura lieu au Canada, dans la province de Québec, aux bureaux des procureurs \_\_\_\_\_. L'arbitre communiquera également le processus de dépôt des notes sténographiques et des pièces, le cas échéant, aux parties. La décision de l'arbitre sera finale et sans appel et le débat sera tenu en langue française et aucune compensation ou cessation des obligations pour les parties ne pourra être faite par ces dernières du fait que l'arbitrage aura lieu, l'arbitrage n'ayant pas comme résultat de suspendre les obligations des parties.

Advenant le cas que l'une des parties ne se soumette pas aux obligations contenues au présent article, celles-ci seront réputées référer le litige immédiatement au tribunal compétent du district judiciaire de \_\_\_\_\_ pour la province de Québec et pour les territoires du Canada.

L'arbitre qui sera finalement désigné par les parties ou par une tierce partie indépendante aura TRENTÉ (30) JOURS

de la fin de l'audition pour remettre aux parties une décision écrite.

En cas d'incapacité ou d'inaptitude ou de conflit d'intérêts de l'un ou des arbitres sélectionnés préalablement, les parties mandatent immédiatement \_\_\_\_\_ afin qu'il puisse, suite à un retrait pour l'une de ces raisons d'un des arbitres, mandater et sélectionner un ou des nouveaux arbitres afin de prendre la relève pour que l'audition ait lieu.

Cette personne aura QUINZE (15) JOURS suite à la réception de l'avis pour sélectionner ces personnes et à défaut de ce faire, le dossier d'arbitrage sera réputé être transmis immédiatement au tribunal ci-avant décrit, à savoir le tribunal compétent du district judiciaire de \_\_\_\_\_ pour la province de Québec et pour les territoires du Canada. »

## **DU DROIT DE LA CONCURRENCE**

### **9.**

De prime abord, il n'y a pas de droit de la concurrence internationale mais plutôt des systèmes de droit nationaux qui se confrontent. À titre d'architecte de la transaction, il faudra pour le professionnel vérifier si l'acquisition projetée aura des répercussions pour chacune des parties en relation avec le droit de la concurrence qui sera applicable à la transaction.

D'entrée de jeu, rappelons que les dispositions du droit de la concurrence canadien ont comme principal objectif d'empêcher des pratiques

commerciales qui réduisent la concurrence du fait qu'un monopole pourrait surgir de la transaction.<sup>174</sup> L'économie de cette loi a comme pierre angulaire son article 45 qui s'applique lorsqu'une alliance ou une acquisition a pour effet de générer des facteurs négatifs sur la concurrence au Canada. Cet article est une disposition criminelle prenant naissance lorsque l'entente est susceptible de réduire la concurrence indûment.<sup>175</sup> Il faudra donc évaluer l'effet de l'entente sur la concurrence pour déterminer s'il y a eu violation ou pas. Ceci demeure une question de faits que le juriste et les tribunaux auront à évaluer afin de déterminer s'il y a eu réduction de la concurrence de façon indue. Par ailleurs, les éléments essentiels à l'infraction devront être considérés au niveau de l'élément de complot ou encore lorsque les parties se coalisent ou concluent un accord ou un arrangement avec une autre personne pour limiter indûment la concurrence sur des éléments concurrentiels, que ce soit au niveau de la fabrication ou de la production d'un produit, d'où la fabrication ou la production de fournitures d'un produit quelconque, la réduction ou encore la limitation au niveau de la fabrication ou la production d'un produit pour en élever déraisonnablement le prix. Il y a également application lorsque l'entente ou l'alliance a comme effet d'empêcher ou encore réduire indûment la concurrence dans la production ou la fabrication d'un produit ou encore son achat, le troc, la vente, l'entreposage, la location, le transport ou même la fourniture du produit sans compter la réduction indue ou l'augmentation du prix dans les prix d'assurances sur les personnes ou les biens. Notons, qu'il n'y a pas de nécessité pour la preuve d'établir qu'il y a eu un écrit entre les parties pour voir l'application de l'article 45, la preuve circonstancielle est largement suffisante à cet effet. Par ailleurs, il est clair que tout type d'alliance comme nous avons eu

---

<sup>174</sup><sup>175</sup>

Voir notamment : *supra* note 16 à la p. 36, S. Bourque, dir. *supra* note 2  
*Ibid.* à la p. 37

l'occasion d'énumérer auparavant au sein de ce chapitre et plus particulièrement le joint venture ou la fusion sont susceptibles de générer ou encore d'affecter des facteurs négatifs à la concurrence selon le cas. Il faudra donc examiner l'alliance entre les concurrents à la lumière de l'article 45 et se souvenir que l'analyse à appliquer est de savoir si l'alliance entraînera la création d'un pouvoir de marché et, à cet égard, les critères d'application par les tribunaux seront subjectifs au niveau du *mens rea* eu égard à l'entente et objectifs quant à la réduction induite de la concurrence.<sup>176</sup>

Pour palier à la fermeté de la loi au niveau de sa disposition contenue à l'article 45, le législateur a tout de même pris soin aux articles 85 à 90 inclusivement de la loi de prévoir un cas d'exception pour les ententes de spécialisations qui sont définies à l'article 85 de la même loi et qui se lit comme suit :

*« Accord en vertu duquel chacune des parties s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord à la condition que chacune des autres parties à l'accord s'engage à abandonner la production d'un article ou d'un service qu'elle fabrique ou produit au moment de la conclusion de l'accord et s'entend également d'un semblable accord aux termes duquel les parties conviennent en outre d'acheter exclusivement des autres parties les articles et les services qui font l'objet de l'accord. »*

Or, ces ententes de spécialisation sont exemptes des applications de l'article 45 si l'on retrouve les facteurs suivants à titre d'effet, à savoir les

---

<sup>176</sup>

*R. c. Nova-Scotia Pharmaceutical Society et al.*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec c. Fédération des producteurs de porcs du Québec*, J.E. 97-1356 (C.A.).

gains en efficience de la transaction sont plus grands que la diminution de la concurrence comme telle qui en génère, sans compter que ces gains seraient totalement absents s'il n'y aurait pas une telle entente et enfin s'il y a une cessation de la production d'un bien en particulier, d'un commun accord entre les parties, et cette entente est déposée au tribunal de la concurrence après avis au commissaire et audition. Rappelons que cette entente de spécialisation devra toujours conserver le caractère de ne pas réduire indûment la concurrence.

De plus, l'article 95 de la loi eu égard au joint venture semble accorder également une exception à l'article 45 de la loi. En effet, la loi prévoit que les joints venture sont sujets à exemption mais pour ce faire, elles ne devront pas être incorporées et l'objet visé devra être un projet de recherche et de développement extrêmement précis, à caractère temporaire, et que ce projet ne pourrait avoir lieu sans cette association de type « joint venture » et, enfin, que les effets du joint venture ne viennent pas réduire la concurrence de façon indue.

En ce qui concerne la fusion, c'est l'article 95 qui vient en définir les paramètres et à partir de cette disposition, on peut donc dégager les éléments essentiels qui doivent être présents, à savoir une intégration totale entre deux entités qui se fait par le biais de l'acquisition d'une entreprise ou d'une partie importante de celle-ci par des moyens d'achat d'actions, d'achat d'actifs ou joint venture et qui est sujet à une approbation initiale afin d'éviter qu'il y ait une réduction indue de la concurrence. Rappelons également que les autorités canadiennes peuvent empêcher ou dissoudre en tout ou en partie une fusion qui ne répondrait pas au caractère recherché au niveau de la concurrence.

Or, il appartiendra au juriste, à titre d'architecte de la transaction, d'analyser si la fusion aura comme effet une réduction importante induite sur la concurrence eu égard au marché canadien et en regard aux législations spécifiques dans les autres pays en cas de fusion internationale. Il faudra donc qu'il se penche sur la question de concurrence au niveau du marché géographique mais également au niveau de la niche commerciale du produit ou de son marché. Comme le lecteur aura pu immédiatement le constater, la fusion peut avoir des répercussions tant mondiales que nationales, régionales ou locales. Il s'agira donc de vérifier chacune des législations applicables et d'analyser les éléments contenus aux textes de loi afin d'analyser correctement les effets de la fusion et des procédures et formalités à adapter ou à respecter pour son approbation. Rappelons qu'une fusion peut être acceptée dans une juridiction mais être retardée ou tout simplement refusée dans une autre. Les autorités compétentes sont généralement appelées à se consulter afin d'éviter des jugements contradictoires.

Or, au Canada, afin d'analyser promptement et efficacement les questions pouvant affecter le marché, l'article 93 vient au secours du praticien. Cet article prend en considération les facteurs tels que la part du marché, les barrières à l'entrée, la concurrence étrangère et l'implication des concurrents face à l'entreprise acquise au Canada. Les autorités exigent, soulignons-le, un préavis au commissaire de la concurrence afin d'établir les paramètres de la fusion et son acceptation. Rappelons également que les parties doivent patienter environ quarante-cinq jours suite à l'envoi de l'avis avant de conclure leur transaction.

Enfin, soulignons que la fusion par voie d'actions nécessitera un avis,<sup>177</sup> s'il s'agit d'acquisition d'actions comportant des droits de vote, que la valeur des éléments d'actifs au Canada ou des revenus bruts générés des ventes faites au Canada en direction du Canada ou en provenance du Canada, de toutes les parties à la transaction et de toutes leurs sociétés affiliées est supérieur à 400 millions de dollars, sans compter qu'il devrait également y avoir l'élément de la valeur des actifs au Canada ou des revenus bruts provenant de ventes faites au Canada ou en provenance du Canada de la compagnie dont les actions achetées ou des personnes morales qu'elle contrôle doit excéder 35 millions de dollars canadiens. Un avis sera toujours demandé également si l'acheteur doit acquérir plus de 20% du capital-actions s'il s'agit d'une compagnie dont les actions sont cotées à la bourse ou, encore, un avis sera requis si au plus de 35% s'il s'agit d'une compagnie privée et, enfin, il devra y avoir un avis s'il s'agit d'une fusion ou s'il s'agit d'une association d'intérêts.

Par ailleurs, en ce qui concerne l'achat d'actifs, les parties ont l'obligation de donner un préavis lorsque la valeur des éléments d'actifs au Canada, ou des revenus bruts provenant des ventes faites au Canada en direction du Canada ou en provenance du Canada de toutes les parties à la transaction et de toute leurs sociétés affiliées, est supérieure à 400 millions de dollars et lorsque la valeur des éléments d'actifs au Canada qui fait l'objet de la transaction ou des revenus bruts des ventes faites au Canada, et réalisée à partir de ces éléments d'actifs, excède la valeur de 35 millions de dollars.<sup>178</sup>

---

<sup>177</sup>*Supra* note 16 à la p. 36.<sup>178</sup>*Ibid.* à la p. 37.

Bref, comme nous venons de le voir au sein de ce présent chapitre, le praticien, à titre d'architecte de la transaction internationale, devra donc évaluer de façon toute particulière les effets de la transaction eu égard aux dispositions législatives ayant trait au droit de la concurrence selon les législations ou juridictions affectées par ladite transaction. Méconnaître le droit de la concurrence pourrait faire en sorte de vouer à l'échec la transaction projetée ou encore de faire encourir aux parties des frais astronomiques pour palier à un manque d'analyse initiale. Il est clair qu'en matière de transaction internationale, d'acquisition ou vente d'entreprise, le praticien devra donc se préparer à faire des demandes au sein de plusieurs autorités pouvant avoir compétence en matière de droit de la concurrence eu égard à la nature même de la transaction et de s'assurer de la confidentialité des éléments ou informations transmises à chacune de ces autorités.

## LA COENTREPRISE (JOINT VENTURE) A TITRE DE FORME D'ACQUISITION

### 10. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

La coentreprise, le Joint Venture ou encore, le groupement momentané d'entreprises sont toutes des expressions utilisées pour définir le même concept à savoir une alliance stratégique ou une entente expresse ou tacite où les ressources des partenaires sont mises en commun en vue de réaliser un objectif commun.<sup>179</sup> Réduit à sa plus simple expression, cela consiste pour les différents intervenants corporatifs à réaliser un but spécifique en s'octroyant des profits selon leur contribution. Par ailleurs, ce regroupement d'entreprises permettra généralement au partenaire sélectionné d'apporter à la nouvelle entité un apport spécifique. En effet, chacun des participants se regroupe du fait que seul, il ne pourrait à la limite réaliser l'objectif visé. La coentreprise ainsi réalisée sera engendrée par l'apport de chacun des partenaires, ces apports étant généralement de catégorie financière ou relative au savoir faire technologique ou du positionnement concurrentiel dont bénéficie l'un des partenaires en regard du marché qu'il dessert. Par ailleurs, la structure juridique retenue par les différents acteurs pourra prendre la forme d'une société, d'une filiale commune ou d'une simple entente contractuelle entre eux pour une durée déterminée.<sup>180</sup>

---

<sup>179</sup> Voir notamment le texte de L. Perret et N. Lacasse, *supra* note 14; P. Cossette, « Les groupements momentanés d'entreprises (joint venture) : nature juridique en droit civil et en Common Law » (1984) 44 R. du B. 435; F.R. Miranda, « Problems of joint international business ventures » (1969-1970) 4 Int'l Law 550; J. Taubman, « What Constitutes a Joint Venture? » (1956) 41 Cornell L.Q. 640.

<sup>180</sup> Voir notamment L. Perret et N. Lacasse, *ibid.* aux pp. 32 et 48. Voir à ce sujet : W.H. Newman, *Birth of a successful joint venture*, Lanham, University Press of America, 1992.

La coentreprise peut se composer d'un partenaire privé, ou encore, d'une société d'état du pays qui accueillera la coentreprise sur son territoire. Par ailleurs, on peut à la limite affirmer que la coentreprise peut, à titre de véhicule d'acquisition, être considérée comme une forme d'investissement indirect qui est utilisée par une ou plusieurs entités juridiques qui désirent procéder à une stratégie d'expansion internationale suite à une analyse de ses forces et faiblesses à l'interne, ce qui dictera pour elle la nécessité ou non de procéder à une alliance stratégique par le biais de la coentreprise.

Par ailleurs, le praticien devra, avant de proposer le mécanisme de la coentreprise à titre de véhicule d'acquisition, étudier la législation fiscale du pays hôte et ainsi procéder à l'examen des points législatifs qui permettent ou non la constitution de la coentreprise en sol étranger. Plus particulièrement, il devra également se pencher au niveau de la législation qui a trait au transfert technologique ainsi qu'aux normes du travail qui sont, sans nul doute, des facteurs qui auront un impact décisif sur les opérations et l'harmonisation des cultures organisationnelles qui s'affronteront à l'intérieur de la coentreprise. C'est pourquoi, lors de la constitution de la coentreprise, le professionnel en charge de la transaction prendra bien soin de vérifier la synergie qui existe entre les partenaires afin que la coentreprise ait des chances de survivre. Rappelons que le choix de la constitution d'une coentreprise varie selon les partenaires en présence et du marché ciblé ainsi que des objectifs stratégiques établis.

Bref, notons immédiatement que la principale différenciation à apporter entre l'acquisition pure et la coentreprise au niveau de l'aspect procédurale est notamment que lors de la clôture, il y aura pour l'acquisition un échange monétaire contre l'acquisition d'actifs ce qui ne sera pas le cas pour la coentreprise étant donné que seule une cristallisation des

obligations entre les partenaires s'effectuera lors des documents de clôture.

### 10.1. ÉTAPES PRÉLIMINAIRES À LA COENTREPRISE

Afin de bien confectionner le contrat devant régir les différentes relations entre les partenaires évoluant au sein de la coentreprise, le juriste identifiera les besoins spécifiques des intervenants en fonction du cadre stratégique dans lequel évoluera la coentreprise à être constituée. Pour ce faire, différentes considérations devront être prises en note par celui-ci. A prime abord, ce dernier établira les critères recherchés des différents acteurs et déterminera avec eux le but de leur coopération, à savoir, quels seront leurs apports, quels sont les paramètres au niveau décisionnel qu'ils veulent entretenir entre eux, quels sont leurs modalités de résolution des problèmes au niveau de la gestion du projet projeté, sa logistique et de toutes les autres facettes qui l'entoure soit les responsabilités de chacun ainsi que leurs obligations face à leur coopération et quels sont les paramètres financiers à respecter pour chacun des participants aussi bien au niveau de l'injection des fonds que sur le partage des profits, etc.

Les entreprises désirant joindre leurs efforts pour mener à bien leur projet, peuvent recourir à la coentreprise, que ce soit par le processus du droit statutaire, c'est-à-dire par les mécanismes juridiques existants ou encore, adopter un procédé strictement contractuel.<sup>181</sup> Signalons immédiatement, que ce soit par la détermination d'un processus statutaire ou purement contractuel, la

---

<sup>181</sup>

Voir notamment L. Perret et N. Lacasse, *supra* note 14 à la p. 51 ; voir également à ce sujet : J. Taubman, *supra* note 179.

coentreprise sera déterminée en cas de litige par les tribunaux en considération de différentes caractéristiques. Vu l'absence de définition précise au sein du *Code civil du Québec*, ces critères sont notamment : <sup>182</sup>

1. La relation contractuelle ;
2. La communauté d'intérêts ;
3. L'obligation de l'apport ;
4. Le droit de propriété ;
5. Le droit des participants à la gestion conjointe ;
6. La recherche de profit ;
7. Le droit de participer aux profits ;
8. Le caractère limité quant à sa durée ou son objet ; <sup>183</sup>

## 10.2. FORMALISME DE LA COENTREPRISE

La coentreprise peut être créée de façon verbale ou écrite <sup>184</sup>. Il est évident qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* <sup>185</sup> puisque aucune disposition statutaire ne légifère l'institution bien que la Cour

---

<sup>182</sup> B. J. Reiter et M. A. Shishler, *Joint Ventures, Legal and Business Perspectives*, Toronto, Irwin Law, 1999 à la p. 55. Voir le Code civil du Québec, art. 2186. voir également *Beaudoin Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2 à la p. 15; *Desjarlais (Succession de) c. Sénécal*, [1989] R.L. 557 (C.A.); *Droit de la Famille – 2985*, [1998] R.D.F. 320 (C.S.); *Droit de la Famille – 1604*, [1992] R.D.F. 389 (C.S.).

<sup>183</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 352 ; voir également à ce sujet: Y. Bériault, D. Chénard et Étienne Dubreuil, *supra* note 1.

<sup>184</sup> La jurisprudence reconnaît généralement qu'il n'est pas nécessaire qu'un contrat écrit existe entre les parties aux fins de constituer une entreprise en participation *C.M.H.C. c. Graham* (1973), 43 D.L.M. (3D686). Voir également l'ouvrage D.-C. Lamontagne, *supra* note 1.

<sup>185</sup> Voir *Miller c. Blouin* (1940), 78 C.S. 197. Voir aussi D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 354 : l'auteur souligne à sa note 27 que les participants font donc partie d'un regroupement non pas sur une base légale mais tout simplement en relation avec une plateforme qui répond à la volonté des membres. De ce fait, la part de leur contribution justifie généralement leurs droits qu'ils possèdent à participer pleinement à la gestion de la coentreprise afin de sauvegarder leurs intérêts et investissements.

Suprême ait décidé ou assimilé le concept de coentreprise à une société en participation, décision controversée selon nous.<sup>186</sup>

Il est donc clair que la coentreprise est générée nécessairement par un contrat prévoyant la mise en commun de biens, que ce soit au niveau financier, de l'expertise, du savoir faire ou autre. Cette contribution n'a pas besoin d'être similaire pour tous ou être dans une même proportion pour chacun des intervenants. Il faut également spécifier que l'absence d'apport ne fait pas de l'intervenant une partie à la coentreprise. Les intervenants maintiennent donc leur droit de propriété. Il n'y a donc aucun transfert de propriété ni patrimoine distinct.<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 361 et la décision *Bourbouin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68 et 71 ; voir également à ce sujet : D.J. Bendaniel and A.H. Rosenbloom, *International M&A, joint ventures and beyond : doing the deal*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1998.

<sup>187</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid* à la p. 354, note 24.  
 Au sujet du transfert de propriété dans la société, il existe une controverse importante sur le patrimoine de la société en nom collectif qui n'est toujours pas réglée au Québec. Par ailleurs, l'auteur Lamontagne indique à la page 363 de son ouvrage, note 54, que les tribunaux avaient conclu avant l'avenue du nouveau droit que la part fournie à une société commerciale entraînerait instantanément de la part de ses associés la constitution d'un patrimoine distinct au contraire du joint venture. En effet, les tribunaux avaient alors conclu selon l'auteur Lamontagne que la société commerciale s'inscrivait comme une personne morale dotée de son propre patrimoine. À cet instant, il y avait donc une distinction importante d'ordre fiscale entre la coentreprise et la société car toutes deux étaient soumises à des règles différentes, notamment au niveau du calcul du revenu. À ce titre, l'auteur précise à sa note 55 que l'article 2252 du nouveau *Code civil du Québec* a établi que les sociétés en participation demeuraient à l'égard des tiers, propriétaires de leurs biens et qu'à ce titre, elles ne jouissaient donc pas d'un patrimoine distinct.  
 Or, à cet effet, il est préférable pour le praticien de se référer à l'article 2251 (2) C.c.Q. en rapport à l'évaluation des relations entre associés aux termes d'une société en participation et de maintenir à l'esprit qu'un corollaire s'impose avec les dispositions consacrées à la société en nom collectif. De ce fait, selon l'auteur Lamontagne, nonobstant le fait que des associés d'une société en participation demeurent propriétaires de leurs biens à l'égard des tiers, entre eux il existe selon lui, un véritable transfert de parts au bénéfice de la société et à cet effet, l'auteur Lamontagne nous réfère à l'article 2199 C.c.Q. De conclure pour l'auteur qu'en matière de joint venture, les partenaires demeurent propriétaires de leurs biens à l'égard des tiers sans pour autant transférer entre eux leurs intérêts au profit de l'entreprise commune.

### 10.3. FORMES DE LA COENTREPRISE

Comme nous l'avons indiqué précédemment, il est possible de constituer une coentreprise de type purement contractuel.<sup>188</sup> Il s'agit, pour ce faire, qu'il y ait un contrat verbal ou écrit qui soit rédigé selon les besoins exigés par l'objectif commun établi par chacun des intervenants qui constitueront les parties à la coentreprise.<sup>189</sup> Il est à noter que seul le contrat qui sera établi entre les parties régira les rapports entre ceux-ci et il faudra donc pour le praticien une très grande analyse des besoins afin de confectionner sur mesure ledit contrat de coentreprise. Il est clair que le principal avantage de cette forme de coentreprise réside nécessairement dans l'aspect de confidentialité qu'elle engendre et la flexibilité qu'elle crée entre les partenaires compte tenu que le contrat est conçu selon le désir des participants réduisant ainsi le formalisme à lui appliquer. De façon opposée, il est clair que les principaux désavantages sont certainement l'interprétation qui peut résulter du contrat qui ne serait pas respecté entraînant pour les praticiens et le juge une recherche de l'intention des parties ce qui peut s'avérer fort coûteux et complexe.

A défaut de choisir la coentreprise de type purement contractuel, les parties pourront requérir au mécanisme de la coentreprise par la création d'une entité statutaire commune.<sup>190</sup> C'est donc dire que les intervenants se fondent dans une seule entité pour la réalisation

---

<sup>188</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 348. Voir également : B.J. Reiter et M.A. Shishler, *Joint ventures Legal and Business Perspectives*, Toronto, Irwin Law, 1998.

<sup>189</sup> Ibid. à la p. 352 ; voir également à ce sujet : R.C. Wolf, *supra* note 14

<sup>190</sup> Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *supra* note 14 à la p. 52 ; voir également à ce sujet : J.M. Gereinger and J.P. Killing, *Joint venture partner selection : strategies for developed countries*, New York, Quorum Books, 1988 ; R.D. Hall, *The international joint venture*, New-York, Praeger, 1984 ; J.P. Killing, *supra* note 12.

du but fixé. Précisons immédiatement que ce n'est pas tous les pays qui autorisent ce genre de constitution juridique de la coentreprise. Le juriste devra donc au préalable vérifier la législation locale. Une fois que l'entité choisie est statutairement reconnue par le pays hôte, tout praticien doit se poser la question, à savoir, si cette entité statutaire aura une personnalité juridique ou non. Les principales entités juridiques sans personnalité juridique connue sont certainement la société en nom collectif et la société en commandite. Ces types d'entité juridique sans personnalité juridique se constituent par simple entente entre les parties.<sup>191</sup>

Au niveau de la société en nom collectif, rappelons qu'aucun formalisme n'est requis pour sa création mais que par ailleurs, le *Code civil du Québec* à son article 2189 prévoit l'obligation pour cette dernière de s'immatriculer en vertu de la *Loi sur la publicité légale des sociétés*, à défaut de quoi, elle sera réputée être une société en participation sous réserve des droits des tiers de bonne foi.<sup>192</sup> De plus, elle est concrétisée par l'apport de chacune des parties dans l'entité à être créée et prévoit également que chaque intervenant a un droit de vote. Il faut indiquer que ce mécanisme a pour avantage de créer une obligation de loyauté et de bonne foi entre les parties car elle crée un droit de fiduciaire<sup>193</sup> entre les

---

<sup>191</sup> Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *ibid.* aux pp. 53 et ss, *supra* note 170.

<sup>192</sup> Cet article énonce des principes propres aux sociétés en nom collectif ou en commandite qui se distinguent par ailleurs de la société en participation. De plus, dans le deuxième paragraphe de cet article, on remarquera que le non respect de s'immatriculer entraîne une présomption à l'effet que la société en est une en participation. À cet effet, voir les *Commentaires du Ministre de la justice*, *supra* note 83 aux pp. 1379 et ss.

<sup>193</sup> Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *Supra* note 14. à la p. 54. À ce sujet, il faut noter qu'une autre particularité de la société en nom collectif et du partnership est la restriction du transfert à des tiers des intérêts des associés dans la société. C'est donc dire qu'une personne ne peut devenir associée sans le consentement unanime des associés. Cela est peut-être un avantage pour la coentreprise dans la mesure où cela protège le caractère *intuitu personae*

intervenants. On favorise donc à moins d'avis contraire l'égalité entre les parties dans la gestion même de la coentreprise sans compter que ce véhicule empêche le transfert d'intérêt et donc aucune tierce partie ne pourrait joindre les rangs de la coentreprise par le biais d'un intervenant qui agirait seul à cet égard. Bref, le principal désavantage de cette forme de coentreprise réside du fait que les participants peuvent voir leur responsabilité entraînées de façon conjointe et solidaire entre les associés pour tout acte transigé dans le cadre de la coentreprise. C'est pourquoi l'on rejette généralement cette façon de faire.<sup>194</sup>

Dans un autre ordre d'idée, la société en commandite peut être également le mécanisme choisi par les parties et elle aura comme particularité de créer une relation commandité commanditaire. Par ailleurs, ce véhicule peut s'avérer déficient face aux objectifs que se fixe la coentreprise. En effet, notons que les commandités sont responsables des obligations de la société et que la responsabilité du commanditaire pourrait également être soulevée si celui-ci s'implique ou s'immisce dans la gestion de la société du fait que toute gestion par eux leur est strictement défendue. Étant donné que la coentreprise fait en sorte, par sa nature même, d'impliquer chacun des partenaires dans la gestion de celle-ci, l'objectif visé ne

---

des rapports entre les parties. Par ailleurs, comme le souligne le professeur Lacasse au sein de son ouvrage, la société en nom collectif et les *partnerships* (Common Law) ont un inconvénient majeur, à savoir que des responsabilités illimitées et solidaires peuvent étre soulevées envers les associés eu égard aux obligations de la société. Le praticien aura donc avantage à se préoccuper de ce facteur lors de la conception de la coentreprise qui peut s'avérer à risque, à tout le moins, à ses débuts. C'est pourquoi il considérera peut-être des filiales pour chacun des intervenants, et par la suite, ces filiales pourront constituer une coentreprise en s'associant toutes ensemble. À cet effet, notons également que ceci n'est pas possible dans les pays où une « corporation » ne peut s'associer dans un *partnership*. Il faudra donc à cet égard vérifier la législation applicable.

peut être rencontré par cette forme juridique. C'est pourquoi, cette solution ou forme de coentreprise doit être rejetée d'emblée.<sup>195</sup>

Comme nous pouvons le constater, l'entité sans personnalité juridique ne semble pas répondre aux besoins spécifiques qu'engendre la coentreprise entre ses partenaires.<sup>196</sup> Par ailleurs, il existe toujours pour les intervenants l'entité dotée de la personnalité juridique. Ce type d'entité statutaire provoque par son mécanisme une limitation de la responsabilité pour ses partenaires et crée une certaine flexibilité entre les différents acteurs par l'accord contractuel qui intervient entre eux. C'est ainsi que la rédaction du corpus législatif des statuts de l'entité qui sera créée servira ni plus ni moins de fondation à la coentreprise. C'est donc par le biais de statuts constitutifs de la compagnie ainsi que par une convention entre actionnaires que les différents intervenants peuvent abrégé les relations qui seront dotées de mécanismes de contrôles impératifs à la coentreprise et de faire ni plus ni moins une compagnie fermée avec l'entité qu'ils créeront à titre de support de la coentreprise. Rappelons que de telles adaptations sont réalisables que si le droit interne du pays le permet. Ce mode de constitution est particulièrement attrayant du fait qu'il laisse une latitude par le biais du droit corporatif à ces différents acteurs. En effet, ceux-ci bénéficient via le droit constitutif applicable des mécanismes pour restreindre le droit de transférer des actions ou pour limiter des pouvoirs dévolus aux administrateurs. Par ailleurs, ce type de mécanisme est généralement plus formaliste et

---

<sup>194</sup> Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *supra* note 14 aux pp. 52 et 53, R.D. Hall, *supra* note 179.

<sup>195</sup> *Ibid.* aux pp. 53 et 54.

<sup>196</sup> *Ibid.* aux pp. 53 et 55.

nécessite certaines publicités, en plus de créer une imposition à double niveau pour l'entité et pour ses administrateurs en ce qui a trait aux dividendes reçus.<sup>197</sup>

En résumé, il est certain que la forme juridique sera sélectionnée par ces intervenants après que ceux-ci aient analysé en profondeur leur aspiration ainsi que le niveau de responsabilité qu'ils veulent s'octroyer au sein de la coentreprise. Il appartiendra au praticien de recommander la forme contractuelle à privilégier entre les parties. La création d'une coentreprise devient donc du cas par cas qui sera traitée par le juriste en charge de la réalisation du plan stratégique que veut établir les différents intervenants.<sup>198</sup> Le juriste devra donc à titre d'architecte de la transaction, considérer le type de gestion exercé par chacun des intervenants, leur aspect culturel à savoir si le type de management utilisé par un des intervenants est compatible avec ceux des autres et rédiger un contrat de coentreprise qui soit conforme aux attentes de chacun des partenaires.

---

<sup>197</sup>

*Ibid.* aux pp. 56 et 57.

<sup>198</sup>

*Ibid.* à la p. 58 ; voir également à ce sujet: F.R. Miranda, *supra* note 179.

#### 10.4. DISTINCTION ENTRE LA COENTREPRISE ET LA SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION EN DROIT QUÉBÉCOIS<sup>199</sup>

Comme nous l'avons mentionné, le Code civil du Québec ne contient pas une définition de la coentreprise. Par ailleurs, les tribunaux canadiens se sont penchés sur cette notion et certaines tendances se dégagent de quelques décisions dont nous aurons l'occasion d'exposer.

De prime abord, la Cour Suprême a jugé que la coentreprise est un véhicule juridique distinct en soi et a donc pris en considération les différentes caractéristiques exposées auparavant.<sup>200</sup> Par ailleurs, la Cour D'Appel<sup>201</sup> considère la coentreprise comme une sorte de société. Selon nous, la coentreprise s'apparente peut-être à la société mais bénéficie d'un cadre juridique qui lui est distinct et particulier.

Tel que nous l'avons vu, il est extrêmement risqué pour les parties désirant opter pour une coentreprise qu'un tribunal canadien dans le cadre d'un litige associe un contrat de coentreprise comme étant un contrat de société en participation. Rappelons que le Code civil du Québec annonce que l'intention des parties de s'associer entre

---

<sup>199</sup>

À ce sujet, voir D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 aux pp. 359 et ss. Le lecteur prendra note que le *Code civil du Québec* retient différents critères afin de considérer l'existence d'une société. Ces facteurs se retrouvent notamment à l'article 2186 C.c.Q., soit l'intention de s'associer, l'exercice d'une activité commune, la contribution par la mise en commun de biens, de connaissances ou d'activités, le partage des bénéfices pécuniaires. Par ailleurs, en ce qui a trait à la société en participation (article 2250 et suivants C.c.Q.), elle n'exige également aucune formalité pour être mise en vigueur. En effet, contrairement à la société en commandite (article 2236 et suivants C.c.Q.) et la société en nom collectif (article 2198 et suivants C.c.Q.), il n'y a pas comme pour ces dernières la nécessité du dépôt d'une déclaration d'immatriculation. De ce fait, pour la société en participation, il n'y a donc, au risque de nous répéter, aucune nécessité de la sorte qui est exigée pour sa création.

<sup>200</sup>

*Sunshine Exploration Ltd c. Dolly Parton Mines Ltd*, [1970] R.C.S. 2.

<sup>201</sup>

*Royal Bank of Canada c. Meyer* (1991), 11 Q.A.C. 317.

elles (*affectios societatis*) est une condition à la création d'une société.<sup>202</sup>

Comme nous l'avons expliqué auparavant, il est essentiel de considérer, selon nous, le contrat de coentreprise comme un contrat distinct de la société en participation. Rappelons, au praticien, que la seule mention de contrat de coentreprise n'écarte pas, selon les tribunaux canadiens,<sup>203</sup> la possibilité d'être qualifiée comme un contrat de société en participation.<sup>204</sup> On pourrait dire toute de suite en guise de distinction, que la coentreprise est utilisée pour réaliser un projet spécifique déterminé par les différents intervenants qui la compose, ceux-ci ne cessant pas leurs activités courantes à titre d'entité distincte. Par contre, en ce qui a trait à la société en participation, les intervenants font leurs affaires de façon continue entre eux par le biais de la société. Le fait que la coentreprise opère de façon momentanée pour un projet spécifique n'empêche pas les tribunaux d'avoir à identifier un groupement de société à cet égard.<sup>205</sup> Une autre distinction avec la société est que la coentreprise, par son apport, ne crée pas un patrimoine distinct ce qui n'est pas le cas pour la société. Par ailleurs, l'article 2252 du Code civil du Québec, prévoit que les associés d'une société en participation restent propriétaire de leurs biens. Selon nous, il existe dans la société, un réel transfert de propriété ce qui n'est pas le cas dans la coentreprise. A ce titre, l'article 2199 du Code civil du Québec supporte notre prétention. En résumé, au sein de la coentreprise, les associés demeurent propriétaires de leur apport à

---

<sup>202</sup> Code civil du Québec, art. 2186 C.c.Q. Voir également article 2250 C.c.Q., le contrat constitutif de la société en participation est écrit ou verbal.

<sup>203</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 361, notes 46.

<sup>204</sup> *Ibid.* à la p. 369

l'égard des tiers car ils ne transfèrent pas leur propriété ou leur intérêt dans le bien au profit de la coentreprise.

Une autre distinction est, sans contredit, que chacun des acteurs à la coentreprise reçoit directement son profit de sa propriété intégrée dans la coentreprise et selon son apport. Il est pour nous erroné d'assimiler les règles légiférant la société en participation à la coentreprise étant donné que les résultats pour les participants seraient probablement contraires à leurs objectifs initiaux.

#### 10.5. LA COENTREPRISE ET LA RELATION AVEC LES TIERS

En principe, les participants à une coentreprise ne devraient pas voir la création d'un mandat réciproque et ce, afin d'éviter toute responsabilité. Par ailleurs, si tel est le désir au sein des intervenants de la coentreprise, il faudra donc délimiter de façon stricte les pouvoirs dévolus à chacun des intervenants. Il va de soi que la responsabilité des intervenants face aux tiers sera directement reliée à l'existence d'un mandat ou non et s'il s'avérait qu'un mandat réciproque ait été accordé, les intervenants pourraient faire en sorte que chacun des coparticipants serait responsable des actes faits dans le cadre de l'accomplissement de ses tâches à l'intérieur de la coentreprise.<sup>206</sup> Cette responsabilité

---

<sup>205</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 376, notes 106 et 107.

<sup>206</sup> *Ibid.* à la p. 369, note 76.

Il sera extrêmement important en ce qui a trait aux relations avec les tiers de prendre en considération pour le praticien tous les aspects juridiques du mandat apparent qui peut venir faire échec aux efforts des parties de ne pas se confier de mandat. À cet effet, voir C. Fabien, « Le nouveau droit du mandat » dans *La réforme du Code civil*, textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, P.U.L., 1993 aux pp. 881 et ss.. Voir également la définition du mandat, article 2130 du *Code civil du Québec* : Le mandat est le contrat par lequel une personne, le mandant, donne le pouvoir de la représenter dans

serait donc conjointe et solidaire. En l'absence de mandat réciproque, il y a donc absence de responsabilité conjointe et solidaire et seule la partie fautive sera donc responsable.

## 10.6. AVANTAGES DE LA COENTREPRISE

### 10.6.1. AVANTAGES<sup>207</sup>

1. Diminution du risque économique et politique ;
2. Apport d'expérience et de savoir-faire ;
3. Économie d'échelle ;
4. Extension des réseaux de distribution ;

---

l'accomplissement d'un acte juridique avec un tiers, à une autre personne, le mandataire, qui, par le fait de son acceptation, s'oblige à l'exercer. Ce pouvoir est, le cas échéant, l'écrit qui le constate, s'appelle aussi « procuration ». À cet effet, le professeur Fabien indique que le mandat est un contrat consensuel qui ne requiert aucun écrit pour se former. Il n'y également aucun formalisme à l'écrit constatant ledit mandat, sauf en ce qui a trait pour le *Code civil du Québec* au mandat pour inaptitude du mandant. Voir à cet effet l'article 2166 C.c.Q. Au sujet du mandat apparent voir encore une fois *C. Fabien, ibid.* à la p. 913 note 45. Il est important pour le praticien de noter que même si un membre de la coentreprise agit sans mandat ou encore sans pouvoir, le mandant pourra être tenu envers les tiers. En effet, bien qu'il y ait absence de mandat express, les règles du mandat apparent pourraient être soulevées car en fait, comme l'exprime le professeur Fabien, ces règles constituent ni plus ni moins qu'un mécanisme de protection pour les tiers. C'est donc dire qu'en cas de mandat apparent, les obligations du mandant sont directement reliées à la loi et non pas au contrat de mandat. Enfin, le professeur Fabien indique également que le mandat apparent peut découler de deux sources, à savoir l'exercice d'un pouvoir inexistant ou encore l'exercice d'un pouvoir éteint. À cet effet, voir les articles 2162, 2163 et 2181 C.c.Q. Bref, ce qui est encore le plus dommageable pour le mandant est en ce que dans l'analyse de la faute, il n'y aura pas d'observation de son comportement mais plutôt, s'il peut s'exonérer en prouvant l'absence de faute. Enfin, le décideur aura à évaluer le test suivant, à savoir si le mandant à donner des motifs raisonnables de croire au mandat qui a fait en sorte d'induire le tiers en erreur. Il sera donc approprié que la coentreprise prenne toutes les mesures nécessaires afin d'éviter qu'il y ait mandat apparent face au tiers et dans l'affirmative si cela n'a pu être évité, qu'elle soit en mesure, à tout le moins, de prouver qu'elle a pris toutes les mesures appropriées pour prévenir l'erreur dans des circonstances qui la rendaient prévisible.

<sup>207</sup>

T.C. Wojatseq, *Joint venture in the law of the Province of Quebec theoretical and practical aspects*, Mémoire de maîtrise, Université de Montréal, 1979 à la p. 16.

5. Profiter de la connaissance des us et coutumes que possède le partenaire sur le territoire visé ;
6. Possibilité de pénétrer un secteur d'activité réservé aux entreprises locales ;
7. Rapatriement des profits plus facile ;
8. Expansion géographique ;
9. Introduction de nouveaux produits ;
10. Partage des coûts ;
11. Rationalisation du marché ;
12. Coordination intra-industrie ;
13. Coopération de l'état et avantage fiscaux selon les pays.

En plus des avantages ci-avant exposés, il est clair que la coentreprise offre à ses participants une meilleure connaissance du marché où évoluent ses compétiteurs que ce soit au niveau politique, économique ou institutionnel et fait en sorte de procurer des gains non négligeables aux intervenants au niveau de la diminution des coûts qui pourraient être excédentaires sans cette connaissance du marché. En effet, le partenaire local peut s'avérer extrêmement intéressant du fait qu'il diminue en quelque sorte les risques liés à la transaction par sa connaissance du marché, de la réglementation locale et de la structure

d'opération généralement utilisé par les entreprises présentes sur ce marché.

#### 10.6.2. DÉSAVANTAGES<sup>208</sup>

1. Le manque de coopération entre les partenaires;
2. Le manque de confiance entre les partenaires;
3. Des comportements opportunistes d'un partenaire vis-à-vis un autre;
4. Conflit relativement à la direction et à la stratégie d'ensemble;
5. Difficulté de contrôle de la nouvelle société et de la représentation au niveau du vote;
6. Partage des profits et réinjections de sommes d'argent;
7. Complexité au niveau des opérations;
8. Rapport de forces entre les intervenants;
9. Nécessité de compromis et de conciliation ayant comme résultat une diminution de la latitude pour chacun des intervenants en regard à la prise de la décision;
10. Manque de connaissance de son partenaire de sa culture, de son style de gestion;

11. Conflit d'intérêt entre des partenaires vis-à-vis leur filiale ou autre.

Il ne sert à rien, pour le juriste, d'ignorer les possibilités d'aspects négatifs à la confection d'une coentreprise. Cependant afin d'éviter que ces facteurs surviennent ou afin de mieux les gérer, il est donc indispensable que le praticien puisse bien cerner les objectifs recherchés par chacun des participants. Il y aura donc de sa part une recherche de complémentarité entre les différents besoins et attentes exprimés par les différents acteurs susceptibles de créer la coentreprise et le compromis sera la pierre angulaire de la réussite de cette transaction.

A la base, la coentreprise se veut un mécanisme d'intégration de but commun et se manifeste donc par un processus de coopération intégrant plusieurs entités distinctes. Chacun des intervenants est donc assujéti à des prérogatives qui lui sont propres et le but de la coentreprise sera donc d'imbriquer ensemble ses prérogatives vers le but recherché et ramener les intérêts individuels de chacun en un intérêt commun. La conciliation des intérêts et des décisions de chacune des entités devra être préservée au sein du regroupement conservant ainsi chacune leur autonomie.

Afin d'obtenir l'objectif commun à réaliser, les participants à la coentreprise doivent choisir un véhicule juridique approprié selon la caractéristique de chacun des participants et de l'objectif à atteindre. C'est pourquoi la coentreprise nécessite des contrats souvent sur mesure et adaptables à tous les participants. La flexibilité est donc une qualité requise afin de mener à bien le projet. Il est clair que les intérêts de chacun des intervenants ainsi que leur rapport doivent être protégés. On recherche donc une base de sécurité au sein de la règle contractuelle qui sera établie entre eux. C'est pourquoi avant de faire des choix sur la formule juridique qui sera utilisée il est bon d'analyser les éléments qui composent chacun des intervenants ainsi que l'objectif commun recherché. A cet effet, il faut vérifier les facteurs suivants tel que le professeur Lacasse l'a exprimé :<sup>209</sup>

- «1. *La nature de l'entreprise;*
2. *La durée prévue ;*
3. *La nature et la valeur de la contribution respective des parties;*
4. *Le besoin d'arriver à une responsabilité limitée ou illimitée, conjointe ou solidaire;*
5. *Le degré de contrôle dans la cession désirée par les partenaires (répartition des pouvoirs);*
6. *Le nombre de participants;*
7. *Le besoin de faciliter ou de restreindre le transfert des intérêts dans l'entreprise;*

---

<sup>209</sup>Voir notamment N. Lacasse et L. Perret, *La co-entreprise à l'étranger*, supra note 14.

8. *Les restrictions posées par le droit de la concurrence et la législation sur les investissements étrangers. »*

Pour l'entité qui servira de support à la coentreprise, les éléments ci-après doivent être pris en compte avant de traiter un choix :

1. La facilité de formation de l'entité;
2. La facilité pour l'entité d'opérer dans cette juridiction;
3. La flexibilité des règles applicables à son fonctionnement;
4. Les méthodes de financement;
5. La possibilité des répartitions du contrôle de l'entité;
6. Les règles de représentation de l'entité;
7. Le pouvoir de l'entité de passer des contrats avec des partenaires;
8. Le mode d'introduction de nouveaux partenaires dans l'entité;
9. Les règles de propriété applicables à l'entité (patrimoine distinct ou non);

10. Le traitement fiscal de l'entité et de ses propriétaires;
11. La procédure et les conséquences d'une dissolution de l'entité pour chacune des parties.

Après l'analyse des différents facteurs ci-avant exposés, il appartiendra donc à l'avocat à titre d'architecte de la transaction de choisir la structure la plus appropriée pour constituer la coentreprise. Il est indéniable que la coentreprise étant une aventure à moyen et long terme, les négociations s'avéreront extrêmement importantes. Il sera donc important pour le conseiller juridique d'établir d'entrée de jeu avec tous les intervenants les différents paramètres à observer eu égard aux objectifs que les parties se fixent pour la coentreprise. Les différences linguistiques, culturelles, politiques, sociales et économiques ainsi que les différences de réglementation nationale ou encore les politiques gouvernementales seront susceptibles d'influencer l'avocat sur le choix structurel de la coentreprise à créer.

## ASPECTS PRATIQUES : RÉDACTION DU CONTRAT DE COENTREPRISE ET SES CLAUSES CONTRACTUELLES

### 11.

Sans formalisme, le contrat de coentreprise fait donc appel à la créativité du juriste ayant le mandat de rédiger un tel contrat. Le praticien prendra soin d'établir un contrat avec des clauses contractuelles qui puissent être le plus facilement assimilables pour l'ensemble des cocontractants.<sup>210</sup> Ce contrat devra faire preuve d'une très grande flexibilité afin de ne pas brimer une des parties, qui rappelons-le, se joignent entre elles pour la réalisation d'un but commun. Il sera donc judicieux d'éviter tout mot pouvant faire un corollaire avec la notion d'*affectio societatis*. Par ailleurs, le professionnel devra également établir les responsabilités et les rôles de chacun sans oublier l'apport de chacun et déterminer à l'avance que les biens des partenaires demeureront leur propriété et ne feront pas partie d'un nouveau patrimoine à l'intérieur de la coentreprise. Il faudra également indiquer qu'aucune des parties est mandataire d'une autre afin d'éviter toute responsabilité de type conjointe ou solidaire, tel que précisé auparavant.<sup>211</sup>

Enfin, le point le plus complexe sera certainement, à part la gestion des opérations, le report des profits ou des pertes engendrés par la coentreprise et la sélection d'un processus de partage qui sera fiscalement avantageux pour chacun des intervenants en rapport avec la coentreprise.

---

<sup>210</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 370, note 81. Voir également *supra* note 197.

<sup>211</sup> *Ibid.* à la p. 371, notes 82 à 85.

Par ailleurs, au niveau pratique, notons au Québec que la déclaration initiale devra inclure dans la section « Autres », le mot « Joint Venture ou coentreprise » afin d'éviter tout parallèle avec la notion d'*affectio societatis*. Il s'avèrera également extrêmement judicieux pour les parties d'établir différents contrats de location en rapport au matériel qu'elles fourniront elles-mêmes à la coentreprise et ce, afin de distraire ces biens au patrimoine de la coentreprise et d'en garder pleinement la propriété. Il est également recommandé de facturer pour chacun des participants à la coentreprise afin d'éviter toute possibilité de rapprochement entre les différents acteurs. C'est donc dire que chacun des intervenants facturera la coentreprise pour les différents services ou location qu'il offrira à l'ensemble du groupe. Enfin, chacun des intervenants devrait donc avoir la gestion de ses propres comptes bancaires et que les profits et dividendes ou remboursement soient bien identifiés à chacun des participants pour ainsi éviter un aspect de responsabilité et éviter toute ambiguïté à cet égard.

### 11.1. LA LETTRE D'INTENTION<sup>212</sup>

Tout comme l'acquisition pure, la coentreprise fait également appel à une étape qui a pour objet de signifier l'intérêt des parties à se regrouper. C'est pourquoi, la lettre d'intention est présente tout comme elle l'était lors d'acquisition pure et simple. Il est important d'indiquer dans la lettre d'intention que le partenaire local ne pourra pas négocier avec d'autres entités. Il serait également préférable d'inclure immédiatement une entente de confidentialité sur les discussions et les informations qui seront échangées relativement à chacune des parties tout en indiquant une période exclusive de négociations. Généralement, pour le

praticien, il faut compter de trois à six mois pour compléter cette phase surtout avec des intervenants internationaux. Toute lettre d'intention est souvent également enregistrée dans les pays de l'est dont la Pologne et la Russie comme étant un protocole d'entente. Enfin, dans la lettre d'intention ou le protocole d'entente, les parties élaboreront les points critiques à discuter pour la formation de la coentreprise entre eux tout en référant aux documents connexes tels les licence d'utilisation de marque de commerce et de technologie le cas échéant et les contrats d'emploi. Il est extrêmement important pour le praticien faisant affaires avec des partenaires étrangers de consulter un confrère local afin de se faire confirmer que le protocole d'entente ne soit pas considéré comme un contrat entre les parties.

Dans la phase préliminaire, il sera important après la signature de la lettre d'intention, de procéder aussi à une vérification diligente un peu comme pour une acquisition d'entreprise. En effet, il serait extrêmement important pour les intervenants de vérifier si les autres participants sont réellement titulaires des droits qu'ils possèdent ou qu'ils prétendent posséder, à savoir, technologie, savoir faire, marque de commerce, réseau de distribution, financement, etc. Il serait approprié pour le praticien d'inclure tous les contrats connexes tels construction, louage, transfert de technologie, licence d'utilisation, etc. à la lettre d'intention. En effet, ces documents s'avèreront extrêmement importants lorsque certaines parties font des apports technologiques.

## 11.2. LES CLAUSES CONTRACTUELLES<sup>213</sup>

Tel que nous venons de le décrire, les praticiens prennent soin de déterminer une offre de participation un peu comme une lettre d'intention au niveau d'une acquisition d'une entreprise et ce, afin d'éviter qu'il y ait quelque prétendant à la participation qui ne soit présent que pour l'obtention de données confidentielles. Cette offre de participation a comme avantage de déterminer et d'exprimer de façon spécifique la volonté du futur contractant en indiquant qui il est, l'objectif de sa coparticipation, quels seront les facteurs recherchés, quels seront les apports de chacun, sans oublier le type de gestion à laquelle les parties adhéreront, et surtout les possibilités de se retirer ainsi que la durée prévue pour l'existence de la coentreprise.<sup>214</sup> Inévitablement, cette lettre d'intention aura une date butoir pour fins d'acceptation.

Comme nous l'avons déjà mentionné, le contrat de la coentreprise ne répond à aucun formalisme et c'est donc de façon toute naturelle que le praticien emploiera les termes généralement dévolus au contrat innomé et disposera d'un arsenal de clauses auxquelles il pourra se référer et ce, à la limite de sa créativité. La première clause est, sans nul doute, le préambule<sup>215</sup> qui pour la coentreprise a un intérêt tout particulier du fait qu'il pourra, à la limite, influencer une autorité décisionnelle quant à la volonté des parties et ce préambule sera tout particulièrement utile lorsque le contrat sera interprété par les tribunaux ou encore, par tout juge d'une cour judiciaire ou d'un arbitre. Enfin, rappelons que le

---

<sup>213</sup> *Ibid.* aux pp. 372 et ss.

<sup>214</sup> *Ibid.* à la p. 372, note 93.

<sup>215</sup> *Ibid.* notes 88 à 92.

préambule est généralement l'occasion pour les parties d'exprimer l'objet de leur entente. Il est tout à fait indispensable d'indiquer qu'aucune des parties ou contractantes n'a l'intention d'être liée à la notion d'*affectio societatis* ni de conclure un contrat de société en participation. Comme tout autre contrat, le praticien prendra soin d'indiquer que le préambule fait partie intégrante d'une entente contractuelle.

### 11.2.1. PRÉAMBULE<sup>216</sup>

Les préambules suggérés couvrent les éléments suivants :

- a) Identification des parties incluant le type d'entreprise et la situation géographique;
- b) L'intention de former un coentreprise (compagnie);
- c) Les raisons pour leur participation à l'entente relative à la coentreprise;
- d) La nature des opérations d'affaires à être faites par la coentreprise (compagnie) et sa situation géographique;
- e) Tout autre élément relatif à l'établissement de l'entente de

---

<sup>216</sup>

T. C. Wojatsek, *supra* note 196 à la p. 133 ; voir également D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 372.

coentreprise qui servirait à clarifier la relation des parties.

### 11.3. DÉFINITION

Bien qu'aucune obligation soit impartie aux praticien de mettre cette clause, il s'avèrera par ailleurs extrêmement utile de définir au préalable certains éléments qui constitueront ni plus ni moins qu'une aide au niveau de l'interprétation de certaines clauses contenues au contrat de coentreprise. Il est donc conseiller aux juristes néanmoins qui œuvrent dans une sphère internationale d'indiquer les définitions afin d'éviter tout ambiguïté culturelle ou linguistique au niveau de l'interprétation des termes.

### 11.4. DROIT DE PREMIER REFUS

Il est intéressant de noter que certains contrats de coentreprise incluent des droits de premier refus relativement à la vente des intérêts de chacun des participants. Aucun transfert ne pourra être fait entre les parties impliquées dans la coentreprise sans qu'il y ait un vote unanime à cet effet.

### 11.5. DIRIGEANT OU ADMINISTRATEUR<sup>217</sup>

Cette clause permet aux participants de nommer des directeurs qui pourront évoluer au sein de la coentreprise.

---

<sup>217</sup>

Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 373, notes 97 et 98.

### 11.6. CLAUSE DE CONTRIBUTION<sup>218</sup>

Dans la clause de contribution, le juriste verra à décrire de façon spécifique chacun des apports des différents intervenants à la coentreprise en faisant une description exhaustive du bien et en précisant que le bien n'est pas transféré dans le patrimoine de la coentreprise. Comme nous l'avons expliqué auparavant, il serait bon d'indiquer et de faire une annexe des contrats de location pour les biens meubles ou immeubles et pour ce qui a trait aux services, établir un taux horaire, le cas échéant, pour les autres participants qui recevront les services. S'il s'agit d'un apport au niveau financier, il suffira, selon nous, d'en décrire le montant, le taux d'intérêt et les phases de remboursement, le cas échéant. Ceci est donc fait dans l'esprit d'éviter toute assimilation à une société en participation afin de retrancher toute possibilité d'attribution de responsabilités solidaires et conjointes entre les participants.

### 11.7. CLAUSE DE DURÉE ET DE LA FIN DE LA COENTREPRISE<sup>219</sup>

Il est extrêmement important, voire crucial que la date de tombée pour la fin ou la dissolution de la coentreprise soit bel et bien indiquée au sein du contrat. En effet, la fin ou l'avènement de l'objet contenu au contrat est la caractéristique fondamentale du contrat de coentreprise. Elle permet donc de maintenir l'indépendance des partenaires entre eux. On prévoira également à l'intérieur de cette clause le mécanisme de dissolution ou de liquidation de la coentreprise. Ceci devrait se faire, selon nous, par un vote unanime des participants.

---

<sup>218</sup>

*Ibid.*

<sup>219</sup>

*Ibid.*

### 11.8. CLAUSE DE RETRAIT

En effet, étant donné que la coentreprise a une durée déterminée dans le temps et/ou a une fonction de réalisation d'un objectif précis qui fera survenir par sa réalisation la fin de la coentreprise, il faut donc prévoir également une clause de retrait des participants. A ce titre, il est usuel, voire même courant, d'appliquer et d'insérer des clauses déterminées qui engendreront le retrait automatique des participants. On considère principalement des droit de retrait en fonction :

- a) De la faillite et de l'insolvabilité d'une des parties contractantes;
- b) Impasse majeure dans le processus décisionnel;
- c) L'objet rendu est irréalisable;
- d) Incapacité de fournir l'apport auquel le participant devait se soumettre pour joindre la coentreprise.

Étant donné les impacts extrêmement négatifs que peut engendrer un retrait d'un participant sur l'ensemble des autres intervenants, et voire même sur la coentreprise en soi, il est donc indispensable d'indiquer les paramètres de retrait automatique et d'utiliser les retraits avec parcimonie. Il serait aussi judicieux d'insérer dans cette clause que tout le matériel, informations confidentielles et autres, sous quelque support que ce soit, seront remis immédiatement à la coentreprise dès le retrait du participant pour éviter toute fuite de confidentialité.

### 11.9. CONFIDENTIALITÉ ET NON CONCURRENCE<sup>220</sup>

Souvent aux clauses de confidentialité et de non-concurrence se greffent des clauses de pénalité pour non respect des facteurs de confidentialité ou encore d'éléments de non concurrence. La partie en défaut de respecter ces clauses se porte donc garante d'un dédommagement préétabli ou encore accepte de se soumettre à l'avance à une injonction ou à tout autre recours similaire contre elle afin de faire cesser l'infraction. En matière internationale, il faudra vérifier avec un juriste local afin de s'assurer que les clauses pénales et/ou encore d'intérêts qui peuvent se greffer de façon hebdomadaire ou mensuelle soient légales en vertu de la législation du pays hôte. En effet, certains pays arabes ou de religions musulmanes interdisent l'imposition d'intérêts ou encore de clauses pénales.

### 11.10. CLAUSE DE DÉFAUT<sup>221</sup>

Afin de maintenir les standards des participants entre eux et leur rôle au sein de la coentreprise, il est judicieux d'insérer une clause de défaut à l'effet que chaque partie peut se protéger contre un intervenant qui manquerait à ses obligations ou qui, par son comportement, risquerait de nuire à la poursuite du projet commun. Le praticien pourra toujours insérer une clause à l'effet que les

---

<sup>220</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *supra* note 1 à la p. 365, note 62. L'existence du devoir de loyauté en matière de la coentreprise est plutôt controversée, sa portée étant difficile à apprécier. D'ailleurs, comme nous l'avons vu précédemment, cette obligation de bonne foi prévue aux articles 6 et 1375 C.c.Q. s'impose en soi. Par contre, en droit externe, la question n'a pas été clarifiée si l'on considère que cette obligation de loyauté émane d'une relation fiduciaire créée entre les parties. A cet effet, voir D.-C. Lamontagne aux pp. 366 et ss.

<sup>221</sup> Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.* à la p. 376, note 106.

autres participants devront combler pour le bien de la coentreprise le défaut de la partie qui n'honore pas ses obligations afin de ne pas mettre en péril le projet. La partie en défaut pourra se voir imposer différents mécanismes dont le retrait forcé si cela s'avère possible ou encore, une diminution des profits, perte de droit de vote, expulsion par remplacement sur le vote unanime des autres participants, etc.

Cette clause peut s'avérer extrêmement importante compte tenu que les parties pourraient indiquer que le retrait d'un participant mettra fin automatiquement à la coentreprise. Il faut donc élaborer cette clause avec beaucoup de minutie en maintenant à l'esprit les objectifs visés par les partenaires et leur force à titre de regroupement.

Il est clair que les clauses de défaut seront préalablement inscrites à la lettre d'intention et finalisées lors de l'élaboration du contrat de coentreprise. Il va de soi que cette clause est déterminante sur les opérations et la continuité de la coentreprise.

#### **11.11. CLAUSE DE MANDAT RÉCIPROQUE OU NON**

Au sein de cette clause, il sera indispensable d'indiquer que le gérant ne pourra pas agir à titre de mandataire au sein de la coentreprise. Par ailleurs, si cela est de l'intention des parties, il faudra le prévoir expressément. Par ailleurs, le juriste tentera d'éviter toute ambiguïté ou tentative de rapprochement avec une société en participation pour les différents éléments déjà mentionnés au sein de cette section. Enfin, notons qu'il faudra

délimiter de façon précise les pouvoirs du mandataire face aux tiers dans le cas où il y aurait mandat réciproque.

#### **11.12. CLAUSE RELATIVE AUX PROFITS ET PERTES<sup>222</sup>**

À cet égard, l'élément le plus important à considérer pour le praticien sera la détermination du profit ou de la perte qui sera considéré soit au niveau de l'apport fourni par le participant ou par l'implication directe de celui-ci dans les étapes de réalisation du projet. Il s'agira donc pour le juriste de déterminer le pourcentage de profits ou de pertes à appliquer entre les parties. Il serait judicieux pour le praticien d'octroyer les profits ou les pertes selon la base de calcul adapté à chacune des étapes à être réalisées par les différents acteurs selon l'objectif global à atteindre au sein de la coentreprise.

#### **11.13. CLAUSE DE REDDITION DE COMPTE**

A cet effet, il sera opportun d'indiquer que chacun des intervenants aura un suivi à faire et à rendre compte de ses activités au sein de la coentreprise notamment au niveau des dépenses, implication et autres. Ceci pourra se révéler fort important dans la réussite du projet que les intervenants se sont fixés. À cet effet, il faudra prévoir un ou des superviseur(s) pour examiner la reddition de compte soumise par chacun des acteurs évoluant au sein de la coentreprise.

---

<sup>222</sup>

Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.* à la p. 375, note 105.

#### 11.14. LOI APPLICABLE

A ce titre, il serait intéressant d'utiliser une loi qui a déjà défini dans sa législation la coentreprise ou le joint venture. Par ailleurs, étant donné que le choix demeure la liberté contractuelle entre les parties, il serait également judicieux de vérifier avant d'adopter la loi applicable qu'elle n'ait pas sujette à des règles impératives qui engendraient une impossibilité de créer la coentreprise.

#### 11.15. CLAUSE D'ARBITRAGE<sup>223</sup>

Vu la nature même de la coentreprise, la résolution des litiges par la voie de l'arbitrage peut s'avérer fort utile afin d'éviter qu'il y ait une impasse entre les participants, ce qui pourrait mettre en péril la réalisation du but commun. Par ailleurs, l'arbitrage a comme principale vertu de pouvoir résoudre les différents conflits qui peuvent naître entre les intervenants. Il est reconnu que ce mécanisme de résolution des litiges procèdent plus rapidement que les tribunaux. Par ailleurs, chaque intervenant se verra donc accordé un mécanisme où il pourra soumettre tout différend à la médiation sans pour autant freiner ou cesser les activités de la coentreprise. Enfin, il est important de déterminer pour ce véhicule de résolution des litiges, le forum dans lequel les intervenants auront à évoluer. Il va de soi que la détermination préalable du décideur sera un atout important pour chacun des intervenants.

---

<sup>223</sup>

Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.* à la p. 377, notes 110 et ss.

#### **11.16. APPORT ADDITIONNEL**

Le contrat de coentreprise devra également prévoir la possibilité d'exiger des membres une contribution supplémentaire selon la poursuite de l'objet visé. Cette décision devra être en fonction de la majorité afin d'éviter de freiner l'essor de la coentreprise dans son objectif. De plus, ce type de clause a comme avantage d'éviter qu'il y ait des demandes de financement externe et permet également aux participants de faire certaines réserves financières en application à l'objectif commun visé.

#### **11.17. CLAUSE D'ASSURANCE RESPONSABILITÉ**

Il serait judicieux que chacun des participants puissent obtenir une assurance responsabilité afin d'éviter qu'ils se retrouvent en défaut et donc mettre en péril l'ensemble de la coentreprise.

#### **11.18. DROIT DE VOTE**

A cet effet, plusieurs solutions sont possibles pour le praticien. En effet, dans le cadre du joint venture à deux participants, la question demeure théorique étant donné que l'unanimité est exigée dans ce cas bien particulier. Par ailleurs, lorsqu'on parle d'un joint venture à intervenants multiples et de différentes nations, il est tout à fait indiquer que le droit de vote soit à la majorité ou encore de façon unanime. Il est usuel de constater dans ce dernier type de joint venture que les participants nomment des directeurs auprès du conseil d'administration et ce, eu égard au nombre de votes détenus par chacun des acteurs présents dans le joint venture qui s'évalue par la qualification de l'apport initial qui sert d'attribution à des droits pour certaines catégories d'actions ou encore octroie un

nombre de vote. Ce mécanisme d'attribution déterminera donc le nombre de directeurs sur le conseil d'administration pour chacun des acteurs et fera en sorte qu'il y aura des représentations égales à la contribution des participants. Il est généralement reconnu que le vote au deux tiers est requis pour des décisions importantes telles l'acquisition ou la vente d'actifs, le financement ou l'élaboration d'alliances stratégiques et/ou la nomination des professionnels externes.

#### **11.19. CONTRÔLE DU DROIT DE VOTE ET MANAGEMENT**

Il est probable que la législation locale où sera située la coentreprise déterminera par elle-même les quantités de votes à être détenus par les participants. En effet, certaines législations étrangères indiquent qu'une entreprise nationale doit avoir la majorité des actions votantes et le contrôle au niveau du management pour que ladite coentreprise soit légale et autorisée. Les intervenants étrangers se voient donc en position minoritaire du fait de la loi locale. Par ailleurs, lorsque la législation locale ne s'ingère pas dans le projet de coentreprise, il n'est pas rare de voir qu'une compagnie locale accepte d'être détentrice d'actions minoritaires afin de pouvoir accueillir un investisseur étranger et donc bénéficier de son savoir-faire, de son apport économique ou autre.

A contrario, les investisseurs étrangers seront intéressés à accepter une participation minoritaire pour sauvegarder leur capital et leur

apport. Selon l'auteur Wojatsek,<sup>224</sup> il y a quatre raisons pour accepter une participation minoritaire :

- « 1. *Substantial local control is in the best interest of the host country hence the venture itself*
2. *A local partners knowledge of the host country's customs, business practices, market conditions, established commercial contracts and potential entrance with governmental agencies are invaluable assets to the venture*
3. *Majority control by local interests protects the venture against strong nationalistic feeling and charges of exploitation*
4. *A local partner with a substantial stake and the venture will be more concern for its continuing success and profitability. »*

## 11.20. CLAUSE DE RÉSILIATION

L'élaboration de la clause de résiliation comportera généralement plusieurs facteurs qui mettront fin au contrat entre les coparticipants. À ce titre, l'un des éléments est certainement la prise de contrôle d'un des participants par une tierce partie qui pourrait engendrer la résiliation de la coentreprise par la dissolution de la coentreprise ainsi générée. Par ailleurs, les causes de non respect des obligations de la part d'un intervenant qui peut mettre en péril l'objectif commun visé, pourraient s'avérer également un facteur déterminant pour la mise en application de cette clause, telle l'insolvabilité.

---

<sup>224</sup>

Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.*

### 11.21. RÉSUMÉ

La coentreprise peut donc être purement contractuelle, corporative ou voire même, incluse dans la législation du pays dans laquelle elle évoluera. La coentreprise demande donc pour le praticien beaucoup de patience, de transparence et de négociation surtout lorsqu'elle implique un clivage culturel. Par ailleurs, le praticien gardera toujours à l'esprit la nécessité de fixer à l'avance le mécanisme de taxation de la coentreprise. En effet, ce que les participants recherchent, c'est que la taxation de la coentreprise ne se reflète pas sur leur propre incorporation ou entité.

Rappelons également que les dirigeants de chacune des entités incluent dans la coentreprise ne seront pas tous membres du conseil d'administration. Il est donc important de prévoir que certaines décisions devront être préalablement autorisées par l'assemblée générale ou encore, par une majorité assez élevée, ou demander un vote à l'unanimité afin d'éviter toute impasse entre les intervenants qui risquerait de mettre en péril le projet commun recherché par la coentreprise.

Enfin, suite à la lettre d'intention ou le protocole d'entente, les parties, comme dans une acquisition d'entreprise, transmettront toutes les informations nécessaires à la prise de décision pour l'acceptation de l'offre qui sera suivie par un contrat de coentreprise ferme. Les participants opteront donc soit pour une coentreprise incorporée, ce qui fera en sorte que les partenaires deviendront des actionnaires ou encore pour une coentreprise ad hoc dont le projet particulier fera en sorte que deux entreprises seront réunies pour l'accomplissement d'un but commun.

Bref, ce qui est important de retenir dans la phase préliminaire c'est que la lettre d'intention devra comprendre tous les paramètres recherchés par les intervenants entre eux et l'introduction de la définition de la coopération recherchée entre eux afin de forger par la suite la coentreprise en elle-même. Il sera donc également très important d'inclure les clauses de confidentialité et d'inclure dans les paramètres le processus décisionnel désiré par les intervenants au sein de la coentreprise sans oublier les apports recherchés entre eux.

Tel que nous l'avons énoncé auparavant, une police d'assurance responsabilité pour les participants pourrait s'avérer extrêmement judicieux afin de limiter la responsabilité notamment au niveau des éléments suivants, tels que l'auteur Wojatsek<sup>225</sup> indiquait dans son ouvrage, à savoir:

- a. Le risque commercial et technique et les obligations de remédier au défaut;
- b. La capacité d'un autre membre lors de perte ou dommage d'équipement;
- c. Coût pour remédier à un défaut;
- d. Aucune réclamation pour perte ou profit, intérêt ou autres dommages et intérêts indirects;

---

<sup>225</sup>

Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.* à la p. 151.

- e. La limitation des responsabilités en vertu de tout contrat avec un consommateur s'appliquera également entre les membres;
- f. Responsabilité pour délai;
- g. Responsabilité pour défaut dans le travail, dommage ou travail par un autre membre;
- h. Indemnité entre membres quant à la responsabilité vis-à-vis un consommateur pour lequel un membre est en faute;
- i. Entente pour règlement provisoire de réclamation provenant du consommateur lorsque le projet est discontinué ;
- j. Défaut à être remédié par le membre responsable ou si un autre membre doit faire le travail pour remédier au défaut, il sera remboursé par le membre responsable ;
- k. Coût de consolation.

En somme la coentreprise peut s'avérer un véhicule tout à fait approprié lorsque les partenaires ont des buts communs et que l'amalgame de tous les intervenants fait en sorte que la réalisation du projet ciblé pourra voir le jour avec succès. On recommande donc la création d'une coentreprise lorsque l'intervenant seul ne peut arriver aux objectifs qu'il s'est fixé. Par ailleurs, comme nous avons pu le constater, la coentreprise fait appel à beaucoup de négociations et à beaucoup de flexibilité. En effet, la coentreprise multidisciplinaire faisant appel à plusieurs cultures devra donc être harmonisée au niveau de la gestion et du management requis pour

arriver à ses fins. Il faudra donc pour le praticien maintenir à l'esprit, lorsque viendra le temps de rédiger le contrat de la coentreprise, qu'il devra vérifier principalement au niveau de l'organisation ou la structure de la coentreprise le type de support juridique requis, que ce soit sous forme d'incorporation ou autre, se référer aux objectifs des intervenants afin de forger adéquatement la coentreprise. Il devra également se préoccuper du financement de la coentreprise en laissant assez de latitude au véhicule juridique afin que le capital initial, s'il s'avère insuffisant, puisse être renfloué par diverses clauses autant monétaire qu'au niveau des actifs. Il devra laisser la latitude à la coentreprise d'inclure des garanties pour mener à bien son projet qui pourra exiger selon l'étape une nécessité d'emprunt qui pourra prendre forme soit par un financement externe ou comme nous l'avons spécifié, par une demande de capital supplémentaire envers les participants de la coentreprise. Il pourra aussi, au niveau du financement, faire en sorte que pour toute dépense supplémentaire ou tout capital supplémentaire requis, des portions de vote ou participation seront données aux intervenants. Il faudra également garder en tête le fait que si l'expansion par le biais du financement n'est pas prévu au contrat, ceci pourrait provoquer une dissolution ou une interruption des activités de la coentreprise. Comme nous l'avons aussi mentionné auparavant, le praticien prendra bien garde de ne pas inclure les aspects de mandat dans le contrat.

Enfin, au niveau des droits de vote et de la gestion des opérations, le praticien devra déterminer des clauses de résolution de litiges tels l'arbitrage, la médiation ou autres, sans oublier de bien spécifier les tâches des dirigeants et d'indiquer également le

nombre des membres sur le conseil d'administration selon le vote ou selon l'apport. Il faut retenir également le processus des relations de travail et prévoir le mécanisme interne de la coentreprise afin que celle-ci respecte les différentes obligations relatives au droit du travail. Il faudra par ailleurs, à titre d'architecte de la transaction, prévoir peut-être une détermination du niveau salarial mais aussi la nécessité de procéder à l'obtention de permis de travail. Dans un autre ordre d'idées, le praticien devra s'assurer d'élaborer des clauses de défaut afin de ne pas créer une impasse qui pourrait s'avérer fatales pour les participants. Il prendra bien soin à ce titre de définir ce qu'est un défaut dans la section « définition ». Par ailleurs, l'approvisionnement pourra s'avérer un facteur clé à considérer étant donné que la loi sur la concurrence du pays local pourra peut-être affecter la coentreprise. Il devra prévoir que les droits, au niveau de la propriété intellectuelle ou autre dans les biens demeurera la seule propriété de chacun des intervenants et sera mis à la disposition simplement de la coentreprise selon l'objectif visé et qu'après la terminaison du contrat ou l'avènement constituant l'objectif de la coentreprise, chacun des apports sera retourné à chaque participant en pleine propriété.

Enfin, en ce qui a trait à la durée, on précisera que la fin de la coentreprise sera la dissolution par l'avènement de défaut ou par la réalisation de l'objectif visé ou tout simplement une durée dans le temps. Pour terminer, il est suggéré d'obtenir un certificat d'incorporation de toutes entités qui seront partenaires au sein de la coentreprise, sans compter les résolutions pertinentes de chacune de ces entités autorisant son directeur à signer tous les documents

pertinents afin de prendre part à la coentreprise et enfin l'obtention d'une déclaration de l'officier de chacune des entités afin d'indiquer que l'insertion de l'entité juridique, au sein de la coentreprise, ne fait pas en sorte qu'elle soit en défaut en vertu de quelque autre obligation contractuelle de quelque nature que ce soit.<sup>226</sup>

Dans un autre ordre d'idées, une fois que la coentreprise sera complétée, il est suggéré aux participants de déposer une déclaration auprès du registre des compagnies du pays concerné, une déclaration à l'effet qu'une entité corporative est en fait une coentreprise.

En terminant, nous référons le lecteur aux annexes I et II qui présenteront les différents facteurs à prendre en considération pour le praticien afin d'élaborer et de planifier une coentreprise. Ces annexes se veulent donc un aide-mémoire et à ce titre, nous vous présenterons donc un cadre pratique de certains éléments qui doivent être pris en compte par le juriste à titre d'architecte de la transaction.

---

<sup>226</sup>Voir notamment D.-C. Lamontagne, *ibid.* à la p. 378, notes 118 et ss.

## CONCLUSION

La décision d'acquérir, de fusionner ou encore de s'allier à un partenaire sous forme de coentreprise, fait appel à des considérations d'ordre stratégique où la fusion, l'acquisition voire même la coentreprise opère à titre d'outils disponibles pour l'entrepreneur afin d'assurer sa croissance. C'est pourquoi, une évaluation adéquate de l'entreprise ciblée ainsi que la sélection du véhicule juridique approprié fera en sorte que l'opération projetée sera vouée à la réussite. L'envergure ainsi que la particularité internationale de la transaction amènera donc le praticien à sélectionner parmi un éventail complexe de véhicules juridiques afin d'optimiser les bénéfices pour l'entrepreneur eu égard à sa vision future d'expansion.

Chose certaine, on ne saurait insister davantage sur le fait de composer une équipe d'experts entourant l'ensemble du processus d'acquisition en matière internationale. En effet, le praticien devra sélectionner un avocat et probablement un fiscaliste étranger selon le pays où se trouve l'entreprise ciblée. Les paramètres généralement reconnus pour la sélection des professionnels étrangers se situent notamment par différents facteurs tels l'habileté pour le praticien de communiquer dans la langue de la transaction, son degré de compétence eu égard à la transaction projetée, sa réputation, son intégrité, ses liens avec les parties intervenues à la transaction, tout ceci afin de constituer une équipe de spécialistes qui pourront déterminer et mitiger les risques de l'opération projetée par les parties.

C'est donc à cette équipe d'experts à qui reviendra la difficile tâche de recommander une structure d'application afin de mener à terme l'opération projetée. Il appartiendra aussi au juriste à titre d'architecte de la transaction commerciale internationale de faire émerger les différents véhicules juridiques d'acquisition qui s'avèrent disponibles et applicables à la situation et d'en évaluer

chacun des paramètres afin de maximiser les chances de réussite de la transaction envisagée.

Or, parmi les stratégies disponibles au niveau international, le juriste se voit offrir plusieurs véhicules selon les objectifs et les intérêts que recherche son client. Mais avant de le conseiller, le praticien devra prendre en considération les variables complexes et incontournables telles que :

- a) l'optimisation des profits est-il l'élément clé pour l'investisseur ou ;
- b) recherche-t-on les avantages reliés aux économies d'échelle ou encore l'accès à de nouveaux marchés par la voie d'un réseau de distribution ou par l'entremise de compagnies liées ;
- c) désire-t-on s'adjoindre un partenaire privé ou national selon les difficultés du marché visé .

Suite à l'analyse de ces différents facteurs, le professionnels en charge de la transaction analysera les différents véhicules d'acquisition qui s'offrent à l'investisseur et que l'on peut répertorier de la façon suivante :

1. Achat d'actifs;
2. Achat d'actions;
3. Fusion;
4. Coentreprise.

Ces quatre options ou encore ces quatre véhicule juridiques pour l'acquisition d'entreprise en matière internationale doivent être étudiés dans leur ensemble et il appartiendra au praticien à titre d'architecte juridique de faire émerger les avantages et les coûts ainsi que les risques reliés à la sélection d'un véhicule

spécifique eu égard à la transaction projetée. À ce stade-ci, le choix du véhicule juridique sera en fonction des effectifs à court, moyen et long terme que s'est fixé l'investisseur.

### **1. ACHAT D'ACTIFS :**

Ce véhicule juridique peut s'avérer particulièrement intéressant eu égard au marché ciblé, si l'investisseur a des objectifs à court ou à moyen terme de pénétration de marché. En effet, l'achat d'actifs permet d'établir un budget plus précis et permettra selon certains pays, des exonérations fiscales dues à un investissement en infrastructure. Par ailleurs, ce véhicule sera également extrêmement intéressant si l'investisseur a déjà une filiale ou une société au niveau du pays hôte. Il est indéniable que le juriste préconisera à titre d'architecte de la transaction cette avenue si le marché ciblé demande la mise en place d'infrastructure de production spécifique afin d'optimiser le rendement sur l'investissement.

Le principale avantage de l'achat d'éléments d'actifs repose donc sur un incitation pour l'entrepreneur à pénétrer un marché étranger par voie de propriété exclusive, maximisant ainsi ses chances de réussite de son projet qui doit avoir lieu dans le pays hôte par une appropriation de matériel ou d'infrastructure qui pourront servir à l'élaboration de ses projets pour le marché étranger. Par ailleurs, précisons que cette forme d'acquisition est peut-être la plus simple au niveau de la vérification ainsi que pour l'élaboration juridique et permet, à défaut de réalisation du projet, d'obtenir, à tout le moins, des valeurs tangibles, c'est-à-dire, la propriété de certains biens mobiliers.

## 2. ACQUISITION D' ACTIONS :

L'acquisition d'une entreprise par le biais de l'achat de l'ensemble de ses actions ou encore d'une minorité d'actions selon la législation du pays hôte forme le deuxième véhicule juridique qui s'offre à l'entrepreneur pour mener à bien ses objectifs d'expansion économique au niveau international. L'acquisition des actions d'une entreprise en totalité permet à l'entrepreneur de créer une filiale en propriété exclusive, ce qui amène un contrôle total au niveau décisionnel, accélérant ainsi le processus de prise de décisions.

Il en va de soi que ce type de véhicule est relié de façon très étroite aux fluctuations politiques et à l'économie du pays hôte et est également souvent assujetti à différentes législations nationales, que ce soit au niveau du droit de la concurrence ou encore en relation à la prise de contrôle d'entreprise nationale, que ce soit au niveau des secteurs protégés ou encore d'une obligation étrangère d'être minoritaire au niveau du conseil d'administration.

Par ailleurs, l'acquisition d'entreprise en matière internationale par voie d'achat d'actions prendra très certainement en considération les forces et faiblesses de l'entreprise visée, ce qui aura un impact direct sur les risques et les coûts liés à la transaction. Cependant, ce véhicule d'acquisition s'avère extrêmement intéressant pour l'investisseur afin de favoriser l'expansion de son réseau de distribution et sa présence sur le marché ciblé. Il fait donc appel à une stratégie à long terme, voir même à une planification de la croissance globale de l'entreprise de l'investisseur, lui permettant possiblement d'atteindre la qualification de multinationale accentuant ainsi son positionnement stratégique dans le secteur au sein duquel l'entreprise œuvre.

Un autre facteur stratégique est certainement que ce véhicule permet, lorsque l'investisseur possède déjà une société dans le pays hôte, d'établir une base expérimentale par l'acquisition d'une autre société afin qu'elle puisse servir à titre de tremplin aux affaires de l'entreprise sans affecter son entreprise d'origine. En effet, l'acquisition d'une autre société pourra prendre le profil recherché pour le marché ciblé, sans affecter les opérations de la compagnie mère et de sa structure interne. En effet, certaines grandes corporations canadiennes et/ou multinationales procèdent de la sorte afin de décrocher un premier contrat et par la suite, cette entreprise qui fut acquise sous l'égide de la loi locale pourra évoluer librement dans le marché ainsi ciblé.

Sans contredit, le principal désavantage de ce véhicule est certainement qu'il laisse place à certains impondérables pour l'investisseur. En effet, l'acquisition de la totalité des actions d'une entreprise ou une partie fait en sorte que l'investisseur est laissé seul dans un marché qu'il ne connaît peut-être pas suffisamment afin de faire face à tous les éléments qui surviendront lors de la prise de possession et de l'exploitation de l'entreprise. C'est pourquoi, ce véhicule d'acquisition doit être envisagé avec énormément de prudence et devra être écarté si les dirigeants de l'entreprise de l'acquéreur n'ont pas une connaissance suffisante du marché et des différents intervenants qui gravitent dans le secteur d'activités au sein du territoire dans lequel l'entreprise évoluera. Une façon de palier à cette lacune est de mettre en poste du personnel dirigeant locaux qui eux, agiront à titre de courroie de transmission entre la véritable équipe de direction mais cela nécessitera, dans un premier temps, un excellent contrat de travail mais également un mécanisme de communication adéquat entre les différentes entités décisionnelles. Par l'acquisition de la totalité des actions, le risque le plus prédominant pour l'entrepreneur est qu'il sera le seul à supporter l'ensemble des risques de la transaction et de l'exploitation de l'entreprise et à financer toutes les activités de cette dernière. C'est pourquoi une des prémisses

de base est probablement la flexibilité du financement qui devra être recherchée par l'expert juridique et peut-être un appui gouvernemental du pays hôte afin d'atténuer les différentes situations que l'entrepreneur sera appelé à gérer en sol étranger.

### 3. LA FUSION :

Ce véhicule juridique entraîne par sa complexité une lourdeur administrative dû fait qu'elle fait appel à un aspect statutaire face au regroupement envisager. En effet, plusieurs lois corporatives seront présentes dans les divers états concernés et c'est pourquoi qu'elle peut engendrer souvent des délais excessifs qui peuvent nuire au projet convoité pour le ou les entrepreneurs concernés.

Au surplus, ce véhicule juridique doit être anticipé que lorsque les entités fusionnantes sont à leur pleine maturité et qu'il existe un équilibre entre elles. En effet, les personnes morales impliquées doivent avoir entre elles des similarités de gestion et de cultures organisationnelles afin qu'il y ait une facilité d'intégration pour toutes les ressources qui se retrouveront à l'intérieur de l'entité unique à naître suite à la fusion. C'est pourquoi le choix immédiat de la législation à être utilisée pour construire la nouvelle entité s'avérera extrêmement important. Bref, il faudra s'interroger également sur la question des tests de solvabilité selon l'état et la législation sélectionnée.

Enfin, au sein de la fusion, le praticien devra également prendre en considération un facteur important, à savoir le phénomène de désinvestissement. En effet, les deux entités juridiques qui décident de se fondre en une seule, peuvent avoir dans leur patrimoine les mêmes moyens opérationnels. À ce titre, le praticien devra donc imputer les facteurs financiers applicables afin de bien gérer cet élément de la transaction qui pourrait s'avérer extrêmement dommageable à l'acquisition projetée. Un deuxième élément non négligeable est le facteur que l'on retrouve

aussi bien au niveau de l'acquisition d'actions pure qu'au sein de la fusion, c'est-à-dire l'harmonisation des cultures de gestion. À ce titre, le praticien verra à prévoir dans sa phase préliminaire d'opération à réorganiser et bien identifier les tâches au niveau du personnel afin d'éviter tout imbroglio et de permettre aux ressources humaines d'atteindre les objectifs projetés pour l'entreprise.

#### **4. LA COENTREPRISE :**

La coentreprise constitue certainement l'un des véhicules les plus intéressants eu égard aux transactions internationales. A titre de véhicule juridique d'acquisition, elle permet de diminuer les frais reliés aux activités commerciales en territoire étranger dû fait qu'elle se situe à mi-chemin entre le concept d'une filiale en propriété exclusive en sol étranger et l'exportation dans sa voie la plus simplifiée.

Comme nous l'avons vu, le choix de la coentreprise permet à l'investisseur d'accentuer les avantages concurrentiels, tels s'allier les ressources financières, technologiques, humaines et autres qui peuvent maximiser les chances de réussite de son projet d'affaires en sol étranger. Bien que ce véhicule n'empêche pas les risques politiques ou économiques reliés aux transactions internationales, il agira certainement plus efficacement à titre de bouclier face aux obstacles liés à l'exploitation d'une entreprise en pays étranger. Par sa flexibilité juridique (que ce soit sous forme contractuelle ou autrement), elle est peut-être mieux armée à faire face à l'ensemble des imprévus. Elle a comme principale avantage de diminuer dans l'ensemble les facteurs de risque et de s'allier un partenaire local qui a une connaissance suffisante du territoire et de ses intervenants, facteur non négligeable en matière internationale.

Soulignons, par contre, que le principal désavantage est certainement le processus décisionnel qui est plus lourd et qui nécessite généralement une plus grande planification.

Par ailleurs, la coentreprise peut également s'adjoindre un partenaire public dont l'état ou une société d'état, ce qui fait en sorte que les risques d'expropriation deviennent presque nuls, les sources de financement peuvent être grandement facilitées avec des autorisations spécifiques à cet effet, que ce soit au niveau du bureau de change, de l'appareil gouvernemental en général et des relations avec les fonctionnaires d'état. L'émission de différents permis et même la modification de la législation locale ou la création de projets de loi pour faciliter l'investissement étranger peuvent être adoptés presque sur mesure pour la coentreprise avec ce type de partenaire. Ainsi, des zones franches ou des congés fiscaux peuvent être également garantis de façon plus rapide. Il est clair qu'en cas de mésentente, la coentreprise pourrait se voir anéantie et l'investisseur peut voir ses affaires mises en péril dans l'ensemble du territoire après sa mésaventure. La dissolution ou la fin de la coentreprise peuvent être également ardues en cas de mésentente car plusieurs appels d'offres ou types de soumission pourraient être requis du partenaire étatique afin de liquider la coentreprise.

## **5. RÉSUMÉ :**

En conclusion, l'ensemble des véhicules juridiques ci-avant présentés et leur sélection pour fins d'acquisition d'entreprise sont directement reliés aux objectifs convoités par l'entrepreneur. Comme le lecteur aura pu le constater, il n'existe pas de mécanisme d'acquisition supérieur à un autre et nous ne pouvons dégager de ce travail une telle conclusion. Par ailleurs, il est évident qu'à première vue, la coentreprise peut s'avérer un mécanisme extrêmement important et intéressant pour pénétrer un territoire étranger. Le choix du véhicule juridique sera donc directement relié au type de projet, sa durée et les objectifs à court, moyen et long terme que se dotera l'entrepreneur face à son projet d'expansion international.

Bref, étant donné que l'acquisition au sens large, quelque soit le véhicule sélectionné, a pour objectif la continuation des opérations afin d'atteindre des objectifs préétablis, les ressources humaines seront mises à contribution dans cette nouvelle poursuite stratégique. Or, étant donné que différentes cultures organisationnelles se confronteront, celles-ci devront apprendre à développer une synergie afin d'atteindre les objectifs fixés. C'est pourquoi, une acquisition d'action, une fusion ou encore la création d'une coentreprise mettra en avant plan la gestion des ressources humaines. C'est pourquoi, pour le praticien et pour l'équipe dirigeante, il sera primordial de concevoir et de planifier l'après acquisition notamment au niveau de la restructuration des ressources humaines. Il faudra donc à cet effet consolider les équipes de travail, prévoir certains départs et travailler sur l'aspect de loyauté relativement à la nouvelle équipe de ressources humaines qui sera acquise en même temps que les autres aspects de la transaction.

## ANNEXE I

CONVENTION DE CONFIDENTIALITÉ<sup>227</sup>

Je soussigné, \_\_\_\_\_, agissant à titre de \_\_\_\_\_ pour la compagnie \_\_\_\_\_, reconnais et déclare que dans le cadre de l'examen des opérations et des affaires de la compagnie \_\_\_\_\_, je recevrai plusieurs documents et informations qui sont de nature absolument confidentielle. Toutes ces informations sont la seule et unique propriété de \_\_\_\_\_ et je reconnais que toute information, pièce, document, papier, pamphlet, estimé, dossier, cassette, disquette et autre outil pouvant contenir quelque information que ce soit au sujet de \_\_\_\_\_ de ses fournisseurs, de ses employés et de ses clients, sont la seule et unique propriété de \_\_\_\_\_ et doivent être maintenus confidentiels en tout temps pendant mon étude et après. Je prends le même engagement pour et au nom des employés de \_\_\_\_\_ de même que des professionnels de \_\_\_\_\_ à qui je devrai transmettre ces informations pour fins d'analyse du dossier.

Je n'utiliserai pas et mes représentants n'utiliseront pas également les renseignements confidentiels pour d'autres fins que pour analyse de la présente transaction et nous ne divulguons pas les renseignements confidentiels ainsi obtenus.

En cas d'infraction à la présente entente de confidentialité, je reconnais que \_\_\_\_\_ pourra obtenir des dommages et intérêts ou encore demander l'émission d'une injonction à l'égard de toute personne ayant contrevenu audit engagement de confidentialité.

227

Pour d'autres types d'ententes de confidentialité, voir P. Vachon, *supra* note 1 aux pp. 775 et ss.; Roy et S. Landry Maltais, *supra* note 60 aux pp. 11 et ss.

Par ailleurs, je reconnais également qu'en cas de retrait d'une partie à la présente négociation, je retournerai tous les documents que j'ai reçus dans un délai de quinze (15) jours accompagnés d'un affidavit à l'effet qu'aucune copie n'est en ma possession ou en la possession de quelque personne que je représente.

ET J'AI SIGNÉ À \_\_\_\_\_, CE \_\_\_\_\_<sup>IÈME</sup> JOUR DU MOIS  
DE \_\_\_\_\_ 200\_\_.

\_\_\_\_\_  
(Signature)

**ANNEXE II**

**AIDE-MÉMOIRE POUR LA  
VÉRIFICATION DILIGENTE**

**Postes analysés**

**I. ENTREPRISE**

**a) Organisation opérationnelle**

1. Historique
2. Type d'activité commerciale
3. Réputation de l'entreprise
4. Organigramme corporatif
5. Part du marché
6. Méthode d'approvisionnement
7. Méthode de distribution
8. Type d'administration de l'entreprise
9. Type de gestionnaire
10. Localisation des succursales et filiales ainsi que des équipements
11. Forces et faiblesses

**b) Structure corporative**

1. Livre des procès-verbaux incluant : certificat de constitution, statuts de modification, statut de fusion, avis de siège social, avis d'administrateur, règlement, procès-verbaux des assemblées du conseil, procès-verbaux des assemblées des actionnaires, registre des valeurs mobilières, registre des actionnaires, registre des administrateurs, rapport annuel, certificat de conformité, certificat d'actions émis, déclaration de dividende
2. Rachat d'actions : employé, dirigeant, autre
3. Autre point de débenture et autres titres convertibles, échangeables
4. Convention entre actionnaires
5. Convention entre compagnies affiliées
6. Mécanismes relatifs au mode de paiement pour la souscription d'actions

7. Mémoire corporatif et fiscal relatif à la réorganisation de la compagnie, le cas échéant
8. Débenture ou autre titre convertible ou échangeable consenti sur les actions de toute catégorie en cours et sur les actions émises et non émises

**c) Informations financières**

1. Tableau des ventes mensuelles par catégorie de produits pour une période de deux (2) ans
2. Budget pour l'année courante et les rapports mensuels les plus récents
3. États financiers avec commentaires des vérificateurs incluant la description de chacun des éléments du bilan
4. Analyse financière des ventes (clients, produits, quantité, prix), du coût des ventes (matières premières, frais de fabrication, frais d'administration, frais de recherche et de développement, crédits d'impôt)
5. États financiers internes et externes vérifiés
6. Compte fournisseur, délai de paiement, escomptes de caisse ou de volume
7. Politique de dividendes
8. États des actifs et des passifs

**d) Fiscalité**

1. Rapport à la structure corporative
2. Les déclarations d'impôts sur le revenu et avis de cotisation des dernières années
3. Les dates des dernières vérifications fiscales
4. Structures des impôts applicables et taxes foncières
5. Crédit d'impôt applicables et taxes foncières
6. Choix fiscaux adaptés

**e) Ressources humaines**

1. Contrat d'emploi
2. Plan de rémunération et de bonification
3. Plan de participation aux profits :
  - i) employés
  - ii) dirigeants
4. Plan de retraite
5. Tous les documents relatifs au plan de participation ou

- bénéfice d'assurance santé, maladie, invalidité, etc.
- 6. Plan de formation du personnel
- 7. Liste descriptive des employés cadres, des conditions de renvoi, description de leurs fonctions
- 8. Convention collective
- 9. Syndicalisation
- 10. Liste et historique de tous les griefs
- 11. Liste des descriptions des conditions d'emploi de tout employé
- 12. Vacances, congé, etc.

**f) Profil de l'employé**

- a. Horaire de travail
- b. Temps supplémentaire
- c. Rotation du personnel
- d. Sécurité et santé au Travail
- e. Relations de travail
- f. Programme de formation
- g. Évaluation psychologique des principaux dirigeants
- h. Accords de confidentialité auxquels les employés ou leurs actionnaires sont partie

**II POSITIONNEMENT DE L'ENTREPRISE**

- 1. Indicateur de performance
- 2. Évaluation de la compétitivité
- 3. Production, livraison et réception
- 4. Procédé, capacité de fabrication
- 5. Gestion des rebuts
- 8. Évolution de la technologie de fabrication
- 9. Gestion des pièces de rechange

**a) Immeubles**

- 1. Condition – état
- 2. Localisation
- 3. Charges : hypothèque, entretien, taxes, location, budget éventuel d'exploitation d'immobilisation
- 4. Personne responsable à l'interne et ou nom du gestionnaire externe
- 5. Évaluation municipale et d'experts

6. Titre et rapport d'examen des titres des immeubles, toute correspondance relative à la contestation de titre, servitude ou autres

### **III ACHALANDAGE**

1. Description de la clientèle
2. Indice de croissance

### **IV PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

1. Type de propriété intellectuelle
2. Conformité des propriétés intellectuelles
3. Enregistrement des marques de commerce dans le pays concerné et au sein des autres territoires à protéger
4. Contrat de licence de distribution ou de fabrication octroyée ou reçue et en vigueur
5. Droit d'auteur, brevet
6. Nécessité de protection dans d'autres pays
7. Date de protection
8. Type de redevance

### **V. PRODUITS DE L'ENTREPRISE**

#### **a) Les produits**

1. Description des produits
2. Matière première utilisée
3. Avantage concurrentiel
4. Cycle de vie
5. Mécanisme en vigueur pour contrôle de la qualité
6. Conditions d'importation et d'exportation

#### **b) Les prix**

1. Politique de prix
2. Coût de transport
3. Coût de dédouanement
4. Évolution des prix
5. Escompte volume

#### **c) Distribution**

1. Type de réseaux

2. Distribution géographique
3. Vente par clients
4. Exclusivité

**d) Promotion**

1. Clientèle visée
2. Commercialisation
3. Support technique
4. Publicité

**e) L'offre**

1. Description et concurrents
2. Concentration des entreprises
3. Facteurs de localisation

**f) La demande**

1. Évolution du marché
2. Historique du marché
3. Évolution future du marché
4. Principale barrière affectant la demande
5. Variation saisonnière et cyclique

## **VI CLIENTÈLE ET FOURNISSEURS**

1. Liste de tous les clients passés, présents et potentiels incluant la nature des prestations fournies par les compagnies ou par les fournisseurs
2. Contrats résiliés ou en cours avec les clients et fournisseurs des compagnies
3. Examen des contrats en vigueur
4. Vérification des garanties octroyées à la clientèle et octroyées par les fournisseurs
5. Délai de livraison et de réception

## **VII ENVIRONNEMENT**

1. Législation et réglementation locale
2. Historique des plaintes
3. Impact sur la santé : client et employé
4. Dénonciation de toute lettre reçue par les autorités gouvernementales ou autres

## VIII ASSURANCE

1. Type d'assurances
2. Historique des réclamations
3. Coûts

## IX LITIGES

1. Historique des litiges avec les employés
2. Historique des litiges avec les clients
3. Historique des litiges avec les fournisseurs
4. Historique des litiges avec les autorités gouvernementales
5. Risque de litige ou en cours
6. Opinion

## X LOIS APPLICABLES

1. Loi sur la main-d'œuvre
2. Loi fiscale
3. Loi sur la concurrence
4. Investissements étrangers
5. Loi sur l'environnement
6. Loi sur l'importation et douanes (permis)
7. Loi sur la coentreprise
8. Loi sur les valeurs mobilières : juridiction, bourse
9. Loi constitutive du vendeur et nomenclature des filiales

## XI ÉTATS DES CONTRATS

### a) Bancaire

1. Nom des institutions, personne en charge du compte
2. Type de financement et durée
3. Cautionnement personnel ou par une filiale
4. Charge consentie (hypothèques ou autres)

### b) Propriété intellectuelle (licence, agence)

### c) Location (meuble, crédit-bail, immeuble, bail, défaut, arrérage)

### d) Distribution

- e) Agence
- f) Clients et fournisseurs (exclusivité ou autre)
- g) Gouvernementaux

## XII MATIÈRE INTERNATIONALE

1. Conversion de la monnaie
2. Transfert technologique
3. Éducation et coût de la main-d'œuvre
4. Fluctuation monétaire
5. Situation politique
6. Situation socio-économique
7. Type de financement disponible
8. Présence d'ambassades ou de consulats
9. Mécanisme de la protection de la propriété intellectuelle
10. Réputation de l'entreprise
11. Compatibilité des styles de gestion
12. Facilité de communication (langage)
13. Importation (permis)
14. Exportation (permis)
15. Droits de douane à l'exportation et à l'importation
16. Zone franche
17. Accords et libre-échange
18. Taux de change
19. Partenaires gouvernementaux
20. Facilités d'approvisionnement
21. Assurance
22. Risques politiques et autres
23. Secteur étatique protégé
24. Détermination de la devise selon les transactions
25. Lois locales concernant l'acquisition de l'entité visée :
  - a) sur la coentreprise
  - b) sur l'incorporation au niveau nationale : obligation d'un partenaire local
  - c) sur l'investissement et le retrait de capitaux étrangers
  - d) vérification des lois et traités internationaux auquel le pays hôte est membre (propriété intellectuelle, exécution des jugements, mécanismes fiscaux et douanes, etc.)
26. Us et coutumes (droit à des clauses de pénalité, intérêts)
27. Point de détermination du forum adéquat en cas de litige

28. Personne locale ressource (juriste, fiscaliste)
29. Au niveau du développement du pays, infrastructure routière, maritime, aérienne
30. Degré de corruption du pays et de ses intervenants
32. Taux de criminalité et risque de terrorisme ou d'atteinte à la vie
33. Nécessité de faire adopter de nouvelles normes législatives afin de rendre possible le projet d'acquisition
34. Nécessité d'obtention d'un permis de travail pour résident étranger

## **ANNEXE III**

### **AIDE-MÉMOIRE POUR LA RÉDACTION D'UN CONTRAT DE COENTREPRISE**

#### **A. STRUCTURE DE LA COENTREPRISE : ALLIANCE STRATÉGIQUE, JOINT VENTURE CONTRACTUEL AVEC GÉRANCE OU INCORPORATION :**

La forme du Joint Venture dépendra essentiellement du niveau de compatibilité entre les partenaires et de la complexité du projet initié entre eux. On privilégiera l'alliance ou le joint venture contractuel lorsque les participants seront assez autonomes au niveau de leur expertise et que lorsque la loi nationale n'oblige pas qu'il y ait un partenaire local. Le joint venture incorporé deviendra essentiel lorsqu'il y aura une application nationale de la présence exigée d'une entreprise locale associée à un étranger. L'incorporation du Joint Venture pourra être aussi nécessaire selon le choix fiscal des sociétés ou incorporations qui formeront la coentreprise.

S'il y a incorporation de la coentreprise, il sera utile d'indiquer le nom de la coentreprise à être créée et décrire également le type d'activités commerciales que la coentreprise exercera au sein du territoire.

#### **B. LE NOM DU JOINT VENTURE :**

Le nom choisi pour le joint venture, le cas échéant, devra faire abstraction de toute confusion possible au niveau de l'aspect linguistique local ou international. En effet, il faut sélectionner avec soin le nom de la coentreprise pour qu'il n'y ait pas de définition ou d'interprétation qui pourrait nuire aux activités commerciales de l'entreprise eu égard à la langue employée sur le territoire visé. De ce fait, toute utilisation de logo corporatif ou de nom commercial devra être sélectionné avec soin par le praticien pour ne pas irriter la religion ou encore certaines croyances locales au sein des différents intervenants évoluant dans le territoire ou s'installera la coentreprise.

**C. DÉTERMINATION DES FORCES ET FAIBLESSES DE CHACUN DES INTERVENANTS ET LES APPORTS RECHERCHÉS POUR CEUX-CI :**

Il s'agira à ce stade-ci de voir si le choix des partenaires est pertinent au niveau de l'intégration au sein du joint venture. En effet, les aspects techniques, financiers, l'emplacement géographique d'un partenaire, et sa connaissance du réseau de distribution ou de l'aspect législatif du pays hôte procureront des avantages à l'ensemble de la coentreprise et se répercuteront également sur les différents acteurs constituant le noyau de la coentreprise.

**D. OBJECTIFS DU JOINT VENTURE ET ACTIVITÉS COMMERCIALES :**

Il s'agira de décrire de façon spécifique les objectifs visés par le joint venture et ses activités commerciales. A ce titre, il sera important de bien définir ces aspects afin de déterminer quel rôle chacun des intervenants jouera à l'intérieur du joint venture.

**E. POSITION INITIALE DE CHACUN DES INTERVENANTS :**

Il faudra établir en plus des apports de chacun des participants leur position stratégique face à la coentreprise à moyen et à long terme. Le juriste devra également évaluer si les intervenants ont des biens propres tels des équipements, des propriétés intellectuelles qui leur seront toujours dévolus et qui ne transféreront jamais dans le patrimoine distinct du joint venture. Il faudra pour ce faire préparer les documents nécessaires telle que les contrats de licence ou de confidentialité spécifique.

**F. FINANCEMENT DU JOINT VENTURE :**

Il faudra établir le montant en capital requis par chacun des intervenants. Il faudra également établir un mécanisme de refinancement soit par financement privé, injection supplémentaire des participants et tous les paramètres qui s'y rattachent incluant l'établissement du partage des profits ou des pertes.

**G. SÉLECTION DE L'INSTITUTION OU DES INSTITUTIONS BANCAIRES LOCALE ET INTERNATIONALES ET DES PROFESSIONNELS EXTERNES TELS LES AVOCATS ET LES COMPTABLES :**

Il faudra peut-être prévoir la quantité de vote requise afin de déterminer ces différents intervenants. Il est suggéré d'être à l'unanimité ou encore au moins à deux tiers des votes en ce qui a trait à la détermination de ces éléments.

**H. DÉTERMINATION DE LA PÉRIODE FISCALE :**

Ceci appartient à la pure discrétion des parties et à leurs conseillers fiscaux et elle est généralement déterminée selon le secteur commercial dans lequel évoluera la coentreprise.

**I. DÉTERMINATION DES FACTEURS DE RETRAITS OU DE DÉFAUTS :**

Enfin, notons que le praticien pourra inclure pour les causes de résiliation automatiques de la coentreprise les facteurs comme les guerres, rébellions, catastrophes naturelles, embargos, faillite de l'un des intervenants ou encore son incapacité à agir, sa vente ou encore sa dissolution ou encore, comme mentionné auparavant, le retrait de l'un des partenaires feront en sorte de mettre en application soit la clause de défaut ou encore la clause de résiliation, etc.

**J. DURÉE DU JOINT VENTURE ET RENOUVELLEMENT :**

Il faudra prévoir dans cette section le terme du joint venture, à savoir sa dissolution pour cause de réalisation de leurs objectifs communs ou au niveau de la survenance d'une clause de défaut ou d'un facteur de résiliation.

**K. ASPECT ORGANISATIONNEL ET DÉCISIONNEL DU JOINT VENTURE :**

- Identification des personnes ayant le droit de vote
- Nombre et désignation du conseil d'administration et du gérant
- Type de vote
- Type d'assemblée requise
- Endroit de l'assemblée
- Droit péremptoire

- Droit du président du conseil d'administration
- Pouvoirs du conseil d'administration

**L. ASSURANCE :**

Il faudra prévoir des assurances responsabilités et des personnes désignées.

**M. EMPLOYÉ DU JOINT VENTURE :**

Il faut prévoir le choix des employés, leur salaire, l'obtention de permis de travail pour les employés étrangers et les clauses de non concurrence et de non sollicitation.

**N. RESTRICTION AUX ACTIVITÉS DES MEMBRES DU JOINT VENTURE :**

Il faudra prévoir dans cette section le fait que les coûts des intervenants ne pourront faire concurrence au joint venture.

**O. CLAUSE DE CONFIDENTIALITÉ :**

Il sera important pour le praticien d'établir quelles seront les informations considérées confidentielles ainsi que les paramètres et les conséquences du défaut entre les parties. À ce titre, il faudra également prévoir le retour de tous les documents sous quelque forme que ce soit aux personnes ou entités qui détiennent la propriété de ces informations à caractère confidentiel.

**P. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE**

L'avocat, à titre d'architecte du contrat de coentreprise, devra prévoir des facteurs comme la recherche et le développement, le transfert de propriété intellectuelle ou de licence d'utilisation d'un savoir-faire particulier, mais également des clauses de protection desdites connaissances intellectuelles eu égard à l'éventualité ou à l'avènement d'une cessation des opérations de la coentreprise, d'une dissolution ou encore de son retrait ou du retrait d'un de ses partenaires pouvant jouir d'un contrat de licence.

**Q. LOIS APPLICABLES, CLAUSE D'ARBITRAGE ET FORCE MAJEURE**

À cet égard, il faudra prévoir déjà le forum d'application pour les litiges à survenir entre les parties. Par ailleurs, autre que l'identification d'une loi applicable ou encore l'obligation de soumettre tout litige à une clause d'arbitrage. Les parties pourront également indiquer qu'advenant une impasse entre les parties, il y aura dissolution de la coentreprise, ou encore la rachat de certaines actions de la part d'un intervenant envers un autre ou encore la vente pure et simple des affaires de la coentreprise, le cas échéant.

**R. ASPECT FISCAL :**

Considérer la taxation étrangère et nationale de chacun des partenaires en relation avec le transfert technologique, récupération des profits, etc.

## BIBLIOGRAPHIE

### LÉGISLATION CITÉE

#### Textes fédéraux

*Loi de la concurrence*, L.R.C. 1985, C-34.

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C.-44.

*Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, L.R.C.1998, ch. C.-45.2 ch. 34.

*Loi sur les licences d'exportation et d'importation*, L.R.C. (1985), ch. E-19.

*Loi de l'impôt sur le revenu du Canada*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5<sup>e</sup> suppl.).

*Loi sur l'investissement Canada*, L.R.C. 1985, C. I-21.8.

*Loi sur les brevets*, L.R.C. 1985, ch. P-4, art. 2.

#### Textes québécois

*Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, L.R.Q., c. C-12.

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64.

*Loi sur les compagnies*, L.R.Q., c. C-38.

*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., c. V-1.1.

### JURISPRUDENCE CANADIENNE CITÉE

*9002-5057 Québec Inc. c. Binette*, J.E. 2001-528 (C.S.).

*Abattoir Mineault Ltée c. Mineault*, B.E. 2001BE-196 (C.Q.).

*Allen Ltée Lamarre c. T. Eaton Co. of Montreal* (1928), 44 B.R. 112

*Anastasiu c. Gestion d'immeubles Belcourt inc.*, [1999] R.J.Q. 3068 (C.Q.) REJB 99-15228 (C.Q.)

*Aselford Martin Shopping Centres Ltd c. A.L. Raymond Ltée*, [1990] R.J.Q. 1971 (C.S.).

*Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.

*Banque Royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61 (C.S.).

*Banque Nationale du Canada c. Houle*, [1987] R.J.Q. 1518 (C.A.) conf. par [1990] R.C.S. 122.

*Baril c. 2856-0944 Québec inc.*, J.E. 2001-581 (C.S.).

*Beaudoin Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2.

*Bédard Louis inc. c. Papa*, J.E. 2000-2160 (C.S.), REJB 2000-20596 (C.S.).

*Bertrand c. Racicot*, [1985] R.D.J. 418 (C.A.).

*Besnier c. Solution Maximax Inc.*, J.E. 2001-627 (C.Q.).

*Birdsall Inc. c. In Any Event Inc.*, [1999] R.J.Q. 1344 (C.A.).

*Bissonnette c. Banque Nationale du Canada*, J.E. 92-993 (C.A.).

*Bouclair inc. c. Gagnon Frères (Immeubles) inc.*, 2001BE-176 (C.S.).

*Bourbouin c. Savard*, (1926) 40 B.R. 68.

*Cadbury Shweeps Inc. c. Aliment FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142.

*Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, J.E. 85-943 (C.S.).

*Cam-spec international inc. c. Dominino Textile inc.*, [2000] R.D.I. 641 (C.S.), REJB 2000-20951 (C.S.).

*Club de voyages Aventure (group) inc. c. Club de voyages Aventure inc.*, J.E. 99-1435 (C.S.), REJB 99-1435 (C.S.).

*C.M.H.C. c. Graham* (1973), 43 D.L.M. (3D686).

*Compagnie France Film inc. c. Imax Corp.*, J.E. 2002-5 (C.A.), REJB 2001-28043 (C.A.).

- Consortium de la nutrition ltée c. Aliments Parlamat inc.*, J.E. 2001-338 (C.S.).
- Crealise Packaging Inc./Créalise Conditionnement Inc. c. ASM Canada Ltd*, J.E. 97-1383 (C.S.).
- Desjarlais (succession de) c. Sénécal*, [1989] R.L. 557 (C.A.).
- Dolly Varden Mines Ltd c. Sunshine Exploration*, [1970] R.C.S. 2.
- Droit de la Famille – 1604*, [1992] R.D.F. 389 (C.S.).
- Droit de la Famille – 2985*, [1998] R.D.F. 320 (C.S.).
- Drouin c. Électrolux Canda Ltée*, [1988] R.J.Q. 950 (C.A.).
- Dunn C. c. Wightman*, [1995] R.J.Q. 2210 (C.S.).
- Entreprises Steve Sauvé inc. c. 9023-1721 Québec Inc.*, J.E. 2001-205 (C.S.).
- Foisy c. Bell Canada*, [1984] C.S. 1164.
- Gagnon c. Malouin*, J.E. 90-1695 (C.A.).
- Galleries de la Capitale inc. c. Entreprises Thurbide et Potvin inc.*, C.S.Q n° 200-05-011964-991, le 11 juillet 2000.
- Gignac c. Radio Futura Ltée*, [1986] R.J.Q. 866 (C.S.).
- Gilles E. Néron Communication marketing inc. c. Chambre des notaires du Québec*, [2000] R.J.Q.1787 (C.S.), REJB 2000-18844 (C.S.).
- Godbout c. Provisoir inc.*, [1986] R.L. 212 (C.A.).
- Guertin c. Entreprises J.J.P. inc.*, [1998] R.R.A. 399 (C.A.)
- Industries Dettson Inc. c. Germains Courchesne et al.*, C.S.Q. 500-05-010790-045, le 17 novembre 2000.
- J.S. Finance Canada inc. c. J.S. Holding S.A.*, J.E. 99-1067 (C.A.).
- Jutras c. Société Radio-Canada*, [1998] R.L. 294 (C.S.).
- Kingsway General Insurance Co c. Komatsu Canada Ltée*, [1999] R.J.Q. 2715 (C.S.).
- Koné inc. c. Dugré*, J.E. 91-1392 (C.S.);

- Lac Minéral Ltée c. International Corona Resources Ltd*, [1989] 2 R.C.S. 574.
- Langlois c. Farr inc.*, [1988] R.J.Q. 2682 (C.A.).
- Latreille Automobile Ltée c. Volvo Canada Ltd*, [1978] C.S. 191.
- Marchands unis inc. c. Prise Waterhouse ltée*, [1996] R.R.A. 71 (C.A.)
- Marcotte c. Assomption Cie Mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102.
- Miller c. Blouin* (1940), 78 C.S. 1997.
- Ministère des Finances c. Succession Mann* (1972), 5 W.W.R. 23 à 27; (1972) C.T.C. 561 (C.S.C.-B.).
- Montréal (Ville de) c. Donasorium Production inc.*, [1999] R.J.Q. 2563 (C.A.).
- Nova-Scotia Pharmaceutical Society et al*, [1992] 2 R.C.S. 606.
- Oppenheim G.M.B.H. c. Lexus Maritimes inc*, J.E. 98-1582 (C.A.); REJB 98-07102 (C.A.).
- Placements Jean-Claude Gagnon inc. c. Bégin*, J.E. 90-78 (C.S.).
- Realise packaging inc. & Realise conditionnement inc. c. A.S.M. Canada Ltée*, J.E. 97-1383.
- Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec c. Fédération des producteurs de porcs du Québec*, J.E. 97-1356 (C.A.).
- Ross c. Ross* (1896), 25 R.C.S. 307.
- Royal Bank of Canada c. Meyer* (1991), 11 Q.A.C. 317.
- Service télévision Arvida c. Allaire*, J.E. 2002-394 (C.S.) décision portée en appel .
- Sinto Laurentides inc. c. Brennan*, J.E. 2000-1488 (C.S.), REJB 2000-19820 (C.S.).
- Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1500 c. Hydro-Québec*, [1993] C.T./TT.83.
- Spar Aerospace Ltd c. American Mobile Satellite Corporation*, J.E. 98-2067 (C.S.).

*Trikon Technologies inc. c. Germain*, J.E. 2001-754 (C.Q.), D.T.E. 2001T-349 (C.Q.), REJB 2001-24290 (C.Q.)

*Tri-tex Co. Inc. c. Gideon*, [1999] R.J.Q. 2324 (C.A.).

*Wrebbit inc. c. Benoit*, [1998] R.J.Q. 3270 (C.S.).

## JURISPRUDENCE ÉTRANGÈRE CITÉE

*Faccenda Chicken Ltd. c. Fowler*, (1906) 1 All E.R., 617.

*Salmon Enrg. Co. Ltd v. Campbell Enrg Co. Ltd.*, [1963] 3 All E.R. à la p. 413.

## DOCTRINE CITÉE

### Ouvrages

AGMON, T. N. et M. A. Von Glinow, *Technology transfert in international business*, New York, Oxford University Press, 1991.

ALBO, W. and A.R. HENDERSON, *Mergers & acquisitions of privately-held businesses*, 2<sup>nd</sup> ed., Toronto, CICA, 1989.

ANTAKI, N., *La filière du contrat international*, Montréal, Les Publications du Québec, 1994.

ASH, B., *Gestion internationale de l'entreprise*, Paris, Dallozs, 1978.

BÉGIN, J., *Arbitrage commercial international*, Montréal, Université McGill, 1987.

BENDANIEL, D.J. and A.H. Rosenbloom, *International M&A, joint ventures, and beyond : doing the deal*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1998.

BIBLER, R.S., *The Arthur Young management guide to mergers and acquisitions*, New York, John Wiley & sons, 1989.

BOUCHER, L. G., *La vente en bloc*, Montréal, Thélème, 1985.

BOURQUE, S., *La nouvelle Loi sur la concurrence*, Cowansville, Yvon Blais, 1999.

BOURQUE, S., dir., *La nouvelle loi sur la concurrence, Analyse et commentaires*, Cowansville, Yvon Blais, 1989.

BYRD, C.E., *Les regroupements d'entreprises et les participations permanentes : l'opinion canadienne*, Hamilton, éd. Société des comptables en management du Canada, 1980.

CAMPBELL, I. R., *Canada valuation service*, Toronto, Carswell, 1998.

CAMPBELL, I. R., LOW, R. B. et MURRANT N. V., *The valuation and pricing of privately – held business interests*, Toronto, CICA, 1999.

CHOUINARD, S. et C. DESMEULES, *Fusions et acquisitions : l'effet du caractère privé d'une PME sur l'accessibilité aux moyens d'expansion*, Faculté de Droit de l'Université Laval, 1999.

COOKE, T.E., *International mergers and acquisitions*, Oxford, Blackwell, 1988.

CORNISH, D. È., *Licensing Intellectual Property 1995*, Toronto, Carswell, 1995.

CÔTÉ, R., « Les gentlemen agreements à l'aire technologique » (1989) 34 R. de D. McGill 336.

DALPÉ, J. *Le droit et vous un guide pratique*, texte de la vérification diligente du 24 novembre 1995.

DAVIS, T. R.M., *L'achat et la vente d'une entreprise : documents relatifs à l'achat d'une entreprise/l'impact du nouveau code civil*, Institut Canadien, 8 juin 1994.

DELORME, P., *Droit civil avancé*, D.R.T. 6800-D, Contrats complexes, Université de Montréal, 1996-1997.

DEMERS, R., *Le Financement de l'entreprise – aspects juridiques*, Sherbrooke, éd. Revue de droit – Université de Shrebrooke, 1985.

DENIS, C.G., *Le financement public de l'entreprise québécoise*, Montréal, éd. Agence d'arc, 1980;

DRAWS, B., *La firme multi-nationale face aux risques*, Paris, Presse universitaire de France, 1980.

DUANE, H.R., *Overseas acquisitions and mergers : combining for profits abroad*, New York, Praeger, 1986.

FABIEN, C., « *Le nouveau droit du mandat* » dans *La réforme du Code civil, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec*, Les Presses de l'Université Laval, 1993.

FERNAND L., *Corporate structure, Finance and operations*, vol. 8, Toronto, Carswell, 1995.

FORTIN, C., *Acheter ou revendre votre petite entreprise au meilleur prix*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1992.

GAGNON, J. H. et BISSON, M., *La relation d'association dans une entreprise incorporée : aspects pratique, légal, contractuel et fiscal*, Montréal, Agence d'ARC, 1981.

GERINGER, J.M. and J.P. KILLING, *Joint venture partner selection : strategies for developed countries*, New York, Quorum Books, 1988.

GOUDREAU, M., G. BISSON, N. LACASSE et L. PERRET, *Exporter notre technologie : protection et transfert internationaux des innovations*, La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995.

GRENIER, R.J., *Hypothèques sans frontières: A Vermont Practitioner's Perspective of Quebec's New Civil Code in Light of the American Experience* dans Congrès annuel du Barreau du Québec (1994), Montréal, S.F.P.B.Q., 1994.

HALL, R.D., *The international joint venture*, New York, Praeger, 1984. HENDERSON, J.F., *Bottom law of Canada*, Toronto, Carswell, 1994.

INSIGHT EDUCATIONAL, *Fusions et acquisitions : stratégies juridiques et financières*, Ontario, 1988.

INSIGHT FORMATION INC., *Fusions et acquisitions : la vague nous revient*, Ontario, 1994.

INSIGHT FORMATION INC., *Tax and other aspects of buying and selling a business : implenting the successful transaction*, Ont. 1993.

INSIGHT PRESS, *value in the acquisition and divestiture of privately held business*, Mississauga, Ont. 1989.

INSIGHT PRESS, *L'achat et la vente d'une entreprise, ou, comment en avoir pour son argent*, Mississauga, Ont., 1990.

INSTITUT CANADIEN, *L'achat et la vente d'entreprise*, Toronto, 1994.

- INSTITUTE ON CONTINUING LEGAL EDUCATION, *Business law : employment issue on the purchase and sale of a business*, 1988.
- JOBIN, P.-G., *Vente d'entreprise dans Réforme du Code civil*, vol.2, Barreau du Québec et Chambre des notaires, Québec, P.U.L., 1993.
- KARIM, V., *Les contrats de réalisation d'ensembles industriels et le transfert de technologie*, Montréal, Yvon Blais, 1987.
- KATZ, M. and R.M. LOEB, *Acquisitions and mergers 1982 : recent developments and techniques*, New York, Practising Law Institute, 1982.
- KEENAN, M. and L.J. WHITE, *Mergers and acquisitions : current problems in perspective*, Lexington, Lexington Books, 1982.
- KILLING, J.P., *Strategies for joint venture success*, London, Croom Helm, 1983.
- KRATZ, M. P.J., *Canada's Intellectual Property Law in a Nutshell*, Toronto, Carswell, 1998.
- LACASSE, N. et L. PERRET, *La co-entreprise à l'étranger*, Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1989.
- LACASSE, N. et L. PERRET, *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, La Collection Bleue, Montréal, Wilson & Lafleur, 1991.
- LAMONTAGNE, D.-C., *Droit spécialisé des contrats, volume 2, Les contrats relatifs à l'entreprise*, Cowansville, Yvon Blais, 1999.
- LAMONTAGNE, D.-C., Lamontagne, *Droit spécialisé de contrats – les principaux contrats*, Cowansville, Yvon Blais, 2000.
- MACKAY, E. et Y. GENDREAU, *Législation canadienne en propriété intellectuelle / Canadian Legislation on Intellectual Property (2000)*, Toronto, Carswell, 1999.
- MARREN, J.H., *Mergers & acquisitions : evaluation handbook*, Homewood, Business, One Irwin, 1993.
- MARTEL, M. et P. MARTEL, *La compagnie au Québec, vol. 1 - Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur / Martel, 1999.
- MERCADEL, M. B. et M. P. JANIN, *Le contrat de consortium, Les contrats de coopération inter-entreprises*, Paris, Éditions Juridiques Lefebvre, 1974.

MONFETTE, M.-J., *Les facteurs permettant d'assurer le transfert d'une entreprise de façon efficace : Partie B*, dans Association de planification fiscale et financière, Congrès 95. Tome 2, Montréal, l'Association, 1996.

MORISSET, L., *Le guide pratique de l'inventaire*, Montréal, C.M.P., 1994.

NEWMAN, W.H., *Birth of a successful joint venture*, Lanham, University Press of America, 1992.

Ottawa, *La mondialisation des sociétés par le jeu des fusions et acquisitions*, Documents de recherche d'Investissement Canada, par Leonard Waverman, dir., Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Calgary, The University of Calgary Press, 1991.

PINEAU et al., *Théorie des obligations*, Montréal, Thémis, 1996.

QUÉBEC, Industrie, Commerce et tourisme Québec, *L'expansion de votre commerce par l'acquisition ou la vente*, par M. Hébert, 1982.

REITER, B.J. et M.A. SHISHLER, *Joint Ventures, Legal and Business Perspectives*, Toronto, Irwin Law, 1999.

RIVARD, R., *Aspects fiscaux de l'achat et de la vente d'une entreprise*, Insight Information Inc., Insight Press, Mississauga, Ont., 1990.

TAUBMAN, J., *The joint venture and tax classification*, New York, Federal Legal Publications, 1957.

U.Y.L.I.U.Y., *Legal framework for the international transfert of technology*, Thèse de doctorat, Ottawa, Université d'Ottawa, 1992.

VACHON, P., *La vente d'entreprise*, Montréal, Wilson & Lafleur/Martel, 1997.

VAUTOUR, A., *Le rêve devenu cauchemar la durée des déclarations en garantie et la clause d'indemnisation*, Développements récents en droit commercial, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

VUILLERMOZ, A., *La filière des contrats internationaux de transfert de technologie*, Québec, Les publications du Québec, 1992.

WAYNE, A. P. et HENDERSON, A. R., *Mergers and acquisitions of privately-held business*, Toronto, CICA, 1989.

WISE, R., « Valuing the target business » dans *Développements récents en droit commercial*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1996.

WOJATSEQ, T.C., *Joint venture in the law of the province of Quebec theoretical practical aspects*, Mémoire de maîtrise, Université de Montreal, 1979.

WOLF, R.C., *Effective international joint venture management : practical legal insights for successful organization and implementation*, Armonk, M.E. Sharpe, 2000.

### Articles

AUTEURS DIVERS, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle (1999)*, Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1999;

AUTEURS DIVERS, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (1995), Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1995;

AUTEURS DIVERS, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, (1991) Barreau du Québec, Service de la formation permanente, Cowansville, Yvon Blais, 1991.

ASSOCIATION CANADIENNE D'ÉTUDES FISCALES, « Implications fiscales relatives à l'achat et la vente d'une entreprise », Colloque sur la gestion fiscale 1984, Montréal, 1984.

BIENVENU, P., « Guide de rédaction des clauses d'arbitrage et de droit applicable contrats commerciaux internationaux » (1996) 56 R. du B. 39.

BLACK, J. D., « Fiscalité internationale » (1996) vol. 18, no. 4, R.P.F.S. 981.

BRAHM, R. A. et S. R. SALBU, « Strategic considerations in designing joint venture contracts » 1992 Colum. Bus, L. Rev.

BOUDREAULT, S., N. FOURNIER, K. GRIGNON et J. PELLETIER, « La fusion et l'acquisition dans la P.M.E. » (2000) R.J.E.U.L. 3 à la p.7.

COSSET, J.-C. and B. DOUTRIAUX DE LA RIANDERIE, « Political Risk and Foreign Exchange Rates : An efficient markets approach » (Fall 1985), 16 J. Int'l Bus. S. 22.

COSSETTE, P.A., « Les groupements momentanés d'entreprises (*joint venture*) : nature juridique en droit civil et en Common Law » (1984) 44 R. du B. 436.

DALPHOND, P.J., « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois » (1994) 54 R. du B. 35-94

DESJARDINS, Y., « La vente d'entreprise : une entreprise ardue » (1994-1995) 97 R. du N. 399.

GAGNON, H., « Éléments d'évaluation d'une entreprise » (1992) 1 C.P. du N. 257.

GOLDSTEIN, G., « La distribution et la franchise internationales en droit international privé québécois » (1998) 77 R. du B. can. 219.

GOLDSTEIN, G., « La fraude à la loi dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1997) 57 R. du B. 707.

GOLDSTEIN, G., « La représentation conventionnelle en droit international privé québécois » (1997) 57 R. du B. 213.

GOLDSTEIN, G., « Les règles générales du statut des obligations contractuelles dans le droit international privé du nouveau Code civil du Québec » (1993) 53 R. du B. 199.

GOLDSTEIN, G. et J.A. TALPIS, « La vente internationale d'entreprise en droit international privé québécois » (1996) 1 C.P. du N. 121.

GOLDSTEIN, G., TALPIS, J.A., « Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada (2ième partie) » (1996) 75 R. du B. can. 115.

GUILBEAULT, N., « *L'obligation de renseignement dans les contrats de vente internationale de marchandises* » (1997) 38 C. de D. 315.

GUILLEMARD, S., A PRUJINER et F. SABOURIN, « Les difficultés de l'introduction du forum *non conveniens* en droit québécois » (1995) 36 C. de D. 913.

GROFFIER, E., « La réforme du droit international privé québécois » (1992) 52 R. du B. 607.

HARRAS, S., « Principes d'évaluation d'actions d'une société privée » (1998), vol. 20, no. 4 à la p.667.

JODOIN, C. E., « Importation et exportation des connaissances technologiques » dans *Journée d'étude fiscale 1997*, Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1997.

KACZOROWSKA, A., « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale » (1995) 29 R.J.T. 427.

MARQUIS, L., « La bonne foi en droit commercial international uniforme à la lumière du paradigme culturel du développement » (1996) 26 R.D.U.S. 247.

MARQUIS, L., « La notion d'arbitrage commercial international en droit québécois » (1992) 37 R. de D. McGill 448.

MIRANDA, F. R., « Problems of Joint International Business Ventures » (1969-1970) 4 Int'l Law, 550.

PARK, W.W., et J. BAULSSON, « Arbitrage commercial et contrats internationaux » (1985) 45 R. du B. 215.

RACICOT, M., « Fiscalité internationale », 1998, vol. 20, no. 4, R.P.F.S. 763.

SALBU, S. R. et R. A. BRAHM, « Stategic consideration in designing joint venture contracts » (1992) Columb. Bus. L. Rev.

TAUBMAN, J., « What Constitutes a Joint Venture? » (1956) 41 Cornell L.Q. 640.

VAUTOUR, A., « Chronique. La notion d'entreprise, la vente d'entreprise : les problèmes et leurs solutions » (1996) 4 Repères 146.

ZORZI, A., « Transfert de technologie » (1998) 20:1 R.P.F.S. 13.

## **DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX**

BALDWIN, J. R. et GORECKI P. K., *Les fusions et le processus concurrentiel*, Ottawa: Statistique Canada, Direction des études analytiques, 1990.

COMMENTAIRES DU MINISTRE DE LA JUSTICE, Les Publications du Québec, 2 vol., 1993, tome I et II.

MCDUGALL, G., *The economic impact of mergers and acquisitions on corporations*, Ottawa, Industry Canada, 1995.

OTTAWA, Revenu Canada, bulletin d'interprétation IT303.

OTTAWA, Revenu Canada, « Exposé des principes sur l'évaluation de « biens mobiliers », Circulaire d'informations 89-3, 25 août 1989.

## **CONVENTIONS**

NATIONS-UNIES, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, adoptée le 10 juin 1958 par la Conférence des

Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international à New York (convention de New York).

## CONFÉRENCES ET COLLOQUES

ASH, B., *Gestion internationale de l'entreprise*, Paris, Dalloz, 1978

ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Achat-vente d'une entreprise », Colloques de l'association de planification fiscale et financière, v.50, Montréal, 1991.

ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, Colloque # 103: « Achat-vente d'une PME, Planification fiscale pour l'acheteur et le vendeur », Québec et Laval, 24 et 25 janvier 2001.

ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Capitalisation et financement de l'entreprise », Colloque de Association de planification fiscale et financière, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1991.

ASSOCIATION DE PLANIFICATION FISCALE ET FINANCIÈRE, « Planification corporative et financement d'entreprise : récents développements », Colloque / Association de planification fiscale et financière, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 1992.

ASSOCIATION QUÉBÉCOISE DE PLANIFICATION FISCALE ET SUCCESSORALE, « Achat et vente d'entreprise », Coll. Colloques de l'association québécoise de planification fiscale et successorale, v.023, Montréal, 1987. BATIFFOL, H., *Les contrats en droit international, privé et comparé*, Montréal, Université McGill, 1981.

BÉRIAULT, Y., D. CHÉNARD et ÉTIENNE DUBREUIL, Mini-colloque : « Les alliances internationales », Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 21 mars 2001.

BOUCHER, M., *Le transfert d'entreprise et ses effets en matière de financement*, dans Congrès annuel du Barreau du Québec (1994), Montréal, S.F.T.B.Q., 1994 aux pp. 1001.-773,774.

BUSSIÈRE, B., « Les conventions d'achats et de vente d'actions ou d'éléments d'actifs » dans Conférence : *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales - Comment blinder vos contrats*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000.

CONGRÈS DES RELATIONS INDUSTRIELLES, « Acquisitions ou fusions d'entreprises et emplois », 1989.

CÔTÉ, P.P. et C. DUBREUIL, *Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993.

COULOMBE, G., « Protocole d'entente : Stratégies et pièges » dans Conférence : *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Toronto, Insight press, 2000 aux pp. 3 et ss.

DALPÉ, J., *La vente en bloc*, dans Congrès annuel du Barreau du Québec (1992), Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992.

DOZOIS, P., « Achat-vente d'une entreprise : aspects légaux de l'achat-vente d'entreprises et vérification diligente », Montréal, Association de planification fiscale et financière, 11 septembre 1991.

GOLDSTEIN G, « L'interprétation du domaine d'application internationale du nouveau *Code civil du Québec* » dans P.P. Côté et C. Dubreuil, dir., *Les journées Maximilien-Caron 1992*, Montréal, Thémis, 1993.

PINCHAUD F. et B. KOUTSOGLIANNIS, *Contrats internationaux de transfert de technologie*, Barreau du Québec, Montréal, 13 avril 2000 [non publié].

PINCHAUD, F. et B. KOUTSOGLIANNIS, «The Problematic clauses in the drafting of licencing agreements » et « contrats internationaux de transfert de technologie », Mini-colloque sur la gestion stratégique de la propriété intellectuelle en matière de contrats internationaux pour le transfert de technologie et le contrat d'entreprise commune, Barreau du Québec, Montréal, 13 avril 2000 [non publié].

RICHER-LAFLÈCHE, E., « Rédaction de contrats internationaux » dans *Négociations et rédaction d'importantes conventions commerciales. Comment blinder vos documents*, Montréal, 6 et 7 novembre 2000, Insight press, 2000.

ROY, A. et S. LANDRY MALTAIS, *Texte Convention de confidentialité et de non-concurrence – Insight informations Co*, Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales, Conférence du 6 et 7 novembre 2000.

SAPP, N., *Introduction à la propriété intellectuelle II* dans Colloque du Barreau du Québec 2000, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 2000.

SÉNÉCAL, H., « Le financement et la structure de l'acquisition projetée », Conférence de la vente d'entreprise des 24 et 25 novembre 1995, Faculté de droit, Université McGill, Montréal, Insight, 1995.

## AUTRES SOURCES CONSULTÉES :

### DOCTRINE

#### Ouvrages spécialisés

#### Commerce international et droit international privé

CLAXTON, J. B., *Security on Property and the Rights of Secured Creditors under the Civil Code of Quebec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994.

GLENN, H.P., *Droit international privé*, dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil: Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires, t. 3, Sainte-Foy, P.U.L., 1993.

GLENN, H. P., *Droit international privé*, La réforme du Code civil, tome 3, Québec, P.U.L., 1993.

GOLDSTEIN, G., *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire: étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Montréal, Thémis, 1996.

GOLDSTEIN, G., GROFFIER, E., *Droit international privé*, Tome 1, Théorie générale, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

GOLDSTEIN, G. et E. GROFFIER, *Traité de droit civil, droit international privé, t.1, théories générales*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

GOLDSTEIN, G., J.A. TALPIS, *L'effet au Québec des jugements étrangers en matière de droits patrimoniaux*, Montréal, Thémis, 1991.

GROFFIER, E., *La terminologie du droit international privé: le langage savant ou cryptographie?* dans Mélanges Paul-André Crépeau, Cowansville, Yvon Blais, 1997.

GROFFIER, E., *Précis de droit international privé québécois*, 4e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990.

GROFFIER, E., *Textes fondamentaux du droit international privé québécois dans le contexte canadien*, Cowansville, Yvon Blais, 1993.

INSIGHT INFORMATION CO., *Négociation et rédaction d'importantes conventions commerciales : Comment blinder vos documents*, Montréal, 2000.

JOHNSON, W.S., *Conflict of Laws*, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1962.

TALPIS, J. A. et CASTEL, J.G., *Interprétation des règles du droit international privé*, La réforme du Code civil, tome 3, Québec, P.U.L.1993.

### **Joint Venture**

CYR, D.J. and W. CASCIO, *The human resource challenge of international joint venture*, West port, Quorum Books, 1995.

ECONOMIC COUNCIL OF CANADA, *A Joint venture : the economics of constitutional options*, Ottawa, The council, 1991.

FRANKO, L.G., *Joint venture survival in multinational corporations*, New York, Praeger Publishers, 1971.

POYAGO-THEOTOKY, J., *Competition, cooperation, and research and development : the economics of research joint ventures*, New York, St.Martin's Press, 1997.

### **Vente d'entreprise**

AMERICAN MANAGEMENT ASSOCIATION. FINANCE DIVISION, *Corporate growth through merger and acquisition*, New York, The Division, 1963.

ANDERSON, J.K., *People management : the crucial aspect of mergers and acquisition*, Kingston, IRC Press, 1999.

BEAN, D.G., *Financial strategy in the acquisition decision*, Epping, Gower Press, 1978.

*Building for strength : an international guide to mergers and acquisitions world wide*, London, Euromoney Publications, 1993.

BUONO, A.f. and J.L. BOUWDITCH, *The human side of mergers and acquisitions : managing collisions between people, cultures and organizations*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1989.

CARTWRIGHT, S. and C.L. COOPER, *Managing mergers, acquisitions and strategic alliances : integrating people and culture*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford, BeHerworth Heinemann, 1996.

CLAHSEN, H., *Generative perspectives on language acquisition : empirical findings, theoretical considerations and cresslinguistic comparisons*, Amsterdam, J. Benjamins, 1996.

CLEMENTE, M.N. and D.S. GREENSPAN, *Winning at mergers and acquisitions : the guide to market focused planning and integration*, New york, John Wiley, 1998.

COYLE, B., *Mergers and acquisitions*, Chicago, Glenlake Pub. Co., 2000.

FELDMAN, M.L. and M.F. SPRATT, *Five Frogs on a log : a CEO's field guide to accelerating the transition in mergers, acquisitions, and gut wrenching charge*, New York, HarperBusiness, 1999.

GALPIN, T.J. and M. HERNDON, *The complete guide to mergers ans acquisitions : process tools to support M&A integration at every level*, San Francisco, Jossey Bass Publishers, 2000.

GREENHILL & CO, *Overview of the mergers & acquisitions environnement*, New York, Greenhill & co, 1996.

HOOKE, J.C., *M&A : a practical guide to doing the deal*, New York, Wiley, 1997.

KRALLINGER, J.C., *Mergers & acquisitions : managing the transaction*, New york, McGraw-Hill, 1997.

MARKS, M.L. and P.H. MIRVIS, *Joining forces : making one plus one equal three in mergers, acquisitions, and alliances*, San Francisco, Jossey-Bass, 1998.

PRATT, S.P. and R.F. REILLY and R.P. SCHWEIHS, *Valuing a business : the analysis and appraisal of closely held companies*, 3<sup>rd</sup> ed., Chicago, Irwin Professional Pub., 1996.

PRITCHETT, P. and D. ROBINSON and R. CLARKSON, *After the merger : the authoritative guide for integration success*, New York, McGraw-Hill, 1997.

RALL, J.G. and K.A. WEBB, *Mastering the chaos of mergers and acquisitions : how to plan, negotiate, and implement alliances and partnerships in a complex world*, Houston, Cashman Dudley, 1999.

RANKINE, D., *A practical guide to acquisitions : how to increase your chances of success*, New York, John Wiley & Sons, 1998.

REED, S.F., *The art of M&A : a merger/acquisition/buyout guide*, Homewood, Dow Jones-Irwin, 1989.

ROCK, M.L., *The Mergers and acquisitions handbook*, New York, Mc Graw-Hill, 1987.

SALTER, M.S. and W.A. WEINHOLD, *Diversification through acquisition : strategies for creating economic value*, New York, Pree Press, 1979.

SARNA, L., *Corporate structures finance and operations : essays on the law and business pratique*, volume 11, Edition Carswell.

SCHARE, C.A. and E.E. SHEA and G.C. BECK, *Acquisitions, mergers, sale, buyouts, and takeovers : a handbook with forms*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1985.

SCHARF, C.A., *Acquisitions, mergers, sales and takeovers : a handbook with forms*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, 1971.

SHEA, E., *The McGraw-Hill guide to acquiring and diverting businesses*, New York, Mc Graw-Hill, 1999.

SUDARSANAM, P.S., *The essence of mergers and acquisitions*, London, Prentice Hall, 1995.

WAVERMAN, L., *Corporate globalization through mergers and acquisitions*, Calgary, University of Calgary Press, 1991.

WEST, T.L. and J.D. JONES, *Mergers and acquisitions handbook for small and midsize companies*, New York, Wiley, 1997.

## Articles spécialisés

### **Commerce international**

BENYEKHFLEF K., « La souveraineté nationale et le contrôle des échanges internationaux d'informations (Canada) » (1991) 25 R.J.T. 433.

### **Droit international privé**

CASTEL, J.-G., « Commentaire sur certaines dispositions du Code civil du Québec se rapportant au droit international privé » (1992) 119 J.D.I. 625.

DA GAMMA E SOUZA JR, L., « Arbitrage commercial international. Comparaison entre le cadre juridique de la province de Québec (Canada) et celui du nouveau droit brésilien de l'arbitrage » (1998) 32 R.J.T. 469.

DUBÉ, É., « Le droit international privé: application en matière commerciale » (1995) 3 Repères 342.

GOLDSTEIN, G., « La condition incertaine des lois de polices étrangères et du secret bancaire en droit international privé québécois » (1997) 76 R. du B. can. 449.

GOLDSTEIN, G., TALPIS, J.A., « Les perspectives en droit civil québécois de la réforme des règles relatives à l'effet des décisions étrangères au Canada » (1995) 74 R. du B. can. 641.

GRENON, A., « Les hypothèques mobilières et autres droits équivalents: les conséquences juridiques lorsque l'objet grevé se retrouve à l'extérieur du Québec » (1996) 4 Repères 310.

SAUMIER, G., « Les objections à la compétence internationale des tribunaux québécois: nature et procédure » (1998) 58 R. du B. 145.

TALPIS, J., « Dispute Prevention and Dispute Resolution Post NAFTA: Choice of Law and Forum Selection Clauses » (1995) 26 R.G.D. 27.

TALPIS, J.A., « Choice of Law and Forum Selection Clauses under the New Civil Code of Quebec » (1993-94) 96 R. du N. 183.

TALPIS, J.A., « Quelques réflexions sur les conflits transitoires soulevés par le nouveau Code civil en droit international privé québécois » (1996) 98 R. du N. 451.

## DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX

UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION, *Manuel of the establishment of industrial joint venture agreements in developing countries*, New York, United Nations, 1971.

Ottawa, *La prise de décision dans les entreprises au Canada*, Documents de recherche d'Industrie Canada, par Ronald J. Daniels et Randall Morck, dir., Ministère des Approvisionnements et Services Canada, Calgary, The University of Calgary Press, 1995.

## CONVENTIONS

*Convention sur la formation des contrats de vente internationale d'objets mobiliers corporels*, La Haye, 1<sup>e</sup> juillet 1964.

*Convention sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises*, La Haye, 22 décembre 1986.

*Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Conférence des Nations-Unies sur l'arbitrage commercial international, New York, 10 juin 1958.

Convention de Vienne, *Loi Concernant la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, L.R.Q. c. C-67.01.

## CONFÉRENCES, COLLOQUES, COURS DE FORMATION

### Vente d'entreprise

DUVAL, G., *Financement de l'acquisition d'entreprises*, Association de planification fiscale et financière (APFF), Coll. Colloque de l'APFF, v.50, Montréal, 1991.

NATIONS UNIES, « Concentration of market power, through mergers, take-overs, joint ventures and other acquisitions of control, and its effects on international markets, in particular the markets of developing countries », Conference on trade and development secretariat, New York, United Nations, 1993.

ROY, L. J. « La vente d'entreprise et le Code civil du Québec-analyse et critique » dans Congrès annuel du Barreau du Québec (1995). Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995.

VAUTOUR, A., « Certaines difficultés pratiques relatives au paiement des créanciers du vendeur dans le cadre de ventes d'entreprise » dans Congrès annuel du Barreau du Québec (1995). Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1995.

### **Divers**

GOLDSTEIN, G., *L'interprétation du domaine d'application international du nouveau Code civil du Québec* dans P. P. Côté et C. Dubreuil, dir., Les Journées Maximilien-Caron 1992, Montréal, Thémis, 1993.