

## TRANSACTIONS AVEC PERSONNES APPARENTÉES : L'ENFER PEUT-IL ÊTRE ÉVITÉ?

GUILLAUME LAVOIE

VOUS ENVISAGEZ UNE TRANSACTION ?  
CELLE-CI IMPLIQUE UNE PERSONNE APPARENTÉE  
À VOTRE ENTREPRISE? DANS CE CAS, VOUS SEREZ  
POSSIBLEMENT FORCÉ D'OBTENIR UNE ÉVALUATION  
INDÉPENDANTE, D'OBTENIR L'APPROBATION DE  
VOS ACTIONNAIRES MINORITAIRES, DE DÉPOSER UN  
RAPPORT D'ÉTUDE GÉOLOGIQUE ET DE DIVULGUER  
DES INFORMATIONS DÉTAILLÉES. CES EXIGENCES  
PEUVENT RAPIDEMENT DEVENIR COÛTEUSES  
OU SE TRANSFORMER EN UN VÉRITABLE ENFER  
PROCÉDURAL QUI EST SUSCEPTIBLE DE RETARDER  
CONSIDÉRABLEMENT LA TRANSACTION. CEPENDANT,  
CERTAINES D'ENTRE ELLES PEUVENT PARFOIS ÊTRE  
ÉVITÉES OU LIMITÉES SI DES CONSEILLERS JURIDIQUES  
SONT IMPLIQUÉS SUFFISAMMENT TÔT DANS LA  
TRANSACTION.

### POURQUOI DES RÈGLES PARTICULIÈRES À CES TRANSACTIONS?

Les liens de dépendance entre cocontractants attirent l'attention particulière du législateur en raison des conflits d'intérêts qui en découlent. Que celles-ci soient privées ou publiques, les lois constitutives des sociétés protègent leurs actionnaires contre les conflits d'intérêts en interdisant à leurs administrateurs de se placer en situation de tel conflit. Elles prévoient également qu'un administrateur en conflit d'intérêt ou susceptible de l'être doit dénoncer celui-ci au conseil d'administration et doit s'abstenir de voter sur la transaction source dudit conflit d'intérêt.

De plus, pour protéger plus particulièrement les actionnaires de sociétés ayant fait appel public à l'épargne ou de sociétés ouvertes, les autorités de réglementation en valeurs mobilières du Québec et de l'Ontario ont adopté un régime applicable à toute opération impliquant des personnes apparentées.

### CONCEPT DE « PERSONNE APPARENTÉE »

Pour réduire les conséquences d'une opération avec une personne apparentée, encore faut-il que vous puissiez détecter qu'il s'agit d'une telle transaction.

Certains types d'opérations avec personnes apparentées sont évidentes en ce qu'elles impliquent une société et une personne directement reliée à celle-ci; ce que nous appellerons pour nos fins les opérations avec personnes apparentées de « 1<sup>er</sup> degré ». On peut penser à la société qui conclut un contrat avec l'un de ses propres dirigeants, de ses propres administrateurs, avec une personne<sup>1</sup> qui participe à son contrôle ou avec une entité du même groupe qu'elle (par exemple l'une de ses filiales).

<sup>1</sup> Le terme « personne » au fin du Règlement 61-101 désigne à la fois une personne physique, morale ou une société de personnes, une fiducie, un fonds, une association, etc.

Il y a aussi les opérations que l'on peut appeler de « 2<sup>e</sup> degré », en ce que l'un des cocontractants de la société est relié à une personne qui est reliée à la société: soit les opérations où la société conclut un contrat avec l'un des administrateurs ou dirigeants :

- de l'un de ses propres initiés;
- d'une personne participant à son contrôle;
- d'une personne dont elle participe au contrôle; ou
- d'une entité du même groupe qu'elle.

Mais il y a également les opérations entre personnes apparentées que nous pourrions qualifier de « 3<sup>e</sup> degré », qui sont moins facilement repérables. Elles impliquent une société dont l'une des personnes reliées à celle-ci a également un lien avec l'un des cocontractants. Il s'agit des opérations où la société conclut un contrat avec une personne dont l'un des administrateurs, dirigeants, initiés ou dont l'une des personnes qui participe à son contrôle est également :

- administrateur, dirigeant ou initié de la société;
- une personne participant au contrôle de la société;
- une personne dont la société participe au contrôle; ou
- une entité du même groupe que la société<sup>2</sup>.

Le nombre de parties au contrat et la présence de personnes à distance importent peu. Il faut donc analyser la relation de la société avec chacune des parties au contrat. À la lumière des cas divers et complexes pouvant être qualifiés de relations entre personnes apparentées, cette analyse doit donc être minutieuse. Il serait donc prudent de consulter votre conseiller juridique dès qu'un doute se présente afin de déterminer si vous êtes en présence d'une opération avec une personne apparentée ou non.

## OBLIGATIONS DES AUTORITÉS EN VALEURS MOBILIÈRES

Le *Règlement 61-101 sur les mesures de protection des porteurs minoritaires lors d'opérations particulières*

(le « **Règlement 61-101** ») prévoit trois types d'obligations:

- 1) l'obligation de divulgation d'informations;
- 2) l'obligation d'approbation des actionnaires minoritaires et
- 3) l'obligation d'évaluation.

<sup>2</sup> Cette liste n'est pas exhaustive. Pour une liste complète, se référer aux définitions d' « opération avec une personne apparentée » et de « personne apparentée » du Règlement 61-101 (tel que défini aux présentes).

### 1) L'OBLIGATION DE DIVULGATION

L'obligation d'information consiste à divulguer certaines informations détaillées relativement à la transaction dans le document d'information relatif à celle-ci. Certaines informations devront par exemple être incorporées à la déclaration de changement important, si vous êtes soumis à l'obligation de déposer une telle déclaration en relation avec l'opération envisagée en vertu de la législation. Il est à noter que le Règlement 61-101 prévoit également que la déclaration de changement important devra être déposée au moins 21 jours avant la clôture de l'opération avec une personne apparentée, à défaut de quoi, il faut justifier un délai plus court dans le communiqué de presse et dans la déclaration de changement important elle-même. Cela implique généralement que l'information sera donc transmise aux marchés beaucoup plus rapidement que dans le cadre d'une transaction ordinaire.

Advenant que vous deviez obtenir l'approbation des actionnaires minoritaires (tel qu'il est discuté au point 2 ci-bas), vous devrez fournir également une série d'informations détaillées dans la circulaire de sollicitation de procurations qui sera transmise aux actionnaires préalablement à l'assemblée où cette approbation sera soumise au vote des actionnaires.

### 2) L'OBLIGATION D'APPROBATION DES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

L'obligation d'obtenir l'approbation des actionnaires minoritaires implique quant à elle que la transaction soit approuvée par au moins une majorité des actionnaires qui n'ont aucun intérêt à la transaction et qui sont présents à une assemblée spéciale par procuration ou en personne.

### 3) L'OBLIGATION D'ÉVALUATION

L'obligation d'évaluation implique que la société devra fournir une évaluation indépendante formelle de la société ou de la propriété acquise dans le cadre de la transaction. Ce qui peut parfois s'avérer coûteux et provoquer des délais additionnels.

### LES DISPENSES

Ces deux dernières obligations sont cependant sujettes à une série de dispenses permettant à la société de se soustraire de celles-ci, si elle remplit certains critères. Par exemple, si la juste valeur marchande de la contrepartie payée aux personnes intéressées ne dépasse pas 25 % de la capitalisation boursière de la société, cette dernière sera généralement dispensée de ces deux obligations.

Les dispenses applicables à chaque opération sont encore une fois diverses et complexes et doivent faire l'objet d'une étude minutieuse par le conseiller juridique afin d'éviter que la société ne se place en situation de défaut en se basant de manière erronée sur la croyance qu'elle rencontre les critères d'une dispense.

## INTERACTIONS AVEC LES RÈGLES DE LA BOURSE DE TORONTO ET DE LA BOURSE DE CROISSANCE TSX

Le fait d'être dispensé des obligations du Règlement 61-101 ne signifie cependant pas que vous êtes sorti du purgatoire.

Les bourses ou marchés de valeurs appliquent leurs règles de manière presque totalement distincte de ce règlement.

Une dispense du Règlement 61-101 ne permettra généralement pas à elle seule de s'exempter des obligations imposées par la Bourse de Toronto (la « **TSX** ») ou la Bourse de croissance TSX (la « **TSX-V** ») et applicables aux opérations avec personnes apparentées.

Par exemple, en vertu du Règlement 61-101, l'émetteur émergent n'est pas tenu d'obtenir une évaluation formelle, tandis que les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la TSX-V devront malgré tout, en vertu des règles de la TSX-V, fournir une preuve de la valeur de la propriété ou de la société acquise, bien qu'elles soient pratiquement toutes par définition des émetteurs émergents. Heureusement, la TSX-V acceptera parfois, en lieu et place d'une évaluation indépendante formelle, que la preuve de valeur soit faite soit par le simple dépôt d'un rapport d'évaluation de la haute direction de la société, soit par le dépôt d'un rapport d'étude géologique dans les cas applicables.

Un autre exemple de distinction entre le Règlement 61-101 et les règles des bourses ou marchés de valeurs réside dans le fait que la TSX exigera l'approbation des actionnaires dans tous les cas où un initié reçoit une contrepartie dont la valeur est égale ou excède 10 % de la capitalisation boursière de l'émetteur. Il s'agit d'un seuil plus bas que celui du Règlement 61-101, qui est de 25 %. En revanche, l'obligation ne s'applique qu'à une seule catégorie de personne apparentée, soit les initiés.

Du côté de la TSX-V, l'exigence d'approbation des actionnaires ne s'applique qu'à des situations où est transféré, dans le cadre de la transaction, un pourcentage important des actions émises de la société, qui implique l'aliénation d'un pourcentage important des éléments d'actif de la société ou qui entraîne la création d'un nouvel actionnaire dominant.

Malgré l'existence de politiques permettant d'anticiper les exigences potentielles auxquelles la société peut devoir se soumettre, les bourses ou marchés de valeurs étudient attentivement chaque transaction individuellement et chaque cas est un cas d'espèce. C'est pourquoi il peut être préférable d'entamer les discussions avec la bourse ou le marché de valeurs où les titres de la société sont inscrits le plus tôt possible, parfois même avant la conclusion de l'entente finale, afin de favoriser une approbation rapide.

## COMMENT ÉVITER L'ENFER

Vous devez consulter votre conseiller juridique dès les premières étapes de la transaction envisagée, bien avant la conclusion de l'entente finale et même avant la conclusion d'une lettre d'intention.

Vous devez retenir qu'il peut y avoir plusieurs façons d'atteindre l'objectif souhaité et qu'une transaction peut être structurée de manière à satisfaire les autorités réglementaires plus facilement. Par exemple, vous pouvez décider d'acquérir une propriété en totalité ou en partie par l'acquisition de la société qui détient l'intérêt dans la propriété à acquérir plutôt que par l'acquisition de l'intérêt lui-même. En revanche, en fonction des parties en présence, les règles relatives aux opérations avec personnes apparentées peuvent favoriser une opération par rapport à l'autre et la société devrait avoir accès à cette information au stade de la négociation, pour l'aider à faire son choix ou pour lui fournir un argument de poids dans le cadre de ses négociations. De plus, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a reconnu dans sa décision rendue dans l'affaire *MI Developments Inc.*<sup>3</sup> qu'il n'était pas interdit de structurer une transaction de façon spécifique dans le but de pouvoir se prévaloir d'une dispense du Règlement 61-101. Par conséquent, votre avocat pourra suggérer la structure de votre transaction de manière à vous éviter bien des soucis.

La nature de la contrepartie à être reçue par les personnes apparentées jouera également un rôle très important dans l'appréciation de la transaction par les autorités réglementaires. Elle doit donc être considérée à la lumière des règles applicables aux opérations avec personnes apparentées avant que les parties n'optent pour une forme de contrepartie plutôt qu'une autre.

<sup>3</sup> *In the matter of MI Developments Inc.* (Septembre 2009) Com. Val. Mob. Ont.

Tous ces éléments influenceront sur la nature des négociations. Toute transaction devrait faire l'objet de discussions préalables avec votre conseiller juridique pour connaître les meilleures options disponibles pour vous et pour anticiper les obstacles afin d'éviter que ceux-ci retardent ou fassent littéralement avorter la transaction,... ou que le processus d'approbation de celle-ci ne devienne pour vous un enfer!

**GUILLAUME LAVOIE**

514 877-2943

glavoie@lavery.ca

**VOUS POUVEZ COMMUNIQUER AVEC LES MEMBRES SUIVANTS DU GROUPE VALEURS MOBILIÈRES POUR TOUTE QUESTION RELATIVE À CE BULLETIN.**

JOSIANNE BEAUDRY 514 877-2998 jbeaudry@lavery.ca  
MICHEL BLOUIN 514 877-3041 mblouin@lavery.ca  
RENÉ BRANCHAUD 514 877-3040 rbranchaud@lavery.ca  
MELANIE CHARTRAND 514 878-5663 mchartrand@lavery.ca  
GÉRARD COULOMBE 514 878-5526 gcoulombe@lavery.ca  
MARTIN J. EDWARDS 418-266-3078 medwards@lavery.ca  
MICHÈLE GAMACHE 514 877-2921 mgamache@lavery.ca  
DENISE HOUDE 514-878-5583 dhoude@lavery.ca  
CHANTAL JOUBERT 514-878-5653 cjoubert@lavery.ca  
CLAUDE LACROIX 418-266-3063 clacroix@lavery.ca  
ANDRÉ LAURIN 514-877-2987 alaurin@lavery.ca  
GUILLAUME LAVOIE 514 877-2943 glavoie@lavery.ca  
JEAN MARTEL 514 877-2969 jmartel@lavery.ca  
NIS MOLLER 514-878-5585 nmoller@lavery.ca  
BENOIT VINCENT MOREL 514 878-5590 bmorel@lavery.ca  
SYLVIE C. PARENT 514 877-2967 scparent@lavery.ca  
CARL M. RAVINSKY 514 878-5594 cravinsky@lavery.ca  
MARC ROCHEFORT 514-878-5587 mrochefort@lavery.ca  
MICHEL SERVANT 514 877-2915 mservant@lavery.ca  
JEAN TESSIER 514 877-2907 jtessier@lavery.ca  
SÉBASTIEN VÉZINA 514 877-2964 svezina@lavery.ca

**ABONNEMENT** VOUS POUVEZ VOUS ABONNER, VOUS DÉSABONNER OU MODIFIER VOTRE PROFIL EN VISITANT LA SECTION PUBLICATIONS DE NOTRE SITE INTERNET [lavery.ca](http://lavery.ca) OU EN COMMUNIQUANT AVEC CAROLE GENEST AU 514 877- 3071.

► [lavery.ca](http://lavery.ca)

© Tous droits réservés 2010 ► LAVERY, DE BILLY, S.E.N.C.R.L. ► AVOCATS

Ce bulletin destiné à notre clientèle fournit des commentaires généraux sur les développements récents du droit.

Les textes ne constituent pas un avis juridique. Les lecteurs ne devraient pas agir sur la seule foi des informations qui y sont contenues.

MONTRÉAL QUÉBEC OTTAWA