

**PROTECTION DU PATRIMOINE**

# Émission d'actions d'une PME en faveur d'une fiducie familiale



par **Claude Drapeau** notaire et planificateur financier

**MISE EN SITUATION**

Brigitte est une femme d'affaires prospère. L'entreprise fondée il y a quelques années a une valeur marchande estimée à 1 000 000 \$. Comme notaire, vous lui avez conseillé de procéder à une réorganisation corporative afin que les actions participantes de sa compagnie soient détenues par une fiducie familiale pour les motifs suivants :

- > La possibilité d'attribuer jusqu'à 750 000 \$ à son conjoint et, possiblement, une partie du gain à ses deux fils, à la vente des actions de la PME en utilisant leur exonération d'impôt sur la disposition d'immobilisations admissibles (actions de la PME). Il pourra en résulter des économies fiscales substantielles.
- > La possibilité de payer des dividendes à ses enfants de 18 et 20 ans qui font des études postsecondaires dans des établissements privés afin que le revenu du dividende qui leur est attribué (± 15 000 \$ pour chacun des fils) ait un coût fiscal inférieur au taux marginal le plus élevé que doit payer Brigitte sur ses revenus imposables.

À la suite de vos conseils, Brigitte a procédé à l'échange de ses actions participantes et a elle reçu des actions privilégiées («gel») pour une valeur de 1 000 000 \$. Une fiducie familiale a été constituée. Vous avez pris grand soin d'éviter les écueils du paragraphe 75(2) L.I.R.<sup>1</sup> et ceux du paragraphe 74.4(2) L.I.R.<sup>2</sup> par des conseils appropriés et par une rédaction soignée de la convention de fiducie notariée.

Puisque l'objet de la réorganisation est de faire en sorte que la croissance de la PME profite à la fiducie familiale, cette dernière souscrira 100 actions participantes. Par la suite, 1 000 actions de «contrôle» seront émises en faveur de Brigitte de sorte qu'elle détiendra 1 000 votes alors que la fiducie familiale détiendra 100 votes afin de conserver le contrôle de sa PME.

**ÉMISSION D' ACTIONS**

Vous désirez vous assurer que les actions seront valablement émises tant à Brigitte qu'à la fiducie familiale. Quatre expertises s'imposent :

1. La fiducie est-elle valablement constituée ?
2. La fiducie est-elle adéquatement représentée par les fiduciaires concernés ?
3. La corporation (PME) est-elle un «émetteur fermé» bénéficiant des dispenses d'être inscrite comme courtier et d'émettre un prospectus ?
4. Brigitte et la fiducie familiale sont-elles des «personnes visées» au sens du Règlement 45-106 ?

**LA FIDUCIE EST-ELLE VALABLEMENT CONSTITUÉE ?**

La validité de la fiducie familiale, constituée par un don et une convention de fiducie notariée, ne fait aucun doute. Le don a valablement été publié au Registre des droits personnels et réels mobiliers (RDPRM).

Il est permis de rappeler qu'il existe deux écoles de pensée quant à la validité des fiducies créées par un «don manuel» constaté par un acte devant témoin<sup>3</sup>. Un tribunal tranchera sûrement cette question dans un avenir rapproché. Le don, par acte notarié, est à privilégier.

**LA FIDUCIE EST-ELLE ADÉQUATEMENT REPRÉSENTÉE PAR LES FIDUCIAIRES ?**

Les deux fiduciaires, Brigitte et sa sœur Christiane (qui n'est ni le constituant ni un bénéficiaire) ont valablement souscrit, au moyen d'un écrit signé par eux, 100 actions participantes.

**LA CORPORATION (PME) EST-ELLE UN «ÉMETTEUR FERMÉ» ?**

La corporation n'a pas modifié ses statuts, au 12 octobre 2007, pour retirer les dispositions relatives au nombre maximum d'actionnaires (50) ni retirer les dispositions interdisant d'effectuer tout appel public à l'épargne pas plus qu'elle n'a modifié ses statuts pour prévoir que les dispositions restreignant les transferts «d'actions» sont remplacées par des restrictions sur les transferts de «titres».

Nous reproduisons un extrait d'une «Mise au point»<sup>4</sup> (25 mai 2007) de l'Autorité des services financiers quant à l'obligation ou non de modifier les statuts corporatifs pour se qualifier «d'émetteur fermé» :

L'article 2.4 du Règlement 45-106 stipule [sic] que les titres d'un émetteur fermé, à l'exception des titres de créance non convertibles, sont assujettis à des restrictions à la libre cession qui sont contenues dans les documents constitutifs de l'émetteur ou dans des conventions entre les porteurs. Auparavant, avec la société fermée on parlait de restrictions à la libre cession des actions et non des titres.

La question est donc de savoir si à cause de cette différence, une ancienne société fermée doit absolument modifier ses statuts pour être un émetteur fermé et continuer de se prévaloir d'une dispense équivalente à celle dont elle bénéficiait.

Une «société fermée» qui avant le 14 septembre 2005 n'avait en circulation que des actions (actions ordinaires, actions privilégiées ou autres catégories d'actions), n'a pas à modifier ses documents constitutifs pour être un «émetteur fermé». Une société qui, par exemple, n'a pas émis d'options d'achat d'actions, de bons de souscription ou de débentures convertibles en actions, n'a pas besoin de modifier ses statuts; ses titres sont les actions et le mot «actions» dans les statuts est approprié.

Si une société décide un jour d'émettre des options d'achat d'actions à ses dirigeants, elle pourra alors procéder à la modification de ses statuts ou prévoir les restrictions à la libre cession des titres dans des conventions entre porteurs.

L'Annexe B des statuts de constitution de la corporation prévoit qu'aucune cession d'actions ne peut s'effectuer sans le consentement des administrateurs. Cette restriction à la libre circulation des actions et le fait que la compagnie concernée n'a émis, dans le passé, des actions (titres) qu'à des personnes qui sont énumérées au paragraphe 2.4(2) du Règlement 45-106 permettent de qualifier la corporation comme «émetteur fermé» sans qu'il soit nécessaire de modifier les statuts.

**LA FIDUCIE FAMILIALE EST-ELLE UNE «PERSONNE VISÉE» AU RÈGLEMENT 45-106 ?**

Le paragraphe 2.4(2) j) prévoit spécifiquement que l'obligation d'inscription comme courtier et que l'obligation de produire un prospectus ne s'applique pas à l'émission de titres d'un émetteur fermé en faveur d'une fiducie qui respecte les deux conditions suivantes :

- > L'acquéreur acquiert les titres concernés pour son propre compte.
- > L'acquéreur est «une fiducie ou une succession dont tous les bénéficiaires ou une majorité des fiduciaires ou des liquidateurs sont des personnes visées aux sous-paragraphes a) à h).

Est-ce que tous les bénéficiaires de la fiducie sont des personnes visées au Règlement ?

- > Brigitte : Brigitte est une personne visée au sous-paragraphe a) puisqu'elle est une dirigeante de la corporation concernée. L'émission des actions de contrôle au profit de Brigitte se fait sous cette même dispense.
- > Guy : Guy est une personne visée au sous-paragraphe b) puisqu'il est le conjoint de Brigitte qui est membre de la haute direction de la corporation concernée.
- > Arnaud et Bastien : les fils de Brigitte sont des personnes visées au sous-paragraphe b) puisqu'ils sont les enfants de Brigitte qui est administratrice de la corporation concernée.
- > Denis<sup>5</sup> : le neveu de Brigitte n'est pas une personne visée au paragraphe 2.4(2).

Le fait que Denis ne soit pas une personne visée au Règlement disqualifie donc la fiducie concernée comme une «personne visée» au Règlement. Il faut donc qualifier la fiducie autrement pour qu'elle soit dispensée de l'inscription et du prospectus.

Christiane, cofiduciaire avec Brigitte, est la sœur de cette dernière. Puisqu'elle est une personne visée au sous-paragraphe b), il en résulte qu'une majorité (dans les faits 100 %) des fiduciaires sont des personnes visées aux sous-paragraphes a) à h) du paragraphe 2.4(2). La fiducie se qualifie donc de «personne visée» au Règlement 45-106.

**CONCLUSION**

Certaines conventions de fiducie prévoient la possibilité de nommer<sup>6</sup> (élire) d'autres bénéficiaires

après la constitution de la fiducie. Ces personnes ou les catégories de personnes doivent être expressément prévues dans la convention. Il est possible, dans certains cas, que tous les bénéficiaires initiaux se qualifient comme «personnes visées», mais que la faculté d'élire prévue à la convention permette la nomination de bénéficiaires non visés au règlement.

Est-ce à dire que la possibilité de nommer, après l'émission d'actions, d'autres bénéficiaires qui ne sont pas des «personnes visées» disqualifierait, à ce titre, la fiducie comme «personne visée»? Nous analyserons le tout dans une prochaine chronique puisque cela pourrait être utilisé pour faire indirectement ce que l'on ne peut pas faire directement.

L'émission d'actions (titres) à une fiducie devra être faite avec le plus grand soin pour ne pas faire perdre le titre d'émetteur fermé à une corporation. La perte de ce statut entraîne des conséquences défavorables dont il faut s'éloigner. Puisque la qualification d'une fiducie au titre de «personne visée» au paragraphe 2.4(2) j) apparaît plus facile et plus certaine en utilisant la qualification par les fiduciaires, nous proposons d'utiliser ce moyen, lorsque disponible, pour évacuer tout doute quant au statut de «personne visée» de la fiducie au moment d'une émission d'actions. ●

1 Ce paragraphe contient une règle prévoyant de façon générale l'attribution du revenu tiré de certains biens d'une fiducie (p. ex. des dividendes payés par la PME à la fiducie familiale) à une personne résidant au Canada (p. ex. Brigitte) lorsque les biens ont été reçus par la fiducie de cette personne et qu'ils peuvent revenir à cette dernière (ou être transportés à des personnes désignées par elle).

2 Un intérêt sera réputé reçu par une personne dont les enfants, neveux ou nièces âgés de moins de 18 ans et/ou le conjoint sont bénéficiaires d'une fiducie qui possède 10 % ou plus des actions d'une société (qui n'est pas une SEPE) à la suite d'un transfert ou d'un prêt d'un bien entre personnes liées.

3 Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 170 où l'auteur discute de la nécessité d'un écrit pour constituer une fiducie et reprend la doctrine antérieure à 1994 : «[...] la doctrine était largement d'opinion que le don manuel ne pouvait créer une fiducie [...]».

4 Pour obtenir une copie du document consulter l'adresse suivante : <http://www.lautorite.qc.ca/pdf/45-106-document-explicatif-25mai2007.pdf>

5 Denis a 18 ans et est le fils de la sœur jumelle de Brigitte dont les ressources financières sont modestes. Il est prévu que la fiducie familiale procurera un certain revenu à Denis pour ses études.

6 Article 1282 C.c.Q.