AJBM | YBAM

Desjardins

2E ÉDITION

GUIDE DE DÉMARRAGE DE L'ENTREPRISE

DE L'ASSOCIATION DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL



www.ajbm.qc.ca

AVIS AUX LECTEURS

L'Association du Jeune Barreau de Montréal (AJBM) désire offrir à ses lecteurs de l'information fiable, vérifiée et à jour. Cependant, malgré ce souci de qualité, l'AJBM ne peut garantir l'exactitude de l'information contenue au Guide de démarrage de l'entreprise. Toutes les opinions qui y sont exprimées sont strictement celles de leurs auteurs et elles ne lient en aucun cas l'AJBM. De plus, ces opinions ne sauraient tenir lieu d'avis juridiques.

Ceci étant dit, l'AJBM offre un service de consultation gratuite aux entrepreneurs et futurs entrepreneurs dans le cadre du programme Juri-conseil aux entreprises. Nous vous invitons à vérifier si vous êtes admissible à ce service en consultant notre site Internet : www.ajbm.qc.ca

Toute modification, reproduction, diffusion ou rediffusion du contenu ou d'une partie du contenu du Guide de démarrage de l'entreprise, et ce, sur quel que support que ce soit, est strictement interdite à moins d'obtenir l'accord préalable de l'auteur du texte.

De plus, toute référence au présent ouvrage ou à des passages du présent ouvrage doit être citée selon une méthode adéquate et qui permet d'en repérer facilement l'origine. Ainsi, pour citer le présent document, la méthode suivante est encouragée et jugée complète :

NOM, Prénom de l'auteur du texte. Titre du texte. Guide de démarrage de l'entreprise [en ligne]. Association du Jeune Barreau de Montréal, 2013, 2e édition, pagination. Disponible sur www.ajbm.qc.ca/fr/services-public/guide-de-demarrage-de-l-entreprise (consulté le JJ MM AAAA)

//

SOMMAIRE

Guide de démarrage de l'entreprise

05 **A. LES DÉBUTS JURIDIQUES DE L'ENTREPRISE**

Formes juridiques et juridiction

L'organisation d'une société par actions

La publicité légale des entreprises

Les conventions entre actionnaires

22 **B. QUESTIONS D'ARGENT**

La demande de financement

La fiscalité au Canada

Les retenues à la source

32 **C. LA VIE CONTRACTUELLE ET EXTRACONTRACTUELLE DE L'ENTREPRISE**

Notions de base en matière de contrat

La responsabilité civile

La nouvelle Loi sur la protection du consommateur

Le droit de l'emploi et du travail pour l'entreprise privée

Le commerce électronique

La franchise

Les obligations liées à l'usage du français

62 **D. LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DE L'ENTREPRISE**

La propriété intellectuelle : le dessin industriel

La propriété intellectuelle : le droit d'auteur

La propriété intellectuelle : le brevet

La propriété intellectuelle : les marques de commerce

79 **E. CERTAINS RECOURS ET MOYENS LÉGAUX DE L'ENTREPRISE**

Le recours en justice

Le droit de la famille et l'entreprise

Le réseautage d'affaires stratégique et les réseaux sociaux

ASSOCIATION DU JEUNE BARREAU DE MONTRÉAL
YOUNG BAR ASSOCIATION OF MONTREAL

MERCI À TOUS NOS COLLABORATEURS

L'Association du Jeune Barreau de Montréal remercie tous les collaborateurs qui ont contribué à la réalisation de cette 2e édition du Guide de démarrage de l'entreprise.

LES AUTEURS

Me Jasmine Adhami
Me Pierre-Luc Beauchesne
Me Natacha Calixte
Me Mathieu Charest-Beaudry
Me Thomas Copeland
Me Vincent de l'Étoile
Me Annie Fredette
Me Jean-François Journault
Me Thierry Lavigne-Martel
Me Catherine Morissette
Me Jason Moscovici
Me Johanne Muzzo
Me Marc-André Nadon
Me Vanessa O'Connell-Chrétien
M. Benjamin Prud'homme
Me Francis St-Louis
Me Stéphane Teasdale
Me Philippe-André Tessier
Me Etienne Tremblay
Me Ludovic Tremblay
Me Fabrice Vil

LE COMITÉ DE RÉVISION

Me Marylise Caron
Me Alex Giroux
Me Maxime Lévesque

Me Sébastien Lebel Président du Comité Services juridiques Pro Bono pour le mandat 2010-2011, pour avoir lancé le projet de mise à jour.

Les membres du Comité des Services juridiques *Pro Bono* de l'AJBM qui ont collaboré au projet avec Me Anaïs de Lausnay, présidente du Comité lors des mandats 2011-2012 et 2012-2013

CONCEPTION GRAPHIQUE

MAGMA DESIGN



GUIDE DE DÉMARRAGE

C'est avec grand plaisir que je vous présente la 2e édition du *Guide de démarrage de l'entreprise*, une initiative de l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

L'AJBM est un organisme à but non lucratif fondé en 1898 et regroupant les avocat(e)s de 10 ans et moins de pratique inscrits à la section de Montréal du Barreau du Québec. Une des missions de l'AJBM est de fournir de façon bénévole des services de consultation et d'information juridique auprès de la population.

C'est ayant cette mission en tête que la 1ère édition du Guide de démarrage de l'entreprise a vu le jour en 2009 grâce au travail de nombreux bénévoles. Et voilà qu'en 2013, nous vous offrons une version mise à jour du Guide.

Démarrer sa propre entreprise est un défi de taille. En plus de devoir investir temps et argent, de nombreuses questions légales sont susceptibles de surgir dans l'esprit des entrepreneurs. *Comment enregistrer ma compagnie? Quels sont les risques que j'encours? Quelles sont mes options de financement? Quel sera l'impact fiscal?*

Ce Guide se veut ainsi un outil pour toute personne qui désire ou considère démarrer sa propre entreprise. Nous espérons qu'il encouragera de nombreux individus à réaliser leurs rêves ou, à tout le moins, les aidera dans leur parcours.

Le Guide de démarrage est l'œuvre de nombreux collaborateurs que je me dois de remercier:

- Merci à tous les auteurs pour avoir accepté de partager leur expertise et avoir consacré de nombreuses heures à la rédaction de leur article.
- Merci aux employés de la permanence de l'AJBM pour leur travail acharné et leur soutien dans ce projet.
- Un merci tout spécial à Desjardins, partenaire majeur de l'AJBM, pour leur appui continu envers notre association.

Je profite de l'occasion pour vous inviter à consulter le site internet de l'AJBM qui contient d'autres informations utiles sur les services juridiques pro bono offerts à la population par notre association, incluant notre Clinique juridique annuelle ainsi que notre Service Juri-conseil aux entreprises, qui permet aux entrepreneurs de bénéficier d'une heure de consultation gratuite avec un avocat bénévole. Rendez-vous au www.ajbm.qc.ca pour obtenir plus de renseignements.

Sur ce, je vous souhaite une excellente lecture et j'espère que vous trouverez réponses à vos questions en parcourant ce Guide.

Marie Cousineau
Présidente
Association du Jeune Barreau de Montréal

> www.ajbm.qc.ca

PAR ANNIE FREDETTE, FRANCIS ST-LOUIS & LUDOVIC TREMBLAY

FORMES JURIDIQUES & JURIDICTION



ANNIE FREDETTE // AFREDETTE@CRAC.COM

Membre du Barreau du Québec depuis 2003, Me Annie Fredette pratique en droit des sociétés. Elle a occupé un poste de gestion de projets ainsi qu'un poste de directrice des services corporatifs au CRAC (Centre de Recherches et d'Analyses sur les Corporations). Depuis janvier 2010, elle est la directrice principale. Elle est membre de l'International Paralegal Management Association et collabore régulièrement à la rédaction du bulletin INFO-CRAC. En 2011, elle a terminé un DESS en gestion à HEC-Montréal.



FRANCIS ST-LOUIS // FRANCIS.STLOUIS@CAE.COM

Membre du Barreau du Québec depuis 2000, Me St-Louis a passé les 6 dernières années comme directeur juridique au service juridique de CAE Inc. Il a auparavant exercé le droit des affaires, le droit corporatif et le litige civil et commercial. Me St-Louis est présentement directeur développement des affaires – Asie pour CAE. Basé à Kuala Lumpur en Malaisie, Me St-Louis fournit des solutions intégrées et personnalisées aux clients des secteurs de l'aviation commerciale et d'affaire en Asie en tirant parti de l'ensemble des produits et services de CAE tout en présentant un seul point de contact aux clients.



LUDOVIC TREMBLAY // LTREMBLAY@CONSILIUMAVOCATS.COM

Membre du Barreau depuis 2010, Me Ludovic Tremblay pratique en droit des affaires au sein de Consilium Services Juridiques, organisation dont il est le fondateur depuis mars 2012. Il a auparavant été directeur par intérim des services corporatifs au CRAC (Centre de Recherches et d'Analyses sur les Corporations) de décembre 2010 à mars 2012. Il est également détenteur d'un baccalauréat en administration des affaires à HEC Montréal, et a été lui-même propriétaire et fondateur d'une entreprise oeuvrant dans le domaine de la construction.

AVEC LA COLLABORATION DE MME CINDY POULIOT-TESSIER, PARAJURISTE ET MME LAURENCE ST-AUBIN, ÉTUDIANTE EN DROIT

FORMES JURIDIQUES

Cinq formes juridiques sont reconnues par le droit québécois :

- l'entreprise individuelle exploitée par une personne physique (travailleur autonome) ;
- la coopérative ;
- l'association ;
- la société de personnes ;
- la société par actions.

De ces cinq formes juridiques, trois conviennent davantage dans le cadre de l'exploitation d'une entité à but lucratif. Nous nous attarderons donc à l'entreprise individuelle, à la société de personnes et à la société par actions dans le cadre du présent texte.

1. L'entreprise individuelle

L'entreprise individuelle est exploitée par une personne physique qui utilise ses ressources personnelles sans faire de distinction avec son propre patrimoine. C'est la forme juridique la plus simple à mettre sur pied et à gérer. Il convient tout d'abord de vérifier auprès de la municipalité dans laquelle l'entreprise individuelle fait des affaires quelles sont les modalités entourant le permis d'exploitation.

Si le propriétaire souhaite exercer ses activités sous un nom autre que son nom personnel, il est alors dans l'obligation de s'immatriculer auprès du Registraire des entreprises du Québec (REQ). Pour ce faire, il doit compléter en ligne, sur le site du REQ : www.registreentreprises.gouv.qc.ca, la déclaration d'immatriculation pour personne physique exploitant une entreprise.

Exemple : M. Richard Poisson voulant exploiter l'entreprise « Les Aliments Richard Poisson » n'aurait pas besoin de s'immatriculer auprès du Registraire des entreprises puisqu'il utilise son nom personnel à l'intérieur de son nom commercial. Toutefois, si Mme Ginette Bigras désire exercer ses activités sous le nom « Salon de toilettage doux toutous », elle devra s'immatriculer.

Avantages :

- Facile à mettre sur pied;
- L'entrepreneur peut contrôler et exploiter l'entreprise comme bon lui semble;
- Tous les profits vont à l'entrepreneur;
- Les dépenses liées à l'exploitation de l'entreprise, sous certaines modalités, sont déductibles du revenu personnel de l'entrepreneur aux fins de l'impôt.

Désavantages :

- L'entreprise n'a pas d'existence juridique propre. C'est la responsabilité illimitée de l'entrepreneur qui est alors en cause pour tous les actes de l'entreprise. Le propriétaire assume donc tous les risques personnellement;
- Il n'y a pas de patrimoine distinct pour ce type

« Il est toujours recommandé d'obtenir les conseils d'un juriste avant de choisir la juridiction de sa société. »

d'entreprise. Ainsi, le patrimoine de l'individu et celui de l'entreprise se confondent;
- Comme l'entrepreneur est seul dans ce type d'entité, les seuls biens qu'il peut mettre en garantie sont ses biens personnels. Cela réduit les possibilités de financement externe;
- Les profits de l'entreprise sont confondus avec les revenus personnels de l'entrepreneur. Il faut garder à l'esprit que le taux d'imposition pour les particuliers est généralement plus élevé que celui pour les sociétés. L'impact sera d'autant plus considérable si l'entreprise connaît un succès économique, ce qui pourrait avoir comme effet pour l'entrepreneur d'être imposé davantage comparativement à la société où les profits de l'entreprise sont comptabilisés distinctement;
- Le décès ou la maladie du propriétaire peut mettre en péril la survie de l'entreprise.

2. La société de personnes

Il existe différents types de sociétés de personnes, soit : la société en nom collectif, la société en nom collectif à responsabilité limitée, la société en commandite et la société en participation.

A) La société en nom collectif (S.E.N.C.)

La société en nom collectif est formée de deux ou plusieurs personnes qui décident de mettre en commun leur apport respectif, soit des biens, des sommes d'argent, une compétence ou une activité, afin de réaliser un bénéfice.

Un contrat de société peut déterminer, entre autres, l'objectif de la société, l'apport de chacun des associés, le mode de partage des profits ou des pertes, les dispositions en cas de décès ou de retraite d'un associé ainsi que les modalités entourant la fin de la société.

Chaque associé doit contribuer à la formation de la société en fournissant un apport. Tel que mentionné précédemment, cet apport peut être de l'argent, des biens, une clientèle ou même du travail accompli pour la société.

L'apport de chacun des associés n'a pas à être de la même valeur ni de la même nature.

La société n'a pas une personnalité juridique distincte de celle des associés. Par contre, elle en possède tout de même quelques attributs :

- Les associés font des affaires sous un nom commercial commun, ce qui entraîne d'ailleurs l'obligation de s'immatriculer auprès du REQ. Pour s'immatriculer, la société doit compléter en ligne, sur le site du REQ : www.registreentreprises.gouv.qc.ca, la déclaration d'immatriculation pour société de personnes;
- Cette déclaration d'immatriculation doit contenir l'adresse du domicile de la société ; ce qui lui confère donc un domicile distinct;
- La société est dotée d'un patrimoine propre dont les associés possèdent des parts;
- Le nom de la société doit indiquer sa forme juridique, soit dans le nom même ou à la suite de celui-ci.

Avantages :
- La société est facile à mettre sur pied et sa constitution est peu coûteuse;
- Le regroupement des actifs de plusieurs personnes aide au financement de la société;
- Les associés se partagent les bénéfices selon ce qui est convenu au contrat de société. En l'absence d'entente spécifique, les bénéfices sont divisés également entre les associés.

Désavantages :
- Les associés assument les pertes et les risques;
- Tous les associés sont solidairement responsables des dettes ou des engagements de la société contractés par un des associés dans le cours des activités de l'entreprise. Ainsi, en cas de recours, même si l'actif de la société est le premier saisi, l'actif personnel des associés peut également être saisi;
- Chaque associé est imposé personnellement pour sa part des profits tirés de l'entreprise et ce, chaque année. La société ne fait pas de rapport d'impôt puisque les profits doivent être distribués et additionnés au revenu de chaque associé.

B) La société en nom collectif à responsabilité limitée (S.E.N.C.R.L.)

Créé par le *Code des professions* en 2001, ce type de société (Société en nom collectif à responsabilité limitée) est accessible à certains professionnels seulement, notamment les avocats, les comptables agréés et les médecins.

Ce type de société permet aux associés de ne pas être tenus solidairement responsables des fautes commises

par l'un des associés dans le cadre de ses activités professionnelles.

C) La société en commandite (S.E.C.)

La majorité des règles applicables à la S.E.N.C. le sont également pour la société en commandite.

Il existe deux types d'associés dans la société en commandite : les commandités et les commanditaires.

Les commandités sont responsables de la gestion et de l'administration de la société. Les commandités sont les seuls à pouvoir prendre des engagements au nom de la société et sont solidairement responsables des dettes de la société.

De plus, ils doivent rendre compte de leur administration aux commanditaires.

Les commanditaires fournissent à la société un bien ou un apport. Ils ne sont responsables que jusqu'à concurrence de l'apport convenu. De façon générale, ils ne doivent pas s'ingérer dans l'administration de la société, sous peine d'être considérés comme des commandités et donc de devenir solidairement responsables des dettes de la société.

Évidemment, les commanditaires ont droit à leur part des bénéfices tel qu'habituellement convenu au contrat de société.

D) La société en participation

La société en participation (plus connue sous son nom anglais « joint venture ») est plus souvent créée *de facto* que par un contrat explicite. En effet, elle résulte souvent de relations d'affaires. La société en participation est souvent l'entité juridique imposée par défaut par la loi aux personnes qui commettent des actes juridiques d'entreprise sans qu'il n'y ait de contrat entre eux et ce, dans le but de protéger les tiers.

Si les circonstances laissent croire à un tiers qu'il interagit avec une société et non avec un associé personnellement, la responsabilité des associés peut être solidaire.

Ses règles de gestion peuvent être déterminées par contrat. À défaut d'une telle entente, ce sont les règles de la S.E.N.C. qui trouvent application.

3. La société par actions

La société par actions peut être constituée au Québec sous la loi fédérale (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*; LCSA[1]) ou sous la loi provinciale (*Loi sur les sociétés par actions*; LSA[2]).

Antérieurement, le mot « compagnie » était utilisé pour faire référence à l'entité provinciale, mais depuis l'entrée en vigueur au Québec de la LSA le 14 février 2011, on parle désormais de société par actions, tant au niveau provincial que fédéral.

La société par actions est dotée d'une personnalité juridique propre. Elle est une personne morale distincte capable d'acquérir des biens, de contracter des dettes et d'ester en justice (c'est-à-dire d'introduire une procédure judiciaire). Elle possède un patrimoine distinct de celui de ses administrateurs ou de ses actionnaires et est dotée d'un capital-actions détenu par des actionnaires.

Pour veiller à la gestion de la société, un conseil d'administration, communément appelé le C.A., prend des décisions. Les administrateurs doivent agir avec prudence et diligence tout au long de leur mandat.
S'ils prennent des décisions de mauvaise foi, le « voile corporatif » peut alors être levé et les administrateurs peuvent être tenus responsables personnellement des dettes de la société et ce, comme si la société n'avait jamais existé. Pour financer la société dès sa constitution, des actionnaires fournissent des fonds en échange d'actions. Les actionnaires sont responsables des dettes de la société jusqu'à concurrence du montant investi dans les actions et ne sont pas responsables des gestes posés par les administrateurs, sous réserve de certaines exceptions. Ce sont les actionnaires qui élisent année après année les administrateurs de la société.

Avantages :

- Tel que nous l'avons mentionné, la responsabilité des actionnaires est limitée au montant qu'ils ont investi dans la société;
- Avantages fiscaux : le taux d'imposition d'une société par actions est généralement plus avantageux que celui des particuliers. Pour une société qui fait de bons profits, cette forme juridique devient un véhicule de planification financière et successorale intéressant puisqu'elle permet de reporter de l'impôt. Il est donc important de consulter un comptable ou un fiscaliste afin de déterminer si cette forme juridique est appropriée à votre situation;
- Le financement est généralement plus facile à obtenir que pour les autres formes juridiques, puisqu'il peut être varié.
- Comme elle possède une personnalité juridique distincte, la société survit au décès d'un actionnaire.

Désavantages :

- Les formalités de constitution d'une société sont plus complexes et plus onéreuses. Pour en connaître davantage sur les modalités de création et d'organisation d'une société, nous vous référons au texte « L'organisation d'une société par action » de ce Guide de démarrage de l'entreprise;
- Une multitude de lois et règlements s'appliquent, rendant la gestion juridique de la société plus complexe;
- Pour les petites et moyennes entreprises, la responsabilité des actionnaires peut devenir moins « limitée » car les institutions financières peuvent parfois exiger des garanties personnelles;
- Il est impossible pour une société de six employés ou plus de recourir à la Cour des petites créances.

CHOIX DE JURIDICTION

Vous avez décidé de vous lancer en affaires et le véhicule juridique qui vous convient semble être la société? Vous devez maintenant décider si vous incorporez votre entreprise sous la juridiction fédérale ou sous la juridiction québécoise?

1 LOIS-LAWS.JUSTICE.GC.CA/FRA/LOIS/C-44/INDEX.HTML
2 WWW.CANLII.ORG/FR/QC/LEGIS/LOIS/LRQ-C-S-31.1/DERNIERE/LRQ-C-S-31.1.HTML

Voici quelques pistes de réflexion pouvant guider votre choix.

Il subsiste un mythe fort répandu dans la communauté des affaires à l'effet qu'une société constituée sous le régime fédéral peut exercer ses activités partout au Canada sans autre formalité. Cette affirmation est erronée. Une entreprise qui entend faire des affaires dans l'une ou l'autre des provinces canadiennes, qu'elle soit de juridiction fédérale ou provinciale, doit nécessairement être inscrite au registre des entreprises de cette province.

La dénomination sociale

- Au niveau fédéral, étant donné que la réglementation relativement à l'octroi d'un nom est rigoureuse, le choix de ce nom demande une sérieuse réflexion au préalable afin de s'assurer de sa conformité. Il est important de mentionner que conséquemment au contrôle exercé par les autorités fédérales en matière d'octroi de dénominations sociales, ces dernières bénéficient d'une protection accrue à travers le Canada.
- Un rapport de recherche avec réservation est obligatoire et doit accompagner les documents de constitution lorsque la société s'incorpore au niveau fédéral. Au Québec, le dépôt d'un rapport de recherche n'est plus requis, mais le REQ exigera la confirmation que des moyens raisonnables ont été pris pour s'assurer que le nom est conforme à la loi.
- Au niveau fédéral, une version française du nom n'est pas obligatoire. Par contre, si la société fédérale désire exercer ses activités au Québec, une version française devra être absolument être déclarée.
  Au niveau provincial, en vertu de la Charte de la langue française, une version française du nom est obligatoire au moment même de la constitution.

La résidence des administrateurs

- Sous réserve de certaines exceptions, les sociétés fédérales sont légalement tenues de maintenir un conseil d'administration qui se compose d'au moins 25 % de résidents canadiens. La législation québécoise ne contient aucune exigence semblable.

L'immatriculation

- La constitution d'une société au Québec opère automatiquement son immatriculation lorsque la déclaration initiale est déposée.
- La société fédérale ayant son siège au Québec doit obligatoirement s'immatriculer auprès du REQ. Les frais d'immatriculation au Québec, qui s'ajoutent aux frais d'incorporation, ne sont d'ailleurs pas négligeables.
- Qu'elle soit provinciale ou fédérale, l'entreprise qui désire faire des affaires dans une autre province doit s'assurer de respecter les lois et les règlements concernant la publicité légale en vigueur dans cette province et donc s'y enregistrer de la façon prévue.

La continuation

- Pour les sociétés fédérales et québécoises, il est possible de se continuer sous le régime d'une autre autorité législative. Cette société continuée sera alors régie par la législation en vigueur dans la nouvelle juridiction. Tant au niveau fédéral qu'au Québec, l'importation de sociétés étrangères est possible, à condition que la loi d'origine le permette.

Les prêts aux actionnaires

- Une société provinciale peut aider financièrement ses actionnaires si elle rencontre les tests de solvabilité exigés par la loi.
- Au niveau fédéral, la société n'a aucune contrainte et peut octroyer des prêts aux actionnaires.

Les recours des actionnaires

- La législation fédérale accorde aux actionnaires des recours articulés.
- La LSA offre des recours similaires à ceux prévus dans la LCSA, mais les actionnaires minoritaires sont mieux outillés au niveau provincial. Par exemple, un actionnaire minoritaire pourrait intenter un recours en cas d'abus ou d'iniquité par les personnes qui contrôlent ou dirigent la société tant au niveau fédéral que provincial. Toutefois, la LSA lui permet en plus d'intenter ce recours de façon à prévenir la commission de l'acte abusif ou préjudiciable.

Le régime simplifié pour l'actionnaire unique et les PME

- La LSA contient diverses dispositions afin de simplifier les formalités et la prise de décisions dans le cas des sociétés ayant un actionnaire unique. La LSA prévoit également un allègement des formalités pour les petites et moyennes entreprises (PME).
- Au niveau fédéral, la LCSA ne prévoit aucune disposition visant à simplifier les obligations de l'actionnaire unique. Ce dernier doit donc se plier à toutes les exigences habituellement applicables.

Quel que soit votre choix de véhicule juridique pour votre entreprise, il est fortement suggéré de consulter un juriste pour vous assister dans la gestion juridique et la planification de votre projet ainsi qu'un comptable ou un fiscaliste pour le volet financier.

LIENS UTILES

Info entrepreneurs :
www.infoentrepreneurs.org

Registraire des entreprises du Québec :
www.registreentreprises.gouv.qc.ca

Corporations Canada :
www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/fra/accueil

CRAC - Centre de Recherches et d'Analyses sur les Corporations :
www.crac.com/fileadmin/Document_PDF/Corpo_Liens_utiles/tableau_comp_prov_fed.pdf

PAR LUDOVIC TREMBLAY

L'ORGANISATION D'UNE SOCIÉTÉ PAR ACTION

LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS



LUDOVIC TREMBLAY //
LTREMBLAY@CONSILIUMAVOCATS.COM
Membre du Barreau depuis 2010, Me Ludovic Tremblay pratique en droit des affaires au sein de Consilium Services Juridiques, organisation dont il est le fondateur depuis mars 2012. Il a auparavant été directeur par intérim des services corporatifs au CRAC (Centre de Recherches et d'Analyses sur les Corporations) de décembre 2010 à mars 2012.
Il est également détenteur d'un baccalauréat en administration des affaires à HEC Montréal, et a été lui-même propriétaire et fondateur d'une entreprise oeuvrant dans le domaine de la construction.

La société par actions est une forme juridique d'entreprise créée par le dépôt de statuts de constitution. Au Québec, il est possible de se constituer sous deux juridictions : provinciale (*Loi sur les sociétés par actions* - LSA) et fédérale (*Loi canadienne sur les sociétés par actions* - LCSA). Le choix de juridiction dépendra de différents facteurs, certains étant exposés dans : « Forme juridique et juridiction » du présent Guide de démarrage d'entreprise. Il est toujours recommandé d'obtenir les conseils d'un juriste avant de choisir la juridiction de sa société.

Il est intéressant de noter que désormais, nous ne parlons plus de compagnies, mais bien de sociétés par actions, et ce, pour les deux juridictions. La raison est simple : le 14 février 2011, la *Loi sur les sociétés par actions* est entrée en vigueur au Québec. Auparavant, la constitution au Québec était faite sous la *Loi sur les compagnies, partie 1A*. Ces compagnies sont maintenant régies par la LSA, la continuation s'étant effectuée automatiquement. Nous utilisons le terme « société » dans ce texte afin de référer à l'entité fédérale ou provinciale.

Ce texte se veut une brève description de la constitution et de l'organisation d'une société par actions, soit :

- Les statuts de constitution ;
- Les résolutions d'organisation ;
- Les règlements généraux ;
- Les livres et les registres ;
- Le capital-actions ;
- Les certificats d'actions.

LES STATUTS DE CONSTITUTION

Les documents constitutifs vont être quelque peu différents selon le type de juridiction choisi.

Juridiction provinciale

Le processus de constitution au provincial s'effectue auprès de Registraire des entreprises du Québec (REQ). Celui-ci a profité de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi LSA pour procéder à une refonte majeure de son mécanisme de transmission et de traitement de documents. Dorénavant, toutes les requêtes (sauf certaines moins courantes) touchant les sociétés doivent être déposées à travers le système en ligne du REQ, disponible à l'adresse suivante : www.registreentreprises.gouv.qc.ca.
Les formulaires papier ont disparu, sauf pour certaines situations particulières.

Les statuts de constitution

Les statuts de constitution d'une société provinciale sont déposés en ligne et contiennent l'information suivante :

- Le nom de la société : Celui-ci doit être disponible et conforme à la loi. Une recherche de nom n'est plus obligatoire sous la LSA, mais il faut toujours se rappeler que le refus d'un nom par le REQ entraîne le refus des statuts de constitution ; il est donc recommandé de faire appel à un juriste ou à une maison de recherche avant de faire le choix d'un nom constitutif. Une dénomination numérique est également possible (Québec Inc.);
- La description du capital-actions de la société, les restrictions sur le transfert de titres, les autres dispositions et les limites aux activités de la société. Il s'agit ici de documents dont la complexité peut être déroutante pour le commun des mortels. Il est encore une fois recommandé de consulter un avocat ou un notaire pour l'élaboration de ces documents, ou pour l'obtention d'un modèle standard. À noter cependant un point important : les statuts de constitution doivent contenir des restrictions sur le transfert des titres afin que la société soit considérée comme une société fermée;
- Le nombre d'administrateurs : il est ici recommandé d'indiquer un intervalle (par exemple 1 à 10), afin de permettre le nombre d'administrateurs de varier sans avoir à recourir à des statuts de modification;
- Le nom et l'adresse du fondateur.

« Il est toujours recommandé d'obtenir les conseils d'un juriste avant de choisir la juridiction de sa société. »

Autres documents à déposer au provincial

Il faut joindre aux statuts de constitution :

> l'avis d'adresse du siège et la liste des administrateurs

OU

> La déclaration initiale

Le premier document ne renferme que les informations qui y figurent dans le titre, et est plus succinct que le second. La déclaration initiale, quant à elle, contient plus d'informations et est décrite en détails dans le texte : « La publicité légale des entreprises » du présent Guide. Comme le dépôt de la déclaration initiale doit être fait dans les 60 jours du dépôt des statuts de constitution (faute de quoi une pénalité devra être payée et la société ne sera pas à jour), il est plus courant de retrouver la déclaration initiale que l'avis d'adresse lors du dépôt de la constitution. Les frais de constitution d'une société par actions au provincial sont de 308,00 $, en date du 1er janvier 2012.

Juridiction fédérale

Le dépôt des statuts constitutifs (note : au provincial, on parle de statuts de constitution) au fédéral se fait auprès de Corporations Canada. Les formalités sont quelque peu différentes, puisque Corporations Canada a choisi de permettre le dépôt des statuts constitutifs sous support papier, ou sur sa plateforme en ligne. Les frais vont varier selon le médium choisi : la constitution effectuée sur les formulaires papier coûte 250,00 $, alors que la constitution en ligne en coûte 200,00 $. Le dépôt en ligne se fait à partir du lien suivant : www.ic.gc.ca/app/scr/cc/CorporationsCanada. Il ne faut cependant pas oublier que la société fédérale qui fait affaire au Québec devra s'y immatriculer, et que les coûts de cette immatriculation, au 1er janvier 2012, sont de 308,00 $.

Les statuts constitutifs

Que l'on procède en ligne ou sur les formulaires papier, les informations contenues dans les statuts constitutifs seront les mêmes, et ressemblent en grande partie à celles dans les documents provinciaux, à savoir :

> Le nom de la société. Au fédéral, le rapport de recherche est obligatoire si on ne choisit pas une dénomination numérique (Canada Inc.), et il doit être d'une forme particulière, soit un rapport de recherche de nom NUANS. Il est possible de l'obtenir en ligne, ou auprès de firmes spécialisées, telles les maisons de recherche;
> La province où se situe son siège;
> La description du capital-actions de la société, les restrictions sur le transfert de titres, les autres dispositions et les limites aux activités de la société;
> Le nombre d'administrateurs;
> Le nom du fondateur.

Les mêmes observations relativement aux statuts provinciaux sont applicables, notamment en ce qui a trait aux restrictions au transfert des titres.

Autres documents à déposer au fédéral

En plus du rapport NUANS lorsqu'un nom est choisi, il faut déposer la liste des administrateurs et l'adresse du siège de la société en même temps que les statuts constitutifs.

LES RÉSOLUTIONS D'ORGANISATION

Une fois l'incorporation complétée, les administrateurs et actionnaires de la société devront l'organiser. À cet effet, ils devront définir, préciser et valider différentes informations pertinentes à l'identité et à la gestion de la société. Cela se fait par résolution. Une société exprime sa volonté par des résolutions adoptées par la majorité, par les deux tiers ou à l'unanimité des administrateurs ou des actionnaires. Règle générale, les résolutions d'organisation des sociétés provinciales et fédérales sont pratiquement identiques. Des modèles de ces résolutions sont généralement disponibles à l'intérieur du livre des minutes (ou livre corporatif). On peut se procurer un livre corporatif auprès de certains magasins spécialisés dans les fournitures de bureau ou auprès de firmes spécialisées.

Les administrateurs

Les administrateurs adoptent des résolutions afin :

> de confirmer l'adresse du siège de la société ;
> de fixer le nombre d'administrateurs ;
> d'adopter les règlements ;
> d'approuver et organiser le livre des procès-verbaux ;
> d'approuver la forme des certificats d'actions ;
> d'émettre les actions aux actionnaires ;
> de fixer la date de fin de l'exercice financier ;
> de nommer les dirigeants.

Les actionnaires

Les actionnaires doivent également participer à l'organisation. Ceux-ci devront :

- confirmer l'adoption des règlements ;
- élire les administrateurs ;
- décider de nommer ou non les vérificateurs.

Les actionnaires d'une société dont les actions ne sont pas inscrites en bourse (société fermée) peuvent choisir de ne pas nommer de vérificateurs pour plutôt nommer des experts-comptables. Le fait pour une société de n'avoir qu'un seul actionnaire ne change en rien le statut et la nature de cette société. Une société à actionnaire unique doit, tout comme les sociétés à actionnaires multiples, s'incorporer, s'organiser et adopter diverses résolutions tout au long de son existence.

Cependant, il est permis aux actionnaires, qui par une convention unanime des actionnaires retirent tous les pouvoirs du conseil d'administration, de ne pas constituer de conseil d'administration. Un actionnaire unique aura également ce droit, et pourra de plus se prévaloir d'un régime simplifié lui permettant de prendre toutes ses décisions par résolution écrite de l'actionnaire unique.

LES RÈGLEMENTS GÉNÉRAUX

Les affaires de la société sont gérées par voie de résolutions et la régie interne est gouvernée par les règlements de la société. Les administrateurs peuvent faire des règlements en relation avec différents objets tels que :

- les actions de la société ;
- la déclaration de dividendes ;
- le nombre d'administrateurs ;
- les dirigeants ;
- les procédures quant aux assemblées annuelles de la société, du conseil d'administration ainsi que sur la conduite des affaires de la société en général.

Les règlements servent donc de cadre opérationnel, de régie interne et d'ensemble de règles auxquels les actionnaires et membres de la société sont soumis.

LES LIVRES ET LES REGISTRES

La loi oblige les sociétés à tenir un livre et des registres consignant les informations pertinentes à la structure opérationnelle de la société. Les livres et les registres viennent organiser les divers documents et informer les membres.

Le contenu

Registre des statuts :
ce sont les statuts de la société, soit les statuts de constitution ainsi que, le cas échéant, divers autres statuts tels que les statuts de modification, de fusion, de continuation, etc.

Registre des règlements :
ce sont les règlements de la société, soit les règlements généraux ainsi que, le cas échéant, les règlements généraux d'emprunt et les règlements bancaires.

Registre des administrateurs :
il s'agit d'une liste énumérant le nom et l'adresse de tous les administrateurs de la société ainsi que la date du début et, le cas échéant, de la fin de leur mandat à titre d'administrateur.

Registre des valeurs mobilières :
il s'agit d'une liste énumérant le nom et l'adresse de tous les actionnaires de la société, le nombre d'actions qu'ils détiennent ainsi que d'autres informations relatives à leur détention.

Registre des procès-verbaux des administrateurs :
comme nous l'avons vu, une société est une entité. Elle peut s'exprimer de deux façons :

- par un vote lors d'une assemblée du conseil d'administration ; ou
- par résolutions signées tenant lieu d'une assemblée du conseil d'administration.

C'est ainsi que les procès-verbaux de ses assemblées et les résolutions signées qui en tiennent lieu se retrouveront dans ce registre.

Registre des procès-verbaux des actionnaires :
similaire aux assemblées et résolutions des administrateurs, on retrouvera au registre des procès-verbaux des actionnaires, les procès-verbaux des assemblées et les résolutions signées des actionnaires.

Lieu et consultation

La loi prescrit que les livres et registres de la société doivent être tenus au siège de la société. Quant à l'accès aux documents pour consultation, les administrateurs de la société ont un accès illimité à l'information. Étant donné leur rôle à titre d'administrateurs, il est logique qu'ils puissent avoir accès à toute l'information disponible afin de leur permettre de prendre des décisions éclairées pour le bien de la société. En ce qui concerne les actionnaires, leur accès est limité aux registres des statuts, des règlements, des administrateurs, des actions ainsi que des procès-verbaux et des résolutions des actionnaires. Il est donc à noter que les actionnaires ne peuvent consulter le registre des procès-verbaux et résolutions des administrateurs.

LE CAPITAL-ACTIONS

La définition

Le capital-actions d'une société est l'ensemble des mises de fonds apportées à une société. Cet ensemble est divisible par unité et chaque unité représente une action de la société. Autrement dit, lorsqu'un investisseur verse une somme d'argent à la société, celle-ci lui émet une ou des actions. L'ensemble de toutes les actions représente le capital-actions de la société. Les actionnaires n'ont aucun droit de remboursement de leur mise de fonds. Il s'agit donc d'un risque que l'actionnaire choisit de prendre au moment de son investissement.

L'émission et la répartition des actions

À moins d'avoir hérité des actions ou de les acheter d'un autre actionnaire, on acquiert des actions d'une société en les achetant directement de la société. Pour acquérir des actions par achat, il faut d'abord offrir à la société de prendre des actions ; cette offre s'appelle « souscription ». Cette offre deviendra un contrat au moment où la société l'acceptera. Dès lors, la société est obligée d'émettre au moment déterminé les actions. Par la suite, les actions seront émises et réparties. C'est à ce moment que le souscripteur deviendra actionnaire de la société. On émet des actions en prenant des actions du capital-actions de la société pour les remettre à quelqu'un. On répartit des actions en les assignant à certaines personnes. L'émission et la répartition des actions s'effectuent généralement par résolutions du conseil d'administration de la société. Le souscripteur devra payer à la société le « prix » de ces actions. Suite à cette transaction, le registre des actions de la société devra être mis à jour afin de bien refléter le nouvel actionnariat de celle-ci.

LES CERTIFICATS D'ACTIONS

L'utilité

Une fois que le contrat d'acquisition d'actions est complété, le souscripteur devient actionnaire de la société et, à ce titre, il a le droit de recevoir sans frais un certificat d'actions représentant les actions qu'il détient. Bref, le certificat d'actions est ni plus, ni moins la preuve que l'actionnaire détient certaines actions dans le capital-actions de la société.

Il ne faut pas confondre « certificat » et « action ». L'action existe dès qu'elle est émise à l'actionnaire, peu importe qu'on lui remette un certificat d'actions ou non. Le certificat n'est que la preuve de possession de cette action.

CONCLUSION

Cette énumération des différentes étapes organisationnelles d'une société n'est qu'un sommaire de ce processus et tout entrepreneur est encouragé à se renseigner davantage ou à consulter un avocat pour plus de renseignements. et pour trouver la meilleure solution juridique pour sa stratégie d'affaires.



« L'ENSEMBLE DE TOUTES LES ACTIONS REPRÉSENTE LE CAPITAL-ACTIONS DE LA SOCIÉTÉ. »

PAR VANESSA O'CONNELL-CHRÉTIEN

LA PUBLICITÉ LÉGALE DES ENTREPRISES

La Loi sur la publicité légale des entreprises (LPLE) met en place un système afin de rendre publiques les informations déclarées par les entreprises exerçant des activités au Québec. Pour ce faire, le système de la publicité légale oblige la plupart des entreprises, peu importe leur forme juridique, à déposer des informations auprès du Registraire des entreprises (Registraire) et à les tenir à jour.

Pour accomplir le dépôt et la mise à jour des informations, il existe un registre de la publicité légale qui regroupe des informations qui ont une valeur légale concernant les entreprises exploitées au Québec. Ce registre constitue une source d'informations unique et précieuse sur le milieu des affaires au Québec. Exemple : il est possible de connaître l'identité des administrateurs qui agissent pour le compte de telle ou telle entreprise.

Le registre des entreprises peut être consulté sans frais par Internet ou avec frais au téléphone. La consultation gratuite (voir à ce titre la section « Liens utiles » à la fin de ce texte) est aussi disponible aux bureaux du Registraire ainsi que dans les bureaux des greffiers de la Cour supérieure de la plupart des palais de justice du Québec.

LES ENTREPRISES ASSUJETTIES À L'OBLIGATION D'IMMATRICULATION

L'obligation d'immatriculation vise l'ensemble des personnes et des entreprises exerçant des activités au Québec.

Exemple : une personne ou une entreprise est présumée exercer une activité ou exploiter une entreprise au Québec si celle-ci possède une adresse au Québec, un établissement ou un casier postal, y dispose d'une ligne téléphonique ou y accomplit un acte dans le but d'en tirer un profit.

De façon spécifique, sont notamment assujettis à l'obligation d'immatriculation auprès du Registraire :

- la personne physique qui exploite une entreprise individuelle, qu'elle soit à caractère commercial ou non, si le nom de l'entreprise ne comprend pas le nom et le prénom de cette personne ;

Exemple : une personne qui se nomme Justine Lafleur et qui exerce l'activité de fleuriste a l'obligation de s'immatriculer si elle décide de vendre des fleurs sous le nom de « La fleuriste joyeuse ».

- les sociétés en nom collectif ou en commandite constituées au Québec (exemple : Grimard & Grimard, opticiens d'ordonnance S.E.N.C.) ;
- la personne morale de droit privé constituée au Québec, soit les sociétés par actions créées en vertu de la Loi sur les sociétés par actions du Québec (LSAQ) (exemple : Grimard & Grimard, opticiens d'ordonnance inc.) ;
- les personnes morales de droit privé constituées sous la loi d'une autre province, sous la loi fédérale ou sous celle d'un autre pays si celles-ci ont leur siège au Québec, y exercent une activité ou y possèdent un droit réel immobilier autre qu'une priorité ou une hypothèque.

LES EXCEPTIONS À L'OBLIGATION D'IMMATRICULATION

Certaines personnes ou certains groupes ne sont pas assujettis à l'obligation d'immatriculation :

- la personne physique qui exploite une entreprise individuelle sous son propre nom au complet n'est pas assujettie à la LPLE, dans la mesure où elle n'exploite pas un point de vente de tabac au détail ;

Pour reprendre l'exemple précédent, Justine Lafleur qui voudrait plutôt exercer son activité commerciale sous le nom de « Justine Lafleur, fleuriste » ne serait pas dans ce cas-là obligée de s'immatriculer auprès du Registraire.

- la LPLE énonce par ailleurs une dispense particulière d'immatriculation pour les personnes physiques utilisant un pseudonyme pour l'exercice d'une activité culturelle.

Exemple : Jean Leclerc, mieux connu sous le pseudonyme de Jean Leloup, n'est pas dans l'obligation de s'immatriculer dans le cadre de l'exercice de sa profession d'auteur-compositeur-interprète.

LA PROCÉDURE D'IMMATRICULATION

L'entreprise individuelle

L'immatriculation se fait en transmettant la déclaration d'immatriculation électroniquement sur le site internet du Registraire, par la poste à Revenu Québec ou en personne à l'un des points de Services Québec indiqués sur le site internet du Registraire.

Le dépôt de la déclaration d'immatriculation doit se faire dans les 60 jours du début des activités ou de l'exploitation de l'entreprise au Québec. La déclaration d'immatriculation de l'entreprise individuelle contient notamment les informations suivantes :

« Toute nouvelle société par actions constituée en vertu de la LSAQ est automatiquement immatriculée. »

- les autres noms commerciaux utilisés au Québec ;
- la forme juridique de l'entreprise ;
- le principal ou les deux principaux secteurs d'activités de l'entreprise ;
- le nom, le domicile et la fonction de la personne qui exploite l'entreprise individuelle ;
- l'adresse de tous les établissements possédés au Québec, en précisant lequel est le principal, le nom qui les désigne et les deux principaux secteurs d'activités ;
- le nombre de salariés au Québec.

Le coût de la déclaration d'immatriculation en service régulier est de 34,00 $. Une fois immatriculée, des droits annuels d'immatriculation de 34,00 $ sont exigés, sauf l'année suivant l'immatriculation.

La société en nom collectif

L'immatriculation se fait en transmettant la déclaration d'immatriculation électroniquement sur le site internet du Registraire, par la poste à Revenu Québec ou en personne à l'un des points de Services Québec indiqués sur le site internet du Registraire. Le dépôt doit se faire dans les 60 jours du début des activités ou de l'exploitation de l'entreprise au Québec avec le paiement des droits requis (50,00 $ en service régulier).

La déclaration d'immatriculation de la société en nom collectif contient notamment :

- le nom et le domicile de chaque associé ;
- l'objet poursuivi par la société, s'il y a lieu ;
- le nombre de salariés au Québec ;
- à noter que le nom de la société en nom collectif doit indiquer la forme juridique de l'entreprise afin que les tiers puissent identifier clairement avec qui ils contractent (exemple : S.E.N.C.).

Une fois immatriculée, des droits annuels d'immatriculation de 50,00 $ sont exigés, sauf l'année suivant l'immatriculation.

LA PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ

Lorsque celle-ci est constituée en vertu de la LSAQ

Toute nouvelle société par actions constituée en vertu de la LSAQ est automatiquement immatriculée.
Le Registraire fournit une déclaration initiale qui doit être complétée par les dirigeants de la société par actions et retournée au Registraire pour être déposée au registre.

Cette déclaration initiale doit être complétée dans les 60 jours de l'immatriculation de la personne morale. Si elle le fait dans ce délai, il ne lui en coûte rien. Passé ce délai, elle devra défrayer certains frais. Conformément à la LPLE, la société par actions indique dans sa déclaration, entre autres, les informations suivantes :

- les noms autres que sa dénomination sociale qu'elle utilise au Québec ;
- les noms et domiciles des administrateurs et des principaux dirigeants ainsi que leurs fonctions respectives ;
- les noms et domiciles de ses trois actionnaires détenant le plus grand nombre d'actions avec mention, s'il y a lieu, de celui qui détient la majorité des voix ;
- l'adresse des principaux établissements au Québec ;
- le principal ou les deux principaux secteurs d'activités de l'entreprise ;
- le nombre de salariés au Québec.

Une fois immatriculée, des droits annuels d'immatriculation de 83,00 $ (service régulier) sont exigés, sauf l'année suivant l'immatriculation.

Lorsque celle-ci est constituée en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions ou sous une loi étrangère*

Les corporations constituées sous l'autorité de la loi fédérale ou d'une loi étrangère doivent s'immatriculer en déposant une déclaration d'immatriculation auprès du Registraire des entreprises dans les 60 jours de leur constitution si leur siège est situé au Québec.

Dans le cas où elle exerce au Québec une activité ou y possède un droit réel immobilier, autre qu'une priorité ou une hypothèque, la déclaration d'immatriculation doit être déposée dans les 60 jours du début des activités au Québec, de l'exploitation d'une entreprise ou de la détention d'un bien immobilier au Québec.

La déclaration d'immatriculation visée par ces types de corporations doit être accompagnée des droits requis qui sont de 316,00 $ (service régulier). Des droits annuels d'immatriculation de 83,00 $ (service régulier) sont exigés, sauf l'année suivant l'immatriculation.
La société par actions fédérale ou la société par actions constituée hors du Québec doit indiquer sur sa déclaration

d'immatriculation les mêmes informations susmentionnées devant figurer sur la déclaration initiale de la société par actions provinciale.

Elle doit de plus, si elle n'a pas de domicile ou d'établissement au Québec, indiquer le nom et l'adresse d'un fondé de pouvoir résidant au Québec pour la représenter aux fins de la loi.

LA MISE À JOUR DE L'INFORMATION

Tout assujetti à la LPLE doit tenir à jour les informations contenues dans sa déclaration en produisant chaque année une déclaration annuelle. Il est possible de produire cette déclaration à même la déclaration de revenus de l'assujetti.

La date de production de cette déclaration annuelle varie selon le type de structure juridique employée pour l'exploitation de l'entreprise. Elle est du 1er janvier au 15 juin pour l'entreprise individuelle et la société en nom collectif ;

- elle est de six mois suivant la fin de leur année d'imposition dans le cas de la plupart des sociétés par actions.

Quant aux autres assujettis, la période de mise à jour débute le 15 mai et se termine le 15 novembre de chaque année. Le dépôt de la déclaration annuelle est requis par la LPLE même si les informations précédemment données sont demeurées inchangées. D'ailleurs, le défaut de déposer une déclaration annuelle peut éventuellement conduire à la radiation de l'immatriculation au registre.

L'assujetti qui constate que sa déclaration est incomplète, inexacte ou qu'en raison d'un changement l'information contenue le concernant au registre n'est plus à jour, doit produire une déclaration modificative et aucun droit n'est requis à cette occasion.

Lorsque l'obligation d'immatriculation ne s'impose plus, l'assujetti doit produire une déclaration de radiation. Son effet est d'indiquer que la personne ou le groupement en question a cessé d'être assujetti.

LE NOM DE L'ENTREPRISE

En plus de l'immatriculation obligatoire des entreprises, la LPLE énonce des conditions à respecter dans le choix et l'utilisation d'un nom ou d'une dénomination sociale par une entreprise. L'assujetti ne peut déclarer ni utiliser au Québec un nom qui :

- n'est pas conforme aux dispositions de la *Charte de la langue française* ;
- comprend une expression que la loi ou les règlements réservent à autrui ou dont ils lui interdisent l'usage ;
- comprend une expression qui évoque une idée immorale, obscène ou scandaleuse ;
- indique incorrectement sa forme juridique ou omet de l'indiquer lorsque la loi le requiert, en tenant compte notamment des normes relatives à la composition des noms déterminées par règlement ;
- laisse faussement croire qu'il est un groupement sans but lucratif ;
- laisse faussement croire qu'il est une autorité publique mentionnée au règlement ou qu'il est lié à celle-ci ;
- laisse faussement croire qu'il est lié à une autre personne, à une autre société ou à un autre groupement ;
- prête à confusion avec un nom utilisé par une autre personne, une autre société ou un autre groupement au Québec ;
- est de toute autre manière de nature à induire les tiers en erreur.

De plus, la LPLE énonce que l'assujetti dont le nom est dans une langue autre que le français doit déclarer la version française du nom qu'il utilise au Québec dans l'exercice de son activité, de l'exploitation de son entreprise ou aux fins de la possession d'un droit réel immobilier autre qu'une priorité ou une hypothèque.

Le Registraire peut radier l'immatriculation à une entreprise qui contrevient à la LPLE.

LE NOM D'EMPRUNT

En plus de son nom officiel (c'est-à-dire sa dénomination sociale), une entreprise peut utiliser plusieurs noms d'emprunt.

Parfois appelé « raison sociale » ou « nom commercial », le nom d'emprunt est un nom autre que la dénomination sociale utilisée dans l'exercice des activités et l'exploitation d'une entreprise.

Exemple : le nom commercial « La Petite Crêpe » peut être utilisé par une société par actions dont la dénomination sociale est Gestion Bouthillier inc.

Le nom d'emprunt se distingue de la dénomination sociale par trois éléments :

- il ne contient pas d'élément juridique, comme « Inc. » ou « Ltée » ;
- contrairement à la dénomination sociale des sociétés par actions, aucune réservation de nom n'est nécessaire ;
- il peut coexister dans le registre des entreprises avec un autre nom d'emprunt ou dénomination sociale ou même avec une marque de commerce identique, ce qui ne signifie pas qu'aucune procédure ne peut être intentée par la partie qui se croit lésée.

En conséquence, la prudence impose de faire une recherche de nom et de marque de commerce avant d'utiliser un nom d'emprunt. En effet, une entreprise ayant un droit d'usage antérieur sur un nom ou une marque de commerce similaire ou identique au nom d'emprunt pourrait exiger la cessation de son utilisation.

LES EFFETS DE LA PUBLICITÉ

Le plus important des effets de la publicité légale est la valeur accordée aux informations inscrites au registre par les entreprises. À cet égard, la LPLE prévoit que la plupart des informations contenues au registre sont opposables aux tiers à compter de la date où elles sont inscrites. Celles-ci

font d'ailleurs preuve de leur contenu en faveur des tiers de bonne foi dès leur inscription.

Il est essentiel de mentionner également que l'immatriculation d'un nom par un assujetti ne confère pas de droits relativement au nom immatriculé du seul fait qu'il dépose au registre un document qui le contient. Ainsi, l'enregistrement d'un nom dans un registre dont l'objet est la publicité ne confère aucun droit à l'utilisateur et ne fait qu'aviser les tiers de l'utilisation de ce nom par celui qui l'a enregistré.

LES RECOURS EN VERTU DE LA LPLE

En raison de la valeur juridique des informations contenues au registre, diverses dispositions de la LPLE permettent d'en assurer l'exactitude. La LPLE prévoit des recours administratifs pour contester des informations inscrites au registre. Veuillez consulter un avocat pour plus d'informations.

LIENS UTILES

Registraire des entreprises du Québec :
www.registreentreprises.gouv.qc.ca

Réseau juridique du Québec :
www.avocat.qc.ca/affaires/affaires.htm

Corporations Canada :
www.ic.gc.ca/eic/site/cd-dgc.nsf/fra/accueil

PAR MATHIEU CHAREST-BEAUDRY

LES CONVENTIONS ENTRE ACTIONNAIRES

LE PRÉSENT TEXTE SE VEUT UN SURVOL DES PRINCIPES DE BASE ENTOURANT LA RÉDACTION D'UNE CONVENTION ENTRE ACTIONNAIRES. APRÈS SA LECTURE, L'ENTREPRENEUR COMPRENDRA MIEUX LES IMPACTS ET ENJEUX RELIÉS AUX DIFFÉRENTES CLAUSES QUE L'ON RETROUVE DANS UNE TELLE CONVENTION.



MATHIEU CHAREST-BEAUDRY //
MCBEAUDRY@PAQUETTEGADLER.COM
Mathieu Charest-Beaudry s'est joint au cabinet Paquette Gadler Inc. en 2009 après avoir complété son baccalauréat en droit à l'Université de Montréal et a été embauché comme avocat en 2010 suivant son admission au Barreau du Québec.
Sa pratique est concentrée dans le domaine du droit des actionnaires ainsi que des recours collectifs. Il offre également divers services et conseils à des entreprises en démarrage.

L'IMPORTANCE DE LA CONVENTION

Le pouvoir décisionnel au sein d'une société par actions est assujetti à un processus démocratique.

Les actionnaires détenteurs des droits de vote élisent des administrateurs et nomment un vérificateur qui veillera, au niveau financier, à surveiller les faits et gestes des administrateurs dans leur fonction. Ce sont là les pouvoirs fondamentaux inhérents à l'actionnaire.

L'autre pouvoir que possèdent les actionnaires consiste essentiellement à ratifier ou rejeter des résolutions provenant du conseil d'administration et constitue plus souvent qu'autrement une fonction passive.

Ce sont les administrateurs qui détiennent les pouvoirs de gestion de l'entreprise.

La réalité économique et la dynamique qui prévaut au sein même des entreprises constituent bien souvent des contraintes au processus démocratique. En effet, ce processus démocratique propre aux sociétés par actions ne fonctionne plus lorsque le pouvoir se retrouve concentré majoritairement entre les mains de deux, trois ou quatre actionnaires ou alors même entre deux ou trois groupes de quelques actionnaires.

Les décisions des actionnaires « en situation de contrôle » peuvent s'avérer un jour ou l'autre arbitraires ou préjudiciables à l'endroit d'autres actionnaires.

Les conventions entre actionnaires représentent un outil essentiel pour les actionnaires afin de voir à la préservation de leurs intérêts, de circonscrire les éventuels problèmes et de prévoir des solutions pour les régler.

Une convention entre actionnaires devrait être rédigée chaque fois que deux ou plusieurs personnes s'unissent pour exploiter une entreprise par l'entremise d'une personne morale.

Elle peut prévenir plusieurs problèmes lorsque les relations entre les actionnaires deviendront tendues ou lorsque le retrait d'un associé deviendra nécessaire pour quelques raisons que ce soit.

Considérant que chacun des actionnaires peut avoir ses propres vues, il devient extrêmement pertinent de convenir d'avance des droits et obligations de chacun tant envers la compagnie qu'envers les autres actionnaires.

Ce point est malheureusement trop souvent négligé par des actionnaires trop pressés à obtenir un succès commercial alors que de nombreux détails de leur union restent encore à être définis.

Le meilleur moment pour signer une convention entre actionnaires est justement lorsque règne un climat de confiance et le meilleur temps selon nous pour y parvenir s'avère évidemment dès que des personnes acquièrent ou constituent ensemble une compagnie.

Il sera sans doute trop tard pour demander aux actionnaires de se lier contractuellement lorsque l'un aura des doutes sur la conduite de l'autre ou des autres actionnaires ou encore lorsque les belles perspectives financières s'estomperont.

« LA RÉVISION D'UNE CONVENTION N'EST PAS SUFFISANTE EN SOI. »

La signature d'une convention n'est pas suffisante en soi. Il est impératif de réviser périodiquement ce document puisqu'il peut devenir désuet suite à la survenance de certains événements affectant la vie corporative.

LES OBJECTIFS RECHERCHÉS PAR LA CONVENTION

Une convention peut permettre aux actionnaires d'atteindre une multitude d'objectifs permettant de mieux prévoir différents aspects de leur relation d'affaires. Les objectifs généralement recherchés par les actionnaires sont les suivants :

- l'achat et la vente d'actions en cas de retrait volontaire, forcé ou automatique d'un ou plusieurs actionnaires ;
- le degré d'implication des actionnaires dans la gestion de la compagnie ;
- le maintien d'une stabilité entre les actionnaires donc d'une stabilité dans la gestion de la compagnie ;
- le financement de la compagnie au niveau de l'apport à être fourni par les différents actionnaires ;
- la gestion des conflits qui pourraient survenir et leurs modes de résolution ;
- dans le cas d'une situation où les actionnaires sont majoritaire-minoritaire, éviter que l'actionnaire minoritaire soit lésé par les faits et gestes de l'actionnaire majoritaire ;
- régler les effets de la mort d'un des actionnaires quant aux droits de sa succession afin d'éviter que la succession puisse s'immiscer dans le contrôle de la compagnie.

Une convention entre actionnaires peut ne viser que l'un ou plusieurs de ces buts. Cela varie selon les objectifs recherchés par chacun des actionnaires.

LES PRINCIPALES CLAUSES D'UNE CONVENTION

Les clauses d'achat-vente

Les clauses d'achat-vente sont des clauses d'usage d'une convention entre actionnaires.

Ces clauses sont celles qui traitent du sort réservé aux actions d'un actionnaire advenant des événements déterminés par les actionnaires entre eux en assurant un marché pour la revente des actions.

Plusieurs types de clauses existent.

Le droit de premier refus

Le droit de premier refus oblige un actionnaire désirant disposer de ses actions à les offrir préalablement à l'autre ou aux autres actionnaires avant de les offrir à des tiers.

Une clause dans la convention à cet effet implique une offre obligatoire, mais il ne s'agit pas d'une obligation d'acheter les actions offertes. Cette clause est primordiale pour maintenir une stabilité entre les actionnaires au niveau de la détention d'actions ainsi que de maintenir le caractère « privé » de la compagnie.

Le droit de préemption

Lorsque la compagnie procède à une nouvelle émission d'actions, le droit de préemption permet aux actionnaires de souscrire à cette nouvelle émission d'actions au prorata des actions qu'ils détiennent déjà dans une catégorie d'actions déterminée, et ce, en priorité à tout autre tiers. Cette clause, tout comme le droit de premier refus, a pour finalité de maintenir une stabilité en regard des actions détenues par les différents actionnaires.

Le pouvoir d'émettre des actions en est un qui relève du conseil d'administration. En conséquence, l'administration peut restreindre ce pouvoir seulement de façon expresse, en prévoyant une mention à cet effet dans les statuts constitutifs, les règlements de la compagnie ou par le biais d'une convention unanime des actionnaires.

L'offre obligatoire

La clause de l'offre obligatoire permet de déterminer des situations où l'offre de vente d'actions sera obligatoire si certains événements se produisent. Le but de cette clause est de protéger les partenaires de l'offrant lorsque surviennent les événements prévus dans la convention, alors même que la personne visée par l'événement n'a pas l'intention de disposer de ses actions.

Ainsi, cette clause prévoira l'offre obligatoire des actions aux autres actionnaires liés à la convention avant que lesdites actions puissent être offertes à des tiers étrangers à la convention, mais surtout à la compagnie. Également,

la clause d'offre obligatoire pourrait prévoir un achat obligatoire des actions de la part de l'un ou l'autre des actionnaires de la compagnie, particulièrement en cas de décès ou d'invalidité d'un actionnaire.

L'offre obligatoire veut essentiellement prévoir deux situations : le décès d'un actionnaire ou son « retrait des affaires » de la compagnie.

La notion de « retrait des affaires » peut signifier une multitude d'événements au libre choix des intéressés tels que par exemple et de façon non limitative :

- le non-respect d'un engagement de non-concurrence ou de non-sollicitation de clientèle prévu par la convention ;
- la cessation d'emploi au service de la compagnie ;
- l'invalidité permanente ou partielle ;
- la faillite ;
- la fraude ;
- etc.

La clause « shotgun »

La clause dite « shotgun » est une clause qui stipule que lorsqu'un actionnaire offre ses actions en vente à l'autre ou aux autres actionnaires à un prix qu'il détermine, ceux-ci ont le choix d'accepter ou de refuser cette offre.

Cette clause stipule que si les actionnaires à qui l'offre est faite décident de ne pas l'accepter, ils auront automatiquement l'obligation d'offrir leurs propres actions à l'offrant, au même prix et aux mêmes conditions. Parfois, la clause est rédigée de façon inversée : l'actionnaire offrant d'acheter les actions des autres ou à défaut de leur vendre les siennes aux mêmes prix et conditions. Dans tous les cas, l'effet reste le même.

La clause « shotgun » est d'emploi facile dans les cas où il n'y a que deux actionnaires détenant chacun la moitié des actions. Elle peut également être prévue dans une convention impliquant deux actionnaires en situation de majoritaire-minoritaire. Toutefois, lorsqu'il y a trois, quatre ou cinq actionnaires, le jeu déclenché par la clause « shotgun » devient draconien en ce qu'un actionnaire contraint à l'achat peut être appelé à débourser des sommes considérables afin d'acquitter le prix des actions des autres actionnaires alors que ces derniers n'auront qu'un montant minime à débourser soit le tiers, le quart ou le cinquième du prix des actions du vendeur. L'inégalité des ressources financières des actionnaires doit être considérée lorsque des actionnaires songent à employer cette clause.

La clause d'évaluation

La clause d'évaluation permet aux actionnaires de déterminer le prix qui sera payé pour les actions, et ce, peu importe les causes ou motifs. Ainsi, les clauses à cet effet sont multiples et chacune comporte des avantages et des inconvénients. Dans la pratique, la clause d'évaluation doit idéalement tendre à l'établissement d'un prix le plus juste possible et doit permettre d'établir ce prix le plus rapidement possible, le plus simplement, le plus économiquement et de la façon qui est la moins contestable possible.

Plusieurs méthodes d'évaluation existent.

Exemple : l'évaluation convenue par les actionnaires eux-mêmes à partir des états financiers produits chaque année et la valeur des actions inscrites dans une annexe à la convention entre actionnaires. Cette méthode est simple et peu coûteuse, mais la valeur ainsi déterminée peut être inférieure à la juste valeur marchande. Une autre méthode d'évaluation très utilisée est la méthode d'évaluation selon la valeur comptable du dernier bilan. Cette méthode simple et économique comporte la même difficulté que pour la clause mentionnée précédemment.

D'autres méthodes très couramment utilisées sont : la valeur comptable régularisée à un moment précis et la valeur marchande établie par un tiers.

Les clauses de paiement

La convention entre actionnaires devrait prévoir un mécanisme de paiement du prix des actions lorsqu'elle couvre les modalités de l'achat et la vente d'actions. Le but des clauses de paiement est de soumettre le paiement des actions achetées à des termes à la fois acceptables pour l'acheteur et non préjudiciables pour le vendeur. Celles-ci devraient donc être déterminées en fonction des capacités de payer de l'acheteur, des besoins du vendeur et des raisons de l'achat.

Les clauses d'assurance

Il arrive fréquemment qu'une convention entre actionnaires oblige les actionnaires ou la compagnie à souscrire à des assurances (sur la vie notamment).

Exemple : la clause d'achat-vente pour cause de décès, lorsqu'elle prévoit l'achat automatique des actions du décédé par les autres actionnaires, est régulièrement assortie de clauses d'assurance. Le paiement des actions du décédé s'effectue habituellement à même le produit des polices d'assurance sur sa vie, souscrites par les autres actionnaires ou par la compagnie.

La clause d'achat par la compagnie

La convention entre actionnaires peut prévoir que l'achat des actions s'effectuera non pas par les partenaires de l'actionnaire offrant, mais plutôt par la compagnie elle-même. La difficulté dans une telle clause est de déterminer qui de l'actionnaire vendeur ou de l'actionnaire acheteur aura l'option de choisir si l'achat des actions est fait par la compagnie ou par le ou les actionnaires acheteurs.

Les clauses pénales

Une violation d'une disposition de la convention entre actionnaire peut être sanctionnée par une clause pénale. La clause pénale a le double avantage de décourager les contraventions à la convention et de simplifier les recours des actionnaires en cristallisant le montant qui sera réclamé à titre de dommages-intérêts.

Cette clause peut prendre de multiples formes. Exemple : la clause peut prévoir un montant d'argent comme pénalité. Également, la pénalité peut prendre la forme d'une réduction du prix auquel les actions d'un actionnaire en défaut doivent obligatoirement être offertes en vente aux autres actionnaires.

Le tribunal peut réduire le montant de la peine monétaire stipulée dans une clause pénale que la cour jugerait abusive. Il peut en être également le cas à l'égard des clauses pénales qui pourraient être stipulées dans des clauses de non-concurrence liant un actionnaire ou un ancien actionnaire d'une compagnie.

Les clauses de vote

Les cocontractants de la convention d'actionnaires peuvent régir l'exercice de leurs droits de vote à l'égard de diverses situations.

Les actionnaires peuvent s'entendre sur l'exercice de leurs droits de vote afin de s'assurer de l'élection et du maintien de leurs candidats ou de leurs sièges au conseil d'administration.

Les clauses d'exercice des droits de vote peuvent être également prévues pour permettre aux actionnaires minoritaires d'avoir un pouvoir plus grand que celui découlant de leur simple pourcentage d'actions votantes. Une clause de « vote » peut ainsi avoir pour but d'éviter que l'actionnaire ou les actionnaires minoritaires soient écartés des décisions relativement à l'administration de la compagnie.

Exemple : l'engagement à voter de façon déterminée est probablement la forme la plus fréquente de ce type de clause. Le droit de veto quant à certaines décisions ainsi que les clauses de majorité spéciale sont également utilisées.

Les clauses de société

Les clauses dites de « société » sont des clauses qui permettent de déterminer la nature et l'étendue de la participation des actionnaires dans l'opération et le financement de la compagnie, ainsi que les intérêts financiers qu'ils pourront chacun en retirer.

La convention unanime des actionnaires

La gestion et l'administration d'une compagnie sont des compétences qui relèvent exclusivement du conseil d'administration, l'organe corporatif devant gérer la compagnie. Des actionnaires peuvent toutefois être tentés par la gestion et l'administration d'une compagnie. Par exception au principe de l'autonomie de gestion des administrateurs, il est possible que les actionnaires, de façon unanime et par écrit, s'approprient les pouvoirs qui sont légalement dévolus aux administrateurs.

Exemple : les actionnaires peuvent avoir un pouvoir au niveau du versement de dividendes. En effet, comme ce pouvoir est normalement attribué aux administrateurs, les dividendes pourraient se voir plus rarement versés. Toutefois, en s'appropriant ce droit, les actionnaires augmentent leur chance d'en recevoir puisqu'ils décident eux-mêmes s'ils se versent ou non des dividendes.

La convention unanime peut faire l'objet d'une entente séparée ou elle peut être incluse avec les autres clauses d'une convention entre actionnaires, telles les clauses d'achat-vente d'actions. Il peut être préférable d'opter pour des ententes séparées, notamment en raison du droit des créanciers de la compagnie de consulter la convention unanime.

La convention unanime liera automatiquement les nouveaux actionnaires.

LES PIÈGES À ÉVITER

L'utilisation de conventions toutes faites

Une convention entre actionnaires doit répondre aux besoins spécifiques des actionnaires. Les exemples ou modèles de convention entre actionnaires, si complets soient-ils, n'offrent jamais de réponse entièrement satisfaisante.

Ces derniers peuvent être créateurs de litige pouvant engendrer des coûts financiers considérables. Chaque situation est un cas d'espèce. C'est pourquoi chaque aspect d'une convention entre actionnaires doit être étudié adéquatement.

Souvent, les gens utilisent des conventions entre actionnaires toutes faites, et ce, sans même parfois les avoir lues. Un tel geste, courant chez des actionnaires de petites entreprises, est un comportement risqué.

Il est préférable de consulter un juriste qui pourra vous rédiger une convention adéquate.

L'absence de concordance

Souvent, il existe des contradictions au niveau des différentes sources de droit influant sur une compagnie. Il arrive que les conventions entre actionnaires contredisent les statuts constitutifs ou les règlements de la compagnie.

Il est primordial que les statuts constitutifs ainsi que les règlements généraux concordent avec la convention.

Exemple : il appert parfois que les statuts constitutifs énoncent que le transfert d'actions devra être autorisé par le conseil d'administration. Cette restriction peut paralyser l'application des clauses d'une convention qui énonceraient que le transfert est assujetti au consentement des actionnaires.

Les clauses d'arbitrage et de médiation

Les clauses d'arbitrage et de médiation servent de mécanisme de résolution des désaccords qui peuvent survenir entre les différents actionnaires à la convention.

La médiation comporte ses avantages et ses inconvénients. Voici les points dont on doit tenir compte lors de l'insertion ou non d'une telle clause dans la convention :

- La flexibilité : souvent, la médiation est un processus plus flexible que les procédures judiciaires ;
- La rapidité : la médiation n'est pas nécessairement plus rapide que le passage devant les tribunaux. La bonne foi des parties doit être présente pour que la médiation soit efficace ;
- La confidentialité des débats : les débats tenus en médiation sont confidentiels ;
- La finalité de la décision : la décision rendue en médiation est finale. Cela peut être un avantage comme un inconvénient.

CONCLUSION

Ceci n'est qu'un bref aperçu de tout ce que peut contenir une convention entre actionnaires. Les options sont multiples. Un conseiller juridique sera en mesure de rédiger une convention adaptée à vos besoins.

PRÉPARER SA DEMANDE DE FINANCEMENT



Desjardins & Cie

Le financement constitue une étape cruciale dans votre projet de démarrage ou de développement d'entreprise. Dès que vous connaissez vos besoins et que vous avez établi quels outils financiers vous permettront de les combler, la prochaine étape consiste à préparer votre demande de financement. Avant de rencontrer les institutions financières, nous vous suggérons de bien vous informer et de documenter votre demande.

1 Informez-vous

Mettez votre réseau à profit

Les organismes d'aide aux entrepreneurs (CLD, SADC ou autres) peuvent vous fournir une aide précieuse et beaucoup d'information. Mais ne vous arrêtez pas là. Faites vos propres recherches auprès des institutions prêteuses et des organismes gouvernementaux. Échangez avec d'autres entrepreneurs : leur expérience pourrait vous éclairer. Votre directeur de comptes peut vous aider à mettre votre projet en perspective. On sait que le fait d'être accompagné par un mentor qui a lui-même cheminé dans le monde des affaires permet aux entrepreneurs moins expérimentés d'éviter bien des erreurs. Faites appel à des spécialistes financiers (comptable, fiscaliste ou autre) pour vous assurer que vos prévisions sont réalistes et que vous avez associé chaque besoin financier à une source de financement adéquate. Les chambres de commerce et les associations de gens d'affaires sont un bon endroit pour rencontrer les intervenants des institutions financières, gouvernementales et les gens d'affaires. Voilà un réseau qui pourrait s'avérer précieux.

Renseignez-vous sur les modalités

Ne tenez rien pour acquis. Lorsque vous comptez sur une source de financement, quelle qu'elle soit, assurez-vous qu'elle est bel et bien disponible. Renseignez-vous à propos de la taille des projets que cette source finance, sur le montant qu'elle accorde généralement de même que sur la vitesse à laquelle les fonds sont déboursés. Vérifiez quel est le coût véritable de ce financement. Il y a bien entendu des frais d'intérêt, mais des frais de gestion mensuels ou annuels, des frais pour chaque transaction ou encore des frais pour enregistrement de garantie peuvent s'ajouter. L'ensemble de ces frais doit être considéré dans vos dépenses d'entreprise. Allez à la source de l'information.

2 Documentez votre projet

Vous avez fait les vérifications nécessaires et vous êtes prêt à formuler votre demande ? Vous en êtes maintenant à l'étape de la rédaction de votre demande de financement. Ce document complète votre plan d'affaires. La complexité des documents présentés sera influencée par l'importance de la somme en jeu. Plus celle-ci est importante, plus le financier aura besoin d'information pour prendre sa décision.

La demande détaille le financement demandé et démontre comment ce financement se traduira en retombées financières positives qui permettront à l'entreprise de poursuivre sa progression tout en respectant ses engagements financiers. En plus d'y spécifier la nature du projet à financer, on veillera à mettre en relief ce que l'entrepreneur peut offrir au financier. Votre montage financier exigera peut-être que vous frappiez à différentes portes. Adaptez alors votre demande à chacun des interlocuteurs auxquels vous vous adressez. Celui-ci devra en effet pouvoir s'assurer que le risque qu'il encourt est associé à la promesse d'un rendement proportionnel.

3 Présentez votre demande de financement

Après un premier contact téléphonique, il est judicieux de fournir à votre interlocuteur la documentation écrite, c'est à dire votre demande de financement et votre plan d'affaires et ce, à titre confidentiel. Cela lui permettra de se faire une première opinion de votre projet. Au moment de votre rencontre il aura alors la possibilité de poser des questions à propos des éléments qu'il souhaite approfondir.

Lorsque vous confirmez le moment de la rencontre, vous pouvez saisir l'occasion pour vérifier si votre interlocuteur souhaite un complément à la documentation fournie. Précisez la durée de la rencontre et tenez vous y.

Prévoyez une présentation en quelques points qui vous permettra de couvrir l'essentiel de l'information requise.

Vous connaissez bien votre entreprise et son marché. Il vous est certainement possible de prévoir les objections ou les points qui demandent plus d'explications. Préparez-vous en conséquence.

Les six critères d'évaluation des financiers

1. **La qualité des entrepreneurs :** leur vision, leur énergie, leur complémentarité et les efforts qu'ils déploient qui feront en sorte que le projet d'entreprise fonctionnera ou pas.
2. **Les risques de l'environnement d'affaires :** ces dernières années, on a vu certains secteurs de l'économie connaître des retournement aussi brusques que dramatiques. Les financiers s'assureront que le secteur dans lequel vous évoluez ne présente pas un risque démesuré à leurs yeux.
3. **La crédibilité du projet :** les financiers analyseront votre projet sans y être engagés de façons émotive. S'ils investissent dans votre projet, c'est qu'ils souhaitent que cet investissement leur rapporte.
4. **La capacité de payer de l'entreprise et sa structure financière :** les financiers s'assureront que l'entreprise sera en mesure d'assumer l'ensemble de ses engagements financiers.
5. **L'historique financier des entrepreneurs :** aux yeux des financiers, le passé est garant de l'avenir. Il est plus que probable qu'une analyse du crédit de chacun des promoteurs de l'entreprise sera faite.
6. **Les garanties :** le financement par emprunt est accordé en échange de garanties. Ces garanties doivent être disponibles en quantité suffisante pour permettre au financier de couvrir les risques qu'il encourt.

Au cours de cette rencontre, vous êtes l'interlocuteur principal mais vous pouvez inviter un spécialiste (comptable, avocat ou autre) à vous accompagner. Au besoin, ces personnes pourront préciser certains éléments qui relèvent de leur spécialité.

Soyez à l'écoute des commentaires et des réactions de votre interlocuteur.

Au moment de conclure la rencontre, proposez votre collaboration pour le cas où votre interlocuteur souhaiterait davantage d'information. Demandez quelles étapes devra maintenant franchir votre projet et quel échéancier il prévoit.

Bon succès !

La manière Desjardins de faire des affaires

Desjardins vous offre les outils et les conseils pour vous permettre de cheminer avec succès dans le démarrage de votre entreprise. Un directeur de comptes saura vous proposer des solutions d'affaires en fonction des besoins précis de votre entreprise. Vous profitez alors :

- de l'ensemble des solutions d'affaires de Desjardins ;
- des services de professionnels capables de vous épauler dans vos projets, quels que soient la taille et le secteur d'activité de votre entreprise ;
- d'une qualité de service supérieure et de l'assurance d'une réponse rapide et sur mesure ;
- du soutien d'un réseau financier solide qui accompagnera votre entreprise dans toutes les étapes de son évolution ;
- d'un partenaire fiable et engagé dans votre milieu.

Afin d'obtenir des conseils personnalisés, venez rencontrer un directeur de comptes de l'équipe Desjardins Entreprises de votre localité.

Desjardins & Cie

C'est tout Desjardins qui appuie les entreprises.

desjardins.com/entreprises

Desjardins Entreprises

Coopérer pour créer l'avenir

PAR THOMAS COPELAND

LA FISCALITÉ AU CANADA



THOMAS COPELAND //
TCOPELAND@FASKEN.COM

Me Copeland oeuvre dans tous les domaines du droit fiscal ainsi qu'en droit des affaires général.

Il a donné des conférences et publié divers articles concernant l'évitement fiscal et la fraude fiscale au Canada dont le financement des sociétés de technologies de pointe et les encouragements fiscaux qui leur sont offerts, les aspects fiscaux du commerce électronique et la planification fiscale extraterritoriale.

Avant de se joindre au cabinet Fasken Martineau, il a été professeur de fiscalité à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, et codirecteur du programme de maîtrise en fiscalité offert par la Faculté de droit de l'Université de Montréal ainsi que par l'École des Hautes Études Commerciales. À Osgoode Hall Law School, Me Copeland s'est particulièrement intéressé à l'étude de la fiscalité dans le contexte du commerce électronique.

Les régimes fiscaux canadien et québécois sont excessivement complexes et il serait donc impossible de réviser l'ensemble de leurs règles en quelques pages. Plutôt, nous proposons d'offrir à ceux qui désirent exploiter une entreprise au Québec ou ailleurs au Canada une idée globale des règles fiscales applicables aux petites et moyennes entreprises. Nous aborderons ainsi certains principes de base, soit :

- Les formes d'exploitation d'une entreprise ;
- L'administration fiscale ;
- La résidence d'un contribuable et les impacts fiscaux y découlant ;
- Le revenu d'entreprise ;
- Le régime fiscal de la société exploitant une petite entreprise ;
- Particularités des sociétés privées ;
- La société de personnes ;
- Les taxes à la consommation.

1. LES FORMES D'EXPLOITATION D'UNE ENTREPRISE

Au Québec, il y a trois formes distinctes d'entreprises : l'entreprise individuelle exploitée par une personne physique, la société de personnes et la société par actions (souvent désignée « compagnie »).

- **L'entreprise individuelle** appartient à un propriétaire unique qui en assume toutes les responsabilités administratives et les risques financiers. Les revenus provenant de l'entreprise se confondent avec les autres revenus du propriétaire de sorte que c'est ce dernier qui déclare le tout dans un seul rapport d'impôt personnel.
- **La société de personnes** est un regroupement de deux ou plusieurs personnes qui s'unissent en vue d'exploiter un commerce ou une entreprise et qui conviennent d'y contribuer en fournissant argent, travail, biens ou compétences en vue de partager entre elles les bénéfices qui en résultent. Nous discuterons plus en détail du régime fiscal de la société de personnes dans la section 7 du présent texte.
- **La société par actions** est une personne juridique ayant son propre nom et un patrimoine distinct de ceux qui l'ont constituée ou de ses actionnaires. Par conséquent, la société est un contribuable distinct pour les fins fiscales qui doit produire ses propres rapports d'impôt.

2. L'ADMINISTRATION FISCALE

L'entreprise doit déclarer ses revenus et ses dépenses sur une base annuelle pour les fins fiscales. De manière générale, l'année d'imposition d'un particulier se termine le 31 décembre de chaque année. L'année d'imposition d'une société correspond à son exercice financier et se termine donc à la date choisie.

- La déclaration des revenus de l'entreprise individuelle se fait sur la même déclaration du particulier propriétaire de l'entreprise. Celui-ci doit produire sa déclaration au plus tard le 15 juin de l'année suivant la fin de l'année d'imposition. Cependant, tout solde d'impôt redevable doit être payé au plus tard le 30 avril.
- La société doit produire sa propre déclaration (le formulaire T2 au fédéral et CO-17 au Québec) et ce, dans les 6 mois suivant la fin de son année d'imposition.
- La société de personnes ne paie pas d'impôt sur le revenu qu'elle tire de ses activités et elle ne produit pas de déclaration de revenus. Par contre, chacun des associés produit une déclaration de revenus et inclut dans ses propres revenus sa part du revenu net ou de la perte nette de la société de personnes.
- Toute entreprise est tenue de conserver des livres ou des registres complets et organisés des revenus et des dépenses.
- Ces registres peuvent être tenus en format papier ou électronique.

« Nous proposons d'offrir à ceux qui désirent exploiter une entreprise au Québec ou ailleurs au Canada une idée globale des règles fiscales applicable aux petites et moyennes entreprises »

- Quelle que soit la forme préconisée, le registre doit être complet et fiable et il doit être appuyé par des pièces justificatives qui confirment les renseignements y contenus (des exemples de pièces justificatives sont les factures de vente, les contrats d'achat et de vente et les reçus).
- Si les registres ne justifient pas les déductions réclamées à la fin de l'année, l'entreprise pourra se les voir refusées.
- Il existe plusieurs autres obligations administratives imposées par les lois fiscales.

Exemple : l'obligation pour un employeur d'effectuer des retenues à la source sur le salaire versé à ses employés et d'effectuer des contributions aux divers régimes à caractère social.

3. LA RÉSIDENCE D'UN CONTRIBUABLE ET LES IMPACTS FISCAUX EN DÉCOULANT

- En droit fiscal canadien, les résidents canadiens sont imposés sur leur revenu mondial.
- Les non-résidents sont assujettis à l'impôt au Canada seulement dans la mesure où ils gagnent un revenu provenant d'un emploi au Canada, un revenu provenant de l'exploitation d'une entreprise au Canada ou encore un revenu provenant de la disposition de certains biens qu'ils y possèdent, tels certains immeubles ou encore certaines actions de sociétés canadiennes.

Pour éviter la double imposition des contribuables dont le revenu pourrait être à la fois imposable au Canada et dans un pays étranger, le Canada maintient un système de crédits pour impôt étranger et est également signataire de nombreux traités internationaux dont l'objectif est d'éliminer ou de minimiser la double imposition.

- La *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) ne définit pas le terme « résident ». Selon la jurisprudence, la résidence d'un individu est principalement une question de fait qui dépend essentiellement du mode de vie ordinaire du particulier (lieu du domicile familial, lieu de la propriété personnelle).
- La LIR prévoit quelques présomptions à cet égard afin d'élargir la portée de la résidence. Par exemple, un individu qui séjourne au Canada pour 183 jours ou plus au cours d'une année d'imposition est réputé y avoir résidé durant toute l'année d'imposition.
- La résidence d'une société selon la jurisprudence est l'endroit où s'exerce le « centre de contrôle et de gestion »; en termes plus simples, l'endroit où se prennent les décisions principales de la société. La question en est une de faits où l'ensemble des circonstances doit être étudié afin de déceler l'endroit du contrôle réel des affaires de la société.
- En vertu de la LIR, une société est également réputée résidente au Canada pendant une année d'imposition si elle a été constituée au Canada après le 26 avril 1965. Ainsi, pour la plupart des sociétés nouvellement constituées au Canada, la question à savoir si une société réside au Canada au sens de la loi ne se pose alors que très rarement bien qu'elle demeure pertinente pour les sociétés étrangères ayant des activités au Canada.

4. LE REVENU D'ENTREPRISE

Il est important de distinguer le revenu d'entreprise des autres types de revenus, dont le revenu d'emploi et le gain en capital.

- Contrairement au revenu d'emploi, la loi permet la déduction de certaines dépenses dans le calcul du revenu d'entreprise, de sorte que le montant assujetti à l'impôt est généralement inférieur aux recettes de l'entreprise.
- Le gain en capital constitue une forme particulière de revenu qui résulte de la disposition de biens en immobilisation, tels que les actifs d'une entreprise. Ce type de revenu bénéficie d'un traitement fiscal avantageux, puisque seulement 50 % du gain (soit le prix de vente moins le coût) est assujetti à l'impôt. De plus, tel qu'il sera exposé plus loin, le gain en capital réalisé par certaines sociétés est comptabilisé au niveau de certains comptes fiscaux, procurant d'autres avantages intéressants.

5. LE RÉGIME FISCAL DE LA SOCIÉTÉ EXPLOITANT UNE PETITE ENTREPRISE

Une fois la résidence fiscale déterminée, l'imposition du revenu d'entreprise varie considérablement selon la forme préconisée pour l'exploitation de l'entreprise. En vue de stimuler l'économie, le législateur favorise les petites sociétés privées qui exploitent une entreprise au Canada et établit de nombreux incitatifs fiscaux à leur égard.

La LIR reconnaît la distinction traditionnelle de société privée versus société publique. La société publique est celle dont une catégorie d'actions est cotée à une bourse de valeurs au Canada. Une société peut également être qualifiée de société publique si elle remplit certaines conditions réglementaires ou si le ministre la désigne ainsi.

La société privée n'est définie dans la loi que par la négative par rapport à la société publique. Donc, pour se qualifier ainsi, une société privée ne doit pas être une société publique et elle ne doit pas être contrôlée par une ou plusieurs sociétés publiques.

Parmi les types de sociétés privées, il existe la société privée sous contrôle canadien. Pour être admissible à titre de société privée sous contrôle canadien, une société ne doit pas être contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, par des sociétés publiques, par des non-résidents ou par une combinaison des deux.

Il existe également la notion de société exploitant une petite entreprise. Cette notion réfère à une société privée sous contrôle canadien dont la totalité, ou presque, des actifs, selon leur juste valeur marchande, est utilisée principalement dans une entreprise exploitée activement. Celle-ci se distingue de la société de placement déterminée dont le but principal est de tirer un revenu de biens, notamment des intérêts, des dividendes, des loyers et des redevances et qui n'emploie pas plus de cinq employés à temps plein. Pour éviter que des sociétés soient constituées dans le seul but de tirer du revenu de biens, les sociétés exploitant une entreprise de placement déterminée sont assujetties à un taux d'imposition plus élevé qu'une société privée sous contrôle canadien.

Un des incitatifs fiscaux les plus importants pour les sociétés exploitant une petite entreprise est une déduction particulière qui leur est applicable, communément appelé la déduction pour petites entreprises (DPE). Pour qu'une entreprise soit admissible à cette déduction, elle doit se qualifier de société privée sous contrôle canadien. La déduction s'applique à l'égard du revenu actif de la société et représente 17 % du moindre des trois montants suivants : l'excédent des revenus actifs de la société sur ses pertes ; le revenu imposable de la société moins le total de la partie qui est exempte d'impôt ou qui donne droit à un crédit pour impôt étranger ; et le plafond annuel des affaires. Le plafond annuel des affaires est déterminé statutairement et est établi à 500 000 $ au Québec. Le plafond des affaires doit être calculé au prorata du nombre de jours compris dans chaque année civile lorsque l'année d'imposition de la société chevauche deux années civiles.

Pour prévenir tout abus de la déduction pour les petites entreprises, la loi prévoit également un partage de la DPE entre les sociétés associées. Encore qu'il serait plus exact de parler de partage du plafond annuel des affaires. Les sociétés associées doivent produire annuellement d'une convention (T2, Annexe 23) indiquant la répartition (max 100 %) du plafond des affaires et la faire signer par toutes les sociétés associées. Si l'une des sociétés associées fait défaut de produire l'Annexe 23 à la demande du Ministre, celui procédera alors à la répartition. De plus, la loi énumère une série de situations dans lesquelles des sociétés seront associées entre elles. Or, une société est associée à une autre lorsqu'elle contrôle l'autre ; lorsque la même personne ou le même groupe de personne contrôle les deux sociétés et ainsi de suite. De plus, lorsque deux sociétés qui ne sont pas, par ailleurs, associées sont toutes deux associées à une même tierce société, elles sont alors réputées associées entre elles. La loi prévoit même une règle antiévitement selon laquelle deux sociétés sont réputées être associées entre elles s'il est raisonnable de considérer qu'un des principaux motifs de l'existence distincte de plusieurs sociétés au cours d'une année d'imposition consiste à réduire les impôts qui seraient payables par ailleurs en vertu de la loi.

6. PARTICULARITÉS DES SOCIÉTÉS PRIVÉES

- Contrairement aux particuliers, les sociétés ont généralement le droit de déduire de leur revenu les dividendes qu'elles reçoivent des autres sociétés. Cependant, afin de prévenir que des sociétés seront utilisées dans le seul but de recevoir des dividendes libres d'impôts, la Partie IV de la LIR établit un impôt sur les dividendes reçus de sociétés privées ou de sociétés à peu d'actionnaires. Le montant de cet impôt est similaire à celui qui serait payé par un particulier ayant reçu les dividendes directement et qui est assujetti au taux marginal d'imposition le plus élevé.
- L'impôt de la Partie IV s'applique à toute société privée et correspond à 33,33 % des dividendes reçus qui proviennent de sociétés non rattachées (exemple : dont la société récipiendaire détient 10 % ou moins des actions en vote et en valeur) ou qui proviennent de sociétés rattachées dans la mesure où celle-ci a droit à un remboursement au titre de dividendes.
- L'impôt de la Partie IV payé est ajouté à la fin de l'année au compte d'« impôt en main remboursable au titre de dividendes » de la société. Ce compte se veut essentiellement un outil d'intégration permettant d'éviter la double imposition du revenu des sociétés lorsqu'il est gagné dans les mains de cette dernière et ensuite dans les mains des actionnaires sous forme de dividendes. En ce sens, l'impôt de la Partie IV est pleinement remboursable à la société lorsqu'elle distribue ses gains à ses actionnaires, car ces derniers seront par la suite assujettis à l'impôt sur les dividendes au taux marginal approprié pour chacun d'entre eux.
- Une autre particularité du régime fiscal afférent aux sociétés privées est le « compte de dividende en capital » (CDC). Le CDC est composé à la fin de l'année de plusieurs éléments, incluant la partie non imposable du gain en capital net réalisé par la société ; les dividendes en capital reçus d'une autre société ou d'une fiducie ; le produit d'une assurance-vie (moins son coût) ; ainsi que plusieurs autres éléments.
- Une société ayant un solde de CDC peut verser un dividende non imposable à ses actionnaires jusqu'à concurrence de ce solde. Un choix administratif doit préalablement être effectué en remplissant le formulaire T2054 au fédéral et CO-502 au Québec.

7. LA SOCIÉTÉ DE PERSONNES

- La question à savoir si la société de personnes constitue une entité distincte a été longtemps débattue au Québec. Aujourd'hui, les tribunaux reconnaissent que la société de personnes n'est pas une personne morale, mais qu'elle possède néanmoins certains des attributs de la personnalité juridique (par exemple, un nom propre).
- Au point de vue du droit fiscal, la société de personnes n'est pas un contribuable distinct. Ainsi, le revenu gagné et les pertes encourues par une société de personnes sont calculés au niveau de la société de personnes et ensuite attribués aux associés proportionnellement à leur participation dans cette dernière. En ce sens, chaque associé est imposé directement sur les revenus de la société qui conservent la même nature qu'à l'égard de la société.
- Le calcul du revenu de la société de personnes se fait, en général, sur la base de son exercice financier. Celle-ci doit elle-même déduire les dépenses engagées pour réaliser son revenu. En ce sens, elle peut réclamer la déduction pour amortissement ainsi que la dépense en capital admissible. Les gains ou les pertes en capital se calculent également au niveau de la société. Cependant, les dividendes reçus par la société de personnes sont majorés au niveau de l'associé et non pas de la société de personnes, de sorte que ces derniers bénéficient du crédit d'impôt pour dividendes.
- Généralement, un transfert de biens par un associé à sa société constitue une disposition des biens à leur juste valeur marchande, de sorte que l'associé doit s'imposer sur tout gain en capital résultant de la disposition. Il existe par contre des règles permettant le transfert de certains biens à une somme inférieure à la juste valeur marchande, permettant ainsi le report du gain en capital.
- Il est également possible de différer l'impôt découlant du transfert de divers types de biens par une société de personnes à une société canadienne imposable, lorsque la contrepartie comprend des actions du capital-actions de la société. Ces règles permettent à une société de personnes de changer son statut et ainsi de continuer son entreprise sous forme de société par actions. La loi permet donc à la société de personnes de bénéficier d'un roulement et de reporter ainsi l'impôt autrement payable.
- Ce dernier transfert résulte en la détention par la société de personnes d'actions du capital-actions d'une société. La loi permet aux associés de dissoudre la société de personnes et de bénéficier d'un roulement similaire vis-à-vis les actions acquises par la société de personnes (sans ce mécanisme, la société de personnes serait présumée vendre les actions acquises aux associés à la juste valeur marchande, ayant comme résultat probable la réalisation d'un gain en capital imposable).

8. LES TAXES À LA CONSOMMATION

- En janvier 1991, le Canada a instauré une taxe à la consommation qui taxe la valeur ajoutée aux diverses étapes de la fabrication et de la distribution. Quoique la taxe sur les produits et services, communément appelée la TPS, soit imposée à toutes les étapes de la production, elle a pour but ultime de taxer le consommateur final. En ce sens, chaque entreprise le long de la chaîne acquitte la TPS sur ses achats et peut ensuite réclamer un crédit sur la somme payée.
- Le mécanisme administratif de cette taxe est lourd et complexe. Pour avoir droit à un crédit de la TPS acquittée, l'entreprise doit être inscrite et la vente doit être faite au cours d'une activité commerciale, soit toute activité qui découle de l'exploitation d'une entreprise, un projet à risque ou une affaire à caractère commercial. Il existe par ailleurs certaines présomptions qui restreignent et qui élargissent la notion d'activité commerciale.
- Une autre notion importante est celle de fourniture. La loi définit la fourniture comme étant toute livraison de biens ou prestation de services, notamment par vente, transfert, troc, échange, louage, licence, donation ou aliénation. En ce sens, la fourniture est l'élément déclencheur de l'application de la TPS. La loi distingue entre des fournitures taxables, soit celles qui découlent d'une activité commerciale et pour lesquelles la TPS doit être perçue (à moins de constituer une fourniture détaxée) et les fournitures exonérées qui ne sont pas taxables.
- Toute entreprise qui veut se prévaloir d'un crédit de la TPS acquittée doit être inscrite auprès des autorités fiscales et doit produire des déclarations périodiques. L'inscription auprès du ministère est obligatoire pour les personnes qui effectuent des fournitures taxables dans le cadre d'une activité commerciale (une entreprise doit s'inscrire au compte de TPS si le total de ses fournitures taxables de produits et services à l'échelle mondiale, y compris celles de tous ses associés, dépasse le seuil de petit fournisseur de 30 000 $ dans un trimestre civil ou au cours des quatre derniers trimestres civils).
- Le contribuable inscrit devient alors un mandataire de la Couronne aux fins de percevoir la TPS. Il existe quelques exceptions en vertu desquelles les petits fournisseurs, les personnes dont la seule activité commerciale consiste à effectuer par vente des fournitures d'immeubles en dehors du cadre d'une entreprise et les personnes non résidentes qui n'exploitent pas d'entreprise au Canada ne sont pas tenues de s'inscrire. Elles peuvent toutefois le faire volontairement pour bénéficier du crédit. L'inscription peut se faire par Internet, en utilisant l'inscription en Direct des Entreprises, en communiquant avec le service de renseignements aux entreprises de l'Agence du revenu du Canada au 1-800-959-7775 ou en remplissant le formulaire RC1, Demande de numéro d'entreprise, et en le faisant parvenir par la poste ou par télécopieur au bureau des services fiscaux.
- Une fois l'inscription faite, l'inscrit doit effectuer des déclarations auprès de Revenu Québec, qui est chargé de l'administration de la TPS ainsi que de la taxe de vente du Québec (TVQ). La fréquence des déclarations est préétablie en fonction du chiffre d'affaires annuel brut de l'inscrit et des personnes ayant des liens avec lui. Dans cette déclaration, l'inscrit déclare les montants de TPS qu'il a perçus au cours de la période. Pour contrecarrer cette somme, il demande aussi

les crédits de taxes au titre de la TPS acquittée.

- Au Québec, la TVQ opère essentiellement de la même manière que la TPS et les procédures d'inscription se font auprès de Revenu Québec. L'inscription peut se faire par Internet ou en remplissant le formulaire LM-1. La TPS étant administrée au Québec, les entreprises peuvent utiliser un seul formulaire de déclaration (FPZ-500) pour produire ses déclarations de TPS et de TVQ. De plus, le bordereau de paiement détachable permet, s'il y a lieu, d'additionner les montants de TPS et de TVQ à remettre et de ne faire qu'un seul chèque.

LIENS UTILES

Revenu Québec
www.revenu.gouv.qc.ca

Agence du revenu du Canada
www.cra-arc.gc.ca/

PAR THIERRY LAVIGNE-MARTEL

LES RETENUES À LA SOURCE



THIERRY LAVIGNE-MARTEL //
THIERRYMARTEL@MARTELCANTIN.CA
Thierry s'est joint à l'équipe de Martel, Cantin à l'été 2004 pour y débuter son stage du Barreau. Interrompant ce stage pour obtenir une Maîtrise en fiscalité de l'Université de Sherbrooke en 2006, il a été assermenté en 2007 et travaille depuis chez Martel, Cantin.Thierry est spécialisé en fiscalité et en droit corporatif. Sa pratique est axée sur le service aux PME du Québec et leurs dirigeants en vue de maximiser leur situation fiscale, de négocier, structurer et réaliser l'achat ou la vente d'une entreprise, de mettre en place des conventions entre actionnaires adaptées à leurs besoins ou de protéger leur actif. Par ailleurs, Thierry a développé une expertise en démarrage et en transfert d'entreprises. Finalement, sa pratique l'a amené à rédiger des actes de fiducie, des testaments complexes et des mandats en cas d'inaptitude de propriétaires d'entreprises.

La législation canadienne et québécoise impose plusieurs obligations aux administrateurs et dirigeants de sociétés. L'une de ces obligations consiste à percevoir différents types d'impôts à même des sommes versées par la société et de remettre ces sommes directement aux autorités fiscales. Les sommes ainsi perçues par une société sont appelées les retenues à la source ou déductions à la source (DAS). L'obligation de percevoir les DAS s'applique tant aux sociétés qu'aux particuliers qui sont des employeurs.

Nous traiterons plus particulièrement des retenues que doivent faire les employeurs sur la masse salariale de leurs employés dans un contexte de petites et moyennes entreprises (PME) au Québec, soit l'impôt sur le revenu fédéral et provincial et les cotisations sociales, telles que la cotisation de l'employé et de l'employeur, le cas échéant, au régime d'assurance-emploi (AE) fédéral, au Régime des rentes du Québec (RRQ), au Régime québécois d'assurance parentale (RQAP), à la Commission de la santé et sécurité au travail (CSST), au Fonds des services de santé (FSS), à la Commission des normes du travail (CNT) et, s'il y a lieu, au Fonds de développement et de reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre (FDRCMO et à la taxe compensatoire.

Il est bien important de comprendre le fonctionnement des DAS afin d'éviter toute pénalité, intérêts et autres conséquences, telle la responsabilité personnelle des administrateurs que nous traiterons plus en détail ci-après.

L'Agence du revenu du Canada (ARC) propose une démarche en six étapes afin de mieux comprendre le fonctionnement des DAS sur la paie[1], soit :

- étape 1 : Déterminer votre statut ;
- étape 2 : Ouvrir un compte de retenues sur la paie ;
- étape 3 : Embaucher un employé ;
- étape 4 : Calculer les retenues ;
- étape 5 : Verser les retenues ;
- étape 6 : Remplir et produire les déclarations de renseignements.

Nous reprendrons ces étapes en résumant les gestes à poser par toute personne qui exploite une entreprise comptant des employés. Nous traiterons particulièrement des formalités requises tant par l'ARC que par l'Agence du revenu du Québec (ARQ) en les nommant conjointement le « fisc ». Lorsque requis, nous noterons les distinctions qui s'imposent entre les formalités requises par l'ARC et par l'ARQ.

SALAIRE

Étape 1 : Déterminer votre statut

La première étape consiste à déterminer son statut d'employeur, de fiduciaire ou de payeur.

Est généralement considéré un employeur[2] toute personne qui verse un salaire (y compris des avances), des primes, une paie de vacances ou des pourboires à ses employés ou qui offre à ses employés certains avantages et allocations imposables, comme le logement et les repas[3]. Est un fiduciaire tout liquidateur, séquestre, séquestre-gérant, syndic de faillite, cessionnaire, exécuteur, administrateur, administrateur-séquestre ou toute autre personne

1 Agence du revenu du Canada : www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/menu-fra.html

2 Pour un texte qui traite particulièrement de la distinction entre le statut d'employé et celui de travailleur autonome, nous vous référons à Marie-Andrée Legault, « Employé versus travailleur autonome : principes applicables à la détermination du statut d'un travailleur au Québec » dans Colloque 195 – Outils de rémunération des employés et dirigeants, Montréal, Association de planification fiscale et financière, 2011.

3 ARC, Guide T4001(F) – Rév. 10, « Guide de l'employeur – Les retenues sur la paie et les versements », p. 6.

« Il est bien important de comprendre le fonctionnement des DAS afin d'éviter toute pénalité, intérêts et autres conséquences, telle la responsabilité personnelle des administrateurs »

accomplissant une fonction semblable et qui doit autoriser ou faire effectuer un paiement pour le compte d'une autre personne ou qui administre, gère, distribue, liquide ou contrôle les biens, l'entreprise, la succession ou le revenu d'une autre personne. Finalement, est un payeur toute personne, qu'elle soit employeur, fiduciaire, exécuteur ou liquidateur, administrateur ou administrateur d'une société, si elle paie tout genre de revenu se rapportant à un emploi[4].

Étape 2 : Ouvrir un compte de retenues sur la paie

Une fois le statut d'employeur, fiduciaire ou payeur établi, il faut ouvrir un compte de retenues sur la paie, tant auprès de l'ARC que de l'ARQ. Pour ce faire, les formulaires prescrits sont disponibles en ligne ou aux bureaux fiscaux de la région de l'entrepreneur.

Pour obtenir un numéro d'employeur fédéral, il faut remplir le formulaire RC-1. Il s'agit d'un formulaire permettant d'obtenir un numéro d'entreprise (NE) fédéral, mais il permet aussi à tout contribuable d'ouvrir un compte de taxe sur les produits et services (TPS/TVH), de retenues sur la paie, d'importations-exportations et d'impôt sur le revenu des sociétés.

Pour obtenir un numéro d'employeur provincial, il faut remplir le formulaire LM-1. Comme pour le formulaire fédéral, ce formulaire permet à un contribuable d'ouvrir plusieurs comptes, soit un compte de taxe sur les produits et services (TPS/TVH), de taxe de vente du Québec (TVQ), de retenues à la source et d'impôt sur le revenu des sociétés.

Étape 3 : Embaucher un employé

Lors de l'embauche d'un employé, l'entrepreneur devra obtenir de ce dernier quelques informations essentielles qui lui permettront ensuite de bien s'acquitter de ses obligations quant aux DAS, telles que le prénom et nom de l'employé, son adresse, sa date de naissance et son numéro d'assurance sociale.

Étape 4 : Calculer les retenues

Une fois qu'il a obtenu son numéro d'employeur et qu'il a embauché des employés, l'entrepreneur a l'obligation de calculer les cotisations aux différents régimes mentionnés ci-dessus. Afin de procéder à ces calculs, il est possible de se référer aux guides préparés à cet effet par le fisc. Il est également possible de se procurer un logiciel de traitement de paie ou un module de traitement de paie qui se greffe au logiciel de comptabilité utilisé par l'entrepreneur.

Voici le calcul des parts employés et employeurs pour l'année 2012 :

Calcul des parts employés et employeurs pour l'année 2012

Impôt	Seuils de revenu et taux d'imposition pour l'employé	
	QUÉBEC (2012)	CANADA (2011)
	0 $ à 10 925 $: 0 % (à cause du crédit de base) 10 926 $ à 40 100 $: 16 % 40 101 $ à 80 200 $: 20 % 80 201 $ et plus : 24 % Note : certains crédits de base sont transférables et peuvent avoir un impact sur les taux mentionnés ci-dessus.	0 $ à 9 600 $: 0 % (à cause du crédit de base) 9 601 $ à 41 544 $: 15 % 41 545 $ à 83 088 $: 22 % 83 089 $ à 128 800 $: 26 % 128 801 et plus : 29 %
FSS	Brut x 2,70 % = part de l'employeur	
RRQ	Taux : 5,025 % du brut= part de l'employé Taux : 5,025 % du brut = part de l'employeur Maximum de gains admissibles pour l'année : 50 100 $, soit des cotisations maximales de 2 341,65 $ pour l'année	

4 ARC, Guide T4001(F) – Rév. 10, « Guide de l'employeur – Les retenues sur la paie et les versements », p. 7.

Calcul des parts employés et employeurs pour l'année 2012

RQAP	Brut X 0,559 % = part de l'employé Maximum de cotisation pour l'année pour l'employé : 368,94 $ Brut X 0,782 % = part de l'employeur Maximum de cotisation pour l'année pour l'employeur : 516,12 $ Maximum de revenus assurables pour l'année : 66 000 $
AE (2011)	Brut X 1,41 % = part de l'employé Maximum de cotisation pour l'année pour l'employé : 623,22 $ Part de l'employé X 1,4 % = part de l'employeur Maximum de cotisation pour l'année pour l'employeur : 872,51 $ Maximum annuel de rémunération assurable : 44 200 $
CNT	Brut total de la masse salariale X 0,08 % = part de l'employeur Cotisation établie par l'ARQ à la fin de l'année, ne fait pas partie des retenues Maximum assujetti : 66 0000 $ par année
CSST	Varie selon la nature de l'emploi et du lieu de travail

Salaire minimum régulier à compter du 1er mai 2013 : 10,15 $ de l'heure

Par ailleurs, il faudra remplir un formulaire spécifique si l'employé demande un traitement particulier pour modifier le montant de DAS que l'employeur compte retenir, par exemple s'il cotise à un régime enregistré d'épargne-retraite (REÉR) réduisant son impôt payable pour l'année. Au fédéral, le formulaire à compléter est le TD1. Au Québec, il s'agit du formulaire TP-1015.3.

Étape 5 : Retenir et verser les retenues

En tant qu'employeur et en tant que payeur, l'entrepreneur doit retenir l'impôt fédéral et l'impôt du Québec sur les rémunérations qu'il verse. Il doit retenir les cotisations à l'AE et au RRQ sur les salaires qu'il verse à ses employés. Il doit retenir les cotisations au RQAP sur les rémunérations assujetties qu'il verse à ses employés.

Finalement, il doit verser à l'ARC les sommes retenues à titre d'impôt fédéral et d'AE, puis il doit verser au fisc les sommes retenues ainsi que ses cotisations d'employeur à l'AE, au RRQ, au RQAP, au FSS, pour le financement de la CNT, pour la couverture offerte par la CSST et, s'il y a lieu, au FDRCMO et à la taxe compensatoire.

Le défaut de retenir et verser ces retenues peut entraîner des pénalités et des intérêts pour l'entrepreneur. Par ailleurs, si l'entrepreneur est une société, un tel défaut peu également entraîner la responsabilité personnelle de ses administrateurs. Nous verrons ci-après conséquences d'un retard ou d'un défaut de versement.

Étape 6 : Remplir et produire les déclarations de renseignements

En parallèle à l'obligation de retenir et verser les DAS au fisc, l'entrepreneur est tenu de remplir et produire certains formulaires prescrits afin d'aviser les autorités fiscales des sommes ainsi retenues et versées.
L'ARC et l'ARQ désigneront des dates de production des formulaires de déclaration de DAS à l'entrepreneur et lui transmettront par la poste les formulaires prescrits à compléter et produire. Il est également possible pour l'entrepreneur de s'inscrire au système de production des DAS en ligne en se connectant au :

- www.cra-arc.gc.ca/tx/bsnss/tpcs/pyrll/lctrnc/menu-fra.html au fédéral ;
- www.revenuquebec.ca/fr/sepf/services/sgp_paiement/default.aspx au Québec.

Par ailleurs, à la fin de l'année, l'entrepreneur devra produire au fédéral les relevés suivants, au plus tard le dernier jour de février de l'année suivante :

- un T4 pour chaque employé ou bénéficiaire à qui il a versé un salaire ou toute autre rémunération qui doit figurer sur ce relevé ;
- un T4A pour chaque employé ou bénéficiaire à qui il a versé toute autre rémunération qui doit figurer sur ce relevé ;
- un T4A-RCA pour chaque bénéficiaire à qui il a versé une rente ou un revenu de retraite ;
- un T4A-NR pour chaque non-résident à qui il a versé un salaire ou toute autre rémunération qui doit figurer sur ce relevé.

Il devra également produire à l'ARC les sommaires suivants dans les mêmes délais :

- le T4 Sommaire, s'il y a lieu ;
- le T4A Sommaire, s'il y a lieu ;
- le T4A-RCQ Sommaire, s'il doit produire un T4A-RCA ;
- le T4A-NR Sommaire, s'il doit produire un T4A-NR.

L'entrepreneur devra produire au Québec les relevés suivants, au plus tard le dernier jour de février de l'année suivante :

- un relevé 1 (RL-1) pour chaque employé ou bénéficiaire à qui il a versé un salaire ou toute autre rémunération qui doit figurer sur ce relevé ;
- un relevé 2 (RL-2) pour chaque bénéficiaire à qui il a versé une rente ou un revenu de retraite ;
- un relevé 25 (RL-25) pour chaque bénéficiaire à qui un paiement est effectué en vertu d'un régime d'intéressement.

Il devra également produire à l'ARQ les sommaires suivants dans les mêmes délais :

- le *Sommaire des retenues et des cotisations de l'employeur* (RLZ-1.S)[5], s'il y a lieu ;
- le sommaire 2 (RL-2.S)[6], s'il doit produire un relevé 2 ;
- le sommaire 25 (RL-25.S), s'il doit produire un relevé 25.

AVANTAGES IMPOSABLES

Outre le salaire qu'il verse à ses employés, il arrive qu'un entrepreneur fournisse à ses employés des avantages ou des allocations, tels que :

- véhicules à moteur ;
- pension et logement ;
- cadeaux ou récompenses ;
- polices d'assurance-vie collectives temporaires ;
- prêts sans intérêt ou à faible taux d'intérêt ;
- repas ;
- outils – remboursement ou allocations ;
- laissez-passer de transport en commun ;
- frais de scolarité ;
- options d'achat de titres.

Les avantages et allocations peuvent être payés aux employés en espèces ou autrement. Selon l'avantage ou l'allocation et la raison pour laquelle l'employé les reçoit, il se peut que ces derniers soient considérés comment étant imposables, auquel cas, l'entrepreneur pourra être tenu de retenir un impôt sur la valeur de cet avantage ou allocation, ainsi que les charges sociales applicables, le cas échéant.

De fait, après avoir calculé la valeur de l'avantage, y compris toutes les taxes qui s'appliquent, l'entrepreneur doit ajouter le montant au salaire de l'employé pour chaque période de paie où l'avantage a été reçu. Cela donnera le montant total du revenu assujetti pour établir les retenues sur la paie. Par la suite, l'entrepreneur doit retenir les cotisations du revenu total de l'employé pour chaque période de paie de la façon habituelle.

PÉNALITÉS ET INTÉRÊTS

Des pénalités et des amendes sévères sont prévues pour ceux qui contreviennent aux lois fiscales. Ces sanctions s'appliquent si l'entrepreneur commet des infractions concernant sa tenue de livres ou de registres, sa production de déclarations, etc.

Ainsi, si l'entrepreneur omet de déduire ou de retenir une somme en vertu d'une loi fiscale, dans le délai mentionné dans la loi, il encourt une pénalité équivalant à 15 % de la somme au Québec et 10 % de la somme au fédéral. Si l'omission a lieu plus d'une fois au cours de la même année civile et que la faute est volontaire ou assimilable à une faute lourde de l'entrepreneur, la pénalité peut grimper à 20 % au fédéral.

De plus, l'entrepreneur encourt une pénalité s'il omet de payer ou de remettre, dans le délai mentionné dans une loi fiscale, une somme qu'il a déduite, retenue ou perçue et qu'il devait payer ou remettre en vertu d'une loi fiscale. Le taux de cette pénalité est déterminé en fonction de la durée du retard. Ainsi, ce taux est de 7 % du 1er au 7e jour de retard, de 11 % du 8e au 14e jour et de 15 % à compter du 15e jour au Québec, puis de 3 % du 1er au 3e jour de retard, de 5 % du 4e au 5e jour de retard, de 7 % du 6e au 7e jour de retard et de 10 % à compter du 7e jour de retard et pour chaque jour supplémentaire au fédéral.

Finalement, un intérêt au taux prescrit sera chargé à l'entrepreneur par le fisc, composé quotidiennement, tant sur le capital dû que sur les pénalités. Le taux prescrit varie trimestriellement[7].

Il est possible, en certaines circonstances, de faire une demande aux autorités fiscales afin qu'elles annulent les cotisations de pénalités et d'intérêts. On nomme généralement ce type de demande « demande d'allégement » ou « recours en équité ». Ces demandes ne sont pas automatiques et elles demeurent sujettes à la discrétion du ministre. D'application plutôt rare, elles sont essentiellement permises en trois circonstances :

- lorsque le contribuable est incapable de payer sa dette ;
- lorsque le contribuable est lésé en raison d'une erreur commise dans la documentation ou les renseignements fournis par le fisc ; ou
- lorsqu'une situation exceptionnelle et indépendante de la volonté du contribuable l'a empêché de respecter ses obligations fiscales[8].

5 Guide du relevé 1 (2011) : www.revenuquebec.ca/documents/fr/formulaires/rl/rl-1.g%282011-10%29.pdf

6 Guide du relevé 2 (2011) : www.revenuquebec.ca/documents/fr/formulaires/rl/rl-2.g%282010-10%29.pdf

7 Taux prescrit fédéral : www.cra-arc.gc.ca/tx/fq/ntrst_rts/menu-fra.html ; Taux prescrit au Québec: www.revenuquebec.ca/fr/a-propos/pen-inter/creance.aspx.

8 ARC, Circulaire IC 07-1, « Dispositions d'allègement pour les contribuables » (31 mai 2007) au www.cra-arc.gc.ca/F/pub/tp/ic07-1/ic07-1-07f.pdf. Au Québec: ARQ, Bulletin d'interprétation LMR. 94.1-1/R6, « Renonciation ou annulation à l'égard des intérêts, des pénalités ou des frais » (16 juin 2010) : www3.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/produits/fiscalite/bulletins/impot/resultat/bulletins.fr.html?prefix=LMR&fr=oui&mytype=BulletinLoiImpot&infoNodeId=/pubqc/produits/fiscalite/bulletins/impot/chapitres/chapitre7/texte2000#

RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS[9]

La source de la responsabilité

Les administrateurs d'une société qui omet de retenir à la source l'impôt sur le salaire des employés, ou de remettre cet impôt aux autorités fiscales, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme[10].

Cette responsabilité n'est pas fixée par les lois corporatives, mais plutôt parce diverses lois fiscales. Ainsi, l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (L.I.R.) prévoit la responsabilité solidaire des administrateurs avec la société lorsque celle-ci fait défaut d'effectuer ou de remettre des retenues à la source prévue à cette loi, soit les retenues de l'impôt fédéral sur le salaire des employés et d'autres impôts plus particuliers[11].

L'intention du législateur en adoptant cet article est de permettre au fisc de recouvrer des sommes d'argent qu'il ne serait autrement pas possible de recouvrir directement auprès des sociétés[12].

D'autres lois prévoient le même type de responsabilités, soit le paragraphe 323(1) de la *Loi sur la taxe d'accise* en ce qui concerne la perception pour le compte du fisc de la taxe sur les produits et services, l'article 21.1 du *Régime de pensions du Canada* en ce qui concerne les cotisations à ce régime[13] et l'article 46.1 de la *Loi sur l'assurance-emploi*.

Au Québec, le législateur dispose des mêmes outils avec l'article 24.0.1 de la *Loi sur l'administration fiscale* qui prévoit la responsabilité solidaire des administrateurs lorsque la société fait défaut de remettre les retenues à la source à l'État.

Afin d'établir la responsabilité des administrateurs d'une société en défaut de percevoir ou de remettre les DAS, le fisc doit suivre les exigences administratives prévues à la loi. Il va déterminer qui sont les administrateurs de la société (*de jure* ou *de facto*[14]) au moment du défaut et leur transmettre un avis de cotisation contenant suffisamment de renseignements pour permettre de connaître les motifs de la cotisation à titre d'administrateur. Ce sera alors aux administrateurs de faire la preuve qu'ils ne sont pas responsables de l'impôt.

Le moyen de défense

Les administrateurs peuvent s'exonérer de la responsabilité des DAS non remises par la société en utilisant la défense de « diligence raisonnable » prévue au paragraphe 227.1(3) LIR. Une disposition semblable existe dans chacune des lois mentionnées ci-dessus qui prévoient la responsabilité des administrateurs. Nous ne ferons ici qu'un survol du moyen de défense.

La défense de diligence raisonnable prévoit que les administrateurs peuvent éviter d'engager leur responsabilité personnelle s'ils ont agi avec prudence et diligence dans l'exercice de leurs fonctions. Ce concept de prudence et diligence dans l'exercice des fonctions a beaucoup évolué dans les dernières années puisque les tribunaux ont dû s'y pencher à plusieurs reprises d'un point de vue du droit corporatif, ce qui a modifié le critère d'un point de vue fiscal.

9 Pour un texte complet et précis sur la responsabilité des administrateurs quant aux retenues à la source : Thierry Dorval, La responsabilité des administrateurs par les déductions à la source, Carswell, 2001.

10 Paul Martel, La société par actions au Québec, vol. 1, Les aspects juridiques, feuilles mobiles, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur Martel Ltée, janvier 2011, para. 24-147.

11 Par. 227.1(1) L.I.R. : « Lorsqu'une société a omis de déduire ou de retenir une somme, tel que prévu aux paragraphes 135(3) ou 135.1(7) ou aux articles 153 ou 215, ou a omis de verser cette somme ou omis de payer un montant d'impôt en vertu de la partie VII ou VIII pour une année d'imposition, les administrateurs de la société, au moment où celle-ci était tenue de déduire, de retenir, de verser ou de payer cette somme, sont solidairement responsables, avec la société, du paiement de cette somme, y compris les intérêts et les pénalités s'y rapportant ».

12 Sandra Hassan et René-Philippe Harvey, Administrateurs de sociétés, attention !, (2008) 28 R.P.F.S.

13 Sauf au Québec où ce régime est substitué par la Régie des rentes du Québec.

14 Sans vouloir faire une étude exhaustive du sujet, il convient de mentionner que le concept d' « administrateur de jure », c'est-à-dire « de droit », vise l'administrateur légalement inscrit comme tel aux registres de la société, tandis que le concept d' « administrateur de facto » ou « de fait » vise l'administrateur qui, bien qu'il ne soit pas juridiquement un administrateur de la société, a agi de manière à pouvoir être tout de même considéré comme un administrateur de la société, par exemple, en agissant ainsi devant les tiers ou en prenant des décisions qui relèvent de la juridiction exclusive des administrateurs.

PAR FABRICE VIL

NOTIONS DE BASE EN MATIÈRE DE CONTRAT



FABRICE VIL // FABRICE.VIL@LKD.CA

Me Fabrice Vil est membre du Barreau du Québec depuis 2007 et pratique au sein du groupe de litige du cabinet Langlois Kronström Desjardins. Fabrice exerce sa pratique en litige civil et commercial ainsi qu'en droit public et administratif, principalement dans des dossiers d'envergure à l'occasion desquels il travaille dans des domaines tels que les litiges commerciaux, les recours collectifs, la responsabilité professionnelle, l'indépendance de la magistrature et le droit disciplinaire. Cette pratique l'a amené à œuvrer dans des industries variées comme le secteur bancaire, la santé, les technologies de l'information et le transport.

INTRODUCTION

Les nombreuses relations d'affaires dans lesquelles s'engagent les gens d'affaires sont d'autant de possibilités pour eux d'être confrontés à des mésententes susceptibles de mener à des litiges judiciarisés. Ces litiges sont longs et coûteux et toute personne a donc tout avantage à bien connaître les tenants et aboutissants de ses relations contractuelles afin de les gouverner sainement, le tout dans le but de limiter les litiges, ou à tout le moins d'optimiser sa protection en anticipation de ceux-ci.

LE CONTRAT : DÉFINITION ET CONTENU

Le contrat est un accord de volontés par lequel une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres à exécuter une prestation (article 1378 du *Code civil du Québec* (C.c.Q.)). Une prestation consiste à faire ou ne pas faire quelque chose (article 1373 C.c.Q.). Ceci peut être, par exemple, la livraison d'un bien ou d'un service ou le transfert d'une somme d'argent.

Les parties à un contrat sont liées par les termes qu'elles ont exprimés, mais également par les droits et obligations implicites du contrat qui en découlent d'après la loi, les usages, l'équité ou la loi (article 1434 C.c.Q.). Ainsi, certains principes, tels que la bonne foi (articles 6, 7 et 1375 C.c.Q.), sont inhérents à toutes les relations contractuelles. Quant à d'autres principes, ils sont implicites ou non, en fonction des circonstances. Ainsi, à titre d'exemple, le transporteur de marchandises est tenu par la loi de maintenir l'intégrité des biens qu'il transporte (article 2049 C.c.Q.) même si son contrat de transport ne le prévoit pas expressément.

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

Le consensualisme : l'absence de formalités au contrat

En principe, le contrat se forme par le seul échange de consentement entre les personnes et n'exige aucune forme particulière comme condition de formation (article 1385 C.c.Q.). Ceci implique que de façon générale, une personne peut être tenue de livrer un bien ou de rendre un service dès lors qu'elle s'engage à le faire, que ce soit verbalement ou par écrit, sans même avoir signé un document formel établissant les termes de l'engagement.

Il est toutefois d'usage que les parties au contrat constatent dans un document écrit et signé les termes de leur engagement. De tels écrits facilitent d'ailleurs la preuve de l'existence du contrat.

La liberté contractuelle quant au fond du contrat

Les parties sont libres de s'engager aux conditions et modalités qu'elles jugent à propos, sous réserve uniquement des limites imposées par la loi et par l'ordre public (voir notamment les articles. 9, 1411 et 1413 C.c.Q.).

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT

Une partie à un contrat ne peut généralement pas se libérer de son engagement ou le modifier sans l'accord des autres parties au contrat (article 1439 C.c.Q.). Un juge ou autre décideur ne peut d'ailleurs intervenir de manière à modifier, à la demande d'une seule partie, les obligations prévues à un contrat. Ceci est tout aussi vrai dans les cas où une partie contractante, suite à de mauvais calculs ou des prévisions erronées, s'engage à exécuter une prestation qui s'avère être plus onéreuse que prévu.

Le principe de la force obligatoire du contrat est particulièrement d'importance pour les personnes qui s'engagent dans des contrats de longue durée puisque celles-ci doivent prévoir les coûts et les bénéfices potentiels du contrat, non pas uniquement dans l'immédiat, mais également en fonction de la conjoncture à long terme dans leur industrie. Selon les circonstances, les précautions à prendre à cet égard peuvent requérir l'intervention de professionnels en mesure d'effectuer les prévisions

« Les parties au contrat devraient s'assurer que le contrat est rédigé dans un language clair et compréhensible pour ses utilisateurs et non pas uniquement pour ses rédacteurs. »

appropriées à la lumière de la réalité de chaque industrie.

À titre d'exemple, un manufacturier de pièces automobiles qui s'engage dans un contrat d'approvisionnement de fer pourrait prévoir, au lieu d'un prix d'achat fixe pour la durée du contrat, un mécanisme de détermination annuel du prix variable en fonction des conditions du marché.

L'INTERPRÉTATION DU CONTRAT

Lorsque des parties ne s'entendent pas sur le sens à donner au contrat ou à l'une des dispositions qu'il contient, les parties peuvent s'adresser au tribunal approprié pour que celui-ci l'interprète. Le décideur est alors appelé à rechercher l'intention commune des parties au moment où elles se sont engagées, au-delà des termes exprès du contrat (article 1425 C.c.Q.).

Dans le cadre de son exercice d'interprétation, le décideur est guidé par plusieurs principes d'interprétation (articles 1426 à 1432 C.c.Q.), dont les circonstances dans lequel le contrat a été conclu et le comportement des parties suivant la signature du contrat.

Les circonstances dans lequel le contrat a été conclu

Les faits ayant précédé la conclusion du contrat comme les conversations, la correspondance entre les parties, les documents préparatoires (soumissions, lettres d'intention, etc.), les projets de contrat et les offres considérées par les parties constituent des guides utiles à la recherche de l'intention commune des parties. Ces éléments permettent de saisir quelles intentions ont été retenues ou écartées au gré des échanges et négociations. À titre d'exemple, une série de projets de contrat contenant des modifications en ajouts-rayés peuvent permettre de saisir l'évolution de l'intention commune des parties à travers leurs négociations.

Il est donc utile de conserver les documents préparatoires et les notes des rencontres, surtout dans les cas où les négociations ont soulevé des divergences importantes sur des éléments essentiels du contrat.

Afin de ne pas être confrontées à des documents préparatoires et périphériques en cas de mésentente, il est courant que les parties incluent dans leur contrat une clause dite « d'entente complète » ou « d'intégralité » qui prévoit que les seules obligations entre les parties sont celles constatées dans le document ultimement signé. Dans un tel contexte, les documents préparatoires et périphériques ne peuvent servir à contredire le contrat ou à y ajouter des termes, mais ils peuvent néanmoins servir à son interprétation.

Le texte du contrat

Quoique l'exercice d'interprétation d'un contrat ne se limite pas à l'examen de son texte, c'est généralement d'abord dans le texte du contrat qu'il faut rechercher l'intention commune des parties. Selon la méthode dite textuelle, l'analyse de l'interprète porte sur le sens des mots et sur les règles usuelles qui gouvernent la construction des phrases. Au contraire de certains autres principes d'interprétation, la méthode textuelle s'écarte de toute considération contextuelle.

En autant que possible, les parties au contrat devraient s'assurer que le contrat est rédigé dans un langage clair et compréhensible pour ses utilisateurs et non pas uniquement pour ses rédacteurs.

À ce sujet, certains contrats peuvent parfois justifier l'inclusion de définitions pour les termes complexes, techniques ou pouvant porter à interprétation. Dans un tel cas, il est préférable que la première lettre de chaque terme défini soit indiquée par une lettre majuscule. Ce terme doit être employé uniformément dans le document et ne devrait pas être remplacé par un synonyme, de manière à éviter que le synonyme soit interprété comme ayant un sens distinct du terme défini. Par exemple, l'emploi du mot « Employé » devrait être utilisé à tous les endroits dans le contrat où il y est fait référence et ne devrait pas être remplacé par les mots « travailleur » ou « salarié », à moins qu'il n'y ait une volonté du rédacteur de donner au synonyme un sens distinct dans le contexte du contrat.

Le comportement des parties suite à la signature du contrat

La conduite des parties postérieure à la conclusion du contrat constitue un important guide d'interprétation en ce que cette conduite illustre, de par les actions mêmes

des parties contractantes dans l'exécution du contrat, la compréhension qu'elles ont de ce contrat. De manière générale, pour que l'on puisse tirer une interprétation de cette conduite, il faut que celle-ci soit sans équivoque, constante et répétée. Dans certains cas, selon les circonstances, un seul geste ou une conduite de courte durée peut permettre de saisir l'intention des parties, mais cette conduite doit être suffisamment claire pour manifester l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat.

Il arrive qu'une partie, afin de préserver une saine relation commerciale, déroge aux termes du contrat et fasse des concessions à son cocontractant, tout en sachant que cette concession contrevient aux termes du contrat. Afin d'éviter qu'une telle conduite ne soit ultérieurement retenue contre elle à travers une interprétation du contrat qui lui est défavorable, il est utile dans ce contexte d'aviser le cocontractant par écrit que la dérogation est ponctuelle et ne saurait constituer une renonciation aux termes du contrat. De façon pratique, un fournisseur de services ne devrait pas consentir à une réduction répétée de la tarification prévue au contrat sans autrement indiquer que la réduction est due à des circonstances exceptionnelles, selon le cas.

CONCLUSION

On dit souvent qu'une relation d'affaires saine se bâtit sur la confiance. Sans porter ombrage sur la sagesse de ce propos, il est nécessaire de comprendre que la meilleure façon de préserver la santé d'une relation d'affaires est de faire preuve de prudence à toutes ses étapes. C'est cette prudence qui permet dans bien des cas de désamorcer efficacement et à coûts minimes les mésententes souvent inévitables.

PAR PIERRE-LUC BEAUCHESNE

LA RESPONSABILITÉ CIVILE



PIERRE-LUC BEAUCHESNE //
PIERRE-LUC.BEAUCHESNE@GOWLINGS.COM
Membre du Barreau du Québec depuis 2006, Me Pierre-Luc Beauchesne pratique en litige civil et commercial au sein de Gowling Lafleur Henderson s.e.n.c.r.l. Il représente entre autres des institutions financières et des prêteurs privés dans le cadre de mandats de réalisation de sûretés ainsi que des syndics à la faillite dans différents aspects liés à l'insolvabilité. Il représente également des propriétaires immobiliers dans le cadre de litiges liés aux relations locataire-locateur. Me Beauchesne s'implique activement au sein de l'Association du Jeune Barreau de Montréal et a été élu Administrateur pour les mandats 2010-2011 et 2011-2012.

QU'EST-CE QUE LA RESPONSABILITÉ CIVILE ?

L'objectif principal de la responsabilité civile est d'obliger une personne à réparer les dommages ou le préjudice qu'elle a causés. La responsabilité peut être divisée en deux catégories :

- la responsabilité contractuelle (qui découle d'un contrat ou d'une entente) ;

  Exemple : un couple de futurs mariés s'entend avec leur traiteur, par contrat écrit, pour servir le repas de noces à une heure précise, soit 18h00. Le traiteur ne respecte pas ce délai et le repas est servi 1h30 plus tard. Dû à ce retard, les mariés n'ont pas pu arriver à temps à l'aéroport et ils ont manqué leur avion pour les îles Fidji. Les nouveaux mariés pourraient alors réclamer une somme d'argent (des dommages- intérêts) au traiteur parce que celui-ci n'a pas respecté les termes de l'entente (servir le repas à 18h00) et a causé un préjudice aux nouveaux mariés (avoir manqué leur avion).

- la responsabilité extracontractuelle (qui découle de la loi imposant l'obligation générale de ne pas causer de préjudice à autrui).

  Exemple : une entreprise installe d'une façon incorrecte des auvents au-dessus d'une terrasse. Lors d'un 5 à 7, les auvents tombent et blessent des clients. Ces derniers peuvent réclamer des dommages-intérêts à l'entreprise, car celle-ci n'a pas fait preuve de prudence et de diligence lors de l'installation des auvents. On peut parler de responsabilité extracontractuelle parce que les clients n'étaient pas liés à l'entreprise fautive par un contrat.

Pour que la responsabilité d'une personne soit engagée, trois éléments doivent NÉCESSAIREMENT être présents :

- la faute ;
- le lien de causalité ;
- les dommages.

LA FAUTE

La faute survient lorsqu'une personne contrevient à une obligation prévue par la loi ou à une obligation contenue dans un contrat.

L'OBLIGATION

Une obligation consiste en quelque chose que l'on doit faire ou que l'on ne doit pas faire.

Selon son degré d'intensité, l'obligation peut être classée en trois catégories :

L'obligation de moyens

Cette obligation consiste à prendre tous les moyens raisonnables requis pour parvenir à un résultat, sans pourtant devoir absolument parvenir à ce résultat.

Exemple : un entrepreneur en installation de piscines a une obligation de moyens lorsqu'il aménage un tremplin près d'une piscine ; il doit installer un tremplin sécuritaire. Si un baigneur se blesse en sautant du tremplin et que l'entrepreneur a pris tous les moyens et les précautions nécessaires pour que le tremplin soit sécuritaire, l'entrepreneur n'aura pas commis de faute et sa responsabilité ne sera pas engagée. Par contre, si l'entrepreneur n'a pas respecté les règles reconnues dans son domaine en matière de pose de tremplin et que l'accident du baigneur a été causé par ce manquement, l'entrepreneur aura commis une faute et sa responsabilité sera engagée.

L'obligation de résultat

L'obligation est dite de résultat lorsqu'une personne prend l'engagement de parvenir à un résultat précis.

Lorsque ce résultat n'est pas obtenu, la personne commet une faute à moins qu'elle ne prouve l'existence d'un cas de force majeure, c'est-à-dire d'un événement extérieur qui empêche l'exécution de l'obligation.

Exemple : un traiteur a une obligation de résultat lorsqu'il

« Une faute qui n'entraîne pas de préjudice ou de dommages n'engage pas la responsabilité de son auteur »

promet à ses clients de servir le repas à une heure précise. Si celui-ci fait défaut de servir le repas à l'heure convenue, il est responsable du préjudice que cela peut causer au client. Afin de ne pas être tenu responsable du préjudice subi, il doit être en mesure de prouver, par exemple, qu'il n'a pas pu se rendre à temps parce que toutes les routes étaient bloquées suite à un important carambolage (force majeure).

L'obligation de garantie

L'obligation de garantie ressemble à l'obligation de résultat, mais celui qui s'engage est tenu de fournir ce résultat même s'il survient un cas de force majeure.

C'est en quelque sorte un engagement absolu.

Exemple : si le traiteur garantit que le repas sera servi à 18h00, il ne peut pas, s'il ne respecte pas son obligation, soulever que son camion de livraison est resté bloqué dans un important carambolage. Il est responsable quoi qu'il arrive.

LA FAUTE LOURDE

Une personne commet une faute lourde lorsqu'elle démontre une insouciance ou une négligence grossière ou lorsque par son comportement, elle méprise les intérêts d'autrui.

Exemple : un employé de dépanneur qui vend des feux d'artifice à des enfants commet une faute lourde.

LE PARTAGE DE RESPONSABILITÉ

Lorsque plusieurs individus commettent une même faute, la responsabilité peut être partagée entre eux.
La victime peut, elle aussi, commettre une faute et devoir assumer une part de responsabilité.
L'indemnité qu'elle réclame sera réduite en conséquence.
La faute commise par la victime peut être si grave que la responsabilité des autres intervenants ne sera pas engagée.
La victime devient alors l'artisan de son propre malheur !

LE LIEN DE CAUSALITÉ

La victime doit être en mesure de prouver une relation directe et immédiate entre la faute commise et le dommage subi.

Elle doit donc prouver un lien de causalité.

Exemple : si le propriétaire de la terrasse où l'auvent s'est effondré poursuit l'entrepreneur pour des dommages subis et pour une perte de clientèle, l'entrepreneur, même s'il a commis une faute lors de l'installation, en omettant certaines vis par exemple, pourrait prouver que l'auvent est tombé suite au fait qu'un client s'est agrippé et s'est balancé à l'auvent. En effet, même si l'entrepreneur n'avait pas commis de faute, l'auvent se serait écroulé. La véritable cause de l'effondrement est le geste du client et non la faute de l'entrepreneur.

LE PRÉJUDICE OU LE DOMMAGE

Une faute qui n'entraîne pas de préjudice ou de dommages n'engage pas la responsabilité de son auteur.

Une même faute peut causer chez la victime différents types de dommages.

Exemple : le client de la terrasse où un auvent lui est tombé sur la tête, peut avoir subi des préjudices corporels, matériels ou moraux. Si l'auvent lui a causé une grave blessure à la tête, le préjudice subi sera qualifié de corporel. Si ce sont ses lunettes fumées qui ont été endommagées, nous parlerons de préjudice matériel. Finalement, si cet incident a causé chez la victime un traumatisme quelconque, une phobie des terrasses et des 5 à 7, le préjudice pourra être qualifié de moral.

Le préjudice doit remplir trois critères pour que la responsabilité soit engagée.

LE DOMMAGE DOIT ÊTRE DIRECT ET IMMÉDIAT

Le préjudice doit être une suite directe de la faute.

Exemple : Si le client de la terrasse s'est blessé à la tête alors qu'il est tombé de la civière à l'urgence, ce préjudice subi ne peut pas être qualifié de suite directe de la faute de l'entrepreneur qui a mal installé l'auvent. Par contre, si sa blessure à la tête a été causée par l'auvent lui-même, il y a une suite directe entre la faute et le dommage.

Cas particulier : les dommages par ricochet

> Dans certaines circonstances, les proches d'une victime peuvent réclamer des dommages pour des inconvénients ou des troubles que la faute leur a causés par ricochet.

Exemple : dans le cas de l'auvent mal installé, l'épouse de la victime blessée par l'auvent pourrait réclamer une somme d'argent pour les journées de travail manquées afin de s'occuper de son mari, car elle est en mesure de prouver une relation directe et immédiate entre les pertes de salaire qu'elle a subies et la faute : si l'auvent n'avait pas blessé son époux, elle n'aurait pas dû s'absenter de son travail.

LE DOMMAGE DOIT ÊTRE CERTAIN

L'auteur d'une faute doit indemniser tout dommage présent ou futur à condition que celui-ci soit certain.

Ce n'est pas parce qu'un dommage est futur qu'il n'est pas certain.

Exemple : s'il est prouvé que la personne blessée à la tête par l'auvent ne peut plus jamais travailler, celle-ci a droit à une indemnité pour toutes les années de salaire perdu à venir.

De plus, en matière de responsabilité contractuelle, les dommages doivent être également prévisibles.

C'est-à-dire que, pour évaluer les dommages subis, on doit se replacer au jour de la formation du contrat et se demander quels sont les dommages que pourrait normalement causer une faute ou un défaut lors de l'exécution du contrat.

Exemple : si le propriétaire de la terrasse où l'auvent s'est effondré a subi une grave dépression à la suite de cet accident, ce dernier ne pourra pas réclamer à l'entrepreneur qui a installé l'auvent des dommages reliés à sa dépression, car de tels dommages ne sont pas prévisibles.

Liens utiles

Éducaloi :
www.educaloi.qc.ca/capsules/la-responsabilité-civile

Réseau juridique du Québec :
www.avocat.qc.ca/public/iiresp-contract.htm
www.avocat.qc.ca/public/iirespextrac.htm

LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR POUR LES FAUTES COMMISES PAR SES EMPLOYÉS

La loi prévoit que l'employeur est responsable des fautes commises par ses employés dans l'exécution de leurs fonctions.

Exemple : Marcel est à l'emploi d'une entreprise de terrassement, Les beaux jardins inc. Alors qu'il procédait à l'émondage d'un peuplier à la demande d'un client, Marcel n'a pas pris toutes les précautions nécessaires et certaines branches sont tombées sur le magnifique cabanon de la maison voisine, l'endommageant gravement. En plus d'avoir un recours à l'encontre de Marcel, le voisin du cabanon endommagé peut poursuivre Les beaux jardins inc. directement pour les dommages subis.

LA PRÉSOMPTION ET LA FAUTE DE L'EMPLOYÉ

Dans l'exemple, le voisin doit seulement prouver la faute de l'employé pour engager la responsabilité de l'employeur.

Afin de se dégager de sa responsabilité, l'employeur ne peut donc pas prouver qu'il n'a pas lui-même commis de faute.

LE LIEN DE PRÉPOSITION (OU LE LIEN D'EMPLOI)

L'employeur doit exercer un pouvoir de contrôle sur son employé. Il doit être en mesure de surveiller et de vérifier son travail.

L'employeur qui fixe des objectifs, qui dicte une méthode de travail et qui jouit d'une autorité exerce un contrôle sur son employé.

L'existence d'une rémunération permet également d'établir un lien d'emploi dans certains cas.

DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

L'employé doit avoir causé le dommage au cours de l'exécution de ses fonctions.

C'est notamment le cas d'un employé qui démontre une certaine incompétence ou qui va au-delà des instructions données par son employeur.

La responsabilité de l'employeur ne sera pas en principe engagée si l'employé commet une faute en dehors de son horaire ou de son lieu de travail.

LA LIMITE DE LA RESPONSABILITÉ DE L'EMPLOYEUR

Lorsque l'employé pose un geste pour son bénéfice personnel exclusif ou dans son seul intérêt, la responsabilité de l'employeur n'est pas engagée.

Exemple : un propriétaire d'une compagnie de transport ne sera pas responsable de la faute de son camionneur qui a décidé de s'en prendre physiquement à un automobiliste ayant manqué de politesse à son égard. En effet, ce geste a été accompli hors du cadre de son emploi et non au bénéfice de l'employeur.

Liens utiles

Éducaloi :
www.educaloi.qc.ca/capsules/la-responsabilite-de-lemployeur-pour-la-faute-de-son-employe

LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES BIENS

La responsabilité du fait des biens se divise en deux catégories :

- le fait autonome d'un bien ;
- la ruine d'un immeuble.

LE FAIT AUTONOME D'UN BIEN

La loi prévoit que la personne qui a la garde d'un bien doit dédommager la victime qui a subi des dommages causés par le fait autonome de ce bien.

Exemple : un propriétaire de restaurant a entreposé dans une cage de fer des bonbonnes de gaz propane à l'arrière de son commerce. Une nuit, les bonbonnes explosent et endommagent le commerce voisin.

Pour être indemnisée, la victime doit être en mesure de prouver :

- le fait autonome du bien ;
- l'identité du gardien.

C'est l'objet qui doit causer le dommage et non pas un individu qui le contrôle.

Dans la mise en situation précédente, les bonbonnes ont explosé par elles-mêmes sans l'intervention de quiconque.

Un tuyau qui éclate ou un arbre qui tombe sont autant

d'autres exemples du fait autonome d'un bien.

Si c'est un individu qui a un comportement fautif, c'est le régime général de la responsabilité qui s'applique.

Exemple : si des jeunes avaient forcé le cadenas de la cage de fer pour mettre le feu aux bonbonnes, ceci ayant causé l'explosion, on ne pourrait pas parler de fait autonome du bien ; les jeunes seraient en principe responsables des dommages survenus et non le propriétaire du restaurant.

La victime doit ensuite pouvoir identifier la personne qui avait la garde du bien, c'est-à-dire la personne qui pouvait, en principe, intervenir pour empêcher le préjudice et qui détenait un certain pouvoir de contrôle et de surveillance sur le bien.

Le gardien d'un bien n'est pas nécessairement le propriétaire, mais peut être également la personne qui en a l'usage comme un locataire.

Dans l'exemple précédent, c'est le propriétaire du restaurant qui avait la garde du bien.

L'exonération

Afin de se dégager de sa responsabilité, le gardien d'un bien peut prouver qu'il n'a commis aucune faute.

Il peut démontrer qu'il lui était impossible de prévenir le préjudice et qu'il a pris tous les moyens raisonnables pour tenter de l'éviter.

Il peut également renverser la présomption en soulevant la force majeure ou même la faute de la victime.

Exemple : le propriétaire du restaurant peut soulever comme moyen de défense que chaque mois, il faisait inspecter les bonbonnes de gaz par des spécialistes, qu'il lui était impossible de savoir que certaines bonbonnes comportaient des vices de fabrication et qu'il a respecté tous les règlements et les normes relativement à l'entreposage de bonbonnes. Si c'est la foudre qui s'est abattue sur les bonbonnes causant ainsi l'explosion, le propriétaire pourra s'exonérer en invoquant la force majeure.

LA RUINE DES IMMEUBLES

Le propriétaire d'un immeuble est responsable du préjudice causé par la ruine de son immeuble si celle-ci découle d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien.

Exemple : lors d'un repas de noces dans une somptueuse salle de réception, une partie du plafond s'écroule et blesse plusieurs invités. Le propriétaire de la salle de réception peut être tenu responsable des dommages causés à la suite à la chute du plafond si l'immeuble a été mal construit ou mal entretenu.

Le propriétaire de l'immeuble

La victime doit être en mesure d'identifier le propriétaire de l'immeuble.

Le vice de construction ou le défaut d'entretien

La victime devra ensuite prouver que la ruine de l'immeuble découle d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien.

Le propriétaire a l'obligation que son bâtiment soit construit selon les règles de l'art et soit entretenu de façon à assurer la sécurité des occupants ou des visiteurs.

Exemple : dans la mise en situation précédente, les victimes pourraient prouver que les matériaux utilisés ne convenaient pas pour ce genre d'immeuble (vice de construction). Elles pourraient prouver aussi que les conduites d'eau n'ont pas été entretenues convenablement, ce qui causé l'effondrement du plafond (défaut d'entretien).

L'exonération

Le propriétaire d'un immeuble ne peut pas se dégager de sa responsabilité en affirmant qu'il s'est conduit en personne prudente et diligente ou en affirmant qu'il n'a commis aucune faute.

Le propriétaire peut toutefois soulever la force majeure, la faute de la victime ou la faute d'un tiers.

LA RESPONSABILITÉ DU FABRICANT ET DU VENDEUR PROFESSIONNEL EN MATIÈRE EXTRACONTRACTUELLE

L'entrepreneur qui a fabriqué, vendu ou distribué un bien est tenu d'indemniser la victime qui a subi des dommages suite au défaut de sécurité du bien, même si cette victime n'est pas liée par contrat avec cet entrepreneur.

Exemple : Richard, le voisin de Marcel, s'est acheté un trampoline. Un mois plus tard, alors que Marcel saute sur le trampoline, les ressorts cèdent et Marcel se casse une jambe en tombant au sol. Marcel, même s'il n'a pas acheté lui-même le trampoline et qu'il n'a donc pas conclu de contrat, peut poursuivre l'entreprise qui a vendu le trampoline à son voisin, le fabricant de ce trampoline ou les entreprises qui ont servi d'intermédiaires entre le fabricant et le vendeur.

Le défaut de sécurité du bien

La loi prévoit qu'il y a défaut de sécurité du bien lorsque celui-ci n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment lorsque le bien démontre un vice de conception ou de fabrication, une mauvaise conservation, une mauvaise présentation ou que celui-ci n'est pas accompagné d'indications suffisantes relativement aux dangers et aux risques qu'il comporte et aux façons de s'en prémunir.

Le fabricant et le vendeur professionnel ont donc un devoir d'information.

De plus, le défaut de sécurité du bien s'apprécie selon l'utilisation normale du bien ainsi que selon les connaissances ou les habiletés de l'utilisateur.

Même si le bien est intégré à un immeuble, le fabricant et/ou le vendeur demeurent responsables des défauts de sécurité de ce bien. C'est notamment le cas des ascenseurs ou des systèmes de climatisation qui sont incorporés à un bâtiment.

L'exonération

Pour se dégager de leur responsabilité, le fabricant et le vendeur professionnel peuvent démontrer,

en plus de la force majeure ou d'une faute commise, que la victime connaissait ou était en mesure de connaître le défaut de sécurité du bien ou qu'il était en mesure de prévoir le préjudice.

Le fabricant et le vendeur professionnel peuvent également démontrer que le défaut de sécurité ne pouvait pas être connu au moment où le bien a été fabriqué ou distribué compte tenu de l'état des connaissances à ce moment-là.

Ils doivent alors prouver qu'ils n'ont pas été négligents dans leur devoir d'information lorsqu'ils ont eu connaissance du défaut.

Exemple : une entreprise développe un nouveau produit qui, quelques années après sa mise en marché, comporte un défaut de sécurité. L'entreprise ne sera pas responsable des dommages causés pourvu qu'elle informe les usagers dès que ce défaut est porté à sa connaissance.

EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

La loi prévoit que le fabricant et/ou le vendeur professionnel doivent indemniser la victime pour les dommages subis si le bien vendu dénote des vices de fabrication alors que la victime est liée par contrat.

Exemple : une entreprise de fabrication de meubles a acheté une machine d'un fabricant qui lui permet de tailler de belles portes de cuisine. Une semaine plus tard, au cours d'un quart de travail, la machine s'est brisée, ce qui a paralysé la production pendant plus de deux semaines. L'entreprise de meubles a perdu des contrats et a subi de nombreux dommages. Le fabricant est tenu d'indemniser l'entreprise de meubles si l'appareil avait un vice de fabrication quelconque.

La garantie de qualité

Le vendeur professionnel ou le fabricant d'un meuble est tenu de fournir un bien de qualité, sécuritaire, durable et sans vices.

Pour que la responsabilité du fabricant ou du vendeur professionnel soit engagée, l'acheteur doit prouver que le bien s'est détérioré prématurément par rapport à d'autres machines similaires.

L'exonération

Le fabricant qui a vendu la machine pourra toutefois prouver que les dommages sont survenus après une mauvaise utilisation du bien.

Exemple : si l'entreprise n'a pas respecté les consignes de sécurité qui accompagnaient l'appareil, le fabricant ne sera pas responsable.

LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

La protection du consommateur

La Loi sur *la protection du consommateur* établit une garantie légale qui vise à protéger le consommateur.

Le consommateur est une personne physique qui achète des biens d'une personne qui exploite un commerce, soit un commerçant.

Exemple : dans le cas mentionné plus haut, si c'est Richard qui s'était blessé au lieu de Marcel, Richard peut se faire rembourser le prix du trampoline puisque c'est lui qui l'a acheté en plus de réclamer des dommages et intérêts pour les blessures qu'il a subies.

La Loi sur la protection du consommateur ne s'applique donc pas à toutes les situations.

Exemple : à l'inverse, Marcel n'est pas protégé par la Loi sur la protection du consommateur, parce que ce n'est pas lui qui a acheté le trampoline. L'entreprise de meubles n'est également pas protégée par la loi, parce qu'elle ne peut pas être qualifiée de consommateur.

La garantie légale de qualité

La Loi sur la protection du consommateur prévoit qu'un bien doit pouvoir servir à un usage normal pendant une durée raisonnable eu égard à son prix, aux dispositions du contrat et aux conditions d'utilisation du bien.

Le consommateur peut exercer son recours soit contre le fabricant, soit contre le commerçant.

La Loi sur la protection du consommateur empêche le fabricant ou le commerçant de limiter cette garantie légale par une disposition du contrat.

Contrairement au régime commun décrit plus haut, la Loi sur la protection du consommateur ne permet pas que le fabricant et le commerçant puissent invoquer qu'ils ignoraient les vices ou les défauts de sécurité du bien lors de la fabrication du produit. Ils doivent assumer tous les risques présentés par le produit.

Ce régime est par conséquent beaucoup plus sévère pour le fabricant ou le vendeur professionnel que ceux que nous avons vus précédemment.

Liens utiles

Réseau juridique du Québec :
avocat.qc.ca/public/iiresp-fabricant.htm

LA RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES ET DES ADMINISTRATEURS

En général, les actionnaires et les administrateurs d'une compagnie ne sont pas responsables des fautes commises par celle-ci.

La loi prévoit qu'une compagnie est distincte de ses membres et que ses actes n'engagent généralement qu'elle-même.

Exemple : une compagnie qui oeuvre dans la production de chandelles artisanales ne livre pas à une boutique la quantité de chandelles qui était prévue au contrat, ce qui fait perdre à la boutique des clients et des ventes. La compagnie sera la seule responsable de cette faute. Les administrateurs et les actionnaires ne pourront pas être poursuivis, même si la compagnie n'a pas assez d'actifs pour indemniser la boutique des pertes qu'elle a subies.

Toutefois, les administrateurs et les actionnaires d'une

compagnie peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée dans certaines situations particulières que nous allons examiner.

LA RESPONSABILITÉ DE L'ACTIONNAIRE

L'actionnaire est responsable des fautes qui sont commises par la compagnie jusqu'à concurrence du montant qui n'a pas été payé sur ses actions.

Si les actifs de la compagnie ne sont pas suffisants pour acquitter sa dette, l'actionnaire, qui a payé la totalité du prix de ses actions, n'aura personnellement aucune somme à débourser.

L'actionnaire est donc protégé, mais cette protection n'est pas absolue.

L'actionnaire peut assumer par contrat une responsabilité pour les dettes et obligations de la compagnie en se portant, par exemple, caution pour celle-ci. L'actionnaire peut être personnellement responsable des obligations de la compagnie en signant une convention unanime des actionnaires, car il encourt la responsabilité liée aux pouvoirs que la convention retire aux administrateurs.

Un actionnaire ne peut pas utiliser une compagnie pour faire une fraude, un abus de droit ou pour contrevenir à une règle d'ordre public.

Dans chacun de ces trois cas, l'actionnaire sera personnellement responsable des dettes de la compagnie et pourra être poursuivi en justice.

Exemple : si une personne constitue une compagnie pour contourner des lois environnementales, elle pourra, en tant qu'actionnaire, être personnellement poursuivie en justice si des dommages sont causés à l'environnement et que la compagnie n'a pas assez d'actifs pour indemniser la victime.

LA RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE DE L'ADMINISTRATEUR

Voici quelques situations où la responsabilité personnelle de l'administrateur d'une compagnie pourra être engagée.

La participation active de l'administrateur

Les administrateurs peuvent être tenus personnellement responsables des dettes d'une compagnie s'ils s'engagent personnellement envers les cocontractants de celle-ci.

Exemple : un administrateur qui cautionne des obligations de la compagnie serait personnellement responsable des dettes de celle-ci.

Si l'administrateur ne fait qu'un avec la compagnie, c'est-à-dire que si les cocontractants ne sont pas en mesure de déterminer si celui-ci agit à titre personnel ou pour le compte de la compagnie, il pourrait voir sa responsabilité personnelle engagée.

La faute paulienne (maintenant appelée « action en inopposabilité »)

Un administrateur ne peut pas poser des gestes qui font en sorte que des biens de la compagnie sont volontairement soustraits aux créanciers en faveur des administrateurs de la compagnie ou des autres compagnies qu'ils contrôlent.

Exemple : une compagnie ne peut pas déménager les meubles qui occupent ses locaux vers ceux de sa compagnie soeur pour empêcher le locateur de saisir les biens en cas de non-paiement du loyer. Les administrateurs pourraient être tenus responsables.

L'oppression

Ce recours vise les sociétés sous l'autorité de la loi fédérale.

Il ressemble beaucoup à celui de la faute paulienne.

Les créanciers peuvent poursuivre personnellement les administrateurs en justice, par le biais du recours pour oppression, lorsque la compagnie est incapable d'acquitter ses dettes suite à des paiements faits aux administrateurs ou à d'autres personnes liées.

L'omission

Les administrateurs d'une compagnie ne peuvent pas cacher aux cocontractants de la compagnie l'insolvabilité de celle-ci pour avoir droit à du crédit.

Exemple : si une compagnie achète à crédit des marchandises à un fournisseur, que l'administrateur de cette compagnie n'avait pas dévoilé au fournisseur la situation précaire de l'entreprise et que celle-ci fait faillite, cet administrateur pourra être poursuivi en justice.

La faute personnelle

L'administrateur peut être tenu responsable s'il démontre une conduite malicieuse ou s'il va au-delà du mandat qui lui a été confié.

Exemple : si un administrateur fait de fausses représentations quant à la situation financière de la compagnie, sa responsabilité personnelle pourra être engagée.

Liens utiles

Réseau juridique du Québec :
www.avocat.qc.ca/affaires/iiresp-admin.htm

LA PRESCRIPTION

La prescription est un mécanisme par lequel, suite au simple écoulement du temps, des droits peuvent s'acquérir (prescription acquisitive) alors que d'autres peuvent s'éteindre (prescription extinctive).

Les délais sont différents entre la prescription extinctive (trois ans) et la prescription acquisitive (trois ou 10 ans). Certaines actions ont un délai de prescription plus court comme l'action fondée sur une atteinte à la réputation (un an à partir de la connaissance du fait par la personne diffamée).

Nous allons nous intéresser particulièrement à la prescription extinctive étant donné sa pertinence avec la responsabilité civile.

Exemple : le client de la terrasse aura trois ans à compter du jour où est survenu l'accident pour intenter un recours contre le propriétaire du restaurant ou le fabricant de

l'auvent qui lui est tombé sur la tête. À défaut d'intenter ce recours dans les trois ans, il perdra son droit et ne pourra plus réclamer d'indemnité (prescription extinctive).

En matière de responsabilité civile, la prescription commence à courir le jour où apparaît le préjudice ou à partir de la connaissance de celui-ci.

Si le préjudice apparaît de façon graduelle, le délai commence lors de sa première manifestation.

En cas de dommage corporel, il est également possible pour la victime de modifier sa réclamation pendant un délai de trois ans suite à la date du jugement.

La renonciation

Il est possible pour une personne de renoncer au bénéfice ou au droit que lui procure la prescription.

Exemple : le client de la terrasse, qui n'aurait pas intenté de recours contre le propriétaire du restaurant dans les trois ans suivant les blessures qu'il a subies, n'aurait plus de recours contre le propriétaire de la terrasse. Toutefois, ce dernier pourrait renoncer à la prescription et indemniser le malheureux client.

Même si la renonciation est permise, il n'est pas possible de convenir d'un délai de prescription différent de celui qui est prévu par la loi.

L'interruption

La prescription est interrompue si, par exemple, le client de la terrasse décide de déposer une demande en justice avant l'expiration du délai de prescription.

La suspension

La suspension permet d'arrêter pendant une certaine période de temps le délai de prescription.

À la fin de la période de suspension, le compteur ne repart pas à zéro, mais le calcul reprend où il avait été arrêté.

La prescription est suspendue lorsqu'il est impossible pour une personne d'agir.

Exemple : si le client blessé demeure dans un coma pendant quelques mois à la suite de la chute de l'auvent sur sa tête, la prescription ne court pas durant cette période puisqu'elle est suspendue. Elle commencera à courir lorsque le client retrouvera ses esprits et qu'il sera en mesure d'agir ou de demander à quelqu'un d'agir à sa place.

La prescription est également suspendue si la victime est incapable, pendant une certaine période de temps, d'identifier la personne qui a causé son préjudice.

Les effets

La prescription éteint le droit d'action ; il n'est donc plus possible d'exercer un recours en justice lorsque le délai est écoulé.

La loi prévoit dans certains domaines des délais de prescription différents.

Par exemple, en matière d'atteinte à la réputation, le délai de prescription est d'un an.

Les actions prises contre les municipalités sont également soumises à des délais de prescription différents. En ce qui concerne les dommages matériels, dans le cas d'une ville, un préavis doit être donné dans les 15 jours où les dommages sont survenus et le délai de prescription est de six mois.

Dès que vous aurez un droit à faire valoir, contre une personne physique, une compagnie ou une municipalité, nous vous invitons à consulter un avocat le plus rapidement possible pour ne pas perdre de droit à cause de la prescription ou de la nécessité d'envoyer un préavis nécessaire pour exercer un droit.

Liens utiles

Éducaloi :
www.educaloi.qc.ca/capsules/la-prescription

Réseau juridique du Québec :
www.avocat.qc.ca/public/iiprescription.htm

CONCLUSION

Comme nous venons de le voir, la responsabilité d'une personne qui exploite une entreprise peut être engagée dans plusieurs situations dont certaines échappent totalement à son contrôle. Une poursuite judiciaire pourrait donc être lourde de conséquences et même catastrophique pour l'entreprise. Il est donc fortement recommandé de vous informer auprès de votre assureur afin de souscrire à une assurance responsabilité pour vous-même ou pour votre entreprise.

PAR :
ETIENNE TREMBLAY
AVEC LA COLLABORATION DE JASMINE ADHAMI

LES MODIFICATIONS APPORTÉES À LA LOI SUR LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR



ETIENNE TREMBLAY //
ETIENNE.TREMBLAY@SNCLAVALIN.COM
Membre du Barreau du Québec depuis 2006, Me Etienne Tremblay est avocat chez SNC-Lavalin Construction Inc. où il veille à la protection des intérêts, à l'exercice des droits et au respect des obligations de la société dans le cadre du projet de construction en partenariat public privé du Centre Universitaire de Santé McGill Campus Glen. Il a auparavant exercé le droit des affaires, notamment dans le domaine des fusions et acquisitions. Il détient également un baccalauréat en biochimie de l'Université McGill.



JASMINE ADHAMI //
JASMINE.ADHAMI@GOWLINGS.COM
Me Jasmine Adhami est avocate au bureau de Gowlings à Montréal. Sa pratique est axée sur le droit des affaires en général, plus précisément sur le droit des sociétés et le droit commercial. Son expertise couvre en outre les questions commerciales liées au droit autochtone.

Me Adhami collabore à la préparation des divers documents nécessaires dans les dossiers de fusions et acquisitions, en plus de rédiger divers types de contrats liés aux opérations commerciales de sociétés. Elle conseille également des sociétés nationales et multinationales à l'égard des aspects juridiques touchant la publicité, les politiques des sites Web de sociétés, la Loi sur la protection des consommateurs et les obligations en matière de langue au Québec.

INTRODUCTION

L'année 2011 marque le 40e anniversaire de la création de l'Office de la protection du consommateur (Office) et de l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur* (LPC). La LPC s'applique à tout contrat conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service. La LPC décrit ainsi le consommateur : « *une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service aux fins de son commerce* ».

En vertu de l'article 292 de la LPC, l'Office porte plusieurs chapeaux, mais a toujours comme mission de base de protéger le consommateur. Sans être exhaustif, l'Office reçoit les plaintes des consommateurs, renseigne la population et sensibilise les commerçants.Contrairement au *Code civil du Québec* où l'on retrouve des principes généralement ouverts à l'interprétation par les tribunaux, la LPC est une loi beaucoup plus rigide. Elle prévoit une garantie fondamentale sur tous les biens et les services en plus de prévoir des protections particulières pour certains types de contrats relatifs au crédit, au commerce itinérant, à la vente et la réparation d'automobile ou à la location à long terme. La LPC encadre la publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans et elle interdit les pratiques trompeuses. Puisque la LPC empêche de recourir à certaines clauses contractuelles ou d'adopter certaines pratiques commerciales, on peut dire qu'elle laisse peu de place à l'interprétation.

Le présent texte vise à effectuer un survol des modifications apportées à la LPC depuis 2006 dans le cadre d'une vaste réforme entreprise par le gouvernement du Québec. Le lecteur est également invité à lire le texte de la LPC et ses règlements ainsi qu'à consulter un professionnel du droit pour obtenir de plus amples détails ou pour connaître les exceptions applicables, le cas échéant.

LA NOUVELLE LPC

La modification de la LPC en 2006 a permis de moderniser cette dernière. Cette mise à jour de la LPC comporte trois phases : une première adoptée en 2006, une seconde en 2010 et une troisième en cours de préparation au moment de la rédaction de ce guide.

Première phase

La première phase fut menée en 2006 et contenait essentiellement une nouvelle section complète sur les contrats conclus à distance. L'objectif principal est de régir les achats par Internet et d'encadrer le télémarketing. Les règles initiales en matière de contrats à distance avaient été instaurées dans la LPC en 1978 alors que les ventes par catalogues faisaient fureur.

La nouvelle section précise les obligations du commerçant pour les contrats conclus à distance en instaurant

« Puisque la LPC empêche de recourir à certaines clauses contractuelles ou d'adopter certaines pratiques commerciales, on peut dire qu'elle laisse peu de place à l'aintréprétation »

notamment une obligation de divulgation avant la conclusion du contrat des renseignements incluant : le nom, l'adresse et le numéro de téléphone (le cas échéant, son numéro de télécopieur et son adresse technologique) du commerçant ; une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat ; un état détaillé du prix de chaque bien ou service incluant les frais connexes et une description de tous les frais supplémentaires qui pourraient être exigibles.[1] Autre changement notable : le contrat à distance est réputé conclu à l'adresse du consommateur ce qui a un impact sur le droit applicable au contrat. La nouvelle section prévoit également que le contrat doit être constaté par écrit et que le commerçant doit transmettre une copie au consommateur dans les 15 jours suivant la conclusion du contrat. Une opportunité de mettre fin au contrat est offerte au consommateur en envoyant un avis au commerçant à cet effet à l'intérieur de la période indiquée.

Le législateur a introduit en droit québécois un mécanisme que l'on retrouve ailleurs dans plusieurs provinces canadiennes, aux États-Unis et en Europe : la rétrofacturation. Advenant que le commerçant ne rembourse pas un achat effectué par carte de crédit à la suite de l'exercice par le consommateur de son droit de mettre fin au contrat, le consommateur lésé pourra s'adresser directement à son émetteur de carte de crédit afin que son compte soit crédité et que celui du commerçant fautif soit débité.

Lors de cette première phase de modifications, le législateur en a profité pour interdire, dans les contrats régis par la LPC, l'ajout d'une clause jugée abusive. Il est dorénavant interdit pour un commerçant de recourir aux clauses imposant l'arbitrage obligatoire. Ces clauses, largement utilisées dans les contrats de vente, privaient le consommateur de la possibilité de soumettre un litige devant un tribunal notamment dans le cadre d'un recours collectif. Contrairement à un litige soumis devant les tribunaux, les décisions arbitrales sont quant à elles généralement finales et sans appel.

Deuxième phase

La deuxième phase de la réforme de la LPC est entrée en vigueur le 30 juin 2010. Cette dernière contient de nombreux autres changements d'importance. Derrière cet effort de modernisation se trouvent des objectifs avoués d'amélioration de l'équilibre entre les commerçants et les consommateurs qui passent notamment dans le fait de s'assurer que le consommateur donne un consentement plus éclairé. C'est d'ailleurs sur cette phase que nous nous attarderons le plus aux fins de ce guide.

Les modifications contenues dans cette phase touchent le secteur des télécommunications, de nouvelles stipulations interdites dans les contrats, la divulgation des prix, les garanties supplémentaires et, pour la première fois en droit québécois, la réalité des cartes prépayées.

Les stipulations interdites

Avant d'effectuer un survol des nouvelles stipulations interdites, voyons d'abord quelles étaient les clauses interdites qui prévalaient dans tous les contrats relatifs aux biens et aux services avant l'entrée en vigueur de la phase deux de la réforme de la LPC.

Il se trouve que le commerçant ne peut se dégager contractuellement des conséquences de son fait personnel ou de celui de son représentant. Également, le contrat ne peut contenir une clause réservant au commerçant le droit de décider unilatéralement que le consommateur a manqué à l'une de ses obligations ou encore, qu'une situation ou un fait s'est produit. S'ajoute à ces deux stipulations interdites celle empêchant le recours à l'arbitrage obligatoire instaurée durant la première phase de la réforme.

Le législateur a ajouté en 2010 une série de nouvelles clauses jugées inéquitables envers les consommateurs. À moins qu'il ne s'agisse d'un contrat de service à durée indéterminée, il est dorénavant interdit pour un commerçant de modifier unilatéralement un élément essentiel du contrat (par exemple, la nature du bien ou du service, la durée et le prix). Est aussi interdite la clause permettant de modifier unilatéralement les autres clauses du contrat à moins que certaines mentions (entre autres, une procédure) spécifiquement énumérées dans la nouvelle LPC ne soient également incluses dans la modification. Ces nouvelles stipulations interdites ne font pas le bonheur des commerçants, car ces derniers appréciaient la possibilité de modifier le contrat par l'envoi d'un simple préavis.

Les commerçants ne pourront plus exclure de leur contrat l'application, en tout ou en partie, des articles 2125 et 2129 du *Code civil du Québec*. Ces articles permettent notamment au client (d'un contrat de services ou d'entreprise) de résilier le contrat à sa convenance. En général, l'on peut renoncer à l'application de ces articles, mais cela ne sera plus possible maintenant dans le cadre d'un contrat de services ou d'entreprise (ex. : projet de rénovation) entre un commerçant et un consommateur. Dès

1 La liste complète des renseignements que le commerçant doit divulguer au consommateur se retrouve à l'article 54.4 de la LPC.

lors, le consommateur aura toujours le droit de résilier un tel contrat à tout moment et à sa discrétion.

Le droit de résiliation du contrat par le commerçant est également dorénavant réglementé. Le commerçant ne pourra plus recourir à une clause lui permettant de mettre fin unilatéralement à un contrat à exécution successive à durée déterminée (l'application la plus commune de ces contrats se trouve dans le domaine des télécommunications) sauf en cas de défaut du consommateur ou d'un motif sérieux prévu au Code civil du Québec. Pour les contrats à durée indéterminée, un préavis écrit de 60 jours sera requis du commerçant. Encore ici, les commerçants ont perdu la flexibilité de pouvoir résilier un contrat unilatéralement grâce à l'envoi d'un préavis.

Enfin, la clause communément appelée « clause pénale » est dorénavant interdite sauf exception prévue dans la loi (contrat de vente ou de location à long terme d'une automobile). La clause pénale est décrite dans la LPC comme étant une stipulation prévoyant que le consommateur, en cas d'inexécution de son obligation, doit payer des frais, de pénalités ou de dommages, dont le montant ou le pourcentage est fixé à l'avance dans le contrat. À noter que seuls les intérêts encourus pourront être réclamés du consommateur en cas d'inexécution de son obligation, c'est-à-dire la plupart du temps, l'obligation qu'a le consommateur de payer au commerçant le montant prévu au contrat.

Pratiques de commerce

La LPC comporte une nouvelle obligation de divulgation par le commerçant relativement au prix du bien ou du service. Ainsi, tout prix annoncé doit inclure le total des sommes que le consommateur devra débourser pour obtenir le bien ou le service, à l'exception des taxes. Il est fini le temps des frais cachés. Par exemple, les concessionnaires automobiles ont désormais l'obligation d'inclure les frais de transport et de préparation au prix affiché des véhicules.

Les services ou biens offerts en promotion pour une période limitée ont également reçu l'attention du législateur (exemple : fonction sur téléphone mobile ou abonnement à prix réduit pour les journaux). À la fin de la promotion ou de la période d'essai, les commerçants doivent dorénavant obtenir le consentement de leurs clients avant d'appliquer le tarif régulier. Cette exigence s'applique à tous les commerçants qui utilisent cette formule connue sous le nom d'« option négative ».

Garanties supplémentaires

Les garanties prolongées ont également fait l'objet d'une attention particulière du législateur. Avant d'offrir au consommateur de conclure un contrat de garantie supplémentaire conventionnelle à titre onéreux, les commerçants ont dorénavant l'obligation d'informer le consommateur à la fois verbalement et par écrit du contenu de la garantie légale accompagnant le bien. Il en va de même pour l'existence, la durée et l'objet de la garantie du fabricant offerte gratuitement. La garantie légale est généralement méconnue du public. Celle-ci établit, entre autres, que tout bien doit fonctionner pour une durée raisonnable compte tenu du prix payé, cette durée pouvant même excéder celle de la garantie du fabricant. En pratique, ces nouvelles dispositions se traduiront par la nécessité d'offrir de la formation aux employés de première ligne afin que ceux-ci soient aptes à informer les clients de l'existence des garanties légales et des garanties du fabricant de façon à respecter les nouvelles exigences de la LPC.

Pour continuer dans le domaine des garanties, la LPC prévoit désormais que le consommateur qui désire se prévaloir d'une garantie ne pourra plus se voir imposer par le commerçant l'obligation de devoir fournir la preuve que le propriétaire précédent avait respecté les conditions de la garantie. On peut penser ici au consommateur qui achète un véhicule usagé encore couvert par la garantie du fabricant. Le nouveau propriétaire pourra bénéficier de la balance de garantie sans avoir à prouver que le propriétaire précédent avait respecté les conditions de la garantie du fabricant du véhicule.

Les cartes prépayées

Avec l'entrée en vigueur de la seconde phase de la réforme, le Québec a emboîté le pas à certaines provinces canadiennes en adoptant des dispositions régissant l'utilisation des cartes prépayées. Les nouvelles dispositions visent les chèques-cadeaux, les cartes-cadeaux, bref tout autre instrument d'échange analogue permettant au consommateur de se procurer un bien ou un service moyennant un paiement effectué à l'avance.

D'abord, la nouvelle LPC impose au commerçant, avant de conclure le contrat, d'informer par écrit le consommateur des conditions d'utilisation de la carte prépayée ainsi que de la manière dont le solde de cette dernière pourra être vérifié par le consommateur. De plus, la LPC interdit dorénavant la stipulation d'une date d'expiration sur les cartes prépayées à moins que le contrat ne porte sur une utilisation illimitée d'un service comme, par exemple, les cartes prépayées de téléphonie cellulaire, la carte d'un centre d'entraînement ainsi que les cartes de transport en commun. Ces dernières peuvent prévoir une date d'expiration. La LPC comporte d'autres nuances à ce sujet.

Qui plus est, les nouvelles dispositions de la LPC prévoient désormais qu'aucun frais ne peut être réclamé du consommateur pour la délivrance ou l'utilisation de la carte prépayée. Ici aussi, la réglementation relative à la LPC comporte certaines exceptions notamment concernant les cartes « multimagasins » (ex. centre d'achat) ainsi que les cartes prépayées émises par les compagnies de crédit. Enfin, la LPC prévoit également que le commerçant qui agit comme une partie à un contrat de vente de carte prépayée doit rembourser au consommateur, sur demande, le solde de sa carte prépayée si celui-ci est de cinq dollars ou moins. Les cartes de téléphonie cellulaire prépayées et les cartes prépayées émises par les compagnies de crédit ne sont pas soumises à l'obligation de remboursement.

Les contrats à exécution successive de service fourni à distance

La LPC contient dorénavant une nouvelle section entière sur les contrats à exécution successive de service fourni à distance. On vise ici, notamment, tout le secteur des télécommunications c'est-à-dire les contrats de téléphonie cellulaire, d'Internet, de câblodistribution ou de télévision par satellite. Cette nouvelle section constitue un pan majeur de la nouvelle LPC. Toutefois, les dispositions qui y sont contenues ne s'appliqueront pas à la situation du lecteur en tant qu'entreprise cliente de tels services, à moins, bien entendu, que vous démarriez une entreprise de télécommunications et que vous offrirez vos services à des consommateurs. Rappelez-vous que si vous signez un contrat de télécom-

munications avec un fournisseur de services aux fins de votre entreprise, vous n'êtes pas un consommateur au sens de la LPC et les dispositions de cette dernière ne s'appliqueront pas au contrat.

À l'instar des autres types de contrats touchés par la nouvelle LPC, les obligations d'information ont été renforcées. Ainsi, la LPC exige un contrat constaté par écrit avec un contenu minimal obligatoire (prix, durée, restrictions, etc.). Le consommateur dispose également d'un droit de résilier le contrat à tout moment et à sa discrétion en transmettant un avis au commerçant. La LPC encadre aussi dorénavant les pénalités imposées aux consommateurs en cas de résiliation. Une pénalité ne pourra être imposée que si un bénéfice économique a été consenti au moment de la signature du contrat, par exemple, un téléphone mobile ou un modem gratuit ou à prix réduit. Dans ce cas, le montant de la pénalité diminuera de façon graduelle et uniforme sur l'ensemble de la période du contrat. Ceci correspond à la méthode d'amortissement utilisée par les commerçants. Donc, plus la résiliation survient tardivement pendant la durée du contrat plus le montant de la pénalité sera réduit. En l'absence de bénéfice économique, la pénalité ne pourra dépasser le montant le moins élevé entre 50 $ ou 10 % de la valeur des services restants au contrat.

L'époque des clauses de reconduction automatique se veut aussi révolue grâce à la LPC. Ce type de clause permet le renouvellement automatique du contrat à son échéance sans le consentement du consommateur, à moins que le renouvellement soit pour une durée indéterminée. Pour faciliter la tâche du consommateur, le commerçant devra aviser celui-ci de l'expiration de son contrat entre le 90e et le 60e jour avant la date fixée.

De plus, la LPC accorde un congé de paiement du prix des services si le bien nécessaire à l'obtention des services est en réparation à moins de recevoir gratuitement un bien de remplacement pendant la période de réparation.

Enfin, la LPC contient aussi des dispositions encadrant le dépôt de garantie fourni par un consommateur.

Autres nouveautés dans la LPC

Lors de la phase deux de la réforme de la LPC, le législateur a décidé d'élargir la portée du recours en injonction qui pouvait être exercé à l'encontre de pratiques interdites. Ce recours peut dorénavant également être exercé pour faire cesser l'insertion de clauses contraires à la loi. Par le passé, seul le président de l'Office pouvait exercer ce recours. Désormais, tout organisme destiné à protéger le consommateur peut également exercer le recours en injonction. Les regroupements intéressés par les questions de consommation disposent désormais d'une nouvelle arme à l'encontre des commerçants récalcitrants.

Les nouvelles modifications apportées à la LPC prévoient un autre outil intéressant pour les consommateurs. En effet, la LPC offre la possibilité de créer, par l'adoption de règlements, des fonds d'indemnisation dans des secteurs couverts par les lois administrées par l'Office. Cette mesure s'inspire du fonds d'indemnisation mis en place en faveur des clients des agences de voyages et géré avec succès par l'Office. Cette mesure permettrait l'indemnisation des consommateurs lors de la faillite ou de la fermeture d'une entreprise.

Troisième phase

La troisième phase de la vaste réforme de la LPC n'a pas encore vu le jour sous forme de projet de loi au moment de la rédaction de ce guide. Les modifications envisagées viseront le crédit à la consommation et le surendettement. Cette phase serait déjà grandement avancée. Pour plus d'information, vous pouvez consulter le Document d'orientation pour la deuxième consultation (5 mars 2010) sur le site de l'Office.

CONCLUSION

Ce survol des nouvelles dispositions insérées dans la LPC au cours des dernières années visait à informer de façon sommaire l'entrepreneur ou le futur entrepreneur des obligations auxquelles il devra faire face en matière contractuelle et dans ses pratiques commerciales lorsque son entreprise fait affaire avec des consommateurs.

Comme vous aurez pu le constater, la LPC est une pièce de la législation en pleine évolution. Beaucoup de changements y ont été apportés et plusieurs autres sont encore à venir. L'impact de tous ces changements s'est fait, et se fera sentir, chez les commerçants. Des ajustements seront requis. À cet égard, un suivi des changements législatifs et réglementaires est fortement suggéré.

LIENS UTILES

Site de l'Office sur lequel on peut également aisément trouver le texte de la LPC et ses règlements :
www.opc.gouv.qc.ca

PAR PHILIPPE-ANDRÉ TESSIER

LE DROIT DE L'EMPLOI ET DU TRAVAIL POUR L'ENTREPRISE PRIVÉE



PHILIPPE-ANDRÉ TESSIER //
PATESSIER@RSSLEX.COM

Membre du Barreau du Québec depuis 2001 et de l'Ordre des conseillers en ressources humaines agréés depuis 2003, Me Philippe-André Tessier, CRIA, est associé au sein du groupe du droit de l'emploi et du travail du cabinet Robinson Sheppard Shapiro. Ses principaux champs de pratique incluent les relations de travail et le droit de l'emploi. Il est titulaire d'un baccalauréat en droit et d'un baccalauréat ès sciences (sciences de la communication et relations industrielles).

INTRODUCTION ET SURVOL CONSTITUTIONNEL

Le présent texte se veut un survol rapide des principaux défis auxquels fait face l'entreprise privée dans ses rapports quotidiens avec ses employés. Il ne s'agit en aucun cas d'un survol exhaustif de l'ensemble des problématiques que l'on peut répertorier dans ce domaine du droit en pleine évolution.

De plus, il est important de préciser que ce texte se veut un outil pour les entreprises soumises à la juridiction provinciale pour leurs relations de travail, car exceptionnellement pour certains domaines, tels les banques, la télévision et la radio, le transport routier et ferroviaire interprovincial et international, cette compétence appartient à la juridiction fédérale (soit environ 10% des salariés au Canada). Aux fins du présent texte, seuls les rapports de travail au Québec seront examinés, en effet comme le droit de l'emploi et du travail est de compétence provinciale, chaque province a adopté des lois spécifiques régissant ce domaine. Vous devez donc vous référer à la juridiction spécifique pour tout employé situé à l'extérieur du Québec.

UN STATUT PARTICULIER : LE TRAVAILLEUR AUTONOME

Le travailleur autonome (aussi appelé le travailleur indépendant, l'entrepreneur ou le fournisseur de service) est celui qui travaille pour lui-même et non pour le compte d'une autre personne. Il peut être incorporé ou non. Il n'y a pas de contrat de travail qui le lie avec un employeur. Il s'agit plutôt d'un contrat de service au sens du *Code civil du Québec*.

Plusieurs critères ont été établis par les tribunaux afin de déterminer si un travailleur autonome en est véritablement un. Parmi ceux-ci, les principaux sont les suivants :

- le travailleur autonome contrôle son travail, son horaire et peut se faire remplacer ;
- il fournit ses propres outils ;
- il a la possibilité de faire des profits ;
- il assume les risques de perte.

Le statut de travailleur autonome a pour effet de le soustraire à la protection prévue par les lois du travail, telles la *Loi sur les normes du travail* (LNT) et les dispositions, du Code civil du Québec régissant le contrat de travail.

Ainsi, le statut de travailleur autonome procure certainement son lot d'avantages, principalement au niveau de l'autonomie, mais aussi de nombreux inconvénients sur le plan des risques qu'il engendre.

Les deux grandes subdivisions qui délimitent les rapports de travail au Québec sont :

- les rapports individuels de travail pour ce qui touche la relation entre un employé et son employeur ;
- les rapports collectifs de travail pour ce qui touche les relations entre un syndicat et l'employeur visé par une accréditation.

LES RAPPORTS INDIVIDUELS DE TRAVAIL

Le travailleur (aussi appelé le salarié) exécute un travail manuel ou intellectuel, à temps complet ou partiel. En contrepartie, il reçoit une rémunération basée sur le temps de travail ou sur son rendement, par le biais d'une somme forfaitaire, d'une commission sur les ventes effectuées, etc.

Au Québec, le contrat individuel de travail est régi par un bon nombre de lois et de règlements dont notamment le Code civil du Québec qui prévoit les trois éléments essen-

« Le salarié doit exécuter son travail avec prudence et diligence, agir avec loyauté et ne pas faire usage d'informations à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail. »

tiels au contrat de travail, soit :

- une prestation de travail ;
- une rémunération ;
- un lien de subordination.

Le critère de subordination est l'élément le plus déterminant du contrat de travail. Les tribunaux ont établi un certain nombre d'indices permettant de déterminer s'il y a subordination ou non, tels que :

- la présence obligatoire sur les lieux de travail ;
- le fait de fournir un lieu de travail ;
- l'assignation plus au moins régulière du travail ;
- la mise en place des règles de conduite par l'employeur ;
- une certaine forme de contrôle par l'employeur quant à la prestation de travail à effectuer, etc.

Le Code civil du Québec prévoit aussi :

- que le salarié doit être âgé de 14 ans et plus pour exercer un emploi sans le consentement d'un parent ;
- qu'il y ait un consentement libre et éclairé entre les parties lors de l'établissement du contrat ;
- que la cause et l'objet du contrat ne soient pas prohibés par la loi ou contraires à l'ordre public.

Il n'est pas nécessaire que le contrat soit sous forme écrite.

Le contrat de travail peut être à durée déterminée ou indéterminée. Le caractère déterminé d'un contrat doit être contenu dans une entente explicite entre les parties et donc ne se présume pas.

Le contrat de travail sera reconduit automatiquement pour une durée indéterminée lorsqu'à la suite du terme du contrat, le salarié continue d'effectuer son travail durant cinq jours sans opposition de la part de l'employeur.

Le salarié doit exécuter son travail avec prudence et diligence, agir avec loyauté et ne pas faire usage d'informations à caractère confidentiel qu'il obtient dans l'exécution ou à l'occasion de son travail.

Inversement, l'employeur est tenu de permettre l'exécution de la prestation de travail, de payer la rémunération convenue avec le salarié et de prendre toutes les mesures appropriées en vue de protéger la santé, la sécurité et la dignité du salarié.

LA RÉMUNÉRATION

En règle générale, les salariés du Québec sont protégés par la LNT (sauf quelques exceptions pour certaines dispositions), laquelle prévoit un salaire minimum fixé sur la base d'un taux horaire. Ce taux pourra être moindre dans le cas d'un salarié qui reçoit habituellement des pourboires dans le cadre de son travail.

Le pourboire appartient en propre au salarié qui a rendu le service et ne peut être considéré comme une partie du salaire payé par l'employeur. Ainsi, ce dernier ne peut s'ingérer dans le partage de pourboire entre ses salariés : ceux-ci sont les seuls capables de convenir ensemble d'une méthode de partage.

L'employeur ne peut faire en sorte de réduire le salaire minimum en exigeant du salarié qu'il fasse l'achat de vêtements particuliers ou encore de matériel, d'équipement ou de marchandises exigés pour l'exécution de son travail.

La LNT encadre également les versements de salaire à l'employé.

- L'employeur dispose d'un mois pour effectuer le premier versement de salaire de son employé après son entrée en fonction. Ensuite, l'intervalle maximum pour le versement régulier du salaire est limité à 16 jours ;
- En ce qui concerne le paiement d'une rémunération irrégulière comme dans le cas d'une majoration du temps supplémentaire, ce versement pourra être effectué lors du versement régulier subséquent ou à tout autre moment prévu dans une convention collective ou un décret.

La LNT prévoit donc une série de modalités devant être respectées par les employeurs pour le versement de la rémunération due à leurs employés.

LE TEMPS TRAVAILLÉ

Toujours par le biais de la LNT, il a été déterminé :

- que la semaine normale de travail est établie à une durée de 40 heures ;
- que les heures travaillées en sus de la semaine normale devront être rémunérées en fonction d'une majoration de 50 % du taux horaire habituel que touche le salarié.

Il est loisible à l'employé de substituer ses heures supplémentaires accumulées par un congé payé d'une durée équivalente aux heures supplémentaires effectuées, majorées de 50 %.

La loi prévoit une série d'exceptions à l'application de la règle concernant la durée de la semaine de travail.

Elle prévoit également une série de règles précises concernant l'octroi des congés au salarié, les périodes de repos, les jours fériés, l'absence pour cause de maladie ou d'accident, les congés familiaux et parentaux.

LE HARCÈLEMENT PSYCHOLOGIQUE AU TRAVAIL

La LNT définit le harcèlement psychologique comme étant « une conduite vexatoire se manifestant soit par des comportements, des paroles, des actes ou des gestes répétés qui sont hostiles ou non-désirés, laquelle porte atteinte à la dignité ou à l'intégrité psychologique ou physique du salarié et qui entraîne pour celui-ci, un milieu de travail néfaste ». Une seule conduite grave peut aussi constituer du harcèlement psychologique si elle porte une telle atteinte et produit un effet nocif continu pour le salarié.

À cet égard, l'employeur a la responsabilité de prendre les moyens raisonnables pour prévenir le harcèlement psychologique et faire cesser toute conduite pouvant conduire à du harcèlement psychologique lorsque celle-ci est portée à sa connaissance.

En cas de problème, tout salarié peut déposer une plainte à la Commission des normes du travail (CNT) qui fera enquête et pourra déférer la plainte à la Commission des relations du travail (CRT) pour une audition.

LA TERMINAISON DE L'EMPLOI

Le contrat de travail peut prendre fin de différentes façons.

- L'employeur ou l'employé peut y mettre fin avec le consentement de l'autre partie.
- Le décès du salarié met évidemment fin au contrat de travail alors que celui de l'employeur peut, selon les circonstances, également y mettre fin.
- La force majeure empêchant l'exécution du contrat de travail par l'une des deux parties peut donner lieu à la terminaison du contrat.
- L'emploi peut se terminer par un congédiement :
- le Code civil du Québec prévoit qu'une partie peut, pour un motif sérieux, résilier unilatéralement et sans préavis le contrat de travail :
- la LNT prévoit que le salarié qui justifie de deux ans de service continu dans une même entreprise et qui croit avoir été congédié sans cause juste et suffisante, peut soumettre une plainte par écrit à la CNT. L'employeur devra alors se justifier en motivant sa décision. Pour qu'il soit considéré comme étant fait sur la base d'une cause juste et suffisante, le congédiement doit être fondé sur un motif disciplinaire ou encore une raison administrative tel le faible rendement du travailleur. Si l'employeur devait échouer lors de sa justification du congédiement, le travailleur pourrait exiger d'être réintégré dans son emploi.
- L'emploi peut se terminer par un licenciement. L'employeur met alors fin à l'emploi pour des raisons économiques ou autres circonstances qui ne sont pas personnelles au travailleur. Notons que la mise à pied est une cessation de travail fondée sur les mêmes motifs que le licenciement, mais qui a comme caractéristique d'être d'une durée temporaire.

Dans le contexte d'un contrat à durée indéterminée, la LNT prévoit qu'un employeur doit donner un préavis écrit à un salarié avant de mettre fin à son contrat de travail ou de le mettre à pied pour six mois et plus. L'employeur n'a pas à fournir un préavis à un salarié qui est à son emploi depuis moins de trois mois, qui a commis une faute grave ou dont la fin du contrat résulte d'une force majeure.

Durée d'emploi	Préavis
Trois mois à un an	Une semaine de service continu
Un an à cinq ans	Deux semaines
Cinq ans à dix ans	Quatre semaines
Plus de dix ans	Huit semaines

- Les délais de préavis ont un caractère minimal et n'empêchent pas le salarié de réclamer un délai-congé plus important auquel il pourrait avoir droit selon les règles du droit civil.
- Si l'employeur fait défaut de fournir au travailleur un avis de cessation d'emploi qui respecte les délais mentionnés ci-haut, il se verra dans l'obligation de verser au salarié une indemnité compensatrice équivalente à son salaire habituel pour une période égale à celle de la durée de l'avis auquel il avait droit. Cette indemnité doit être versée au moment de la cessation d'emploi.

Notons en terminant que le Code civil du Québec et la LNT prévoient que la vente de l'entreprise ou la modification de sa structure juridique par fusion ou autrement, ne met pas fin au contrat de travail. Au contraire, ce contrat liera le nouvel employeur.

LA NON-CONCURRENCE

Le Code civil du Québec prévoit que les parties à un contrat de travail peuvent, par écrit et en termes clairs, stipuler que même après la fin du contrat, le salarié ne pourra faire concurrence à l'employeur, ni participer à quelque titre que ce soit à une entreprise qui lui ferait concurrence. Cette stipulation doit être limitée quant :

- au temps ;
- au territoire ;
- au genre de travail ;
- à ce qui est nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'employeur.

Advenant un litige, il appartiendra à l'employeur de prouver que cette stipulation est valide en fonction de ces exigences.

Cette clause a pour objet de protéger les intérêts de l'employeur, mais ne peut être utilisée pour brimer la liberté du salarié de travailler ou de faire commerce lorsqu'il quitte son emploi. Ainsi, les tribunaux ont établi des critères sévères de façon à réconcilier ces intérêts divergents. De ce fait, pour l'employeur, il sera opportun de stipuler au contrat que le travailleur s'engage à respecter cette clause de non-concurrence et qu'il déclare que l'exécution de cette clause n'aura pas pour effet de limiter sa liberté de travailler.

Il pourra également être loisible à l'employeur d'inclure une clause de non-sollicitation qui aura pour effet de limiter davantage le commerce éventuel d'un employé suite à la cessation d'emploi.

Notons que l'employeur ne pourra se prévaloir d'une stipulation de non-concurrence s'il a résilié le contrat sans motif sérieux ou s'il a lui-même donné au salarié un tel motif de résiliation. En d'autres mots, en cas de congédiement, sans motif sérieux, l'employeur ne pourra bénéficier de la clause de non-concurrence incluse au contrat de travail qui le lie à son ex-employé.

LES RECOURS FONDÉS SUR LE CONTRAT DE TRAVAIL

En cas d'inexécution d'un contrat de travail, l'employeur et le salarié devront normalement s'adresser aux tribunaux judiciaires conventionnels pour pallier tout manquement en vertu du contrat qui les lie.

Il est également loisible aux parties de définir à l'avance les dommages qui pourraient résulter d'une inexécution des obligations du salarié ou de l'employeur. Ces dommages prédéterminés feront l'objet d'une clause pénale, elle-même incluse au contrat de travail liant les parties. À titre d'exemple, il est commun de trouver des clauses de non-concurrence ou de non-sollicitation assorties d'une telle clause pénale.

En ce qui concerne les réclamations basées sur la LNT, il est à noter qu'il est du ressort de la CNT de recevoir les plaintes des salariées, d'enquêter sur le bien-fondé de ces plaintes et d'intenter les recours appropriés devant les tribunaux civils ou de référer le dossier devant la CRT, selon le cas. La CNT est aussi chargée de tenter d'amener les employeurs et les salariés à résoudre leurs mésententes au sujet des normes du travail. Notons finalement que la CNT a également le mandat de surveiller l'application de la LNT et peut donc décider de faire enquête auprès d'une entreprise à sa propre initiative.

Lorsque, à la suite d'une plainte, la CNT est d'avis qu'une somme d'argent est due à un salarié, elle met l'employeur en demeure de payer cette somme à la Commission. Dans l'éventualité où l'employeur ne paie pas, cette dernière peut choisir d'exercer, pour le compte du salarié, l'action appropriée pour récupérer toute somme lui étant due.

Une action civile intentée en vertu de la LNT doit se faire dans un délai maximal d'un an à compter de l'inexécution visée.

LES RAPPORTS COLLECTIFS DE TRAVAIL

L'accréditation syndicale

Le processus de syndicalisation débute nécessairement par la procédure d'accréditation auprès de la CRT. Cette accréditation doit avoir pour objet une association de salariés au sens du *Code du travail*. Ainsi, une telle association ne pourrait regrouper des travailleurs autonomes ou des cadres d'une entreprise. L'association demandant l'accréditation doit avoir pour finalité de s'intéresser aux intérêts économiques, sociaux et éducatifs de ses membres et viser particulièrement la négociation et l'application des conventions collectives.

Suite à la demande d'accréditation, la CRT doit s'assurer de vérifier le caractère représentatif de l'association et de son droit à l'accréditation. La CRT verra notamment à vérifier que l'employeur et l'association des salariés s'entendent sur une unité de négociation et sur les personnes qu'elle vise. Elle doit également s'assurer que l'unité de négociation comporte plus de 50 % des salariés qui sont membres de l'association faisant l'objet de la requête en accréditation. Celle-ci devra par la suite rendre sa décision et accréditer, le cas échéant, l'association des salariés lui ayant fait la demande.

L'accréditation a pour effet de conférer au syndicat le pouvoir légal et l'obligation de représenter tous les salariés compris dans l'unité de négociation, et ce, aux fins de la négociation et de l'application de la convention collective.

La convention collective

Le Code du travail définit la convention collective comme étant une « *entente écrite relative aux conditions de travail conclues entre une ou plusieurs associations accréditées et un ou plusieurs employeurs ou associations d'employeurs* ». C'est donc à l'employeur et au syndicat à déterminer le contenu de la convention collective.

- La convention collective doit avoir une durée minimale d'un an et s'il s'agit de la première, une durée maximale de trois ans.
- Les parties peuvent convenir que la convention collective ait un effet rétroactif sur une certaine période de temps.
- La convention collective vise nécessairement les salariés inclus dans l'unité de négociation ayant fait l'objet de l'accréditation.
- La convention collective s'impose au nouveau salarié qui s'intègre à la même unité d'accréditation tout au long de la durée de la convention collective.

Les conflits : la grève et le lock-out

Le Code du travail prévoit qu'une grève ne peut être déclenchée tant qu'un syndicat n'a pas été dûment accrédité et qu'il ne s'est pas écoulé un délai minimum de 90 jours suivant le début des négociations en vue de la signature d'une convention collective. En outre, pendant la durée de la convention collective, la loi interdit au syndicat de déclencher une grève. Ces règles concernant la grève sont également applicables au lock-out, c'est-à-dire lorsque

l'employeur empêche le retour au travail des salariés.

Une grève ne peut être déclarée qu'après avoir été autorisée au scrutin secret par un vote majoritaire des membres de l'association accréditée et comprise dans l'unité de négociation.

Toute association de salariés qui déclare une grève doit en informer, par écrit, le ministre du Travail dans les 48 heures qui suivent cette déclaration.

En cas de grève, le Code du travail interdit à l'employeur de remplacer les grévistes par des briseurs de grève. De la même façon, la loi interdit à l'employeur de remplacer les salariés victimes d'un lock-out. À cet égard, le Code du travail prévoit certaines circonstances dans lesquelles un employeur pourra poursuivre ses activités malgré l'arrêt de travail en cours.

La grève ou le lock-out se termine généralement lorsqu'une convention collective est conclue entre les parties que sont l'employeur et le syndicat. Préalablement, la convention collective devra avoir été autorisée par un vote majoritaire au scrutin secret des membres de l'association accréditée. Notons que l'envoi de leurs différends à l'arbitrage aura également pour effet de mettre fin à une grève.

L'arbitrage de grief

Un grief est une mésentente relative à l'interprétation ou à l'application de la convention collective.

> Le Code du travail prévoit que tout grief doit être soumis à l'arbitrage.
> L'employeur et le syndicat doivent ensemble s'entendre sur le choix d'un arbitre qui tranchera le grief, à défaut de quoi, le ministre du Travail procédera lui-même à sa nomination.

L'arbitrage suit un processus qui s'apparente largement à celui des tribunaux de droit commun. En effet, l'arbitrage se fera normalement dans le cadre d'une séance publique où chacune des parties aura droit d'être entendue, et pourra y faire sa preuve notamment par témoignage. La sentence arbitrale devra être motivée et rendue par écrit.

Un mot sur la santé et la sécurité au travail

Cet aspect du droit du travail est couvert par deux lois, soit la Loi sur la santé et la sécurité du travail et la Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles.

La Loi sur la santé et la sécurité du travail a pour objet la prévention des accidents de travail. Cette loi étant d'ordre public, elle s'applique obligatoirement à tous.

Le personnel de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) a pour fonction d'élaborer, de proposer et de mettre en œuvre des politiques relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs de façon à assurer une meilleure qualité des milieux de travail.

La loi accorde au travailleur le droit de refuser d'exécuter un travail pour les raisons suivantes :

> s'il possède un motif raisonnable de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou peut avoir l'effet d'exposer un autre travailleur à un semblable danger ;
> de la même façon, la loi permet à la travailleuse enceinte, dont les conditions de travail comportent des dangers pour l'enfant à naître ou pour elle-même, de demander d'être affectée à des tâches ne comportant pas de tels dangers ;
> en contrepartie à ces droits des travailleurs, ceux-ci sont dans l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour protéger leur santé, leur sécurité, leur intégrité physique et veiller à ne pas mettre en danger celles des autres personnes qui se trouvent sur les lieux de travail.

La Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles a pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elle entraîne pour les travailleurs.

> Cette loi prévoit le processus d'indemnisation d'un travailleur victime d'une lésion professionnelle.

Selon la Loi, une « *lésion professionnelle* » est une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou l'occasion d'un accident de travail ou une maladie professionnelle, y compris la rechute, la récidive ou l'aggravation.

L'accident de travail est défini comme un « *évènement imprévu et soudain attribuable à toute cause survenant à une personne par le fait ou à l'occasion de son travail et qui entraîne pour elle une lésion professionnelle* ».

La maladie professionnelle est définie comme étant une maladie contractée par le fait ou à l'occasion du travail et qui est caractéristique de ce travail ou reliée directement au risque particulier de ce travail.

> Tout comme pour l'application de la Loi sur la santé et la sécurité au travail, c'est la CSST qui est principalement chargée de son application et qui voit à la cotisation annuelle des employeurs. Cette cotisation varie notamment en fonction du secteur dans lequel se situe l'employeur.
> Notons que le régime établi par la Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles est sans égard à la responsabilité de quiconque, y compris de l'employeur. Ainsi, le travailleur ne pourra poursuivre son employeur s'il est établi qu'il a bel et bien été victime d'une « lésion professionnelle ».
> Si un travailleur devient incapable d'exercer son emploi en raison d'une lésion professionnelle, il aura droit à une indemnité de remplacement de revenu équivalant à 90 % de son revenu net. La loi prévoit que le travailleur est présumé incapable d'exercer son emploi tant que sa lésion professionnelle n'est pas consolidée. Le travailleur qui a subi un préjudice corporel représentant une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique aura droit à une indemnité forfaitaire établie en fonction d'un certain nombre de facteurs prévus par la loi.

CONCLUSION

Dans l'exploitation d'une entreprise, il importe d'être vigilant quant à l'application des concepts du droit du travail. En effet, au-delà de la négociation du contrat de travail ou de la convention collective, le cas échéant, l'employeur doit être au fait de ses autres obligations légales comme celles prévues par la LNT ou encore par le Code civil du Québec.

Nous vous invitons d'ailleurs, compte tenu du caractère limité de la présente présentation, à vous référer aux sites Internet suivants qui contiennent énormément d'informations ainsi que des documents informatifs de grande qualité vous permettant d'en savoir plus sur vos droits et obligations.

LIENS UTILES

Commission des normes du travail :
www.cnt.gouv.qc.ca

Commission de la santé et sécurité au travail :
www.csst.qc.ca

Commission de l'équité salariale :
www.ces.gouv.qc.ca

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse :
www.cdpdj.qc.ca

PAR VINCENT DE L'ÉTOILE

LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE



VINCENT DE L'ÉTOILE //
VINCENT.DELETOILE@LKD.CA
Membre du Barreau du Québec depuis 2005, Me Vincent de l'Étoile pratique au sein du groupe de litige du cabinet Langlois Kronström Desjardins. Vincent de l'Étoile a développé une expertise plus particulièrement dans les domaines du litige civil et commercial, des recours collectifs et de la responsabilité, s'intéressant notamment aux questions relatives au droit de la protection du consommateur et au droit de la concurrence. Langlois Kronström Desjardins est membre du réseau Lexing, regroupement d'avocats de partout dans le monde œuvrant en droit des technologies.

INTRODUCTION

Le commerce électronique, ou l'utilisation d'un média électronique pour la réalisation de transactions commerciales par le traitement et la transmission de données et de renseignements numérisés, poursuit sa progression dans l'économie canadienne et de plus en plus d'entreprises feront usage de ce médium pour transiger avec leur clientèle, augmenter leur offre de services et percer de nouveaux marchés.

Dans notre société axée sur les technologies de l'information et des communications, et alors que les modèles d'affaires tendront manifestement à tirer le maximum de cette nouvelle cyberéconomie, l'entreprise en démarrage devra être sensibilisée ou s'adapter au commerce électronique afin d'assurer sa prospérité et sa pérennité.

Au-delà des aspects techniques et informatiques sous-jacents du commerce électronique, lesquels outrepassent le cadre du présent propos, nous proposons quelques éléments apparaissant essentiels en lien avec l'utilisation du commerce électronique.

CONTRACTER ÉLECTRONIQUEMENT

Un contrat entre une entreprise et son client, qu'il s'agisse d'un individu ou d'une autre entreprise, peut légalement être conclu électroniquement. Ce contrat, bien que physiquement intangible, est assujetti aux mêmes règles de formation, crée les mêmes obligations qu'un contrat « conventionnel » et sera soumis aux mêmes règles juridiques.

Toute offre de contracter formulée électroniquement devrait ainsi prévoir l'ensemble des modalités et obligations du contrat projeté, permettre au client d'avoir accès à chacune des clauses du contrat (par leur inclusion dans l'offre ou par l'insertion d'hyperliens dans l'offre de contracter) et les contreparties et modes d'exécution.

L'offre de contracter formulée électroniquement devait ainsi indiquer, notamment, les éléments suivants :

- La désignation précise du service ou du bien offert ;
- Le coût exact du service ou du bien offert et son assujettissement aux taxes applicables, le cas échant ;
- L'ensemble des modalités et obligations du contrat électronique.

La clarté et l'exhaustivité de l'offre électronique de contracter revêtiront une importance particulière lorsque formulée par l'entremise d'un agent électronique, un programme informatique ou tout autre moyen électronique qui permet d'entreprendre un acte sans examen par un individu au moment de la conclusion de l'acte, alors qu'un contrat liant l'entreprise résultera de l'acceptation de cette l'offre électronique, sans intervention humaine.

Le client de l'entreprise devra communiquer son acceptation de l'offre électronique de contracter et son intention d'être lié par les termes du contrat de façon claire et non équivoque. Cette étape pourra être accomplie par l'entremise d'une signature électronique ou par la saisie d'un hyperlien.

Une fois l'offre électronique de contracter acceptée, le client et l'entreprise seront liés par le contrat électronique et devront s'exécuter conformément à son contenu et dans le respect des clauses qu'il stipule. À cet égard, les renseignements ou documents électroniques sont considérés comme envoyés lorsque transmis à un système d'information hors du contrôle de l'expéditeur ou lorsque le destinataire peut les récupérer et les traiter par le destinataire. Le contrat électronique sera ainsi formé lorsque la partie ayant formulé l'offre de contracter aura reçu l'acceptation.

Au Québec, les règles de formation d'un contrat et les règles relatives à leur exécution et interprétation sont prévues au *Code civil du Québec*. Les règles applicables à tout contrat sont susceptibles de s'appliquer à un contrat électronique.

Par ailleurs, lorsque en présence d'une personne physique contractant avec une entreprise pour une raison autre que l'exploitation d'un commerce, la *Loi sur la protection du consommateur* est susceptible de trouver application et réguler

« Le monde électronique connaissant peu de frontières, l'entreprise et son client pourront conclure un contrat électronique bien qu'étant dans deux provinces ou pays différents. »

le contrat électronique. L'entreprise devra être bien au fait des dispositions de cette loi particulière pouvant altérer substantiellement les droits des parties.

Soulignons, par ailleurs, que certains contrats et actes juridiques ne pourront pas être formés électroniquement, tel un testament, une transaction immobilière et autre, alors que la loi requiert des conditions particulières de formation à leur égard.

Finalement, bien que le droit reconnaisse généralement qu'un document électronique a la même valeur que tout document sur support matériel, l'entrepreneur aura intérêt à prévoir des procédés afin d'assurer la conservation et l'intégrité de ses documents électroniques afin de pouvoir éventuellement faire reconnaître l'existence du contrat électronique ou le faire exécuter.

CONDITIONS D'UTILISATION DU SITE TRANSACTIONNEL ET CONDITIONS DE VENTE

Le site Internet ou le média électronique employé pour contracter devra divulguer l'ensemble des conditions d'utilisation du site Internet ou du média électronique et les conditions du contrat projeté.

Les conditions d'utilisation du site Internet ou du média électronique et ainsi que celles du contrat projeté devront être divulguées en termes clairs et compréhensibles, et surtout accessibles au client. Les clauses ou conditions d'un contrat non accessible au client ou se trouvant sur un site Internet externe à celui de l'entreprise (pouvant être qualifiées de clauses externes) ou encore une clause incompréhensible, pourront être déclarées inopposables à l'entreprise.

Aussi, le monde électronique connaissant peu de frontières, l'entreprise et son client pourront conclure un contrat électronique bien qu'étant dans deux provinces ou pays différents. Les règles de droit applicables à ce contrat électronique pourront ainsi varier en fonction de la localisation des parties lors de sa conclusion. Conséquemment, l'entrepreneur québécois pourra considérer des clauses prévoyant le droit applicable au contrat, le lieu où toute mésentente relative au contrat devra être tranchée, ou encore le mode de résolution de toute mésentente (tel le recours à l'arbitrage ou aux tribunaux).

Encore une fois, la *Loi sur la protection du consommateur* prévoit des dispositions susceptibles de moduler les termes du contrat électronique, dont les suivantes :

- Une clause ayant pour effet d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage est interdite ;
- Un contrat conclu à distance, c'est-à-dire lorsque le commerçant et le consommateur ne sont pas physiquement en présence l'un de l'autre, sera réputé conclu à l'adresse du consommateur.

Finalement, au Québec, les offres de contracter généralement accessibles au public, telles les offres de vente d'un bien ou d'un service par l'entremise d'un site Internet, de même que les conditions y afférentes, devraient être disponibles en français, compte tenu des exigences de la *Charte de la langue française*.

LA PUBLICITÉ SUR INTERNET

La publicité sur Internet demeure assujettie aux mêmes règles que la publicité traditionnelle. L'entrepreneur québécois doit ainsi être soucieux de son contenu.

La publicité fausse et trompeuse est susceptible de faire l'objet de sanctions en vertu du *Code criminel*, de la *Loi sur la concurrence*, de la *Loi sur la protection du consommateur* et d'autres régimes législatifs.

Certaines lois particulières régissent également le contenu de toute publicité, en fonction du bien ou service offert au public, ou encore à la catégorie de personne à laquelle elle s'adresse.

Au Québec, de façon générale, toute publicité pour un produit ou un service offert au Québec par une entreprise ayant une adresse ou un établissement au Québec doit être disponible en français. Aussi, la loi impose notamment que toute publicité destinée à un consommateur faisant état d'un prix doit annoncer, de façon évidente, le prix total que le consommateur devra débourser pour l'obtention du bien ou du service.

CRYPTOGRAPHIE ET AUTHENTIFICATION

La cryptographie garantit généralement l'intégrité et la confidentialité des échanges de renseignements électroniques sur différents réseaux. Alors que la cryptographie assurera la confiance des acteurs du commerce électronique et favorisera l'utilisation d'un média électronique pour quelque transaction que ce soit, l'entrepreneur aura intérêt à implanter en son entreprise des techniques cryptographiques pour ses opérations de commerce électronique.

La cryptographie assurera ainsi la protection des renseignements personnels des clients et la prévention de la fraude ou d'autres activités illicites, de même qu'à authentifier et protéger des données sensibles de toute nature sauvegardées dans un ordinateur pouvant être transmises sur les réseaux publics tels qu'Internet.

Le Canada contrôle seulement l'exportation des produits de cryptographie et participe à des accords internationaux afin de veiller sécurité et à la stabilité des opérations et outils technologique. Sous réserve de toute considération liée à la propriété intellectuelle et la légalité de l'usage d'un produit, les particuliers et des entreprises canadiennes ont la liberté et le choix d'utiliser les produits de cryptographie qu'ils désirent.

Aussi, l'implantation de processus d'authentification des clients de l'entreprise pourront assurer la sécurité des communications et opérations commerciales électroniques, tout en favorisant la confiance de l'usage. L'authentification est le mécanisme qui atteste des attributs des parties prenantes à une communication ou transaction électronique.

La cryptographie et l'authentification relèvent désormais de saines pratiques commerciales, répondent aux besoins des usagers du commerce électronique et s'imposent comme élément du succès de l'entreprise dans le monde numérique.

CONFIDENTIALITÉ ET PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Au Canada et au Québec, les entreprises privées sont assujetties à l'application de lois visant la protection des renseignements personnels. Les entreprises œuvrant dans le domaine du commerce électronique n'y échappent pas.

En fonction de la loi applicable au Canada et au Québec, un « renseignement personnel » s'entend de tout renseignement concernant un individu qui permet de l'identifier. Les renseignements personnels se composent de toute information factuelle ou subjective concernant une personne, y compris son nom, son adresse, ses antécédents médicaux, son éducation, son revenu, sa photographie ou vidéo de celle-ci, ses informations bancaires, et autres.

Ces lois établissent des normes en matière de collecte, utilisation et divulgation de renseignements personnels dans le cadre d'une activité commerciale. Il s'agit de :

- La Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques du Canada ; et
- La Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé du Québec.

D'autres lois peuvent être applicables à l'entreprise, en fonction de l'endroit où s'exerce son commerce électronique.

Eu égard aux renseignements personnels concernant un individu, la loi en vigueur au Canada et au Québec énonce les règles incombant à toute entreprise. En conséquence, une entreprise ne peut recueillir, utiliser ni divulguer des renseignements personnels à des fins autres que celles qu'une personne raisonnable jugerait appropriées dans les circonstances, et ce, tenant compte des principes suivants :

- La raison pour laquelle des renseignements personnels sont recueillis doit être identifiée avant ou pendant la collecte ;
- Les renseignements personnels ne peuvent être recueillis, utilisés ou communiqués par une entreprise qu'avec le consentement de l'individu et à sa connaissance, sous réserve d'exception ;
- La collecte de renseignements personnels est limitée à ce qui est nécessaire pour la raison identifiée ; et
- Les renseignements personnels sont recueillis par des moyens raisonnables et légaux.

L'entreprise devra également voir à la protection des renseignements personnels dont elle dispose et s'assurer de leur intégrité.

LE POURRIEL (« *SPAM* ») ET AUTRES MENACES ÉLECTRONIQUES

Récemment, le Canada a adopté une loi antipourriel (« *anti-spam* ») visant à protéger le public et assurer que les entreprises et organisations demeurent concurrentielles sur le marché. Cette loi, qui influencera certainement la conduite du commerce électronique, a été qualifiée comme étant l'une des plus sévères et strictes au monde.

La loi antipourriel impose ainsi des contraintes et interdiction multiples, dont les suivantes :

- L'interdiction d'envoyer des messages électroniques commerciaux sans le consentement (la permission) du destinataire, y compris des messages envoyés à des adresses électroniques, à des comptes de réseaux sociaux et des messages textes à des cellulaires ;
- L'interdiction de modifier des données de transmission dans un message électronique faisant en sorte que le message soit livré à un destinataire différent sans consentement clair ;
- L'interdiction d'installer des programmes d'ordinateur sans le consentement du propriétaire de l'ordinateur ou de son représentant, tel qu›un employé autorisé ;
- L'interdiction de transmettre en ligne des renseignements faux ou trompeurs visant à faire la promotion de produits ou de services ;
- L'interdiction de recueillir des renseignements personnels en accédant à un ordinateur d'une manière qui contrevient aux lois fédérales (tel le Code criminel) ;
- L'interdiction de recueillir des adresses électroniques en utilisant un ou plusieurs programmes d'ordinateur, ou d'utiliser de telles adresses sans permission (aussi appelé la collecte d'adresses).

Soulignons qu'au sens de la loi, un message commercial

électronique s'entend de tout message électronique qui favorise la participation à une activité commerciale, qu'il y ait ou non des attentes de profit.

Finalement, la loi antipourriel prévoit des sanctions sévères en cas de violation de ses dispositions.

CONCLUSION

Le présent propos ne présente qu'un aperçu des enjeux principaux associés au commerce électronique.

Soulignons que certains types d'opérations commerciales électroniques requerront une attention très particulière outrepassant le cadre de cet article, telles la vente et la distribution de produits financiers ou les opérations de courtage, de même que certaines activités, même exercées de façon électronique, demeureront du ressort exclusif de personnes explicitement autorisées.

L'entrepreneur québécois gagne ainsi à être bien informé avant d'entreprendre des activités de commerce électronique afin d'assurer le succès et la pérennité de son entreprise.

LIENS UTILES

Industrie Canada (Commerce électronique) :
www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/fra/accueil

Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (ACEI) :
www.cira.ca/home-fr/

Office de la protection du consommateur (OPC) :
www.opc.gouv.qc.ca/#

Bureau de la concurrence du Canada :
www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/Accueil

PAR STÉPHANE TEASDALE

LA FRANCHISE



STÉPHANE TEASDALE //
STEPHANE.TEASDALE@FMC-LAW.COM
Membre du Barreau du Québec depuis 1988, Me Stéphane Teasdale a concentré sa pratique en droit de la franchise à compter de 1995 d'abord comme avocat de litige pour se concentrer par la suite sur les aspects commerciaux. Il est chef du groupe national de droit de la franchise de Fraser Milner Casgrain et donne régulièrement des conférences au Canada et à l'étranger dans le domaine de la franchise.

La franchise a connu un essor prodigieux au cours des dernières décennies. C'est sans doute au milieu du 20e siècle que la franchise a connu sa plus forte croissance particulièrement aux États-Unis puisqu'elle constituait une façon efficace pour certaines entreprises d'accroître leur part de marché sans avoir à se commettre à des investissements trop importants. Il est particulièrement intéressant de noter que le développement de la franchise résulte notamment de la nécessité d'imaginer de nouveaux systèmes de distribution pour contourner les lois antitrust américaines très rigoureuses et contraignantes. Ainsi, la franchise a permis de mettre sur pied des réseaux de détaillants indépendants liés par un contrat leur garantissant une exclusivité dans un territoire géographique déterminé. La franchise s'est par ailleurs avérée un modèle d'affaires reconnu, éprouvé et fort attrayant tant auprès des entreprises que des individus désireux de se lancer en affaires. C'est ainsi que des réseaux célèbres comme McDonald's®, Subway® et Remax® ont connu un succès à l'échelle mondiale.

DÉFINITION DE CE QU'EST LA FRANCHISE

Outre les nombreuses définitions que l'on retrouve dans certaines législations ou proposées par des auteurs ou par les tribunaux, on peut considérer la franchise comme étant une relation contractuelle d'une durée limitée entre une partie appelée « franchiseur » et une autre partie indépendante, appelée « franchisé », aux termes de laquelle, contre rémunération, le franchisé :

- a le droit de commercialiser des biens ou des services associés à une marque de commerce; et
- doit respecter des normes uniformes et définies d'exploitation éprouvées que le franchiseur peut contrôler, le tout dans un territoire délimité.

QUELLES SONT LES LOIS APPLICABLES AU DOMAINE DE LA FRANCHISE

Contrairement à certaines autres provinces du Canada, le Québec ne s'est pas doté d'une loi spécifique au domaine de la franchise. C'est donc le *Code civil du Québec* qui s'applique de façon générale. Toutefois, d'autres lois québécoises ou canadiennes peuvent également s'appliquer telles que la *Loi sur les marques de commerce*, la *Loi sur la concurrence*, la *Loi sur le droit d'auteur*, la *Loi sur les dessins industriels*, la *Loi sur les brevets*, la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, la Législation sur le droit de travail, la Législation de nature administrative, le Code des professions, la *Loi sur la pharmacie*, la *Loi sur les opticiens d'ordonnances*, la *Loi sur la Régie des alcools, des courses et des jeux*, la *Loi sur les heures et les jours d'admission dans les établissements commerciaux* , la *Loi sur la protection du consommateur*, la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* et, bien évidemment, les lois fiscales.

LES CONTRATS LES PLUS FRÉQUEMMENT UTILISÉS EN DROIT DE LA FRANCHISE

D'abord, la convention de franchise, dans laquelle on retrouve généralement les clauses suivantes : Préambule, définitions, octroi, terme, formation, services, locaux et aménagement, dispositions financières, approvisionnement, normes d'exploitation, registres, rapport et inspection, assurances, publicité, marques de commerce, vente, cession et transfert, résiliation et conséquences, non-concurrence, autres clauses diverses.

Les autres conventions ou documents pouvant être utilisés peuvent inclure une demande ou offre de franchise, une convention de sélection de site, un bail et/ou un sous-bail, une convention de cession de bail et/ou une option de location, une convention de gestion, une convention d'hypothèque mobilière, une convention de vente d'actifs, une convention de cession de franchise, une convention de cautionnement, une convention de fourniture de produits, équipements ou autres biens, une convention relative à la publicité additionnelle, une convention de résiliation de convention de franchise, de bail et/ou de sous-bail, une convention d'affiliation à une coopérative d'achats. L'utilisation de ces types de conventions variera d'un réseau à un autre et dépendra du degré de sophistication du franchiseur.

« La franchise s'est par ailleurs avérée un modèle d'affaires reconnu, éprouvé et fort attrayant tant auprès des entreprises que des individus désireux de se lancer en affaires. »

D'autre part, trop de personnes se lancent dans le domaine de la franchise sans trop réaliser quels pièges les attendent. L'élément le plus important du succès d'un réseau de franchise est l'existence d'un concept solide et profitable. Le succès tiendra également de la capacité du franchiseur à reproduire l'expérience du concept d'un établissement à un autre. Après tout, les clients s'attendent à obtenir des produits et services identiques, peu importe l'établissement franchisé qu'ils visitent.

La majorité des franchisés potentiels en sont à l'achat de leur première franchise. Bien qu'il soit reconnu qu'il vaut mieux consulter des professionnels dans les domaines financiers et juridiques avant d'acheter une franchise, de nombreux candidats franchisés ne le font pas et prennent souvent des décisions plus émotives que rationnelles. Pis encore, certains franchiseurs persistent à vendre des nouvelles franchises alors que leurs franchisés actuels ne connaissent pas le succès escompté.

Les raisons pour lesquelles les franchises échouent sont variables et nombreuses. Parmi celles-ci, on compte certaines difficultés propres au démarrage d'un réseau, par exemple : Un concept non adapté à la franchise, un concept qui est franchisé trop tôt, des entreprises franchisées sous-capitalisées, des jeunes franchiseurs qui n'ont pas de plan de développement stratégique, des propriétaires d'entreprises qui sont inadéquatement conseillés aux points de vue affaires et juridiques, des franchiseurs qui utilisent de la documentation juridique de type « préfabriquée » et qui n'est pas adaptée au concept franchisé, des franchiseurs qui fixent leurs droits de franchises initiaux et redevances continues qui n'assurent pas des revenus suffisants pour supporter le réseau afin de leur permettre de rencontrer leurs obligations, des franchiseurs qui fixent leurs redevances sans considérer si le modèle économique assurera un retour sur l'investissement des franchisés, des franchiseurs qui « vendent des franchises » plutôt que de sélectionner des franchisés qui sont bien adaptés à leur concept, l'établissement de territoires trop grands ou trop petits, des franchiseurs qui prennent trop d'expansion trop rapidement sans stratégie de développement géographique, des franchiseurs qui négligent de faire respecter les normes dans leur réseau, des franchiseurs qui ignorent à quel moment il peut être approprié de négocier ou non certains termes de la convention de franchise.

Cette liste non limitative illustre bien certains pièges dans lesquels peuvent tomber des franchiseurs qui omettent de consulter des conseillers d'affaires ou juridiques avant de franchiser leur concept.

QUELS SONT LES PIÈGES À ÉVITER

Franchiser trop tôt

Généralement, les franchiseurs qui connaissent du succès développent leurs réseaux sur la base de concepts solides et éprouvés. Ils ont aussi mis sur pied un programme de franchise structuré afin de permettre à leurs franchisés d'opérer de façon rentable. Ainsi, avant de songer au modèle de la franchise comme modèle d'affaires, le franchiseur devrait évaluer si son concept est prêt à être franchisé, c'est-à-dire s'il est « franchisable ». Il est d'ailleurs utile de rappeler que la notion même de franchise implique qu'un concept peut être répliqué ou « cloné » à plus ou moins grande échelle. Pour ce faire, plusieurs franchiseurs procèdent par voie d'étude de faisabilité. Cette étude évalue notamment si l'entreprise est prête à prendre de l'expansion et quels seront les obstacles ou défis qui l'attendent. Parmi les éléments évalués, on pourra retrouver les types de produits ou services offerts, la compétence et l'expérience du personnel de gestion, l'engagement au développement et à la gestion du réseau, la systématisation des opérations existantes, le transfert du savoir-faire, la localisation, la disponibilité de capital, la disponibilité de franchisés, la disponibilité d'emplacements et peut être le plus important : la rentabilité du modèle économique.

La sous-capitalisation

Résumé à sa plus simple expression, la franchise permet au franchiseur d'utiliser l'argent, les ressources et les aptitudes d'autres personnes pour faire croître son entreprise. Toutefois, certains franchiseurs sous-estiment souvent les ressources financières qui seront requises pour développer, mettre en marché, gérer et maintenir leur réseau de franchise. En fait, une des raisons les plus fréquentes pour lesquelles les réseaux échouent est leur sous-capitalisation. Les franchiseurs devraient donc bien comprendre l'investissement de départ qu'ils auront à faire et qui pourra inclure notamment les dépenses reliées au design et au développement du concept, l'assistance et le support, les frais juridiques, la confection des manuels d'opérations, les outils de marketing et de publicité, les frais de bureau incluant le loyer, la technologie, le personnel et les fournisseurs.

Certains prétendent qu'on peut aisément financer le développement d'un réseau de franchise à partir des droits

initiaux et redevances perçues suite à la vente de franchises. À notre avis, il serait périlleux de fonder sa décision d'aller de l'avant avec un plan de développement de réseau sur cette présomption. Les droits initiaux et redevances devraient, en principe, servir à défrayer notamment les coûts de support et d'assistance aux franchisés ainsi qu'à la recherche et au développement. D'où l'importance de bien capitaliser au préalable.

Le défaut de rechercher des conseils auprès de professionnels du domaine

On n'entreprend généralement pas la construction d'un immeuble sans consulter des professionnels du domaine de la construction. Il en est de même lors de la mise sur pied d'un réseau de franchise. Ce modèle d'affaires relativement innovateur comporte ses particularités propres qui ne sont pas connues de tous. Le franchiseur averti et désireux d'établir des fondations solides et durables aura avantage à consulter des professionnels spécialisés dans le domaine, tels des avocats, consultants, comptables, financiers, architectes, entrepreneurs en construction, spécialistes en marketing, en technologie et autres. Les avocats et consultants en franchise demeurent, sans contredit, parmi les conseillers les plus précieux en raison de leur connaissance et de leur expérience. En effet, qui de mieux qu'un avocat ayant aidé d'autres franchiseurs à démarrer leur réseau pour conseiller le franchiseur et préparer la documentation juridique appropriée (convention de franchise et autres conventions connexes) pour bien encadrer les relations contractuelles. Il en est de même pour le consultant qui pourra participer à l'élaboration de plans d'affaires et de plans stratégiques en se fiant sur son expérience avec d'autres franchiseurs. Cette consultation, à notre avis indispensable, assurera la mise en place d'une fondation solide propre à assurer la pérennité d'un réseau. Les mêmes commentaires s'appliqueront à un franchisé s'intéressant à acquérir une franchise. Il sera bien avisé de consulter ces mêmes professionnels pour bien l'informer de ce dans quoi il veut s'engager.

L'utilisation de modèles de documents

La mise sur pied d'un réseau de franchise requiert la préparation de certains documents juridiques dont une convention de franchise et de documents connexes telles des conventions de bail et/ou de sous-bail, d'hypothèque, de cautionnement et autres. Un bon nombre de ces documents sont disponibles, sous forme de modèles, sur Internet ou ailleurs, mais il serait périlleux de se servir de ce type de documents aveuglément, car ceux-ci ne sont pas toujours bien adaptés au concept qu'on veut franchiser. À titre d'exemple, la convention de franchise devrait contenir toutes les obligations respectives du franchiseur et du franchisé ainsi que des dispositions prévoyant les sanctions en cas de défaut, par l'une ou l'autre des parties (plus particulièrement, en général, le franchisé) de respecter ses obligations. Un franchiseur serait également bien avisé d'adapter sa convention de franchise aux éléments distinctifs et particuliers de son concept et surtout, tel que mentionné précédemment, en consultant un professionnel habitué à préparer ce type de documentation. Cet investissement en apparence coûteux au départ, mais pourra faire épargner au franchiseur des frais beaucoup plus substantiels dans l'éventualité de litiges.

Le choix d'un franchisé

En définitive, il est relativement facile de vendre une franchise, et ce, même si le concept n'est pas tout à fait éprouvé ou même faible. Or, malgré l'élaboration d'une fondation solide (plans stratégiques, contrats, etc.), le choix d'un franchisé bien adapté non seulement au concept mais au modèle d'affaires même qu'est la franchise, est fondamental. Certaines personnes ne sont pas aptes à être des franchisés soit en raison de leur personnalité, de leurs aptitudes entrepreneuriales ou pour d'autres raisons. Il sera donc important de déceler ces lacunes au départ pour éviter des mauvaises surprises par la suite. Tel que mentionné précédemment, le franchisé doit s'efforcer de mettre à exécution un concept selon les normes précises et rigoureuses du franchiseur. De nombreux outils existent pour évaluer des candidats franchisés potentiels. À titre d'exemple, l'expérience de quelques jours dans un restaurant, des tests psychométriques et bien sûr, des entrevues multiples sont souhaitables. Mais au-delà de ces évaluations, un franchiseur avisé devrait d'abord définir le profil type du franchisé qu'il recherche et qui sera chargé de reproduire son concept. Cet exercice s'avérera d'ailleurs bien utile lorsqu'il sera temps de solliciter des candidats potentiels.

CONCLUSION

Force est de constater que la franchise comme modèle d'affaires présente de nombreux avantages très intéressants mais ne devrait pas, par ailleurs, être sous-estimée. Ne franchise pas qui veut et, surtout, ne connaît pas de succès comme franchisé qui veut. Ainsi, bien qu'il s'agisse d'un mode de démarrage d'entreprise fort intéressant et, dans certains cas, fort lucratif, il comporte certains risques et doit être analysé sérieusement. Les franchiseurs comme les franchisés auront intérêt à consulter les professionnels du domaine avant d'entreprendre l'aventure de la franchise.

LIENS UTILES

Association canadienne de la franchise : www.cfa.ca

Conseil québécois de la franchise : www.cqf.ca

Ministère du développement économique de l'innovation et de l'exportation (MDEIE) : www.mdeie.gouv.qc.ca

PAR FABRICE VIL

LES OBLIGATIONS LIÉES À L'USAGE DU FRANÇAIS



FABRICE VIL // FABRICE.VIL@LKD.CA
Me Fabrice Vil est membre du Barreau du Québec depuis 2007 et pratique au sein du groupe de litige du cabinet Langlois Kronström Desjardins. Fabrice exerce sa pratique en litige civil et commercial ainsi qu'en droit public et administratif, principalement dans des dossiers d'envergure à l'occasion desquels il travaille dans des domaines tels que les litiges commerciaux, les recours collectifs, la responsabilité professionnelle, l'indépendance de la magistrature et le droit disciplinaire. Cette pratique l'a amené à œuvrer dans des industries variées comme le secteur bancaire, la santé, les technologies de l'information et le transport.

INTRODUCTION

C'est durant les années 1970 que le Québec, évoluant au sein d'un pays et d'un continent majoritairement anglophones, a adopté des mesures législatives visant à assurer l'utilisation du français sur son territoire. Effectivement, la Charte de la langue française (la « Charte »), également connue sous l'appellation « Loi 101 », a été adoptée en 1977 et préserve le français dans plusieurs secteurs d'activités, dont le commerce et les affaires.

Dans un contexte où plus de 80 % des consommateurs québécois sont francophones, la Charte leur reconnaît le droit d'être informés et servis en français. La Charte énonce ainsi des règles applicables aux commerçants et visant à protéger ce droit. Celles-ci portent sur :

- le nom d'entreprise;
- l'affichage public et la publicité commerciale;
- l'étiquetage des produits;
- la documentation commerciale;
- les logiciels.

LE NOM D'ENTREPRISE

Le nom d'une entreprise établie au Québec doit être en français. Cette règle vise tout nom utilisé couramment par une entreprise pour fins de commerce, notamment dans l'affichage, mais également le nom utilisé dans la dénomination sociale utilisée par l'entreprise pour obtenir sa personnalité juridique.

Généralement, un nom d'entreprise est composé d'un générique (qui sert à décrire l'activité de l'entreprise) et d'un spécifique (qui sert à distinguer l'entreprise d'une autre).

Ex. : Dans le nom d'entreprise « LKD Avocats », « LKD » est la partie spécifique, alors que « Avocats » est la partie générique.

Selon la Charte, le spécifique peut être le nom d'une personne (patronyme) ou d'un lieu (toponyme), une expression tirée d'une autre langue ou une expression formée d'une combinaison artificielle de lettres, de syllabes ou de chiffres.

Un générique en français doit obligatoirement accompagner tout spécifique qui comporte une expression tirée d'une autre langue.

Ex. : « Les cafés (générique) Good Morning (spécifique) ».

Toutefois, une marque de commerce reconnue au sens de la Loi sur les marques de commerce peut être utilisée uniquement dans une autre langue que le français dans l'affichage public, sauf si une version française de cette marque a été déposée.

Dans le cadre de son application au domaine des affaires, la Charte protège notamment l'affichage public et la publicité commerciale (article 58), l'étiquetage des produits (article 51) et la publication de brochures, catalogues et encarts (article 52). Lorsqu'une entreprise fait affaire au Québec par le biais de ces activités, la langue française doit être utilisée seule ou, si utilisée concurremment à une autre langue, être utilisée de manière aussi importante que l'autre langue, sauf pour ce qui est de l'affichage public et de la publicité commerciale qui requiert une utilisation prépondérante du français.

L'AFFICHAGE PUBLIC ET LA PUBLICITÉ COMMERCIALE

La Charte prévoit la règle générale selon laquelle l'affichage public et la publicité commerciale doivent se faire en français. Par affichage public, la Charte entend tout message affiché s'adressant au public, qu'il soit placé à l'extérieur ou à l'intérieur d'un établissement.

L'affichage public et la publicité commerciale peuvent également être faits à la fois en français et dans une autre langue à la condition que le français apparaisse de « façon nette-

« Dans un contexte où plus de 80 % des consommateurs québecois sont francophones, la Charte leur reconnait le droit d'être informés et servis en français »

ment prédominante ». Le français figure de façon nettement prédominante lorsque le texte rédigé en français a un impact visuel beaucoup plus important que le texte rédigé dans l'autre langue.
Le tableau suivant indique, selon les circonstances, les conditions énoncées par la réglementation pour qu'un texte rédigé en français soit considéré avoir un impact visuel beaucoup plus important :

	L'espace consacré au texte français est au moins deux fois plus grand que celui consacré au texte dans une autre langue	**Les caractères utilisés dans le texte en français sont au moins deux fois plus grands que ceux utilisés dans le texte dans l'autre langue**	**Les affiches sur lesquelles figure le texte en français sont au moins deux fois plus nombreuses que celles sur lesquelles figure le texte dans l'autre langue**	**Les affiches sur lesquelles figure le texte en français sont au moins deux fois plus grandes que celles sur lesquelles figure le texte dans l'autre langue**
Textes en français et dans une autre langue sur une même affiche	X	X		
Textes en français et dans une autre langue sur des affiches distinctes et de même dimension		X	X	
Textes en français et dans une autre langue sur des affiches distinctes de dimensions différentes		X	X	X

Par ailleurs, dans tous les cas, les autres caractéristiques de l'affichage ne doivent pas avoir pour effet de réduire l'impact visuel du texte rédigé en français. Par exemple, en raison d'effets lumineux favorisant la visibilité du texte rédigé dans une autre langue, un texte français dont l'affichage rencontre les conditions énoncées ci-dessus pourrait ne pas être considéré comme ayant un impact visuel beaucoup plus important.

Enfin, la réglementation prévoit certaines exceptions en ce qui concerne l'affichage public et la publicité commerciale, notamment :

- La publicité commerciale d'une entreprise sur des affiches ou sur tout autre support d'une superficie de 16m² ou plus et visible sur un chemin public doit être faite uniquement en français (à moins que la publicité ne soit située sur les lieux de l'établissement de l'entreprise);
- La publicité commerciale d'une entreprise doit être faite uniquement en français sur ou dans tout moyen de transport public et ses accès, tels que les métros, les autobus et abribus;
- L'affichage public et la publicité commerciale relative à un événement public international ou à un événement dont les participants viennent en majorité de l'extérieur du Québec peuvent se faire en français et dans une autre langue, pourvu que le français y apparaisse de façon au moins aussi évidente.

L'ÉTIQUETAGE DES PRODUITS

L'étiquetage d'un produit comprend toute inscription sur un produit, sur son contenant ou sur son emballage, ainsi que sur tout document ou objet accompagnant le produit (modes d'emploi, certificats de garantie, etc.). En général, selon la Charte, tous les produits offerts au Québec doivent être étiquetés en français.

Le texte en français peut être traduit en une ou plusieurs autres langues à la condition qu'aucune inscription rédigée dans une langue autre que le français ne soit plus évidente que le texte rédigé en français.

Par ailleurs, la règlementation prévoit certaines exceptions à la règle prévue à la Charte. Parmi ces exceptions, une inscription sur un produit peut être rédigée dans une autre langue que le français si le produit est destiné à un marché extérieur au Québec.

LA DOCUMENTATION COMMERCIALE

La documentation commerciale comprend les catalogues, les brochures, les dépliants, les annuaires commerciaux et toute autre publication de même nature, sur support papier ou électronique, ainsi que les messages commerciaux des sites Web des entreprises faisant affaire au Québec.

La documentation commerciale doit être rédigée en français. Elle peut également être rédigée en deux versions distinctes, l'une en français et l'autre dans une autre langue, à la condition que la version française soit aussi accessible et présentée dans une aussi bonne qualité que la version rédigée dans une autre langue.

La règlementation prévoit quelques exceptions où, dans certaines situations, le seul usage d'une autre langue que le français est permis. À titre d'exemple, mentionnons notamment la documentation commerciale destinée à un groupe ethnique qui peut être rédigée exclusivement dans la langue de ce groupe.

LES LOGICIELS

La Charte exige que les logiciels, y compris les ludiciels et les systèmes d'exploitation, soient disponibles en français, à moins qu'il n'existe aucune version française.

CONCLUSION

En général, quiconque contrevient à la Charte ou aux règlements adoptés en vertu de la Charte s'expose à une amende pouvant varier entre 600 $ et 20 000 $ en cas de première infraction. Dans un contexte où la nécessité de préserver l'usage du français fait souvent l'objet de discussions dans les médias, les entrepreneurs ont tout intérêt à s'assurer que leurs activités au Québec sont conformes à la Charte et à ses règlements.

LIENS UTILES

Office québécois de la langue française :
www.oqlf.gouv.qc.ca/

Respect de la loi dans l'affichage d'un nom d'entreprise utilisant une marque de commerce :
www.respectdelaloi.gouv.qc.ca/

PAR JASON MOSCOVICI

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LE DESSIN INDUSTRIEL



JASON MOSCOVICI // MOSCOVICI@ROBIC.COM
Jason Moscovici travaille au sein du secteur brevet du cabinet ROBIC s.e.n.c.r.l. où il se spécialise en litige de propriété intellectuelle et en litige commercial. Il possède une formation juridique et scientifique qui lui permet de conseiller ses clients sur ces deux plans dans leurs besoins liés à la propriété intellectuelle et au litige. Il est membre de l'Ordre des chimistes du Québec et du Barreau du Québec.

LE DESSIN INDUSTRIEL : UNE DÉFINITION

Au Canada, quand on parle de dessin industriel, on réfère aux caractéristiques visuelles touchant la forme, la configuration, le motif ou les éléments décoratifs, ou toute combinaison de ces éléments, d'un objet fini fabriqué à la main ou à l'aide d'un outil ou d'une machine. Par exemple, un dessin industriel peut s'appliquer à la forme d'un soulier ou encore à une bouteille de parfum.

POURQUOI OBTENIR UN DESSIN INDUSTRIEL ?

Un dessin industriel confère à son propriétaire un droit exclusif et temporaire lors duquel la configuration, le motif ou les éléments décoratifs d'un article ou la combinaison de ceux-ci ne peuvent être fabriqués, importés à des fins commerciales, vendus, loués, ou offerts en vue d'une vente par un tiers sans son consentement.

Au Canada, ce droit exclusif est d'une durée de dix ans, qui débute à compter de la délivrance du certificat d'enregistrement du dessin industriel. La durée de vie d'un dessin industriel varie de pays en pays, à titre d'exemple, la durée est de quatorze ans aux États-Unis.

Ainsi, un dessin industriel accorde un droit exclusif à son propriétaire de fabriquer, d'importer à des fins commerciales, de vendre, de louer, d'offrir ou d'exposer en vue de la vente l'objet sur lequel s'applique le dessin enregistré. Ceci permet au propriétaire de faire fructifier le temps et l'argent consacrés à la création de la configuration, du motif, ou des éléments décoratifs en question.

QUELLE EST LA DIFFÉRENCE ENTRE UN BREVET, UN DESSIN INDUSTRIEL, ET UNE MARQUE DE COMMERCE ?

Contrairement à un brevet, qui permet de protéger les caractéristiques fonctionnelles et techniques d'une invention, ou à une marque de commerce, qui permet de protéger toute marque ou signe distinctif employés par une personne de façon à distinguer ses marchandises ou services des marchandises ou services d'une autre personne, un dessin industriel ne se limite qu'aux caractéristiques ou à la combinaison de caractéristiques visuelles d'un article. Si ces caractéristiques sont nouvelles et originales, l'enregistrement du dessin industriel sera accordé. Cependant, il est tout à fait possible qu'un article fasse à la foi l'objet d'une demande de brevet, d'une demande d'enregistrement de marque de commerce, et d'un dessin industriel.

CRITÈRES D'ÉVALUATION POUR L'ENREGISTREMENT D'UN DESSIN INDUSTRIEL AU CANADA

En général, une demande d'enregistrement de dessin industriel sera accordée à un propriétaire s'il n'est pas identique à un autre dessin déjà enregistré ou si ce dessin ne ressemble pas à un autre, à un point tel où il pourrait y avoir de la confusion.

En outre, en ce qui concerne l'étendue des droits exclusifs qui découlent d'un dessin industriel, « ni les caractéristiques résultant uniquement de la fonction utilitaire d'un objet, ni les méthodes ou principes de réalisation d'un objet ne peuvent bénéficier de la protection prévue par la Loi » (article 5.1 de la Loi sur les dessins industriels).

EST-IL POSSIBLE D'EXPOSER OU DE VENDRE UN ARTICLE SUJET À UNE DEMANDE DE DESSIN INDUSTRIEL AVANT DE DÉPOSER LA DEMANDE ?

Il n'est généralement pas conseillé de dévoiler au public ou de mettre sur le marché un article sur lequel figure un dessin industriel qui fera l'objet d'une demande d'enregistrement. Comme l'originalité et la nouveauté sont les critères d'évaluation d'une demande de dessin industriel,

si la caractéristique visuelle que l'on tente de protéger se trouve déjà sur le marché, on ne pourra plus prétendre qu'elle est nouvelle et originale.

Dans certains pays toutefois, tels le Canada et les États-Unis, il existe une période de grâce d'un an pour procéder au dépôt d'une demande de dessin industriel, qui débute à compter de la première divulgation publique, vente ou offre de vente de l'article à protéger. Une fois cette période révolue, il est impossible de déposer une demande de dessin industriel pour l'aspect visuel de cet article.

QUELLES SONT LES ÉTAPES GÉNÉRALES POUR OBTENIR L'ENREGISTREMENT D'UN DESSIN INDUSTRIEL ?

La **première étape** est l'élaboration des dessins conformes aux exigences réglementaires de la juridiction dans laquelle la demande est déposée. Il est important de noter que dans la plupart des cas, il est impossible de modifier l'aspect visuel de l'article illustré après le dépôt de la demande. Donc, il est important de bien choisir et de finaliser l'aspect visuel à protéger avant de procéder à une demande d'enregistrement.

La **deuxième étape** est le dépôt de la demande de dessin industriel dans le ou les pays où une protection est désirée. Dans certaines juridictions, notamment au Canada, la demande doit aussi comprendre une description de l'aspect visuel qui sera apposée sur l'article ou l'objet. Au Canada, cette demande est déposée auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). Il est aussi nécessaire de spécifier dans la demande si l'originalité de l'aspect visuel correspond aux caractéristiques de forme, d'ornementation, de configuration ou de motif, ou encore à une combinaison de ces caractéristiques.

La **troisième étape** est l'examen de la demande de dessin industriel par un examinateur du pays concerné. Au Canada, l'examen par l'OPIC commence généralement six mois après le dépôt de la demande. Aux États-Unis, ce délai est habituellement de six à dix-huit mois. Le rôle de l'examinateur n'est pas de juger des qualités ou des mérites de l'aspect visuel de l'article, mais plutôt de s'assurer que la demande répond aux critères d'enregistrement - notamment l'originalité et la nouveauté -, ainsi qu'aux exigences formelles. L'examinateur peut considérer que la forme, l'ornementation, la configuration, ou le motif ne sont pas nouveaux ou ne sont pas suffisamment originaux par rapport aux réalisations antérieures, et peut ensuite refuser la demande.

Enfin, la **quatrième étape** est la délivrance du certificat d'enregistrement du dessin industriel lorsque l'examinateur est d'avis que la demande répond à tous les critères.

La majorité des étapes mentionnées précédemment impliquent des frais et le paiement de droits réglementaires.

UNE FOIS L'ENREGISTREMENT OBTENU, LE DESSIN INDUSTRIEL EST-IL VALIDE DANS TOUS LES PAYS ?

La juridiction d'un dessin industriel n'est valable que dans le pays où il a été obtenu. Ainsi, il faut déposer une demande de dessin industriel dans chaque pays où une protection est désirée.

QUELS SONT LES RECOURS CONTRE QUELQU'UN QUI COPIE L'ASPECT VISUEL DE L'ARTICLE ?

Il faut comprendre que contrairement à certains autres droits de propriété intellectuelle, aucun droit ne subsiste dans un dessin industriel avant que le certificat d'enregistrement ne soit obtenu, et aucune action en contrefaçon ne peut être entreprise avant la délivrance de celui-ci. Ce n'est qu'après la délivrance du certificat que des procédures judiciaires en contrefaçon et en violation d'un droit exclusif peuvent être entamées tant au niveau des Cours provinciales que fédérales.

UNE FOIS L'ENREGISTREMENT DU DESSIN INDUSTRIEL OBTENU, FAUT-IL INDIQUER SUR UN ARTICLE QU'IL EST PROTÉGÉ PAR UN DESSIN INDUSTRIEL ?

Au Canada, il est important d'indiquer sur un article qu'il est protégé par un dessin industriel enregistré. Le marquage des articles bénéficiant d'une protection d'un dessin industriel se fait par la lettre « D » entourée d'un cercle et suivie du nom du propriétaire du dessin industriel. Lorsqu'une demande de dessin industriel a été déposée, mais que son certificat d'enregistrement n'a pas encore été délivré, on peut indiquer sur les articles les expressions

« enregistrement de dessin industriel demandé » ou **« Design Registration Pending »**. Ce marquage est important, car il informe les tiers de l'existence de cette demande ou de l'enregistrement du dessin industriel, qui ne pourront par après nier la connaissance des enregistrements.

HABITUELLEMENT, COMMENT FAUT-IL S'Y PRENDRE POUR SOUMETTRE UNE DEMANDE D'ENREGISTREMENT DE DESSIN INDUSTRIEL ?

Au stade de l'évaluation, il est fortement suggéré de consulter un avocat ou un professionnel spécialisé dans le domaine des dessins industriels avant de divulguer un dessin à des tiers. Ce dernier pourra aider à évaluer les chances de succès quant à l'obtention d'un dessin industriel en fonction du type de dessin et du contexte, et à mener une recherche en nouveauté/originalité afin d'apprécier ce qui existe déjà dans le domaine.

Si les conclusions sont à l'effet qu'il est opportun de déposer une demande d'enregistrement de dessin industriel, le professionnel portera assistance, notamment lors de l'élaboration d'une stratégie de dépôt, de la préparation de la demande, et pourra répondre aux rapports émis par l'examinateur lors de l'examen de la demande ainsi que gérer les échéances administratives.

Afin d'obtenir des renseignements supplémentaires, veuillez consulter le guide des dessins industriels de l'OPIC en visitant : www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/h_wr02300.html

PAR MARC-ANDRÉ NADON

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LE DROIT D'AUTEUR



MARC-ANDRÉ NADON //
MNADON@FASKEN.COM
Marc-André Nadon pratique en litige civil et public ainsi qu'en propriété intellectuelle. Il pratique notamment dans le domaine du droit des médias, plus précisément en matière de diffamation, de la vie privée et de questions relatives à la liberté de presse et d'expression. Il procure des conseils en prédiffusion et prépublication auprès des médias pour lesquels il agit sur des sujets nécessitant une intervention rapide et critique pouvant faire l'objet de publication ou de diffusion dans l'actualité. Il prodigue également des conseils en prédiffusion et procède à l'analyse de scénarios et de textes pour le compte de producteurs de télévision à des fins de conformité légale et de couverture d'assurance.

LE DROIT D'AUTEUR, C'EST …

Le droit d'auteur est de juridiction fédérale et est régi par la Loi *sur le droit d'auteur*. Le droit d'auteur est un ensemble de droits exclusifs accordés à tout auteur d'une œuvre originale, d'une prestation artistique, d'un enregistrement sonore ou d'un signal de communication. Il comporte deux volets : les droits patrimoniaux, dits économiques, et les droits moraux, ce dernier n'étant applicables qu'aux œuvres et prestations d'artistes interprètes.

Les droits économiques comprennent notamment le droit exclusif de fixation, reproduction, de distribution, d'exécution en public (par exemple en spectacle) et de communication au public par télécommunication (par exemple, à la radio ou à la télévision) et de mise à la disposition du public (par exemple, sur Internet).

Le droit d'auteur sur une œuvre ne protège pas l'idée que comporte l'œuvre, mais uniquement l'expression particulière employée par l'auteur de l'œuvre pour matérialiser cette idée. De plus, l'œuvre, pour être protégée, doit être « originale », c'est-à-dire qu'elle doit émaner de son auteur, ne pas être une copie totale ou importante, d'une œuvre préexistante à laquelle cet auteur a eu accès, directement ou indirectement, et doit être le produit de l'exercice du talent et du jugement de cet auteur (*Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339).

Au Canada, la protection accordée par le droit d'auteur est automatique, aucune formalité, telle que l'enregistrement ou l'apposition d'avis n'étant nécessaire pour l'obtention ou l'exercice des droits. Cette protection est reconnue à tous les citoyens canadiens ainsi qu'aux ressortissants de tout pays signataire des conventions internationales applicables en matière de droit d'auteur ou de droits voisins auxquelles le Canada est partie dont la Convention de Berne, l'annexe ADPIC de l'Accord OMC, la Convention de Rome, le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

L'enregistrement du droit d'auteur est toutefois possible et même recommandé. Malgré que cet enregistrement n'offre aucune garantie contre la violation, il emporte une présomption de titularité du droit d'auteur et prémuni contre la préséance accordée aux cessions postérieures faites à titre onéreux et sans connaissance des cessions antérieures. Bien que la LDA ne comporte aucune exigence en ce sens, il est aussi recommandé d'inscrire le symbole du droit d'auteur (soit « ©, [année de première publication], [nom du propriétaire du droit d'auteur],par exemple : « © 2011, ABC inc. » sur les exemplaires de l'œuvre ou autres objets de droits d'auteur afin d'aviser les utilisateurs éventuels de l'existence du droit d'auteur.

Le droit d'auteur protège :

- Les œuvres littéraires : livres, articles, lettres, pamphlets, brochures, thèses d'études, formulaires, programmes d'ordinateur, journaux, etc. ;
- Les œuvres dramatiques : pièces de théâtre, mise en scène, films, vidéos, scénarios, etc. ;
- Les œuvres chorégraphiques ;
- Les œuvres musicales avec ou sans paroles ;
- Les œuvres artistiques : dessins, croquis, photographies, peintures, plans, sculptures, gravures, cartes, graphiques, tableaux, œuvre due à des artisans ;
- Les œuvres architecturales (sous-catégorie des « œuvres artistiques ») : immeubles, structures, maquettes ;
- Les prestations d'artistes : musiciens, danseurs, chanteurs, comédiens, etc. ;
- Les signaux de communications des radiodiffuseurs ;

« Le droit d'auteur sur une œuvre ne protège pas l'idée que comporte l'œuvre, mais uniquement l'exression particulière employée par l'auteur pour matérialiser cette idée. »

Les enregistrements sonores (excluant les bandes sonores des œuvres cinématographiques);

- Les œuvres collectives;
- Les compilations originales d'œuvres ou de données (encyclopédies, anthologies, bases de données, etc.

Ce que le droit d'auteur ne protège pas:

- Les idées, procédures, méthodes de fonctionnement ou concepts en tant que tels;
- Les titres indépendants de l'œuvre qu'ils coiffent;
- Les faits.

QUELLE EST LA DURÉE DE LA PROTECTION ?

Au Canada, le droit d'auteur protège les œuvres originales durant la durée de vie de leur auteur jusqu'à la fin de la cinquantième année civile suivant celle de leur décès. Si l'auteur décède avant la publication ou l'exécution publique de son œuvre, la période de protection de 50 ans commence à courir à la date de la première publication ou de l'exécution en public de ladite œuvre. Pour les œuvres créées en collaboration, le droit d'auteur subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année civile suivant celle du décès du dernier survivant des coauteurs.

Les enregistrements sonores, pour leur part, de même que certaines prestations, sont protégés pour une période de 50 ans à compter de la date de leur première fixation. À l'échéance de la durée de protection, l'œuvre ou autre objet de droit d'auteur entre dans le domaine public.

SUIS-JE TITULAIRE D'UN DROIT D'AUTEUR ?

À moins de l'avoir cédé au moyen d'un écrit signé, c'est l'auteur initial de l'œuvre qui possède initialement le droit sur cette dernière. Il est important de noter que c'est la personne qui a réalisé l'œuvre et non celle qui a donné les idées qui en est l'auteur. Cependant, la Loi prévoit quelques exceptions.

De son côté, l'artiste est le premier titulaire des droits sur sa prestation, tout comme le producteur d'un enregistrement sonore est le premier titulaire des droits d'auteur sur celui-ci et le radiodiffuseur est le premier titulaire des droits d'auteur sur le signal de communication qu'il émet.

L'employeur, à moins d'entente contraire à cet effet avec son employé, est le titulaire des droits d'auteurs sur les œuvres réalisées par cet employé dans le cadre de l'exercice de son emploi. Aussi, l'œuvre créée en collaboration appartient également à tous les auteurs et ces derniers sont considérés comme des cotitulaires du droit d'auteur. Il est par ailleurs fortement recommandé de déterminer les droits et les parts de chaque auteur de l'œuvre collective de façon conventionnelle.

QU'EN EST-IL DES DROITS MORAUX ?

Les droits moraux sont indépendants des droits économiques. Nous avons vu que les droits économiques sont ceux reliés au patrimoine du titulaire du droit d'auteur; ils sont donc cessibles et susceptibles d'évaluation monétaire. Les droits moraux, pour leur part, sont de nature extrapatrimoniale et, de ce fait, inaliénables. Ils sont liés à l'honneur, à la réputation et à la personnalité de l'auteur ou de l'artiste. Ces derniers ne peuvent les céder, mais il peuvent par contre y renoncer, du moins au Canada. Il est important de souligner que la cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.

Les droits moraux permettent à l'auteur ou à l'artiste de revendiquer la paternité de son œuvre ou de sa prestation, en d'autres termes, de voir son nom associé à l'œuvre ou à la prestation. Également, ces droits procurent un droit de regard à l'auteur ou à l'artiste sur son œuvre ou sa prestation face à l'utilisation de celle-ci. Ainsi, une personne pourra contrevenir aux droits moraux ou porter atteinte à l'intégrité d'une œuvre ou d'une prestation en la mutilant, la déformant ou tout simplement en la modifiant de manière préjudiciable à la réputation ou à l'honneur de son auteur ou artiste. Bref, l'auteur et l'artiste ont droit à l'intégrité de leur œuvre et prestation. Les droits moraux sont transmissibles par voie successorale. Les héritiers pourront donc exercer ces droits au nom de l'auteur ou de l'artiste pour la même durée que les droits patrimoniaux.

QU'EST-CE QUE LE DROIT DE LA PERSONNALITÉ ?

Ce droit est indépendant du droit d'auteur, mais ces deux droits cœxistent parfois de manière parallèle. Au Québec, le droit à l'image et à la voix est inclus dans le droit à la vie privée, droit quasi constitutionnel protégé par la *Charte des*

droits et libertés de la personne (art. 5).

Ce droit qui, à l'instar du droit moral, est lié à la personnalité est donc aussi incessible. Toute utilisation publicitaire de l'image ou de la voix d'une personne est sujette à son consentement, en d'autres termes, la personne concernée doit consentir à l'utilisation projetée. Par contre, ce qui fait l'objet des droits de la personnalité d'un individu peut parfois également être protégé par le droit d'auteur. C'est l'auteur de la photographie qui possède habituellement le droit d'auteur sur la photographie en question, mais ce droit cœxiste avec celui de la personne photographiée sur son image. L'utilisation ou la réutilisation non autorisée d'une œuvre protégée par le droit d'auteur pourra donner ouverture à des recours en vertu de la Loi sur le droit d'auteur.

QU'EN EST-IL DE LA RÉFORME EN DROIT D'AUTEUR AU CANADA ?

Le Projet de loi C-11 de 2012 a fait l'objet d'amendements importants le 7 novembre 2012 alors que le gouvernement canadien mettait finalement en vigueur l'essentiel des dispositions visant, notamment, la mise en œuvre de deux des plus récents traités internationaux en matière de droit d'auteur, soit le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, tous deux adoptés à Genève le 20 décembre 1996. Il s'agissait de la quatrième tentative d'amendement à la LDA sur le droit d'auteur après celles de 2005, 2008 et 2010, toutes avortées en raison d'élections anticipées. Ce projet de plus d'une soixantaine de pages ne se limite toutefois pas à mettre en œuvre les standards minimaux de ces traités, mais comporte nombre de dispositions additionnelles, notamment l'ajout de plusieurs exceptions au droit d'auteur. Sans entrer dans le détail des nombreux amendements résultants de ce projet de loi, soulignons:

- La normalisation du régime de droit d'auteur applicable aux photographies ;
- La création d'un nouveau droit de distribution ;
- La reconnaissance du droit de mise à la disposition du public ;
- L'octroi d'un droit de reproduction non limité et de droits moraux au bénéfice des artistes ;
- La création de recours à l'encontre des facilitateurs de violation de droit d'auteur sur Internet ;
- La création de recours à l'encontre du contournement non autorisé de mesures techniques de protection (ou « verrous technologiques ») ou de modification d'informations sur le régime des droits (métadonnées) ;
- L'adoption de nombreuses exceptions au droit d'auteur notamment, pour le transfert de formats, l'écoute en différé, la création et l'exploitation de contenus générés par les utilisateurs (ou « exception Youtube »), les copies de sauvegarde, les copies inhérentes aux processus technologiques, l'extension de l'exception d'utilisation équitable à l'éducation, à la parodie et aux satires ainsi que la création de plusieurs exceptions additionnelles au bénéfice des institutions d'enseignement, notamment pour l'enseignement et l'utilisation de matériel protégé en ligne ;
- L'adoption de règles visant à prémunir certains fournisseurs de services en ligne contre les recours en violation de droit d'auteur susceptibles de résulter de la reproduction ou de la communication au public de matériel protégé dans le cadre de leurs services ;
- La création d'un régime obligeant certains fournisseurs de services en ligne à transmettre des avis aux personnes faisant l'objet de plaintes pour violation du droit d'auteur et à conserver les informations permettant de les identifier en cas de recours judiciaires, et
- La réduction des dommages préétablis pouvant être obtenus des contrefacteurs non commerciaux.

La mise en œuvre des traités de 1996 précités a aussi pour effet d'étendre l'application de certaines dispositions de la LDA aux ressortissants de nouveaux pays aussi parties à ces traités, dont les États-Unis.

EST-CE POSSIBLE D'UTILISER UNE ŒUVRE PROTÉGÉE PAR LE DROIT D'AUTEUR SANS VIOLER LES DROITS DU TITULAIRE ?

La Loi sur le droit d'auteur comporte quelques exceptions permettant l'utilisation de matériel protégé sans engendrer de violation. En effet, il est possible d'utiliser des œuvres soumises à la protection, par exemple, à des fins d'étude privée, de recherche, de compte-rendu, de critique, de nouvelles, d'éducation, parodie ou satire. Cette utilisation dite « équitable » exige cependant, dans certains cas, que les sources utilisées soient bien identifiées. La Loi sur le droit d'auteur prévoit aussi des exceptions en faveur des établissements d'enseignement sans but lucratif, des bibliothèques, des musées et services d'archives sans but lucratif.

De plus, la copie aux fins d'usage privé et strictement personnel est permise sous la LDA. Lorsque cette reproduction vise un enregistrement sonore musical et est faite sur un support audio vierge non intégré à un équipement (tel qu'un CD enregistrable), une redevance fixée par la Commission du droit d'auteur est perçue sur le prix de vente de ce support, laquelle est partagée entre les auteurs, compositeurs, chanteurs, musiciens et producteurs de ces enregistrements sonores par le biais de leurs sociétés de gestion.

LA CESSION ET LA LICENCE: DEUX CONCEPTS DIFFÉRENTS

Il existe une distinction fondamentale entre les notions de « cession » et de « licence ». La cession est en fait une vente et transfère le droit d'auteur au nouveau propriétaire. La licence, pour sa part, consiste en l'autorisation, en faveur d'un tiers, lui permettant d'utiliser l'œuvre protégée à des fins et conditions convenues. Par conséquent, l'auteur conserve la titularité des droits sur l'œuvre.

Les licences ainsi octroyées peuvent être exclusives ou non, et assorties d'autres conditions telles que le versement de redevances.

LA GESTION DES DROITS D'AUTEUR AU CANADA

Certaines sociétés de gestion canadiennes ont été créées afin de permettre une gestion collective du droit d'auteur. À titre d'exemple, voici une liste non exhaustive de sociétés de gestion :

- **SOCAN** (Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) gère la perception des droits d'exécution publique et la redistribution des redevances aux auteurs, compositeurs et éditeurs ;
- **SODRAC** (Société du droit de reproduction des auteurs compositeurs et éditeurs du Canada) gère les droits de reproduction ou de représentation publique des artistes des arts visuels, des auteurs, des compositeurs ou des éditeurs et collecte les redevances applicables ;
- **COPIBEC** (Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction) gère les droits de reproduction par photocopies et autres moyens mécaniques ou électroniques ;
- **CMRRA** (Agence canadienne des droits de reproduction musicaux) gère les droits d'auteur des artistes musicaux au Canada.

QUELS SONT MES RECOURS EN CAS DE VIOLATION ?

La LDA prévoit également les sanctions en cas de violation. Le titulaire du droit d'auteur est admis à exercer tous les recours que la Loi accorde ou peut accorder pour la violation d'un droit en s'adressant aux tribunaux de droit commun ou à la Cour fédérale du Canada. Ces recours comprennent l'injonction, les dommages-intérêts, les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs, la reddition de compte et la remise en propriété des exemplaires contrefaits ou des planches servant à leur fabrication.

Les recours en matière civile doivent en principe être intentés dans un délai de trois ans suivant le moment où la violation a eu lieu. Il y a violation des droits d'auteur si l'un des actes exclusifs réservés au titulaire du droit d'auteur (par exemple, la reproduction ou l'exécution en public) est commis sans le consentement de ce dernier.

La *Loi sur le droit d'auteur* crée également un certain nombre d'infractions criminelles en lien avec la contrefaçon d'œuvres à des fins commerciales ou l'exploitation d'œuvres contrefaites à des fins commerciales. Les amendes prévues peuvent atteindre un million de dollars ou un emprisonnement maximal de cinq ans.

Enfin, la Commission du droit d'auteur a juridiction afin d'approuver certains tarifs de redevances devant être payées pour certaines utilisations d'œuvres et autres objets de droits d'auteur, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. La Commission exerce aussi un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion et délivre elle-même des licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable.

DEVANT QUEL TRIBUNAL PUIS-JE FAIRE VALOIR MES DROITS ?

La Cour fédérale a une juridiction concurrente avec les cours des provinces sur l'application de la Loi sur le droit d'auteur. Dans le cas du Québec, la Cour du Québec ou la Cour supérieure auront compétence pour entendre une action en violation d'un droit d'auteur, tout dépendant des montants en jeu. Une partie lésée peut donc intenter une action soit devant la Cour fédérale, soit devant la Cour du Québec ou encore, devant la Cour supérieure.

La Cour fédérale est plus spécialisée en droit d'auteur, mais demande une procédure plus lourde et plus coûteuse en plus d'un déplacement dans les grands centres (Montréal, Québec, Ottawa ou Toronto). La Cour supérieure et la Cour du Québec sont, pour leur part, accessibles dans diverses régions et comportent une procédure plus légère et moins coûteuse en général. Par contre, au Québec, seule la Cour supérieure a le pouvoir d'émettre une injonction.

POURQUOI FAIRE AFFAIRE AVEC UN AVOCAT SPÉCIALISÉ EN DROIT D'AUTEUR ?

Il est conseillé de consulter un avocat spécialisé en droit d'auteur afin d'assurer une protection adéquate de vos œuvres. L'avocat peut également vous conseiller de protéger vos droits par le biais d'autres lois de propriété intellectuelle telles la *Loi sur les marques de commerce*, la *Loi sur les brevets* et la *Loi sur les dessins industriels*.

Compte tenu de la complexité des relations d'affaires ainsi que de l'ampleur et de la diversité des éléments de propriété intellectuelle qu'une entreprise ou une personne peut posséder, il est hautement préférable de consulter un professionnel afin que celui-ci puisse établir une stratégie proactive de gestion et de protection de la propriété intellectuelle, en fonction des objectifs d'affaires de l'entreprise ou du particulier et des ressources disponibles.

LIENS UTILES

Office de la propriété intellectuelle du Canada ;
www.opic.gc.ca

Commission du droit d'auteur du Canada ;
www.cb-cda.gc.ca

RÉFÉRENCES PERTINENTES

MCKEOWN, John , Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs, 4e éd., Toronto, Carswell, 201.

RICHARD, H.G., J.A. LÉGER et G. NAHABEDIAN, Canadian Copyright Act annotated, vol. 2, Toronto, Carswell, 2009.

TAMARO, Normand, Loi sur le droit d'auteur, 9e édition, Carswell, Scarborough, 2009.

GENDREAU, Ysolde et Ejan MACKAAY, Législation canadienne en propriété intellectuelle / Canadian Legislation on Intellectual Property 2006, Toronto, Carswell, 2007.

GILKER, Stéphane, Les droits voisins, Jurisclasseur, Propriété littéraire et artistique, Collection droit des affaires, Montréal, LexisNexis, 2012

BURSANESCU, Silviu, « L'image de marque: comment utiliser efficacement les lois de propriété intellectuelle pour protéger le nom et l'image des célébrités ? » dans Les Cahiers de Propriété intellectuelle, Vol. 22, nº 3, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2010.

PAR JEAN-FRANÇOIS JOURNAULT

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LE BREVET



JEAN-FRANÇOIS JOURNAULT //
JOURNAULT@ROBIC.COM
Jean-François travaille au sein du secteur brevet du cabinet ROBIC s.e.n.c.r.l. où il se spécialise dans la rédaction et la poursuite de demandes de brevets et la rédaction d'opinions en brevetabilité, validité, contrefaçon et liberté de fabrication. Il est ingénieur junior membre de l'Ordre des ingénieurs du Québec et du Barreau du Québec depuis 2010.

LE BREVET : UNE DÉFINITION

De façon générale, un brevet d'invention peut être défini comme un titre de propriété temporaire, délivré à un inventeur (ou son ayant-droit), concernant une technologie qui est à la fois nouvelle, utile et non évidente.

Ainsi, un brevet d'invention assure une exception aux principes de liberté de commerce en accordant à son titulaire un droit exclusif temporaire durant lequel l'invention ne peut être fabriquée, vendue, importée ou utilisée sans son accord. En général, ce droit exclusif ne peut aller au-delà de vingt ans de la date de dépôt de la demande de brevet. Durant cette période, le propriétaire peut exploiter seul son invention et ainsi faire fructifier l'investissement de temps et d'argent consacré à son développement. Une fois, cette période écoulée, l'invention sera considérée faire partie du domaine public et pourra être exploitée librement par quiconque.

Il faut noter qu'un brevet n'est valable que dans le pays où il est obtenu. Il faut donc déposer une demande de brevet dans chaque pays où une protection est désirée. Cependant, lorsque l'on dépose une première demande de brevet, il est possible, sous certaines conditions, d'attendre jusqu'à un maximum de douze mois pour étendre sa protection dans d'autres pays. La date de dépôt de la première demande sera alors considérée comme la « date de priorité », c'est-à-dire la date à laquelle l'inventeur a réservé ses droits. Certains mécanismes sont également mis en place pour faciliter le dépôt de demandes dans plusieurs pays.

QUE PEUT-ON FAIRE BREVETER ?

Les brevets servent à protéger les inventions dans à peu près tous les domaines technologiques, à condition de respecter certains critères particuliers.

Pour être brevetable, il faut tout d'abord qu'une invention soit nouvelle, non seulement au Canada, mais partout dans le monde, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas avoir fait l'objet d'une divulgation publique avant la date de dépôt de la demande de brevet. De plus, pour qu'une invention soit considérée comme brevetable, elle doit satisfaire au critère de non-évidence, ce qui signifie que cette dernière doit aller au-delà d'une modification évidente qui aurait facilement pu être réalisée par une personne œuvrant dans le domaine technologique concerné. Finalement, l'invention doit également être utile, c'est-à-dire que l'invention doit fonctionner. Ce dernier critère implique que l'invention doit être reproductible pour qu'elle puisse être mise en pratique, et être utilisée tel que prévu dans le brevet.

Certains éléments sont expressément proscrits de la protection par brevet, étant considérés comme de la matière non brevetable. C'est notamment le cas des principes scientifiques et conceptions théoriques, telles que les formules mathématiques, et des méthodes de traitement médicales. À ce sujet, la Cour d'appel fédérale a récemment indiqué que les méthodes d'affaires ne devaient pas être considérées comme faisant partie de la catégorie de matière non brevetable et qu'ainsi, il demeurait possible d'obtenir une protection par brevet pour une méthode d'affaires au Canada, lorsque certaines conditions particulières étaient réunies.

À la lumière de ces explications, on peut facilement comprendre qu'une idée n'est pas brevetable en soi. Par contre, une réalisation concrète basée sur une idée peut être brevetable. L'inventeur doit donc être en mesure d'expliquer au moins une façon de réaliser et de mettre en application son invention. Il n'est cependant pas nécessaire d'avoir un prototype fonctionnel, sauf dans certains cas.

QUI PEUT DÉPOSER UNE DEMANDE DE BREVET ?

Un brevet ne peut être obtenu que par les inventeurs ou les personnes, morales ou physiques, à qui les inventeurs ont cédé leurs droits. Une personne qui tenterait de s'approprier l'invention de quelqu'un d'autre en déposant une demande de brevet commet une fraude criminelle qui pourrait entraîner une peine allant jusqu'à la prison, bien que cette peine soit peu probable en pratique.

« Il faut noter qu'un brevet n'est valable que dans le pays où il est obtenu. »

Un individu sera considéré comme un inventeur lorsqu'il a participé à la conceptualisation de l'idée inventive d'au moins un élément revendiqué dans le brevet. La conceptualisation signifie la formation dans l'esprit de l'inventeur d'une idée précise et permanente de l'invention. Ainsi, un inventeur ne doit pas se limiter à la découverte d'un problème ou d'un résultat désiré, mais doit plutôt participer à l'élaboration de la solution servant à atteindre ce résultat.

Dans certaines circonstances, un inventeur se verra obligatoirement contraint de céder ses droits dans l'invention à une tierce partie. C'est notamment le cas lorsqu'une cession est prévue dans le contrat d'emploi d'un employé. Les employés de la fonction publique fédérale font également partie de cette catégorie, puisqu'il est prévu que le gouvernement soit titulaire des droits sur les brevets concernant les inventions développées dans le cadre de leurs fonctions.

Inversement, en ce qui concerne les contractants externes, ce sont généralement ces derniers qui détiendront les droits sur les brevets visant une invention développée dans le cadre d'un mandat pour un client, à moins d'une stipulation contraire dans le contrat survenu entre le contractant et son client. Toute personne faisant affaire avec des contractants externes devrait conséquemment faire preuve de vigilance.

QUAND DOIT-ON DÉPOSER UNE DEMANDE DE BREVET ?

Dans certaines circonstances, une divulgation peut être faite sous entente de confidentialité, par contre ces dernières sont valides uniquement tant que l'individu à qui l'invention a été divulguée respecte son engagement. Ainsi, il est prudent de déposer une demande de brevet avant de procéder à toute divulgation d'une invention.

Certains pays, comme le Canada et les États-Unis, offrent un délai de grâce d'un an entre la première vente, ou la première divulgation publique de l'invention, et la date limite pour y déposer une demande de brevet. Toutefois, il est primordial de savoir que dans la plupart des autres pays, notamment les pays européens, il est impossible d'obtenir un brevet valide si l'invention a été mise en vente ou divulguée publiquement avant le dépôt d'une première demande de brevet. Il n'est pas nécessaire que cette première demande de brevet soit déposée dans l'un de ces pays, mais il faut absolument que l'extension de la protection dans ces pays soit faite à l'intérieur d'un an en réclamant la priorité de la première demande.

DISTINCTION ENTRE UN BREVET ET UNE DEMANDE DE BREVET

Un brevet ne s'obtient pas par le seul dépôt d'une description de l'invention auprès du gouvernement. Tout brevet résulte d'une demande de brevet qui a fait l'objet d'une étude par un examinateur du Bureau des brevets. Le rôle de l'examinateur est de s'assurer que la demande répond aux exigences de fond et de forme, particulièrement la nouveauté et la non-évidence. Une invention ne peut être qualifiée de brevetée que si elle a passé avec succès toutes les étapes de l'examen et qu'elle a ensuite été délivrée comme brevet. Lorsqu'une invention fait l'objet d'une demande de brevet et que le brevet n'est pas encore délivré, on peut utiliser l'expression « brevet en instance ». Cette expression se traduit en anglais par « Patent Pending ».

LES ÉTAPES MENANT À L'OBTENTION D'UN BREVET

La brevetabilité d'une invention se juge toujours en comparant l'invention aux réalisations antérieures.

La première étape est donc habituellement une recherche effectuée afin de vérifier les critères de nouveauté et de non-évidence. Cette recherche vise à sonder les chances de succès d'une éventuelle demande de brevet et fournit un indice généralement suffisant pour prendre une décision quant à la pertinence de déposer ou non une demande de brevet. Cette première étape est facultative et la décision de procéder ou non à la recherche dépendra de plusieurs facteurs, notamment du niveau de connaissance des inventeurs concernant les avancées technologiques dans le domaine pertinent. Étant donné la complexité de ces recherches, il est préférable de faire appel à un agent de brevets pour la réalisation de celles-ci.

La seconde étape consiste en l'élaboration de la demande de brevet, généralement par un agent de brevets, en collaboration avec les inventeurs. L'agent de brevets élabore une description technique de l'invention et

prépare des dessins adaptés au domaine des brevets à partir des informations et des dessins fournis par les inventeurs. La partie la plus importante est l'élaboration des revendications, où le droit exclusif désiré est décrit en mots, ce qui requiert des connaissances particulières et une expérience relative au domaine des brevets.

La troisième étape est le dépôt de la demande de brevet dans les pays où une protection est désirée. Cette étape est suivie par l'examen de la demande de brevet par un examinateur du pays concerné. À ce stade, l'examinateur émet normalement un, ou plusieurs, rapport concernant la brevetabilité auquel le demandeur doit répondre.

Enfin, la dernière étape survient lorsque l'examinateur est d'avis que la demande répond à tous les critères. Il émet alors un avis d'acceptation et le brevet est accordé suite au paiement d'un droit gouvernemental de délivrance. Ce n'est qu'à ce stade que la mention « Produit breveté » ou son équivalent anglais « Patented » peut être inscrite sur le produit.

Au Canada, le délai entre le dépôt de la demande et cette dernière étape est généralement de deux à quatre ans après le dépôt de la requête d›examen. La plupart des pays exigent également des frais annuels pour maintenir les demandes de brevet et les brevets en vigueur.

LES ACTIVITÉS COMMERCIALES RELATIVES À UN BREVET

Une fois le brevet obtenu, plusieurs options s'offrent à son titulaire. Le titulaire peut exploiter lui-même le brevet en commercialisant l'invention. Il peut également accorder des licences (exclusives ou non exclusives) afin de permettre à des tiers d'exploiter l'invention, en contrepartie du paiement de redevances, ou simplement céder ses droits à un tiers. Les documents attestant de l'octroi de licences ou d'une cession doivent être déposés auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC).

Il est important de noter que l'obtention d'un brevet n'accorde pas nécessairement le droit d'exploiter l'invention. Par exemple, il est possible de faire breveter une amélioration à une réalisation antérieure. Toutefois, si cette réalisation antérieure a fait l'objet d'un brevet qui est toujours en vigueur, il faudra soit obtenir l'accord de son propriétaire pour exploiter l'invention améliorée, soit attendre l'expiration du brevet original. De la même façon, le propriétaire de l'invention originale ne peut pas utiliser l'amélioration brevetée sans l'accord du propriétaire de celle-ci.

RECOURS POSSIBLES CONTRE UN CONTREFACTEUR

De façon générale, aucune action en contrefaçon ne peut être prise avant l'obtention d'un brevet. Ce n'est qu'une fois le brevet obtenu que des procédures judiciaires peuvent être entamées.

Au Canada, une compensation rétroactive est cependant possible, sous certaines conditions, pour des actes de contrefaçon commis pendant la période où la demande était publique, mais que le brevet n'avait pas encore été délivré.

CONCLUSION

Suite à la réalisation d'une invention, il est important de consulter un agent de brevets avant de divulguer votre invention à des tiers.

À ce stade, l'agent de brevets pourra vous aider à évaluer la brevetabilité de votre invention en fonction du type d'innovation et du contexte. Une recherche en brevetabilité pourrait être réalisée pour connaître ce qui existe présentement dans le domaine.

Si les conclusions sont à l'effet qu'il est opportun de déposer une demande de brevet, un agent de brevets pourra vous aider notamment à établir une stratégie de dépôt, préparer la demande de brevet, répondre aux rapports émis par l'examinateur lors de l'examen de la demande et gérer toutes les échéances relatives à votre demande de brevet.

Pour des renseignements supplémentaires, il est possible de consulter le guide des brevets émis par l'OPIC : www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wr00102.html

PAR JOHANNE MUZZO

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE : LES MARQUES DE COMMERCE



JOHANNE MUZZO // JMUZZO@GUYMUZZO.COM

Membre du Barreau du Québec depuis 1996, Me Johanne Muzzo est agent de marques enregistré à l'Office de la propriété intellectuelle du Canada et est autorisée à produire et poursuivre des demandes d'enregistrement auprès du United States Patent and Trademark Office au nom de requérants canadiens. Elle pratique au sein de la firme Guy & Muzzo senc, cabinet d'agents de marques de commerce. Elle donne régulièrement des conférences et rédige des chroniques en droit des marques.

QU'EST-CE QUE LA MARQUE DE COMMERCE ?

La marque de commerce sert à distinguer les marchandises et services d'une personne (incluant les entreprises) de ceux offerts par d'autres. La marque de commerce permet d'associer le produit ou le service à une source d'origine.

TYPES DE MARQUES ENREGISTRABLES

Pour les individus et les entreprises, trois types de marques sont enregistrables :

- **la marque ordinaire** est toujours enregistrée en liaison avec des marchandises ou des services ;
- **la marque de certification** aide à faire reconnaître les marchandises et services faisant l'objet d'une norme ;
- **le signe distinctif** sert à distinguer les marchandises par leur façonnement ou leurs contenants, le mode d'envelopper ou d'empaqueter des marchandises.

Certains emblèmes, insignes, écussons et marques adoptés ou employés par des organisations internationales, des universités, des autorités publiques, etc., sont protégés par la Loi sur les marques de commerce (LMC) et nul ne peut les adopter, les employer ou les enregistrer sans obtenir au préalable l'autorisation de l'institution en question.

LES DIFFÉRENTES FORMES DE LA MARQUE DE COMMERCE ORDINAIRE

- Des chiffres : 527-1111, no d'enregistrement 432101, au nom de Pizza Pizza Royalty Limited Partnership (produits alimentaires et services de restaurant).
- Des lettres : la marque BMO, no d'enregistrement 524145, au nom de Bank of Montreal (services bancaires).
- Un/des mots réels ou inventés : ROOTS KIDS, no d'enregistrement 377101, au nom de Roots Canada Ltd. (entre autres des vêtements d'enfants).
- Un slogan : POUR PRENDRE DE L'ASSURANCE DANS LA VIE, no d'enregistrement 304073, au nom de Desjardins sécurité financière, compagnie d'assurance-vie (services d'assurance-vie).
- Une couleur : la couleur bleue appliquée sur la partie visible d'un comprimé, no d'enregistrement 346453, au nom de Hoffman-La Roche Limitée (préparations pharmaceutiques, soit du naproxen sodium).
- Un dessin :  n° d'enregistrement 219532, au nom de McDonald's Corporation (services de restauration).
- Une combinaison des différents éléments mentionnés ci-dessus, par exemple : n° d'enregistrement 418918, au nom de Créations Méandres Inc. (entre autres en liaison avec des services de divertissement).

De plus, depuis le 28 mars 2012, il est possible d'enregistrer une marque de commerce sonore.

LES DIFFÉRENCES ENTRE UNE MARQUE DE COMMERCE ET UN NOM COMMERCIAL

La marque de commerce sert à distinguer les marchandises et les services d'une personne de ceux offerts par une autre personne alors que le nom commercial est le nom utilisé par une entité dans ses relations avec d'autres. Le nom commercial est, pour la personne morale, l'équivalent des nom et prénom d'une personne physique. Il comprend généralement une partie descriptive des activités.

Exemple : Boutique Hirondelle Bleue inc. opère un magasin

« L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION D'UNE MARQUE NON ENREGISTRÉE EST LIMITÉE AU TERRITOIRE OÙ ELLE EST EMPLOYÉS. »

de détail de vêtements. Lorsque Boutique Hirondelle Bleue inc. signe un contrat, elle doit utiliser son nom. Si Boutique Hirondelle inc. affiche HIRONDELLE BLEUE dans un lettrage stylisé à l'entrée de sa boutique et dans ses publicités, alors il s'agit d'une marque de commerce, car le mot identifie les services en question.

DOIT-ON ENREGISTRER UNE MARQUE DE COMMERCE ?

Au Canada, les droits afférents à une marque de commerce découlent de l'emploi de la marque en liaison avec des marchandises ou des services. Même si l'enregistrement de la marque de commerce n'est pas obligatoire, il est tout de même fortement recommandé. Nous verrons ci-dessous les différences de protection entre une marque non enregistrée et une marque enregistrée.

L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION D'UNE MARQUE NON ENREGISTRÉE

L'étendue de la protection d'une marque non enregistrée est limitée au territoire où elle est employée. Si le titulaire d'une marque non enregistrée veut intenter un recours judiciaire contre un tiers qui utilise une marque de commerce similaire portant à confusion avec la sienne, il devra démontrer l'existence d'une réputation dans le territoire où le tiers exerce ses opérations.

L'ÉTENDUE DE LA PROTECTION ET LES AVANTAGES D'UNE MARQUE ENREGISTRÉE AU CANADA

Le titulaire de la marque enregistrée a un droit exclusif d'utilisation de celle-ci partout au Canada, même si la marque est employée dans une région seulement. Parmi les autres avantages liés à l'enregistrement d'une marque, mentionnons :

- **la présomption de titre** : le certificat d'enregistrement fait foi des faits qui y sont inscrits. C'est à celui qui en conteste la validité de démontrer la fausseté des informations ;
- **l'incontestabilité** : la marque enregistrée est incontestable cinq ans après la date d'enregistrement à l'encontre de tout tiers qui prétend à un usage antérieur d'une marque portant à confusion, à moins que ce dernier ne fasse la preuve de la mauvaise foi du titulaire de la marque enregistrée ;
- **l'objection par le Registraire des marques** : le Registraire doit émettre une objection à l'encontre de toute marque produite pour enregistrement et portant à confusion avec une marque enregistrée ;
- **la publicité à l'égard des tiers** : toute marque enregistrée est inscrite dans différentes banques de données informatiques servant aux recherches de disponibilité pour les marques et les noms corporatifs. Ceci permet aux tiers d'éviter l'adoption d'une marque ou d'un nom commercial portant à confusion avec la vôtre ;
- **les recours disponibles** : le titulaire d'un enregistrement dispose de recours judiciaires additionnels pour lutter contre les contrefacteurs ;
- **la plus-value économique** : comme le certificat d'enregistrement fait foi des faits qui y sont inscrits, si vous désirez vendre votre entreprise, obtenir un prêt ou effectuer toute autre transaction commerciale impliquant vos marques, vous serez en meilleure situation pour négocier ;
- **la légitimation du recours aux symboles MD ou ®** : Bien que l'utilisation de ces symboles ne soit pas obligatoire au Canada, il est fortement recommandé de le faire. Vous avez pris la peine d'enregistrer votre marque, faites-le savoir !

LA PROTECTION À L'ÉTRANGER

La marque de commerce enregistrée au Canada n'est pas protégée à l'étranger. À l'exception de la marque communautaire qui couvre, au 1er janvier 2007, 27 pays membres de l'Union européenne, il faut habituellement produire une demande d'enregistrement dans chaque pays où l'on souhaite obtenir une protection de la marque.

EST-CE QUE TOUTES LES MARQUES SONT ENREGISTRABLES ?

Toutes les marques ne sont pas enregistrables. La loi prévoit des motifs de refus dont ceux-ci :

- la marque est principalement le nom ou le nom de famille d'un particulier vivant ou décédé dans les trente dernières années ;
- la marque est une description claire ou une description fausse et trompeuse, en français ou en anglais, de la nature ou de la qualité des marchandises ou services, des conditions de leur production, des personnes qui les produisent ou du lieu d'origine de ces marchandises ou services ;
- la marque porte à confusion avec une marque enregistrée.



N° de demande 825679, en liaison avec des services d'hôtel et de restaurant. La demande est refusée, car la marque est clairement descriptive de la nature ou de la qualité des services. Dans cet exemple, aucune exception n'a pu être invoquée pour surmonter l'objection, ce qui n'est pas toujours le cas.

Votre marque semble tomber dans l'un des cas de figure mentionnés ou elle est non enregistrable pour d'autres motifs ? Avant de jeter le bébé avec l'eau du bain, consultez un agent ou un avocat spécialisé en marques de commerce. Certaines exceptions s'appliquent.

QUAND DOIT-ON PRODUIRE UNE DEMANDE D'ENREGISTREMENT DE MARQUE DE COMMERCE ?

Produire une demande d'enregistrement d'une marque déjà employée :
si votre marque est enregistrable, produisez votre demande le plus tôt possible. Le Bureau canadien des marques examine les demandes d'enregistrement selon l'ordre d'arrivée.

Produire une demande d'enregistrement d'une marque dont l'usage est projeté :
la LMC autorise la production d'une demande d'enregistrement pour une marque qui n'est pas encore utilisée. La simple production de la demande procure des droits au requérant. Déposez votre marque sans tarder.

Avant de produire une demande d'enregistrement, il est fortement recommandé d'effectuer une recherche de disponibilité de marque.

LA RECHERCHE DANS LA BASE DE DONNÉES DES MARQUES DE COMMERCE SUR LE SITE GOUVERNEMENTAL

Voici la recommandation du Bureau des marques : « Si vous recherchez une marque de commerce afin de vérifier si elle peut être confondue avec une autre, il est recommandé de chercher aussi les homonymes, les synonymes et les traductions en français ou en anglais de la marque recherchée. »

Dans un premier temps, vous devriez faire une recherche à l'identique sur la base de données : www.ic.gc.ca/app/opic-cipo/trdmrks/srch/tmSrch.do?lang=fra

Après avoir effectué une recherche à l'identique, il est prudent de faire effectuer une recherche complète sous la supervision d'un agent de marques. Même si vous utilisiez toutes les combinaisons possibles et que vous ne trouviez aucune autre marque identique ou très similaire à la vôtre, votre marque n'est peut-être pas enregistrable eu égard aux dispositions de la LMC.

Enfin, sachez que le Registraire des marques de commerce n'effectue aucune recherche dans les bases de données corporatives, et ce, même s'il est possible pour celui qui détient un nom commercial de s'opposer à l'enregistrement d'une marque de commerce portant à confusion avec celui-ci.

La recherche est une photographie dans un temps donné. Si les résultats sont favorables, produisez votre demande le plus tôt possible. Qui sait si un compétiteur ne vous damera pas le pion au détour du chemin.

COMMENT PROTÉGER SA MARQUE DE COMMERCE ?

L'emploi de la marque de commerce

Une marque non utilisée est une marque en péril et pourrait éventuellement être radiée du registre des marques.

La compréhension de ce qu'est l'emploi d'une marque est donc primordiale. La définition de l'emploi se trouve à l'article 4 de la LMC. Les conditions ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit de marchandises ou de services.

Il y a emploi présumé d'une marque en liaison avec une marchandise si les trois conditions suivantes sont rencontrées :

- il y a transfert de la propriété ou de la possession de la marchandise (exemple : vente, location) ;
- dans le cours normal du commerce ;
- la marque est apposée sur la marchandise même ou sur le contenant ou de toute autre manière faisant en sorte que la personne à qui est transférée la propriété ou la possession de la marchandise en est avisée.

Il y a également présomption d'emploi d'une marque au Canada si la marque est apposée sur les marchandises au Canada avant leur exportation.

Il y a emploi présumé d'une marque en liaison avec un service si les trois conditions suivantes sont rencontrées :

- la marque est employée ou montrée dans l'exécution ou l'annonce de ces services ;
- le service doit être exécuté au Canada (jurisprudence) ;
- le service doit être disponible au moment de l'annonce (jurisprudence).

Exemples de variations acceptées par les tribunaux

Marque telle qu'enregistrée	Marque telle qu'employée
BARBARA n° d'enregistrement: 189845 Barbara Barbara, Inc. c. Barbara S.A. (1993), 52 C.P.R. (3d) 104 (Bureau des marques)	
n° d'enregistrement: 261104 Promafil Canada Ltée c. Munsingwear Inc. (1992), 44 C.P.R. (3d) 59 (C.A.F.) Veuillez noter que le propriétaire a depuis enregistré le 2e dessin sur le registre des marques.	 

Exemples de variations non acceptées par les tribunaux

Marque telle qu'enregistrée	Marque telle qu'employée
BULL n° d'enregistrement: LCD35165 Canada (Registrar of Trade-Marks) c. Cie internationale pour l'informatique CII Honeywell Bull, S.A. [1985] 1. F.C. 406 (C.A.F.)	**CII HONEYWELL BULL**
QUEEN ANNE ROYAL SAVARIAN FINE CHINA n° d'enregistrement: 179341 W.G. Allen (Birmingham) Ltd. c. Lofchick (1994), 54 C.P.R. (3d) 486 (Commission des oppositions)	**QUEEN ANNE**

LA PROCÉDURE D'ENREGISTREMENT

La demande	
La demande d'enregistrement doit être accompagnée des droits prescrits. Elle doit identifier correctement le nom du requérant et tout prédécesseur en titre, la marque, la description des marchandises et services, les bases d'enregistrement ainsi que la date de premier emploi de la marque au Canada, le cas échéant, en liaison avec chaque catégorie générale de marchandises ou de services.	Vous recevrez un accusé de réception avec le numéro de la demande.
L'examen	
Environ six mois après la production de la demande, celle-ci est vérifiée par un examinateur du Bureau des marques.	S'il y a une objection, vous recevrez une lettre officielle. Vous avez un délai pour y répondre.
L'approbation	
Si les objections sont surmontées ou s'il n'y a pas d'objection, la marque est approuvée pour publication dans le Journal des marques de commerce pour fins d'opposition.	Vous recevrez un avis d'approbation.
La publication	
Suite à la publication, les tiers disposent alors d'un délai pour produire une déclaration d'opposition afin de s'objecter à l'enregistrement de la marque.	Le cas échéant, vous recevrez la déclaration d'opposition. Vous avez un délai pour y répondre.
L'opposition	
La procédure d'opposition peut durer plus de deux ans si celle-ci est poursuivie jusqu'au bout et encore plus longtemps si un appel est interjeté auprès de la Cour fédérale.	
L'admission	
Lorsque la marque est admise à l'enregistrement, des droits de 200,00 $ sont exigés pour obtenir l'émission du certificat d'enregistrement. Dans le cas d'une demande de marque projetée, une déclaration d'emploi devra être produite.	Vous recevrez un avis d'admission. Vous avez un délai pour répondre aux dernières exigences.
L'enregistrement	
Une fois les dernières exigences remplies, le certificat sera émis. L'enregistrement sera valide pendant 15 ans à partir de la date d'enregistrement. Il n'y a pas de frais annuels pour maintenir la validité de l'enregistrement. L'enregistrement est renouvelable tous les 15 ans. De nouveaux frais seront exigés à ce moment.	Vous recevrez un certificat officiel.

Enregistrer les variations dans votre marque

Il est prudent d'enregistrer le(s) mot(s) composant la marque dans une demande distincte de celle du/des mot(s) et dessin. Si le dessin change, il est également prudent d'enregistrer la nouvelle version, car si la variation est trop importante, votre marque risque d'être radiée du registre (voir les tableaux sur les exemples de variations).

La surveillance de la marque de commerce

Pour éviter la dilution de votre marque ou prévenir la violation de celle-ci, la surveillance des marques est appropriée afin d'être en mesure d'agir à temps.

L'action à l'encontre d'un contrefacteur

Si votre marque est l'objet d'une violation par un contrefacteur, vous devez agir, sinon votre marque risque de perdre son caractère distinctif.

Les activités commerciales liées à la marque de commerce

La marque de commerce est un actif. Pour être en mesure de commercialiser de façon optimale vos marques de commerce :

- répertoriez vos marques de commerce ;
- déterminez si chaque marque est encore utilisée, par qui (vous-même ou un licencié/ franchisé) et de quelle façon.

La franchise et la licence

Lorsqu'un titulaire de marque permet à une autre personne d'employer celle-ci, il est fortement recommandé de formaliser cette entente par un écrit. La convention permet d'établir les conditions sous lesquelles le licencié pourra employer la marque et de mettre en place des mesures de contrôle des caractéristiques ou de la qualité des marchandises et services.

Le transfert de marques

Il est possible de vendre ou d'acheter une marque. Si celle-ci est enregistrée, le Bureau canadien des marques exigera une preuve de ce transfert et le paiement des droits prescrits avant d'inscrire le nom du nouveau propriétaire.

La fusion avec la compagnie propriétaire de la marque de commerce

Une fusion entre une entité titulaire des droits sur la marque et une autre entité sera traitée comme un changement de nom, le cas échéant. La preuve de la fusion sera exigée par le Bureau des marques pour enregistrer le nouveau nom du propriétaire.

LE MARKETING ET LA PUBLICITÉ DE LA MARQUE DE COMMERCE

L'utilisation des symboles tm/mc, md/®

Bien que facultatif, il est conseillé de mettre les symboles MC ou TM à côté de la marque. Si celle-ci est enregistrée, les symboles MD ou ® peuvent également être utilisés.

La notification de la licence

Il est recommandé de donner un avis public de la licence : « la marque ® est une marque déposée de (nom du titulaire), employée sous licence ».

Attention à l'esprit créatif : celui-ci pourrait vous faire perdre vos droits dans la marque de commerce Il est recommandé de créer des guides d'utilisation.

Il arrive également que les publicistes ou les créateurs d'image « améliorent » vos marques de commerce. Vérifiez auprès d'un agent de marques ou d'un avocat spécialisé en marques que cette nouvelle « image » n'altère vos droits dans vos marques.

POURQUOI FAIRE AFFAIRE AVEC UN AGENT DE MARQUE DE COMMERCE OU UN AVOCAT SPÉCIALISÉ EN MARQUE DE COMMERCE ?

Bien que la demande d'enregistrement puisse être produite par le requérant, il est recommandé de consulter un professionnel puisque la préparation et la poursuite d'une demande d'enregistrement de marque de commerce ne se limitent pas à remplir un formulaire. Vous éviterez les pièges et vous économiserez ainsi temps et argent.

LIEN UTILE

Office de la propriété intellectuelle du Canada - Marques de commerce:
www.opic.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/accueil

PAR PIERRE-LUC BEAUCHESNE

LE RECOURS EN JUSTICE

81



PIERRE-LUC BEAUCHESNE //
PIERRE-LUC.BEAUCHESNE@GOWLINGS.COM

Membre du Barreau du Québec depuis 2006, Me Pierre-Luc Beauchesne pratique en litige civil et commercial au sein de Gowling Lafleur Henderson s.e.n.c.r.l. Il représente entre autres des institutions financières et des prêteurs privés dans le cadre de mandats de réalisation de sûretés ainsi que des syndics à la faillite dans différents aspects liés à l'insolvabilité. Il représente également des propriétaires immobiliers dans le cadre de litiges liés aux relations locataire-locateur. Me Beauchesne s'implique activement au sein de l'Association du Jeune Barreau et a été élu Administrateur pour les mandats 2010-2011 et 2011-2012.

INTRODUCTION - MISE EN SITUATION

Exemple : quelques jours avant le Grand Prix, Maurice Beausoleil, propriétaire du resto-terrasse Le Beau Soleil, aide ses employés à servir de la bière bien fraîche aux clients venus en grand nombre. Soudain, l'auvent installé quelques jours plus tôt par l'entreprise Les Auvents Verts inc. s'effondre sur une partie de la terrasse. Aucun client n'est blessé, mais plusieurs tables ont été brisées et le bar extérieur a été lourdement endommagé. Maurice Beausoleil est obligé de fermer son établissement pour pouvoir effectuer des réparations, et ce, en pleine fin de semaine de Grand Prix.

Les réparations à sa terrasse lui coûtent 30 000,00 $ et il estime qu'il a perdu au cours de cette fin de semaine achalandée des profits d'au moins 20 000,00 $. Maurice Beausoleil consulte un spécialiste en terrasse qui lui confirme que l'auvent a été mal installé par l'entreprise Les Auvents Verts inc., ce qui explique pourquoi l'auvent s'est effondré et a causé tous ces dommages. Maurice Beausoleil communique avec un représentant des Auvents Verts inc. qui lui répond que son équipe n'a commis aucune faute lors de l'installation de l'auvent et que l'entreprise ne paiera pas la somme demandée. Maurice Beausoleil ne sait plus quoi faire pour récupérer l'argent qui lui est dû.
Il décide de consulter un avocat.

Il arrive parfois que le seul moyen dont une personne dispose pour exercer ses droits soit d'avoir recours aux tribunaux. En premier lieu, afin de démystifier le processus judiciaire, nous donnerons un aperçu des principaux tribunaux qui ont compétence au Québec. Ensuite, nous parcourrons les principales étapes d'un recours en justice, de la demande jusqu'à l'exécution du jugement.

Même si la présente partie traite du recours en justice, le tribunal n'est pas le seul endroit où il est possible de régler des litiges. En effet, la médiation et l'arbitrage sont des moyens de plus en plus populaires pour résoudre des conflits.

Afin d'avoir un aperçu des principales méthodes alternatives de règlement des conflits, nous vous invitons à visiter le lien suivant : www.avocat.qc.ca/public/iimarc-public.html

LES TRIBUNAUX DU QUÉBEC

La division des petites créances de la Cour du Québec s'occupe des causes dont la somme réclamée ou la valeur du contrat en litige n'excède pas 7 000,00 $.

La division des petites créances a des règles particulières qui facilitent les recours en justice.

Exemple : les personnes physiques et morales ne peuvent pas être représentées par avocat, sauf dans des circonstances bien particulières.

Afin d'avoir un aperçu du processus aux petites créances et d'avoir accès aux formulaires disponibles, nous vous invitons à parcourir le site du ministère de la Justice du Québec au www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/creance.htm

La Cour du Québec entend les demandes en justice dont la somme réclamée ou l'intérêt de celui qui a un droit à faire valoir (le demandeur) est inférieur à 70 000,00 $, sauf les recours collectifs, les matières familiales, etc.

La Cour supérieure, quant à elle, est compétente lorsque la somme réclamée est supérieure à 70 000,00 $.

Lorsqu'un justiciable est insatisfait d'une décision de la Cour supérieure ou de la Cour du Québec, il s'adresse à la Cour d'appel.

- Un banc ou un groupe de trois juges est formé pour entendre chaque dossier.
- Pour certaines causes, le droit à l'appel est automatique, alors que pour d'autres, une permission doit être demandée à la Cour d'appel elle-même.

La Cour suprême du Canada, le plus haut tribunal au pays, est en quelque sorte la cour d'appel de toutes les cours d'appel au Canada.

- Elle est composée de neuf juges, dont trois viennent obligatoirement du Québec.

« La médiation et l'arbitrage sont des moyens de plus en plus populaires pour résoudre des conflits. »

> Les causes sont le plus souvent entendues par un banc constitué de neuf juges.

LE PROCESSUS JUDICIAIRE LA REQUÊTE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

Chaque demande en justice est introduite par une procédure judiciaire nommée requête introductive d'instance.
Elle identifie la personne qui introduit la demande (le demandeur ou la demanderesse), la personne qui est poursuivie (le défendeur ou la défenderesse), le tribunal devant lequel est introduite la demande (Cour du Québec ou Cour supérieure) et elle porte également un numéro de cour apposé par le greffier du tribunal (un employé du Palais de Justice).

Elle contient des énoncés qui décrivent l'action en justice et réfère souvent à des pièces, c'est-à-dire des documents qui seront mis en preuve pour établir le droit de la partie demanderesse.

Exemple : à partir des informations transmises par Maurice Beausoleil, son avocat prépare la requête introductive d'instance dans laquelle sont mentionnés tous les faits pertinents démontrant que celui-ci a un droit à faire valoir à l'encontre des Auvents Verts inc. La requête est accompagnée de pièces comme le contrat entre Maurice Beausoleil et les Auvents Verts inc., des photographies de la terrasse et du bar après l'effondrement de l'auvent, d'un rapport d'un expert qui confirme que l'auvent a été mal installé et les factures des réparations. Finalement, la requête introductive d'instance énonce les conclusions recherchées, c'est-à-dire que Maurice Beausoleil demande à la Cour de condamner la défenderesse à lui verser une certaine somme d'argent, soit 50 000,00 $, ce qui représente la valeur des dommages qu'il a subis.

Lorsque la requête introductive d'instance est prête, l'avocat de Maurice Beausoleil la fait timbrer au greffe de la Cour du Québec, c'est-à-dire au Palais de Justice. Il paie alors un certain montant prévu par la loi et un greffier appose un numéro de cour sur la requête.

L'action est intentée à la Cour du Québec parce que la somme réclamée est inférieure à 70 000,00 $ et supérieure à 7 000,00 $.

Finalement, la requête introductive d'instance accompagnée des pièces de même que d'un avis à la partie défenderesse est signifiée aux Auvents Verts inc. par un huissier qui la transmet personnellement à un représentant de la défenderesse. Il s'agit de la signification. L'avis à la partie défenderesse indique que celle-ci doit comparaître dans un délai de 10 jours et que la requête sera présentée au tribunal dans un délai qui n'est pas inférieur à 30 jours.

LA COMPARUTION

Si la compagnie Les Auvents Verts inc. désire contester l'action en justice prise contre elle, elle doit produire un acte de procédure qui s'appelle la comparution dans un délai de 10 jours de la signification.

Si aucune comparution n'est déposée au dossier de la Cour dans ce délai, le demandeur peut obtenir un jugement contre la défenderesse sans que celle-ci ne soit présente.

Il est donc important, si la défenderesse s'oppose à l'action en justice, de produire une comparution.

Exemple : la compagnie Les Auvents Verts inc. ne peut pas se représenter seule puisqu'elle est une personne morale et doit donc agir par l'intermédiaire d'un avocat. Cet avocat s'occupe de produire la comparution et de communiquer avec le procureur de l'autre partie afin de prévoir l'entente sur le déroulement de l'instance.

L'ENTENTE SUR LE DÉROULEMENT DE L'INSTANCE

Les parties, par l'intermédiaire de leurs avocats, doivent faire un calendrier de toutes les étapes qui auront lieu jusqu'au procès.

Dans l'échéancier, les parties prévoient entre autres les dates auxquelles auront lieu les interrogatoires hors cour du ou des représentant(s) de chacune des parties, la défense, la communication des pièces, la communication des rapports d'experts; bref tous les actes de procédure et les interventions que les parties sont en mesure de prévoir.

Cet échéancier devra respecter le délai de 180 jours prévu par la loi. Ce délai est de rigueur.
Si le demandeur n'inscrit pas sa cause dans ce délai, il perd son droit d'action (voir ci-dessous la rubrique traitant de l'inscription).

Cette entente sur le déroulement de l'instance doit être déposée au tribunal au plus tard le jour de la présentation de la requête introductive d'instance.

LA PRÉSENTATION DE LA REQUÊTE INTRODUCTIVE D'INSTANCE

La présentation de la requête introductive d'instance a lieu à la date prévue dans l'avis à la partie défenderesse, c'est-à-dire au moins 30 jours après la signification de la requête.

Si les parties conviennent d'une entente sur le déroulement de l'instance et qu'elles la déposent au dossier de la Cour avant la date de présentation, elles ne devront pas se présenter à la Cour à cette date.

Si les parties ne s'entendent pas, le juge qui préside pourra établir un calendrier des échéances à respecter.

De plus, si les parties sont prêtes à procéder, le juge peut les entendre ou fixer une date d'audition ultérieure.

LA DÉFENSE

Habituellement, la défense est une procédure écrite, mais la loi prévoit que dans certains cas elle peut être orale. Par exemple, lorsqu'un débiteur ne paie pas le coût d'un bien meuble ou d'un service, et que le créancier intente une action sur compte, la défense du débiteur peut être orale.

Toutefois, dans tous les cas, les parties peuvent décider que la défense puisse être orale ou écrite.

Le choix d'une défense orale peut s'avérer avantageux, car ceci permet d'économiser des coûts et d'accélérer le processus.

Exemple : l'avocat des Auvents Verts inc. rédige une défense écrite dans laquelle il explique que sa cliente a installé l'auvent d'une façon correcte et n'a pas commis de faute, en plus de démontrer que l'accident est lié à un mauvais état de la toiture plutôt qu'à une mauvaise installation de l'auvent. Cette défense est accompagnée d'un rapport d'expert en toiture, de photographies de la terrasse et du toit du resto de Maurice Beausoleil.

L'INSCRIPTION

La partie demanderesse doit inscrire la cause pour enquête et audition dans le délai de rigueur de 180 jours depuis la signification.
L'inscription est une procédure qui indique que la partie demanderesse est prête à procéder et que toutes les étapes qui devaient avoir lieu ont été accomplies.

La partie qui n'est pas en mesure de compléter son dossier avant l'échéance du délai peut demander au tribunal une prolongation lorsque l'affaire est complexe ou que des circonstances spéciales le justifient.

Lorsque la cause est inscrite, le greffier du tribunal met celle-ci sur le rôle; il trouve alors une date où les parties et leurs témoins seront disponibles pour l'audition.

Exemple : si l'avocat de Maurice Beausoleil n'a pas pu interroger un représentant de la défenderesse, comme il avait été prévu à l'échéancier, parce que celui-ci a été gravement malade, la partie demanderesse pourrait demander au tribunal une prolongation de délai en soulevant que des circonstances spéciales le justifient.

L'ASSIGNATION DES TÉMOINS

Si les parties désirent faire entendre des témoins lors du procès, afin de s'assurer de leur présence, elles devront assigner chacun d'eux par un bref de subpoena 10 jours avant la date où ceux-ci doivent témoigner devant le tribunal.

Un bref de subpoena est en quelque sorte un ordre de la Cour qui force une personne à se présenter pour venir témoigner.

LA CONFÉRENCE DE RÈGLEMENT À L'AMIABLE

Le tribunal peut également proposer aux parties une conférence de règlement à l'amiable qui est présidée par un juge.

Lors de cette conférence, les parties peuvent être seules ou accompagnées de leurs procureurs.

Le juge, qui a en quelque sorte le rôle d'un médiateur, aide les parties à trouver un terrain d'entente afin de régler le litige.

Les parties peuvent arriver à un règlement ou, en cas d'échec, le procès aura lieu présidé par un juge différent.

LE PROCÈS

Le procès se divise en deux étapes.

Premièrement, il y a l'enquête où chaque partie présente sa preuve.

- L'avocat de la partie demanderesse commence et interroge les témoins qui ont été assignés.
- Chaque interrogatoire d'un témoin est suivi du contre-interrogatoire par l'avocat de la partie adverse qui pose ses questions à chaque témoin de la partie demanderesse.
- Lorsque l'avocat de la partie demanderesse a interrogé tous ses témoins, c'est au tour de la partie défenderesse de faire de même.
- La partie demanderesse a également le droit de contre-interroger les témoins de l'autre partie.
- Lorsque la partie défenderesse a fini de présenter sa preuve, la partie demanderesse peut présenter une contre-preuve si les circonstances le justifient.
- Par exemple, si des éléments nouveaux sont soulevés, l'avocat de la demanderesse peut faire entendre d'autres témoins.

Lorsque l'enquête est close, c'est le temps des plaidoiries.

- C'est l'avocat de la partie demanderesse qui commence et qui cherche à démontrer au tribunal que le droit de la demanderesse est fondé.
- Lors de sa plaidoirie, le procureur fait souvent un résumé des faits et de la preuve.
- Il présente ensuite ses arguments en les faisant reposer sur les faits présentés et sur le droit applicable.

- Il utilise pour y arriver des textes de loi ou des décisions antérieures afin de convaincre le tribunal.
- Lorsque le procureur de la demanderesse a terminé, c'est le tour du procureur de la partie adverse.
- Lorsque ce dernier aura terminé, l'avocat de la demanderesse pourra répliquer si des points nouveaux ont été soulevés par la défenderesse.
- Une fois les plaidoiries terminées, si le juge ne rend pas une décision sur le banc, il se retire et prend la cause en délibéré. Dans ce cas, il prendra un certain temps avant de rendre sa décision qu'il communiquera ensuite aux parties.

Exemple : Maurice Beausoleil a gain de cause contre la compagnie Les Auvents Verts inc. Le juge condamne la défenderesse à payer à Maurice Beausoleil la somme de 50 000,00 $ plus les dépens.

L'APPEL

Exemple : si les Auvents Verts inc. n'est pas satisfaite du jugement rendu, elle pourra porter la décision en appel.

- Selon les circonstances, l'appel devant la Cour d'appel est de plein droit ou sur permission.
- Il est important de mentionner qu'en principe aucun témoin n'est entendu en appel.
- Les juges décident sur la preuve qui a été présentée en première instance et qui a été transcrite par un sténographe.
- De plus, avant l'audition de la cause, les parties devront soumettre à la Cour des mémoires d'appel qui contiennent les arguments qu'elles désirent présenter.

LE MÉMOIRE DE FRAIS

Exemple : dans sa décision, le juge a accordé à Maurice Beausoleil les dépens qui comprennent les frais et les honoraires judiciaires.

L'avocat de Maurice Beausoleil dresse un mémoire de frais qu'il devra ensuite présenter devant un officier taxateur au Palais de justice. Une fois le mémoire de frais signé par l'officier taxateur, la partie qui a droit aux dépens pourra alors les réclamer à l'autre partie.

- Le timbre judiciaire, le coût pour la préparation d'un rapport de témoin expert ainsi que les frais pour l'assignation des témoins constituent, entre autres, des frais judiciaires.
- Ces frais judiciaires appartiennent à Maurice Beausoleil; ils seront réclamés par son avocat qui devra ensuite lui créditer puisqu'ils ont déjà été payés.
- Les honoraires judiciaires consistent en un montant dont la valeur est déterminée par règlement et auquel a droit le procureur de la partie gagnante.
- Ces honoraires reviennent au procureur.
- Il ne faut pas confondre les honoraires judiciaires avec les honoraires extrajudiciaires, c'est-à-dire les sommes d'argent qui sont demandées par l'avocat au client pour les services professionnels qui sont rendus.
- Ces honoraires de l'avocat ne peuvent pas être réclamés à l'autre partie dans un mémoire de frais.

L'EXÉCUTION DU JUGEMENT

Exemple : si les Auvents Verts inc. refusent encore de verser le montant qu'elle doit à Maurice Beausoleil, ce dernier peut faire exécuter le jugement et saisir des biens de la défenderesse qui seront ensuite vendus. Un bref d'exécution sera alors préparé dans lequel y sont mentionnées les sommes qui lui sont dues par les Auvents Verts inc. Une fois ce bref timbré au greffe du tribunal, il sera alors possible de procéder à la saisie par l'intermédiaire d'un huissier qui se rendra chez la partie défenderesse.

- Lorsque la défenderesse est une personne physique, il est également possible de saisir une certaine partie de ses prestations salariales, à chacune de ses paies, jusqu'au paiement complet de la dette. Ces sommes sont consignées au greffe du tribunal et il faudra remplir un formulaire appelé « demande de distribution en matière de saisie-arrêt » pour finalement percevoir le montant.
- Il importe finalement de mentionner que Maurice Beausoleil aura un délai de dix ans à compter de la date du jugement pour faire exécuter le jugement rendu, c'est-à-dire pour se faire payer la somme qui lui est due.

CONCLUSION

Nous avons parcouru les principales étapes d'un recours en justice. Il est important de mentionner qu'un très faible pourcentage de causes se rende à procès. Il est plus avantageux pour les parties de régler leur différend hors cour. En effet, aller devant les tribunaux est dispendieux, et cela peut prendre plusieurs années avant qu'une décision judiciaire n'apporte une solution au litige.

LIENS UTILES

Éducaloi : www.educaloi.qc.ca/capsules/le-systeme-judiciaire-quebecois

Justice Québec : www.justice.gouv.qc.ca/francais/themes/recours.htm

Réseau juridique du Québec : www.avocat.qc.ca/public/iisys-judiciaire.htm

PAR NATACHA CALIXTE ET BENJAMIN PRUD'HOMME

LE DROIT DE LA FAMILLE ET L'ENTREPRISE



NATACHA CALIXTE //
NCALIXTE@RSSLEX.COM

Née à Montréal au Québec, Natacha se joint à l'équipe d'avocats de RSS en 2009 où elle fait partie intégrante du département du droit de la famille. Sa pratique variée, l'amène à plaider régulièrement devant les diverses instances de Québec.

Jeune avocate dynamique, Natacha gagne rapidement la confiance de ses clients dans les domaines où elle se spécialise soit le divorce, la pension alimentaire et la garde d'enfants



BENJAMIN PRUD'HOMME //
BPRUDHOMME@RSSLEX.COM

Benjamin Prud'homme est stagiaire chez Robinson Sheppard Shapiro. Il est candidat à la maîtrise en droit à l'Université de Montréal où il a complété son baccalauréat. Au cours des deux dernières années, il a été lauréat Forces Avenir et il s'est vu attribuer deux bourses d'excellence décernées respectivement par la Faculté de droit et la Faculté des études supérieures et postdoctorales de l'Université de Montréal. Le 13 mars 2013, Benjamin intégrera le département de droit de la famille à titre d'avocat chez RSS.

La situation matrimoniale de l'entrepreneur[1] peut avoir une influence sur le patrimoine personnel de ce dernier. Il faut d'abord faire la distinction entre les couples en unions de fait et les couples en unions civiles ou mariés.

L'UNION DE FAIT ET L'ENTREPRISE

Les conjoints de fait québécois n'ont aucun droit ni aucune obligation l'un envers l'autre au moment de la rupture de leur couple. Ainsi, à la fin de leur union – et contrairement à la situation qui prévaut ailleurs au Canada –, les conjoints de fait n'ont pas à partager entre eux leurs actifs personnels ni les actions qu'ils détiennent dan,s une entreprise.

Le fait que ces actifs personnels ou ces actions aient été acquis durant l'union de fait ne change rien à la situation : ils n'ont pas à être partagés au moment de la rupture. Bien qu'il y ait eu une controverse juridique à cet égard à la suite de l'affaire « Éric c. Lola », la Cour suprême du Canada a récemment confirmé que les conjoints de fait n'ont ni droit ni obligation l'un envers l'autre au moment de leur rupture[2].

Le droit québécois permet cependant aux conjoints de fait qui le désirent de se doter de contrats de vie commune. Ces contrats permettent de prévoir contractuellement des obligations et des droits auxquels les conjoints acceptent de se soumettre au moment de leur rupture. Un recours en enrichissement injustifié est également possible dans les cas où l'un des conjoints s'est appauvri durant la relation des parties, et ce, au bénéfice de l'autre conjoint.

L'ENTREPRISE ET LE MARIAGE[3]

Le mariage entraîne un certain nombre de droits et d'obligations pour les époux, dont la création du patrimoine familial et d'un régime matrimonial.

Le patrimoine familial

Le patrimoine familial se compose notamment des biens suivants :

- Les résidences de la famille ou les droits qui en confèrent l'usage ;
- Les meubles des résidences de la famille et qui servent à l'usage du ménage ;
- Les véhicules automobiles utilisés pour les déplacements de la famille ;
- Les droits accumulés durant le mariage dans un régime de retraite ;
- Les gains de chaque époux au Régime des rentes du Québec.

Les biens obtenus à la suite d'une donation ou d'une succession sont quant à eux exclus du patrimoine familial.

Au moment de la séparation de corps, du divorce ou de la nullité du mariage, la valeur du patrimoine familial est divisée en parts égales entre les époux. Par ailleurs, les époux ne peuvent renoncer à leurs droits dans le patrimoine familial durant leur union.

1 Le masculin est utilisé pour englober le masculin et le féminin afin d'alléger le présent texte

2 Québec (Procureur général) c. A., 2013 CSC 5.

3 Puisque l'union civile entraîne les mêmes obligations juridiques que le mariage, ce dernier terme, afin d'alléger le présent texte, y est considéré englober à la fois l'union civile et le mariage.

« La situation matrimoniale de l'entrepreneur peut avoir une influence sur le patrimoine personnel de ce dernier. »

Régimes matrimoniaux

La société d'acquêts

Le régime matrimonial de la société d'acquêts est le régime matrimonial légal au Québec. Ainsi, à moins d'avoir exprimé par contrat notarié la volonté d'être régis par un autre régime matrimonial, les époux québécois sont régis par la société d'acquêts.

La société d'acquêts est constituée des biens propres et acquêts de chacun des époux. Alors que la valeur des biens propres n'a pas à être divisée en parts égales entre les époux au moment de la séparation de corps ou du divorce, la valeur des biens acquêts doit quant à elle être partagée également entre les époux.

Sont notamment des biens propres les biens suivants :

> Les biens dont l'époux est propriétaire ou qu'il possède avant le mariage ;

> Les biens reçus par donation ou par succession durant le mariage[4] ;

> Les biens acquis en remplacement d'un bien propre;

> Les droits ou avantages qui échoient à l'époux à titre de titulaire subrogé ou à titre de bénéficiaire déterminé d'un contrat ou d'un régime de retraite, d'une autre rente ou d'une assurance de personnes ;

> Les vêtements et les papiers personnels, les alliances, les décorations et les diplômes ;

> Les instruments de travail nécessaires à la profession.

Les revenus de travail des époux et les fruits et revenus accumulés durant le mariage sont des biens acquêts. Les biens qui ne peuvent être identifiés comme étant des biens propres sont également considérés acquêts au regard du droit québécois.

L'entreprise fondée par un époux avant le mariage est un bien propre. L'autre partie n'aura donc aucun droit quant à la valeur de cette compagnie en cas de dissolution du mariage. À l'inverse, une entreprise fondée par un époux après le mariage est un bien acquêt et sa valeur doit être partagée également au moment de la dissolution du mariage.

4 Si le donateur ou le testateur le stipule explicitement, les fruits et revenus qu'un époux tire du bien donné ou reçu en héritage seront également considérés biens propres.

Finalement, si une entreprise est fondée avant le mariage, mais qu'elle est l'objet de l'achat de nouvelles actions, d'un gel successoral ou de toute autre restructuration, il est possible que les actifs ou les actions de l'entreprise soient alors qualifiés de biens acquêts dont la valeur pourrait être partagée entre les époux advenant une séparation ou un divorce.

Pour cette raison, il est important d'obtenir l'avis d'un avocat en droit familial avant de procéder à la restructuration d'une entreprise lorsque les époux sont gouvernés par le régime matrimonial de la société d'acquêts.

La séparation de biens

Les couples québécois qui veulent être régis par le régime de la séparation de biens doivent le faire par contrat de mariage notarié.

Contrairement au régime matrimonial de la société d'acquêts, la valeur des biens dont les époux sont propriétaires ou dont ils ont la possession n'a pas à être partagée au moment de la dissolution du mariage, et ce, même si ces biens ont été acquis pendant le mariage.

Ainsi, sous le régime de la séparation de biens, seule la valeur des biens inclus dans le patrimoine familial est partagée entre les époux. La valeur des actifs ou des actions d'une entreprise détenue avant le mariage demeure donc entre les mains de l'époux qui en est détenteur.

Les autres régimes contractuels

Le régime matrimonial de la séparation de biens est le régime conventionnel le plus répandu au Québec. Il convient cependant de rappeler qu'entre la séparation de biens et la société d'acquêts, rien n'empêche deux époux de prévoir, par la rédaction d'un contrat de mariage, un régime matrimonial « taillé sur mesure » pour eux.

Chaque couple vit une situation unique et chaque entreprise prend vie dans un contexte matrimonial et économique particulier. Au moment de mettre sur pied une entreprise, il peut donc être profitable de rédiger un contrat de mariage qui sied tout particulièrement à votre relation et à votre entreprise. Un contrat de mariage peut d'ailleurs être signé à tout moment durant l'union des parties et non seulement au moment du mariage.

De remarques et d'autres

Finalement, quatre commentaires additionnels s'imposent quant au lien entre l'entreprise et le patrimoine des époux.

- Les contrats de mariage, même « taillés sur mesure », ne peuvent permettre aux époux de se soustraire aux règles du patrimoine familial (voir section 2.1) ;
- Au moment de la dissolution du mariage, une pension alimentaire peut être accordée selon le train de vie des époux durant l'union, et non seulement selon le revenu apparaissant aux rapports d'impôts des parties. Le fait de se verser un bas salaire et d'acquitter par la compagnie un certain nombre de dépenses du ménage ne met donc pas les parties à l'abri de certains recours à cet égard ;
- Puisque la valeur d'une entreprise considérée acquêt doit être partagée en parts égales au moment de la dissolution du mariage, il est possible que l'un des époux doive liquider une partie de ses actifs ou de ses actions s'il n'a pas suffisamment de liquidités pour acquitter la créance due selon les règles de la société d'acquêts ;
- La création de fiducies, bien qu'elle puisse être une mesure fiscalement avantageuse, ne permet pas nécessairement aux époux de se soustraire aux différentes règles du droit de la famille québécois. À cet égard, les circonstances entourant la création de la fiducie et la vie des parties sont déterminantes.

CONCLUSION

Selon que vous viviez en union de fait ou que vous soyez mariés, vos droits et vos obligations varient. Ils varient également selon que votre union soit régie par le régime matrimonial de la société d'acquêts ou par celui de la séparation de biens, ou encore par un contrat de mariage taillé sur mesure pour vous. Vos droits et obligations varient également selon le moment où votre entreprise a été fondée et selon que celle-ci ait fait l'objet de restructurations.

Au final, chaque relation et chaque entreprise évolue dans un contexte particulier et il est donc recommandé, avant de procéder à la création ou à la restructuration de votre entreprise et avant de vous marier, d'obtenir l'information nécessaire auprès d'un avocat en droit familial quant à vos droits, à vos obligations et à l'opportunité de rédiger un contrat de mariage ou de vie commune au regard de votre couple et de votre entreprise.

CATHERINE MORISSETTE

LE RÉSEAUTAGE D'AFFAIRES STRATÉGIQUE ET LES RÉSEAUX SOCIAUX



CATHERINE MORISETTE //
CMORISSETTE@LESVESQUELAVOIE.COM

Me Morissette est membre du Barreau du Québec depuis mai 2005. Elle a exercé sa pratique dans un bureau privé jusqu'à son élection en tant que députée de Charlesbourg à l'Assemblée nationale. Elle a été élue sous la bannière de l'Action démocratique du Québec en mars 2007. En tant que députée, elle a été la porte-parole de l'opposition officielle en matière d'immigration et de communautés culturelles. Elle a également présidé la Commission de l'économie et du travail, devenant la plus jeune élue à présider une commission permanente.

De retour à la pratique en septembre 2009, elle développe une clientèle composée principalement de PME œuvrant en technologies de l'information. Pour ce faire, elle utilise de façon très efficace quelques médias sociaux tels que Twitter, Facebook et LinkedIn. Elle s'est jointe au cabinet Lévesque Lavoie, avocats le 1er avril 2011, où elle oeuvre en droit des affaires.

Peu importe que vous soyez une entreprise de produits ou de services, si aucune personne ne fait appel à vous, vous n'atteindrez pas vos objectifs. Vous devez donc obligatoirement vous faire connaître auprès de votre clientèle cible.

Vous pouvez évidemment faire une ou plusieurs campagnes publicitaires, si cela s'applique à votre entreprise. Je ne suis pas une experte en marketing, mais je sais, pour le vivre quotidiennement, que le bouche-à-oreille est un puissant outil de promotion.

Cela pourrait ressembler à un cercle vicieux : pour être connu il faut se faire connaître.

Je vais donc vous parler de trois types de réseautage stratégique, que j'applique moi-même : celui auprès de la clientèle cible, le cercle de contacts et le réseau virtuel.

Ces stratégies peuvent évidemment être utilisées seules, mais idéalement, il ne faut rien exclure d'emblée. Cependant, elles peuvent être mises en place une à la fois, à votre rythme.

Si vous faites une bonne analyse de votre entreprise et que vous établissez vos objectifs de façon soigneuse, vous n'aurez aucune difficulté à intégrer du réseautage efficace à votre développement.

LA CLIENTÈLE VISÉE

Une très bonne façon de briser le cercle vicieux et de le transformer en réseau est de s'impliquer auprès de notre clientèle pertinente.

C'est une des raisons pour lesquelles vous devez très bien connaître votre entreprise, car il vous faudra identifier votre clientèle cible, pour pouvoir ensuite déterminer où vous pouvez la rejoindre.

Par exemple, ma clientèle cible est constituée d'entrepreneurs œuvrant en technologies de l'information. Je m'implique donc dans les différentes activités où je suis certaine de pouvoir les rencontrer : la vetiq (www.Vetiq.Org/), le web à québec (www.Webaquebec.Org/) ou les tweetup (tweetupquebec.Com/).

Si votre clientèle est composée de toute sorte de profils différents, vous pouvez simplement décider de profiter de vos activités régulières pour vous faire connaître : discutez avec les gens, parlez de ce que vous faites, tissez des liens !

LE CERCLE DE CONTACTS

Être bien entouré, avoir dans son entourage des personnes ressources, de confiance, vers qui se tourner pour poser des questions ou référer un client, voici une autre clé du succès.

Vous devriez idéalement avoir dans votre liste de contacts les profils suivants : comptable, avocat, notaire, agent d'assurances de dommages et de personne, fiscaliste, développeur web, graphiste.

Plusieurs autres professions peuvent aussi avoir leur pertinence dans votre réseau.

« Comme dans la « vraie vie », un réseau virtuel ne se crée pas en un jour. »

Vous pouvez simplement connaître ces gens ou vous pouvez entretenir des liens avec ces personnes, dans le cadre de rencontres régulières et organisées.

Plusieurs organismes sont déjà structurés et permettent de prendre part à des groupes de réseautage. Par exemple, les jeunes chambres de commerce de Montréal (www.Jccm.Org/fr/ser_clubs_jeunes_leaders.Asp) et de québec (www.Jccq.Qc.Ca/client/page1.Asp ?Page=17&clef=6&clef2=1) l'offrent, de même que le regroupement BNI (www.Bni-canada.Ca/index.Asp).

Il est évidemment possible de former votre propre groupe de manière indépendante. Il vous suffit de recruter des membres, de trouver un lieu de rencontre, d'établir un calendrier et de vous assurer que les membres honorent le reste du groupe de leur présence !

Ce genre de relation est important à entretenir, car vous ne pouvez jamais savoir à quel moment vous aurez besoin d'un coup de main. Également, si un client s'adresse à vous pour obtenir une référence, c'est non seulement une plus-value que vous lui offrez, mais c'est également un signe qu'il vous accorde sa confiance.

LE RÉSEAU VIRTUEL

Comme dans la « vraie vie », un réseau virtuel ne se crée pas en un jour.

Et comme dans la « vraie vie », pour bâtir un tel réseau, il faut être présent et s'impliquer.

Le point de départ est donc de choisir de quelle façon notre entreprise peut être présente sur le web : un site statique, un blogue dynamique ? Doit-on se lancer dans les médias sociaux, si oui, comment ?

De nos jours, une entreprise qui ne possède pas de site web est en retard sur ses concurrents. En effet, beaucoup de consommateurs vont d'abord se rendre sur Internet pour prendre des informations avant de contacter directement le commerçant.

Maintenant, si vous décidez de mettre un blogue en ligne, il faut que vous ayez quelque chose à dire, pour être en mesure de l'alimenter régulièrement, afin d'attirer de nouveaux clients potentiels et garder l'intérêt autour de votre entreprise. Et surtout, pour pouvoir être facilement repérable par les moteurs de recherche

Si vous décidez de mettre un site statique en ligne, assurez-vous que toutes les informations pertinentes s'y retrouvent (qui vous êtes, ce que vous faites, quelques exemples de réalisations et vos coordonnées) et que le visuel vous ressemble.

Les visiteurs de votre site vont se faire rapidement une opinion sur vous en accédant à votre site. S'il a l'air d'être à petit budget ou qu'il n'est pas harmonieux, il y a de fortes chances pour que la personne quitte votre page rapidement, sans l'avoir consulté.

Ensuite, les médias sociaux sont une excellente façon de diffuser le contenu que vous publierez sur votre blogue et/ou de faire connaître votre site.

Les plus populaires sont Twitter, Facebook et Linkedin, bien qu'il ne faut pas négliger la montée du nouveau réseau google +.

La création de compte est très facile et nécessite peu de temps. Pour Facebook et Linkedin, vous devez d'abord avoir une page personnelle pour pouvoir créer la page de votre entreprise.

Si vous ne le faites pas vous-même, il est important de désigner une personne de confiance dans votre entreprise qui sera en charge de gérer ces comptes. Assurez-vous également de toujours connaître les noms d'utilisateur et les mots de passe.

Lorsque vous êtes connectés à vos comptes, vous pouvez débuter la formation de votre communauté virtuelle en allant à la recherche des gens que vous connaissez déjà, par exemple, les personnes qui composent votre cercle de contacts mentionné plus haut.

Si vous faites preuve de transparence et que vous discutez avec les gens en vous intéressant à ce qu'ils ont à dire eux aussi, vous ne perdrez pas votre temps.

Il ne s'agit pas d'une recette miracle, vous êtes donc libre d'y prendre les ingrédients de votre goût et d'inventer votre propre stratégie ! L'important est de rester vous-même et de mettre sur pied une stratégie qui vous ressemble et avec laquelle vous êtes à l'aise !

J'espère donc que ce texte vous aura inspiré et que vous vous lancerez dans du réseautage efficace !