

# BIEN FAIRE LES CHOSES : LES EXIGENCES JURIDIQUES NÉCESSAIRES AU LANCEMENT D'UNE ENTREPRISE TECHNOLOGIQUE EN DÉMARRAGE

Publié le 15 avril, 2024

**Catégories:** [Perspectives](#), [Publications](#)

Dans l'écosystème en rapide évolution des entreprises en démarrage, les compagnies émergentes n'ont d'autre choix que de se concentrer sur certains points. À juste titre, le développement des technologies, la croissance de l'entreprise, la mise en place et le renforcement des équipes, et l'obtention d'investissements ont la priorité, causant souvent le report des enjeux juridiques. La présence de conseillers juridiques de confiance, qui comprennent la réalité de la communauté technologique et qui ont déjà soutenu des équipes de leurs balbutiements à leur introduction en bourse ou lors d'autres étapes réussies, constitue une partie essentielle de l'équipe initiale. Le présent bulletin donne un aperçu des éléments juridiques nécessaires aux entreprises en démarrage du secteur des technologies. Il aborde notamment l'organisation de la structure du capital et des conventions entre actionnaires, les régimes d'options d'achat d'actions et de rémunération incitative, la protection de la propriété intellectuelle (souvent la composante clé de la valeur), la protection des données, l'emploi et la fiscalité.

## Organisation de la structure du capital et des conventions entre actionnaires

### *Organiser la structure du capital*

Les entreprises en démarrage qui réfléchissent à leur structure du capital disposent de diverses options, notamment des options sur actions, des options sur titres de créances et une combinaison des deux. Le choix de l'option à utiliser dépend de nombreux facteurs, notamment le souhait de conserver la propriété de l'entreprise, la capacité d'accéder à des capitaux propres ou à des capitaux d'emprunt et les taux d'intérêt. Dans le cadre de ces options, la mobilisation de capitaux doit être réfléchie et stratégique, puisqu'une structure conventionnelle de capital « propre » rehaussera l'attrait pour les investisseurs avertis et institutionnels et facilitera une possibilité ultime de se retirer ou un « événement lié à la liquidité » comme une fusion, une acquisition ou une inscription en bourse.

Les actions de démarrage initialement émises sont généralement des actions ordinaires destinées aux fondateurs et aux employés en début de carrière. Les entreprises peuvent choisir d'émettre plus d'une

catégorie d'actions ordinaires comportant des droits différents, par exemple, avec ou sans droit de vote. Cette option n'est toutefois pas la meilleure, puisque la complexité de la chose refroidit les investisseurs institutionnels subséquents, qui préfèrent les structures de capital simples. Les actions privilégiées sont habituellement émises plus tard, lorsqu'une société procède à une ronde de financement à prix fixe, comme la série A, avec des investisseurs « sans lien de dépendance ». Ces investisseurs dans des entreprises technologiques en démarrage privilégient souvent les actions privilégiées pour obtenir un revenu constant (au moyen d'un taux de dividende préférentiel et parfois fixe) et courir un risque financier moindre (en détenant des droits préférentiels en cas de liquidation).

De plus, il est primordial que ces entreprises en démarrage documentent et officialisent toutes leurs émissions d'actions et autres titres de capitaux de façon claire et précise, surtout en ce qui concerne les options d'achat d'actions.

Trop souvent, à des stades plus avancés lorsque l'entreprise a pris de la valeur, des différends quant à savoir si des actions ont été ou n'ont pas été émises, si des options ont été ou n'ont pas été attribuées ou si des options ont été ou n'ont pas été acquises surviennent et ce, souvent en raison de l'absence de documentation ou en présence de documents imprécis.

#### *Conventions entre actionnaires*

La convention entre actionnaires définit les droits et les obligations des actionnaires, indique qui mène la barque et fournit des solutions aux problèmes potentiels qui surviennent inévitablement dans la relation d'affaires. De telles conventions peuvent être adoptées dès les débuts, même lorsqu'il n'y a que quelques actionnaires, et peuvent comporter des caractéristiques portant sur la prise de décisions d'affaires, les droits de nomination au conseil d'administration, le règlement des différends et les droits de se retirer.

Bien qu'il soit important d'avoir les bases en place au début, une fois que les investisseurs institutionnels (et surtout les sociétés de capital de risque) investissent, ces conventions sont entièrement renégociées afin de refléter les normes de l'industrie pour les investisseurs de série A (documents qui sont publiés par l'Association canadienne du capital de risque et d'investissement). Ces conventions d'actionnaires plus élaborées comprennent des dispositions supplémentaires comme les droits d'approbation du conseil, les dispositions de veto en matière de gouvernance, les droits préférentiels de souscription à l'égard d'activités de mobilisation de capitaux ultérieures, les droits d'information (états financiers et plans d'activités), les droits d'inscription, les droits de vente conjointe (c.-à-d. les obligations de vente conjointe), les droits de sortie conjointe et des mécanismes de règlement des différends plus détaillés.

#### **Options d'achat d'actions et autres titres incitatifs à base d'actions**

Les options d'achat d'actions constituent, pour les entreprises émergentes, un outil précieux qui leur permet d'attirer des employés, des conseillers et des consultants talentueux tout en préservant le capital pour assurer la croissance de l'entreprise. De plus, la rémunération au moyen d'options d'achat d'actions harmonise les intérêts des détenteurs d'options avec ceux des fondateurs, car les titulaires d'options, comparativement aux employés qui reçoivent une rémunération plus traditionnelle en espèces, portent un intérêt accru à la croissance de l'entreprise.

Les options d'achat d'actions confèrent à leur titulaire le droit d'acheter un certain nombre d'actions de participation à une date ultérieure, au cours du marché dans la plupart des cas, ou à la juste valeur des actions au moment de l'attribution. La valeur d'une option d'achat d'actions dépend de l'augmentation de la valeur des actions de l'entreprise. Les options d'achat d'actions sont acquises (ou peuvent être exercées) après l'écoulement du temps ou, dans certains cas, une fois que certains paramètres de rendement ont été atteints. Lorsqu'un titulaire d'options est un employé, les options ne sont généralement pas assujetties à l'impôt sur le revenu canadien au moment de leur attribution, mais sont plutôt imposées au moment de leur exercice (ou, dans certaines circonstances, à la disposition éventuelle des actions sous-jacentes). Ce report d'impôt est souvent un facteur clé dans la détermination du type de régime incitatif à mettre en place.

Les sociétés peuvent également attribuer des unités d'actions incessibles (« **UAI** ») et/ou des unités d'actions différées (« **UAD** »). Une UAI, semblable à une option d'achat d'actions, est un droit à recevoir une action, mais contrairement à une option d'achat d'actions, une UAI n'a pas de prix d'exercice avant de pouvoir être réglée en actions. Les UAI sont habituellement acquises au fil du temps. Les UAD, à l'instar des UAI, ne comportent pas de prix d'exercice et constituent une entente conclue par la société en vue d'émettre des actions à la survenance d'un événement, habituellement un départ à la retraite, une cessation d'emploi ou le décès du porteur. Les unités d'actions liées au rendement (« **UAR** ») sont similaires aux précédentes, sauf que les objectifs de rendement doivent être atteints avant que les UAR ne deviennent acquises.

Les UAI, les UAD et les UAR peuvent être structurées de façon à permettre le règlement en actions, en équivalents de trésorerie en actions ou en une combinaison des deux, au gré du porteur ou de la société. La méthode et le moment du règlement prévus par le plan concerné sont essentiels pour déterminer les conséquences fiscales pour le porteur, y compris le moment de tout événement de réalisation fiscale lié à l'attribution.

Les titulaires d'options d'achat d'actions, d'UAI, d'UAD et d'UAR ne peuvent jouir des droits des actionnaires, comme les droits de vote et les droits aux dividendes, tant qu'ils ne sont pas exercés ou réglés, selon le cas, en actions.

Bien qu'il soit tentant pour les fondateurs et les membres de la direction en début de carrière de « faire le

plein » d'options et d'autres titres de participation incitatifs, ils ont un effet dilutif sur les capitaux propres d'une société et le fait d'être trop généreux constitue un obstacle de taille lorsqu'il s'agit de rechercher des investisseurs institutionnels (comme des sociétés de capital de risque) qui évaluent les actions en fonction de la valeur de la société divisée par le nombre dilué d'actions en circulation (c.-à-d. en supposant l'exercice de toutes les options d'achat d'actions, des UAI, des UAD et des UAR).

### **Propriété intellectuelle**

Dans bien des cas, c'est la propriété intellectuelle d'une jeune entreprise technologique qui la rend attrayante pour les investisseurs et les clients et qui représente la plus grande partie de la valeur de l'entreprise. L'innovation n'est qu'une partie de l'équation; les entreprises en démarrage doivent s'assurer qu'elles prennent des mesures pour protéger la propriété intellectuelle. Les inventions, les œuvres littéraires, les œuvres artistiques, les dessins industriels et les « enseignes » utilisées dans le commerce sont des exemples de propriété intellectuelle. La protection de la propriété intellectuelle n'est pas automatique; elle exige que des mesures juridiques spécifiques soient prises par l'entreprise d'un conseiller juridique hautement compétent, pour obtenir la protection des droits d'auteur, des marques et des brevets ainsi que celle des secrets commerciaux. Ces protections doivent également être prévues aux contrats de travail, aux cessions de propriété intellectuelle et aux autres contrats conclus avec les employés, les entrepreneurs et autres personnes.

Un « brevet » est un droit exclusif de fabriquer, construire, utiliser et vendre une invention. Au Canada, les droits de brevet expirent après une période d'exclusivité de vingt ans, au terme de laquelle l'invention devient publique.

Un « secret commercial » est un renseignement qui possède une valeur commerciale en raison de son caractère secret. Les secrets commerciaux peuvent durer éternellement à condition que les informations restent secrètes. Toutefois, la protection d'un secret commercial prend fin lorsqu'il est rendu public. Par conséquent, les entreprises propriétaires de secrets commerciaux doivent s'assurer qu'ils sont protégés.

Le « droit d'auteur » est le droit de produire, de reproduire, de présenter ou de publier une œuvre ou une partie importante de celle-ci sous une forme matérielle. Généralement, une œuvre originale est automatiquement protégée par le droit d'auteur une fois qu'elle est créée. La protection s'étend sur toute la vie de l'auteur de l'œuvre, plus 70 ans.

Une « marque de commerce » est un signe (un mot, un dessin, une couleur, un élément figuratif, etc.) ou une combinaison de signes employés ou que l'on projette d'employer pour distinguer ses produits ou services de ceux d'autres personnes. Il est fortement recommandé d'enregistrer une marque de commerce. De plus, afin de limiter la probabilité que des droits relatifs à une marque de commerce soient détournés dans un territoire étranger où des affaires pourraient être menées, l'entreprise doit y enregistrer sa marque de commerce à

l'avance. Les droits relatifs à une marque de commerce durent indéfiniment, tant que le propriétaire utilise continuellement la marque de commerce dans ses affaires et paie les frais de renouvellement nécessaires.

### **La protection des données**

La confidentialité des données est importante pour les entreprises de technologie en démarrage, compte tenu surtout de l'économie numérique au sein de laquelle les renseignements personnels ont une grande valeur. Les entreprises en démarrage ont des obligations en matière de protection des données lorsqu'elles obtiennent des renseignements personnels des clients ou pour leur compte [1] et lorsqu'elles traitent les renseignements personnels d'employés. Les considérations relatives à la protection des données sont pertinentes pour toutes les entreprises qui traitent des renseignements personnels, même si ces entreprises sont petites, recueillent une petite quantité de données et ont une faible empreinte au Canada. Néanmoins, la conformité à la protection des renseignements personnels est particulièrement importante pour les entreprises en démarrage qui traitent de grandes quantités de renseignements personnels ou de renseignements personnels très sensibles (comme des renseignements médicaux ou financiers), car ces entreprises font l'objet d'une surveillance accrue de la part des autorités de réglementation et/ou des clients en matière de protection des renseignements personnels.

La plupart des entreprises de technologie en démarrage sont assujetties à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), qui établit les règles de collecte, d'utilisation et de communication des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales. L'Alberta, la Colombie-Britannique et le Québec ont adopté leurs propres lois sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, comportant quelques différences par rapport à la LPRPDE. Ces lois s'appliquent à la plupart des entreprises de technologie en démarrage opérant dans ces provinces. Plus particulièrement, la loi québécoise sur la protection des renseignements personnels diffère considérablement des autres lois canadiennes, et les entreprises en démarrage devraient passer en revue notre [aide-mémoire à l'intention des entreprises](#) si elles traitent des renseignements personnels de résidents du Québec.

#### *Mesures essentielles à la protection de l'entreprise*

Les entreprises en démarrage devraient adopter les [principes d'équité en matière d'information](#) prévus par la LPRPDE comme cadre pour l'élaboration et la mise en œuvre de politiques et de pratiques en matière de protection des renseignements personnels [2]. Ces principes fournissent des explications sur la manière de recueillir, d'utiliser et de communiquer les renseignements personnels de manière équitable et transparente, tout en respectant les droits et les attentes des personnes concernées. Les principales exigences de la LPRPDE comprennent :

- Nommer un responsable de la protection des renseignements personnels chargé de surveiller la conformité aux lois sur la protection des renseignements personnels et de répondre aux demandes de renseignements et aux plaintes.
- Recueillir uniquement les renseignements personnels nécessaires aux fins déterminées et ne pas les utiliser ou les communiquer à d'autres fins sans consentement.
- Obtenir le [consentement valable et valide](#) des particuliers avant de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels. Le consentement devrait être clair, éclairé et volontaire, et les particuliers devraient pouvoir retirer ou modifier leur consentement en tout temps.
- À l'aide de politiques complètes, précises et faciles à comprendre en matière de protection des renseignements personnels, informez les particuliers de vos politiques et pratiques concernant les renseignements personnels, y compris en précisant quels sont les renseignements recueillis, la façon dont ils sont utilisés et communiqués, la façon dont les particuliers peuvent y avoir accès et les corriger, la façon dont les particuliers peuvent déposer une plainte et peuvent communiquer avec le responsable de la protection des renseignements personnels.
- S'assurer que les renseignements personnels sont protégés contre la perte ou le vol, l'accès non autorisé, la communication, la copie, l'utilisation ou la modification au moyen de mesures physiques, techniques et organisationnelles appropriées.
- S'assurer que les tiers qui traitent des renseignements personnels pour le compte de l'entreprise ont des politiques et des pratiques adéquates en matière de protection des renseignements personnels et qu'ils sont tenus par contrat de respecter les obligations de l'entreprise en vertu des lois sur la protection des renseignements personnels.
- Informer les particuliers de tout transfert de renseignements personnels vers un autre territoire où ils pourraient être assujettis à des régimes juridiques ou à des risques différents. Au Québec, une évaluation des facteurs relatifs à la protection de la vie privée doit être effectuée avant la communication de renseignements personnels à l'extérieur de la province.
- Se conformer aux exigences de la [Loi canadienne anti-pourriel](#) (en anglais seulement) lorsqu'il s'agit d'envoyer des messages électroniques commerciaux (comme des courriels ou des messages textes) à des particuliers sans leur consentement ou d'installer des programmes informatiques sur leurs appareils sans leur consentement.

Les entreprises en démarrage devraient intégrer ces considérations relatives à la protection des renseignements personnels dans la conception et le fonctionnement de leurs produits, services et systèmes dès leurs débuts, car il pourrait être plus coûteux de mettre en œuvre des changements de conception plus tard.

## Emploi

L'embauche des bons employés est importante pour les entreprises en démarrage, car les bons talents stimulent la croissance des entreprises. L'embauche d'employés entraîne de nombreux défis juridiques que les entreprises en démarrage doivent connaître, notamment la conclusion de solides contrats de travail (qui comprennent des dispositions protégeant la propriété intellectuelle de l'entreprise), le respect des lois sur les normes d'emploi et l'élaboration de politiques en milieu de travail pour l'entreprise. Ces défis sont traités de façon plus simple et plus économique proactivement qu'après coup (pour une discussion plus approfondie en anglais seulement, voir [ici](#)).

La conclusion de contrats de travail appropriés avec les employés est particulièrement importante pour les entreprises en démarrage, car elle permet d'économiser beaucoup d'argent si les employés doivent être licenciés ultérieurement, que ce soit dans le cadre d'une restructuration, d'une fusion ou d'une vente. Un contrat de travail dûment rédigé peut constituer la différence entre devoir à un employé congédié l'équivalent de deux semaines de salaire ou jusqu'à six mois de salaire, s'il établit un droit à un « préavis raisonnable » de cessation d'emploi en common law.

En plus des clauses de cessation d'emploi, les entreprises en démarrage devraient s'assurer d'être adéquatement protégées par des clauses de non-sollicitation qui empêchent les employés de détourner des affaires ou des employés de l'entreprise. Dans certaines circonstances, les entreprises en démarrage peuvent envisager des clauses de non-concurrence empêchant les employés de faire concurrence à

leur entreprise une fois que leur emploi prend fin. Ces conditions doivent être bien rédigées et examinées avant d'être mises par écrit, car les tribunaux n'appliqueront pas les ententes ayant une portée excessive, qui sont ambiguës ou qui nuisent inutilement à la capacité d'un employé de gagner sa vie. Le gouvernement de l'Ontario est allé plus loin en interdisant les clauses de non-concurrence pour tous les employés qui ne sont pas cadres (plus de détails, en anglais seulement, [ici](#)). Néanmoins, il faut avoir des clauses de non-sollicitation et de non-concurrence bien rédigées à l'esprit lors de l'embauche d'employés.

## Fiscalité

La *Loi de l'impôt sur le revenu* (Canada) (la « **LIR** ») et les lois provinciales correspondantes imposent le revenu mondial des entreprises résidant au Canada. Le taux d'imposition fédéral des sociétés est actuellement de 15 %, et les taux d'imposition provinciaux des sociétés varient généralement entre 8 % et 12 % [\[3\]](#). Les sociétés privées sous contrôle canadien (c'est-à-dire les sociétés qui ne sont pas contrôlées légalement par des non-résidents ou des sociétés ouvertes) ont généralement droit à des taux d'imposition préférentiels (tant au niveau fédéral que provincial) sur la première tranche de 500 000 \$ de revenu annuel. D'intérêt particulier pour les entreprises en démarrage du domaine technologique, le Canada offre des crédits d'impôt à l'investissement pour la

recherche scientifique et le développement expérimental (RS&DE) aux sociétés qui exercent des activités admissibles, crédits qui peuvent servir à réduire l'impôt à payer. Les crédits RS&DE sont gagnés au taux de base de 15 % et ne sont pas remboursables. Toutefois, les sociétés privées sous contrôle canadien peuvent être admissibles à des crédits RS&DE remboursables à un taux majoré de 35 % sur certaines dépenses.

D'une perspective fiscale canadienne, il est généralement bénéfique pour une entreprise technologique en démarrage de conserver le statut de société privée sous contrôle canadien le plus longtemps possible. Par conséquent, les entreprises en démarrage du secteur des technologies travaillent généralement en étroite collaboration avec leurs conseillers juridiques et fiscaux pour s'assurer que la structure du capital, la base d'actionnaires, la composition du conseil d'administration et les conventions d'actionnaires pertinentes de la société ne mettent pas ce statut en péril.

Si vous avez des questions concernant le démarrage de votre entreprise de technologie, les membres des groupes Marchés des capitaux, Droit des affaires, Propriété intellectuelle, Emploi, Fiscalité et Protection des données de McMillan seront heureux de vous aider.

[1] Contrairement à la croyance populaire, les lois sur la protection des renseignements personnels peuvent tout de même s'appliquer aux ensembles de renseignements qui ont été dépersonnalisés (c.-à-d. dont les noms ou autres identificateurs communs ont été supprimés). Pour véritablement anonymiser les renseignements personnels (de sorte que la législation sur la protection des renseignements personnels ne s'applique plus), il ne doit plus y avoir de possibilité sérieuse de lier les renseignements à un particulier identifiable, qu'ils soient employés seuls ou en combinaison avec d'autres renseignements disponibles. Si de grandes quantités de données sont traitées, il peut être très difficile, voire impossible, d'assurer l'anonymat véritable. De plus, dans l'état actuel du droit au Québec, une véritable anonymisation pourrait s'avérer impossible. Si votre modèle d'affaires repose sur le traitement de renseignements personnels dépersonnalisés ou anonymisés, des conseils juridiques devraient être obtenus dès les débuts de votre entreprise.

[2] Ces principes sont la responsabilité, la détermination des fins de la collecte, le consentement, la limitation de la collecte, la limitation de l'utilisation, de la divulgation et de la conservation, l'exactitude, les mesures de sécurité, la transparence, l'accès aux renseignements personnels et la possibilité de porter plainte.

[3] Les taux d'imposition provinciaux des sociétés dans les provinces de l'Atlantique sont plus élevés, soit de 14 % à 16 %

par [Alex Bruvels](#), [Paul Barbeau](#), [Pablo Tseng](#), [Ted Thiessen](#), [Robbie Grant](#), [David Fanjoy](#) et [Sam Kelley](#).

### **Mise en garde**

Le contenu du présent document ne fournit qu'un aperçu du sujet et ne saurait en aucun cas être interprété



comme des conseils juridiques. Le lecteur ne doit pas se fonder uniquement sur ce document pour prendre une décision, mais devrait plutôt obtenir des conseils juridiques précis. Il est préférable d'obtenir un avis juridique spécifique.

© McMillan S.E.N.C.R.L., s. r. l. 2024