



DESTINATAIRE : *****

EXPÉDITEUR : *****
DIRECTION DE L'INTERPRÉTATION RELATIVE AUX ENTREPRISES

DATE : LE 1^{ER} FÉVRIER 2022

OBJET : **CLAUSE RESTRICTIVE – VENTE D'ACTIFS**
N/RÉF. : 21-057209-002

La présente donne suite à votre demande ***** par laquelle vous désirez obtenir notre opinion concernant le traitement fiscal applicable en vertu de la Loi sur les impôts (RLRQ, chapitre I-3), ci-après « LI », à des engagements pris par des contribuables dans le cadre d'une vente d'actifs d'une entreprise.

FAITS

Les faits, tels que nous les comprenons, se résument comme suit :

1. ***** , ci-après le « Vendeur », exploitait une entreprise de *****.
2. Le ***** 20X1, ***** , ci-après l'« Acheteur », a acquis les actifs essentiels de l'entreprise du Vendeur.
3. Au moment de la transaction, ***** , ci-après « Société A », détenait la totalité des actions du capital-actions du Vendeur. L'ensemble des actions de Société A étaient détenues par ***** , ci-après les « Contribuables », les actions votantes étant détenues en parts égales par ceux-ci.
4. Le Vendeur, l'Acheteur, Société A et les Contribuables, ci-après désignés collectivement les « Parties », ont signé le contrat d'achat des actifs, ci-après le « Contrat ».

-
5. Les actifs aliénés par le Vendeur en vertu du Contrat incluait notamment *****, la liste des clients, les permis, les propriétés intellectuelles, l'achalandage et les logos.
 6. Le jour de la transaction, les employés du Vendeur, incluant les Contribuables, sont devenus des employés de l'Acheteur.
 7. Le prix d'achat des actifs était le suivant :
 - (i) ***** \$ payable le jour de la transaction;
 - (ii) ***** \$ payable en trois versements de ***** \$ sur une période de 18 mois, à la condition que certains travaux soient réalisés par les Contribuables en lien avec les actifs acquis, ci-après les « Paiements en étapes ».
 8. L'article ***** du Contrat établit les travaux qui devaient être réalisés par les Contribuables pour que le Vendeur encaisse les Paiements en étapes. Ces travaux étaient liés à ***** aliéné par le Vendeur dans le cadre de la transaction. Essentiellement, les Contribuables devaient développer ***** par l'Acheteur et pour garantir son bon fonctionnement. Les travaux que devaient accomplir les Contribuables se répartissaient en trois étapes, soit :
 - (i) implanter des lignes directrices;
 - (ii) développer *****;
 - (iii) développer *****.
 9. L'article ***** du Contrat précise notamment que les Contribuables devaient réaliser les travaux en respectant les délais prévus et qu'ils devaient obtenir l'approbation de l'Acheteur. Les résultats des travaux devaient être présentés à l'Acheteur avec les tests de procédure effectués par les Contribuables. Si l'Acheteur n'approuvait pas les travaux, les Contribuables disposaient d'un délai additionnel pour corriger les éléments défectueux ou non conformes. Enfin, l'article ***** du Contrat indique que l'Acheteur s'engageait à fournir les efforts raisonnables pour que les employés disposent du temps suffisant pour réaliser les travaux.
 10. Le Contrat comporte une répartition du prix d'achat des actifs acquis par l'Acheteur comme suit :

-
- (i) immobilisations : ***** \$;
- (ii) ***** : ***** \$;
- (iii) achalandage : le prix d'achat de l'achalandage correspond aux Paiements en étapes effectués en vertu de l'article ***** du Contrat, jusqu'au montant maximum de ***** \$.
11. Le Contrat comporte à l'article ***** un engagement du Vendeur, de Société A et des Contribuables de ne pas concurrencer l'entreprise du Vendeur et de ne pas solliciter certaines personnes, ci-après l'« Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation ». Le terme « entreprise » au sens de l'article ***** du Contrat signifie, de façon simplifiée, les produits et les services fournis par le Vendeur, ci-après l'« Entreprise ».
12. Le Contrat précise qu'aucune partie du prix d'achat des actifs n'a été payée ou n'a été allouée à l'égard d'une clause restrictive et que les engagements énoncés au Contrat ou découlant de documents connexes au Contrat ont été pris afin de maintenir ou de préserver la juste valeur marchande, ci-après « JVM », de l'Entreprise.
13. Les Parties ont fait des choix en vertu de l'alinéa g du paragraphe 7 de l'article 56.4 de la Loi de l'impôt sur le revenu (L.R.C. (1985), chapitre 1 (5^e suppl.)), ci-après « LIR ». Une copie de ces choix a été transmise à Revenu Québec¹. Ces choix précisent qu'aucun montant n'est reçu ou n'est recevable par le Vendeur, Société A et les Contribuables en raison des engagements pris en vertu d'une clause restrictive.
14. Le Vendeur et Société A ont fusionné le ***** 20X1. La société issue de cette fusion est ci-après désignée « Société B ».
15. Les Paiements en étapes ont été versés en totalité par l'Acheteur à Société B dans les 18 mois suivants le jour de la transaction.
16. La déclaration de revenus du Vendeur pour son année d'imposition terminée le ***** 20X1 indique l'aliénation de son achalandage. Le produit de l'aliénation de l'achalandage déclaré par le Vendeur équivaut aux Paiements en étapes, soit ***** \$. L'aliénation a donné lieu, pour le Vendeur, à un gain en capital imposable.

¹ Paragraphe g du premier alinéa et deuxième alinéa de l'article 333.9 de la LI.

-
17. Les Contribuables étaient des employés de l'Acheteur pendant la réalisation des travaux établis à l'article ***** du Contrat.
 18. Les Contribuables ne sont pas des personnes liées entre elles au sens de l'article 19 de la LI.
 19. Les Contribuables n'avaient pas de lien de dépendance avec l'Acheteur, au sens de l'article 18 de la LI, le jour de la transaction.

QUESTIONS

1. Est-ce que l'article ***** du Contrat est une clause restrictive accordée par les Contribuables en vertu de l'article 333.4 de la LI?
2. Si l'article ***** du Contrat est une clause restrictive, est-ce que l'article 333.5 de la LI s'applique aux Contribuables à l'égard de celle-ci?
3. Est-ce que l'article 333.5 de la LI s'applique aux Contribuables à l'égard de la clause restrictive relative à l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation?
4. Est-ce que l'article 333.12 de la LI s'applique à l'égard de la clause restrictive relative à l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation?

OPINION

Réponse à la question 1

L'article 333.4 de la LI prévoit qu'une clause restrictive d'un contribuable désigne une convention, un engagement ou une renonciation à un avantage ou à un droit, exécutoire ou non, qui est conclue, pris ou consentie, selon le cas, par le contribuable et qui influe ou est de nature à influencer, de quelque manière que ce soit, sur l'acquisition ou la fourniture de biens ou de services par le contribuable ou par un autre contribuable avec lequel il a un lien de dépendance, à l'exception d'une convention ou d'un engagement qui, selon le cas :

- a) aliène les biens du contribuable;

- b) a pour objet l'exécution d'une obligation visée à l'article 298.1 de la LI qui ne constitue pas une aliénation, sauf lorsque cette obligation se rapporte à un droit, à un bien ou à des services que le contribuable a acquis pour un montant inférieur à sa JVM.

Précisons que l'article 333.4 de la LI correspond au paragraphe 1 de l'article 56.4 de la LIR.

La définition d'une clause restrictive est large comme le fait remarquer ***** :

*****.

La Cour d'appel fédérale a reconnu la portée large de la définition d'une clause restrictive dans la décision *Pangaea*². En effet, cette Cour a établi qu'un accord entre deux actionnaires d'une société visant à empêcher l'exercice du droit veto détenu par l'un des actionnaires en vertu d'une convention entre actionnaires, pour ne pas faire obstacle à la vente de la société, constitue une clause restrictive :

« [13] Quant au libellé, il est clair que le langage utilisé ne se limite pas aux ententes de non-concurrence. La disposition précise qu'une clause restrictive comprend un instrument « qui influe, ou vise à influencer, de quelque manière que ce soit » sur la fourniture de biens par un contribuable. Une telle formulation inclusive tend à réfuter l'affirmation selon laquelle le libellé est censé s'appliquer uniquement aux ententes de non-concurrence.

[14] Quant au contexte, *Pangaea* soutient qu'une interprétation textuelle de l'article 56.4 de la Loi conduit à certains résultats qui n'étaient pas voulus par le législateur. Elle fait référence à des circonstances impliquant des améliorations locatives et à l'article 42 de la Loi. Cette observation ne soutient pas l'interprétation très étroite suggérée par *Pangaea*. Même si une interprétation textuelle de l'article 56.4 donne lieu à certaines applications de la disposition qui n'étaient pas voulues par le législateur, cette raison n'est pas suffisante pour conclure que la disposition ne s'applique qu'aux ententes de non-concurrence.

[...]

² *Pangaea One Acquisition Holdings XII S.A.R.L. c. Canada*, 2020 CAF 21.

[16] L'interprétation de l'expression « clause restrictive » suggérée par Pangaea est rejetée. À mon avis, la lettre d'accord entre Pangaea et Thomvest est une « clause restrictive » telle que définie, car l'entente est destinée à influencer sur la fourniture de biens par Pangaea en ayant un effet sur leur disposition. L'intention de la lettre d'accord est d'obliger Pangaea à vendre ses actions de Public Mobile en signant la convention d'achat d'actions avec Telus. Ainsi, la convention est destinée à influencer sur la disposition par Pangaea de ses actions de Public Mobile. ».

Par ailleurs, l'Agence du revenu du Canada a exposé que la définition large d'une clause restrictive fait en sorte qu'elle peut s'appliquer à une multitude de dispositions contractuelles impliquant une action positive ou restrictive de la part d'un contribuable, par exemple une clause d'exclusivité, une prime à la signature, des frais de rupture, une entente de fidélité des fournisseurs, un engagement de confidentialité, un accord de franchise et une commission de référence³.

Dans la présente situation, les Contribuables devaient réaliser les travaux établis à l'article ***** du Contrat afin que le Vendeur encaisse une partie du produit de l'aliénation de ses actifs. Nous sommes d'avis que ce type d'engagement est visé par la définition d'une clause restrictive prévue à l'article 333.4 de la LI. En effet, l'article ***** du Contrat comporte un engagement pris par les Contribuables qui influe ou est de nature à influencer, de quelque manière que ce soit, sur la fourniture par eux de services visés par le Contrat.

En conclusion, nous considérons que l'article ***** du Contrat est une clause restrictive accordée par les Contribuables en vertu de l'article 333.4 de la LI.

Réponse à la question 2

Le premier alinéa de l'article 333.5 de la LI prévoit qu'un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition l'ensemble des montants dont chacun représente un montant à l'égard d'une clause restrictive du contribuable qui est reçu ou à recevoir dans l'année par celui-ci ou par un contribuable avec lequel il a un lien de dépendance⁴, autre qu'un montant qui a été inclus dans le calcul du revenu soit du contribuable en vertu de l'article 333.5 de la LI pour une année d'imposition

³ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2017-0688301I7 « *Restrictive Covenant* », 22 août 2017; nous souscrivons à cette position.

⁴ La définition de l'expression « lien de dépendance » est prévue à l'article 18 de la LI.

antérieure, soit d'une société admissible⁵ du contribuable en vertu de l'article 333.5 de la LI pour l'année ou pour une année d'imposition antérieure.

Par ailleurs, l'article 333.6 de la LI prévoit essentiellement que l'article 333.5 de cette loi ne s'applique pas à un montant reçu ou à recevoir par un contribuable dans une année d'imposition à l'égard d'une clause restrictive accordée par le contribuable à un autre contribuable avec lequel il n'a pas de lien de dépendance lorsque l'une des conditions prévues au premier alinéa de cet article est satisfaite. Le paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 333.6 de la LI énonce l'une de ces conditions, à savoir que le montant a été inclus dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année provenant d'une charge ou d'un emploi en vertu des articles 32 à 47.17 de cette loi ou aurait été ainsi inclus dans le calcul de son revenu s'il avait été reçu dans l'année.

Dans la présente situation, nous considérons qu'aucun montant ne doit être inclus par les Contribuables en vertu de l'article 333.5 de la LI à l'égard de la clause restrictive prévue à l'article ***** du Contrat. D'une part, selon les faits exposés, les Contribuables n'ont pas de lien de dépendance avec l'Acheteur et, d'autre part, la condition prévue au paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 333.6 de la LI est satisfaite puisque les Contribuables ont inclus dans le calcul de leur revenu provenant d'une charge ou d'un emploi, en vertu des articles 32 à 47.17 de cette loi, les montants reçus à l'égard de cette clause restrictive⁶.

En effet, les Contribuables ont réalisé les travaux en lien avec la clause restrictive prévue à l'article ***** du Contrat dans le cadre de leur emploi avec l'Acheteur puisqu'ils étaient des employés de l'Acheteur pendant la réalisation des travaux. De plus, le fait que l'Acheteur se soit engagé en vertu du Contrat à fournir les efforts raisonnables afin que les employés disposent du temps suffisant dans le cadre de leur emploi pour réaliser les travaux établis à l'article ***** du Contrat tend à démontrer, à notre avis, que la condition prévue au paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 333.6 de la LI est satisfaite.

Précisons que les Paiements en étapes reçus par le Vendeur servaient à établir le prix de l'achalandage aliéné dans le cadre de la transaction. En effet, le prix d'achat fixé par les Parties pour l'ensemble des actifs était égal à la somme de ***** \$ et des Paiements en étapes qui pouvaient atteindre un montant maximal de ***** \$. De plus, les Parties ont précisé dans le Contrat que le prix établi par celles-ci pour l'achalandage

⁵ La définition de l'expression « société admissible » est prévue à l'article 333.4 de la LI.

⁶ En effet, les Contribuables ont fourni les services prévus à l'article ***** du Contrat (la clause restrictive) dans le cadre de leur emploi auprès de l'Acheteur et ont reçu un salaire de l'Acheteur pour ce faire.

correspondait aux Paiements en étapes⁷. Enfin, nous comprenons que les travaux décrits à l'article ***** du Contrat influençaient la JVM de l'achalandage du Vendeur puisque leur réalisation permettait à l'Acheteur d'utiliser en bonne et due forme ***** acquis dans le cadre de la transaction.

Cette interprétation des termes du Contrat est conforme aux principes établis dans la décision *Transalta Corporation*⁸ dans laquelle la Cour d'appel fédérale enseigne que l'achalandage a un sens plus large que la réputation et les relations d'une entreprise. Cette décision indique que l'achalandage comporte les trois caractéristiques suivantes : 1) il s'agit d'un actif incorporel, 2) il doit découler de l'attente de futurs gains, rendements ou autres avantages supérieurs à ceux que produirait normalement une entreprise comparable et 3) il est indissociable de l'entreprise à laquelle il se rattache et il ne peut normalement être vendu séparément de l'entreprise en exploitation. À titre d'exemple, la réputation établie, la satisfaction de la clientèle, un produit ou un procédé exclusif qui confère une situation de monopole, une bonne gestion ou une gestion astucieuse, un emplacement favorable, l'efficacité opérationnelle, des relations de travail harmonieuses, la publicité, la qualité des produits et la situation financière sont considérés comme de l'achalandage, dans la mesure où ils respectent les trois caractéristiques mentionnées précédemment.

En conclusion, nous considérons que l'article 333.5 de la LI ne s'applique pas aux Contribuables à l'égard de la clause restrictive de l'article ***** du Contrat.

Réponse à la question 3

Dans la présente situation, l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation accordé par les Contribuables est un engagement qui est pris par eux et qui influe ou est de nature à influencer, de quelque manière que ce soit, sur la fourniture de services. Ce type d'engagement est une clause restrictive en vertu de l'article 333.4 de la LI.

Tel que mentionné précédemment, le premier alinéa de l'article 333.5 de la LI prévoit qu'un contribuable doit inclure dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition l'ensemble des montants dont chacun représente un montant à l'égard d'une clause restrictive du contribuable qui est reçu ou à recevoir dans l'année par celui-ci ou par un contribuable avec lequel il a un lien de dépendance.

⁷ Le produit de l'aliénation de l'achalandage par le Vendeur pour son année d'imposition visée par cette transaction, équivaut aux Paiements en étapes, soit ***** \$. L'aliénation a donné lieu, pour le Vendeur, à un gain en capital.

⁸ *Transalta Corporation c. Canada*, 2012 CAF 20.

Dans la présente situation, les Parties n'ont pas alloué une partie du prix d'achat des actifs acquis par le Vendeur totalisant ***** \$ en contrepartie de la clause restrictive relative à l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation. Néanmoins, l'article 421 de la LI permet de répartir la contrepartie monétaire stipulée à un contrat ou à une convention entre différents biens, services et clauses restrictives, et ce, malgré la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention.

Le paragraphe *c* de l'article 421 de la LI prévoit notamment que la partie d'un montant reçu ou à recevoir qui peut être raisonnablement considérée comme étant la contrepartie d'une clause restrictive accordée par un contribuable est réputée un montant reçu ou à recevoir par le contribuable à l'égard de la clause restrictive, quels que soient la forme et les effets juridiques du contrat ou de la convention, et que cette partie est réputée un montant payé ou à payer au contribuable par la personne à qui la clause restrictive a été accordée.

L'article 421 de la LI ne s'applique toutefois pas pour réputer qu'une contrepartie est un montant reçu ou à recevoir par un contribuable pour une clause restrictive qu'il a accordée, lorsque les conditions énoncées à l'article 333.9 de cette loi sont satisfaites. Or, dans la présente situation, nous sommes d'avis que toutes les conditions d'application de l'article 333.9 de la LI à l'égard de l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation sont satisfaites pour les raisons suivantes :

- Les Contribuables et l'Acheteur n'ont pas de lien de dépendance⁹.
- La clause restrictive est un engagement des Contribuables de ne pas fournir, directement ou indirectement, des biens ou des services en concurrence avec les biens ou les services fournis ou à fournir par l'Acheteur, dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte¹⁰. Pour plus de précision, dans la présente situation, le fait que le Contrat comporte un engagement de non-sollicitation en plus de l'engagement de non-concurrence n'empêche pas de satisfaire à cette condition. À la suite de l'examen de l'article ***** du Contrat qui établit les termes de cette clause restrictive, nous considérons que l'engagement de non-sollicitation fait partie intégrante de l'engagement de non-concurrence¹¹.

⁹ Cette condition est énoncée au sous-paragraphe *i* du paragraphe *a* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI. La définition de l'expression « lien de dépendance » est prévue à l'article 18 de la LI.

¹⁰ Cette condition est énoncée au paragraphe *b* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI.

¹¹ AGENCE DU REVENU DU CANADA, Interprétation technique 2013-0495691C6, « Clause restrictive », 11 octobre 2013; nous souscrivons à cette position.

-
- Le Vendeur¹² a reçu un montant qu'il est raisonnable de considérer comme la contrepartie de la clause restrictive et ce montant a été inclus dans le calcul d'un montant pour achalandage¹³ du Vendeur à l'égard de l'entreprise à laquelle la clause restrictive se rapporte¹⁴. En effet, nous sommes d'avis qu'il est raisonnable de considérer qu'un montant a été versé par l'Acheteur au Vendeur à même le prix d'achat des actifs à titre de contrepartie de la clause restrictive. De plus, le Vendeur a indiqué un produit de l'aliénation de son achalandage au montant de ***** \$ dans sa déclaration de revenus pour l'année d'imposition terminée le ***** 20X1. Enfin, nous vous référons à nos commentaires formulés dans le cadre de la réponse précédente relativement à l'achalandage.
 - Aucun produit n'a été reçu par les Contribuables pour avoir accordé la clause restrictive¹⁵.
 - La clause restrictive peut raisonnablement être considérée dans la présente situation comme ayant été accordée pour maintenir ou préserver la JVM de l'avantage de la dépense qui découle du montant pour achalandage¹⁶. Nous vous référons à nos commentaires formulés dans le cadre de la réponse précédente relativement à l'achalandage.
 - Enfin, un choix conjoint valide a été fait par les Contribuables et l'Acheteur en vertu de l'alinéa *g* du paragraphe 7 de l'article 56.4 de la LIR à l'égard de la clause restrictive¹⁷.

En conclusion, nous considérons que l'article 333.5 de la LI ne s'applique pas à l'égard de la clause restrictive de l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation puisque toutes les conditions énoncées à l'article 333.9 de cette loi sont satisfaites dans le présent cas, de sorte que l'article 421 de cette loi ne s'applique pas pour réputer qu'une contrepartie est un montant reçu ou à recevoir par les Contribuables pour cet engagement.

¹² Dans la présente situation, le Vendeur était une société admissible des Contribuables lorsque la clause restrictive a été accordée. La définition de l'expression « société admissible » est prévue à l'article 333.4 de la LI.

¹³ La définition de l'expression « montant pour achalandage » est prévue à l'article 333.4 de la LI.

¹⁴ Cette condition est énoncée au sous-paragraphe 2 du sous-paragraphe *i* du paragraphe *b* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI.

¹⁵ Cette condition est énoncée au paragraphe *d* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI.

¹⁶ Cette condition est énoncée au sous-paragraphe *i* du paragraphe *f* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI.

¹⁷ Cette condition est énoncée au paragraphe *g* du premier alinéa de l'article 333.9 de la LI.

Réponse à la question 4

L'article 333.12 de la LI prévoit que l'article 333.9 de cette loi ne s'applique pas à l'égard d'une clause restrictive accordée par un contribuable si l'un des résultats de ne pas appliquer l'article 421 de cette loi à la contrepartie reçue ou à recevoir à l'égard de cette clause restrictive serait que le paragraphe *a* de l'article 28 de cette loi ne s'appliquerait pas à la contrepartie qui, en l'absence des articles 333.5 à 333.14 de cette loi, serait incluse dans le calcul du revenu d'un contribuable provenant d'une source qui est une charge, un emploi, une entreprise ou un bien.

Ainsi, l'article 333.12 de la LI constitue une règle anti-évitement dont le but est d'empêcher que l'article 333.9 de cette loi s'applique à la contrepartie se rapportant à la clause restrictive qui est imposable à titre de revenu ordinaire en vertu du paragraphe *a* de l'article 28 de cette loi¹⁸.

À la suite de l'examen des faits, aucun élément ne nous porte à croire que le paragraphe *a* de l'article 28 de la LI s'appliquerait à une contrepartie se rapportant à la clause restrictive relative à l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation accordé par les Contribuables, qui constituerait un revenu provenant d'une source qui est une charge, un emploi, une entreprise ou un bien.

Par conséquent, nous sommes d'avis que l'article 333.12 de la LI ne s'applique pas aux Contribuables à l'égard de la clause restrictive de l'Engagement de non-concurrence et de non-sollicitation.

¹⁸ MINISTÈRE DES FINANCES DU CANADA, Notes explicatives concernant la Loi de l'impôt sur le revenu, la Loi sur la taxe d'accise et des textes connexes, Octobre 2012, relativement au paragraphe 56.4(10) de la LIR (page 272). Précisons que l'article 333.12 de la LI correspond au paragraphe 56.4(10) de la LIR.