

# Nos impressions sur les faits les plus marquants de l'année

11 JANVIER 2023 18 MIN DE LECTURE

Auteurs(trice): Jacqueline Code, James R. Brown

En 2022, nous franchissons une étape importante : après deux éditions de notre Rétrospective de l'année juridique résumant les faits juridiques et commerciaux très axés sur les effets de la pandémie, nous sommes enfin en mesure de présenter une rétrospective ne faisant pratiquement pas mention de la COVID-19. Dans plusieurs des sujets abordés cette année, la pandémie semble bien être derrière nous. D'autres sujets traitent de lois ou de faits ou évolutions qui ont eu lieu, en partie, en raison de la pandémie, mais qui ont maintenant une certaine permanence ou leur propre raison d'être. Alors que nous laissons la pandémie derrière nous, nous sommes heureux de partager avec vous nos réflexions sur les faits les plus marquants dans le contexte juridique et commercial canadien en 2022.

Les années 2020 et 2021 ont été marquées par des niveaux d'activité transactionnelle pratiquement sans précédent, tant sur le plan des fusions et acquisitions que dans les marchés financiers. En 2022, cependant, l'activité de mobilisation de capitaux publics a connu un ralentissement très marqué. En particulier, il n'y a pratiquement pas eu de premiers appels publics à l'épargne. Si les acheteurs et les vendeurs continuent de manifester leur intérêt à conclure des transactions dans un grand nombre de secteurs, en matière de réalisation d'opérations de fusion et d'acquisition, la situation n'est plus ce qu'elle était. Ce ralentissement s'explique par l'incertitude économique et géopolitique mondiale, un thème malheureusement persistant qui a été abordé dans un certain nombre d'articles cette année. Cette incertitude est le produit de divers facteurs, notamment l'invasion de l'Ukraine par la Russie, d'importants déséquilibres de l'offre et de la demande qui perturbent des chaînes d'approvisionnement mondiales, une inflation obstinément élevée, la hausse des taux d'intérêt et la menace croissante d'une récession mondiale.

Émetteurs, investisseurs, gouvernements, organismes de réglementation et bien d'autres ont choisi de faire une pause en 2022 pour se ressaisir. Les législateurs et organismes de réglementation ont cessé d'avoir une approche réactive à la pandémie et ont décidé de se concentrer sur l'avancement d'initiatives clés en matière de réforme politique ou législative, notamment en prenant des mesures pour permettre l'avancement de cadres antérieurs. En outre, des questions liées à la pandémie ayant mené à des différends difficiles, puis à des litiges ont donné lieu à d'importantes décisions judiciaires rendues en 2022. Certaines de ces décisions auront une incidence considérable sur les entreprises allant à l'avenir.

En 2022, pour nombre d'entreprises, l'accent a été mis sur le retour dans les lieux de travail. Le retour complet à la fréquentation des lieux de travail d'avant la pandémie a été difficile pour de nombreux employeurs en raison de perturbations persistantes des chaînes d'approvisionnement, d'une forte pénurie de main-d'œuvre qualifiée et de problèmes persistants de rétention de la main-d'œuvre. De nombreux employés ont exprimé le souhait de retourner sur leur lieu de travail, mais ne voulaient pas sacrifier tous les avantages du travail à distance auxquels ils s'étaient habitués. De nombreux employeurs doivent aujourd'hui composer avec un modèle de travail hybride par nécessité.

Les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG) demeurent des sujets qui suscitent de fréquentes discussions. Les préoccupations ESG sont des éléments touchant un certain nombre de nouveautés importantes cette année, notamment en ce qui concerne le changement climatique, la transition énergétique, la diversité au sein des conseils d'administration de sociétés et la catégorie « sociale », toujours insaisissable, qui semble échapper à toute définition claire ou cohérente.

Ces thèmes qui se retrouvent dans un certain nombre de secteurs différents sont à l'origine de plusieurs des articles de la Rétrospective de l'année juridique de cette année. Voici un aperçu de ce que nous avons observé cette année.

La réforme législative a continué à progresser dans le secteur très dynamique du respect de la vie privée au Canada. La première vague de réformes de la protection des renseignements personnels est menée par le Québec, où certaines parties du projet de loi 64 sont entrées en vigueur plus tôt cette année. D'autres dispositions entreront en vigueur de manière échelonnée au cours des deux prochaines années, et la législation exercera une influence considérable sur la réglementation de la protection des renseignements personnels dans la province, exposant les parties à des pénalités potentiellement importantes en cas de violation ainsi qu'à des droits privés d'action.

Pour ne pas être en reste, le gouvernement du Canada a présenté sa *Loi sur la mise en œuvre de la Charte numérique*. Si elle est adoptée, cette loi créera un nouveau cadre législatif fédéral régissant les pratiques en matière de renseignements personnels dans le secteur privé. Tout comme la loi québécoise régissant le secteur privé, ce cadre expose également les parties à des pénalités potentiellement importantes en cas de violation. Le gouvernement fédéral a également proposé une législation relativement à l'intelligence artificielle et la cybersécurité des télécommunications de données. Alors que les réformes législatives sur la protection de la vie privée continuent de progresser lentement dans d'autres provinces, des changements importants sont prévus au cours des prochaines années.

Une réforme majeure de la législation concernant l'emploi du français au Québec a commencé à entrer en vigueur. La loi 96 peut facilement être considérée comme la loi la plus importante en matière de droits linguistiques au Québec depuis l'adoption initiale de la *Charte de la langue française* en 1977. Elle impose des exigences étendues et souvent onéreuses concernant l'utilisation de la langue française au Québec dans de nombreux domaines, dont la passation de contrats et l'emploi, pour n'en nommer que quelques-uns. La loi introduit une multitude de nouvelles exigences et crée de nouvelles sources de responsabilité en cas de non-respect de ces exigences, notamment un droit privé d'action.

Parmi les évolutions réglementaires les plus spectaculaires en 2022 figure l'éventail de sanctions imposées par le gouvernement fédéral canadien dans la foulée de l'invasion de l'Ukraine par la Russie. Les actions coordonnées et rapides du Canada et de ses alliés pour imposer et mettre à jour de façon continue des restrictions étendues sur le gouvernement russe et ses dirigeants continuent de nuire à un large éventail de personnes et d'activités. Dans le même temps, d'autres événements importants ont eu lieu en matière de commerce international. Entre autres, une première décision a été rendue dans le cadre du processus de règlement de différends d'État à État nouvellement adopté en vertu de l'Accord Canada-États-Unis-Mexique. La décision a été défavorable pour le système canadien de gestion de l'offre de produits laitiers. En outre, une nouvelle législation contre l'esclavage visant le travail forcé continue de progresser au Parlement.

Le gouvernement du Canada a également fait avancer d'importantes modifications réglementaires dans le secteur des services financiers. Des modifications de la réglementation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent (LBA) ont été introduites en tant que mesures d'urgence temporaires en réponse aux techniques de financement

adoptées par certains participants aux blocus et aux manifestations à Ottawa. Cependant, ces modifications, qui étendent la portée des mesures de lutte contre le blanchiment d'argent à de nouveaux types d'entreprises, sont depuis devenues des éléments permanents du cadre juridique canadien. Le gouvernement a progressé dans la mise en place de ses initiatives de modernisation du système de paiement. Après plusieurs retards, le nouveau système de paiement en temps réel (PTR) devrait maintenant être lancé vers la mi-2023. Le gouvernement fédéral a également commencé à prendre des mesures pour mettre en œuvre les recommandations du Comité consultatif sur le système bancaire ouvert. En outre, des progrès importants sont réalisés pour aider les participants au marché financier à faire la transition de l'actuel taux de référence canadien, le taux offert en dollars canadiens (CDOR), au taux des opérations de pension à un jour (CORRA) avant l'échéance de juin 2023, moment où le CDOR sera abandonné.

Pendant ce temps, les cryptomonnaies et la surveillance réglementaire des entreprises de cryptomonnaies ont continué à attirer considérablement l'attention. Le marché a connu ce qu'on appelle un « hiver crypto » marqué par la faillite de plusieurs entreprises de cryptomonnaies notables, ce qui a attiré nombre d'investisseurs et d'entreprises dans la mêlée. La faillite et l'effondrement de plusieurs bourses de cryptomonnaies se poursuivent de manière spectaculaire, ce qui soulève des questions sur la surveillance réglementaire face aux rumeurs de pertes considérables. Par ailleurs, le cadre canadien d'inscription des plateformes de négociation de cryptoactifs a été consolidé, apportant des précisions utiles sur le régime réglementaire canadien des entreprises de cryptomonnaies. Il est presque certain que d'autres évolutions d'ordre réglementaire liées aux cryptoactifs et à d'autres actifs numériques sont à venir.

D'autres modifications apportées à la réglementation des valeurs mobilières en 2022 visaient à continuer d'essayer de réduire le fardeau réglementaire pour les émetteurs et les fonds d'investissement afin de faciliter à la fois la mobilisation de capitaux et l'exercice des activités, tout en protégeant les intérêts des investisseurs. Parmi d'autres changements sur les marchés financiers, on peut citer l'adoption d'un modèle d'émetteur établi bien connu pour les dépôts de prospectus et le progrès réalisé vers un modèle où l'accès équivaut à la transmission. Plusieurs consultations importantes restent en suspens et de nouvelles évolutions notables sont probables en 2023 et ultérieurement, dont une vaste consultation concernant les exigences de la législation sur les valeurs mobilières en matière de divulgation pour les émetteurs miniers.

Au-delà de la communication d'information sur les projets miniers, le secteur minier a attiré une attention considérable à l'échelle mondiale en se concentrant sur les minéraux critiques. Au Canada, le gouvernement fédéral et plusieurs gouvernements provinciaux ont élaboré ou sont en train d'élaborer des stratégies sur les minéraux critiques, encourageant largement l'exploration et l'exploitation de projets et faisant progresser les chaînes de valeur des minéraux critiques. Les minéraux critiques sont essentiels pour faire avancer la transition énergétique et la transition vers un avenir carboneutre. Dans le cadre de son pouvoir d'examen relatif à la sécurité nationale, le gouvernement fédéral a adopté une politique renforçant les facteurs d'avantage net à l'égard d'investissements effectués par des entreprises d'État étrangères dans le secteur des minéraux critiques du Canada. Par ailleurs, des ordonnances de désinvestissement ont été rendues concernant trois investissements distincts dans des entreprises canadiennes des minéraux critiques, tant au Canada qu'à l'étranger.

Le gouvernement fédéral a aussi fait activement progresser une possible réforme de la *Loi sur la concurrence*. D'importantes modifications sont entrées en vigueur plus tôt cette année et une consultation plus vaste est en cours. Des litiges en matière de concurrence ont aussi attiré beaucoup d'attention en raison de trois dossiers de fusion très médiatisés, notamment l'audience à venir sur le projet d'acquisition de Shaw Communications par Rogers Communications.

Un certain nombre d'initiatives réglementaires font progresser l'objectif de la carboneutralité et d'autres objectifs ESG. Les propositions de normes nationales et mondiales en matière de communication d'information liée au climat prennent lentement forme et l'activisme des actionnaires en matière d'enjeux climatiques s'intensifie. À mesure que le monde s'intéresse de moins en moins à la pandémie et se concentre sur les effets du changement climatique, ces facteurs sont susceptibles de jouer un rôle de plus en plus important à l'avenir. En matière de gouvernance, un certain nombre de modifications apportées aux lois sur les sociétés sont entrées en vigueur en 2022. Elles concernent l'élection d'administrateurs de sociétés ouvertes, les processus décisionnels de sociétés fermées et d'autres modes de gouvernance des sociétés. En outre, d'autres modifications se profilent à l'horizon. Il est encourageant de constater que des progrès ont été réalisés en 2022 sur le plan de la mixité des sexes au sein des conseils d'administration des sociétés ouvertes canadiennes, et ce, même s'il reste du travail à faire pour assurer une meilleure représentation des personnes racialisées et des personnes handicapées entre autres.

Dans sa décision historique rendue en 2021 dans l'affaire *Yahey*, la Cour suprême du Canada a jugé que les effets cumulatifs du développement industriel sur un territoire autochtone traditionnel constituaient une violation de droits issus de traités. En 2022, un certain nombre de recours ont été déposés sur le fondement d'effets cumulatifs. Les recours pour effets cumulatifs ont le potentiel de retarder ou d'interrompre des changements apportés à des projets en cours d'exploitation ainsi que l'évaluation et l'approbation de projets proposés. La perspective d'un tel recours renforce l'importance d'échanger avec les communautés et les groupes autochtones locaux dès les premières étapes de la planification d'un projet proposé sur un territoire sur lequel des communautés autochtones revendiquent des droits.

Les tribunaux ont rendu un certain nombre d'autres décisions importantes en 2022 dans divers secteurs. Pendant la pandémie, plusieurs transactions importantes ont été annulées, les acheteurs invoquant des violations de conditions relatives aux effets défavorables importants ou des clauses d'exploitation provisoires en raison des mesures prises par la cible en réponse à la pandémie. Dans le cas de ces affaires, des décisions ont fini par être rendues à la fin de 2021 et tout le long de 2022. Aux termes de ces jugements, les acheteurs ont été obligés de respecter leurs engagements contractuels, malgré les incidences de la pandémie.

Dans le même ordre d'idées, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rendu une importante décision concernant la possibilité de recourir à la doctrine de la force majeure et l'incidence de la pandémie sur une obligation de payer. Cette décision confirme que la force majeure ne peut pas être invoquée par une partie pour refuser d'exécuter un contrat dont l'exécution est devenue économiquement plus onéreuse. Elle fait actuellement l'objet d'un appel. D'autres décisions notables abordant des enjeux clés pour les fusions et acquisitions de sociétés ouvertes ont été rendues, notamment une décision de l'Alberta Securities Commission concernant des exigences en matière de divulgation relatives à des stratégies d'accumulation de faibles participations (toehold).

Deux décisions importantes confirment la possibilité de recourir à des ordonnances de dévolution inversée dans des opérations d'insolvabilité et donnent d'importantes orientations sur l'utilisation de ces structures parmi les options qui s'offrent pour restructurer une société insolvable. Cette structure est particulièrement intéressante pour restructurer des sociétés qui exercent leurs activités dans des environnements fortement réglementés. En outre, dans la procédure visant Just Energy, nous avons maintenant un premier exemple d'une opération d'ordonnance de dévolution inversée reconnue par le *Bankruptcy Code* des États-Unis.

Les litiges en action collective ont fait l'objet de plusieurs jugements importants. Quant aux valeurs mobilières, les tribunaux ont apporté des précisions utiles sur la cause d'action légale relative au marché secondaire. Plusieurs décisions relatives à des actions collectives en matière de valeurs mobilières ont été rendues par des tribunaux ayant pris au sérieux leur

« rôle de contrôleur » en refusant l'autorisation, rappelant ainsi de manière importante la charge qui incombe aux demandeurs de présenter des preuves admissibles et convaincantes au stade de la demande d'autorisation. De récentes décisions de la Cour d'appel de l'Ontario, ayant confirmé l'exigence d'« intentionnalité » applicable au délit d'intrusion dans l'intimité et affirmé qu'il n'est pas possible de recourir au délit dans le cas du simple manquement de prévenir une brèche de données, ont apporté des éclaircissements fort nécessaires dans le domaine de la protection de la vie privée. Comme dans les actions collectives en matière de valeurs mobilières, les tribunaux ont également exercé de manière concrète leur rôle de contrôleur à l'étape de la certification dans des actions collectives liées à la protection de la vie privée en exigeant la preuve que les demandeurs proposés avaient subi de réels préjudices attribuables aux allégations de violations de la vie privée avant de permettre à l'affaire de suivre son cours.

Des organismes de réglementation des valeurs mobilières ont également progressé dans le traitement des questions ayant trait à l'application de la loi. Vu la séparation des fonctions réglementaires et décisionnelles de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario et la fusion de l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (ACFM) et de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM), on a cherché à accroître l'efficacité de la réglementation et l'indépendance dans la prise de décisions. Si les mesures d'application des lois ont semblé ralentir en 2022, d'importantes décisions ont néanmoins été rendues. Les mesures d'application des lois en matière de crimes économiques se sont poursuivies en 2022. Deux accords de réparation – ou accords de poursuite suspendue – ont été conclus au cours de l'année, ce qui a permis de démontrer la viabilité de tels accords en tant que voie de remplacement dans des affaires criminelles commerciales.

Une décision est attendue de la Cour suprême du Canada dans une importante affaire portant sur l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, alors même que le gouvernement fédéral entreprend une consultation sur l'opportunité et la manière de moderniser la RGAÉ. Cette année, le gouvernement fédéral a aussi publié des propositions législatives fiscales visant à adopter d'importantes modifications qui s'aligneraient sur les recommandations relatives au plan d'action BEPS de l'OCDE. Ces propositions entre autres auront une incidence sur un large éventail de questions fiscales, tant nationales qu'internationales.

Des décisions importantes ont également été rendues dans des affaires relatives au travail et à l'emploi, plusieurs décisions ayant confirmé le caractère opposable des obligations de vaccination. De plus, des modifications ont été apportées aux lois en matière d'emploi, notamment l'introduction de nouvelles exigences de la politique de « déconnexion du travail » et de « contrôle électronique » pour les employeurs de l'Ontario ainsi que de l'extension du congé de maladie payé en Colombie-Britannique. Les lois sur les valeurs mobilières et les exigences des bourses de valeurs ont une incidence sur la conception et la divulgation des accords de rémunération des dirigeants.

Des mesures réglementaires ont également été mises en œuvre en ce qui concerne la prestation de soins virtuels, un mode de prestation de soins de santé qui a pris de plus en plus de place pendant la pandémie. Alors qu'un nombre grandissant d'utilisateurs et de praticiens se tournent vers des services de soins virtuels pour offrir des soins de santé à un moment où le système de santé canadien reste assujetti à d'immenses pressions, les prestataires doivent comprendre les différents cadres juridiques et réglementaires qui existent au pays.

Enfin, alors que des entreprises continuent à réintégrer leurs employés dans le lieu de travail, d'importantes tendances se dessinent en matière de planification immobilière. En 2022, les gouvernements ont réagi au besoin urgent de plus de logements et il y a eu une poussée vers la densification pour répondre à une croissance si nécessaire.

Il ne fait aucun doute que l'année aura été marquée par un certain nombre d'événements juridiques et commerciaux importants. Plusieurs de ceux-ci entraîneront des répercussions immédiates pour plusieurs de nos lecteurs. Il importe toutefois de souligner qu'ils sont tout aussi nombreux à avoir jeté les bases d'évolutions encore plus ambitieuses au cours des prochaines années. L'année à venir promet d'être une autre année intéressante pour le milieu juridique et le milieu des affaires.

Nous vous souhaitons une bonne lecture de la *Rétrospective de l'année juridique*. Comme toujours, nous serons heureux d'en discuter avec vous.