

Le
Barreau
du
Nouveau-
Brunswick

2010

TEXTES DE RÉFÉRENCE POUR L'ADMISSION AU BARREAU

DROIT
COMMERCIAL

Ces documents ont été rédigés spécialement pour aider aux stagiaires à développer des compétences de base requises pour exercer le droit.

Bien que le Barreau du Nouveau-Brunswick et les collaborateurs aux documents aient déployé des efforts pour assurer l'exactitude de l'information dans ces documents, ils ne peuvent offrir de garantie à l'égard de l'information en question.

Ces documents ne devraient surtout pas être utilisés pour faire de la recherche juridique, puisqu'ils ne contiennent pas une analyse complète et approfondie des sujets.

Droits d'auteurs ©2010 Barreau du Nouveau-Brunswick. Tous droits réservés.

Il est interdit de reproduire ce matériel sans l'autorisation écrite préalable du Barreau du Nouveau-Brunswick.

Cette publication a reçu l'appui financier de la
Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick

Liste de contributeurs

Le Barreau du Nouveau-Brunswick tient à témoigner aux personnes suivantes sa reconnaissance pour leur précieuse contribution dans la préparation de ces textes de référence :

Alicia W. F. Love

C. Paul W. Smith

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

DROIT COMMERCIAL

Table des matières

CHAPITRE 1	L'ACHAT ET LA VENTE D'UNE ENTREPRISE
CHAPITRE 2	TRANSACTIONS VISANT L'ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF
CHAPITRE 3	TRANSACTIONS D'ACHAT D' ACTIONS

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

L'ACHAT ET LA VALEUR D'UNE ENTREPRISE

Chapitre 1

Table des matières

L'achat et la vente d'une entreprise	3
1. Introduction à la vente d'une entreprise.....	3
2. Recherches en matière de diligence raisonnable	3
3. Lettres d'intention.....	3
4. Le choix à faire : achat d'actions ou d'actif.....	4
5. Facteurs d'ordre organisationnel à considérer : achat d'actions ou d'actif	4
5.1 La possibilité de choisir les éléments d'actif	5
5.2 La simplicité	5
5.3 Les employés.....	5
5.4 Le consentement de tiers	5
5.5 Structure de la corporation	5
5.6 Régimes de retraite et autres avantages.....	6
6. Facteurs d'ordre fiscal à considérer : achat d'actions ou d'actif	6
6.1 Répercussions fiscales pour le vendeur.....	6
6.2 Répercussions fiscales pour l'acheteur	7
7. Loi sur investissement canada	7
7.1 Remarques générales.....	7
7.2 Avis d'investissement	8
7.3 Transactions sujettes à examen	8
8. Loi sur la concurrence.....	9
8.1 Dispositions générales touchant les fusionnements	9
8.2 Transactions devant faire l'objet d'un avis	10
9. Enregistrement et dépôt de documents	12
9.1 Aux fins corporatives	12
9.2 Aux fins fiscales	12
9.3 Les marques de commerce	12

L'achat et la vente d'une entreprise

1. Introduction à la vente d'une entreprise

Comme avocat ou avocate, vous aurez souvent à conseiller un client sur l'achat et la vente d'une entreprise. L'achat peut se faire essentiellement de deux manières : 1) l'achat de l'actif de l'entreprise, 2) l'achat des actions de la corporation qui est propriétaire de l'actif et qui exploite l'entreprise. Il y a un certain nombre de facteurs qu'il faut considérer avant de décider s'il y a lieu d'acheter l'actif de l'entreprise ou les actions de son propriétaire, et le présent chapitre a pour but d'examiner certains des facteurs dont il faut tenir compte au moment de l'achat, notamment les divers aspects des transactions d'achat d'actif et ceux des transactions d'achat d'actions. Nous tenons pour acquis qu'il s'agit d'une transaction sans lien de dépendance, car s'il s'agissait d'une transaction avec lien de dépendance, bon nombre de ces facteurs ne s'appliqueraient pas.

Dans la plupart des cas, la décision d'acquérir l'actif ou les actions de l'entreprise se fondera sur des considérations commerciales, et c'est à vous de conseiller le client sur les avantages et les désavantages de chacune de ces méthodes. Les répercussions fiscales sont très importantes et la structure que prendra la transaction sera fonction de ces facteurs fiscaux. Vous ne devriez donc pas hésiter à conseiller à votre client d'avoir recours aux services d'un fiscaliste avant l'organisation de la transaction d'achat.

2. Recherches en matière de diligence raisonnable

L'une des tâches les plus utiles dont vous pouvez vous acquitter au tout début d'un projet de transaction consiste à vous assurer qu'il sera procédé dès que possible aux recherches habituelles concernant l'entreprise et la diligence raisonnable. Ces recherches comprendront notamment la consultation des registres de l'entreprise (recherche auprès des Affaires corporatives, examen du livre des procès-verbaux), la vérification des sûretés et privilèges qui pourraient la grever (vérification dans le Réseau d'enregistrement des biens personnels, consultation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et de la *Loi sur les banques*, recherches auprès de Travail sécuritaire NB et de l'Agence du revenu du Canada, vérification de sa situation au regard de l'impôt foncier (s'il y a lieu), consultation du registre des biens immobiliers (s'il y a lieu), recherches concernant les litiges dans les circonscriptions judiciaires où l'entreprise exerce ses activités ou est propriétaire d'éléments d'actif, etc.), l'obtention des listes de son personnel, l'obtention de précisions concernant ses programmes d'avantages sociaux, l'examen des copies des baux de biens réels et de biens personnels et des titres documentaires sur des biens réels, la confirmation de sa conformité réglementaire et l'obtention de copies de ses permis ou licences ainsi que les confirmations concernant le zonage. Les résultats de toutes ces recherches pourront avoir une incidence sur la structure de la transaction et, peut-être même, sur le sort de la transaction. Vous trouverez à l'appendice 1 un modèle de liste de contrôle pour l'examen du livre des procès-verbaux, à l'appendice 2 un modèle de liste de contrôle relative à la diligence raisonnable et à l'appendice 3 un modèle de liste de contrôle des divers facteurs à considérer et des mesures à prendre tout au long de l'opération d'achat d'une entreprise.

3. Lettres d'intention

Dans bon nombre de transactions, l'acheteur et le vendeur passeront une lettre d'intention, laquelle aura pour double objet d'établir les règles de base que devront respecter les parties et de reconnaître qu'elles envisagent la possibilité dans l'avenir de conclure une convention d'achat-vente, sous réserve de conditions diverses. Cette lettre est généralement rédigée pour indiquer que l'acheteur éventuel se dit intéressé et pour entamer des négociations. En pareilles circonstances, elle constituera, en fait, une « invitation à traiter » et les deux parties feront bien de la considérer telle.

Ce type de lettre d'intention pourra servir de cadre de négociations qui finiront par mener à la conclusion de la convention d'achat-vente. Selon l'étape où en seront les négociations, la lettre d'intention pourra revêtir un caractère obligatoire ou non. Bien que la plupart soient rédigées de telle sorte que les parties ne soient pas liées, il existe plusieurs cas où des lettres d'intention avaient été rédigées en vue d'exposer l'intention générale des parties et où les tribunaux en sont venus à conclure qu'elles constituaient effectivement des contrats obligatoires.

Dans son arrêt récent *Wallace c. Allen*, 2009 ONCA 36, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la lettre d'intention en cause liait les parties. Elle a statué que la lettre préparée en vue d'une opération d'achat d'actions était obligatoire du fait, notamment, de l'adjonction de clauses claires et non ambiguës, qui énonçaient notamment ce qui suit : [TRADUCTION] « La présente lettre d'intention doit être consignée par les parties dans une convention obligatoire d'achat-vente dans les quarante prochains jours », puis « En outre, les deux parties conviennent qu'il y aura énormément de travail juridique à accomplir sur acceptation par elles et que le libellé de la présente entente pourra être quelque peu modifié ». Ces deux clauses, avec les mesures que les deux parties ont prises au cours de la période de diligence raisonnable ont conduit la Cour d'appel à infirmer la décision de première instance et à conclure qu'il existait un contrat obligatoire fondé sur la lettre d'intention, aussi a-t-elle adjugé à l'acheteur éventuel des dommages-intérêts et les dépens.

Même si la lettre d'intention n'est pas destinée à lier les parties, certaines clauses telles celles ayant trait à l'exclusivité, à la confidentialité et à la non-sollicitation des employés durant la période de diligence raisonnable prévoiront souvent qu'elles lient les parties. Il y aurait lieu de prévoir ajouter ces clauses dans toutes les lettres d'intention. Si son objet se limite à énoncer l'intention des parties dans l'avenir, la lettre d'intention devrait l'exprimer clairement. Voici comment pourrait être libellée une clause à inclure dans la lettre d'intention pour indiquer expressément son effet non obligatoire :

Les parties conviennent que, hormis les dispositions figurant aux paragraphes [insérer ici l'indication des paragraphes qui seront expressément obligatoires, s'il en est], la présente lettre d'intention est non obligatoire et aucune obligation juridique ne sera créée tant que toutes les parties n'auront pas passé une convention d'achat [d'actions ou d'éléments d'actif].

De plus, la lettre d'intention devrait se limiter à une période déterminée et un calendrier devrait y être prévu de telle sorte que toute confusion soit évitée quant au moment où prendra fin la relation entre les parties.

4. Le choix à faire : achat d'actions ou d'actif

Avant de discuter les divers moyens d'acquérir une entreprise, il faut reconnaître l'importance des facteurs qui peuvent influencer le choix. Les facteurs qui favorisent l'achat des actions par opposition à l'achat de l'actif peuvent être les mêmes pour l'acheteur et pour le vendeur et, dans bien des cas, une option peut présenter un avantage pour une partie qu'elle ne présente pas pour l'autre partie. La décision d'acquérir les actions ou l'actif est souvent fondée sur des facteurs d'ordre organisationnel ou fiscal.

5. Facteurs d'ordre organisationnel à considérer : achat d'actions ou d'actif

Voici résumés les facteurs d'ordre organisationnel généraux dont il faut tenir compte dans l'examen des avantages et des désavantages que présentent les opérations d'achat d'actions et les opérations d'achat d'éléments d'actif.

5.1 La possibilité de choisir les éléments d'actif

Lorsqu'il achète l'actif d'une entreprise, l'acheteur peut choisir les éléments d'actif qu'il veut acheter ainsi que le passif correspondant. Les autres éléments de passif, et plus particulièrement les éléments qu'il ne connaît pas, restent alors à la charge du vendeur, à moins que l'acheteur ne les prenne expressément en charge. Par contre, celui qui acquiert les actions d'une corporation acquiert de ce fait la corporation avec tous ses éléments d'actif ainsi que tous ses éléments de passif, qu'ils soient connus ou non (on parle souvent d'acheter « un cochon dans le sac »). Bien qu'il soit difficile de conclure à l'existence d'une règle fixe, un vendeur préfère souvent vendre les actions d'une corporation pour ne pas rester pris avec des éléments d'actif ou de passif qu'il ne veut pas; il préfère vendre l'entreprise comme un tout, laissant à l'acheteur le soin de décider quels biens il voudra par la suite garder et de quels biens il voudra se débarrasser.

5.2 La simplicité

Pour ce qui est de la documentation à préparer, l'achat d'actions est une transaction simple, en ce sens que les seuls « biens » achetés sont les actions. Tous les autres éléments d'actif et de passif passent automatiquement à l'acheteur par l'acquisition des actions. Par contre, dans une transaction d'achat d'actif, chaque élément d'actif doit être transféré d'une manière propre à en assurer le transfert du titre. Il y a un certain nombre de vérifications à effectuer lors d'une transaction d'achat d'actions, notamment celle du livre des procès-verbaux et autres registres de la corporation. Avant d'acheter des actions, la plupart des acheteurs font une étude approfondie de la corporation et de son actif pour en déterminer la valeur. Il est à se demander si, une fois cette étude terminée, l'achat des actions est vraiment moins complexe que l'achat de l'actif. Du point de vue des frais juridiques, la différence est habituellement minime puisque la quantité de travail requis dans chaque cas est très semblable.

5.3 Les employés

L'achat d'actions n'opère aucun changement dans la relation d'emploi entre les employés et la corporation; l'achat de l'actif est cependant plus complexe. Les contrats d'emploi ne peuvent être cédés automatiquement à l'acheteur. Lorsque les employés sont syndiqués, il faut tenir compte d'un certain nombre de conséquences découlant de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4. En outre, en application de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2, il est réputé y avoir continuité d'emploi dans bon nombre de circonstances, même lorsqu'il s'agit d'un achat d'actif. Ces questions sont discutées en plus de détails au chapitre 2.

5.4 Le consentement de tiers

Parfois la corporation sera propriétaire d'un certain nombre de biens qui ne passent pas automatiquement à l'acheteur lors de la vente d'une entreprise par la vente de son actif. Il faut souvent obtenir le consentement d'un tiers pour qu'un élément d'actif soit transféré à l'acheteur. Si de tels biens existent et que ceux-ci revêtent une certaine importance pour l'acheteur, il sera peut-être nécessaire de procéder à l'achat des actions plutôt que de l'actif pour acquérir ces biens automatiquement sans qu'il ne soit nécessaire d'en transférer le titre. Il faut néanmoins être prudent même lors de l'achat d'actions, car certains biens (par exemple un bail) peuvent être assujettis à des conditions qui entraînent certaines conséquences en cas de changement dans le contrôle de la corporation, notamment la déchéance du bail.

5.5 Structure de la corporation

Il se peut que la corporation fonctionne par l'entremise de divisions distinctes. Si l'acheteur veut acheter seulement une partie de l'actif d'une division ou la division elle-même, il devra procéder par achat de l'actif puisqu'il ne veut pas acquérir – ou le vendeur peut ne pas vouloir vendre – toute la corporation et les autres éléments d'actif qui n'appartiennent pas à la division.

5.6 Régimes de retraite et autres avantages

Les régimes existants ne sont pas touchés par un transfert d'actions. Cependant, lors de l'achat de l'actif d'une entreprise, si la continuité d'emploi est offerte aux employés, il est souvent nécessaire de mettre sur pied de nouveaux régimes.

6. Facteurs d'ordre fiscal à considérer : achat d'actions ou d'actif

Lors de l'achat ou de la vente d'une entreprise, le vendeur cherchera à obtenir le plus possible pour son entreprise et l'acheteur cherchera à payer le moins possible. Il y a lieu de tenir compte du produit de la vente pour le vendeur et du coût pour l'acheteur après impôt.

Le plus souvent, étant donné les répercussions fiscales, les vendeurs préfèrent vendre des actions et les acheteurs acheter des éléments d'actif. Les parties devraient déterminer quel genre de transaction entraîne le moins de répercussions fiscales, dans l'ensemble, pour les deux. Si la vente de l'actif ferait en sorte que moins d'impôt sur les sociétés n'aurait à être payé, on pourrait procéder ainsi et faire payer à l'acheteur un prix plus élevé pour compenser tout ou partie de l'impôt plus élevé que le vendeur aura à payer pour distribuer l'épargne nette de la société à chacun des actionnaires.

Si la vente d'actions donne lieu à des impôts moins élevés, le prix d'achat pourrait alors être réduit pour dédommager l'acheteur et tenir compte du risque plus élevé auquel il s'expose dans un achat d'actions.

Nous avons fait remarquer précédemment qu'habituellement la vente d'actions est, du point de vue fiscal, la plus avantageuse pour le vendeur et la vente d'actif est la plus avantageuse pour l'acheteur. Il n'est pas toujours ainsi et il importe donc de bien examiner les répercussions fiscales pour le vendeur et pour l'acheteur. Vous trouverez ci-après une liste des facteurs qui influent le plus souvent sur la décision à cet égard.

6.1 Répercussions fiscales pour le vendeur

- a) Le plus gros avantage, pour le vendeur, de la vente d'actions plutôt que d'actif est le fait que le gain sera considéré un gain en capital et bénéficiera d'un taux d'imposition plus favorable. Si une corporation vend de l'actif, une partie du produit de la vente représente habituellement un revenu ordinaire, notamment la récupération de l'allocation du coût en capital lors de la vente d'un bien amortissable. Ce facteur est encore plus important lorsque le vendeur est un particulier qui a droit à l'exemption pour gains en capital, car dans ce cas la vente pourrait être complètement exonérée d'impôt. Seuls les particuliers ont droit à cette exemption et, par conséquent, une corporation ne peut en bénéficier lorsqu'elle vend son actif.
- b) Un autre avantage considérable que la vente d'actions peut représenter pour le vendeur, selon les circonstances, est le fait que le produit de la vente de l'actif est imposé à deux niveaux : une fois lorsque la corporation vend l'actif et une deuxième fois lorsque la corporation verse le produit de la vente (après impôt) à ses actionnaires. Dans le cas d'une vente d'actions, le produit de la vente est versé directement à l'actionnaire, ce qui évite la double imposition.
- c) Si la corporation a des pertes fiscales reportables, il faudrait en déterminer l'utilisation optimale. Si le vendeur peut les utiliser, il pourrait préférer vendre l'actif afin de retenir la corporation et déduire ces pertes au cours des années à venir. S'il ne peut les utiliser, il faudrait peut-être vendre plutôt les actions à un prix plus élevé pour l'acheteur, qui pourra profiter de ces pertes reportables à l'avenir.

6.2 Répercussions fiscales pour l'acheteur

- a) Si l'acheteur pourrait préférer acheter l'actif, c'est surtout parce qu'il y a généralement des déductions d'impôt sur le prix des biens acquis, ce qui peut représenter un avantage considérable lorsqu'on acquiert des biens amortissables.
- b) L'achat de l'actif est aussi avantageux lorsque l'acheteur emprunte de l'argent pour effectuer l'achat, car il pourra déduire du revenu de l'entreprise l'intérêt qu'il paie sur l'emprunt. Lorsqu'on achète des actions, l'intérêt constitue une dépense pour l'actionnaire, ce qui ne permet donc pas de réduire le revenu de l'entreprise. Dans d'autres cas, on peut s'attendre à ce que l'entreprise que l'on acquiert génère des pertes, et la corporation ne peut donc pas déduire les frais d'intérêts de son revenu. Il pourrait alors être préférable d'acquérir les actions, pour que l'actionnaire puisse déduire l'intérêt des revenus provenant d'autres sources.
- c) Un des désavantages de l'acquisition de l'actif pour l'acheteur est le fait que la taxe sur le transfert de biens réels s'appliquera à la vente de biens réels. La TVH pourrait également être exigible sur un achat d'actif si l'ensemble de l'entreprise ne faisait pas l'objet de l'acquisition. On évite habituellement ces taxes dans un achat d'actions.
- d) Si la corporation a subi des pertes, l'acheteur voudra peut-être acquérir les actions pour pouvoir utiliser ces pertes. Il y a toutefois lieu de noter qu'il y a des limites à l'utilisation des pertes après un changement dans le contrôle d'une corporation.

Enfin, si l'achat d'actions est souhaitable mais qu'on ne veut vendre qu'une division ou une partie de l'actif de la corporation, il est peut-être possible de transférer les biens en question à une autre corporation appartenant au vendeur (effectuant ainsi ce que l'on appelle une scission) afin de pouvoir vendre les actions de cette nouvelle corporation. La réorganisation par scission peut souvent se faire en franchise d'impôt, mais il faudrait demander conseil à un fiscaliste car de nombreuses questions fiscales se posent alors.

7. Loi sur Investissement Canada

Le résumé qui suit ne vise qu'à donner un aperçu de l'impact de la *Loi sur Investissement Canada* sur l'achat et la vente de l'actif ou des actions d'une entreprise.

7.1 Remarques générales

En termes simples, la *Loi sur Investissement Canada* s'applique à la constitution d'une nouvelle entreprise au Canada ou à l'acquisition par des non-Canadiens d'une entreprise établie au Canada. Le particulier qui n'est ni citoyen canadien ni résident permanent du Canada sera considéré comme un non-Canadien aux fins d'application de la *Loi sur Investissement Canada*, tandis que la personne morale sera considérée comme étant non canadienne si plus de la moitié de ses actions sont contrôlées ou détenues par un particulier non canadien ou par une personne morale non canadienne. Toutes ces transactions effectuées par des non-Canadiens sont des « transactions devant faire l'objet d'un avis » en ce sens qu'elles doivent être signalées à Investissement Canada, mais certains types seulement de transactions seront sujets à examen par cet organisme. Des seuils pour l'examen ont été établis comme suit :

- a) l'acquisition directe du contrôle (par voie d'acquisition d'actions ou d'éléments d'actif) par un non-Canadien d'une entreprise canadienne dont la valeur d'affaire est d'au moins 5 millions de dollars;
- b) l'acquisition indirecte du contrôle d'une entreprise canadienne (par voie d'acquisition de sa société mère étrangère) dont la valeur d'affaire est d'au moins 50 millions de dollars, ou d'au moins 5 millions de dollars si l'entreprise canadienne représente plus de la moitié de la valeur d'affaire de l'entreprise de la société mère étrangère qui est acquise;

- c) l'acquisition d'une entreprise existante ou la constitution d'une entreprise nouvelle ou d'une entreprise liée qui est établie dans un secteur adapté à la réalité culturelle tel l'édition, le film et la musique, indépendamment de sa taille;
- d) tout investissement portant atteinte à la sécurité nationale.

7.2 Avis d'investissement

L'article 12 de la *Loi sur Investissement Canada* oblige l'investisseur étranger à déposer un avis auprès d'Investissement Canada avant que l'investissement ne soit effectué ou dans les trente jours qui suivent, à moins qu'il n'en soit exempté, dans les cas suivants :

- a) lors de la constitution d'une nouvelle entreprise canadienne;
- b) lors de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne qui ne répond pas aux critères mentionnés ci-dessus.

Lorsque l'avis de l'investissement complet a été déposé, Investissement Canada fait parvenir à l'investisseur étranger un accusé de réception faisant foi de la date de réception et l'informant soit que l'investissement proposé n'est absolument pas sujet à examen, soit que le projet ne fera l'objet d'examen que si Investissement Canada lui envoie un avis d'examen dans les vingt et un jours suivant la date indiquée dans l'accusé de réception. Le cabinet fédéral a le pouvoir, dans certaines circonstances, d'ordonner l'examen d'investissements – désignés par règlement – et qui sont liés au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale.

7.3 Transactions sujettes à examen

En application de l'article 17 de la *Loi sur Investissement Canada*, l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne par un non-Canadien est sujette à examen si elle dépasse le seuil décrit précédemment. Contrairement aux transactions devant faire l'objet d'un avis, dans le cas d'une transaction sujette à examen, l'investisseur non-Canadien doit présenter une demande d'examen auprès d'Investissement Canada avant d'effectuer l'investissement. Après le dépôt d'une demande complète, Investissement Canada doit envoyer au demandeur un accusé de réception faisant foi de la date de réception. En application du paragraphe 21(1), le ministre doit alors envoyer à l'investisseur un avis l'informant de ce qui suit :

- a) qu'il est d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada;
- b) qu'il ne peut terminer l'examen, et il dispose alors d'un délai additionnel de 30 jours – ou de tout délai supplémentaire que pourrait accepter le demandeur – pour terminer l'examen;
- c) qu'il n'est pas d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada.

L'article 20 de la *Loi sur Investissement Canada* exige que soient pris en compte les facteurs suivants lors de l'examen :

- a) l'effet de l'investissement sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada, notamment sur l'emploi, la transformation des ressources, l'utilisation de pièces et d'éléments produits et de services rendus au Canada de même que sur les exportations canadiennes;
- b) l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise;
- c) l'effet de l'investissement sur la productivité, le rendement industriel, le progrès technologique, la création de produits nouveaux et la diversité des produits au Canada;

- d) l'effet de l'investissement sur la concurrence dans un ou plusieurs secteurs industriels au Canada;
- e) la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle;
- f) la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux.

Sont notamment soustraits à l'application de la *Loi sur Investissement Canada* des types de réorganisations d'entreprises et d'opérations de valeurs mobilières, des opérations de financement et des opérations au sein de l'industrie de l'assurance.

8. Loi sur la concurrence

8.1 Dispositions générales touchant les fusionnements

La *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. C-34 prévoit un régime particulier pour les fusionnements. Le mot « fusionnement » est défini en termes très généraux à l'article 91 :

[...] l'acquisition ou l'établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d'actions ou d'éléments d'actif, soit par fusion, association d'intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client, ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise.

Cette définition englobe tous les fusionnements et toutes les acquisitions, qu'ils soient effectués directement ou indirectement par acquisition d'actions ou d'éléments d'actif, et elle s'applique clairement aux coentreprises étant donné l'emploi de « association d'intérêts ». Le paragraphe 92(1) de la *Loi sur la concurrence* dispose que, lorsque, sur demande du commissaire, le Tribunal de la concurrence (organisme quasi judiciaire constitué par la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, ch. 19 (2^e suppl.) pour assurer l'application des dispositions non pénales de la *Loi sur la concurrence*) conclut qu'un fusionnement ou un projet de fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, il peut, dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une des ordonnances suivantes :

- a) enjoindre à toute personne de dissoudre le fusionnement;
- b) enjoindre à toute personne de se départir des éléments d'actif et des actions qu'il indique;
- c) en sus ou au lieu des mesures prévues en a) et b) ci-dessus, enjoindre à toute personne de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;

Dans le cas d'un fusionnement proposé, le Tribunal peut rendre une des ordonnances suivantes :

- d) enjoindre à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement;
- e) enjoindre à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement;
- f) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue en d) et e) ci-dessus, enjoindre à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété, de faire certaines choses ou, si le commissaire et elles y souscrivent, de prendre toute autre mesure.

Aucune demande ne peut être présentée à l'égard d'un fusionnement essentiellement complété depuis plus d'un an (article 97).

Un mécanisme est prévu pour que le Tribunal de la concurrence puisse rendre des ordonnances provisoires en vue de retarder ou d'interdire la réalisation d'un fusionnement proposé relativement auquel le commissaire n'a pas présenté de demande (article 100).

À l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*, il est prévu que le Tribunal de la concurrence peut tenir compte de certains facteurs lorsqu'il détermine si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence :

- a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle;
- b) la déconfiture, réelle ou vraisemblable, de tout ou partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement;
- c) la mesure dans laquelle seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement;
- d) les entraves à l'accès à un marché et les effets du fusionnement sur ces entraves, plus particulièrement les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international, les barrières interprovinciales au commerce et la réglementation de cet accès;
- e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui serait touché par le fusionnement;
- f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;
- g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;
- h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement.

Dans les dispositions touchant les fusionnements, on trouve une directive précise au Tribunal de la concurrence : il ne peut conclure qu'un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence en raison seulement de la concentration ou de la part du marché (paragraphe 92(2)). Cette disposition vise à garantir que le Tribunal de la concurrence, lorsqu'il évalue les effets du fusionnement sur la concurrence, tiendra compte des effets réels sur la concurrence dans le marché visé au lieu d'appliquer une norme purement mathématique de la part du marché. De même, l'article 95 prévoit une exception pour les coentreprises (entreprises à risques partagés) et l'article 96 prévoit une exception là où il y aura des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé.

La *Loi sur la concurrence* prévoit un mécanisme permettant à une partie à un fusionnement proposé d'obtenir du commissaire une décision préalable sur le fusionnement envisagé, décision qui lie ce dernier (article 102). Le commissaire doit examiner les demandes de certificats avec toute la diligence possible, mais la *Loi sur la concurrence* ne fixe aucun délai obligatoire. Après la délivrance du certificat à l'égard d'une transaction qui est en substance complétée dans un délai d'un an, le commissaire ne peut demander au Tribunal de la concurrence d'examiner la transaction si sa demande est fondée sur les mêmes ou en substance les mêmes renseignements que ceux qui ont justifié la délivrance du certificat (article 103).

8.2 Transactions devant faire l'objet d'un avis

Les articles 108 à 124 de la *Loi sur la concurrence* portent sur les transactions devant faire l'objet d'un avis. Ces dispositions ont été introduites en raison du fait que dans le cas de transactions importantes et complexes, il importe de pouvoir examiner les effets sur la concurrence avant la réalisation du fusionnement. L'article 114 oblige les personnes qui proposent une transaction dont la valeur dépasse les limites établies aux articles 109 et 110 à en aviser le commissaire avant de compléter la transaction. Il y a deux limites pour les transactions devant faire l'objet d'un avis.

D'abord, il faut que les parties à la transaction et leurs affiliés aient des éléments d'actif ou des revenus annuels bruts provenant de ventes au Canada, en direction du Canada ou en provenance du Canada, dont la valeur dépasse quatre cents millions de dollars. La deuxième limite varie selon la nature de la transaction.

Il faut aviser le commissaire dans les cas suivants :

- a) à l'égard de l'acquisition proposée d'éléments d'actif d'une entreprise en exploitation (définie au paragraphe 108(1) comme une entreprise au Canada à laquelle des employés affectés à son exploitation se rendent ordinairement pour les fins de leur travail), si la valeur des éléments d'actif ou si le revenu annuel brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisé à partir de ces éléments d'actif dépasse trente-cinq millions de dollars;
- b) à une acquisition proposée d'actions comportant droit de vote d'une personne morale qui exploite une entreprise en exploitation lorsque la valeur des éléments d'actif de la personne morale acquise ou le revenu annuel brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisé à partir de ces éléments d'actif dépasse trente-cinq millions de dollars, si les personnes se portant acquéreurs des actions en question deviendraient propriétaires, dans le cas d'une personne morale dont les actions comportant droit de vote sont négociées publiquement, de plus de 20 % des actions comportant droit de vote ou, dans le cas d'une personne morale dont les actions comportant droit de vote ne sont pas négociées publiquement, de plus de 35 % des actions comportant droit de vote. Si les parties détiennent déjà plus de 20 % ou de 35 % des actions comportant droit de vote et achètent par la suite des actions qui leur confèrent au total plus de 50 % des actions comportant droit de vote, cette deuxième transaction doit aussi faire l'objet d'un avis;
- c) à l'égard d'une fusion de personnes morales, lorsque au moins une des corporations exploite une entreprise en exploitation, si la valeur des éléments d'actif de la personne morale devant résulter de la fusion ou le revenu annuel brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisé à partir de ces éléments d'actif dépasse soixante-dix millions de dollars;
- d) à l'égard d'une association d'intérêts proposée, si la valeur des éléments d'actif de la personne morale devant résulter de l'association ou le revenu annuel brut provenant de ventes au Canada ou en provenance du Canada et réalisé à partir de ces éléments d'actif dépasse trente-cinq millions de dollars.

L'article 113 énonce des exceptions d'application générale à l'obligation de donner un préavis, notamment les transactions entre parties affiliées, les transactions à l'égard desquelles le commissaire a remis un certificat de décision préalable en vertu de l'article 102, les transactions découlant d'une entente conclue avant l'entrée en vigueur des dispositions touchant les préavis (le 15 juillet 1987) qui sont en substance complétées dans un délai d'un an à compter de la date de l'entrée en vigueur de ces dispositions.

Une fois l'avis donné, l'article 123 oblige les parties à un fusionnement d'attendre entre sept et deux cent douze jours, selon le genre de transaction, avant de compléter le fusionnement. Le délai peut être plus bref si le commissaire avise les parties qu'il n'envisage pas de présenter de demande au Tribunal de la concurrence à l'égard de la transaction proposée. À l'expiration du délai prévu, les parties peuvent compléter la transaction, à moins que le Tribunal de la concurrence ait délivré, à la demande du commissaire, une ordonnance provisoire interdisant le parachèvement de la transaction.

Tous les fusionnements, qu'ils dépassent ou non les limites prévues pour les préavis, sont sujets à examen par le commissaire pour déterminer s'ils ont ou s'ils sont susceptibles d'avoir pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché identifiable. Les effets sur la concurrence sont déterminés en fonction des facteurs mentionnés à l'article 93 de la *Loi sur la concurrence*.

Le paragraphe 114(1) oblige quiconque se propose d'effectuer une transaction devant faire l'objet d'un préavis d'aviser le commissaire et de fournir les renseignements requis avant de compléter la transaction. Cependant, le paragraphe 114(4) permet à une personne de fournir les renseignements pour le compte ou au lieu des autres personnes. L'obligation de donner le préavis naît avant que la transaction ne soit parachevée; en conséquence, lorsque l'avis est obligatoire, il faut que les renseignements soient fournis avant le transfert de la propriété des éléments d'actif ou des actions comportant droit de vote, avant la date de délivrance des statuts de fusion ou, dans le cas d'une association d'intérêts, avant la contribution des éléments d'actif.

9. Enregistrement et dépôt de documents

À la clôture de la transaction d'achat des actions ou de l'actif d'une entreprise, il y a un certain nombre de documents à enregistrer. Outre les actes de transfert, les actes de vente, les cessions de baux, les cessions de créances comptables, les documents de garantie et les mainlevées de sûretés antérieures, il pourrait falloir déposer les documents suivants :

9.1 Aux fins corporatives

- a) avis de changement d'administrateurs;
- b) avis de changement du bureau enregistré;
- c) enregistrement ou cessation d'emploi d'une appellation commerciale;
- d) statuts de modification modifiant le nom du vendeur ou de l'acheteur (si la convention l'exige);

9.2 Aux fins fiscales

- a) les choix visés à l'article 22 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des créances (comptes clients);
- b) les choix faits en vertu de l'article 85 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* à l'égard des roulements;

9.3 Les marques de commerce

Il faudrait songer à l'enregistrement des conventions visant les usagers inscrits d'une marque de commerce ou des cessions de marques de commerce.

Appendice 1

EXAMEN DU LIVRE DES PROCÈS-VERBAUX

Date de l'examen : _____

Examineur : _____

RENSEIGNEMENTS SUR LA CORPORATION

	Renseignements trouvés	Insuffisances constatées
Raison sociale		
Date de la constitution en corporation		
Lieu de la constitution en corporation		
Numéro de la corporation		
Enregistrement(s) de la raison sociale et statut		
Adresse du siège social		
<p>Date et mode de formation (constitution, prorogation ou fusion)</p> <p style="padding-left: 40px;">Certificat original de constitution, de prorogation ou de fusion inséré dans le livre des procès-verbaux</p> <p style="padding-left: 40px;">Certificat original d'enregistrement ou de rétablissement inséré dans le livre des procès-verbaux</p> <p style="padding-left: 40px;">Statut (active, révoquée pour non-paiement ou radiée) :</p>		
<p>Autorité territoriale de formation</p> <p style="padding-left: 40px;">Enregistrements extra provinciaux (autorité(s) territoriale(s), date(s) et statut)</p>		
Adresse du bureau enregistré (si elle a été ou sera		

changée, une résolution d'autorisation a-t-elle été adoptée?)		
Statuts constitutifs et autres dispositions de constitution en corporation inséré dans le livre des procès-verbaux Modifications Capital autorisé (Remarque – Conditions fondamentales auxquelles sont assujetties les actions, c.-à-d. sans droit de vote, avec paiements de dividendes) Total du capital émis Restrictions au transfert des actions Nombre fixé d'administrateurs		
Résolutions d'organisation terminées? (Oui ou Non) Fin de l'exercice Vérificateurs nommés (noms) ou objet d'une renonciation Résolutions spéciales Signataires autorisés Banque et succursale		
Actionnaires actuels Registre des actionnaires préparé Certificats d'actions originaux insérés dans le livre des procès-verbaux		
Administrateurs actuels Registre des administrateurs		

préparé		
Dirigeants actuels et mandataire reconnu Liste des dirigeants préparée		
Convention des actionnaires Dispositions concernant la gestion Restrictions au transfert des actions		

ACTIONNAIRES

<i>Nom</i>	<i>N^{os} et catégories des actions</i>	<i>N^o du certificat</i>	<i>Montant/Entièrement payé?</i>	<i>Modalités d'obtention</i>		<i>Où sont les actions maintenant?</i>		
				<i>Date et mode d'émission par la corporation, résolution des administrateurs, souscription, etc.</i>	<i>Date et mode d'acquisition, auteur du transfert, résolution, certificat annulé</i>	<i>Toujours détenues? ***</i>	<i>Données en gage? *** Résolution des administrateurs, mise en gage, convention, etc.</i>	<i>Transférées? *** Qui est le destinataire du transfert, ou sont-elles retournées à la corporation? Date?</i>

ADMINISTRATEURS

<i>Nom</i>	<i>Date de la nomination Résolution des actionnaires (ou résolution des administrateurs s'il s'agit de l'administrateur suppléant)</i>	<i>Consentement à agir ***</i>	<i>Date de la nouvelle nomination</i>	<i>Date de cessation de fonction *** (Démission et résolution des actionnaires acceptant la démission ou résolution spéciale en cas de destitution)</i>

DIRIGEANTS ET MANDATAIRE RECONNU

<i>Poste détenu</i>	<i>Nom</i>	<i>Date de la nomination *** Adoption d'une résolution des administrateurs</i>	<i>Date de la nouvelle nomination</i>	<i>Date de cessation de fonction *** (Résolution des administrateurs reconnaissant la démission ou la destitution)</i>

RÉSOLUTIONS ANNUELLES AU LIEU DES ASSEMBLÉES ANNUELLES OU PROCÈS-VERBAUX DES ASSEMBLÉES ANNUELLES

Date	Actionnaires				Administrateurs			
	Approbation des états financiers et du rapport du vérificateur pour l'exercice	Nomination des administrateurs, confirmation et ratification	Nomination des vérificateurs	Confirmation et ratification des mesures prises antérieurement par les administrateurs	Consentement à agir à titre d'administrateur	Nomination des dirigeants, confirmation et ratification	Approbation des états financiers et du rapport du vérificateur pour l'exercice	Confirmation et ratification des mesures prises antérieurement par les dirigeants

AUTRES RÉSOLUTIONS

- | | | |
|--|---|---|
| <input type="checkbox"/> Changement de raison sociale | <input type="checkbox"/> Rachat d'actions | <input type="checkbox"/> Emprunt d'argent et émission de sûreté |
| <input type="checkbox"/> Acquisitions/Dessaisissements | <input type="checkbox"/> Déclaration de dividendes | <input type="checkbox"/> Émission de garantie |
| <input type="checkbox"/> Contrats importants | <input type="checkbox"/> Remplacement de certificat d'actions perdu | <input type="checkbox"/> Changement du capital autorisé |

Type de résolution et date	Description

Appendice 2

Liste de contrôle – diligence raisonnable

RECHERCHES À EFFECTUER DANS LE CAS DE L'ACHAT D'ACTIF DONT DES BIENS-FONDS, DES CHATELS, UN INVENTAIRE ET DES COMPTES CLIENTS

1. EFFECTUER DES RECHERCHES DANS LES BUREAUX D'ENREGISTREMENT FONCIER DES COMTÉS SUIVANTS :

- a) ceux où sont situés les biens-fonds et les chatels;
- b) celui où est situé le siège social ou le bureau principal de l'entreprise venderesse.

VÉRIFIER LES RÉPERTOIRES SUIVANTS :

- a) les répertoires des biens-fonds;
 - b) les répertoires des jugements et privilèges;
 - c) le Réseau d'enregistrement des biens personnels.
2. Effectuer des recherches au bureau d'enregistrement du comté de York, lorsque l'entreprise venderesse n'a pas de bureau, enregistré ou principal, au Nouveau-Brunswick.
3. Effectuer des recherches aux bureaux des fabricants qui ont des bureaux dans la province et dont le nom peut être clairement imprimé ou inscrit sur l'élément d'actif qui est acheté.
4. Vérifier auprès de la Banque du Canada si une garantie a été donnée sous le régime de l'article 427 de la *Loi sur les banques*.
5. Auprès du bureau de l'évaluation foncière, obtenir le numéro de compte des biens et confirmer si l'impôt foncier est payé.
6. Vérifier s'il y a des impôts à payer au titre des améliorations locales (*Loi sur les municipalités*).
7. Vérifier s'il y a des taxes à payer au titre de l'eau et des égouts.
8. Vérifier le zonage auprès de la municipalité locale ainsi que la conformité avec le plan municipal.
9. Vérifier s'il y a une contribution à payer sous le régime de la *Loi sur les zones d'amélioration des affaires*.
10. Vérifier auprès du bureau du prévôt des incendies si des ordres ont été donnés en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur la prévention des incendies*.
11. Vérifier auprès du bureau de l'inspecteur électricien en chef, ministère de la Sécurité publique, si des ordres ont été donnés en vertu du paragraphe 6(3) de la *Loi sur le montage et l'inspection des installations électriques*.
12. Vérifier auprès du bureau de l'inspecteur plombier en chef, ministère de la Sécurité publique, si des directives ont été données en vertu de l'article 18 du Règlement 84-187 pris en vertu de la *Loi sur le montage et l'inspection des installations de plomberie*.

13. Vérifier auprès du bureau de l'inspecteur en chef de chaudières, ministère de la Sécurité publique, si des certificats d'inspection ont été délivrés en vertu de l'article 19 de la *Loi sur les chaudières et appareils à pression*.
14. Vérifier auprès du bureau de l'inspecteur en chef, ministère de la Sécurité publique, si un certificat a été délivré en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les ascenseurs et les monte-charge*.
15. Obtenir de la Direction des affaires corporatives à Fredericton un certificat attestant que l'entreprise venderesse est en règle.
16. Confirmer auprès de Travail sécuritaire NB que l'employeur est enregistré et qu'il est en règle.
17. Vérifier si un syndic de faillite (bureau du surintendant, à Halifax) ou un séquestre (ministère de la Justice, à Fredericton) a été nommé.
18. Obtenir des précisions sur les marques de commerce, les brevets et autres propriétés intellectuelles et effectuer des recherches pour déterminer la propriété et autres types de cessions, conventions visant les usagers inscrits, etc.

Appendice 3

LISTE DE CONTRÔLE – ACHAT D'UNE ENTREPRISE

1. RENSEIGNEMENTS SUR L'ENTREPRISE À ACHETER
 - (i) Historique de l'entreprise
 - (ii) Organisation de l'entreprise
 - (iii) Facteurs à considérer concernant l'achat des actions ou de l'actif
 - (iv) Description des actions qui sont achetées
 - (v) Confirmation que toutes les actions qui sont achetées constituent l'intégralité des actions émises et payées
 - (vi) Nature de l'entreprise et précisions concernant ses concurrents
 - (vii) Registres des ventes et de la gestion de l'entreprise
 - (viii) Obligations contractuelles de l'entreprise
 - Contrats de fourniture
 - Contrats conclus avec des clients
 - Contrats de location de locaux et d'équipement
 - (ix) Problèmes juridiques touchant l'entreprise, les produits ou les services
 - (x) Registres financiers de l'entreprise pour l'année en cours et pour les années antérieures
 - (xi) Précisions concernant l'actif et le passif de l'entreprise
 - (xii) Précisions concernant les politiques de gestion et d'exploitation de l'entreprise
 - (xiii) Registres du personnel de l'entreprise et registres juridiques, comptables, de publicité et de relations publiques
 - (xiv) Listes des clients
 - (xv) Listes des fournisseurs
 - (xvi) Précisions concernant les services publics desservant les lieux
 - (xvii) Précisions concernant la réglementation gouvernementale ou les restrictions imposées à l'égard de l'exploitation de l'entreprise
 - (xviii) Évaluation de l'entreprise
 - (xix) Précisions concernant l'impôt
 - Montants demeurant impayés
 - Copies des plus récents avis de cotisation, de nouvelle cotisation et d'opposition
 - Précisions concernant les paiements effectués
2. Y A-T-IL LIEU DE RÉDIGER UNE LETTRE D'INTENTION?
3. RENSEIGNEMENTS À OBTENIR POUR LA RÉDACTION DE LA CONVENTION
 - i.** Description de l'organisation de l'entreprise, de ses propriétaires, administrateurs et dirigeants de même que de ses employés principaux.
 - ii.** Dispositions prévoyant que l'acheteur aura un accès immédiat et constant aux livres, registres, contrats, inventaires et autres éléments d'actif à des fins d'examen.
 - iii.** Pour l'achat de l'actif, description détaillée des éléments d'actif :
 - a)** inventaire détaillé des biens et de l'équipement
 - b)** liste de l'inventaire
 - c)** vérification de l'existence de comptes clients

- (xviii) Examen, par les vérificateurs ou les comptables de l'acheteur, des livres comptables du vendeur pour s'assurer que la situation financière du vendeur est bien celle qui a été divulguée.
- (xix) Si les parties envisagent l'achat d'actions :
- a) prendre note des noms et adresses des administrateurs, dirigeants et actionnaires, du nombre et du type d'actions qu'ils détiennent, déterminer s'ils sont détenteurs à titre de propriétaires bénéficiaires, si les actions sont libres d'hypothèques, de privilèges, de charges ou de réclamations;
 - b) déterminer si une personne jouit de droits, de privilèges ou d'une option d'achat sur les actions ou du droit de demander qu'il y ait répartition ou émission d'actions non émises;
 - c) déterminer si la transaction violerait un contrat ou un engagement de la corporation;
 - d) déterminer si le vendeur est un résident canadien au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada);
 - e) déterminer si la corporation a déposé toutes les déclarations fédérales et provinciales nécessaires relativement à l'impôt et à la taxe de vente harmonisée;
 - f) déterminer si les statuts constitutifs de l'entreprise autorisent ce type de transaction et si les administrateurs de l'entreprise approuveront la transaction.
- (xx) S'agissant des employés de l'entreprise :
- a) déterminer s'il existe ou non une convention collective sous le régime de la loi provinciale;
 - b) obtenir les contrats d'emploi avec les employés principaux, s'il en est;
 - c) se renseigner sur les régimes de pension et les régimes d'indemnisation des accidents du travail;
 - d) déterminer si les employés secondaires renonceront à toute demande pour renvoi injustifié, rupture de contrat ou violation d'une loi provinciale sur les normes d'emploi ou du *Code canadien du travail*.
- (xxi) Quels sont les avis juridiques qui s'avéreront nécessaires?
- (xxii) Quelles sont les garanties et quels sont les certificats des dirigeants et des administrateurs du vendeur qui s'avéreront nécessaires?

4. APRÈS LA RÉDACTION DE LA CONVENTION

- (i) S'il y a achat d'actif, procéder à des recherches de titre sur les lieux (s'il y a achat d'actions, vous pourrez vouloir confirmer le titre de propriété des biens-fonds, examiner les avis au dossier concernant le titre, ou vous devrez peut-être fournir des avis à une banque chargée de financer la transaction).
- (ii) S'il y a achat d'actif, en cas de bail, préparer une cession de bail, obtenir le consentement du locateur, s'il y a lieu, et déterminer si le bail et la cession devraient être enregistrés.
- (iii) Obtenir de la province les certificats nécessaires attestant que toutes les taxes provinciales ont été perçues et remises à la province.
- (iv) Relativement aux actes de vente, dresser une liste distincte des sommes payées à l'égard de l'inventaire, de l'équipement, des comptes clients, de l'achalandage, etc. et examiner la nécessité de leur enregistrement.

- (v) S'il y a une hypothèque mobilière (ou acte de vente par voie d'hypothèque), vérifier si elle est rigoureusement conforme aux dispositions de la loi provinciale pertinente.
- (vi) Si l'acheteur est un non-résident, s'assurer que les dispositions de la *Loi sur l'investissement Canada* ont été respectées.
- (vii) Obtenir les certificats attestant le bon fonctionnement de tous les véhicules à moteur achetés et transférer leur immatriculation.
- (viii) Obtenir les transferts des permis de véhicule public à l'égard de tous les véhicules publics (autobus, véhicules affrétés) et des véhicules publics commerciaux (camions, etc. à louer).
- (ix) Enregistrer tout transfert de bateaux conformément à la *Loi sur la marine marchande du Canada*.
- (x) Enregistrer les sûretés.
- (xi) En cas de cession de raison sociale, s'assurer qu'elle sera cédée expressément à l'acheteur et voir si le vendeur devrait dissoudre la société de personnes ou l'entreprise individuelle et si l'acheteur devrait dresser et enregistrer une nouvelle déclaration de société de personnes ou d'entreprise individuelle, s'il n'exercera pas ses activités sous son propre nom ou à titre de corporation.
- (xii) S'assurer qu'il n'y a aucun arréage de taxes.
- (xiii) Si le vendeur ou les administrateurs ou encore les actionnaires d'une corporation ont fourni des garanties personnelles, prendre les dispositions nécessaires pour qu'il soit procédé à la levée de ces garanties personnelles ou rédiger, au besoin, une convention d'indemnisation par l'acheteur.
- (xiv) Rédiger un état des rajustements se rapportant à la transaction.
- (xv) Préparer des résolutions sociales appropriées et rédiger une attestation de fonction.
- (xvi) Préparer des avis juridiques.
- (xvii) Réunir la documentation à laquelle renverra la convention.

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

TRANSACTIONS VISANT L'ACHAT D'ÉLÉMENTS D'ACTIF

Chapitre 2

Table des matières

Transactions visant l'achat d'éléments d'actif.....	3
1. Facteurs à considérer dans le cas de l'achat d'actif	3
2. Teneur de la convention d'achat d'actif.....	3
3. Éléments d'actif à acquérir	4
3.1 Les stocks.....	4
3.2 Fonds de terre et bâtiments	5
3.3 Machinerie et autres biens amortissables.....	5
3.4 Comptes clients.....	6
3.5 Frais payés d'avance	7
3.6 Propriété intellectuelle	7
3.7 Achalandage et biens connexes	7
3.8 Prise en charge du passif.....	8
3.8.1 Comptes créditeurs.....	8
3.8.2 Commandes client.....	9
3.8.3 Emprunts non remboursés.....	9
3.8.4 Réclamations relatives aux garanties	9
3.8.5 Obligations rarement assumées.....	9
3.8.6 Contrats avec des tiers et consentements	9
3.9 Garanties relatives aux produits et responsabilité du fait des produits.....	9
4. Paiement du prix d'achat et autres facteurs à considérer	10
4.1 Paiement du prix d'achat	10
4.1.1 Paiement comptant.....	10
4.1.2 Paiement comptant assorti d'une promesse de payer	11
4.1.3 Paiement comptant et bénéfices futurs	11
4.2 Risque de perte.....	12

4.3	Conventions de non-concurrence et contrats de consultation.....	12
4.4	La Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels	13
4.5	Loi sur la taxe de vente harmonisée.....	13
4.6	La taxe sur le transfert de biens réels.....	13
4.7	Vendeurs non résidents	13
4.8	Loi sur les corporations commerciales (Nouveau-Brunswick).....	14
4.9	Employés.....	14
4.9.1	En common law	14
4.9.2	La cessation sous le régime de la <i>Loi sur les normes d'emploi</i>	15
4.9.3	L'approche sous le régime de la <i>Loi sur les relations industrielles</i>	15
4.9.4	Régime de pensions du Canada	15
4.9.5	Autres cotisations à un régime de retraite.....	15
5.	Programme de la clôture et documents et autres choses livrables à la clôture	16
5.1	Voici des exemples de documents et autres choses livrables par le vendeur à la clôture :	16
5.2	Voici des exemples de documents et autres choses livrables par l'acheteur à la clôture :	16
a)	l'hypothèque accessoire consentie à [nom de la banque] et enregistrée en tant que document n ^o [numéro du document] dans le comté [nom du comté], le [date].....	22

Transactions visant l'achat d'éléments d'actif

1. Facteurs à considérer dans le cas de l'achat d'actif

Dans une vente des éléments d'actif, l'acheteur peut choisir les éléments d'actif qu'il achètera et les éléments de passif qu'il prendra en charge. Il faut traiter chaque type de bien et chaque élément de passif séparément et, plus particulièrement, identifier les exceptions et les exclusions. Les divers aspects d'un transfert semblent complexes dans le cas d'une vente d'actif : il faut habituellement enregistrer des documents, obtenir le consentement de tiers intéressés – notamment les bailleurs de fonds, les locataires, les organismes de réglementation – et faire parvenir des avis aux clients, aux employés, aux locataires et autres. Toutefois, il faut également examiner plusieurs de ces points dans un achat d'actions également.

Afin de déterminer les conditions d'une vente de l'actif, il faut des renseignements à jour sur la situation financière de la corporation et sur ses activités commerciales, ainsi que sur le résultat des vérifications habituelles qui soulèvent des problèmes à l'égard des biens.

Il importe d'identifier dès le début les éléments d'actif que l'acheteur veut acquérir et ceux qu'il veut exclure. L'acheteur ne sera pas intéressé à acquérir des éléments d'actif que le vendeur a acquis dans des transactions avec lien de dépendance (par exemple les dettes inter sociétés dans un groupe de sociétés liées). Il ne voudra habituellement pas non plus garder et payer l'assurance dirigeants d'entreprise sur le vendeur, même lorsqu'il retient les services de ce dernier comme employé ou consultant.

L'imputation du prix d'achat entre les divers éléments d'actif est un des facteurs les plus importants dont il faut tenir compte, du point de vue fiscal, dans un achat d'actif. Puisque le vendeur et l'acheteur auront souvent des intérêts opposés, il sera peut-être nécessaire de recourir à la négociation. C'est pour cette raison que l'Agence du revenu du Canada accepte habituellement l'imputation proposée par les parties, à condition qu'il y ait de la preuve démontrant que la transaction en est une qui a fait l'objet de négociation. Habituellement, la convention d'achat d'actif stipule que chacune des parties considère l'imputation (qui est jointe en annexe à la convention) raisonnable et accepte de s'en servir dans sa déclaration d'impôt.

2. Teneur de la convention d'achat d'actif

Généralement, les conventions d'achat d'actif contiennent des clauses prévoyant notamment ce qui suit :

- a) les clauses d'achat-vente décrivant les biens qui sont vendus (lesquelles peuvent renvoyer aux annexes de la convention) et la date de clôture;
- b) le prix d'achat et son imputation aux divers éléments d'actif qui sont vendus (se reporter au paragraphe 2.04(1) du présent chapitre);
- c) les aspects pratiques de la transaction telle, notamment, les formalités de la clôture, les enquêtes provisoires et la confidentialité;
- d) les assertions et garanties du vendeur, dont des déclarations concernant la capacité de vendre, le pouvoir de vendre, l'inexistence d'options ou d'ententes de vendre conclues avec un tiers, la conformité aux lois et l'inexistence d'un litige en instance ou de privilèges grevant les biens qui auraient pour effet de diminuer la qualité marchande de l'actif;
- e) les covenants du vendeur;
- f) les assertions et garanties de l'acheteur;
- g) les covenants de l'acheteur;
- h) la survie et les limitations des assertions, garanties et covenants des parties;

- i) les exigences ou les conditions préalables à la clôture qui précisent les questions qui doivent être réglées ou les circonstances qui doivent exister pour que les parties soient tenues de parfaire la transaction;
- j) les clauses portant sur le risque de dommage et l'indemnisation (se reporter au paragraphe 2.04(2) du présent chapitre);
- k) les clauses légales générales, lesquelles sont plus précisément traitées à l'appendice 1 du chapitre 3;
- l) les annexes de la convention d'achat d'actif.

3. Éléments d'actif à acquérir

Voici certains types d'éléments d'actif pouvant être acquis dans une convention d'achat d'actif :

3.1 Les stocks

Les stocks sont les produits à vendre ou le matériel que traite, fabrique ou assemble l'entreprise en vue de la vente. De par leur nature, les stocks changent continuellement en qualité et en quantité. Il est donc souvent difficile d'en fixer la valeur – et de s'entendre sur la valeur fixée – lors de l'achat d'une entreprise et encore plus difficile d'attribuer une valeur à des éléments précis. En conséquence, la valeur des stocks est parfois prévue dans la convention d'achat d'actif (où l'on y attribue un chiffre conservateur) ou, le plus souvent, on y prévoit une méthode ou formule pour la calculer de façon objective à une date prédéterminée après la clôture de la transaction. Dans un cas comme dans l'autre, on prévoit habituellement une procédure d'arbitrage : tout conflit sur la valeur attribuée ultérieurement serait alors soumis à un arbitre indépendant. Souvent, les vérificateurs des parties peuvent être retenus pour effectuer l'évaluation des stocks.

Pour éviter les problèmes liés à l'évaluation d'éléments d'actif comme les stocks et autres éléments dont la valeur change continuellement, les conventions d'achat d'actif prévoient généralement à la fois une date de clôture et une date de rajustement après la clôture. Le solde du prix d'achat est versé à cette dernière date, une fois le processus d'évaluation terminé. Le prix versé au moment de la clôture tient compte des éléments qui sont faciles à évaluer ainsi que de la valeur estimative des stocks et autres actifs cycliques. Une évaluation est effectuée peu après et toute somme additionnelle qui lui revient est par la suite payée au vendeur ou toute somme qu'il a payée en trop est remise à l'acheteur. Une autre option est de verser des sommes à un tiers, qui seront par la suite remises lorsque les niveaux de stocks réels auront été déterminés. Pour éviter de compliquer la convention d'achat, les stocks sont souvent décrits en annexe plutôt que dans la convention même. L'annexe peut alors être modifiée jusqu'à la date de la clôture sans qu'il soit nécessaire de modifier le corps de la convention.

Lorsqu'il négocie une convention d'achat d'actif, l'acheteur devrait éviter de payer les stocks qui sont désuets ou qui ont peu de valeur. Habituellement, la convention prévoit que la partie du prix d'achat payée et imputée aux stocks sera rajustée pour exclure ces articles, ou encore elle contient une clause autorisant l'acheteur à revendre au vendeur tout article désuet ou inutile dans un délai donné suivant la date de clôture.

Les assertions que fait le vendeur et les garanties qu'il donne à l'acheteur peuvent aider à régler la question des stocks désuets. Quoi qu'il en soit, avant la clôture, l'acheteur devrait physiquement vérifier les stocks pour se rassurer à cet égard.

Il est très courant de vendre les stocks à leur valeur comptable; les répercussions fiscales sont alors minimales. Puisque les stocks sont normalement achetés en vue de la revente, ils sont habituellement exonérés de la taxe de vente provinciale, dans les provinces où cette taxe est payable. Il se peut toutefois que l'acheteur ait à payer la TVH.

La *Loi sur la taxe d'accise* oblige le vendeur enregistré des éléments d'actif d'une entreprise à prélever la TVH sur le prix de vente des stocks de produits finis fabriqués par lui, autres que les produits exonérés ou détaxés. Les acheteurs de biens devant être utilisés ou consommés dans une entreprise commerciale auront par conséquent droit à un crédit de taxe sur les intrants, à condition d'être inscrits aux fins de la TVH.

Une exemption de la TVH s'applique lorsque l'acheteur achète pratiquement tous les éléments d'actif utilisés dans une entreprise ou dans une partie d'une entreprise. Pour bénéficier de l'exemption, il faut déposer une formule des choix.

3.2 Fonds de terre et bâtiments

Dans bon nombre de transactions, le bien qui a la plus grande valeur est un fonds de terre. Pour s'assurer que le vendeur est propriétaire du fonds de terre en question et que l'acheteur acquiert un titre valable sur l'ensemble du fonds de terre, l'avocat de l'acheteur doit vérifier le titre au bureau de l'enregistrement ou au bureau d'enregistrement foncier où est enregistré le titre. Vous devez régler certains problèmes, par exemple les servitudes et les violations de la *Loi sur l'urbanisme*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-12, et des arrêtés de zonage avant la clôture de la transaction et avant que l'acheteur ne devienne propriétaire du bien.

Du point de vue fiscal, les biens en immobilisation sont répartis en biens amortissables (c'est-à-dire les bâtiments, l'équipement, etc.) et en biens non amortissables (c'est-à-dire des fonds de terre). Pour les biens amortissables, l'acheteur bénéficie d'une déduction fiscale sur un certain nombre d'années.

Il faudra payer la taxe sur le transfert de biens réels sur la partie du prix d'achat imputée aux biens réels (fonds de terre et bâtiments).

En application de la *Loi sur la taxe d'accise*, la plupart des ventes de fonds de terre et bâtiments sont aussi frappées de la TVH, sauf lorsque des choix ou des exemptions spéciales s'appliquent.

3.3 Machinerie et autres biens amortissables

De nombreuses machines et pièces d'équipement « diverses » sont utilisées dans l'exploitation de n'importe quelle entreprise, particulièrement dans le cas d'une entreprise de fabrication ou de transformation, où il peut y avoir des milliers de pièces d'équipement, de machines, d'outils, de voitures, de camions, de chariots élévateurs à fourche, de bureaux, de chaises, de matériel de bureau, etc. Le défi pour l'avocat, dans le cas d'une vente d'actif, est alors d'assurer le transfert de chacun de ces biens à l'acheteur. Le transport même est habituellement effectué par acte de vente ou acte de transport général par le vendeur à l'acheteur pour transférer le titre des biens. Cependant, chaque élément d'actif devrait également être énoncé explicitement dans une annexe à la convention d'achat d'actif, avec son numéro de série (le cas échéant). Évidemment, il s'agit d'une tâche gruge-temps et dans beaucoup de transactions importantes, on a recours, dans la convention, à une description plus générale des biens et de leur emplacement.

Aux fins de l'impôt sur le revenu, les biens amortissables sont des biens en immobilisation dont le coût peut être déduit sur une certaine période de temps. Les biens amortissables sont regroupés en catégories à l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. Les biens peuvent être amortis à des taux différents selon la catégorie à laquelle ils appartiennent.

Les machines et l'équipement sont des types de biens amortissables qui font souvent l'objet des achats de l'actif d'une entreprise. Le taux d'amortissement applicable aux machines varie, mais le plus souvent, le matériel de fabrication peut être complètement amorti suivant un taux décroissant.

Voici quelques autres biens amortissables souvent visés par l'achat des éléments d'actif d'une entreprise : du matériel de transport (voitures, camions); des brevets, concessions, tenures à bail (taux variés); du matériel de bureau; du matériel informatique; et des logiciels.

Alors que l'aliénation de biens en immobilisation qui ne sont pas des biens amortissables, comme les fonds de terre, ne donne lieu qu'à un gain ou une perte en capital pour le vendeur, les répercussions fiscales de l'aliénation de biens amortissables sont plus complexes. C'est pourquoi il est recommandé de consulter un expert comptable pour l'imputation du prix d'achat aux divers biens amortissables.

Le vendeur a avantage à imputer le produit de la vente aux biens en immobilisation non amortissables plutôt qu'à imputer aux biens amortissables une somme supérieure à la fraction non amortie de leur coût en capital. Par contre, l'acheteur a avantage à imputer le prix d'achat aux biens amortissables de sorte à en déduire le coût sur une certaine période. En outre, ce dernier pourrait vouloir imputer le prix d'achat aux biens qui peuvent être amortis plus rapidement.

Puisque le vendeur et l'acheteur ont souvent des intérêts opposés quant à l'imputation du prix, la répartition finale est souvent raisonnable et sera acceptée par l'Agence du revenu du Canada. Si la répartition ne respecte pas les limites du raisonnable, elle pourrait être ajustée par l'Agence du revenu du Canada, ce qui se produit surtout lorsque les parties indiquent des imputations différentes dans leurs déclarations d'impôt. Il est donc important de prévoir l'imputation dans la convention d'achat d'actif. Il est souvent utile d'y inclure une clause obligeant toutes les parties à utiliser cette imputation dans leur déclaration d'impôt.

La vente de nombreux biens amortissables est assujettie à la taxe de vente provinciale (là où elle s'applique) et à la TVH.

3.4 Comptes clients

De façon générale, le vendeur d'une entreprise aimerait que l'acheteur achète tous les comptes clients à leur pleine valeur, moins une provision pour mauvaises créances, et se charge de leur recouvrement. Il fera valoir que, lorsqu'il aura vendu son entreprise, il n'aura plus de moyen efficace pour recouvrer ces comptes clients et ne peut plus invoquer ses relations commerciales avec ses clients pour exercer sur eux des pressions morales (ou même juridiques).

Ce qui préoccupe l'acheteur, c'est la possibilité de recouvrer les comptes puisqu'il n'a pas de relations antérieures avec les clients et ne connaît habituellement pas les politiques de vente et de recouvrement du vendeur ni l'impact qu'aura la vente de l'entreprise sur les mauvaises créances. Normalement, il proposera donc au début de ne pas payer pour ces comptes mais de les percevoir pour le compte du vendeur, à ses frais, et de rendre compte au vendeur des sommes perçues. Les questions qui se posent à l'égard du transfert de comptes clients sont celles de savoir qui doit payer les frais de recouvrement et qui doit courir le risque du non-recouvrement? Si l'acheteur paie la pleine valeur de ces comptes clients, il voudra avoir un recours contre le vendeur pour les comptes non recouverts.

Si l'une ou l'autre de ces méthodes n'est pas acceptable, les parties s'entendent habituellement sur un des arrangements suivants :

- a) soit l'acheteur achète les comptes clients avec un rabais suffisant sur la valeur comptable pour se protéger et se charge entièrement de leur recouvrement;
- b) soit l'acheteur achète les comptes clients, peut-être encore une fois à rabais, et les recouvre pendant un certain temps et si, à la fin du délai prévu, il n'a pas recouvré les créances, il remet le reste des comptes au vendeur, qui prend les mesures qu'il juge opportunes. Il y a alors souvent une retenue de garantie sur laquelle l'acheteur retient la différence entre la somme recouvrée et le prix d'achat des comptes clients.

Suivant les principes généraux en matière fiscale, la vente de comptes clients dans le cadre de la vente d'une entreprise donne lieu à un gain ou une perte en capital selon que le prix d'achat est supérieur ou inférieur à la valeur nominale des créances. La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit, en son article 22, que dans une transaction d'achat-vente d'une entreprise, l'acheteur et le vendeur peuvent faire un choix conjoint de traiter la transaction comme donnant lieu à un revenu ou une perte ordinaire. Le choix se fait par le dépôt auprès de l'Agence du revenu du Canada de la formule T2022 signée à la fois par le vendeur et l'acheteur. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne prévoit aucun délai pour faire ce choix. Habituellement, les parties déposent le choix prévu à l'article 22 pratiquement chaque fois que des comptes clients sont vendus dans le cadre de la vente de l'actif d'une entreprise.

Le choix prévu à l'article 22 ne s'applique que lorsque le vendeur vend la totalité ou la presque totalité des biens utilisés dans l'exploitation de son entreprise. S'il vend les biens d'une division particulière de son entreprise, la question se pose de savoir s'il peut ou non faire ce choix. Si la division constitue une entreprise distincte des autres entreprises du vendeur, il le peut. Les critères que l'Agence du revenu du Canada applique pour déterminer si une division constitue une entreprise distincte sont énoncés dans le Bulletin d'interprétation IT-206R.

3.5 Frais payés d'avance

Le vendeur de l'actif d'une entreprise voudra se faire rembourser les frais qu'il a payés avant la date de clôture mais qui portent sur la période après-vente. Ces sommes, qui comprennent le loyer, les primes d'assurance et les avances payées aux propriétaires de brevets sur les droits d'auteur, font donc habituellement l'objet de rajustement à la date de clôture. L'acheteur accepte normalement de rembourser le vendeur pour ces frais, à moins qu'il ne puisse tirer profit de ces paiements, par exemple lorsqu'il souscrit lui-même sa propre assurance. Si l'acheteur rembourse le vendeur, son avocat ou avocate devrait s'assurer que l'élément d'actif donnant lieu à ces frais est bel et bien transféré à l'acheteur – s'assurer, par exemple, que l'assurance a été cédée et que l'acheteur y est désigné comme nouvel assuré.

3.6 Propriété intellectuelle

Il faut prêter une attention particulière aux raisons sociales, marques de commerce, licences, permis, brevets et autre propriété intellectuelle ou industrielle que l'acheteur acquiert. Il s'agit avant tout de s'assurer que la propriété en question est bien identifiée et que les mesures appropriées sont prises dans la documentation pour assurer le transfert à l'acheteur.

Si l'acheteur doit obtenir l'utilisation du bien mais que le vendeur ne peut en transférer le titre (par exemple une marque de commerce ou un brevet utilisé par une filiale canadienne d'une société mère étrangère qui continuera à l'utiliser à l'extérieur du Canada), il faut dresser et enregistrer des conventions d'usager inscrit ou des licences conventionnelles, selon le cas, conformément aux lois applicables, par exemple la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. 1985, ch. T-13.

Certains types de propriété intellectuelle, dont les brevets et les permis de durée limitée, sont des biens amortissables figurant dans les catégories de déductions pour amortissement du *Règlement de l'impôt sur le revenu*. La propriété intellectuelle qui n'est pas amortissable est habituellement un bien en immobilisation admissible (dont on parlera ci-après, sous la rubrique Achalandage et biens connexes).

Habituellement, la TVH ne s'applique pas à la vente d'actifs incorporels si tous ou essentiellement tous les actifs incorporels nécessaires à l'exploitation de tout ou partie de l'entreprise sont vendus.

3.7 Achalandage et biens connexes

L'achalandage est généralement défini comme l'ensemble des biens incorporels qui ajoutent de la valeur à une entreprise et vise notamment l'emplacement de ses locaux, sa liste de distribution, ses appellations commerciales et, de façon générale, la réputation établie au cours des années d'exploitation

de l'entreprise. C'est la somme que l'acheteur est prêt à payer, en plus du prix des biens corporels particuliers, pour acquérir l'entreprise.

L'achalandage et les autres biens incorporels qui sont associés à une entreprise mais qui ne figurent pas dans une des catégories de déductions pour amortissement sont habituellement classés comme « biens en immobilisation admissibles » dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* (article 14). Parmi les biens en immobilisation admissibles, on compte également les frais juridiques de la constitution en corporation, les licences de durée illimitée et le coût des clauses de non-concurrence. Le traitement fiscal des biens en immobilisation admissibles ressemble à celui des biens amortissables, avec un certain nombre de différences. Par exemple, bien qu'il soit possible avec le temps de déduire 100 % du coût des biens amortissables, seulement les trois quarts du coût des biens en immobilisation admissibles peuvent être déduits. Alors que les biens amortissables, lorsqu'ils sont aliénés, peuvent être assujettis à une récupération et à des gains en capital, le produit de biens en immobilisation admissibles n'est habituellement pas traité comme gain en capital.

3.8 Prise en charge du passif

Lors de l'achat de l'actif d'une entreprise, l'acheteur peut choisir les éléments de passif, s'il en est, qu'il prendra en charge. La valeur des éléments de passif pris en charge fait partie du prix d'achat à imputer parmi les biens acquis. Voici un exemple :

Disons qu'un acheteur accepte d'acheter l'actif d'une entreprise pour 100 000 \$ et prend en charge des dettes pour 20 000 \$. Il accepte de payer 80 000 \$ comptant pour l'actif « net ». Dans cette situation, la contrepartie totale de 100 000 \$ serait répartie parmi les éléments d'actif acquis.

En droit, l'obligation d'exécuter n'est pas remplie si elle est cédée à un tiers (c'est-à-dire l'acheteur) et que ce dernier ne s'en acquitte pas. Par exemple, l'acheteur ne peut prendre en charge la dette que le vendeur a envers une banque à charte et libérer ainsi le vendeur à l'égard de la dette, à moins que la banque ne consente à la prise en charge. Même dans ce cas, le vendeur voudra une garantie de sa libération en cas de défaut subséquent de la part de l'acheteur. Par conséquent, dans le cas d'une vente de l'actif, le vendeur cherche des assurances que l'acheteur peut acquitter les obligations prises en charge. S'il y a des doutes à cet égard, le vendeur insistera pour procéder plutôt par vente d'actions puisque les dettes de l'entreprise continueront à être les dettes de la corporation vendue et non les dettes du vendeur lui-même.

Par ailleurs, dans le cas de services qui sont uniques de quelque façon que ce soit, le bénéficiaire de l'obligation n'est pas tenu d'accepter son exécution par un tiers. L'exemple le plus courant est le contrat de services personnels, comme le contrat d'emploi ou le contrat de consultation. Le consultant ou l'employé ne peut céder son obligation d'exécuter le contrat à une autre personne sans le consentement de l'autre partie au contrat.

Dans une convention d'achat d'actif typique, un certain nombre d'obligations peuvent habituellement être prises en charge par l'acheteur, notamment les suivantes :

3.8.1 Comptes créditeurs

L'acheteur acceptera habituellement de prendre les comptes fournisseurs en charge, car en utilisant les conditions de crédit accordées au vendeur, il peut peut-être reporter le paiement d'une partie du prix d'achat.

Si l'acheteur ne prend pas ces comptes en charge, le prix d'achat sera établi en conséquence et le vendeur bénéficiera d'un paiement anticipé de l'acheteur.

Dans bien des cas, ces comptes sont payables à des locataires ou à des fournisseurs habituels de l'entreprise et l'acheteur aurait intérêt à les prendre en charge pour s'assurer que ces personnes, dont la bienveillance lui est nécessaire, seront payées de façon régulière et continueront à faire affaire avec lui.

3.8.2 Commandes client

Si le vendeur cesse ses activités commerciales, il voudra que l'acheteur prenne en charge toutes les commandes qu'il n'a pas encore remplies. Dans la mesure où ces commandes sont lucratives, l'acheteur pourrait vouloir en profiter, et dans la mesure où elles ne le sont pas, il voudra vraisemblablement en être au fait pour que le prix d'achat puisse en tenir compte.

3.8.3 Emprunts non remboursés

Habituellement, l'acheteur ne prend pas en charge les emprunts faits par le vendeur parce qu'il doit assurer son propre financement pour l'achat de l'entreprise. Cependant, il se peut que certaines formes de financement soient avantageuses ou rentables pour l'acheteur et qu'il soit prêt à les prendre en charge, à condition que le créancier, par exemple la banque, accepte que la dette soit cédée et que l'acheteur en assure le paiement.

3.8.4 Réclamations relatives aux garanties

Le plus souvent, l'acheteur remplit les commandes et fournit les services promis par le vendeur. Cependant, comme le vendeur n'exploitera plus l'entreprise et ne pourra exécuter les garanties données à ses clients avant la vente de l'entreprise, il voudra aussi que l'acheteur réponde de ces garanties et autres réclamations faites par des clients relativement à des opérations d'achat et vente effectuées avant la vente de l'entreprise. Normalement, l'acheteur pourrait accepter de le faire, car encore une fois, il a intérêt à préserver l'achalandage de l'entreprise. Cependant, il y a souvent conflit sur la question de savoir qui en payera les frais et à quelles conditions.

3.8.5 Obligations rarement assumées

Sont notamment visées l'assurance et les transactions avec lien de dépendance.

3.8.6 Contrats avec des tiers et consentements

Les contrats à long terme avec des locataires, des bailleurs, des fournisseurs et des clients peuvent constituer un atout ou un fardeau important pour une entreprise. Habituellement, la convention d'achat-vente d'actif stipule que le vendeur doit remettre à l'acheteur une copie de tous les contrats, conventions, baux, licences et permis et concessions qu'il a négociés avec des tiers relativement à l'entreprise et lui fournir une occasion raisonnable notamment de les examiner et de décider lesquels il veut prendre en charge.

Souvent, l'acheteur voudra prendre avantage de certains arrangements à long terme. Il doit cependant faire bien attention dans le choix de ceux qu'il prendra en charge et payera. Même si l'acheteur veut assumer certains contrats, il pourrait, pour pouvoir acheter les biens et exploiter l'entreprise, devoir obtenir le consentement de tiers, tels les locataires de locaux loués par le vendeur, les propriétaires de matériel loué par le vendeur et les organismes de réglementation ayant compétence sur l'entreprise du vendeur.

En outre, il devrait confirmer que les divers organismes de réglementation permettront ou que la loi permet la cession de certaines licences et de certains permis, car souvent, l'acheteur devra présenter une nouvelle demande de permis ou d'autorisation. Habituellement, le vendeur s'engagera à faire de son mieux pour aider l'acheteur à obtenir le transfert de ces licences ou autorisations.

3.9 Garanties relatives aux produits et responsabilité du fait des produits

Même s'il a un avantage sur celui qui achète les actions dans le sens qu'il peut décider de ne pas prendre en charge les obligations du vendeur à l'égard des garanties relatives aux produits

(les produits qui ne répondent pas aux garanties expresses ou implicites) ou à l'égard de la responsabilité du fait des produits (les produits qui occasionnent des pertes ou des dommages aux personnes ou aux biens), celui qui achète l'actif d'une entreprise sera très préoccupé par ces questions.

À défaut d'entente entre les parties, ce sont les principes généraux en matière de contrats et de délits qui s'appliquent, et l'acheteur n'encourt aucune responsabilité à cet égard pour les objets fabriqués et vendus avant qu'il n'acquière l'actif et ne prenne contrôle de l'entreprise. L'acheteur n'encourt aucune responsabilité contractuelle puisqu'il n'a pas fabriqué et vendu le produit en question; il n'encourt aucune responsabilité délictuelle puisque le préjudice corporel ou financier causé par le produit défectueux n'est pas le résultat de négligence de sa part. Le problème est cependant plus difficile dans le cas d'un produit défectueux fabriqué par le vendeur avant la vente de l'entreprise mais vendu par l'acheteur par la suite à partir des stocks qu'il a acquis à l'achat. Il se peut alors que l'acheteur ait à répondre au client de la violation d'une garantie expresse ou implicite si ce dernier présente une demande fondée sur la responsabilité du fait des produits. L'acheteur pourra peut-être se retourner contre le vendeur qui a fabriqué le produit pour qu'il le dédommage de ses pertes ou frais, mais cela dépend de l'entente conclue par les parties. C'est pourquoi il faut se pencher sur la question.

Pour ce qui est des garanties relatives aux produits, le fabricant d'un produit déclarera habituellement à ses clients que le produit sera libre de vices de fabrication et de matériel pendant une certaine période de temps. Si le produit ne répond pas à cette garantie, c'est au fabricant qui la donne de réparer le produit ou de le remplacer. Celui qui achète l'actif d'une entreprise et qui donnera sans doute des garanties semblables à celles que donnait le vendeur est sans doute mieux placé pour donner suite à la garantie du vendeur, ayant acheté les installations de ce dernier et ayant la capacité d'assurer les services voulus en cas de réclamation. Tant le vendeur que l'acheteur ont intérêt à ce que l'acheteur effectue ce travail. Celui qui achète l'actif d'une entreprise de fabrication accepte donc habituellement de prendre en charge les obligations du vendeur relativement aux garanties. Il y aura cependant un certain nombre de vérifications à faire avant de prendre un tel engagement, soit le nombre de réclamations éventuelles et les montants en cause. Il faudrait aussi prévoir une compensation pour cette prise en charge d'obligations, par exemple en réduisant le prix d'achat en conséquence (pour refléter les coûts et les risques additionnels) ou en établissant un fonds d'indemnisation qui servira à dédommager l'acheteur en cas de réclamation.

Pour ce qui est de la responsabilité du fait des produits, même si l'acheteur accepte de prendre en charge l'obligation de réparer ou de remplacer les produits défectueux, dans la plupart des cas, il ne sera pas prêt à accepter la responsabilité pour préjudices corporels ou dommages aux biens causés par un produit défectueux. Dans le contexte actuel des poursuites civiles, ces frais pourraient s'avérer très élevés.

4. Paiement du prix d'achat et autres facteurs à considérer

4.1 Paiement du prix d'achat

- a) Il y a trois options et plusieurs combinaisons possibles pour ce qui est du paiement du prix d'achat :
- b) le paiement comptant intégral;
- c) le paiement comptant partiel, assorti d'une promesse de payer le solde après la vente;
- d) le paiement comptant partiel, assorti d'une promesse de payer éventuellement en fonction d'une clause d'indexation des bénéfices futurs.

4.1.1 Paiement comptant

Le paiement comptant intégral ne présente vraiment pas de problème particulier. Le prix d'achat est fixé et imputé aux divers éléments d'actif. À la clôture, l'acheteur paie la somme fixée au vendeur par chèque certifié, traite bancaire ou virement télégraphique.

4.1.2 Paiement comptant assorti d'une promesse de payer

Plusieurs questions se posent à l'égard de la promesse de payer le solde du prix d'achat à une date ultérieure. Un billet à ordre est habituellement donné pour le solde. Une autre question qui se pose est celle de la garantie à donner pour assurer le paiement du prix d'achat à l'avenir.

Le vendeur voudra s'assurer que l'acheteur pourra payer cette somme conformément au billet à ordre. Par conséquent, dans bien des cas, il prendra une sûreté sur les biens qu'il vient de vendre afin de garantir le paiement, ce qui peut se faire au moyen d'un contrat de sûreté ou d'une débeture. Ce contrat contient souvent une disposition précisant que la sûreté donnée au vendeur prend rang après celle donnée à la banque de l'acheteur à l'égard des biens. Il serait aussi possible d'obtenir une lettre de crédit d'un établissement financier de bonne réputation à l'appui de la promesse de payer faite par l'acheteur.

Il se peut que l'article 43 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1, touchant l'aide financière s'applique; il faudrait donc en tenir compte. Comme ces dispositions présentent surtout des problèmes lorsque les biens de la corporation sont grevés d'une charge pour garantir le solde impayé du prix d'achat des actions de la corporation, la question sera discutée plus en détail au chapitre 3.

Le fait de différer le paiement de tout ou partie du prix d'achat soulève un certain nombre de questions fiscales, dont les suivantes :

- a) **Provisions** – La *Loi de l'impôt sur le revenu* reconnaît qu'il serait injuste d'obliger le vendeur à payer la totalité de l'impôt dans l'année de la vente lorsqu'il n'a pas encore touché le produit de la vente. Elle permet donc de différer le paiement de l'impôt dans une certaine mesure lorsqu'une partie du produit de la vente est payée après l'année de la vente. Les dispositions visant ce report d'impôt, qu'on appelle « provision » aux fins d'imposition, se trouvent au paragraphe 40(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La somme reportée est une partie du produit de la vente qui n'est pas encore exigible. Il y a des dispositions semblables pour les biens autres que les biens en immobilisation à l'alinéa 20(1)n) et au paragraphe 20(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.
- b) **Intérêts** – Lorsque le paiement du produit de la vente est différé, la convention peut prévoir ou non le paiement d'intérêts sur le solde impayé. L'acheteur peut généralement déduire l'intérêt payé, tandis que le vendeur doit l'inclure dans son revenu. Lorsque la convention ne prévoit pas le paiement d'intérêts sur le produit différé, ou lorsque le taux d'intérêt payable est inférieur au taux du marché, il se peut que le vendeur ait à inclure dans son revenu la partie du produit de la vente qui pourrait normalement être considérée comme un paiement d'intérêts (paragraphe 16(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*).
- c) **Créances irrécouvrables** – Lorsque tout ou partie du prix d'achat que doit payer l'acheteur demeure impayée et que le vendeur peut montrer qu'elle est irrécouvrable, l'article 50 et le paragraphe 20(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* offrent un allègement fiscal à ce dernier. De façon générale, le vendeur réalise une perte en capital dans l'année où la créance devient irrécouvrable et il peut déduire toute allocation du coût en capital ou toute somme afférente à l'achalandage qu'il a incluse dans son revenu auparavant.

4.1.3 Paiement comptant et bénéfices futurs

La clause d'indexation sur les bénéfices futurs est habituellement un mécanisme d'ajustement du prix d'achat qui est établi en fonction du rendement réel de l'entreprise acquise pendant la période qui suit la clôture de la vente. Elle représente souvent un compromis entre la capacité de l'acheteur de payer pour l'entreprise un prix supérieur à ce qu'il estime être sa valeur et la capacité de l'entreprise d'effectivement produire dans l'avenir des bénéfices de l'ordre estimé par le vendeur. Une telle clause stipule que si l'entreprise atteint un certain niveau de rendement dans l'avenir, un prix d'achat plus élevé sera versé, lequel sera calculé en fonction des revenus. On peut aussi voir cette clause comme un mécanisme de paiement différé.

Lorsqu'on formule une telle clause, il faut s'assurer qu'elle est compatible avec les procédés comptables qui seront employés dans l'avenir et, surtout dans le cas de la vente de l'actif d'une entreprise, qu'il puisse être déterminé quel est le revenu imputable aux biens achetés et vendus.

Une telle clause peut également fonctionner à l'inverse : le prix d'achat est alors fixé à un certain montant, avec une clause dans l'entente prévoyant qu'il sera réduit si les revenus futurs n'atteignent pas un certain niveau.

Conformément à l'alinéa 12(1)g) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, lors de l'achat de biens, toute partie du prix d'achat payable par acomptes en fonction des revenus ou des profits que l'acheteur tire des biens constitue un revenu pour le vendeur et non un gain en capital. Comme ces paiements futurs sont calculés en fonction des revenus que génèrent les biens acquis par l'acheteur, l'alinéa 12(1)g) fait en sorte que le paiement constituera un revenu pour le vendeur lorsque celui-ci le recevra, même si le bien vendu était un bien en immobilisation et que les paiements représentent le prix de vente de ce bien. Pour éviter l'application de l'alinéa 12(1)g), il faut que le prix d'achat soit payé en versements fixes, c'est-à-dire que la convention d'achat doit prévoir le paiement d'une somme fixe à une date fixe.

4.2 Risque de perte

La convention d'achat d'actif doit indiquer clairement qui du vendeur et de l'acheteur doit supporter le risque de dommages aux biens avant la date de clôture ainsi que les options ouvertes à l'acheteur en cas de dommage. Habituellement, c'est le vendeur qui supporte le risque, et l'acheteur peut décider de ne pas conclure la transaction, de la conclure à un prix réduit ou de la conclure et toucher l'assurance que toucherait normalement le vendeur. Puisque la propriété des biens passe à lui à la clôture, l'acheteur doit prendre les mesures nécessaires pour que l'assurance soit en vigueur à la date de clôture. On peut soutenir que l'acheteur a un intérêt assurable sur les biens en raison de la convention d'achat; il se peut alors qu'il veuille souscrire sa propre assurance sur les biens avant la clôture.

4.3 Conventions de non-concurrence et contrats de consultation

Habituellement, l'acheteur a l'intention d'exploiter l'entreprise qu'exploitait antérieurement le vendeur. Pour en assurer le succès, il voudra conserver les clients et les contrats du vendeur, et pour ce faire, il pourrait exiger du vendeur et de ses principaux actionnaires un engagement de ne pas faire concurrence. Les tribunaux considèrent habituellement qu'un tel engagement constitue une restriction à la liberté du commerce, mais ils en assureront l'application s'il est bien formulé en termes de durée et de portée géographique. Il faut faire de grands efforts, car la jurisprudence sur la question laisse entendre que les tribunaux sont plus susceptibles de reconnaître la validité d'une convention de non-concurrence rattachée à une convention d'achat que d'une convention rattachée à un contrat d'emploi. Si une contrepartie est versée contre l'engagement, il y a plus de chances qu'on en reconnaisse la validité.

L'acheteur pourrait demander au vendeur de continuer à offrir ses services à l'entreprise pendant un certain temps après la clôture, à temps partiel ou à titre de consultant. Il conviendrait alors de passer un contrat de consultation.

On a souvent recours à un tel contrat même lorsque le vendeur n'aura pas de rôle actif dans la « nouvelle » entreprise, afin de différer le paiement du prix d'achat. Ce report permet à l'acheteur de réduire le paiement initial et au vendeur de différer le revenu. L'acheteur peut déduire les frais de consultation lorsqu'il les paie, et le vendeur paie l'impôt lorsqu'il les reçoit. Lorsqu'on rédige de tels contrats, il faut s'assurer qu'ils précisent les fonctions du consultant et que les honoraires pour ces services ne paraissent pas déraisonnables à l'Agence du revenu du Canada. Il faut également que le consultant soit réellement en mesure d'exécuter les fonctions prévues si on le lui demande.

Le contrat de consultation est souvent assorti d'une convention de non-concurrence : le vendeur doit signer les deux et les deux prévoient la même durée.

L'avantage pour l'acheteur est que la totalité du paiement fait en vertu du contrat de consultation peut être déduite du revenu et la durée de la convention de non-concurrence peut habituellement être prolongée.

Ces conventions devraient être des actes distincts de la convention d'achat d'actif pour demeurer exécutoires après la clôture.

4.4 La Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels

La *Loi sur les sûretés relatives aux biens personnels* s'applique à toutes les opérations qui créent une sûreté, quelle qu'en soit la forme et quelle que soit la personne qui a le titre sur le bien grevé (par. 3(1)). La généralité de son application a nettement pour effet d'appliquer également à tous les mêmes règles quant aux formes des sûretés concurrentes et peut, semble-t-il, neutraliser tout avantage que la conservation du titre a pu assurer antérieurement. Pour cette raison, les recherches effectuées dans le Réseau d'enregistrement des biens personnels pour déceler des sûretés s'avèrent très importantes pour l'acheteur afin de garantir le transfert d'un titre libre et absolu.

4.5 Loi sur la taxe de vente harmonisée

La *Loi sur la taxe de vente harmonisée*, L.N.-B. 1997, ch. H-1.01, impose une taxe de 13 % sur la fourniture de produits et la prestation de services au Nouveau-Brunswick. Cette taxe n'est imposée qu'aux consommateurs ou aux utilisateurs ultimes. Bien que la taxe soit imposée à l'acheteur, règle générale, la *Loi sur la taxe de vente harmonisée* oblige les fournisseurs de biens à la percevoir. Le terme « fournisseur » vise la personne qui livre les biens de quelque manière que ce soit, notamment par vente; dans le cas de la vente d'une entreprise, le fournisseur serait le vendeur de son actif. Souvent, lorsque la totalité ou presque des biens d'une entreprise est vendue à un seul acheteur, le vendeur et l'acheteur font un choix conjoint relativement à la perception de la TVH.

La taxe, imposée à tous les maillons de la chaîne de distribution, est recouvrable si elle a été imposée sur des biens dont la consommation ou l'utilisation ont servi à une « activité commerciale », selon la définition que donne de ce terme la *Loi sur la taxe d'accise*. Le recouvrement de la taxe de vente harmonisée, ou TVH, n'est pas imparté aux consommateurs ou aux utilisateurs ultimes, dont les utilisateurs des produits et des services taxables dans le cadre de leurs activités non commerciales, lesquelles sont exclues.

Les articles 167 et 167.1 de la *Loi sur la taxe d'accise* portent sur l'achat et la vente de biens d'entreprise et prévoient une exonération de la TVH pour les cas qui y sont envisagés. À défaut d'exonération, la TVH s'applique. Le statut de cette taxe à l'égard de toutes les opérations de vente et d'achat doit être établi puisqu'elle s'appliquera à la plupart des opérations commerciales.

4.6 La taxe sur le transfert de biens réels

En application de la *Loi de la taxe sur le transfert de biens réels*, le transfert de biens réels au Nouveau-Brunswick est assujéti à une taxe de transfert que l'acheteur doit payer, sauf si cette loi ou son règlement d'application l'en exonèrent.

4.7 Vendeurs non résidents

La *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit que les non-résidents sont imposés sur les gains qu'ils ont tirés de l'aliénation de biens canadiens imposables. Sont compris dans les biens imposables les actions d'une entreprise qui réside au Canada, les biens réels ou immeubles (dont l'avoir forestier et l'avoir minier canadiens) qui sont situés au Canada de même que les actions et autres formes de participation dans une société de personnes et une société de fiducie dont la valeur est tirée ou a été tirée principalement de biens réels ou immeubles dans les soixante mois précédents.

Règle générale, l'acheteur est tenu de retenir la taxe sur le prix d'achat du bien, sauf si le non-résident a obtenu de l'Agence du revenu du Canada le certificat d'attestation que prévoit l'article 116 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

La définition du terme « bien canadien imposable » a récemment été resserrée dans le cadre du budget fédéral de 2010 : elle exclut maintenant de sa portée aussi bien les actions des sociétés et autres intérêts des sociétés de capital privé qui ne tirent pas principalement leur valeur de biens immeubles ou réels situés au Canada que les avoirs miniers ou les avoirs forestiers canadiens. Par conséquent, les aliénations de ces biens par des non-résidents après le 4 mars 2010 ne sont ni imposables ni assujetties aux exigences de l'article 116 concernant l'obligation d'obtenir un certificat.

4.8 Loi sur les corporations commerciales (Nouveau-Brunswick)

Le paragraphe 130(1) de la *Loi sur les corporations commerciales* dispose qu'une vente, un bail ou un échange de la totalité ou la quasi-totalité des biens de la corporation, qui n'intervient pas dans le cours normal de son activité, est soumis à l'approbation des actionnaires de la corporation. En outre, le paragraphe 130(5) dispose que si la vente a sur une catégorie ou série particulière d'actions de la corporation un effet différent de celui qu'elle a sur une autre catégorie ou série d'actions alors que ces dernières ont droit de vote sur la vente, les détenteurs d'actions de la catégorie ou série ainsi touchée sont habiles à voter même si leurs actions ne comportent habituellement pas de droit de vote. La *Loi canadienne sur les sociétés par actions* renferme des dispositions semblables.

L'actionnaire qui fait valoir sa dissidence à la résolution de vendre, de céder à bail ou d'échanger la totalité ou la quasi-totalité des biens de la corporation peut se prévaloir des recours prévus à l'article 131 de la *Loi sur les corporations commerciales*, notamment le droit de faire racheter ses actions par la corporation. En outre, les actionnaires minoritaires pourraient se prévaloir des autres dispositions de la *Loi sur les corporations commerciales* touchant les actionnaires minoritaires, notamment le recours contre les abus. Il faut donc faire de grands efforts en ce sens lorsqu'il y a opposition à une transaction de ce genre.

L'avocat de l'acheteur s'assure que les exigences de l'article 130 de la *Loi sur les corporations commerciales* ont été respectées en obtenant à la clôture une copie conforme de la résolution adoptée par les actionnaires du vendeur de même qu'un avis juridique de l'avocat du vendeur.

4.9 Employés

L'achat d'une entreprise comporte souvent d'importants coûts liés aux employés. Si le nombre d'employés doit être réduit, il faut, avant la clôture, estimer les coûts liés à cette réduction et décider qui doit les prendre en charge, et le mentionner explicitement dans la convention d'achat d'actif.

4.9.1 En common law

Selon l'approche de common law, l'achat de l'actif d'une entreprise est réputé constituer le renvoi de tous les employés. Aussi selon cette approche, l'employé a l'obligation de limiter ses pertes et de chercher un autre emploi. Pendant la négociation de l'accord de vente, il est très important de s'assurer qu'il sera traité des emplois dans la convention. Pendant ses recherches de diligence raisonnable, l'acheteur fera souvent un examen par rapport à chaque employé, portant notamment sur son salaire, ses avantages sociaux et les modalités de son emploi. Il devrait inclure dans la convention d'achat d'actif la confirmation de tous les employés (le cas échéant) à qui il offrira un emploi après l'achat de l'entreprise et il devrait exiger que le vendeur mette fin à l'emploi de tous les employés avant la date de la clôture.

Les coûts afférents au congédiement des employés renvoyés par le vendeur sont à la charge de ce dernier. La convention d'achat d'actif peut stipuler que l'acheteur offrira un emploi à tous les employés à la clôture, mais qu'il disposera d'une certaine période pendant laquelle il exploitera l'entreprise et décidera s'il a effectivement besoin de tous ces employés.

Si l'acheteur décide par la suite qu'il n'a pas besoin de certains employés, il mettra fin à leur emploi et se fera rembourser les coûts afférents par le vendeur. Cette méthode est particulièrement utile lorsque l'acheteur fusionne l'entreprise achetée avec une autre entreprise qu'il exploite déjà et a besoin d'un certain temps pour déterminer ses besoins en personnel. Dans ce cas, l'acheteur doit se rappeler que les coûts liés au renvoi d'un employé portent sur toute la période d'emploi auprès à la fois du vendeur et de l'acheteur, et non seulement sur la période d'emploi auprès de l'acheteur. L'obligation d'indemniser revient à l'acheteur et par conséquent il devrait s'assurer de pouvoir effectivement se faire rembourser par le vendeur si la convention prévoit un droit de présenter une telle demande.

4.9.2 La cessation sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi*

Sous le régime de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2 (Nouveau-Brunswick), si un employeur vend son entreprise à un acheteur qui retient les services d'un employé de l'employeur, la vente n'a pas pour effet de mettre fin à l'emploi de l'employé et la période d'emploi auprès de l'employeur est réputée avoir été une période d'emploi auprès de l'acheteur aux fins de certaines dispositions de la *Loi sur les normes d'emploi*, notamment celles portant sur la rémunération et le travail les jours fériés, les congés payés annuels, les congés de maternité et de paternité ainsi que la cessation d'emploi. Lorsque le vendeur vend son entreprise et que l'acheteur n'offre pas d'emploi à un employé du vendeur, le vendeur, en tant qu'employeur, doit se conformer aux dispositions de la *Loi sur les normes d'emploi* touchant la cessation d'emploi.

4.9.3 L'approche sous le régime de la *Loi sur les relations industrielles*

En application du paragraphe 60(2) de la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, celui qui achète une entreprise est lié, jusqu'à ce que la Commission du travail et de l'emploi en décide autrement, par toute convention collective liant le vendeur, et il est partie à toute demande d'accréditation ou de révocation de droits de négociation dont est saisie la Commission et à laquelle le vendeur était partie. En application du paragraphe 60(3), le syndicat ou le conseil syndical qui est accrédité comme agent négociateur des salariés du vendeur devient l'agent négociateur des salariés de l'acheteur. Il est à noter que ces dispositions sont plus larges que celles de la *Loi sur les normes d'emploi*, et s'appliquent peu importe si l'acheteur offre un emploi aux employés du vendeur ou non.

4.9.4 Régime de pensions du Canada

Lorsqu'il achète l'actif d'une entreprise, l'acheteur est réputé être un nouvel employeur aux fins du Régime de pensions du Canada et des cotisations qui doivent être versées en application de celui-ci. Il devra donc retenir les cotisations au Régime de pensions du Canada en plus de verser une somme équivalente à celles-ci, même si le vendeur a effectué tous les paiements et retenues pour l'année de la clôture de la vente.

Même si l'employé peut recouvrer le paiement en trop, le cas échéant, lorsqu'il fait sa déclaration d'impôt sur le revenu, l'employeur ne le peut pas. Il faudrait donc songer à fixer la date de clôture d'une transaction visant un grand nombre d'employés de sorte à éviter le double paiement.

4.9.5 Autres cotisations à un régime de retraite

Dans le contexte actuel, un des plus importants facteurs à considérer touchant les employés est le statut des régimes de retraite et autres arrangements semblables. Beaucoup de questions se posent à cet égard, notamment sur les avantages des régimes privés par rapport aux régimes publics, sur leur transférabilité et sur l'acquisition anticipée des droits aux prestations. En outre, il convient de vérifier si on est en présence de passif actuariel, de régimes de retraite sous-capitalisés ou surcapitalisés, surtout compte tenu de l'incertitude qui règne actuellement dans le rendement des placements. Il faudra obtenir des conseils actuariels sur la question de la surcapitalisation ou de la sous-capitalisation, ainsi que sur d'autres questions aussi complexes, comme la scission du régime de retraite, si la vente ne touche que certains bénéficiaires.

5. Programme de la clôture et documents et autres choses livrables à la clôture

Au cours de la négociation, de la rédaction et de la dernière mise au point de l'opération d'achat de l'actif, un programme de la clôture ou une liste de contrôle de la clôture s'avère l'un des outils les plus utiles dont puissent disposer les avocats et leurs clients. Cette liste de contrôle est dressée en fonction des conditions du marché conclu, mais elle suit habituellement un modèle semblable dans la plupart des opérations d'achat d'actif. Le programme de la clôture permet de suivre de près les progrès réalisés dans la transaction; y sont apposées les signatures des avocats de toutes les parties à la clôture dès que l'intégralité des documents et autres choses livrables se trouve dans les mains des parties visées. On y trouve souvent les engagements que réaliseront les avocats-conseils après la clôture (par exemple, l'enregistrement des mainlevées de sûreté). Les conditions de la convention d'achat d'actif le façonnent et il fournit la liste de chaque mesure et de chaque document ou chose livrable que prévoit la convention, allant des conditions préalables aux questions postérieures à la clôture en passant par les documents et choses livrables à la clôture et le paiement du prix d'achat. L'appendice 1 ci-jointe présente un modèle de programme de la clôture (remarque : tous les points figurant sur la liste ne s'appliquent pas nécessairement à chaque convention d'achat de l'actif et, selon la transaction, d'autres points non mentionnés pourront s'avérer nécessaires).

5.1 Voici des exemples de documents et autres choses livrables par le vendeur à la clôture :

- a) la convention d'achat-vente signée, laquelle pourra, de fait, être remise plus tôt aux parties quand la date de la convention et la date de clôture seront différentes; elle sera souvent signée avant la date de clôture étant donné qu'elle stipulera les conditions préalables à la clôture;
- b) tous les actes de transport distincts qui sont nécessaires pour transférer le titre du vendeur à l'acheteur, dont les transferts de biens réels, la cession des baux, licences et permis et les actes de vente;
- c) les immatriculations de véhicules à moteur endossées aux fins de leur transfert;
- d) les clés, mots de passe, manuels du fabricant, etc. qui sont nécessaires pour utiliser, conduire ou exploiter les éléments d'actif transférés ou y avoir accès;
- e) le certificat du vendeur concernant les assertions et les garanties (se reporter au chapitre 3 pour un modèle);
- f) l'avis juridique de l'avocat du vendeur concernant l'autorisation, la passation et la délivrance régulières des documents par ce dernier, l'avocat devant à cette fin se fonder sur le certificat d'un dirigeant ou d'un administrateur de la corporation vendeuse attestant le pouvoir de celle-ci de conclure la convention et de vendre l'actif;
- g) les mainlevées de sûreté garantissant l'actif vendu ou l'engagement du vendeur ou de son avocat de les obtenir et de les enregistrer;
- h) le choix conjoint fait conformément à l'article 167 de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (Canada) (s'il y a lieu).

5.2 Voici des exemples de documents et autres choses livrables par l'acheteur à la clôture :

- a) la convention d'achat-vente signée, laquelle pourra, de fait, être remise plus tôt aux parties quand la date de la convention et la date de clôture seront différentes; elle sera souvent signée avant la date de clôture étant donné qu'elle stipulera les conditions préalables à la clôture;
- b) le certificat de l'acheteur concernant les assertions et les garanties (comme ci-dessus);
- c) le paiement du prix d'achat stipulé dans la convention d'achat-vente, lequel pourra être versé en espèces ou par chèque certifié;

- d)** un billet à ordre, s'il y a lieu, accompagné des documents de garantie y afférents en faveur du vendeur;
- e)** l'avis juridique de l'avocat de l'acheteur (si le vendeur le demande);
- f)** le choix conjoint fait conformément à l'article 167 de la partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (Canada) (s'il y a lieu).

Appendice 1

PROGRAMME DE LA CLÔTURE

VENTE D'ACTIF PAR VENDEUR LTÉE À ACHETEUR LTÉE

CLÔTURE

[DATE ET HEURE DE LA CLÔTURE]

DÉLIVRANCE SOUS CONDITION

Tous les documents ci-dessous énumérés qui ont été préparés en vue de la clôture seront déposés sous condition et (à défaut de convention spéciale intervenue entre les parties) ne pourront être considérés comme ayant été délivrés tant que les représentants juridiques ci-mentionnés ne seront pas convenus par la signature du présent acte qu'ont toutes été réalisées les modalités et les conditions de clôture (y compris la passation de tous les documents et l'exécution de toutes les recherches complémentaires ainsi que l'enregistrement ou le dépôt de documents, s'il y a lieu). Sont réputés survivre à la clôture les engagements qu'ont pris les avocats.

ENGAGEMENT

Il est expressément entendu et convenu que le début, la poursuite ou le report de la clôture ou la passation de l'un ou de plusieurs des documents ci-mentionnés par l'une des parties ne pourront être interprétés comme constituant :

- (i) soit la constatation de leur accord concernant l'une des clauses et des dispositions ci-prévues,
- (ii) soit une atteinte portée à l'un des droits dont elles jouissent ou à l'une des obligations mises à leur charge,
- (iii) soit leur engagement à poursuivre ou à parfaire la clôture,

tant que les représentants juridiques soussignés n'auront pas convenu, comme susdit, que toutes les modalités et les conditions de clôture ont été réalisées.

LÉGENDE

« **AA** » [avocat de l'acheteur]
 « **acheteur** » [Acheteur ltée]
 « **vendeur** » [Vendeur ltée]
 « **AV** » [avocat du vendeur]

Le vendeur et l'acheteur sont désignés collectivement les « **parties** ».

La « **délivrance normale** » ou « **DN** » s'entend de la remise d'une copie originale au vendeur et d'une copie originale à l'acheteur.

Sauf définition contraire ci-prévue, les mots en majuscules ont le sens que

leur donne la Convention d'achat d'actif conclue entre le vendeur et l'acheteur le [DATE]. Tous les renvois à des jours s'entendent de jours civils, sauf stipulation contraire.

**REPRÉSENTATION
JURIDIQUE**

[NOM DE L'AVOCAT]
[NOM DU CABINET]
avocat du vendeur

[NOM DE L'AVOCAT]
[NOM DU CABINET]
avocat de l'acheteur

A. CONDITIONS PRÉALABLES

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Résolution des administrateurs du vendeur approuvant la Convention d'achat de l'actif (copie certifiée conforme)	–	1	les administrateurs du vendeur	à l'acheteur
2.	Résolution des administrateurs de l'acheteur approuvant la Convention d'achat de l'actif (copie certifiée conforme)	–	1	les administrateurs de l'acheteur	au vendeur
3.	Confirmation de l'achèvement des recherches de diligence raisonnable			l'acheteur	au vendeur

B. CLÔTURE

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Convention d'achat d'actif a) Annexe – Biens réels b) Annexe – Permis et licences c) Annexe – Liste du matériel et de la machinerie d) Annexe – Véhicules à moteur e) Annexe – Stocks f) Annexe – Propriété intellectuelle g) Annexe – Contrats pris en charge h) Annexe – Marques de commerce i) Annexe – Imputation du prix d'achat		DN	les parties	DN
			–		
			–		
			–		
			–		
2.	[tous contrats accessoires négociés dans le cadre de la Convention d'achat de l'actif, c.-à-d. contrats d'approvisionnement, de service, d'emploi ou de non-concurrence]	–	DN	le vendeur et l'acheteur	au vendeur et à l'acheteur

3.	Transfert(s) de biens réels (présentation électronique) du vendeur à l'acheteur a) Transfert b) Affidavit de passation de la corporation c) Affidavit attestant la valeur des biens		DN	le vendeur	à l'acheteur
4.	Acte de vente absolu du vendeur, dont la liste de tous les véhicules à moteur qui sont transférés		1	le vendeur	à l'acheteur
5.	Cession des approbations et des licences		DN	le vendeur	à l'acheteur
6.	Cession des marques de commerce		DN	le vendeur	à l'acheteur
7.	Transfert et consentement à l'utilisation des appellations commerciales et de l'achalandage		1	le vendeur	à l'acheteur
8.	Billet à ordre (visant le paiement du prix d'achat par versements échelonnés) accompagné de toute sûreté devant être fournie pour garantir le billet (c.-à-d. une hypothèque accessoire)		1	l'acheteur	au vendeur
9.	Délivrance de l'immatriculation du ou des véhicules à moteur endossée en vue de son transfert		1	le vendeur	à l'acheteur
10.	Remise des clés du ou des biens réels et des éléments d'actif achetés		–	le vendeur	à l'acheteur
11.	Certificat de l'acheteur concernant les assertions et les garanties		DN	l'acheteur	au vendeur
12.	Certificat du vendeur concernant les assertions et les garanties		DN	le vendeur	à l'acheteur
13.	Déclaration d'un dirigeant de l'acheteur concernant la TVH		1	l'acheteur	au vendeur
14.	Certificat d'un dirigeant du vendeur concernant son opinion		DN	le vendeur	à l'acheteur
15.	Certificat d'un dirigeant de l'acheteur concernant son opinion		DN	l'acheteur	au vendeur
16.	État des rajustements		DN	les parties	DN
17.	Paieement du solde de clôture par chèque certifié ou traite de banque			l'acheteur	au vendeur
18.	Avis juridique de l'avocat-conseil du vendeur		DN	AV	à l'AA et à l'acheteur
19.	Avis juridique de l'avocat-conseil de l'acheteur		DN	AA	à l'AV et au vendeur
20.	Certificat de statut – vendeur			le vendeur	

21.	Certificat de statut – acheteur			l'acheteur	
22.	Choix conjoint produit conformément à l'article 167 de la partie IX de la <i>Loi sur la taxe d'accise</i> (Canada)			les parties	

C. APRÈS LA CLÔTURE

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Versements échelonnés effectués conformément au billet à ordre		–	l'acheteur	au vendeur
2.	Rajustements du prix d'achat (au besoin)			les parties	aux parties

D. ENGAGEMENTS

L'avocat du vendeur s'engage à obtenir et à enregistrer les mainlevées des grèvements ci-dessous sur les biens réels :

- a) l'hypothèque accessoire consentie à [nom de la banque] et enregistrée en tant que document n° [numéro du document] dans le comté [nom du comté], le [date].

Les avocats-conseils soussignés confirment respectivement qu'il a été satisfait et donné suite à l'intégralité des modalités et des conditions se rapportant à ce qui est susdit.

FAIT le [date].

Avocat du vendeur

Avocat de l'acheteur

BARREAU DU NOUVEAU-BRUNSWICK

TRANSACTIONS D'ACHAT D'ACTIONS

Chapitre 3

Table des matières

Transactions d'achat d'actions.....	3
1. Facteurs à considérer dans le cas de l'achat d'actions.....	3
2. Contenu de la convention d'achat d'actions.....	3
2.1 Assertions et garanties.....	3
2.1.1 Assertions et garanties de la corporation et du vendeur.....	4
2.1.2 Assertions et garanties de l'acheteur.....	4
2.2 Contrats avec des tiers et consentements à obtenir.....	5
2.3 Clauses de non-concurrence.....	5
2.4 Conditions.....	5
2.5 Clauses relatives au prix.....	5
3. Facteurs à considérer au regard de la <i>loi sur les valeurs mobilières</i>	6
4. Loi sur les corporations commerciales du n-b (la <i>loi</i>)offres d'achat visant à la mainmise .6	6
5. Questions fiscales et facteurs à considérer dans les opérations d'achat d'actions.....	8
5.1 Aperçu général.....	8
5.2 Réserves.....	8
5.3 Créances irrécouvrables.....	9
5.4 Déclarations de revenu.....	9
5.5 Pertes.....	9
5.6 Impôt payable par la corporation cible.....	10
5.7 Autres règles.....	10
6. Programme de la clôture et documents et autres choses livrables à la clôture.....	10
7. Question à régler après la clôture.....	11
Appendice 1.....	13
Appendice 2.....	14
Appendice 3.....	16
Appendice 4.....	17
Appendice 5.....	18

Transactions d'achat d'actions

1. Facteurs à considérer dans le cas de l'achat d'actions

La vente d'actions du capital social d'une corporation (la « corporation cible ») est habituellement une transaction plus attrayante du point de vue du vendeur d'une entreprise, puisque le profit réalisé lors de la vente d'actions sera, règle générale, réputé être un gain en capital aux fins de l'impôt sur le revenu. L'acheteur, pour sa part, préfère habituellement acheter une entreprise par l'achat de son actif puisque le coût pour lui – après impôt – de l'acquisition des actions est plus élevé, ne pouvant être amorti, et il assume toutes les dettes cachées de l'entreprise du vendeur. Voici certains facteurs qui pourraient rendre l'achat d'actions plus attrayant pour l'acheteur : les taxes de vente et de transfert ne s'appliquent pas lors de l'achat d'actions, l'achat de l'actif pourrait sembler être plus complexe, il est parfois nécessaire d'acheter les actions pour acquérir l'actif (par exemple en présence de contrats et permis gouvernementaux incessibles) et la nature de l'entreprise est telle que l'achat de l'actif ne présente aucun avantage fiscal.

2. Contenu de la convention d'achat d'actions

Un certain nombre de questions sont traitées dans la plupart des conventions d'achat d'actions :

- a) les clauses touchant l'achat et la vente comme telles, soit les covenants réciproques du vendeur et de l'acheteur de vendre et d'acheter les actions de la corporation cible;
- b) le prix d'achat, qui peut être déterminé ou à déterminer à partir d'une formule, par exemple la valeur comptable nette établie à partir des états financiers vérifiés fournis à la clôture;
- c) les modalités de la transaction, notamment la procédure à la clôture, les vérifications provisoires et la confidentialité;
- d) les assertions faites et les garanties données par le vendeur et par l'acheteur qui constituent une attestation, au bénéfice de l'autre partie, de certains faits touchant les parties ou la corporation;
- e) la survie des assertions faites et des garanties données et les limites imposées à celles-ci;
- f) les covenants du vendeur, de l'acheteur et de la corporation cible;
- g) les conditions de la clôture, qui précisent ce qui doit être fait ou les conditions qui doivent exister pour que les parties soient tenues de parfaire la transaction;
- h) les clauses juridiques générales, notamment celles portant sur la cessibilité, la forme juridique et les avis (voir l'appendice 1 pour des exemples de clauses que peuvent comporter les clauses générales d'une convention d'achat d'actions, tout en gardant à l'esprit le fait que ces conditions varient selon la forme de la convention qui a été négociée);
- i) les annexes à la convention d'achat d'actions.
- j) Normalement, c'est l'avocat de l'acheteur qui se charge de dresser la convention d'achat d'actions. L'acheteur cherche à amener le vendeur à divulguer certains faits qui lui donneront une idée assez juste de l'entreprise qu'il achète. La divulgation à faire se rapporte aux assertions et garanties (dont il sera question ci-après) et se trouve souvent dans des annexes à la convention (voir l'appendice 2 pour une liste d'annexes visant la divulgation qu'il est proposé d'inclure). Veuillez noter que celles-ci varient selon la forme de la convention qui a été négociée et la nature de l'entreprise qui est acquise.

2.1 Assertions et garanties

Les assertions et garanties ci-après, qui visent l'obtention de certains renseignements sur la corporation cible, sont généralement incluses dans la convention d'achat d'actions :

2.1.1 Assertions et garanties de la corporation et du vendeur

- a) la corporation a été valablement constituée et elle continue à exister sous le régime de constitution;
- b) le capital autorisé et le capital émis de la corporation cible, le fait qu'il n'y a pas d'options non levées et que le vendeur est le propriétaire bénéficiaire des actions libres et quittes de tous privilèges, charges et grèvements;
- c) les derniers états financiers vérifiés et autres bilans semblables pour une ou plusieurs années antérieures ont été dressés selon les principes comptables généralement reconnus appliqués en accord avec ceux des états des années antérieures et ils représentent fidèlement l'actif et le passif de la corporation cible à la date indiquée;
- d) les revenus de la corporation cible au cours de la période visée par les états financiers ne sont pas inférieurs aux revenus qui y sont indiqués;
- e) les états financiers non vérifiés de la corporation cible qui ont été dressés après les derniers états financiers vérifiés reflètent fidèlement la situation financière de la corporation cible à la date indiquée;
- f) l'évaluation des comptes clients est exacte;
- g) le montant des salaires, primes et autres sommes versées aux actionnaires qui vendent leurs actions et à leurs associés est, ou n'excède pas, le montant indiqué (cette garantie devrait être accompagnée d'un covenant de ne pas verser aux actionnaires avant la clôture une rémunération supérieure au montant indiqué);
- h) il n'y a pas de comptes bancaires autres que ceux qui sont énumérés dans la convention;
- i) les ententes de rémunération différée, les contrats d'assurance-vie collective, les régimes de retraite et les ententes de services sont conformes à ce qui est indiqué dans une annexe de la convention;
- j) les régimes d'avantages sociaux des employés et les engagements pris à l'égard des régimes de retraite, notamment, sont énumérés dans la convention et ont été divulgués;
- k) il n'existe aucun contrat portant sur des engagements par anticipation se poursuivant pendant un certain temps après la date de clôture;
- l) l'état des poursuites et instances judiciaires auxquelles est partie la corporation cible;
- m) la corporation cible n'est pas en défaut à l'égard des conventions auxquelles elle est partie;
- n) la corporation cible aura un titre valable sur ses biens et ne fera l'objet d'aucun grèvement sauf ceux qui ont été expressément divulgués.

2.1.2 Assertions et garanties de l'acheteur

- a) l'acheteur a été valablement constitué en corporation et continue à exister sous le régime de constitution;
- b) son statut sous le régime de la *Loi sur Investissement Canada*, s'il y a lieu;
- c) son droit d'acheter les actions de la corporation cible;
- d) l'absence d'incompatibilité entre les actes constitutifs tels que ses statuts constitutifs et l'achat des actions de la corporation cible;
- e) l'absence d'incompatibilité avec toute convention à laquelle il est partie;
- f) le fait qu'aucun consentement de tiers n'est exigé pour l'achat des actions de la corporation cible;
- g) toutes les mesures ont été prises par la corporation pour autoriser l'acheteur à conclure la convention.

Normalement, l'avocat du vendeur sera tenu de fournir un avis juridique sur plusieurs questions touchant la corporation cible telles que sa constitution en personne morale, son statut, ses actions émises et en circulation, l'autorisation à conclure la convention d'achat d'actions et la passation de cette dernière. En pratique, l'avocat de l'acheteur ferait bien de demander au vendeur de lui fournir au moment de la clôture un certificat attestant que les assertions et les garanties demeurent toutes exactes à la date de clôture. L'annexe 3 ci-jointe présente un modèle de ce type de certificat (que l'on appelle parfois certificat de mise à jour). Le vendeur pourra demander un certificat du même genre de l'acheteur au moment de la clôture.

2.2 Contrats avec des tiers et consentements à obtenir

Souvent, les conventions et autres contrats renferment une clause touchant le « changement de contrôle » qui exige le consentement des autres parties à la convention en cas de changement dans le contrôle de la corporation cible, par vente d'actions ou autrement. Il faut alors obtenir le consentement des tiers visés si la corporation cible veut conserver le bénéfice des contrats. En outre, s'il s'agit d'une entreprise réglementée, il se peut que les lois applicables obligent à obtenir l'autorisation de l'organisme de réglementation lorsqu'il y a changement de contrôle.

2.3 Clauses de non-concurrence

Comme dans le cas de l'achat de l'actif d'une entreprise, il faut absolument une clause de non-concurrence si l'acheteur ne veut pas tout simplement assurer le financement d'un nouveau concurrent. La clause de non-concurrence devrait être rédigée en faveur à la fois de l'acheteur et de la corporation cible, car dans la plupart des cas, c'est à l'entreprise vendue et non directement à l'acheteur que le vendeur ferait concurrence.

2.4 Conditions

La convention d'achat d'actions contiendra un certain nombre de conditions dont l'inobservation permettra à l'acheteur de cesser l'exécution de la transaction. Sont visés, entre autres, les consentements et approbations, la restructuration du capital social et une diligence raisonnable satisfaisante.

2.5 Clauses relatives au prix

Le vendeur et l'acheteur peuvent s'entendre sur la vente et l'achat de l'entreprise dans une lettre d'intention avant la conclusion de la convention d'achat d'actions. Supposons que nous sommes alors le 1^{er} janvier. Les parties peuvent prévoir un délai raisonnable, par exemple trois mois, pour faire les vérifications et dresser les documents. La transaction serait alors conclue et le prix payé le 31 mars. Le prix d'achat est souvent déterminé dans la lettre d'intention (ici, le 1^{er} janvier); les profits et les pertes de l'entreprise pendant les trois mois sont alors imputés au compte de l'acheteur. L'acheteur a donc réellement acquis l'entreprise le 1^{er} janvier, même s'il ne paie les actions et n'en devient propriétaire que le 31 mars. Dans un tel cas, il importe que la convention d'achat d'actions contienne des engagements relativement à la conservation de l'entreprise et des biens et profits de l'entreprise jusqu'à la clôture. Il se peut que le vendeur soit préoccupé par le mode de détermination du prix et insiste sur l'ajustement du prix après la clôture en fonction de la situation financière de la corporation à cette date. En fait, ce que font alors les parties dans la lettre d'intention du 1^{er} janvier, c'est s'entendre pour fixer un prix à l'avenir puisqu'ils s'entendent pour conclure la transaction le 31 mars à un prix qui sera déterminé le 31 mars en fonction de faits qui existeront le 31 mars.

Le même genre de facteurs à considérer qui ont été mentionnés au chapitre 2 relativement à l'achat de l'actif d'une entreprise sont pertinents pour déterminer si le prix d'achat doit être payé au comptant, au comptant avec promesse de payer ou en fonction des bénéfices futurs. La garantie tout indiquée pour le solde impayé du prix d'achat, dans le cas d'une vente d'actions, est la mise en gage des actions achetées.

Qu'on le fasse au moyen d'une mise en gage ou par délivrance sous conditions (dans ce dernier cas, la transaction est mise en suspens jusqu'à ce que certains faits se produisent), la possession des certificats d'actions représentant les actions achetées devrait être réputée parfaire la sûreté.

Il se peut qu'on ne puisse obtenir une charge de premier rang sur les actions achetées si l'acheteur a recours, pour son achat des actions, au financement par un tiers. Le vendeur pourrait estimer qu'une charge de deuxième rang ne garantit pas assez bien le solde impayé du prix d'achat. Il est probable que les biens de la corporation seront aussi grevés de charges de rang antérieur en faveur du tiers prêteur, ce qui laisse peu d'options. Il ne faudrait pas rejeter automatiquement une telle charge de deuxième rang, quoique la valeur résiduelle, après la réalisation de la sûreté, pourrait être minime.

L'acheteur est peut-être en mesure de fournir au vendeur des sûretés sur d'autres de ses biens, ou il est peut-être en mesure de fournir une lettre de crédit d'une banque ou une garantie offerte par un tiers. La lettre de crédit bancaire est un moyen très utile et très efficace de garantir le paiement du solde impayé du prix d'achat.

Parfois, les parties voudront utiliser l'actif de la corporation cible pour garantir le paiement du solde impayé du prix d'achat. Le paragraphe 43(2) de la *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick interdit à une corporation ou l'une quelconque de ses filiales de consentir à une personne un prêt garanti par les actions de la corporation ou d'accorder une aide financière à une personne, visant ou concernant l'achat d'une action de la corporation, sauf dans les cas prévus expressément au paragraphe 43(3). Le paragraphe 43(3) autorise une corporation à accorder une aide financière à un corps constitué en holding si la corporation est une filiale appartenant intégralement au corps constitué en holding ou à une filiale de la corporation. Quoi qu'il en soit, il faut bien examiner les dispositions de la *Loi sur les corporations commerciales* lorsqu'une corporation accorde une aide quelconque relativement à l'achat de ses actions.

3. Facteurs à considérer au regard de la *Loi sur les valeurs mobilières*

Si, aux fins du droit des valeurs mobilières, une corporation était un émetteur assujéti (y compris, par exemple, si ses actions sont cotées à une bourse), ou si, dans certains cas précis, (selon un certain nombre de facteurs énoncés dans la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5) la transaction pouvait constituer une offre d'achat visant à la mainmise, il y aurait lieu alors de tenir compte des dispositions de la *Loi sur les valeurs mobilières*.

4. *Loi sur les corporations commerciales* du Nouveau-Brunswick (la *Loi*) – Offres d'achat visant à la mainmise

Dans le cas d'une offre d'achat de la totalité des actions d'une catégorie d'actions d'une corporation visée, le détenteur d'actions de cette catégorie qui refuse l'offre est un pollicité dissident et peut tomber sous le coup des dispositions de la *Loi* qui se rapportent aux offres d'achat visant à la mainmise (article 133).

En cas d'acceptation de l'offre d'achat, dans les cent vingt jours de la date à laquelle elle est faite, par les détenteurs de quatre-vingt-dix pour cent au moins des actions de la catégorie en cause, sans qu'il soit tenu compte des actions détenues, même indirectement, par le pollicitant ou par son affilié ou associé à la date de l'offre, le pollicitant a le droit, en se conformant à la *Loi*, d'acquérir les actions du ou des pollicités dissidents.

Le pollicitant peut acquérir les actions de la corporation visée que détiennent des pollicités dissidents en envoyant à chacun d'eux ainsi qu'au Directeur, conformément au paragraphe 133(3) de la *Loi*, un avis précisant :

- a) que les pollicités détenant plus de quatre-vingt-dix pour cent des actions en cause ont accepté l'offre;
- b) que le pollicitant est tenu de prendre livraison, contre paiement, des actions des pollicités acceptants, ou qu'il l'a déjà fait;
- c) qu'un pollicité dissident doit choisir :
 - i. soit de lui céder ses actions aux conditions offertes aux pollicités acceptants,
 - ii. soit d'exiger le paiement de la juste valeur de ses actions en conformité avec les paragraphes 133(9) à (16) de la *Loi*, en l'avisant de ce choix dans les vingt jours de la réception de l'avis;
- d. que, à défaut de donner avis conformément au sous-alinéa 133(3)c)(ii), le pollicité dissident est réputé avoir choisi de céder au pollicitant ses actions aux conditions faites aux pollicités acceptants;
- e. que le pollicité dissident doit envoyer ses actions en cause à la corporation visée dans les vingt jours de la réception de l'avis.

Lorsqu'il envoie l'avis au pollicité dissident, le pollicitant doit en envoyer simultanément une copie à la corporation visée, l'avis constituant dès lors la demande prévue au paragraphe 88(1) de la *Loi sur le transfert des valeurs mobilières* par laquelle il demande à la corporation visée de ne pas inscrire de transfert à l'égard de chaque action détenue par un pollicité dissident.

Le pollicité dissident qui reçoit l'avis du pollicitant doit, dans les vingt jours de la réception de l'avis, envoyer à la corporation visée les certificats d'actions se rapportant à l'offre et, dans les vingt jours de l'envoi de l'avis, le pollicitant doit verser ou transférer à la corporation visée les fonds qu'il aurait eu à verser ou à transférer à un pollicité dissident si celui-ci avait choisi de transférer ses actions aux conditions auxquelles le pollicitant a acquis les actions des pollicités qui ont accepté l'offre initiale.

Sur réception des fonds du pollicitant, la corporation visée est réputée les détenir en fiducie pour le compte des actionnaires dissidents. Dans les trente jours de l'envoi par le pollicitant de l'avis prévu au paragraphe 133(3) de la *Loi*, la corporation visée doit délivrer au pollicitant un certificat d'actions concernant les actions que détenaient le ou les pollicités dissidents, remettre à chaque pollicité dissident qui accepte de transférer ses actions conformément au sous-alinéa 133(3)c)(i) et qui envoie ses certificats d'actions comme la *Loi* l'exige les fonds auxquels il a droit et envoyer à chaque pollicité dissident qui n'a pas envoyé ses certificats d'actions ainsi que l'exige le paragraphe 133(5) un avis déclarant ce qui suit :

- i. ses actions ont été annulées;
- ii. la corporation visée ou quelque autre personne désignée détient pour lui en fiducie les fonds auxquels il a droit;
- iii. la corporation visée lui enverra, sous réserve des paragraphes 133(9) à (16) de la *Loi*, les fonds ou toute autre contrepartie dès réception de ses actions.

Si le pollicité dissident choisit d'exiger la juste valeur de ses actions, le pollicitant ou lui pourra demander à la Cour de fixer la juste valeur des actions de ce pollicité dissident. Sur demande présentée à la Cour, tous les pollicités dissidents dont les actions n'ont pas été acquises par le pollicitant sont mis en cause et liés par la décision rendue. Le pollicitant doit aviser chaque pollicité dissident concerné de la date, du lieu et des conséquences de la demande, ainsi que de son droit de comparaître et de se faire entendre en personne ou par avocat.

Afin de fixer la juste valeur marchande, la Cour pourra se prévaloir de son pouvoir d'appréciation et nommer un ou des estimateurs experts pour l'aider dans cette tâche.

Son ordonnance définitive sera rendue contre le pollicitant en faveur de chaque pollicité dissident au montant des actions de ce dernier fixé par la Cour et pourra comporter des intérêts sur la somme à payer à chaque pollicité dissident pour la période comprise entre la date d'envoi des certificats d'actions et celle du paiement.

5. Questions fiscales et facteurs à considérer dans les opérations d'achat d'actions

5.1 Aperçu général

De façon générale, lorsqu'une personne vend ses actions, elle réalise habituellement un gain en capital dont 50 % doit être inclus dans son revenu comme gain en capital imposable.

Si le vendeur est un particulier, la totalité ou une partie du gain peut être exempté d'impôt en vertu de l'exemption cumulative des gains en capital. Le montant maximum de gains qui peut être exempté est de 500 000 \$ et dépend d'un certain nombre d'attributs fiscaux du vendeur, dont :

- a. les exemptions pour gains en capital réclamées précédemment;
- b. les activités d'investissement cumulatives.

En outre, les actions vendues doivent être des actions d'une corporation exploitant une petite entreprise admissible.

De façon générale, par corporation exploitant une petite entreprise, on entend une corporation privée sous contrôle canadien dont la presque totalité des éléments d'actif sont utilisés dans une entreprise qui est exploitée activement au Canada ou qui, au moment de la vente, est une société de portefeuille pour ce genre de corporation. D'autres critères sont appliqués pour les 24 mois qui précèdent la vente :

- a) façon générale, s'il s'agit d'une société active appartenant à des particuliers, plus de 50 % de la valeur brute de ses biens doivent être des biens utilisés dans une entreprise exploitée activement au Canada pendant cette période de 24 mois.
- b) Le cas de la société de portefeuille/société active nécessite l'application de critères complexes qui devrait être effectuée par un fiscaliste.
- c) Pour certaines transactions sans lien de dépendance et certains transferts entre corporations qui ont eu lieu antérieurement, le critère est appliqué sur une période de moins de 24 mois.

5.2 Réserves

Lorsqu'une partie du prix d'achat est à payer sur une certaine période, le vendeur a droit à la réserve dont nous avons parlé au chapitre 2. Si le produit de la vente dépend des revenus de la corporation, l'Agence du revenu du Canada a adopté la position, énoncée dans le bulletin d'interprétation IT-426R, *Actions vendues dans le cadre d'un contrat comportant une clause d'indexation sur les bénéfices futurs*, qu'elle n'appliquera pas l'alinéa 12(1)g) si les conditions suivantes sont remplies :

- a) Le vendeur et l'acheteur n'ont aucun lien de dépendance.
- b) Le gain réalisé ou la perte subie lors de la vente est clairement un gain ou une perte en capital.
- c) Il est raisonnable de présumer que la clause d'indexation sur les bénéfices futurs se rapporte à un achalandage dont la valeur peut fort bien faire l'objet d'un désaccord entre le vendeur et l'acheteur au moment de la vente.
- d) La clause d'indexation sur les bénéfices futurs du contrat de vente ne doit pas durer plus de cinq ans.
- e) Le vendeur annexe une copie du contrat de vente à sa déclaration de revenu pour l'année durant laquelle il a disposé des actions.

Il y annexe également une lettre dans laquelle il demande d'utiliser la méthode de recouvrement du coût pour la vente et déclare qu'il s'engage à suivre la méthode de recouvrement du coût décrite dans le bulletin.

5.3 Créances irrécouvrables

Si le vendeur peut montrer que tout ou partie du produit de la vente est irrécouvrable, il peut présenter une demande pour perte en capital en vertu de l'article 50 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

5.4 Déclarations de revenu

Selon la législation, lorsqu'il y a changement dans le contrôle d'une corporation, il faut produire une déclaration distincte pour la période se terminant à la date de prise d'effet du changement de contrôle. La *Loi de l'impôt sur le revenu* ne définit pas le terme « changement de contrôle », mais règle générale, la jurisprudence y donne le sens d'acquisition de plus de cinquante pour cent des actions avec droit de vote de la corporation. Par conséquent, il y a changement de contrôle dans la plupart des transactions d'achat-vente d'une entreprise. Il y a une exception pour le cas où le changement de contrôle a lieu dans les sept jours de la fin normale de l'exercice de la corporation.

5.5 Pertes

Si, au cours d'une année, une corporation subit une perte d'entreprise, cette perte peut être déduite de n'importe quelle autre source de revenu de la corporation pour l'année où s'est produite la perte. Si les autres revenus de la corporation pour l'année en question ne sont pas suffisants pour absorber la totalité de la perte, celle-ci peut être reportée sur les trois années d'imposition antérieures et les sept années d'imposition suivant l'année de la perte. Par exemple, si la perte s'est produite en 2007, elle pourrait être déduite du revenu de la corporation pour les années 2004 à 2014. Il y a des règles semblables pour les pertes subies lors de la disposition de biens en immobilisation; cependant, dans ce dernier cas, la perte ne peut être déduite que des gains en capital (et non du revenu d'entreprise) et elle est reportable sur les trois années antérieures et sur n'importe quelle année subséquente.

Pendant plusieurs années, les politiques fiscales adoptées essayaient de limiter la déduction des pertes subies par une corporation à la corporation qui avait effectivement subi la perte ou à des corporations qui y étaient liées. On estimait que cette disposition pourrait donner lieu à des abus si le contrôle d'une corporation changeait. Un exemple typique est l'acquisition de la totalité des actions d'une corporation qui a subi des pertes par un acheteur qui fusionne la corporation acquise avec une corporation rentable qui lui appartient. Sous réserve de certaines limites prévues dans la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les pertes de la corporation acquise pourraient être déduites du revenu de la corporation rentable après la fusion. Afin d'empêcher ce « trafic de pertes », la *Loi de l'impôt sur le revenu* prévoit un certain nombre de restrictions complexes à la déduction des pertes dans le cas d'un changement de contrôle. Il est important de tenir compte de ces dispositions lorsqu'on représente un acheteur qui acquiert les actions d'une corporation.

Les restrictions à la déduction des pertes d'entreprise (que la *Loi de l'impôt sur le revenu* désigne comme « pertes autres que des pertes en capital ») sont prévues au paragraphe 111(5) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De façon générale, ces règles font en sorte que, après un changement de contrôle, les pertes ne peuvent être déduites des profits de la corporation pour l'année qu'aux conditions suivantes :

- a) l'entreprise qui a subi la perte a été exploitée dans une attente raisonnable de profit;
- b) la perte ne peut être déduite que du revenu produit par l'entreprise qui a produit la perte ou par une entreprise semblable.

Il serait à conseiller de déterminer à quelle entreprise sont liées les pertes lorsqu'il y a pluralité d'entreprises ou que l'entreprise qui a subi les pertes n'est plus en exploitation.

La restriction touchant les pertes en capital est encore plus sévère. Sous le régime du paragraphe 111(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, on ne peut reporter les pertes en capital après un changement de contrôle.

5.6 Impôt payable par la corporation cible

L'acheteur doit toujours vérifier la situation fiscale de la corporation cible et le montant de l'impôt qu'elle a à payer avant de conclure la convention d'achat d'actions avec le vendeur. Selon les circonstances, il pourrait s'agir d'un examen des déclarations d'impôt (fédérales et provinciales) de la corporation, ainsi que de toutes ses cotisations et nouvelles cotisations. En outre, l'acheteur cherche habituellement à se protéger en obligeant le vendeur à faire des assertions, donner des garanties et prévoir un dédommagement, dans la convention, à l'égard des diverses charges fiscales importantes.

5.7 Autres règles

Si l'acheteur est une corporation, il doit tenir compte des répercussions que la transaction peut avoir sur sa propre déduction accordée aux petites entreprises ou sur celle de la corporation cible.

6. Programme de la clôture et documents et autres choses livrables à la clôture

Pour compléter l'opération d'achat des actions, la clôture comportera beaucoup plus que la remise du prix d'achat en échange des certificats d'actions (voir l'appendice 5 pour un exemple de programme de la clôture à utiliser dans le cas d'un achat d'actions). Voici un résumé des mesures qui doivent être prises et des documents et autres choses qui doivent normalement être livrés dans le cadre d'une opération d'achat d'actions :

- a) Le certificat d'actions original dûment endossé aux fins du transfert (ou accompagné de l'instrument de transfert approprié).
- b) Les renonciations – La prudence commande que vous obteniez des actionnaires, administrateurs et dirigeants de la corporation cible des renonciations complètes à l'égard des demandes qu'ils pourraient présenter en l'une quelconque de leurs qualités respectives tant contre la corporation cible que contre l'acheteur (voir l'appendice 4 ci-jointe pour un exemple de renonciation).
- c) Les nouveaux certificats d'actions établis au nom de l'acheteur.
- d) Les démissions des dirigeants et des administrateurs (et les renonciations, si le vendeur ou l'acheteur ou tous deux l'exigent). Les consentements à agir et les nominations des nouveaux dirigeants et administrateurs.
- e) La remise des livres, registres et sceau de la corporation cible.
- f) Les procès-verbaux des réunions des administrateurs ou de leurs résolutions unanimes écrites autorisant le transfert des actions et la transaction envisagée par la corporation cible. Considérez la possibilité d'obtenir des résolutions similaires de la corporation vendeuse de même qu'une résolution des actionnaires, s'il y a lieu.
- g) La délivrance des titres documentaires se rapportant aux éléments d'actif de la corporation cible.
- h) Les certificats d'exactitude des assertions et des garanties du vendeur, de l'acheteur et de la corporation cible.
- i) Le certificat que prévoit le paragraphe 116(2) ou (4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (dans le cas d'un vendeur non résident uniquement).
- j) Les mainlevées de sûreté, s'il y a lieu, ou les engagements connexes.

- k) Les avis juridiques des avocats.
- l) La preuve de conformité à la *Loi sur Investissement Canada*, à la *Loi sur la concurrence* et, au besoin, à d'autres lois.
- m) Tous contrats supplémentaires envisagés dans la convention d'achat d'actions.
- n) Les consentements et les approbations, s'il en est.
- o) Tous autres documents que demande l'acheteur.
- p) Le paiement du prix d'achat.

7. Question à régler après la clôture

À la clôture de l'opération d'achat des actions, certains dépôts pourront s'avérer nécessaires, notamment le dépôt :

- a) du choix fiscal, s'il y a lieu;
- b) des documents que prévoit la *Loi sur les valeurs mobilières*, s'il y a lieu;
- c) de l'avis d'investissement par un non-Canadien que prévoit la *Loi sur Investissement Canada*, s'il y a lieu;
- d) de l'avis de changement d'administrateurs et de l'avis de changement du bureau enregistré, s'il y a lieu, à la Direction des affaires corporatives.

Appendice 1

CLAUSES GÉNÉRALES

1. Genre et nombre grammaticaux – Le masculin ou le féminin s’applique, le cas échéant, aux personnes physiques de l’un ou l’autre sexe et aux personnes morales. Le pluriel ou le singulier s’appliquent, le cas échéant, à l’unité et à la pluralité.
2. Intégralité de la convention – La présente convention, y compris ses annexes, ensemble les contrats et autres documents à remettre au même moment ou par application de celle-ci, constituent l’intégralité de la convention conclue entre les parties concernant son objet et ont préséance sur leurs conventions, accords ou ententes, négociations et discussions antérieurs, qu’ils soient verbaux ou écrits. Les seules assertions, garanties ou autres ententes intervenues entre les parties qui se rapportent à son objet seront celles qui y sont expressément énoncées.
3. Renonciations, etc. – Aucun supplément, ni modification, ni renonciation, ni résiliation concernant la présente convention ne sera obligatoire, sauf si la partie qui y est liée procède à sa passation écrite. Aucune renonciation à l’une quelconque des dispositions de la présente convention, en tout ou en partie, ne sera réputée ni ne vaudra renonciation à l’une quelconque des autres dispositions (qu’elles soient semblables ou non), et pareille renonciation ne vaudra pas renonciation permanente, sauf disposition expresse contraire.
4. Rubriques – Les rubriques des articles et des sections ci-contenues ont pour seul but la commodité de lecture, ne sont aucunement censées constituer des indications complètes ou exactes de leur teneur et ne pourront être considérées comme faisant partie intégrante de la présente convention.
5. Droit applicable – La présente convention tout comme les droits, les obligations et les relations des parties seront régis et interprétés conformément aux lois du Nouveau-Brunswick et les tribunaux néo-brunswickois auront compétence exclusive pour connaître de toute action portant sur la présente convention.
6. Devise – Sauf indication contraire, tous les renvois dans le présent acte à une devise seront réputés s’entendre de la monnaie ayant cours légal au Canada et les sommes à payer ou à calculer conformément à la présente convention le seront dans cette monnaie.
7. Terminologie comptable – Tous les termes de comptabilité auront le sens que leur donnent les principes comptables généralement reconnus et tous les renvois à ces principes seront réputés constituer, sauf indication contraire, des renvois aux principes comptables qui sont généralement reconnus au Canada.
8. Dépenses – Sauf disposition contraire ci-prévue, l’intégralité des coûts et dépenses (y compris, notamment, les droits et les débours des avocats-conseils) occasionnés par la présente convention et par les transactions ci-visées sera payée par la partie qui les aura exposés.
9. Délais – Les délais que la présente convention impartit seront de rigueur.

10. Les avis, directives ou autres documents qui devront être donnés ou qu'il sera permis de donner à une partie en vertu de la présente convention ou aux fins de son application (ci-après appelés « avis » dans la présente section) le seront par écrit et seront suffisamment donnés s'ils sont remis à personne ou envoyés par courrier recommandé affranchi ou s'ils sont transmis par télex, télécopie ou autre forme de communication enregistrée mise à l'essai avant la transmission à cette partie, avec une copie envoyée par courrier :

a) s'agissant d'un avis au vendeur, au :

{ adresse }
{ numéro de télécopieur }
{ courriel }

b) s'agissant d'un avis à l'acheteur, au :

{ adresse }
{ numéro de télécopieur }
{ courriel }

ou à telle autre adresse que la partie destinataire de l'avis aura indiquée en dernier lieu à la partie expéditrice selon les modalités d'envoi que prévoit la présente section. L'avis remis au destinataire comme il est ci-prévu sera réputé avoir été donné et reçu le jour auquel il aura été ainsi remis à cette adresse, étant entendu que, s'il ne s'agit pas d'un jour ouvrable, il sera réputé avoir été donné et reçu le premier jour ouvrable qui le suivra immédiatement. L'avis mis à la poste de la façon prévue ci-dessus sera réputé avoir été donné et reçu le cinquième jour ouvrable qui suivra la date de sa mise à la poste, étant entendu que, advenant une perturbation du service des postes, il ne prendra effet que s'il est remis à personne ou envoyé par télex, télécopieur ou autre forme de communication enregistrée. L'avis envoyé par télex, télécopieur ou autre forme de communication enregistrée sera réputé avoir été donné et reçu le premier jour ouvrable suivant sa transmission.

11. Cession – Ni la présente convention ni les droits ou les obligations ci-prévus ne peuvent être cédés sans que les autres parties à la convention n'aient d'abord donné leur consentement à cette fin. Sous réserve du présent article, la présente convention profitera aux parties ainsi qu'à leurs héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs successoraux, successeurs et ayants droit autorisés et les liera.

12. Assurances complémentaires – En toute diligence raisonnable, les parties à la présente convention prendront toutes les mesures et fourniront toutes les assurances raisonnables jugées nécessaires pour parfaire les opérations ci-prévues et chacune fournira tous autres documents ou instruments qu'exigera une autre partie et qui seront jugés raisonnablement nécessaires ou souhaitables pour réaliser l'objet de la présente convention et mettre en œuvre ses dispositions, que ce soit avant ou après la clôture.

13. Divisibilité – Le covenant ou la disposition de la présente convention qui sera interdit en tout ou en partie dans une autorité législative sera, au regard de cette autorité, à la fois dépourvu de tout effet dans la mesure de l'interdiction sans pour autant invalider les

autres covenants et dispositions de la présente convention et réputé être disjoint de la convention dans cette mesure.

14. Contreparts – Les parties auront la faculté de passer la présente convention en contreparts distinctes, chacune, ayant été passée et délivrée, constituant dès lors un original, mais formant ensemble un seul et même instrument.
15. Divulgateion – Les parties conviennent et acceptent de tenir pour strictement confidentielles l'existence de même que les modalités et les conditions de la présente convention et de ne divulguer qu'à leurs conseillers, notamment financiers, fiscaux et juridiques, à leurs banquiers et aux autres personnes dont le consentement est ci-exigé ou est exigé par la loi l'existence de la présente convention ou de ses clauses ou encore la nature de la transaction qu'elles prévoient conclure, y compris, entre autres, tous les renseignements concernant les négociations et le prix. Aucune annonce publique relative à la transaction que prévoit la présente convention ne pourra être faite, sauf si sa teneur a fait l'objet du consentement et de l'approbation du vendeur et de l'acheteur. Malgré toutes les dispositions ci-prévues, la présente clause survivra à la résiliation de la présente convention et à toute acquisition ou à toute vente qu'envisagent les parties et conservera sa pleine force et ses pleins effets dans toute la mesure permise par la loi au profit de l'acheteur et du vendeur.
16. Télécopies de documents – Les parties conviennent que la transmission par télécopieur des documents et des ententes accessoires ou supplémentaires à la présente convention revêtus de la signature d'une partie constituera passation et délivrance régulières par elle du document ou de l'entente à la partie destinataire, si la transmission est reconnue par la partie destinataire au moyen d'une transmission par télécopieur.

Appendice 2

<u>Annexe</u>	<u>Teneur de l'annexe</u>
Capital émis et autorisé	Liste complète de l'intégralité du capital émis et autorisé de la corporation cible accompagnée du nom de l'actionnaire ou des noms des actionnaires et de l'avoir de chacun dans la corporation.
États financiers	Selon le type de transaction, l'acheteur ou son comptable voudra examiner les états financiers antérieurs de la corporation cible, qu'ils soient vérifiés ou non.
Passif non divulgué dans les états financiers	Il faut inclure tout ce qui n'entre pas dans les états financiers divulgués et qui constituerait un élément du passif de la corporation cible.
Baux de matériel et autres baux mobiliers	Renseignements ou précisions concernant les baux mobiliers, y compris le nom du bailleur, la durée et le montant du bail ainsi que les biens donnés à bail.
Description officielle des biens réels détenus	Tous les biens réels qui appartiennent à la corporation cible.
Biens réels loués	Tous les biens réels loués par la corporation cible.
Consentements	Déterminez les consentements, les approbations, les autorisations et les exigences concernant les dépôts et les avis qui ont trait à l'exécution complète de la transaction d'achat des actions.
Contrats de fournisseur	Relevez tous les contrats principaux et les commandes d'achat à remplir pour l'achat de stock, de matériel et de fournitures, tous les contrats d'engagement pour les services publics, dont l'état de ces comptes (notamment le gaz, l'électricité, l'eau et les égouts) ainsi que tous les accords de concession exclusive ou de redevances. Déterminez si un fournisseur a changé ou a menacé de changer son exploitation ou son service d'une manière telle que ce changement entraînera des conséquences significatives pour la corporation cible.
Contrats importants	Relevez les contrats importants que la corporation cible a conclus et dégagez leurs dispositions de cessibilité ou de changement de contrôle ainsi que l'existence de clauses onéreuses. Incluez les contrats qu'elle entend conclure pour l'acquisition, la vente ou la location à bail d'éléments d'actif. Examinez tous les contrats de prêt ou autres contrats susceptibles de restreindre ses activités. Exemples de contrats importants : <ul style="list-style-type: none"> a. contrats de location à bail de biens réels, b. contrats de prestation de services publics, c. accords de non-concurrence, d. contrats de construction, e. contrats d'achat, f. contrats de vente, g. contrats de gérance, h. contrats conclus avec les employés, i. contrats conclus avec des tiers ayant un lien de dépendance.
Régime de pension	Comprend les régimes de pension et de prestations ainsi que les accords

<u>Annexe</u>	<u>Teneur de l'annexe</u>
	d'encouragement.
Litiges	Tous les litiges auxquels est ou pourrait être partie la corporation cible ou dont elle est menacée.
Administrateurs, dirigeants et employés	Liste de tous les administrateurs, dirigeants et employés.
Comptes bancaires	Liste de tous les comptes de la corporation cible, laquelle comporte souvent l'adresse de la succursale, le numéro de compte et les noms des signataires autorisés de chaque compte.
Précisions concernant les polices d'assurance	Renseignements sur toutes les polices d'assurance qui couvrent la corporation cible. Relevez toutes les polices d'assurance qu'elle a souscrites et qui la garantissent à l'égard de ses gestionnaires principaux, y compris, pour chacune, le nom de l'assureur, le type de risque garanti, la prime annuelle, le montant de la franchise, la garantie, les limites et la date d'expiration.
Matériel	Liste de tout le matériel et de tous les éléments d'actif détenus par la corporation cible, laquelle peut comporter une indication de l'endroit où se trouvent les articles, si elle exploite l'entreprise à partir de plusieurs lieux.
Questions environnementales	Divulgaration des demandes, des questions ou des préoccupations de nature environnementale et relevant des lois environnementales. Dressez la liste des permis, licences, approbations ou enregistrements environnementaux détenus par la corporation cible au titre de ces lois ou mettant en cause des substances dangereuses. Relevez toutes les demandes, ordonnances, accusations, enquêtes ou autres instances se rapportant à des activités passées ou actuelles qui relèvent de ces lois ou qui mettent en cause des substances dangereuses. Indiquez toutes les violations, réelles ou présumées, aux lois environnementales. Relevez les réservoirs de stockage hors sol et souterrains situés sur les biens qui lui appartiennent, qu'elle loue, dont elle a la responsabilité ou qu'elle utilise. Déterminez si des substances dangereuses ont été éliminées ou versées, si l'un quelconque de ces biens dont elle a la responsabilité ou qu'elle utilise est contaminé par ces substances et si de l'amiante ou de la mousse isolante d'urée-formol (MIUF) se trouve dans des bâtiments ou si du diphényle polychloré (BPC) est utilisé ou stocké sur ces biens.
Propriété intellectuelle	Renseignements concernant la propriété intellectuelle dont la corporation cible est propriétaire, qu'elle loue ou qu'elle a l'autorisation d'utiliser.
Transactions avec lien de dépendance	Toutes transactions conclues avec une société liée ou avec un apparenté, dont des contrats de prêt et d'approvisionnement, et mettant en cause la corporation cible.
Consentements et approbations	Relevez toutes les licences qui ont été accordées à la corporation cible pour lui permettre d'exercer son activité (en confirmant qu'elles sont en vigueur et qu'elles peuvent être cédées ou, s'agissant d'un achat d'actions, que le changement de contrôle n'a pas pour effet de rendre la licence nulle et non avenue). Indiquez toutes les approbations de la part d'organismes de réglementation qui sont requises.

Remarque : Cette liste n'est pas exhaustive. Les annexes et les divulgations exigées dans chaque transaction dépendront des circonstances, de la nature de l'activité commerciale et des connaissances que possèdent les parties en cause.

Appendice 3

CERTIFICAT DE MISE À JOUR – VENDEUR

DESTINATAIRE : [nom de l'acheteur] (l'« ACHETEUR »)

OBJET : CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS datée du [DATE DE LA CONVENTION INITIALE] entre l'ACHETEUR et le soussigné (la « CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS »)

Le présent certificat est remis conformément à l'ARTICLE [indiquer la ou les dispositions de la CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS qui traite des assertions et des garanties du VENDEUR] de la CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS. Les mots qui sont écrits en petites majuscules dans le présent certificat sans y être définis s'entendent au sens de la CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS.

Le soussigné atteste que les assertions et les garanties du VENDEUR que comporte la CONVENTION D'ACHAT D' ACTIONS sont fidèles et exactes à la date ci-indiquée et que le VENDEUR a respecté ou a exécuté l'intégralité des modalités, des covenants et des conditions qu'il devait respecter ou exécuter en vertu de celle-ci.

EN FOI DE QUOI, le soussigné a passé le présent certificat le [DATE DE CLÔTURE].

Appendice 4

ACTE DE RENONCIATION

DESTINATAIRE : [nom de la corporation] (le « renonciataire »)

EN CONTREPARTIE de la somme de un dollar en monnaie ayant cours légal au Canada que le renonciataire verse à chacun des renonciateurs et dont chacun d'eux par le présent acte accuse réception et reconnaît la suffisance, chacun, pour lui-même et pour ses héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs successoraux, successeurs et ayants droit respectifs, libère, acquitte et décharge à jamais le renonciataire ainsi que ses successeurs et ayants droit de l'intégralité des modes d'actions, de causes d'action et de poursuites, des dettes, des cotisations, des comptes, des obligations, des covenants, des contrats et des réclamations de même que des demandes en dommages-intérêts, des indemnités, des frais, des intérêts ou des pertes de quelque nature et sorte que ce soit et découlant de quoi que ce soit, tant en common law qu'en equity, qu'il a déjà eus, qu'il a maintenant ou qu'il peut ou pourra désormais avoir ou que ses héritiers, exécuteurs testamentaires, administrateurs successoraux, successeurs ou ayants droit ou l'un quelconque d'eux devront, auront ou pourront désormais avoir contre lui soit en raison, du fait ou par suite d'une cause, d'une question, d'une chose ou d'une obligation quelle qu'elle soit se rapportant aux activités commerciales et aux affaires du renonciataire, soit s'y rattachant de quelque manière. Sans que soit limitée de quelque façon la généralité de ce qui précède, il demeure entendu que chacun des renonciateurs ajoute à tout ce qui précède l'intégralité des demandes formées au titre des salaires, des rémunérations, des primes, des dépenses, des options d'achat d'actions, des allocations de retraite ou de pension, de la participation aux profits, des gains ou autre forme de rémunération, ou bien toute autre cause, question, chose ou obligation découlant du fait, relativement au fait ou par suite du fait qu'ils ont été ses administrateurs, ses dirigeants, ses mandataires, ses actionnaires, ses entrepreneurs indépendants ou ses employés.

ET POUR CETTE CONTREPARTIE, les renonciateurs conviennent, en outre, de ne pas présenter de demande ni d'introduire d'instance ou d'y participer, que ce soit seul ou avec une autre personne, contre toute personne à l'égard de qui une demande pourrait être soulevée à l'encontre du renonciataire au titre d'une contribution, d'une indemnité ou de toute autre forme d'exonération relativement aux questions faisant l'objet d'une renonciation en vertu du présent acte.

Lorsqu'il est employé dans la présente renonciation, le mot « personne » s'entend d'une société de personnes formée de particuliers, d'une société en commandite, d'une coentreprise, d'un consortium, d'une entreprise individuelle, d'une compagnie ou d'une corporation avec ou sans capital social, d'une association sans personnalité morale, d'une fiducie, d'un fiduciaire, d'un exécuteur testamentaire, d'un administrateur successoral ou autre représentant personnel ou successoral, d'un organisme de réglementation, d'un gouvernement ou d'un organisme gouvernemental, d'une autorité ou d'une entité, indépendamment de son mode de désignation ou de constitution.

Appendice 5

PROGRAMME DE LA CLÔTURE

<p><u>PROGRAMME DE LA CLÔTURE</u> ACHAT DES ACTIONS de [CORPORATION CIBLE] (la « corporation ») PAR [CORPORATION ACHETEUSE] (l'« acheteur »)</p>
--

CLOTÛRE	[DATE ET HEURE DE LA CLÔTURE]
DÉLIVRANCE SOUS CONDITIONS	Tous les documents ci-dessous énumérés qui ont été préparés en vue de la clôture seront déposés sous condition et (à défaut de convention spéciale intervenue entre les parties) ne pourront être considérés comme ayant été délivrés tant que les représentants juridiques ci-mentionnés n'auront pas convenu en vertu du présent acte qu'ont toutes été réalisées les modalités et les conditions de clôture (y compris toutes les recherches complémentaires, la passation de tous les documents et l'enregistrement ou le dépôt de documents, s'il y a lieu). Sont réputés survivre à la clôture les engagements des avocats.
ENGAGEMENT	Il est expressément entendu et convenu que le début, la poursuite ou le report de la clôture ou la passation de l'un ou de plusieurs des documents ci-mentionnés par l'une des parties ne pourront être interprétés comme constituant :
	(i) soit la constatation de leur accord concernant l'une des clauses et des dispositions de ceux-ci;
	(ii) soit une atteinte portée à l'un des droits dont elles jouissent ou à l'une des obligations mises à leur charge;
	(iii) soit leur engagement à poursuivre ou à parfaire la clôture,
	tant que les représentants juridiques soussignés n'auront pas convenu, ainsi qu'il a été mentionné précédemment, que toutes les modalités et les conditions de clôture ont été réalisées.
DÉFINITIONS	Le vendeur et l'acheteur sont désignés collectivement les « parties ». La « délivrance normale » ou « DN » s'entend de la remise d'une copie originale au vendeur et d'une copie originale à l'acheteur. Sauf disposition contraire, tous les renvois à des jours s'entendent de jours

	civils.	
REPRÉSENTATION JURIDIQUE	[NOM DE L'AVOCAT] [NOM DU CABINET] Avocat de l'acheteur	[NOM DE L'AVOCAT] [NOM DU CABINET] Avocat du vendeur et de la corporation

A. CONDITIONS PRÉALABLES

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Achèvement des recherches de diligence raisonnable de l'acheteur			l'acheteur	s/o
2.	Avis de cessation du régime de retraite par la corporation		–	le vendeur /la corporation	l'acheteur
3.	Examen satisfaisant pour l'acheteur de la restructuration de la corporation			le vendeur /la corporation	l'acheteur

B. DOCUMENTS À REMETTRE ET AFFAIRES À RÉGLER À LA CLÔTURE

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Résolution certifiée conforme des administrateurs du vendeur approuvant la convention d'achat d'actions		1	le vendeur	à l'acheteur
2.	Convention d'achat d'actions			les parties	DN
	a) Annexe – Imputation du prix d'achat			le vendeur	
	b) Annexe – Dettes de l'apparenté			le vendeur	
	c) Annexe – Capital émis et autorisé			le vendeur	
	d) Annexe – États financiers			le vendeur	
	e) Annexe – Passif non divulgué dans les états financiers			le vendeur	
	f) Annexe – Projet de restructuration			le vendeur	
	g) Annexe – Paiement de dividendes ou déboursements			le vendeur	
	h) Annexe – Privilèges, charges et grèvements			le vendeur	

	i) Annexe – Locations à bail de matériel et d'autres biens personnels			le vendeur	
	j) Annexe – Description officielle des biens réels détenus			le vendeur	
	k) Annexe – Contrats d'approvisionnement			le vendeur	
	l) Annexe – Contrats d'achat			le vendeur	
	m) Annexe – Autres contrats importants			le vendeur	
	n) Annexe – Régime de retraite			le vendeur	
	o) Annexe – Litiges			le vendeur	
	p) Annexe – Administrateurs, dirigeants et employés, etc.			le vendeur	
	q) Annexe – Comptes bancaires, etc.			le vendeur	
	r) Annexe – Précisions concernant les polices d'assurance			le vendeur	
	s) Annexe – Accessoires des véhicules			le vendeur	
	t) Annexe – Questions environnementales			le vendeur	
	u) Annexe – Propriété intellectuelle			le vendeur	
	v) Annexe – Transactions avec lien de dépendance			le vendeur	
	w) Annexe Formule – Avis juridique de l'avocat du vendeur			préparée par l'avocat de l'acheteur	
	x) Annexe – Renonciation				
	y) Annexe – Accord de non-concurrence			le vendeur	
3.	Résolution des administrateurs de la corporation autorisant le transfert des actions			les administrateurs de l'entreprise	à l'acheteur
4.	Remise et annulation du certificat d'actions n° * [action ordinaire] accompagnée d'une procuration autorisant le transfert à l'acheteur par le vendeur			le vendeur	à la corporation
5.	Délivrance à l'acheteur du certificat n° * [* actions ordinaires] de la corporation à l'acheteur			la corporation	à l'acheteur

6.	Acte de renonciation par le vendeur en faveur de la corporation			le vendeur	à la corporation
7.	Démissions des personnes nommées ci-dessous en tant que dirigeants ou administrateurs de l'entreprise : [noms]			la ou les personnes intéressées	à la corporation
8.	Résolution des administrateurs de la corporation acceptant les démissions de ses anciens dirigeants, nommant ses nouveaux dirigeants, nommant le nouveau mandataire autorisé et changeant l'adresse de son bureau enregistré			le vendeur	
9.	Résolution des actionnaires de la corporation acceptant les démissions de ses anciens administrateurs et nommant ses nouveaux administrateurs			l'acheteur	s/o
10.	Accord de non-concurrence du vendeur			le vendeur	
11.	[Autres conventions, accords ou ententes prévus dans la convention d'achat d'actions]				
12.	Paiement du prix d'achat par chèque certifié ou par virement télégraphique		s/o	l'acheteur	au vendeur
13.	Remise des livres et des registres de la corporation acquise			le vendeur	à l'acheteur
14.	Avis juridique de l'avocat du vendeur		2	l'avocat du vendeur	à l'avocat de l'acheteur et à l'acheteur

C. APRÈS LA CLÔTURE

N° de l'article	Document ou affaire	Renvoi à la Convention	N° de la passation	Passé ou déposé par	Délivré
1.	Calcul du fonds de roulement à la clôture ou autre rajustement nécessaire après la clôture				
2.	Paiement des rajustements après la clôture				
3.	Rajustement relatif aux comptes clients			les parties	
4.	Dépôt de l'avis de			la corporation	

	changement des administrateurs				
5.	Dépôt de l'avis de changement du bureau enregistré			la corporation	
6.	Mise à jour du registre des actionnaires, du registre des administrateurs et de la liste des dirigeants			la corporation	

Les avocats soussignés confirment respectivement qu'il a été satisfait et donné suite à l'intégralité des modalités et des conditions se rapportant à ce qui précède.

Fait le [DATE].

[Nom de l'avocat]
Avocat de l'acheteur

[Nom de l'avocat]
Avocat du vendeur et de la corporation

