Bulletin d'information juridique à l'intention des entrepreneurs et des décideurs, Numéro 18

1 septembre 2013

Auteurs

Josianne Beaudry

Associée, Avocate

Jean-Sébastien Desroches

Associé, Avocat

SOMMAIRE

En attendant le financement participatif (crowdfunding) : allègement des règles de financement
Éviter les litiges par la convention entre actionnaires
Dixième anniversaire de la Loi 72 : protection et réhabilitation des terrains

EN ATTENDANT LE FINANCEMENT PARTICIPATIF (CROWDFUNDING) : ALLÈGEMENT DES RÈGLES DE FINANCEMENT

Josianne Beaudry

Il ne fait aucun doute que les défis de financement auxquels font face les petites et moyennes entreprises (les « **PME** ») et les entreprises en phase de démarrage sont multiples. Non seulement doivent-elles identifier des investisseurs prêts à prendre le risque d'investir dans leurs projets, mais elles doivent également s'assurer de respecter les règles relatives à la sollicitation de capitaux imposées par les autorités de réglementation en valeurs mobilières.

En vertu des règles en vigueur au Québec et dans le reste du Canada, à moins de bénéficier de dispenses, pour procéder à une collecte de capitaux, une société doit retenir les services d'une firme inscrite dans une catégorie appropriée auprès des autorités canadiennes en valeurs mobilières et doit également préparer et remettre aux souscripteurs un document d'information appelé « prospectus ».

Cette procédure est généralement trop onéreuse et trop exigeante pour la PME et l'entreprise en phase de démarrage, sans oublier les obligations que ces sociétés auront suivant le financement visant la préparation et la transmission de documents d'information continue notamment, les états financiers, les rapports de gestion, les communiqués de presse.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Ainsi, la PME et l'entreprise en phase de démarrage doivent bien souvent se limiter à solliciter leurs proches partenaires, la famille (*love money*) et les investisseurs qualifiés – soit généralement des personnes qui ont des revenus nets avant impôt de plus de 200 000 $ ou des actifs nets d'au moins 5 000 000 $.

La PME et l'entreprise en phase de démarrage peuvent également, sans être tenues de préparer un prospectus, solliciter un éventail d'investisseurs plus large en procédant par voie de notice d'offre. La notice d'offre est un document d'information qui s'apparente au prospectus mais qui est plus simple à préparer et moins coûteux. Cette alternative de financement semble méconnue et est sous-utilisée par les PME et les entreprises en phase de démarrage. Cette sous-utilisation est probablement due à l'exigence réglementaire de dresser des états financiers audités et établis conformément aux IFRS. Cette alternative de financement serait semblet- il beaucoup plus populaire dans l'Ouest canadien.

Or, depuis le 20 décembre 2012, l'Autorité des marchés financiers (l'« **AMF** »), a rendu une décision générale de dispense permettant aux PME et aux entreprises en phase de démarrage, qui ne sont pas par ailleurs des émetteurs assujettis au sens de la législation en valeurs mobilières, de procéder au placement de leurs titres au moyen d'une notice d'offre qui ne contient pas d'états financiers audités et établis conformément aux IFRS.

Effectivement, il est désormais possible pour ces sociétés de préparer une notice d'offre sans devoir établir des états financiers audités. Les états financiers non audités qui accompagneraient la notice d'offre pourraient même être établis selon les PCGR canadiens applicables aux entreprises à capital fermé.

Cependant, afin de se prévaloir de cet allègement, l'émetteur devra limiter la taille globale pour l'ensemble de ses placements effectués en vertu de cette règle à 500 000 $ et le coût d'acquisition global par souscripteur sera limité à 2 000 $ par période de 12 mois précédant le placement (et non 2 000 $ par émetteur). Une mise en garde devra également être ajoutée à la notice d'offre afin d'informer clairement tout souscripteur du fait que les états financiers ne sont pas audités et ne sont pas établis conformément aux IFRS et des limites au seuil d'investissement.

Il importe également de souligner qu'en vertu des lois québécoises, la notice d'offre dont souhaite se servir une société pour se financer est soumise à des exigences de traduction. Ainsi, aux fins de sollicitation dans la province de Québec, la notice d'offre doit être établie en français ou en français et en anglais.

Consciente des besoins en financement des PME et des entreprises en phase de démarrage, alors qu'elle annonçait l'allègement des règles relatives au contenu de la notice d'offre (dont l'application est prévue pour une durée maximale de deux ans), au même moment, l'AMF lançait une consultation sur le financement participatif en capital (l'« ***Equity Crowdfunding*** »).

Le financement participatif en capital consiste à solliciter une masse d'investisseurs qui ne sont pas nécessairement des investisseurs qualifiés par le biais d'une plateforme électronique, en contrepartie de l'émission de titres. Certains territoires comme les États-Unis (en projet depuis le 5 avril 2012), l'Angleterre et l'Australie ont instauré des règles autorisant le financement participatif en capital.

En vertu des règles relatives au financement participatif en capital, le montant qu'une société peut collecter au moyen de ce type de financement demeure modeste. De même, le montant qu'un investisseur peut investir est également limité à de petites sommes. Présentement, ce type de financement est interdit au Canada à moins de bénéficier d'une dispense ou d'établir un prospectus.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Le principal objectif du financement participatif en capital est de faciliter l'accès aux capitaux à moindre coût. Cependant, cet objectif est difficilement conciliable avec les développements récents en réglementation des marchés des valeurs mobilières au Canada afin d'assurer la protection des investisseurs.

Effectivement, dans l'accomplissement de leur mission de protection des investisseurs, les autorités canadiennes ne cessent d'augmenter les exigences réglementaires (divulgation, conformité, formation), ce qui a également pour effet d'augmenter les coûts d'opérations des différents intervenants des marchés financiers.

Certains intervenants des marchés financiers sont préoccupés des risques d'exode des sociétés québécoises innovantes et de nos talents qui pourraient être tentés d'aller s'établir aux États-Unis afin de financer leurs projets, bénéficiant d'un cadre de financement allégé et moins coûteux. Les autorités canadiennes en valeurs mobilières devront relever le défi de trouver le difficile équilibre entre les besoins en financement des PME et des entreprises en phase de démarrage et la protection des investisseurs.

ÉVITER LES LITIGES PAR LA CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES
Jean-Sébastien Desroches

Les litiges entre actionnaires ont parfois des conséquences sérieuses pour une société et peuvent constituer un obstacle à l'exploitation de son entreprise dans le cours normal des affaires. De tels litiges sont habituellement complexes et onéreux en plus de s'échelonner sur une longue période. Dans ce contexte, la convention entre actionnaires, si elle est bien rédigée et personnalisée pour l'entreprise et ses actionnaires, permet d'éviter plusieurs litiges ou, à défaut, d'en diminuer la portée et de les encadrer.

Avec le temps, une convention entre actionnaires peut mal vieillir. Elle peut ne pas évoluer en symbiose avec l'entreprise et ses actionnaires, notamment dans un contexte d'expansion et de croissance. Il est alors généralement laborieux de modifier une convention entre actionnaires une fois qu'elle est signée et une telle tentative de changer les règles du jeu en cours de route pourrait être la source de conflits additionnels entre les actionnaires. Il est donc impératif que les actionnaires établissent leurs droits et obligations ainsi que ceux de la société au moyen d'une convention entre actionnaires bien rédigée aussitôt que possible dans la vie d'une société.

Personne ne sera surpris d'apprendre que l'argent est la principale source de litiges entre actionnaires, qu'il s'agisse de l'argent investi (ou à investir) dans l'entreprise ou de l'argent que la société verse (ou versera) à ses actionnaires sous forme de dividendes ou autrement. Parallèlement, l'apport des actionnaires, en biens, en services, en temps et en argent, crée souvent des frictions au sein de l'entreprise, d'autant plus que les attentes des actionnaires en matière commerciale, financière et autre peuvent être conflictuelles ou évoluer différemment avec le temps.

Outre les questions financières, des conflits personnels peuvent envenimer les relations entre actionnaires, notamment lorsque des membres de la famille sont impliqués dans l'entreprise. Il en va de même pour la prise de décisions sur les grandes orientations de l'entreprise et les questions stratégiques qui revêt souvent un caractère émotif.

Par ailleurs, si l'actionnariat comporte des partenaires situés dans diverses juridictions, il est possible que les aspects culturels soient aussi un facteur de tensions entre actionnaires. Dans un tel cas, le texte de la convention entre actionnaires doit être très explicite et, dans la mesure du possible, être appuyé par des exemples concrets quant à l'application des clauses complexes, par exemple en ce qui concerne le calcul de la valeur des actions et la procédure d'exercice du droit de premier refus. Dans tous les cas, rappelons qu'il est essentiel de prévoir l'ordre de priorité dans

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

l'exercice des différents droits, recours et mécanismes prévus dans la convention pour éviter qu'une problématique d'interprétation du libellé de la convention s'ajoute à la problématique d'affaires.

C'est souvent lorsque l'entreprise exploitée par une société va moins bien que les mésententes entre actionnaires prennent des proportions plus importantes et donnent lieu à des litiges. Une convention entre actionnaires doit donc anticiper les événements futurs auxquels la société pourrait faire face, qu'ils soient positifs ou négatifs, comme le refinancement, l'arrivée de nouveaux actionnaires, la relève familiale, l'acquisition ou la vente d'entreprises, l'expansion à l'international, le développement de nouveaux marchés ainsi que le retrait des affaires.

L'anticipation de ces événements futurs prend toute son importance lorsqu'on considère le contexte dans lequel une convention entre actionnaires peut devoir être adoptée. Ainsi, les objectifs des actionnaires et du rédacteur peuvent être différents dans le cas d'une convention qui découle d'une planification fiscale et successorale par opposition à une convention qui résulte de l'arrivée d'un nouvel investisseur, d'une d'acquisition (relève d'entreprise) ou d'une situation de démarrage. Malgré le contexte bien particulier, la convention entre actionnaires devrait fournir à la société et à ses actionnaires les moyens de leurs ambitions et la latitude requise pour réaliser tous leurs projets commerciaux.

Rappelons que les actionnaires peuvent avoir plusieurs titres ou qualités en sus de leur qualité d'actionnaire puisqu'ils peuvent être administrateur, dirigeant et employé de la société. Les litiges peuvent donc découler de ces différents rôles et des droits et obligations qui s'y rattachent et ainsi prendre un caractère personnel très rapidement.

La rédaction et la négociation d'une convention entre actionnaires est donc un exercice complexe et rigoureux qui requiert une expérience à la fois sur le plan pratique et sur le plan juridique. Ainsi, un survol des dossiers saisis par les tribunaux au cours des dernières années démontre que les différends relatifs aux modalités les plus complexes d'une convention, tels les mécanismes d'arrivée et de départ des actionnaires et de transferts des titres (droit de premier refus, clause d'achat-vente (clause *shotgun*), etc.) ainsi que les clauses de non-concurrence, de non-sollicitation et de protection de la propriété intellectuelle, sont parmi les sujets les plus fréquemment débattus devant les tribunaux.

Les mécanismes régissant l'évaluation du prix des actions devraient également être clairement établis à la convention entre actionnaires. Ces mécanismes devraient permettre d'éviter (ou d'encadrer) tout débat sur la valeur à attribuer aux actions dans un contexte de transfert ou de vente, notamment dans les situations où il y a déjà des conflits entre les actionnaires.

Enfin, il est primordial de prévoir des mécanismes de résolution des conflits efficaces et adaptés aux besoins des parties (confidentialité du processus, aspects culturels et linguistiques, nécessité de poursuivre l'exploitation de l'entreprise malgré un litige, etc.), lesquels mécanismes permettront d'intervenir rapidement pour préserver la valeur de l'entreprise. Ainsi, les parties pourront éviter une liquidation forcée de l'entreprise avec ses conséquences désastreuses pour les employés, les fournisseurs et les clients.

DIXIÈME ANNIVERSAIRE DE LA LOI 72 : PROTECTION ET RÉHABILITATION DES TERRAINS
Sophie Prégent

La planification d'un projet de construction ou le démarrage d'une activité industrielle nécessite la vérification préalable de plusieurs éléments. Malgré l'introduction, il y a dix ans cette année, de règles encadrant la protection et la réhabilitation des terrains contaminés dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* (**LQE**), la question de l'état matériel des lieux d'implantation du projet demeure souvent négligée.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

Bien que la question de contamination des sols puisse soulever des enjeux de relations civiles, qu'il s'agisse notamment de la responsabilité civile ou de la garantie de qualité (vice caché), nous nous attarderons ici exclusivement aux obligations qui peuvent émaner de la LQE.

L'objectif de la LQE en est un de protection environnementale. Cette protection s'incarne par des mesures de protection préalable, d'intervention d'urgence et de réhabilitation. La LQE prévoit également certains devoirs d'agir aux utilisateurs des immeubles.

POUVOIR D'ORDONNANCE

Le ministre du Développement durable, de l'Environnement, de la Faune et des Parcs (**MDDEFP**) dispose de larges pouvoirs, notamment celui d'ordonner le dépôt d'un plan de réhabilitation s'il est fondé de croire ou s'il constate dans un terrain, la présence de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites fixées par règlement[1] ou qui sont susceptibles d'affecter l'environnement de façon générale[2].

Depuis 2003, ce pouvoir vise tous ceux qui ont eu la garde du terrain, et ce, à quelque titre que ce soit. Cette ordonnance peut donc être imposée au locataire et n'est donc pas limitée au seul propriétaire ou au «pollueur» du terrain.

Ainsi, il sera important pour tout acquéreur de bien connaître l'historique du terrain afin d'évaluer si ce genre de situation risque de se présenter.

En présence d'une telle ordonnance, certains moyens d'exonération sont disponibles, soit notamment pour celui qui ne connaissait pas ou qui n'était pas en mesure de connaître eu égard aux circonstances, aux usages ou au devoir de diligence l'état du terrain, ou pour celui qui connaissait l'état des lieux et démontre avoir agi en tout temps avec prudence et diligence dans le respect de la loi et finalement pour celui qui démontre que l'état des lieux résulte d'un état de fait extérieur au terrain et imputable à un tiers.

CESSATION D'UNE ACTIVITÉ INDUSTRIELLE OU COMMERCIALE

Lorsqu'une personne cesse définitivement l'exercice d'une activité commerciale ou industrielle prévue à l'annexe III du *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains*[3] (RPRT), l'exploitant devra procéder à une étude de caractérisation du terrain[4]. Cette obligation existe lorsque la cessation de l'activité est définitive et mène à l'obligation de procéder à la réhabilitation si les contaminants présents dans le sol excèdent la concentration limite réglementaire. Ces travaux devront être réalisés conformément à un plan de réhabilitation communiqué au MDDEFP et approuvé par ce dernier.

Bien que cette obligation de procéder à la réhabilitation du terrain ne vise que l'exploitant de l'activité, elle crée une restriction d'usage du terrain qui devra absolument être prise en compte par l'acquéreur lors d'une transaction. En effet, le défaut de l'exploitant de procéder à la réhabilitation aura d'importantes conséquences sur l'acquéreur, surtout si ce dernier souhaite changer l'usage du terrain.

CHANGEMENT D'USAGE

Celui qui désire changer l'utilisation d'un terrain ayant été l'assise d'une activité commerciale ou industrielle énumérée à l'annexe III du RPRT est tenu de procéder à la réalisation d'une étude de caractérisation, à moins qu'il ne possède déjà une telle étude qui est toujours d'actualité[5].

Évidemment, dans le contexte d'une acquisition, si cette obligation existe, il est avisé pour l'acquéreur de s'assurer qu'elle soit satisfaite par le vendeur, ou à tout le moins que l'état des lieux

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

soit très clairement divulgué afin d'éviter de fâcheuses conséquences.

Si l'étude de caractérisation révèle la présence de contaminants qui dépassent les limites réglementaires, un plan de réhabilitation sera soumis au MDDEFP pour approbation; après quoi il faudra procéder à la réhabilitation avant d'entamer un nouvel usage du terrain. Ces travaux créeront évidemment des délais pour un acquéreur étant donné que les municipalités ne délivreront pas les permis nécessaires pour procéder au lotissement ou à la construction tant que le terrain ne sera pas décontaminé.

Évidemment, dans l'éventualité où un terrain aurait déjà été décontaminé suivant les procédures applicables, il est important pour l'acquéreur de bien étudier le plan de réhabilitation transmis au MDDEFP et les diverses publications effectuées sur le registre foncier afin de déterminer si des restrictions d'usages existent, soit si certains contaminants excédentaires auraient été laissés dans le sol en accord avec le MDDEFP.

LES DEVOIRS D'ENREGISTREMENT

La LQE prévoit une série de mesures reliées à la publication d'avis concernant les terrains contaminés[6] au registre foncier. Il s'agit des avis de contamination, des avis de décontamination et des avis de restriction d'utilisation. De plus, dans certaines circonstances, certains avis devront aussi être donnés à la municipalité locale, au ministre du MDEEFP, voire aux voisins.

Lors de toute transaction, il est évidemment nécessaire de vérifier l'existence de tels avis. Toutefois, il est primordial de se rappeler que la LQE ne réglemente pas l'ensemble des situations reliées aux terrains contaminés, notamment la contamination ancienne ou la contamination découlant d'activités non visées par le RPRT. La présence ou non d'inscriptions au registre foncier n'est donc pas garante de la conformité des lieux aux règles de la LQE en matière de réhabilitation des sols contaminés.

APPLICATION LIMITÉE

En matière de sols contaminés, la LQE possède donc une application limitée. Ainsi, il n'existe aucune obligation générale de procéder à la réhabilitation d'un terrain suite à la réalisation d'une étude de caractérisation faite volontairement. Toutefois, la présence de contaminants pourra mener à une restriction d'usage sur le terrain, ce qui pourrait empêcher l'acquéreur d'être en mesure d'utiliser le terrain pour l'activité planifiée[7].

Ainsi, en tant qu'acquéreur, il est très important d'être bien informé sur l'état et l'historique d'un immeuble, et même, la plupart du temps, d'obtenir une caractérisation environnementale de la propriété visée. Il en va de l'exercice de la prudence et de la diligence de tout acquéreur responsable.

---

[1] Soit le *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains* (R.R.Q. c. Q-2, r.37).

[2] L'article 31.43 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (R.L.R.Q. c. Q-2) prévoit plus spécifiquement qu'il s'agit de contaminants qui sont «susceptibles de porter atteinte à la vie, à la santé, à la sécurité, au bien-être ou au confort de l'être humain, aux autres espèces vivantes ou à l'environnement en général, ou encore aux biens».

[3] *Règlement sur la protection et la réhabilitation des terrains*, R.R.L.Q. c. Q-2, r.37. Il s'agit d'une liste exhaustive de la plupart des activités susceptibles de provoquer la contamination des sols.

[4] Voir les articles 31.51 et suivants de la LQE.

[5] Voir les articles 31.53 et suivants de la LQE.

[6] Voir les articles 31.58 et suivants de la LQE.

[7] Prenons pour exemple un développement domiciliaire qui ne pourra pas être réalisé sur un terrain

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.

où la présence de contaminants excède les limites acceptables pour un usage résidentiel.

Copyright (c) Lavery, de Billy, S.E.N.C.R.L. - L.L.P.