

2019

# Rétrospective de l'année juridique

Le point de vue d'Osler sur les principaux changements  
et leurs incidences pour les entreprises canadiennes.

OSLER

# Table des matières

Introduction	4
Développements juridiques concernant les fusions et acquisitions publiques les plus importantes et les courses aux procurations en 2019   FUSIONS ET ACQUISITIONS	11
Le capital-investissement continue de stimuler les opérations   CAPITAL-INVESTISSEMENT	15
L'incertitude persistante alimente la créativité dans les opérations du secteur minier   SECTEUR MINIER	20
Gouvernance d'entreprise : évolution des tendances en 2019   GOUVERNANCE	25
La rémunération des cadres supérieurs est sur le point de changer   RÉMUNÉRATION DES CADRES SUPÉRIEURS	31
Principaux développements dans la réglementation des marchés financiers et la défense des crimes économiques   RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS FINANCIERS	36
Réglementation des services financiers : la tendance est aux initiatives intégrées de protection des consommateurs   RÉGLEMENTATION DES SERVICES FINANCIERS	44
Développements en droit de la concurrence : priorités en matière d'application de la loi et dossiers notables   DROIT DE LA CONCURRENCE	51
Le mouvement vers le paiement rapide atteint le secteur de la construction et des infrastructures au Canada   CONSTRUCTION	57

---

Changement déterminant : Le Canada procède à une refonte de ses principales lois sur la propriété intellectuelle   PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	63
Le cannabis au Canada : il n'en est plus à ses débuts   CANNABIS	68
Le cannabis aux États-Unis : les lois du pays en 2019   CANNABIS	74
Tirer profit de la simplicité : efforts de la SEC pour la simplification de la divulgation et autres développements aux États-Unis   MARCHÉS FINANCIERS AMÉRICAINS	79
Fiscalité internationale : une année de transition   FISCALITÉ	87
Compétences législatives, répartition et mécontentement : les provinces jouent des coudes pour mener la danse   LITIGE EN MATIÈRE D'ÉNERGIE	92
Ce que les entreprises devraient surveiller de la part de la CSC en 2020   AFFAIRES IMPORTANTES	101
Chevron : la Cour d'appel de l'Ontario confirme que le seuil de soulèvement du voile corporatif est élevé   AFFAIRES IMPORTANTES	108
Les violations de données et la réforme législative à l'avant-plan de la scène mondiale en 2019   RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	115
Points saillants des technologies : intelligence artificielle (IA), services financiers, technologie immobilière et chaînes de blocs   TECHNOLOGIE	120
Éclaircissement de la réglementation sur les cryptoactifs   CRYPTOACTIFS	128

---

# Introduction

Alors que la deuxième décennie des années 2000 tire à sa fin, nous présentons, dans l'intérêt de nos clients et amis, ce que nous croyons être les développements juridiques les plus importants qui sont survenus au cours de la dernière année et qui sauront intéresser les entreprises. Certains de ces faits nouveaux n'en sont qu'à leurs balbutiements, ou viennent de se profiler à l'horizon.

## **Sociétés : fusions et acquisitions publiques, capital-investissement, exploitation minière, gouvernance et rémunération**

En ce qui concerne les activités de fusions et acquisitions publiques, les offres publiques d'achat hostiles continuent d'être plus faibles que prévu. Les offres d'achat non sollicitées se font rares récemment, une tendance observée depuis l'instauration du délai minimal de dépôt de 105 jours et l'obligation de dépôt minimal de 50 % des titres, en mai 2016. Il n'est pas clair si les modifications apportées au régime d'offres publiques d'achat en 2016 sont la cause de cette baisse, mais elles pourraient avoir joué un rôle. Parmi les autres facteurs, on pourrait compter une diminution du nombre de sociétés cotées en bourse et les défis économiques que présente le secteur des ressources naturelles.

Au cours de la dernière année, des offres d'achat restreintes (c.-à-d. des offres d'acquisition de moins de 20 % des actions d'une catégorie auprès d'un émetteur) ont été lancées par des actionnaires dissidents dans le but de perturber deux opérations de fusion et acquisition marquantes. Notons d'abord l'acquisition par Catalyst des actions de la Compagnie de la Baie d'Hudson moyennant une prime en vue de retirer la société de la cote, puis l'offre du Groupe Mach d'acquérir les actions de Transat dans le but de faire échouer l'acquisition de Transat par Air Canada. L'organisme de réglementation du Québec a ensuite établi que l'offre du Groupe Mach était abusive. Quoi qu'il

en soit, lorsqu'elle est structurée adéquatement, une offre d'achat restreinte peut constituer une tactique légitime pour contester une opération ou pour tenter de gagner une course aux procurations.

Entre-temps, nous attendons l'issue de l'appel d'une décision d'un tribunal de première instance du Yukon dans *Carlock v. ExxonMobil Canada Holdings ULC*, qui a accordé aux actionnaires dissidents une prime de 43 % sur le prix négocié dans le cadre de l'acquisition d'InterOil par ExxonMobil en 2017. Si la décision du tribunal d'instance inférieure n'est pas annulée, nous pourrions voir davantage d'actionnaires exprimer leur dissidence à l'avenir.

Enfin, le recours à des ententes avec des courtiers démarcheurs au Canada, dans le cadre desquelles l'émetteur rémunère les courtiers en valeurs pour amener les porteurs de titres à voter en faveur de certaines mesures ou à les soutenir, a fait l'objet d'une Note d'orientation de l'OCRCVM. La Note d'orientation apporte enfin des éclaircissements sur l'utilisation d'ententes avec des courtiers démarcheurs dans le cadre d'offres publiques d'achat, de plans d'arrangement, de courses aux procurations et d'autres opérations assorties de divers types de rémunération de démarchage.

Dans le domaine du capital-investissement, le niveau d'activité en 2019 au Canada est robuste, dépassant même le niveau de 2018 pour la même période. Les sociétés de capital-investissement ont participé à un éventail de placements privés et d'opérations de mobilisation de fonds. Un certain nombre de nouveaux placements ont permis de mobiliser des capitaux frais auprès de fonds offerts par de nouveaux gestionnaires. Les ententes de co-investissement sont demeurées attrayantes. Les exigences relatives à la divulgation accrue des frais et charges des fonds aux États-Unis sont devenues une préoccupation importante. Les investissements dans les infrastructures sont demeurés incontournables pour les investisseurs institutionnels. Les ententes ont été conclues rapidement, et les vendeurs ont de moins en moins d'obligations d'indemnisation qui demeurent en vigueur. Étant donné les niveaux de capital devant encore être déployés, le contexte se prête à une autre année bien remplie en 2020.

Dans le secteur minier, l'année 2019 a débuté par deux des plus grandes opérations de fusion et d'acquisition des dernières années au Canada : Barrick et Randgold, ainsi que Newmont et Goldcorp. Cependant, malgré ces solides débuts, l'incertitude économique à l'échelle mondiale persiste, et les investissements n'ont pas été élevés dans le secteur minier. En 2019, les financements publics se sont généralement limités à la mobilisation de capitaux auprès d'émetteurs producteurs ou des sociétés de redevances et de flux de métaux. Les sociétés d'exploration ont eu très peu d'occasions de financement. De plus, les opérations de fusion et d'acquisition à l'échelle mondiale ont connu une baisse importante par rapport aux années précédentes, et les fusions anticipées des sociétés de taille moyenne ne se sont pas concrétisées. Dans une conjoncture aussi difficile, il a souvent fallu faire preuve de créativité pour conclure des marchés.

En 2019, certaines initiatives en matière de gouvernance d'entreprise au Canada ont progressé, en particulier celles concernant les facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG), notamment la divulgation en matière de mixité des conseils d'administration et de changements climatiques. La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) a publié son rapport tant attendu sur la

réduction du fardeau réglementaire. Des changements aux États-Unis concernant la réglementation des agences de conseil en vote pourraient également entraîner un examen plus approfondi de cette question au Canada.

Plusieurs faits survenus en 2019 auront une forte incidence sur les pratiques de rémunération des dirigeants en 2020. On compte parmi eux le projet de modification de l'imposition des options d'achat d'actions, l'adoption de la *Loi sur l'équité salariale* à l'échelon fédéral, des modifications à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA), les nouvelles règles américaines relatives à la divulgation des opérations de couverture et un examen des régimes d'aliénation de titres automatique.

## Politiques publiques et réglementation

En ce qui concerne l'application de la réglementation sur les crimes économiques et les marchés financiers, l'Ontario a annoncé la création de son Bureau de la lutte contre la fraude grave, ainsi qu'une révision de sa *Loi sur les valeurs mobilières*. La Colombie-Britannique a annoncé l'ajout de nouveaux outils d'application de sa *Securities Act*. Le niveau d'activités d'application de la loi a été légèrement plus faible que l'an dernier, malgré une légère hausse des amendes et des sanctions administratives, et une forte augmentation des restitutions et des remises de sommes. Par contre, l'utilisation efficace des nouveaux « accords de réparation » a été menacée par les événements hautement médiatisés mettant en cause SNC-Lavalin.

La réforme réglementaire des services financiers continue de se concentrer sur les pratiques du marché et la protection des consommateurs, dans le secteur des services financiers. Les décideurs politiques se sont employés à promouvoir non seulement les modifications législatives, mais aussi une importante réforme du cadre réglementaire et de l'approche de la réglementation. Deux nouveaux organismes de réglementation en Ontario et en Colombie-Britannique ont entrepris leurs activités, chacun ayant pour mandat de favoriser une réglementation efficace et uniforme, à l'échelle du Canada. Nous constatons une tendance à l'harmonisation de la réglementation entre les territoires de compétence, les prestataires de services financiers et les services et produits financiers.

Les priorités du nouveau commissaire de la concurrence, Matthew Boswell, commencent à se dessiner : l'application de la loi dans une économie numérique, ainsi que la détection et l'examen de fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis. Le Tribunal de la concurrence a récemment confirmé dans l'affaire *Vancouver Airport Authority* que la justification commerciale de la conduite est la considération primordiale dans un cas d'abus de position dominante. Dans l'affaire *Godfrey*, la Cour suprême du Canada (CSC) a revu et rajusté les règles de base applicables à l'accès aux actions collectives des consommateurs au Canada qui cherchent à obtenir des dommages-intérêts pour préjudice anticoncurrentiel.

Des modifications à la *Loi sur la construction* de l'Ontario (auparavant, la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*) sont entrées en vigueur en octobre 2019, instaurant un régime de paiements rapides et d'arbitrage intérimaire obligatoire, en vue de réduire les délais de paiement dans la pyramide de la construction. L'industrie de l'aménagement en Ontario s'emploie à la révision

des processus internes et à la reformulation des contrats afin de tenir compte des nouvelles règles, et devra faire face à des difficultés inévitables pendant un certain temps. Un nombre croissant d'autres territoires de compétence au Canada, y compris le gouvernement fédéral, suivent l'exemple de l'Ontario.

Dans un autre ordre d'idées, le Canada a finalement rempli sa promesse de moderniser son système d'enregistrement des droits de propriété intellectuelle (PI) en apportant des modifications clés à la *Loi sur les marques de commerce*, à la *Loi sur les brevets* et à leurs règlements respectifs. L'objectif du gouvernement est de rendre les investissements dans la propriété intellectuelle au Canada aussi concurrentiels et simples que faire se peut. Pour le gouvernement du Canada, la prochaine étape consistera à mettre en œuvre une ambitieuse stratégie expérimentale concernant la propriété intellectuelle.

Le cannabis continue toujours de faire la manchette, des deux côtés de la frontière. Au Canada, ce marché nouvellement légalisé a fait face à certains obstacles, notamment des problèmes d'approvisionnement et de distribution au tout début. Les provinces et les territoires ont envisagé de hausser l'âge légal de consommation, et de modifier leurs modèles d'octroi de licences de vente au détail, de distribution et de vente en gros. Le gouvernement fédéral a, quant à lui, légalisé trois nouvelles catégories de cannabis : le cannabis comestible, l'extrait de cannabis et le cannabis pour usage topique. Des actions liées à la responsabilité du fait du produit et aux valeurs mobilières ont été intentées, à la suite d'événements indésirables prétendument liés au vapotage de produits illicites et à la baisse du cours des actions. Les activités de fusion et acquisition et la consolidation du marché devraient se poursuivre en 2020.

## Aux États-Unis et sur le plan transfrontalier

Aux États-Unis, le cannabis est légal à des fins médicales aux termes des lois de plus de 30 États, et il est même légal à des fins récréatives pour les adultes dans plus de 10 États. Toutefois, le cannabis demeure illégal dans tous les États en vertu des lois fédérales. Le chanvre n'est plus illégal aux termes de la loi fédérale intitulée *Controlled Substances Act*, mais il peut être assujéti à la réglementation de la Food and Drug Administration fédérale. Nous suivons de près plusieurs initiatives législatives qui pourraient apporter plus d'éclaircissements sur cette question.

En 2019, la Securities and Exchange Commission des États-Unis a poursuivi ses efforts en vue de simplifier les obligations de divulgation des sociétés ouvertes. Les règles populaires qui permettent aux entreprises émergentes à forte croissance de « tâter le terrain » ont été rendues accessibles à toutes les entreprises, et l'attention a été attirée sur le rôle important des agences de conseil en vote dans le processus de vote par procuration aux États-Unis.

Des initiatives en vue d'une réforme fiscale internationale se sont poursuivies partout dans le monde. La Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (l'IM) est entrée en vigueur au Canada. L'IM modifie de nombreuses conventions fiscales bilatérales auxquelles le Canada est partie. De plus, si elle est adoptée, une récente proposition de l'OCDE

visant à modifier la façon dont les bénéfices mondiaux sont répartis entre les pays (« BEPS 2.0 ») étendrait les droits d'imposition attribués à la juridiction du marché (« Pilier 1 ») et établirait un taux minimum d'imposition auquel seraient assujetties les multinationales à l'échelle mondiale (« Pilier 2 »).

## Litiges et affaires importantes

Des tensions croissantes entre les législateurs fédéraux et provinciaux relativement au pouvoir de réglementer l'environnement culminent dans deux procédures judiciaires. La demande de renvoi dans le dossier du pipeline de la Colombie-Britannique soulève des questions sur la portée des pouvoirs d'une province, à l'égard de la protection de l'environnement, dans la réglementation d'une entreprise fédérale (un pipeline interprovincial). En outre, alors que les provinces s'inquiètent des répercussions sur leurs économies du régime de tarification du carbone du gouvernement fédéral, les contestations de la taxe sur les émissions de carbone par certaines provinces visent à invalider le régime de tarification du carbone du gouvernement fédéral. Ces deux litiges seront soumis à la CSC en 2020.

La CSC a entendu ou autorisé les appels dans un certain nombre d'autres affaires qui pourraient avoir une forte incidence sur les entreprises canadiennes. Trois de ces dossiers portent sur la doctrine de l'exécution de bonne foi des contrats. D'autres affaires portent notamment sur les clauses d'arbitrage, l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux sociétés, et le caractère exécutoire des dispositions qui imposent des pénalités en cas d'insolvabilité d'une contrepartie contractante. Les dispositions applicables dans chacun de ces domaines pourraient être clarifiées par le plus haut tribunal canadien en 2020.

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Chevron Corporation v. Yaiguaje et al.* a confirmé qu'en droit canadien, les critères permettant de ne pas prendre en compte la personnalité juridique distincte d'une société mère et de ses filiales directes ou indirectes sont très rigoureux. La Cour a rejeté les tentatives d'introduction au pays d'un critère équitable général pour lever le voile corporatif ou une forme de responsabilité d'entreprise collective. La décision de la CSC de ne pas entendre un appel de ce jugement a mis fin à une longue procédure canadienne visant la saisie des actifs d'une filiale indirecte aux fins d'exécution d'un jugement obtenu (frauduleusement) à l'encontre de sa société mère. Cela pourrait constituer de bonnes nouvelles pour les défendeurs, dans d'autres affaires en instance devant les tribunaux canadiens, qui cherchent à lever le voile corporatif afin de obliger un membre d'une famille d'entreprises de rendre compte des actes d'un autre.

## Technologie, innovation et protection de la vie privée

La protection de la vie privée a continué d'être l'une des principales préoccupations des organismes de réglementation et des chefs d'entreprise. Les signalements de violation de données ont augmenté de façon exponentielle au cours de la première année de notification obligatoire en cas d'atteinte aux données, tout comme les efforts des entreprises pour élaborer des plans

d'intervention en cas d'incident. Les organismes de réglementation réexaminent les mesures de protection de la vie privée dans le contexte de l'« ère numérique », alors que tous les ordres de gouvernement demandent une réforme de la réglementation. Les organismes de réglementation internationaux se sont engagés à renforcer la collaboration, confirmant qu'ils sont d'avis que la protection de la vie privée est un droit fondamental. En outre, la Californie est devenue l'un des premiers États à adopter sa propre loi sur la protection de la vie privée, ce qui a stimulé le lobbyisme en faveur d'un régime fédéral à cet égard aux États-Unis.

La mise au point et l'adoption de nouvelles technologies par des entreprises traditionnelles ont continué de s'accélérer dans de nombreux marchés verticaux. Les occasions d'innovation en matière d'intelligence artificielle (IA) et d'apprentissage automatisé, en particulier, continuent de croître, alimentant ainsi les débats sur la nécessité d'un cadre réglementaire pour veiller à l'utilisation éthique de l'IA. Par ailleurs, le caractère adéquat du régime canadien de protection de la vie privée dans ce contexte est examiné de près. Des alliances stratégiques se forment rapidement en vue de lancer de nouveaux produits et services, ce qui donne lieu à de nouvelles questions sur la façon de traiter convenablement la répartition des risques dans ces ententes novatrices. Dans le secteur des services financiers, des efforts sont déployés pour moderniser le système de paiement et aller de l'avant avec le système bancaire ouvert. Les clients des secteurs traditionnels comme l'immobilier et les infrastructures commencent à reconnaître et à saisir les occasions que présentent les nouvelles technologies. Cependant, l'intérêt à l'égard des chaînes de blocs publiques est en déclin.

Les cryptoactifs ont fait la manchette au Canada en 2019, mais pas toujours pour les bonnes raisons. Au début de l'année, la plateforme de négociation de cryptoactifs QuadrigaCX a fait faillite, laissant quelque 75 000 clients face à une perte collective potentielle de plus de 200 M\$ CA. Une enquête a révélé l'absence totale de contrôles financiers, des détournements et des abus apparents d'actifs des clients et d'autres pratiques commerciales douteuses. Peu après, les organismes canadiens de réglementation des valeurs mobilières ont proposé un cadre pour réglementer les plateformes de négociation de cryptoactifs. En juillet 2019, le gouvernement fédéral a publié des règlements définitifs qui assujettiront les courtiers en monnaie virtuelle à la principale loi canadienne contre le blanchiment d'argent. En octobre 2019, un groupe d'experts de la CVMO a ordonné la délivrance d'un visa de prospectus pour The Bitcoin Fund, qui pourrait devenir le premier fonds de placement en bitcoins coté en bourse au monde.

D'autres questions importantes n'occupent pas une aussi grande place dans la publication de cette année que par les années passées, comme les changements climatiques et le commerce international, mais vous en entendrez certainement parler au cours de l'année qui vient.

Compte tenu de tous ces développements, l'année 2020 devrait être riche en événements. Nous suivrons de près l'évolution de la situation et nous serons ravis d'aborder ces sujets avec vous.

---

## RÉDACTRICE EN CHEF



**Jacqueline Code**  
Associée, Recherche  
**[jcode@osler.com](mailto:jcode@osler.com)**  
416.862.6462



FUSIONS ET ACQUISITIONS

---

# Développements juridiques concernant les fusions et acquisitions publiques les plus importantes et les courses aux procurations en 2019

Cet article décrit quelques-uns des développements juridiques principaux au Canada en matière de fusions et acquisitions publiques et de courses aux procurations en 2019.

## Offres d'achat restreintes

Une offre d'achat restreinte est une offre visant l'acquisition de moins de 20 % des actions d'une catégorie auprès d'un émetteur qui n'est pas assujéti aux règles formelles en matière d'offre publique d'achat. Les offres d'achat restreintes ne sont pas assujétiées à une réglementation particulière en matière d'offres

publiques d'achat en vertu des lois sur les valeurs mobilières. Les initiateurs ont par conséquent théoriquement une latitude considérable à l'égard de la façon de structurer les offres d'achat restreintes.

Au cours de la dernière année, des actionnaires dissidents se sont servis des offres d'achat restreintes dans le but de perturber deux opérations de fusion et acquisition marquantes. En août 2019, The Catalyst Capital Group Inc. (Catalyst) a acquis près de 18,5 millions d'actions ordinaires de la Compagnie de la Baie d'Hudson (la Baie) aux termes d'une offre d'achat restreinte, représentant environ 10,05 % des actions ordinaires émises et en circulation de la Baie. L'offre de Catalyst visait environ 19,8 millions d'actions au prix de 10,11 \$ l'action. Le prix de l'offre de Catalyst était conditionnel à la proposition de retirer la Baie de la cote au prix de 9,45 \$ l'action d'un groupe dirigé par Richard Baker, président de la Baie, qui possédait environ 57 % de la Baie. Le groupe Baker a depuis conclu un accord pour retirer la Baie de la cote au prix de 10,30 \$ l'action.

Groupe Mach Acquisition Inc. (Mach) a aussi fait une offre d'achat restreinte en août 2019 afin d'acquérir 19,5 % des actions à droit de vote de catégorie B de Transat A.T. Inc. (Transat) au prix de 14 \$ l'action. Mach a fait son offre dans le cadre d'une tentative expresse de voter contre la proposition d'Air Canada d'acquérir Transat au prix de 13 \$ l'action.

Aux termes de celle-ci, l'offre de Mach a seulement été faite aux actionnaires à la date de clôture des registres aux fins d'une assemblée des actionnaires de Transat afin d'approuver l'opération d'Air Canada et demeurait uniquement ouverte pendant 11 jours. Si l'offre s'avérait sursouscrite, les actions devaient alors être prises au prorata en fonction du nombre d'actions déposées. Fait intéressant, et ce qui est plus controversé, l'offre stipulait également que Mach aurait le droit de voter et d'exercer des droits à la dissidence à l'égard de toutes les actions déposées sans ajustement au prorata. De plus, Mach avait le droit de retirer son offre et de ne pas prendre livraison des actions, même si elle avait déjà exercé son droit de vote rattaché aux actions contre l'opération d'Air Canada ou exercé ses droits à la dissidence.

Transat a fait une demande auprès du Tribunal administratif des marchés financiers du Québec (le Tribunal) contestant l'offre d'achat restreinte de Mach au motif qu'elle était abusive et contraire à l'intérêt public. Les juges administratifs majoritaires ont estimé que l'offre d'achat restreinte était abusive. Il a interdit à Mach d'acquérir des actions aux termes de l'offre et d'utiliser les procurations reçues par Mach suivant le dépôt des actions en réponse à celle-ci. Peu de temps après la décision du Tribunal, Air Canada a accueilli son offre d'acquérir Transat à 18 \$ l'action et l'opération a subséquemment été approuvée par les actionnaires.

Le fait que l'offre d'achat restreinte de Catalyst ait été autorisée indique que les offres d'achat restreintes ne sont pas illégales ou contraires à l'intérêt public lorsqu'elles sont structurées de manière appropriée. Les offres d'achat restreintes peuvent constituer une tactique légitime à l'égard de la contestation d'une opération ou d'une tentative de gagner une course aux procurations. Cela dit, dans des circonstances dans lesquelles des offres d'achat restreintes sont utilisées pour atteindre un objectif qui ne serait pas autorisé dans le cadre d'une offre en bonne et due forme et qui pourrait être perçue comme étant abusif, l'affaire Mach démontre que les organismes de réglementation sont prêts à agir.

## Les droits à la dissidence – la décision *InterOil*

Dans une décision extraordinaire, la cause [\*Carlock c. ExxonMobil Canada Holdings ULC\*](#), la Cour suprême du Yukon a accordé aux actionnaires dissidents une prime de 43 % sur le prix négocié dans le cadre de l'acquisition d'InterOil par ExxonMobil en 2017. Le prix bonifié de 71,46 \$ US l'action établi par le tribunal est d'autant plus étonnant que le prix négocié de 45 \$ US offert par ExxonMobil, majoré d'un paiement de ressources conditionnel évalué à un peu moins de 5 \$ US l'action, constituait lui-même une offre supérieure à une opération antérieure avec Oil Search, qui avait été avalisée par le conseil. De plus, l'opération avait été approuvée par une forte majorité des actionnaires, non pas une seule fois, mais deux fois, en raison d'un litige relatif à la divulgation d'information.

La décision a depuis été portée en appel. Si la décision n'est pas infirmée, l'attribution d'une prime aussi importante sur le prix d'achat négocié envoie aux intervenants du marché le message que le processus utilisé par les parties à une opération dans le cadre de la négociation d'une fusion pourrait être revu par les tribunaux en cas de dissidence des actionnaires. La décision s'écarte également des conclusions de la récente jurisprudence provenant du Delaware qui fait preuve de déférence envers le prix négocié et qui retient celui-ci comme indicateur de la juste valeur. Si la décision est maintenue, cela pourrait encourager de plus en plus d'actionnaires à exercer leur droit à la dissidence.

Pour plus de renseignements sur la décision, veuillez consulter notre bulletin intitulé « [La Cour rejette le prix négocié comme indicateur de la juste valeur dans une décision en matière de dissidence](#) » sur le site osler.com.

## Ententes avec des courtiers démarcheurs

Le recours à des ententes avec des courtiers démarcheurs au Canada – dans le cadre desquelles l'émetteur rémunère les courtiers en valeurs pour inciter les porteurs de titres à voter en faveur de certaines mesures de la société ou à les soutenir – fait l'objet d'un examen attentif depuis quelques années. La course aux procurations de 2013 mettant en cause JANA Partners et Agrium et celle de 2017 mettant en cause PointNorth Capital et Liquor Stores NS ont soulevé plusieurs questions à propos de la rémunération unilatérale versée à des groupes de démarchage uniquement pour les voix exprimées en faveur d'un candidat dans le cadre d'une élection contestée d'administrateurs. Certains ont allégué que ces ententes étaient ni plus ni moins des « votes achetés » et qu'elles créaient des conflits d'intérêts chez les courtiers en valeurs. Ce type d'ententes est aussi utilisé dans plusieurs autres contextes, comme les offres d'achat sanctionnées et incontestées, où les conflits d'intérêts ne sont pas aussi grands.

En 2018, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) ont publié un Avis du personnel en vue d'obtenir de l'information et des commentaires sur l'utilisation des ententes avec des courtiers démarcheurs et l'approche réglementaire à leur égard. En guise de réponse, l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) – organisme d'autorégulation des courtiers en valeurs – a publié une Note d'orientation en 2019 portant sur la gestion des conflits d'intérêts qui découlent de ces ententes. La Note clarifie enfin le point de vue de l'OCRCVM sur l'utilisation

Étant donné l'approbation de la Note d'orientation par les ACVM et la longue période de consultations auprès de la communauté des courtiers et des émetteurs, nous nous attendons à ce que la Note d'orientation ait désormais une incidence sur la façon dont sont structurées les ententes avec des courtiers démarcheurs.

d'ententes avec des courtiers démarcheurs dans le cadre d'offres publiques d'achat, de plans d'arrangement, de courses aux procurations et d'autres opérations assorties de divers types de rémunération de démarchage.

Il ne s'agit pas d'un changement de règle ou d'une modification à la loi; toutefois, étant donné l'approbation de la Note d'orientation par les ACVM et la longue période de consultations auprès de la communauté des courtiers et des émetteurs, nous nous attendons à ce que la Note d'orientation ait désormais une incidence sur la façon dont sont structurées les ententes avec des courtiers démarcheurs. La rémunération unilatérale dans le cadre d'une élection contestée d'administrateurs sera presque certainement exclue, bien qu'un certain nombre de questions demeurent sans réponse sur l'évolution de la pratique.

Pour plus de renseignements sur la Note d'orientation, veuillez consulter notre bulletin intitulé « [Nouvelles lignes directrices relatives aux ententes conclues avec des courtiers démarcheurs](#) » sur le site [osler.com](#).

## Moins d'offres hostiles

Il n'y a eu que **deux** offres publiques d'achat hostiles en 2019, ce qui s'inscrit dans la tendance récente des offres d'achat non sollicitées peu nombreuses depuis l'instauration du délai minimal de dépôt de 105 jours et de l'obligation de dépôt minimal de 50 %, en mai 2016. Il n'y a eu que cinq offres hostiles en 2018 et trois en 2017. Il n'est pas clair si les modifications apportées au régime d'OPA en 2016 sont la cause de cette baisse, mais elles pourraient être un facteur y ayant contribué. Parmi les autres facteurs, on pourrait compter une diminution du nombre de sociétés cotées en bourse et les défis économiques que présente le secteur des ressources naturelles.

---

### AUTEURS



**Jeremy Fraiberg**

Associé, Droit  
des sociétés

[jfraiberg@osler.com](mailto:jfraiberg@osler.com)

416.862.6505



**Donald Gilchrist**

Associé, Droit  
des sociétés

[dgilchrist@osler.com](mailto:dgilchrist@osler.com)

416.862.6534



**Alex Gorka**

Associé, Droit  
des sociétés

[agorka@osler.com](mailto:agorka@osler.com)

416.862.4857



**Emmanuel Pressman**

Associé, Droit  
des sociétés

[epressman@osler.com](mailto:epressman@osler.com)

416.862.4903



## CAPITAL-INVESTISSEMENT

---

# Le capital- investissement continue de stimuler les opérations

Depuis le début de 2019, le niveau d'activité dans la sphère canadienne du capital-investissement est robuste, dépassant le niveau de 2018 pour la même période. Dans cet article, nous explorons un certain nombre de tendances clés observées.

### Marché de capitaux privés robuste

D'après Refinitiv, un total de 35,3 G\$ a été investi dans 377 opérations au cours des trois premiers trimestres de 2019. Il s'agit d'une augmentation de 41 % de la valeur des opérations par rapport à la même période en 2018. Les fonds de rachat et fonds connexes au Canada ont recueilli plus de 17 G\$ au cours des trois premiers trimestres, une hausse de 169 % d'un exercice à l'autre.

### Tendances en matière de financement

**Le financement est demeuré actif en 2019.** Selon Prequin, le capital sous gestion (réserves liquides) se chiffre actuellement à environ 2 T\$ à l'échelle mondiale, plus de la moitié de ce montant visant l'Amérique du Nord. Même si les sociétés de capital-investissement ont besoin de déployer ce capital,

les marchés des capitaux privés ont affiché une vigueur soutenue alors que les sociétés susmentionnées ont continué de prendre part à une gamme de placements privés et d'opérations de levée de capitaux. Plusieurs sociétés de capital-investissement sont retournées sur le marché, et un certain nombre de nouveaux placements ont permis de lever des capitaux frais auprès de fonds offerts par de nouveaux gestionnaires. Ce niveau élevé de financement indique que les sociétés de capital-investissement arrivent à déployer efficacement leur capital depuis quelques années, ce qui leur permet d'établir d'autres fonds. En outre, un nombre croissant de caisses de retraite et d'autres investisseurs institutionnels choisissent les fonds de capital-investissement pour augmenter la pondération des actifs non traditionnels au sein de leur portefeuille. On peut s'attendre à ce que la surabondance de capitaux nouvellement engagés et le besoin correspondant des sociétés de capital-investissement de déployer ce capital favorisent les marchés des fusions et acquisitions et l'activité d'investissement en 2020.

**Aucun changement notable dans les modalités de mobilisation de capitaux.**

L'entente économique de base entre les commanditaires (investisseurs) et le commandité (sociétés de capital-investissement) est restée largement inchangée l'année dernière. Toutefois, de plus en plus de conditions favorisant les sociétés de capital-investissement sont intégrées aux ententes, une tendance déjà observée aux États-Unis.

De plus, certains des fonds les plus fructueux ont essayé d'assouplir les dispositions sur la mise en œuvre de leur programme d'investissement. À titre d'exemple, certains fonds de capital-investissement lancés récemment ont une *durée de vie* plus longue que par le passé. Les investisseurs paieront généralement des frais globaux plus élevés si la durée de vie du fonds est prolongée, mais on reconnaît qu'une vente d'actifs forcée au mauvais moment (en raison de la fin de la durée de vie d'un fonds) n'est pas souhaitable, en particulier dans les cycles économiques qui ne suivent pas les schémas historiques traditionnels. À l'occasion, les investisseurs bénéficieront de frais annuels réduits pour les années où la société de capital-investissement a choisi de prolonger la durée de vie du fonds. Les investisseurs institutionnels, comme les caisses de retraite, acceptent souvent des fonds dont la durée de vie est particulièrement longue, car ils s'alignent sur leur profil de passif à long terme.

**Les droits de coinvestissement demeurent une priorité majeure** pour de nombreux commanditaires institutionnels. Ces acteurs institutionnels cherchent à améliorer les rendements en investissant dans des actifs désirables aux côtés d'une société de capital-investissement de confiance. Les gestionnaires de fonds qui ont déjà offert des possibilités de coinvestissement peuvent utiliser la perspective d'un coinvestissement futur pour attirer des investisseurs qui accordent de l'importance à ce facteur. Les sociétés de capital-investissement préfèrent souvent avoir une certaine souplesse pour déterminer à quels commanditaires ces droits seront offerts et aussi selon quelles conditions. Les coinvestisseurs doivent être en mesure d'agir rapidement pour respecter les échéanciers des opérations et, pour cette raison, nous avons constaté que les coinvestisseurs les plus actifs sont des investisseurs institutionnels sophistiqués ayant des poches bien remplies.

Les coinvestisseurs doivent être en mesure d'agir rapidement pour respecter les échéanciers des opérations et, pour cette raison, nous avons constaté que les coinvestisseurs les plus actifs sont des investisseurs institutionnels sophistiqués ayant des poches bien remplies

**La divulgation accrue des frais et charges des fonds** est une tendance générale. Cette transformation a été importée des États-Unis, où les frais et charges sont présentés de façon exhaustive étant donné que la SEC continue d'examiner de près les divulgations et aussi d'appliquer des mesures connexes en cas de non-conformité. Les longues définitions décrivant toutes les charges pouvant être engagées par un fonds ainsi que la présentation détaillée de l'affectation des charges, des dispositions sur la compensation des frais et des frais des parties liées pourraient bien devenir la norme pour les fonds au Canada. Dans l'ensemble, il sera intéressant de voir si l'étau réglementaire se resserrera dans le secteur du capital-investissement au Canada, étant donné que le capital-investissement occupe une part croissante de nos marchés financiers.

**L'Institutional Limited Partners Association (ILPA) a produit un modèle de convention de société en commandite** pour l'industrie. L'objectif déclaré de l'ILPA en publiant ce modèle est d'assurer la transparence et de réduire la complexité, les coûts et les ressources nécessaires à la négociation des modalités d'un fonds de capital-investissement. Le modèle est favorable aux investisseurs, ce qui n'est pas surprenant eu égard à sa source. Il reste à voir si le modèle de l'ILPA aura une incidence sur la mobilisation de fonds et les négociations entre les commandités et les commanditaires. Même si le modèle pourrait être utile à des fins de comparaison, son adoption, en tout ou en partie, prendra du temps (si elle finit par se produire), d'autant plus que les sociétés de capital-investissement réutilisent habituellement en grande partie les documents relatifs à ses fonds antérieurs, qui ont déjà été négociés avec les investisseurs.

## Climat favorable aux opérations

Les opérations canadiennes dans le domaine du capital-investissement se sont multipliées sous l'effet de plusieurs facteurs, notamment les flux transfrontaliers de fusions et acquisitions canadiennes, les fermetures de capital, les opérations entre sociétés de capital-investissement, le déploiement actif de capitaux par les fonds de capital-investissement, les stratégies d'« achat et de « construction » par des sociétés de portefeuille financées par des sociétés capital-investissement, et les marchés des capitaux d'emprunt. En voici quelques exemples pour 2019 :

- Blackstone a annoncé l'acquisition de Dream Global REIT pour 6,2 G\$;
- Onex Corporation a annoncé l'acquisition de WestJet Airlines pour 3,5 G\$;
- L'acquisition par BC Partners de GardaWorld de Rhône Capital pour 5,2 G\$;
- L'acquisition par Platinum Equity de Livingston International auprès de l'Office d'investissement du régime de pensions du Canada (OIRPC) et de Sterling Partners;
- L'acquisition par KKR de Corel Corporation auprès de Vector Capital.

Une tendance digne de mention a également été la prolifération des coinvestissements, des équipes et des consortiums auxquels prennent part les caisses de retraite canadiennes et les sociétés mondiales de capital-investissement en vue de réaliser des opérations internationales à l'étranger. En voici quelques exemples pour 2019 :

- La participation de l'OIRPC à un consortium dirigé par Hellman & Friedman, comprenant Blackstone, GIC et JMI Equity, pour acquérir Ultimate Software dans le cadre d'une opération évaluée à 11 G\$;
- Le Régime de retraite des enseignants et des enseignantes de l'Ontario et l'OIRPC ont fait équipe avec des fonds de capital-investissement, y compris Apax Partners et Warburg Pincus, pour acquérir Inmarsat plc dans le cadre d'une opération évaluée à 3,5 G\$.

**Les commanditaires sont toujours très attirés par l'infrastructure.** Il y a longtemps que les investisseurs institutionnels et les caisses de retraite se tournent vers cette catégorie d'actif. Les actifs d'infrastructure sont généralement perçus comme moins risqués (ils sont souvent appuyés par un contrat de concession ou d'autres flux de revenus sûrs) et moins touchés par les cycles économiques, en plus de bien s'aligner sur le passif à long terme de nombreuses caisses de retraite. Les fonds de capital-investissement (ainsi que les caisses de retraite directement) ont saisi l'occasion de combler le manque de financement là où les gouvernements hésitent à investir des fonds publics.

**Le temps d'exécution des opérations est souvent plus rapide que le temps réel.** Étant donné l'environnement propice aux transactions, la compétitivité du marché et le niveau élevé des « réserves liquides » à la poursuite d'un nombre limité d'opérations, les acteurs sur la scène du capital-investissement doivent se différencier – par la rapidité de l'exécution, leur feuille de route et la certitude de réalisation des opérations, par exemple. Les vendeurs ont été en mesure de raccourcir la période de vente aux enchères et d'imposer des périodes d'exclusivité plus courtes, forçant les acheteurs à agir prestement. Dans le même ordre d'idées, les vendeurs veulent toujours avoir la certitude que l'opération aura lieu et que les recours seront limités. En effet, dans un nombre croissant d'opérations, les vendeurs n'ont aucune obligation d'indemnisation qui demeure en vigueur, même à l'égard des déclarations fondamentales, et les acheteurs devraient se tourner uniquement vers l'assurance des déclarations et des garanties pour être couverts. Comme la concurrence est féroce, les investisseurs sont prêts à accepter ces dispositions ainsi qu'à limiter les conditions exigeant des consentements de tiers uniquement aux conditions les plus importantes.

**Le recours à l'assurance des déclarations et des garanties continue d'être répandu** dans les opérations de capital-investissement. Bien que l'assurance des déclarations et des garanties devienne la norme comme principale méthode de protection des acheteurs à l'égard des fausses déclarations, des opérations se font toujours sans cette assurance sur le marché canadien. À mesure que l'assurance des déclarations et des garanties gagne en popularité, elle va en s'améliorant. Les assureurs sont de plus en plus à l'aise d'assurer des opérations « sans indemnisation ». Ils sont également plus disposés à assurer les risques qui ont traditionnellement fait l'objet d'exclusions des polices comme ceux qui sont liés à l'environnement, la fiscalité et la responsabilité du fait du produit, bien qu'ils soient particuliers à la situation. Cette tendance reflète la maturation du produit, ainsi que l'intensification de la concurrence au sein de l'industrie de l'assurance des déclarations et des garanties.

**Le marché du financement demeure hautement concurrentiel.** Les institutions bancaires canadiennes continuent de livrer concurrence à leurs pairs du Canada et des États-Unis pour le financement des fusions et acquisitions. Les opérations

Les opérations sont hautement concurrentielles, ce qui crée une compétition entre les institutions bancaires à l'égard des prix et des modalités générales des opérations. L'afflux de sources de crédit américaines sur le marché canadien, y compris les branches de financement des sociétés de capital-investissement, a également entraîné l'adoption de certains concepts américains dans les opérations canadiennes.

sont hautement concurrentielles, ce qui crée une compétition entre les institutions bancaires à l'égard des prix et des modalités générales des opérations. L'afflux de sources de crédit américaines sur le marché canadien, y compris les branches de financement des sociétés de capital-investissement, a également entraîné l'adoption de certains concepts américains dans les opérations canadiennes. Par exemple, les sociétés de capital-investissement tendent à limiter les conditions (ce qui est connu sous le nom de dispositions « SunGard ») et elles se donnent le droit de choisir l'avocat qui représentera les prêteurs à l'égard du financement. Étant données les conditions actuelles de financement sur le marché, nous nous attendons à ce que ces tendances se poursuivent en 2020.

**Les fusions et acquisitions demeurent la méthode privilégiée pour se départir des investissements en capital-investissement**, comme dans les années précédentes. Bien que certaines sociétés de capital-investissement aient suivi un processus de sortie à « double voie » (c.-à-d. préparer un appel public à l'épargne tout en commercialisant l'actif par le biais d'une vente aux enchères), très peu de PAPE canadiens ont été entrepris en 2019. Ce mouvement s'explique par le fait que les marchés organisés ne génèrent pas de prime sur les ventes d'entreprise et que les sociétés de capital-investissement veulent une sortie franche à un prix connu.

**Nous constatons plus d'opérations entre sociétés de capital-investissement.** L'industrie du capital-investissement est en évolution; à mesure que des fonds prennent le marché d'assaut et arrivent à maturité, ils doivent trouver des façons de se départir de leurs sociétés en portefeuille. En plus des acheteurs stratégiques, les autres sociétés de capital-investissement représentent un bassin naturel d'acheteurs potentiels. Cette tendance peut également indiquer que les actifs sont vendus avant que la société de capital-investissement en retire la pleine valeur, ce qui justifie la prolongation de la durée de vie des fonds.

## Conclusion

Nous prévoyons une autre année très active en 2020 sur les marchés des capitaux privés. Un grand nombre d'opérations devrait avoir lieu, étant donné le capital imposant devant être déployé ainsi que les conditions favorables sur les marchés du crédit. Bien que le climat économique à moyen et à long terme demeure incertain, la capacité des investisseurs d'agir rapidement et de façon opportuniste, à toutes les phases du cycle économique, devrait soutenir un niveau élevé d'opérations.

---

### AUTEURS



**John Groenewegen**  
Associé, Droit  
des sociétés  
[jgroenewegen@osler.com](mailto:jgroenewegen@osler.com)  
416.862.6458



**Emmanuel Pressman**  
Associé, Droit  
des sociétés  
[epressman@osler.com](mailto:epressman@osler.com)  
416.862.4903



## SECTEUR MINIER

---

# L'incertitude persistante alimente la créativité dans les opérations du secteur minier

Bien que deux opérations de fusion et d'acquisition au sein du secteur minier (Barrick et Randgold, ainsi que Newmont et Goldcorp), parmi les plus importantes des dernières années, aient démarré 2019 en fanfare, ces opérations n'ont pas, en fin de compte, servi d'agents catalyseurs pour la conclusion d'autres opérations et la mobilisation de capitaux.

Compte tenu des incertitudes économiques mondiales, les investissements n'ont pas été élevés dans l'industrie minière, et ce, malgré le cours élevé de l'or qui profite habituellement au secteur minier canadien. En 2019, les financements publics se sont généralement limités à la mobilisation de capitaux auprès d'émetteurs producteurs ou des sociétés de redevances et de flux de métaux. Plus particulièrement, les sociétés d'exploration ont eu très peu d'occasions de financement, tant public que privé. De plus, pendant la majeure partie de l'année, les opérations de fusion et d'acquisition à l'échelle mondiale ont connu une baisse importante par rapport aux années précédentes et les fusions anticipées des sociétés de taille moyenne ne se sont pas concrétisées, et ce, malgré une reprise

de l'activité d'extraction de l'or vers la fin de l'année. Dans une telle conjoncture du marché difficile, les émetteurs ont eu à chercher des solutions de rechange aux capitaux publics et aux opérations de fusion et d'acquisition traditionnelles. Il a fallu souvent faire preuve de créativité pour conclure des ententes.

Plusieurs thèmes du marché se sont dégagés dans le cadre d'opérations parmi les plus créatives et novatrices dont nous avons été témoins cette année.

## Préserver les options

L'un des thèmes clés consistait à positionner les émetteurs en vue d'occasions futures, que celles-ci découlent de la vigueur du prix des marchandises ou de conditions d'exploitation plus exigeantes. Un certain nombre d'opérations ont permis aux émetteurs d'atteindre leurs objectifs à court terme tout en maintenant les options pour l'avenir qui (avec un peu de chance) leur permettront de tirer parti d'une conjoncture améliorée. Parmi ces opérations, notons les deux suivantes :

- **TMAC Resources et Maverix Metals** : TMAC a haussé de 1 % à 2,5 % la redevance qu'elle devait à Maverix sur les revenus nets de fonderie (RNF) en contrepartie d'un paiement de 40 M\$ US. Maverix a également conclu un placement privé d'actions de 3 M\$ US. La modification des redevances comprenait des droits de rachat d'actions pour l'augmentation des redevances qui créaient un rendement immobilisé pour Maverix et fournissait une certitude à TMAC. La structure a permis à TMAC de rembourser les RNF accrus au moyen d'actions, de sorte que si le cours de l'action de TMAC augmente dans un contexte de hausse du cours de l'or, la dilution résultant du règlement de la redevance au moyen d'une mobilisation de capitaux propres pourrait être sensiblement inférieure à la dilution découlant d'un placement de titres au moment de l'opération. (Osler a représenté Maverix Metals.)
- **Pretium Resources et Redevances Aurifères Osisko** : Même si Pretium pouvait choisir de réduire ses obligations d'écoulement envers Osisko, son droit de rachat était limité à 75 % de ses engagements en matière d'or affiné. À la suite de négociations, les parties ont convenu d'un rachat de l'ensemble de l'obligation d'écoulement au même prix qu'aux termes du droit de rachat. L'opération a permis à Osisko de prévenir un écoulement bas sur le marché et à Pretium de rentabiliser au maximum sa production et de rembourser son financement lié à la construction.

## Répartition des risques

Un autre thème clé a consisté en une augmentation des coentreprises et des partenariats dans le but de répartir les risques, particulièrement en ce qui concerne les actifs au stade de la mise en valeur. Les coentreprises et les structures de participation acquise ont toujours servi d'assises à la conclusion de marchés dans le secteur minier. Toutefois, les difficultés persistantes en matière d'accès aux capitaux ont permis aux investisseurs d'unir leurs forces. Un certain nombre d'opérations ont donné lieu à des ententes de financement que les émetteurs n'auraient pas été en mesure de conclure eux-mêmes. Parmi ces opérations, notons les deux suivants :

Dans une telle conjoncture du marché difficile, les émetteurs ont eu à chercher des solutions de rechange aux capitaux publics et aux opérations de fusion et d'acquisition traditionnelles. Il a fallu souvent faire preuve de créativité pour conclure des ententes.

- **Lithium Americas et Ganfeng Lithium** : En octobre 2018, Lithium Americas a remplacé SQM, son partenaire en coentreprise pour son projet principal, soit le projet Cauchari-Olaroz, par Ganfeng Lithium, le principal actionnaire de Lithium Americas Corp., et sa participation est passée de 50 % à 62,5 %. Ganfeng Lithium détient la participation restante de 37,5 %. En août 2019, Ganfeng Lithium a investi 160 M\$ US de plus dans la société de portefeuille pour le projet Cauchari-Olaroz afin d'accroître sa participation à 50 %. L'opération a permis d'augmenter de manière importante l'évaluation du projet Cauchari-Olaroz et d'atténuer grandement les risques liés à la mise en valeur du projet en offrant des fonds substantiels pour les activités de construction. (Osler a représenté le comité spécial de Lithium Americas.)
- **Argonaut Gold et UrbanGold** : Argonaut et UrbanGold ont signé une convention d'option pour s'accorder mutuellement le droit d'acquérir une participation de 50 % dans leurs concessions minières respectives, combinant ainsi les biens immobiliers pour former un seul projet. UrbanGold peut se prévaloir de l'option d'acquisition d'une participation de 50 % dans les concessions minières d'Argonaut en contrepartie de 750 000 actions ordinaires de son capital-actions au cours des deux premières années de la convention, et d'un engagement comptable de dépenses d'au moins 300 000 \$ jusqu'au troisième anniversaire de la convention. À l'achèvement, Argonaut peut acquérir une participation dans les projets d'UrbanGold. La combinaison des actifs permet l'utilisation efficace des budgets d'exploration limités des deux parties dans un secteur éventuel.

## Restructurations au moyen de la structure du capital

Plusieurs sociétés minières émettrices sont confrontées à un problème : les cours du marché à la baisse rendent difficile l'acquisition audacieuse de nouveaux actifs, tout en étant, d'autre part, incapables d'évaluer la valeur à court terme de leur composition d'actif et de leurs ressources financières actuelles. Plusieurs actionnaires partagent cette frustration. En 2019, un certain nombre d'émetteurs ont fait preuve de créativité dans l'utilisation de la structure de leur capital pour restructurer leurs actifs et leur actionnariat. Parmi ces opérations, notons les trois suivants :

- **Redevances Aurifères Osisko et Orion Mine Finance** : Osisko avait précédemment fait l'acquisition du portefeuille de redevances d'Orion Mine Finance en contrepartie de titres d'Osisko ; Orion détient ainsi environ 19,48 % d'Osisko. Orion souhaitait se départir de son investissement et Osisko voulait s'assurer d'un processus de vente ordonné. Les parties ont négocié une opération mixte prévoyant un reclassement de titres par Orion, un rachat d'actions en contrepartie de titres de participation dans certaines sociétés de portefeuille d'Osisko et d'un montant en espèces et une vente d'autres titres de participation à une société affiliée d'Orion en contrepartie d'un montant en espèces. L'opération a permis à Orion de se départir de son investissement dans Redevances Aurifères Osisko en contrepartie d'un montant en espèces et de nouveaux placements de portefeuille, et elle a

permis à Osiko d'éliminer l'offre excédentaire sur ses actions découlant de l'investissement d'Orion. (Osler a représenté les preneurs fermes à l'occasion du reclassement de titres réalisé par Orion.)

- **Calibre Mining et B2Gold** : B2Gold et Calibre ont conclu une opération aux termes de laquelle B2Gold a convenu de vendre à Calibre l'ensemble de sa participation dans la production des mines d'or El Limon et La Libertad, dans le projet aurifère Pavon et dans d'autres concessions minières au Nicaragua en contrepartie d'un montant en espèces, d'actions de Calibre, d'une débenture et d'un paiement en espèces différé. Grâce à l'opération, Calibre a été en mesure de réaliser un important financement par reçus de souscription, permettant ainsi à B2Gold d'accroître sa participation dans Calibre à 28 %, les nouveaux investisseurs détenaient 57 % des actions de la société issue du regroupement et les anciens actionnaires de Calibre (détenant une participation dans une société d'exploration avec un accès limité à des capitaux) détenaient 12 % des actions en circulation. L'opération a permis à B2Gold de se retirer du Nicaragua pour se concentrer sur l'optimisation de la production dans d'autres mines existantes au Mali, en Namibie et aux Philippines ainsi que sur l'avancement de ses projets de mise en valeur et d'exploration. L'opération a également permis à Calibre de consolider ses participations au Nicaragua et de passer immédiatement d'une société d'exploration à un émetteur producteur.
- **Newmont Goldcorp et Arcus Development Group** : Newmont Goldcorp a convenu de faire l'acquisition de la propriété Dan Man d'Arcus (près du projet aurifère à Coffee Creek au Yukon) en contrepartie du retour d'une participation de 19,9 % dans Arcus (auparavant détenue par Godlcorp). Arcus recevra également une redevance de 1 % des RNF provenant de la production commerciale future de la propriété Dan Man. Toutefois, Goldcorp Kaminak, une filiale de Newmont Goldcorp, aura le droit de racheter la redevance en tout temps pour 1 M\$ CA. Cette opération permet à Newmont Goldcorp l'élargissement efficace de son projet à Coffe Creek par la consolidation des terres éventuelles dans le secteur en contrepartie d'un petit investissement minier secondaire. L'opération permet à Arcus d'éliminer l'offre excédentaire sur ses actions ordinaires, de réduire son flottant et ses coûts et de réaffecter des ressources limitées à d'autres projets dans son portefeuille.

Ces opérations constituent un échantillon des structures créatives dont nous avons été témoins en 2019, lesquelles ont permis aux parties d'atteindre leurs objectifs commerciaux malgré les difficultés persistantes dans le secteur minier. Elles exploitent les actifs de manière à tirer parti des conditions du marché et des occasions existantes. Dans la mesure où les difficultés de financement et celles en matière de fusion et d'acquisition persistent, nous prévoyons que d'autres d'opérations de ce genre seront conclues en 2020.

---

## AUTEURS



**James Brown**  
Associé, Droit  
des sociétés  
Coprésident: Droit minier  
**[jbrown@osler.com](mailto:jbrown@osler.com)**  
416.862.6647



**Alan Hutchison**  
Associé, Droit  
des sociétés  
Coprésident: Droit minier  
**[ahutchison@osler.com](mailto:ahutchison@osler.com)**  
604.692.2760



## GOUVERNANCE

---

# Gouvernance d'entreprise : évolution des tendances en 2019

Les développements concernant la gouvernance d'entreprise au Canada en 2019 ont reflété l'évolution de certaines tendances. Celles-ci comprennent une attention soutenue portée aux facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG), notamment la diversité et le changement climatique, ainsi que la publication du rapport tant attendu de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) sur la réduction du fardeau réglementaire. Des changements aux États-Unis concernant la réglementation des agences de conseil en vote pourraient également entraîner un examen plus approfondi de cette question au Canada.

## Diversité

Comme nous l'avons expliqué dans notre cinquième [rapport](#) annuel exhaustif sur les pratiques de divulgation en matière de diversité des entreprises inscrites à la cote de la TSX, les sociétés canadiennes ont atteint cette année certains objectifs clés sur le plan de la diversité. Plus du tiers des sièges devenus vacants ou nouvellement créés dans les conseils d'administration ont été pourvus par des femmes. La majorité des entreprises ayant fait savoir si elles ont adopté une politique écrite en matière de diversité affirme désormais que la politique

visé expressément la recherche et la sélection de candidates aux postes d'administrateurs. Plus des trois quarts des entreprises comptent au moins une administratrice et plus d'un tiers d'entre elles en comptent deux ou plus. Ainsi, les femmes occupent désormais 18,2 % des sièges des conseils d'administration de l'ensemble des entreprises, et 30 % des sièges des conseils d'administration des sociétés composant l'indice S&P/TSX 60, conformément à l'objectif du 30 % Club.

Toutefois, la croissance de la proportion d'administratrices ralentit d'année en année, et la représentation des femmes au sein de la haute direction augmente peu.

Les investisseurs prêtent toujours autant d'attention à la mixité et ils manifestent leur intérêt en s'abstenant de voter ou en votant contre les administrateurs de conseils d'administration qui n'ont pas adopté de mesures pour augmenter la proportion de femmes siégeant à leur conseil.

Cette année, la cadence des initiatives législatives concernant la diversité s'est accélérée. En 2019, le Canada est devenu le premier territoire de compétence à [exiger la divulgation de la diversité](#) au-delà du genre. À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2020, les sociétés régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) et dont les titres sont négociés en bourse, y compris les émetteurs émergents, seront tenues de fournir aux actionnaires des renseignements sur leurs politiques et pratiques en matière de diversité au sein du conseil d'administration et de la haute direction. Ces renseignements comprennent le nombre et le pourcentage de membres du conseil et de la haute direction qui sont des femmes, des Autochtones, des membres de minorités visibles et des personnes ayant une incapacité. En outre, l'État de la Californie a adopté une loi visant à imposer des quotas alors que l'État de l'Illinois exige maintenant la divulgation d'information sur la diversité; dans les deux cas, les mesures s'appliquent aux sociétés constituées en vertu des lois de l'État ou exerçant leurs activités sur son territoire.

## Changement climatique

Le 1<sup>er</sup> août 2019, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont terminé, après deux ans et demi, leur examen de l'information communiquée sur le changement climatique en publiant [l'Avis 51-358 du personnel des ACVM Information sur les risques liés au changement climatique](#). Les ACVM ont choisi de fournir des indications plutôt que de modifier les exigences de communication en place. L'Avis du personnel confirme que l'obligation de présenter de l'information doit être évaluée selon son importance (c'est-à-dire si l'information est susceptible d'influencer la décision d'un investisseur raisonnable d'acheter, de vendre ou de conserver des titres de l'émetteur), mais il présente également des indications sur l'évaluation de l'importance des risques à long terme qui sont difficiles à quantifier, comme le changement climatique. L'Avis du personnel réitère aussi que l'information communiquée volontairement devrait être établie avec la même rigueur que l'information devant obligatoirement être divulguée.

Les investisseurs prêtent toujours autant d'attention à la mixité et ils manifestent leur intérêt en s'abstenant de voter ou en votant contre les administrateurs de conseils d'administration qui n'ont pas adopté de mesures pour augmenter la proportion de femmes siégeant à leur conseil.

## Réglementation visant les agences de conseil en vote

Au mois d'août, la Securities and Exchange Commission (SEC) des États-Unis a publié des lignes directrices, dont il est question dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [La SEC publie des lignes directrices sur les activités des agences de conseil en vote](#) » et publié sur le site osler.com. Dans ses lignes directrices, la SEC indique que les communications portant sur des recommandations de vote des agences de conseil en vote constituent des « sollicitations » assujetties à la réglementation de la SEC qui interdit les déclarations fausses ou trompeuses graves. La SEC a également énoncé des lignes directrices sur les responsabilités des conseillers en placements qui ont recours aux agences de conseil en vote qui offrent des services de recherche ou des recommandations de vote, notamment leur responsabilité d'évaluer la capacité, la compétence et la méthodologie des conseillers en vote dont ils retiennent les services et les politiques et procédures de l'agence de conseil en vote sur les conflits d'intérêts.

Au mois d'octobre, Institutional Shareholder Services (ISS) a intenté une poursuite devant la District Court des États-Unis pour le district de Columbia afin de contester la compétence de la SEC, en faisant valoir que ses activités ne constituent pas des sollicitations et que les lignes directrices de la SEC représentent une modification importante qui aurait dû être soumise à un examen par voie d'avis et d'observations.

Le 5 novembre 2019, la SEC a proposé des modifications à ses règles sur les procurations afin d'encadrer certaines des activités exercées par ces agences. Ces modifications sont résumées dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [La Securities and Exchange Commission propose des modifications aux règles sur les procurations s'appliquant aux agences de conseil en vote](#) » qui a été publié sur le site osler.com. Les modifications proposées visent à changer la définition du terme « sollicitation » pour qu'elle comprenne expressément les activités exercées par les agences de conseil en vote et à exiger que ces agences :

- divulguent les conflits d'intérêts dans tous leurs rapports ;
- fournissent aux émetteurs et à certaines personnes sollicitant des procurations une ébauche préliminaire de leurs conseils proposés et une occasion de l'examiner et de la commenter avant qu'elle ne soit finalisée (une période d'examen de cinq jours ouvrables si la circulaire a été déposée au moins 45 jours avant la date de la réunion, une période d'examen de trois jours ouvrables si la circulaire a été déposée au moins 25 jours avant la date de la réunion et aucune période d'examen si la circulaire a été déposée moins de 25 jours avant la date de la réunion) ;
- fournissent aux émetteurs et à certaines personnes sollicitant des procurations une copie des conseils définitifs au moins deux jours avant leur diffusion et, à la demande de l'émetteur ou de la personne sollicitant des procurations, qu'elles insèrent dans le rapport du conseiller en vote un hyperlien, ou l'équivalent, vers une déclaration écrite de l'émetteur ou de la personne sollicitant des procurations exposant son opinion sur les conseils formulés par l'agence de conseil en vote.

Il est probable que les lignes directrices et l'approche réglementaire de la SEC concernant les agences de conseil en vote influent sur les pratiques des agences de conseil en vote et sur celles des conseillers en placements qui retiennent leurs services, et ce, tant au Canada qu'aux États-Unis. Si les modifications proposées par la SEC sont adoptées, les ACVM pourraient choisir de reconsidérer les lignes directrices qu'elles ont formulées dans l'Instruction générale 25-201 – *Indications à l'intention des agences de conseil en vote* ou d'adopter des mesures pour encadrer les activités des agences de conseil en vote conformes aux règles définitives adoptées par la SEC.

## Initiative de réduction du fardeau de la CVMO

En novembre 2019, la CVMO a publié un [rapport](#) résumant plus de 100 mesures particulières qu'elle a prises ou qu'elle prendra pour réduire le fardeau réglementaire des émetteurs de l'Ontario. Ce rapport découle d'un précédent [Avis du personnel de la CVMO](#) publié en janvier 2019 et fait suite à une consultation menée auprès des participants au marché par le groupe de travail sur la réduction du fardeau réglementaire de la CVMO, mis sur pied en novembre 2018. La consultation portait sur l'inscription, la conformité, les fonds d'investissement, la négociation, les marchés, les exigences des émetteurs et les règles sur les instruments dérivés.

Comme nous l'avons mentionné dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [La CVMO publie un rapport anticipé sur le groupe de travail sur la réduction du fardeau réglementaire](#) », qui a été publié sur le site [osler.com](#), la CVMO a confirmé que les recommandations contenues dans le rapport étaient guidées par le principe de « règlement proportionnel », qu'elle définit comme une réglementation où les coûts imposés aux parties prenantes sont proportionnels aux avantages. Le « règlement proportionnel » évite d'adopter une approche universelle en prenant en compte les effets sur les sociétés de différentes tailles. En outre, elle reconnaît qu'il y a différentes façons d'atteindre des objectifs, elle tient compte des commentaires des parties prenantes et elle est souvent mise à jour afin d'encourager l'innovation. La CVMO a également confirmé que son approche réglementaire idéale consiste à « combiner des règles fondées sur des principes, des règles prescriptives et des indications, et à conserver un équilibre entre elles ».

Le rapport résume une variété d'initiatives qui sont terminées, qui ont été publiées pour consultation, qui sont examinées par la CVMO ou que la CVMO s'est engagée à examiner à l'avenir. Voici les points saillants :

- l'établissement d'un ensemble de normes de service plus claires aux fins des inspections de conformité
- un examen de l'harmonisation des exigences relatives aux états financiers (qui doivent être inclus dans un prospectus ordinaire) se rapportant à l'« activité principale » d'un émetteur
- la demande de la CVMO concernant le pouvoir de prendre des « décisions générales » – c.-à-d des décisions de dispense générale applicables à tous les participants, plutôt que des décisions propres à des émetteurs précis
- l'option pour les sociétés inscrites d'embaucher un chef de la conformité auprès d'une autre société inscrite externe et indépendante

En février 2019, dans le cadre de son Programme de dénonciation, la CVMO a annoncé qu'elle avait accordé les toutes premières récompenses jamais attribuées par un organisme de réglementation des valeurs mobilières au Canada.

- l'adoption, à l'échelle nationale, de règles sur le financement participatif simplifiées pour les sociétés émergentes
- la prestation de services confidentiels d'examen de prospectus avant qu'une société lance un premier appel public à l'épargne
- l'élimination des exigences redondantes en matière de dépôt pour les fonds d'investissement.

## Récompenses de dénonciation

En février 2019, dans le cadre de son Programme de dénonciation, la CVMO a annoncé qu'elle avait accordé les toutes premières récompenses jamais attribuées par un organisme de réglementation des valeurs mobilières au Canada. La CVMO a révélé que trois dénonciateurs, dans des affaires différentes, ont reçu au total 7,5 millions de dollars pour lui avoir fourni des « renseignements de haute qualité, opportuns, précis et crédibles, ce qui a permis de mettre de l'avant des mesures d'application qui ont donné lieu à des paiements monétaires à la CVMO ». L'Ontario est l'unique province ou territoire du Canada à offrir un incitatif économique afin d'encourager la communication de renseignements sur des inconduites liées aux valeurs mobilières, sous réserve de certaines restrictions. Maintenant que l'on sait que la CVMO a versé des paiements dans le cadre de son programme, d'autres dénonciateurs pourraient être encouragés à communiquer leurs préoccupations directement à l'organisme de réglementation.

## Modifications à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions (LCSA)*

En plus des modifications concernant la diversité, d'autres changements à la LCSA ont été approuvés cette année. Par exemple, les sociétés fermées qui sont régies par la LCSA doivent établir et tenir un registre des particuliers ayant un contrôle important, une exigence qui est entrée en vigueur le 13 juin 2019. La police, les autorités fiscales canadiennes et les organismes d'enquête prescrits doivent pouvoir consulter ce registre, s'il est utile à une enquête. Les provinces de la Colombie-Britannique et du Manitoba ont adopté des exigences similaires visant un tel registre.

Certaines des autres modifications adoptées cette année ne sont pas encore en vigueur, mais elles pourraient avoir des répercussions futures importantes, notamment :

- la présentation d'information concernant le bien-être des employés, des retraités et des bénéficiaires de prestations de retraite ;
- la présentation d'information concernant les arrangements en matière de récupération de la rémunération ;
- des exigences obligatoires concernant les votes consultatifs sur la rémunération ;
- de nouvelles dispositions sur l'obligation fiduciaire des administrateurs qui permettront expressément à ces derniers de tenir compte d'intérêts particuliers, notamment les intérêts des actionnaires, des employés, des

retraités et des bénéficiaires de prestations de retraite, des créanciers, des consommateurs et des gouvernements, ainsi que de l'environnement et des intérêts à long terme de la société. Reste à voir si cette modification augmentera la probabilité qu'un tribunal parvienne à la conclusion que ces parties prenantes sont des demandeurs autorisés à se prévaloir des recours en cas d'abus et de l'action dérivée.

Au Canada, les modifications adoptées en 2019 présentent un mélange hétéroclite de questions qui favorisent principalement les actionnaires et les autres parties prenantes. Compte tenu des modifications apportées ou proposées visant les sociétés régies par la LCSA et les agences de conseil en vote, la prochaine année sera des plus intéressantes.

---

## AUTEURS



**Andrew MacDougall**  
Associé, Droit  
des sociétés  
[amacdougall@osler.com](mailto:amacdougall@osler.com)  
416.862.4732



**John Valley**  
Associé, Droit  
des sociétés  
[jvalley@osler.com](mailto:jvalley@osler.com)  
416.862.5671



RÉMUNÉRATION DES CADRES SUPÉRIEURS

---

# La rémunération des cadres supérieurs est sur le point de changer

Au cours des 12 derniers mois, il s'est produit de nombreux événements qui auront une forte incidence sur les pratiques de rémunération en 2020. On compte parmi eux le projet de modification de l'imposition des options d'achat d'actions, l'adoption de la *Loi sur l'équité salariale* au palier fédéral, des modifications à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA), les nouvelles règles américaines relatives à la divulgation des opérations de couverture et un examen des régimes d'aliénation de titres automatique.

## Changements proposés à l'imposition des options d'achat d'actions accordées le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou ultérieurement

Le 17 juin 2019, des modifications à la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada ont été proposées et viseraient les options d'achat d'actions des employés qui sont accordées par des sociétés et des fiducies de fonds communs de placement le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou ultérieurement. Voir notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [Le gouvernement du Canada présente des mesures fiscales applicables aux options d'achat d'actions d'employés octroyés le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou ultérieurement](#) ». Le traitement fiscal des options accordées avant 2020 demeure inchangé.

De façon générale,

- dans le cas d'options accordées par des employeurs qui sont des sociétés privées sous contrôle canadien (SPCC) ou d'autres sociétés qui ne sont pas des SPCC, mais des « entreprises en démarrage, émergentes ou en expansion », les employés auront toujours droit à une déduction de 50 % relative à l'avantage d'option d'achat d'actions (ce qui signifie que seulement la moitié des avantages fiscaux obtenus lors de la levée de certaines options d'achat d'actions est incluse dans le revenu);
- dans le cas des options accordées par d'autres sociétés et par des fiducies de fonds communs de placement,
  - le droit de l'employé à se prévaloir d'une déduction fiscale de 50 % sera assujéti à un plafond d'acquisition annuel de 200 000 \$, et l'employé n'y aura pas droit si, au moment de l'octroi des options, l'employeur désigne les options comme non admissibles à la déduction de 50 %;
  - une déduction de l'employeur peut être offerte pour les avantages obtenus par des employés, mais uniquement à l'égard des options non admissibles à une déduction de 50 % pour l'employé, sous réserve du respect de certaines conditions.

La version définitive des modifications, y compris des lignes directrices permettant de déterminer si une société qui n'est pas une SPCC est une entreprise en démarrage, émergente ou en expansion, est prévue pour 2020.

Même si l'utilisation des options d'achat d'actions par des sociétés cotées en bourse a diminué au fil du temps, les employeurs sont tout de même réticents à les éliminer entièrement en raison de l'avantage financier que constitue leur incidence fiscale favorable pour les employés. Cependant, un changement du taux d'imposition pourrait faire augmenter le recours aux attributions de pleine valeur fondées sur le rendement.

## L'équité salariale au palier fédéral

La [Loi sur l'équité salariale](#) du Canada (la Loi) a reçu la sanction royale le 13 décembre 2018. Un commissaire fédéral à l'équité salariale a été nommé pour assurer l'exécution et le contrôle d'application de la Loi en septembre 2019. Nous prévoyons donc que la Loi entrera en vigueur au cours de l'année 2020. Par contre, la mise en œuvre de la [loi ontarienne](#) prévoyant l'équité et la transparence salariales, qui avait été déposée par le précédent gouvernement libéral et qui avait reçu la sanction royale en 2018, a été retardée indéfiniment.

La *Loi sur l'équité salariale* s'applique aux entreprises sous réglementation fédérale, y compris les secteurs privé et public fédéraux, les milieux de travail parlementaires ainsi que les bureaux du premier ministre et des ministres. Elle est conçue pour réduire, de façon proactive, l'écart salarial entre les sexes attribuable à la sous-évaluation des postes traditionnellement attribués aux femmes. Même si le droit au salaire égal pour un travail égal est inscrit dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* depuis 1977, il incombe à l'employé de déposer une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne. Par contre, la Loi obligera les employeurs visés à repérer et éliminer les écarts salariaux.

*La Loi sur l'équité salariale* oblige les employeurs assujettis à la Loi à repérer et éliminer les écarts salariaux.

Les employeurs visés dont l'entreprise compte au moins dix employés seront tenus d'établir un plan d'équité salariale au cours des trois années suivant la date d'entrée en vigueur de la Loi, et d'en examiner et d'en consigner les progrès tous les cinq ans, par la suite. Le plan d'équité salariale doit :

- préciser le nombre d'employés relevant de l'employeur;
- déterminer les catégories d'emploi au sein de l'entreprise;
- préciser si chaque catégorie d'emploi est à prédominance féminine, masculine ou sans distinction de sexe, en fonction du profil historique ou stéréotypé des employés occupant ces postes;
- établir la valeur du travail accompli dans chacune des catégories d'emploi;
- calculer la rémunération associée à chaque catégorie d'emploi (la rémunération englobe les salaires, les commissions, les indemnités de vacances, les primes et les cotisations de l'employeur aux régimes d'avantages sociaux);
- comparer la rémunération associée aux catégories d'emploi à prédominance féminine et aux catégories d'emploi à prédominance masculine et de valeur semblable;
- exposer les résultats de la comparaison et identifier les catégories d'emploi à prédominance féminine qui nécessitent une augmentation de la rémunération;
- indiquer la date à laquelle l'augmentation de la rémunération est exigible;
- fournir des renseignements sur les mécanismes de règlement des différends qui sont offerts aux employés.

## Modifications à la LCSA

Comme il était noté dans un l'article sur la gouvernance d'entreprise , certaines modifications proposées à la LCSA imposent aux sociétés visées par le règlement des exigences de divulgation relative à la rémunération. Les sociétés visées par le règlement seraient tenues de produire une déclaration annuelle relative aux arrangements en matière de récupération de la rémunération applicables aux administrateurs et aux membres de la haute direction. Les modifications proposées comportent également un vote consultatif annuel sur la rémunération des administrateurs et des hauts dirigeants.

## Nouvelles règles américaines relatives à la divulgation des opérations de couverture

De nouvelles règles relatives à la divulgation des opérations de couverture sont entrées en vigueur aux États-Unis pour les exercices ouverts à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2019. Conformément aux anciennes règles relatives à la divulgation de la rémunération des dirigeants aux États-Unis, les politiques importantes sur la rémunération devaient être présentées dans le rapport sur la rémunération. Les politiques sur la couverture des risques relatifs à la propriété de titres reçus en tant que rémunération sont citées en exemple d'une éventuelle politique importante sur la rémunération. Au cours de l'année qui vient, les entreprises

assujetties aux règles de communication des circulaires de sollicitation de procurations aux États-Unis devront également produire un sommaire impartial et exact de leurs pratiques ou politiques relatives aux opérations de couverture sur titres de la société, de sa société mère et de toute filiale de la société ou de la société mère, y compris les personnes visées et les catégories d'opérations de couverture qui sont restreintes ou autorisées. La SEC a décidé de ne pas définir le terme « couverture », préférant s'en remettre aux entreprises pour fournir de l'information sur tout arrangement qui pourrait limiter ou contrebalancer une baisse de la valeur des titres.

Aux termes des règles canadiennes de divulgation de la rémunération des cadres supérieurs, les entreprises sont tenues de divulguer si leurs hauts dirigeants (généralement, le PDG, le directeur financier et les trois dirigeants suivants les mieux rémunérés) ou leurs administrateurs sont autorisés à acheter des instruments financiers en vue de couvrir des risques associés à la propriété de titres de participation, que ces titres aient, ou non, été accordés en tant que rémunération. En faisant leurs recommandations sur le vote consultatif sur la rémunération, ISS et Glass Lewis ont tenu compte du caractère adéquat de la divulgation de l'entreprise à l'égard de ses pratiques de gestion du risque lié à la rémunération, y compris les politiques anti-couverture. Même si les entreprises canadiennes qui sont des émetteurs privés étrangers aux termes des lois sur les valeurs mobilières des États-Unis ne sont pas assujetties à la nouvelle exigence de divulgation des États-Unis, elles pourraient vouloir songer à modifier leur approche de la couverture, à la lumière des renseignements supplémentaires qui sont maintenant présentés par les entreprises assujetties aux règles de communication des circulaires de sollicitation de procurations aux États-Unis.

## Les régimes d'aliénation de titres automatique font l'objet d'un examen au Canada

En octobre, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières [ont annoncé](#) qu'elles entreprenaient un examen des régimes d'aliénation de titres automatique (RATA). Les RATA permettent aux initiés de procéder à la vente de titres d'un émetteur par l'entremise d'un administrateur n'ayant aucun lien de dépendance avec eux, conformément à des directives préétablies. Même si les lois sur les valeurs mobilières des provinces et des territoires prévoient un moyen de défense contre les allégations de délit d'initié dans le cas d'opérations effectuées dans le cadre de RATA, il n'existe aucun cadre pancanadien régissant ces régimes.

Les entreprises devront être prêtes à réagir, étant donné que les modifications législatives et réglementaires amorcées en 2019 commencent à entrer en vigueur.

---

## AUTEURS



**Lynne Lacoursière**

Associée, Droit  
des sociétés

**llacoursiere@osler.com**

416.862.4719



**Andrew MacDougall**

Associé, Droit  
des sociétés

**amacdougall@osler.com**

416.862.4732



RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS FINANCIERS

---

# Principaux développements dans la réglementation des marchés financiers et la défense des crimes économiques

L'année a été marquée par une forte activité réglementaire, législative et politique, ce qui a eu une forte incidence sur les mesures d'application de la loi visant les marchés financiers et les crimes économiques. Les nouvelles structures d'application et les mesures législatives témoignent du désir politique de permettre aux organismes d'application de la loi de mieux combattre le crime économique. Par contre, l'utilisation efficace des nouveaux « accords de réparation » a été menacée par les événements hautement médiatisés mettant en cause SNC-Lavalin (SNC).

## L'Ontario crée le Bureau de la lutte contre la fraude grave

En août 2019, le gouvernement de l'Ontario [a annoncé la création](#) de son Bureau de la lutte contre la fraude grave (le BLFG de l'Ontario), groupe de travail mixte composé d'enquêteurs et de procureurs de la Couronne spécialisés qui disposent des ressources nécessaires pour s'attaquer aux crimes économiques complexes. La création du BLFG de l'Ontario fait suite à l'établissement de structures semblables au Royaume-Uni et aux États-Unis. Le BLFG se concentrera essentiellement sur les cas de fraude ou de corruption graves ou complexes, et il aura le pouvoir de demander des sanctions pénales. On s'attend à ce que le BLFG de l'Ontario œuvre de concert avec les organismes d'application de la loi de l'Ontario et adopte une approche intégrée des enquêtes complexes semblable à celle de l'équipe intégrée de la police des marchés financiers de la GRC et de l'Unité permanente anticorruption du Québec.

À ce stade précoce, on dispose de peu de détails sur le BLFG de l'Ontario. Aucune directive ni aucun autre document n'ont été publiés.

Le mandat du BLFG sera limité par les contraintes relatives à la compétence. Comme les fraudes financières compliquées dépassent souvent les frontières provinciales, une stratégie d'application nationale donnerait lieu à une approche plus globale et plus cohérente et rehausserait, à l'échelle mondiale, la réputation de nos marchés en ce qui concerne la lutte contre les crimes économiques et les mesures d'application.

## Le groupe de travail sur la réduction du fardeau réglementaire de la CVMO

En janvier 2019, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) [a annoncé](#) la formation d'un groupe de travail sur la réduction du fardeau réglementaire, visant à atténuer le fardeau qu'impose la réglementation et à accroître la compétitivité. Dans le cadre de cette initiative, la CVMO a lancé un processus de consultation publique comportant trois tables rondes, tenues en mars et en mai 2019, au cours desquelles les parties prenantes ont présenté des suggestions sur les façons de réduire le fardeau réglementaire.

Le 19 novembre 2019, le groupe de travail sur la réduction du fardeau réglementaire a publié son rapport final. Ce rapport fait état de plus d'une centaine d'initiatives axées sur 34 préoccupations sous-jacentes qui ont été soulevées par des membres du personnel et par des parties prenantes au cours du processus de consultation publique. La CVMO a confirmé que les initiatives de réduction du fardeau qui relèvent entièrement de sa compétence seront mises en œuvre d'ici un an. D'autres changements (ceux qui nécessitent des modifications législatives, une harmonisation avec d'autres organismes de réglementation ou des investissements à long terme dans la technologie, les systèmes ou l'expertise) seront prévus à plus long terme.

Au cours de la mise en œuvre, le marché a fortement appuyé le passage d'une approche de la réglementation axée sur les règles à une approche fondée sur les principes. Conformément à la tendance générale en matière de lois et

règlements au Canada, le fait de délaissier une approche fondée sur une « liste de vérification » pour adopter une approche davantage axée sur les principes est perçu comme un changement favorisant l'efficacité, la souplesse et l'innovation.

## Examen de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario

Dans son [Énoncé économique de l'automne 2019](#), le gouvernement de l'Ontario a annoncé qu'il allait procéder à un vaste examen et à la modernisation de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, qui n'avait pas été passée en revue depuis 15 ans. L'objectif déclaré de l'Ontario est de moderniser le cadre réglementaire des valeurs mobilières afin qu'il puisse s'adapter à l'innovation et à l'évolution rapide du marché. Un groupe de travail sur la modernisation des valeurs mobilières sera mis sur pied en vue d'obtenir les commentaires des parties prenantes et de présenter des recommandations stratégiques sur des aspects cruciaux ciblés par le gouvernement, comme le renforcement de la compétitivité, la structure réglementaire, l'efficacité de la réglementation et la protection des investisseurs.

Par ailleurs, le gouvernement de l'Ontario a annoncé qu'il adopterait une loi abrogeant la *Loi sur la Bourse de Toronto* et modifiant la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario afin, notamment, de permettre à la CVMO de rendre des décisions générales soutenant une plus grande efficacité des marchés financiers.

## De nouveaux pouvoirs pour la B.C. Securities Commission

En octobre 2019, le gouvernement de la Colombie-Britannique a présenté des [modifications](#) à la *Loi sur les valeurs mobilières* de la Colombie-Britannique, ce qui aura pour effet d'augmenter considérablement les pouvoirs d'application de la loi de la British Columbia Securities Commission (BCSC) en vue de lutter contre le crime économique. Par ailleurs, ces réformes établiront un système moderne de réglementation des produits dérivés et des repères financiers qui sera harmonisé avec ceux des autres territoires de compétence du Canada. En annonçant ces réformes, le ministre des Finances de la Colombie-Britannique a déclaré que la nouvelle législation permet au BCSC d'offrir les meilleures protections au Canada pour ceux qui investissent, et d'appliquer les pénalités les plus lourdes pour ceux qui ne suivent pas les règles.

Le projet de loi ajoutera un certain nombre de nouveaux outils à la trousse dont dispose déjà la BCSC en matière d'enquête et de collecte, notamment les suivants : le pouvoir d'obtenir des renseignements et de contraindre des témoins à témoigner ; une hausse des amendes maximales et des peines d'emprisonnement pour les infractions touchant les valeurs mobilières (peine d'emprisonnement de cinq ans et amende de 5 millions de dollars) ; des sentences minimums pour les récidivistes (au moins un an d'emprisonnement pour les récidivistes et pour les fraudes de plus de 1 million de dollars) ; la capacité d'imposer des sanctions administratives pécuniaires sans tenue d'audience pour les infractions aux règlements ou aux décisions ; le renforcement des obligations et des sanctions concernant la conservation

En annonçant ces réformes, le ministre des Finances de la Colombie-Britannique a déclaré que la nouvelle législation permet au BCSC d'offrir les meilleures protections au Canada pour ceux qui investissent, et d'appliquer les pénalités les plus lourdes pour ceux qui ne suivent pas les règles.

des dossiers (y compris les données informatiques) ; la protection des dénonciateurs ; et l'accroissement des pouvoirs de la BCSC en matière de gel et de saisie de biens, dont les REER.

## Activités d'application de la loi

### a) Aperçu de récentes procédures visant des crimes économiques

La dernière année a été marquée par certains développements concernant les crimes économiques et les mesures d'application.

Des procureurs canadiens ont obtenu deux condamnations en vertu de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (LCAPE), dans l'affaire *R. v. Barra and Govindia*. Cette affaire découle des mêmes faits que dans une affaire jugée en 2013, dans le cadre de laquelle Nazir Karigar avait été reconnu coupable d'avoir comploté de verser des pots-de-vin à des représentants d'Air India et au ministre indien de l'Aviation civile en vue d'obtenir un important contrat. Il s'agit de la première condamnation au Canada en vertu de la LCAPE, depuis ce temps. Barra et Govindia ont été condamnés pour avoir enfreint le paragraphe 3(1) de la LCAPE, qui interdit d'offrir ou de convenir d'offrir des avantages à des agents publics étrangers. Dans sa décision, la Cour a fourni des indications utiles sur ce qui constitue un « complot continu » visant à verser des pots-de-vin, aux termes de la LCAPE. Chacun des défendeurs a été condamné à 30 mois d'emprisonnement.

Les procureurs ont également obtenu une condamnation notable pour le stratagème de corruption qui a permis à SNC d'obtenir un contrat de 1,3 milliard de dollars pour la construction du Centre universitaire de santé McGill (CUSM). Le 1<sup>er</sup> février 2019, l'ancien PDG de SNC, Pierre Duhaime, a plaidé coupable d'abus de confiance pour le rôle qu'il a joué dans le stratagème. Pierre Duhaime a été condamné à 20 mois de détention à domicile et à 240 heures de travail communautaire, et il doit verser un don de 200 000 \$ à des victimes de crime. La condamnation de Pierre Duhaime fait suite à celle de Yenai Elbaz, ex-directeur général du CUSM condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans pour sa participation au stratagème.

### b) Développements dans les dénonciations

En février 2019, la CVMO a annoncé qu'elle avait accordé ses toutes premières récompenses dans le cadre du Programme de dénonciation, lancé en 2016. Trois dénonciateurs, dans des affaires différentes, ont reçu au total 7,5 millions de dollars pour avoir, selon la CVMO, fourni des « renseignements de haute qualité, opportuns, précis et crédibles, ce qui a permis de mettre de l'avant des mesures d'application qui ont donné lieu à des paiements monétaires à la CVMO ». Cependant, l'une des principales lacunes du programme est le manque de transparence quant aux destinataires de ces récompenses, aux affaires concernées et à la nature des renseignements.

## c) Développements concernant l'application de la réglementation sur les marchés financiers

Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les ACVM) ont publié leur [Rapport sur l'application de la loi](#) annuel pour l'exercice 2018-2019, qui présente des statistiques sur l'application de la loi ainsi que les priorités des ACVM. Cette année, l'accent était placé sur l'application de la loi à l'heure du numérique ; plus particulièrement, il était question de décourager les abus touchant les cryptomonnaies.

Le rapport souligne que les membres des ACVM ont poursuivi l'élaboration et le déploiement de nouvelles technologies qui améliorent leur capacité de scruter le fonctionnement de nos marchés. Citons notamment la plateforme d'analyse des marchés (MAP pour Market Analysis Platform), conçue pour aider les membres des ACVM à mieux cerner et analyser les abus sur le marché au moyen d'un système central de dépôt et d'analyse de données.

Le Rapport sur l'application de la loi présente également des statistiques pour l'exercice : les membres des ACVM ont mené à terme 94 causes, impliquant 177 intimés, une légère baisse par rapport à 2018. La grande majorité de ces causes avaient trait à des placements illégaux (72 affaires) et à des fraudes (32 affaires), ce qui concorde avec les proportions énoncées dans le rapport de 2018.

Les amendes et les sanctions administratives infligées au cours de l'exercice ont légèrement augmenté par rapport à l'exercice précédent (elles sont passées de 65 millions de dollars à 77,5 millions de dollars), une forte augmentation ayant été notée pour les restitutions et les remises de sommes.

En 2019, diverses affaires ont traduit l'engagement soutenu des organismes de réglementation à la prise de mesures d'application, ainsi que la volonté des tribunaux à imposer des pénalités importantes :

- La CVMO a accepté un règlement de 30 millions de dollars dans l'affaire Katanga Mining Limited, ce qui constitue l'une des sanctions pécuniaires les plus lourdes de l'histoire de la CVMO. En décembre 2018, un comité de la CVMO a approuvé le règlement, qui avait trait à des inexactitudes dans les états financiers de Katanga ainsi qu'à des infractions en matière de divulgation et de lacunes dans les contrôles internes relatifs à son exploitation en République démocratique du Congo.
- La Direction des enquêtes criminelles de la BCSC a ouvert une enquête sur Ayaz Dhanani, et des accusations ont ensuite été portées en vertu du *Code criminel* et de la *Loi sur les valeurs mobilières* de la Colombie-Britannique. Ayaz Dhanani a été accusé d'avoir frauduleusement sollicité, auprès de résidents de la Colombie-Britannique, près de 200 000 \$ d'investissements qu'il s'est appropriés. Il contrevenait ainsi à une ordonnance de la BCSC, qui avait fait suite à la conduite frauduleuse de M. Dhanani et qui lui interdisait de s'adonner à des activités liées aux investissements. M. Dhanani a été condamné à une lourde peine d'emprisonnement de 36 mois, en plus de devoir restituer les sommes aux cinq victimes.

Les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens continuent à faire enquête et à prendre des mesures d'application contre les auteurs présumés d'actes répréhensibles dans le monde des cryptoactifs.

- La Cour d'appel de l'Ontario a [confirmé la décision d'un comité de la CVMO](#) concernant Sino-Forest Corporation. Le comité de la CVMO a conclu que des dirigeants de Sino-Forest avaient orchestré une fraude complexe visant à gonfler les actifs et les revenus de la société. La Cour d'appel a confirmé certaines des pénalités les plus importantes imposées par la CVMO, notamment des sanctions administratives, la remise de profits et l'interdiction à vie de participer au marché.
- La CVMO a approuvé des ententes de règlement avec deux banques canadiennes relativement à la surveillance et aux contrôles dans le commerce de devises de ces banques entre 2011 et 2013. Les deux banques ont collaboré avec la CVMO et ont accepté volontairement de verser des paiements en vue d'aider la CVMO à remplir son mandat, qui consiste à protéger les investisseurs, et de couvrir les coûts de l'enquête menée par le personnel de la CVMO. Les deux banques ont amélioré par la suite les régimes de surveillance et de contrôle de leurs activités sur le marché des devises.

## Avancées dans le secteur des cryptomonnaies

Les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens continuent à faire enquête et à prendre des mesures d'application contre les auteurs présumés d'actes répréhensibles dans le monde des cryptoactifs :

- En février 2019, la CVMO a obtenu une ordonnance permanente interdisant en Ontario les opérations sur titres à une société établie à Dubaï qui offrait des produits financiers associés à des cryptomonnaies en Ontario.
- En juillet 2019, la CVMO a approuvé le règlement avec CoinLaunch Corp., qui agissait à titre de « société d'experts-conseils spécialisés en cryptoactifs » offrant des services de marketing et de promotion à d'éventuels émetteurs de jetons de cryptoactifs. CoinLaunch a été reconnue coupable du non-respect des exigences d'inscription à titre de courtier en vertu des lois sur les valeurs mobilières de l'Ontario, et a convenu de verser quelque 50 000 \$ en pénalités, remises de sommes et frais. Même si, de l'avis de la CVMO, la sanction pécuniaire était « relativement modeste », la CVMO a souligné le fait que les sociétés du secteur des cryptoactifs qui ne respectent pas les obligations d'inscription doivent s'estimer « prévenues » et « peuvent raisonnablement s'attendre à des conséquences plus graves » à l'avenir.
- En Colombie-Britannique, la BCSC a ouvert des enquêtes sur deux plateformes de négociation de cryptoactifs. Elle a obtenu une ordonnance du tribunal visant la nomination d'un séquestre intérimaire dans le cadre de l'une de ces enquêtes, car la plateforme n'avait pas fourni à la BCSC les renseignements demandés.

Des mesures d'application semblables ont été prises aux États-Unis par la *Securities and Exchange Commission* à l'encontre de participants au monde des cryptoactifs. Consultez notre article intitulé [Éclaircissement de la réglementation sur les cryptoactifs](#) pour de plus amples renseignements sur les cryptoactifs.

## Le point sur les accords de réparation

Le régime d'accords de réparation du Canada connaît des débuts difficiles. En septembre 2018, un régime d'accords de poursuite suspendue (APS) a été adopté en vertu des lois canadiennes. Un accord de réparation (entente volontaire entre la Couronne et une organisation accusée de certains crimes économiques tels que la fraude et la subornation) constitue une solution de rechange à la poursuite d'une organisation pour infractions criminelles. Si un accord de réparation est conclu, l'enquête ou la poursuite en cours est suspendue et l'organisation doit prendre parallèlement des engagements précis qu'elle doit honorer afin d'éviter de faire face à de potentielles accusations criminelles. Une fois que la société faisant l'objet de l'accusation a respecté les conditions de l'accord de réparation, les accusations sont abandonnées. Les accords de réparation doivent être approuvés par un juge, qui doit être d'avis que l'accord est dans l'intérêt public et que les conditions de l'accord sont équitables, raisonnables et proportionnées.

Le but sous-jacent du régime d'APS est d'inciter les entreprises à déclarer volontairement leurs actes répréhensibles et à atténuer les conséquences négatives de ces actes sur des tiers innocents, y compris les employés innocents de l'organisation accusée. Quoi qu'il en soit, en ce qui concerne les infractions aux termes de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers*, la Couronne ne peut pas prendre en compte l'intérêt économique national, les effets potentiels sur les relations avec un État autre que le Canada, ou l'identité de l'organisation ou de la personne en cause, dans sa décision d'offrir ou non un APS.

Aucun accord de réparation n'a été annoncé au Canada depuis l'entrée en vigueur du régime d'APS. L'une des premières demandes déposées en vue de profiter du nouveau régime d'APS a donné lieu à une tempête politique. Le directeur des poursuites pénales (DPP) a refusé d'inviter SNC à négocier un accord de réparation découlant d'accusations de fraude et de corruption à l'étranger. Par la suite, la ministre de la Justice et procureure générale de l'époque a accusé le Cabinet du premier ministre de tentative d'ingérence politique dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuite, en faisant pression sur elle pour qu'elle réexamine la décision du DPP. SNC a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision du DPP auprès de la Cour fédérale, qui [a confirmé](#) que la décision d'inviter ou non une organisation à négocier un règlement relève du pouvoir discrétionnaire de poursuite du DPP et que, par conséquent, elle ne peut faire l'objet d'un contrôle par les tribunaux, sauf en cas d'abus de procédure.

## Conclusion

Les activités d'application de la loi qui ont eu lieu au cours de la dernière année ont témoigné des efforts constants visant à réformer et à améliorer les outils et les approches, à préciser l'orientation des organismes d'application de la loi, et à éviter certaines retombées de controverses qui pourraient avoir des conséquences inattendues.

## AUTEURS



**Lawrence E. Ritchie**  
Associé, Litige  
**lritchier@osler.com**  
416.862.6608



**Stéphane Eljarrat**  
Associé, Litige  
**seljarrat@osler.com**  
514.904.8118 (Montréal)  
416.862.6623 (Toronto)



**Shawn Irving**  
Associé, Litige  
**sirving@osler.com**  
416.862.4733



**Lauren Tomasich**  
Associée, Litige  
**ltomasich@osler.com**  
416.862.6434



**Malcolm Aboud**  
Sociétaire, Litige  
**maboud@osler.com**  
416.862.4207



**Frédéric Plamondon**  
Sociétaire, Litige  
**fplamondon@osler.com**  
514.904.8109



RÉGLEMENTATION DES SERVICES FINANCIERS

# Réglementation des services financiers : la tendance est aux initiatives intégrées de protection des consommateurs

Dans la décennie qui a suivi immédiatement la crise financière, la réforme réglementaire des services financiers a largement porté sur la solvabilité et sur les normes de fonds propres. Au cours des dernières années, on a observé un virage notable : les pratiques du marché et la protection des consommateurs sont devenues un point de convergence réglementaire au sein du secteur des services financiers. Parallèlement, les décideurs politiques se sont employés à promouvoir non seulement les modifications législatives, mais aussi une importante réforme du cadre réglementaire et de l'approche de la réglementation. Les organismes de réglementation (enfin!) semblent plus modernes, souples, réactifs et coopératifs. Par conséquent, nous constatons une tendance à l'harmonisation de la réglementation entre les territoires

de compétence, les prestataires de services financiers et les services et produits financiers. Cela signifie que les pratiques exemplaires pour assurer la conformité aux pratiques du marché et aux exigences de protection des consommateurs ne sont pas nécessairement propres à un secteur particulier, mais pourraient et devraient provenir d'un vaste éventail de sources à l'échelle des entreprises du secteur.

Nous vous présentons ci-dessous en détail les derniers développements notables dans le domaine des pratiques du marché et de la protection des consommateurs, qui traduisent ces thèmes de l'harmonisation réglementaire et de la collaboration. Ces faits nouveaux mettent en lumière la nécessité de prendre des mesures intégrées en ce qui concerne la conformité.

## Des nouveaux organismes de réglementation en Ontario et en Colombie-Britannique

En 2019, deux nouveaux organismes de réglementation, l'Autorité ontarienne de réglementation des services financiers (ARSF)<sup>1</sup> et la British Columbia Financial Services Auteurity (BCFSA), ont vu le jour et assumé les fonctions de réglementation de leurs prédécesseurs provinciaux. Les mandats de ces deux nouveaux organismes sont semblables : favoriser une réglementation efficace et uniforme à l'échelle du Canada, promouvoir l'adoption de codes des pratiques du marché sectoriels et améliorer la réglementation touchant les intermédiaires en assurance ainsi que les courtiers hypothécaires.

### L'ARSF lance son plan d'affaires

Depuis le 8 juin 2019, l'ARSF assume les responsabilités réglementaires qui relevaient avant cette date de la Commission des services financiers de l'Ontario (CSFO) et de la Société ontarienne d'assurance-dépôts (voir le [billet sur notre blogue](#) à ce sujet). Auparavant, ces organismes surveillaient les produits d'assurance et les assureurs assujettis à la réglementation provinciale, les caisses populaires, les sociétés de prêt et de fiducie, les régimes de retraite, les courtiers hypothécaires et certains prestataires de services d'assurance automobile. D'après les déclarations et les remarques publiées par l'ARSF à l'intention du secteur, ainsi que notre expérience avec l'ARSF à ce jour, les parties prenantes peuvent s'attendre à une approche de la réglementation fondée sur des principes qui soit plus coopérative et plus souple que ne l'était la norme sous l'égide de la CSFO. Le mandat de l'ARSF consiste notamment à favoriser une réglementation efficace et uniforme à l'échelle du Canada. Dans cette optique, l'ARSF a déclaré qu'elle pourrait exhorter d'autres organismes de réglementation à agir, si l'entité ou la personne en question relève de la compétence de plus d'un organisme. Les frontières pourraient ainsi être abolies entre les provinces (p. ex. un courtier hypothécaire pourrait être inscrit tant en Ontario qu'en Colombie-Britannique) ou entre les secteurs d'activité (p. ex. une personne qui se livre au commerce de plus d'un produit réglementé).

Les tendances actuelles en matière réglementaire indiquent que les pratiques exemplaires pour assurer la conformité aux pratiques du marché et aux exigences de protection des consommateurs ne sont pas nécessairement propres à un secteur particulier, mais pourraient et devraient provenir d'un vaste éventail de sources à l'échelle des entreprises du secteur.

<sup>1</sup> L'associé d'Osler Lawrence Ritchie siège au conseil de l'ARSF.

Le plan d'affaires 2019-2022 de l'ARSF, approuvé par le ministère des Finances de l'Ontario, comporte deux grandes priorités :

- **L'allègement des tâches** : l'ARSF passera en revue l'ensemble des 1 100 documents de réglementation et d'orientation hérités de ses prédécesseurs et simplifiera ou supprimera tout document inutile, lorsque ce sera possible. Cette priorité concorde avec le plan du gouvernement de l'Ontario de 2018, qui était de réduire de 25 % les formalités administratives ayant trait à la réglementation, d'ici 2020.
- **L'efficacité réglementaire** : l'ARSF assurera l'atteinte des objectifs législatifs et la protection de l'intérêt du public grâce aux moyens suivants : l'accroissement de l'expertise à l'égard des consommateurs, du secteur et de la réglementation; la collaboration, la transparence et des processus efficaces; et le recours à la technologie et à l'innovation.

En plus d'énoncer son mandat général, le plan d'affaires de l'ARSF présente des initiatives réglementaires particulières à certains secteurs.

- **Caisses populaires** : l'ARSF prévoit intégrer la surveillance prudentielle de la conduite, moderniser le cadre réglementaire et adopter un code de conduite sectoriel, qui pourrait être identique au *Code des pratiques du marché* récemment publié par l'Association canadienne des coopératives financières, ou s'en inspirer. Par ailleurs, l'ARSF prévoit garantir un cadre approprié pour la résolution et pour le fonds de réserve d'assurance-dépôts (FRAD).
- **Assurance** : l'objectif de l'ARSF dans ce secteur est d'adopter des normes de conduite efficaces et d'améliorer l'efficacité et l'efficience de l'octroi de permis. Un autre objectif consiste à harmoniser [la ligne directrice pour le traitement équitable des consommateurs des services financiers](#) avec l'orientation nationale, comme les lignes directrices du Conseil canadien des responsables de la réglementation d'assurance et des Organismes canadiens de réglementation en assurance, intitulées [Conduite des activités d'assurance et traitement équitable des clients](#).
- **Courtage hypothécaire** : dans ce secteur, l'ARSF prévoit surveiller les investissements dans des hypothèques syndiquées (IHS), mais procédera au transfert harmonieux de la surveillance des offres d'IHS non qualifiées à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO). De plus, l'ARSF s'emploiera à améliorer l'efficacité et l'efficience de l'octroi de permis, et adoptera un code de conduite sectoriel.

En plus de ces objectifs, le gouvernement de l'Ontario a annoncé, dans son [Exposé automne 2019](#), publié le 6 novembre 2019, qu'il procédera à un examen législatif de la *Loi de 1994 sur les caisses populaires et les credit unions*, de la *Loi de 2006 sur les maisons de courtage d'hypothèques, les prêteurs hypothécaires et les administrateurs d'hypothèques* et de la *Loi sur les sociétés coopératives*.

L'examen du cadre législatif des caisses populaires est déjà en cours, car la date limite pour présenter des commentaires sur le document de consultation intitulé [Un cadre moderne pour les caisses populaires/credit unions en Ontario : réduire les formalités administratives et accroître les investissements](#) était le 16 août 2019. Le document de consultation sollicitait, entre autres, des commentaires sur ce qui suit : les moyens de permettre aux caisses populaires de faire des affaires

plus facilement en Ontario et de stimuler la compétitivité; les processus de règlement des différends et la nécessité d'avoir un ombudsman; le traitement réglementaire des organismes centraux et des fédérations, en faisant remarquer que la plupart des caisses populaires de l'Ontario sont membres de Central 1, centrale réglementée par la Colombie-Britannique; la titrisation et un cadre de financement; les pouvoirs d'affaires et d'investissement, particulièrement en ce qui a trait aux entreprises de technologie financière; l'accès aux capitaux; l'amélioration de l'expérience client et de la protection des clients; le cadre relatif aux dépôts non réclamés; la gouvernance d'entreprise; et les façons de favoriser l'innovation.

De plus, l'examen de la législation sur les courtiers hypothécaires est également en cours. Le [\*Rapport au ministre des Finances sur l'examen de la Loi de 2006 sur les maisons de courtage d'hypothèques, les prêteurs hypothécaires et les administrateurs d'hypothèques\*](#) (le Rapport), qui est le fruit de l'examen quinquennal de la loi, a été publié le 30 septembre 2019. Le Rapport note que la création de l'ARSF constitue une occasion d'« adapter » la réglementation aux secteurs qu'elle supervise. Le Rapport comporte une recommandation visant à exiger une formation spécialisée pour l'obtention de permis applicables aux courtiers qui exercent leurs activités dans des domaines de pratique qui nécessitent des connaissances et des compétences supplémentaires.

Nous nous attendons à voir des thèmes émerger au sein des secteurs des caisses populaires, de l'assurance et du courtage hypothécaire, à mesure que l'ARSF modernise la législation, harmonise et regroupe ses lignes directrices, et élabore ou adopte des codes sectoriels traduisant les enjeux communs qui surviennent dans la réglementation de tous ces secteurs.

## La BCFSa prend le relais

Le 1<sup>er</sup> novembre 2019, la BCFSa a pris le relais en assumant les responsabilités de la Financial Institutions Commission of British Columbia (FICOM), y compris la surveillance des caisses populaires, des sociétés de fiducie, des fournisseurs d'assurance et intermédiaires en assurance, et des courtiers hypothécaires, ainsi que l'administration de la Credit Union Deposit Insurance Corporation.

Tout comme l'ARSF, la BCFSa a pour mandat d'adopter une approche plus moderne de la réglementation et d'assurer l'uniformité avec les autres organismes de réglementation. La création de la BCFSa découle d'un examen indépendant réalisé en 2017 à la suite du rapport du vérificateur général de la Colombie-Britannique qui faisait état de lacunes à la FICOM, dont le défaut de se conformer aux normes sectorielles internationales. Par conséquent, nous prévoyons que la BCFSa entreprendra des initiatives de modernisation et d'harmonisation semblables à celles qui ont été annoncées par l'ARSF.

Il se profile également à l'horizon des modifications proposées à la [\*Financial Institutions Amendment Act, 2019\*](#) (projet de loi 37), qui a franchi l'étape de la troisième lecture le 20 novembre 2019 et a reçu la sanction royale le 28 novembre 2019. Ces modifications comprennent :

- de nouvelles règles relatives à la vente en ligne d'assurance en Colombie-Britannique, qui seront énoncées dans la réglementation (non encore publiée) ainsi que dans des règles supplémentaires adoptées par la BCFSa;

- l'exigence, pour les compagnies d'assurance, d'adopter un code de conduite du marché qui sera établi par la BCFSa, et de s'y conformer;
- l'exigence, pour les caisses populaires, d'adopter un code de conduite du marché, qui, tout comme en Ontario, pourrait s'inspirer du Code de conduite du marché de l'Association canadienne des coopératives financières, qui doit être déposé auprès de la BCFSa;
- l'exigence, pour les caisses populaires, d'établir des procédures de traitement des plaintes, qui doivent être publiées sur le site Web de la caisse et être accessibles sur demande;
- l'instauration d'un régime d'octroi de permis restreints d'agents d'assurance à des parties telles que des prêteurs qui vendent des types précis d'assurance connexes à leurs activités commerciales (p. ex. l'assurance crédit). Ce régime pourrait s'apparenter aux régimes d'octroi de permis restreints aux agents en Alberta, au Manitoba et en Saskatchewan. Les règles et les exigences relatives à ce régime seront établies par l'Insurance Council of British Columbia.

## Nouvelle commissaire à l'ACFC

M<sup>me</sup> Lucie Tedesco a quitté ses fonctions de commissaire le 3 juin 2019, au terme de 11 années auprès de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC). Après une brève période intermédiaire, M<sup>me</sup> Judith Robertson a été nommée commissaire, en date du 19 août 2019, pour un mandat de cinq ans. Au moment de sa nomination, M<sup>me</sup> Robertson était administratrice à l'ARSA à titre de membre fondateur du conseil; elle avait auparavant été commissaire de la CVMO, de 2011 à 2017. Elle avait précédemment acquis une vaste expérience en tant que cadre supérieure dans les secteurs des marchés financiers et des services financiers.

En novembre 2019, l'ACFC n'avait affiché aucune nouvelle décision depuis la décision finale de la commissaire Tedesco, soit la décision n° 134, affichée le 4 juin 2019. Par conséquent, nous ne disposons d'aucune publication permettant de savoir si l'ACFC abordera les décisions d'une manière différente sous la gouverne de M<sup>me</sup> Robertson. Compte tenu de la vaste expérience de la nouvelle commissaire, et plus particulièrement de son expérience auprès de la CVMO, il sera intéressant de suivre l'évolution de l'ACFC sous sa direction.

## Des changements notables dans les lois sur la protection des consommateurs

La convenance au client (qui a traditionnellement été le point de mire de la réglementation sur les intermédiaires en assurance et les conseillers en valeurs mobilières) est un concept qui a été adopté à une plus vaste échelle au sein du secteur des services financiers. L'accent a été placé plus particulièrement sur l'amélioration de la réglementation visant à protéger les consommateurs vulnérables comme les aînés et les emprunteurs dont les coûts de crédit sont élevés. Nous abordons quatre faits nouveaux relatifs à cette tendance ci-dessous.

La convenance au client (qui a traditionnellement été le point de mire de la réglementation sur les intermédiaires en assurance et les conseillers en valeurs mobilières) est un concept qui a été adopté à une plus vaste échelle au sein du secteur des services financiers.

## Code de conduite pour la prestation de services bancaires aux aînés

Au terme de nombreuses consultations, l'Association des banquiers canadiens a publié le [Code de conduite pour la prestation de services bancaires aux aînés](#). Ce code de conduite volontaire s'applique aux banques qui offrent des produits et services bancaires aux aînés du Canada, et il est supervisé par l'ACFC. Le terme « aîné » est défini dans le code comme une personne au Canada âgée d'au moins 60 ans et qui effectue des opérations non commerciales. Même si certains aspects du code n'entreront pas en vigueur avant le 1<sup>er</sup> janvier 2020 ou le 1<sup>er</sup> janvier 2021, depuis le 25 juillet 2019, les banques devraient : tenir compte des données démographiques du marché et des besoins des aînés lorsqu'elles procèdent à la fermeture de succursales (principe 6) et s'efforcer d'atténuer les préjudices financiers potentiels pour les aînés (principe 5). Le principe 5 pourrait poser des défis, car il exige que les membres du personnel de première ligne établissent l'équilibre entre la sécurité et l'autonomie. De nombreux prestataires de services indiquent qu'ils ont de la difficulté à convaincre les aînés de la réalité des escroqueries amoureuses et d'autres types de fraudes financières, ainsi que d'abus visant les aînés.

## Nouveaux régimes de crédit à coût élevé

L'Alberta a emboîté le pas au Manitoba et a instauré un [régime de crédit à coût élevé](#) le 1<sup>er</sup> janvier 2019, alors que le [régime du Québec](#) est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2019. La publication de la réglementation visant la mise en œuvre du régime de crédit à coût élevé en Colombie-Britannique (énoncée dans le [Bill 7 – 2019: Business Practices and Consumer Protection Amendment Act, 2019](#)) se fait toujours attendre. Ce régime aura une incidence sur les prêteurs et les bailleurs en Colombie-Britannique dont les tarifs sont égaux ou supérieurs au seuil du « coût élevé ». Si la Colombie-Britannique suit les traces de l'Alberta et du Manitoba, ce seuil s'établira au taux effectif de 32 % ou plus par année.

## Mise en œuvre du projet de loi 134 au Québec

Les fournisseurs de services financiers qui exercent leurs activités au Québec ont été extrêmement occupés au premier semestre de 2019 alors qu'ils mettaient en œuvre les nombreuses modifications énoncées dans le projet de loi 134, la [Loi visant principalement à moderniser des règles relatives au crédit à la consommation et à encadrer les contrats de service de règlement de dettes, les contrats de crédit à coût élevé et les programmes de fidélisation](#) ainsi que [les règlements d'application](#). Les changements les plus importants du projet de loi 134 sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2019. Parmi les changements les plus difficiles à mettre en œuvre, on compte les nouvelles exigences concernant les cartes de crédit, notamment l'augmentation controversée des paiements minimums obligatoires, sujet qui a été largement médiatisé au Québec. Les fournisseurs de crédit et les bailleurs sont également tenus d'évaluer la capacité du consommateur à rembourser un prêt ou à effectuer les paiements de location-bail, ce qui n'est exigé par aucune autre loi provinciale en matière de prêts.

## Projet de loi C-86

Des consultations auprès des acteurs sectoriels à propos de la réglementation aux termes du nouveau cadre fédéral de protection des consommateurs instauré en octobre 2018 (*Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*) ont eu lieu en 2019. Les institutions financières sous réglementation fédérale continuent de faire face aux vastes répercussions du projet de loi, y compris les dispositions supplémentaires concernant les pratiques de vente.

## En conclusion

Étant donné tous les changements en cours, nul doute que l'année 2020 sera fort occupée. En plus de suivre de près ces développements, nous sommes impatients de voir si les cadres de gouvernance et de rémunération convergeront, et comment ils le feront, pour s'harmoniser avec ces objectifs et ces thèmes liés aux pratiques du marché.

---

### AUTEURS



**Lawrence E. Ritchie**  
Associé, Litige  
[lritchie@osler.com](mailto:lritchie@osler.com)  
416.862.6608



**Victoria Graham**  
Associée, Droit  
des sociétés  
[vgraham@osler.com](mailto:vgraham@osler.com)  
416.862.4856



**Elizabeth Sale**  
Associée, Services  
financiers et bancaires  
[esale@osler.com](mailto:esale@osler.com)  
416.862.6816



DROIT DE LA CONCURRENCE

---

# Développements en droit de la concurrence : priorités en matière d'application de la loi et dossiers notables

En mars 2019, Matthew Boswell a été nommé commissaire de la concurrence pour un mandat de cinq ans. Depuis la nomination du commissaire Boswell, deux priorités claires en matière d'application de la loi sont apparues qui sont susceptibles de façonner son mandat : l'application de la loi dans l'économie numérique et la détection et l'examen des fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis.

Cette année, la jurisprudence en matière de droit de la concurrence a également connu deux développements importants. Dans l'affaire *Le commissaire de la concurrence c. Administration aéroportuaire de Vancouver*, le Tribunal de la concurrence a confirmé que la justification commerciale de la conduite est la considération primordiale dans une affaire d'abus de position dominante. Dans l'affaire *Pioneer Corp. c. Godfrey*, la Cour suprême du Canada a revu et rajusté les règles de base qui régissent l'accès aux actions collectives des consommateurs au Canada, particulièrement en ce qui concerne l'obtention de dommages-intérêts pour préjudice anticoncurrentiel.

## Économie numérique

L'intérêt du commissaire pour l'économie numérique s'accorde avec les tendances mondiales en matière d'application des lois antitrust, alors que les organismes antitrust sont aux prises avec l'application des principes antitrust et des outils économiques à un marché numérique en évolution rapide et en plein développement. Ces dernières années, le Bureau de la concurrence a en effet mis davantage l'accent sur l'économie numérique, comme en témoigne la publication, en septembre 2017, de son document intitulé « [Mégadonnées et innovation : conséquences sur la politique en matière de concurrence au Canada](#) », son rapport de février 2018 intitulé « [Mégadonnées et innovation : les grands thèmes de la politique en matière de concurrence au Canada](#) » et la tenue d'un forum sur les données en mai 2019. Plus récemment, en juillet 2019, le Bureau a embauché George McDonald, associé adjoint d'IBM, pour devenir son premier dirigeant principal de l'application numérique de la loi.

En septembre 2019, le Bureau a [annoncé](#) qu'il allait échanger avec les participants au marché pour régler les problèmes de concurrence potentiels dans certains marchés numériques principaux (p. ex. la recherche en ligne, les médias sociaux, l'affichage publicitaire et les places de marché en ligne). En lien avec son orientation portée sur ces principaux marchés numériques, le Bureau a demandé aux participants au marché de fournir des renseignements confidentiels sur : a) les explications potentielles pour lesquelles certains marchés numériques sont devenus hautement concentrés; b) l'identification de comportements passés ou en cours au sein de l'économie numérique pouvant être anticoncurrentiels; et c) l'incidence de ces comportements sur la concurrence. Il reste à voir si l'appel au marché lancé par le Bureau donnera lieu à d'autres mesures d'application ou à d'autres directives.

## Fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis

Le Bureau doit être avisé des transactions de fusion qui atteignent certains seuils financiers avant la réalisation de la transaction. Le seuil de taille des transactions – fondé sur la valeur des éléments d'actif au Canada de l'entreprise visée ou sur la valeur des revenus bruts annuels provenant des ventes au Canada ou en provenance du Canada – est indexé à l'inflation et est donc assujéti à des rajustements annuels. Le seuil de taille des transactions a été fixé à 96 millions de dollars pour 2019, et le rajustement pour 2020 devrait être annoncé au début de 2020.

Le Bureau a le pouvoir d'examiner et de contester toute fusion jusqu'à un an après la réalisation de la transaction, qu'elle ait été assujéti ou non à un avis obligatoire. Dans la pratique, il est inhabituel d'informer volontairement le Bureau d'une transaction potentielle afin d'éviter ce risque. Par conséquent, le Bureau ne peut prendre connaissance d'une transaction potentiellement problématique (souvent à la suite de plaintes) qu'après la réalisation de la transaction et le regroupement des activités des parties.

En septembre 2019, le Bureau a annoncé des améliorations à ses efforts de collecte d'information sur les fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis, notamment le changement de nom de l'Unité des avis de fusion par celui de

l'Unité du renseignement et des avis de fusion. Avant cette annonce officielle, le commissaire a annoncé en mai 2019 que l'Unité avait détecté, au cours de ses deux premiers mois, deux transactions potentiellement problématiques dans lesquelles rien n'indiquait que les parties à la fusion avaient l'intention de communiquer volontairement avec le Bureau avant la réalisation de la transaction.

Le nouvel accent mis par le Bureau sur les fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis pourrait refléter, du moins en partie, la crainte que l'ajustement annuel à la hausse du seuil de taille des transactions n'accroisse chaque année le risque que des transactions, qui soulèvent des problèmes de concurrence, échappent à la détection ou ne soient détectées qu'après leur réalisation. À l'heure actuelle, il n'est pas clair si le fait d'attirer davantage l'attention sur les transactions ne devant pas faire l'objet d'un avis incitera les parties à communiquer volontairement avec le Bureau avant la réalisation de la transaction. Il reste également à voir si le Bureau enverra un signal fort aux milieux juridiques et commerciaux en montrant une volonté accrue de chercher à bloquer ou à contester les transactions ne devant pas faire l'objet d'un avis qui n'ont pas été portées volontairement à son attention.

## ***Le commissaire de la concurrence c. Administration aéroportuaire de Vancouver***

En septembre 2016, le Commissaire a déposé une requête devant le Tribunal en vertu de la disposition sur l'abus de position dominante afin d'obtenir une ordonnance à l'encontre de l'Administration de l'aéroport de Vancouver relativement à la décision de cette dernière de n'autoriser que deux fournisseurs à offrir des services de restauration à bord des aéronefs à l'Aéroport international de Vancouver et de son refus d'accorder des permis à deux nouveaux fournisseurs de services de restauration à bord des aéronefs à l'aéroport. En octobre 2019, le Tribunal a [rejeté la](#) demande du commissaire, concluant que, même si l'Administration aéroportuaire de Vancouver exerçait un contrôle important sur les services de traiteur en vol, elle ne s'était pas livrée à des agissements anticoncurrentiels et que son comportement n'avait pas pour effet et était peu susceptible d'avoir pour effet d'empêcher ou de réduire *sensiblement* la concurrence dans un marché.

En particulier, le Tribunal a affirmé que pour déterminer si une entreprise s'est livrée à une pratique d'agissements anticoncurrentiels (un élément clé d'un abus de position dominante), il devait évaluer et soupeser tous les facteurs pertinents, y compris tout « effet anticoncurrentiel raisonnablement prévisible » de la pratique reprochée et toute justification commerciale valable alléguée par l'intimée, pour tenter de déterminer si le « caractère global » ou le « principal objectif » de la pratique était de nature anticoncurrentielle. Le Tribunal a statué qu'une justification commerciale valable doit être ou une explication crédible fondée sur l'efficacité ou de nature proconcurrentielle et être liée à l'entreprise. Ce lien peut être établi en démontrant les types de gains d'efficacité qui sont susceptibles d'être réalisés grâce à la pratique reprochée, en prouvant comment cette pratique permet d'améliorer la qualité ou le service, ou en précisant comment elle est susceptible de permettre à l'entreprise de mieux faire concurrence.

Le nouvel accent mis par le Bureau sur les fusions ne devant pas faire l'objet d'un avis pourrait refléter, du moins en partie, la crainte que l'ajustement annuel à la hausse du seuil de taille des transactions n'accroisse chaque année le risque que des transactions, qui soulèvent des problèmes de concurrence, échappent à la détection ou ne soient détectées qu'après leur réalisation.

La décision du Tribunal est également importante du fait qu'elle fournit, pour la première fois, une évaluation détaillée de l'application éventuelle de la défense de la conduite réglementée en vertu des dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence*. Le Tribunal a conclu que la défense ne s'applique pas à la disposition sur l'abus de position dominante et, bien qu'il ne soit pas explicite, le raisonnement du Tribunal laisse fortement entendre que la défense ne serait pas disponible pour soustraire un comportement à l'examen en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux pratiques civiles susceptibles d'examen.

### *Pioneer Corp. c. Godfrey*

De concert avec les activités d'application de la loi du Bureau, les plaignants dans des actions collectives ont continué d'agir en tant qu'organisme « privé » énergique d'application des lois sur la concurrence du Canada. En plus d'avoir déposé un certain nombre de nouvelles demandes importantes, les plaignants ont obtenu une victoire marquante devant la Cour suprême du Canada en septembre 2019 qui a remodelé le paysage de l'application privée au Canada. Dans une décision portant sur une double série d'appels dans l'affaire *Pioneer Corp. c. Godfrey*, la Cour suprême a fourni une nouvelle orientation essentielle et réglé un conflit en appel sur quatre questions fondamentales relatives à l'autorisation des actions collectives et à la portée de la réparation privée pour dommages-intérêts en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Il s'agit notamment de la norme de preuve en matière d'autorisation d'une action collective; de la capacité des « acheteurs sous parapluie » de faire valoir une action en dommages-intérêts; de la capacité des membres du groupe d'intenter des poursuites parallèles en responsabilité délictuelle ou en dédommagement qui ne relèvent pas du recours prévu par la *Loi sur la concurrence*; et enfin, de l'application du délai de prescription prévu dans la *Loi* pour les réclamations privées en dommages-intérêts.

Dans sa décision, la Cour a rejeté les deux appels et a confirmé l'autorisation d'une action collective en Colombie-Britannique qui comprenait des acheteurs directs, indirects et sous parapluie de lecteurs de disques optiques et de produits contenant de tels lecteurs. (Un lecteur de disque optique est une forme de support de stockage contenu dans une gamme de produits électroniques grand public et professionnels.) Dans une décision majoritaire, la Cour a statué que les demandeurs avaient satisfait au seuil de preuve en matière d'autorisation d'un groupe d'acheteurs indirects (c.-à-d. ceux dont l'achat avait été effectué par l'entremise d'un intermédiaire plutôt que directement d'un défendeur), en invoquant une méthode experte qui pouvait démontrer l'existence d'une perte pour certains acheteurs, au « niveau des acheteurs indirects », norme beaucoup moins élevée que les normes d'autorisation existant dans d'autres domaines du droit devant les tribunaux canadiens et américains. La Cour a également conclu que l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* n'est pas un « code complet » régissant les actions civiles et visant une indemnisation pour comportement anticoncurrentiel. En d'autres termes, la Cour a conclu que les demandeurs du groupe peuvent faire valoir des revendications parallèles en responsabilité civile et en restitution qui reposent sur une violation de la *Loi sur la concurrence*, ce qui leur donne accès à des recours sous forme de restitution des profits et de dommages-intérêts punitifs.

De plus, la Cour a statué que les demandeurs du groupe pouvaient faire valoir des revendications au nom d'un groupe plus vaste qui comprenait des « acheteurs sous parapluie », c'est-à-dire des acheteurs qui avaient acheté le produit contesté à des fournisseurs ou concurrents qui **n'étaient pas** impliqués dans le complot présumé de fixation des prix. La Cour a reconnu que l'inclusion des « acheteurs sous parapluie » pourrait accroître l'exposition des défendeurs, mais elle a conclu qu'une telle interprétation ferait progresser les fonctions dissuasives de la *Loi sur la concurrence*.

De plus, dans une autre décision favorable aux plaignants, la Cour a conclu que le délai de prescription de deux ans prévu à l'article 36 de la *Loi sur la concurrence* incorpore un principe de communication préalable, à savoir qu'un demandeur d'une action collective peut toujours faire valoir des revendications en vertu de la *Loi sur la concurrence* relativement à des agissements antérieurs, pourvu que le demandeur puisse établir que les agissements en cause ne peuvent raisonnablement avoir été découverts que dans le délai de deux ans.

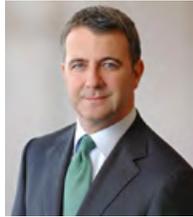
Enfin, et ce qui est peut-être le plus important, la Cour a souligné que l'autorisation d'un groupe et l'établissement d'un certain nombre de questions communes n'ont rien fait pour diminuer le fardeau important des plaignants du groupe d'établir leur responsabilité envers un groupe au procès sur les questions communes. Dans une décision utile, la Cour a par ailleurs confirmé que pour que les membres individuels du groupe aient droit à une réparation au procès, « le juge du procès doit être convaincu que chacun d'eux a réellement subi une perte lorsque la preuve de la perte est essentielle à une conclusion de responsabilité ». En résumé, la Cour a donné des directives importantes sur un certain nombre de questions clés relatives à l'autorisation des actions collectives en matière de concurrence au Canada. Et bien qu'un certain nombre de ces jugements aient été en faveur des plaignants, la Cour a fermement indiqué que le sort de bon nombre de ces affaires devra être déterminé au procès.

La Cour a statué que les demandeurs du groupe pouvaient faire valoir des revendications au nom d'un groupe plus vaste qui comprenait des « acheteurs sous parapluie », c'est-à-dire des acheteurs qui avaient acheté le produit contesté à des fournisseurs ou concurrents **qui n'étaient pas** impliqués dans le complot présumé de fixation des prix.

---

**AUTEURS**

**Shuli Rodal**  
Associée, Droit  
de la concurrence  
**srodal@osler.com**  
416.862.4858



**Christopher Naudie**  
Associé, Litige  
**cnaudie@osler.com**  
416.862.6811



**Peter Glossop**  
Associé, Droit  
de la concurrence  
**pglossop@osler.com**  
416.862.6554



**Michelle Lally**  
Associée, chef du groupe  
de pratique du droit  
de la concurrence et de  
l'investissement étranger  
**mlally@osler.com**  
416.862.5925



**Kaeleigh Kuzma**  
Associée, Droit de  
la concurrence et de  
l'investissement étranger  
**kkuzma@osler.com**  
416.862.6407



## CONSTRUCTION

---

# Le mouvement vers le paiement rapide atteint le secteur de la construction et des infrastructures au Canada

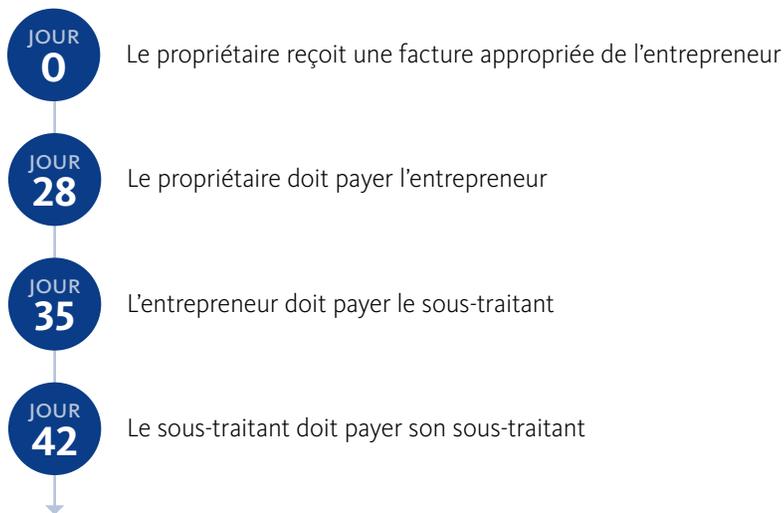
Des lois relatives au paiement rapide et à l'arbitrage obligatoire sont adoptées à l'échelle du Canada en vue de réduire les délais de paiement dans le processus descendant de la pyramide de construction. L'adoption d'une telle loi en Ontario en 2019 au moyen des modifications à la [Loi sur la construction](#) (auparavant, la Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction) a été un moment décisif. L'industrie de l'aménagement en Ontario est accaparée par la révision des processus internes et la reformulation des contrats pour tenir compte des nouvelles règles et elle sera aux prises avec les problèmes croissants inévitables causés par la nouvelle loi pendant un certain temps. Entre-temps, un certain nombre d'autres territoires de compétence au Canada, y compris le gouvernement fédéral, suivent l'exemple de l'Ontario.

## Ce qui a changé le 1<sup>er</sup> octobre 2019 en Ontario

### Païement rapide obligatoire

Le régime de paiement rapide introduit des échéances de paiement rapide qui sont inspirées de réformes semblables introduites il y a plus de 20 ans au Royaume-Uni. Le compte à rebours commence lorsque le propriétaire reçoit une « facture en bonne et due forme » de son entrepreneur général, une fois par mois ou selon ce qui a autrement été convenu dans le contrat. Le propriétaire doit effectuer le paiement dans les 28 jours civils (figure 1) ou le contester dans les 14 jours civils en décrivant les raisons du non-paiement (figure 2). À son tour, l'entrepreneur doit payer ses sous-traitants dans les sept jours civils de la réception du paiement (figure 1) ou envoyer des avis de contestation dans les sept jours civils (figure 2).

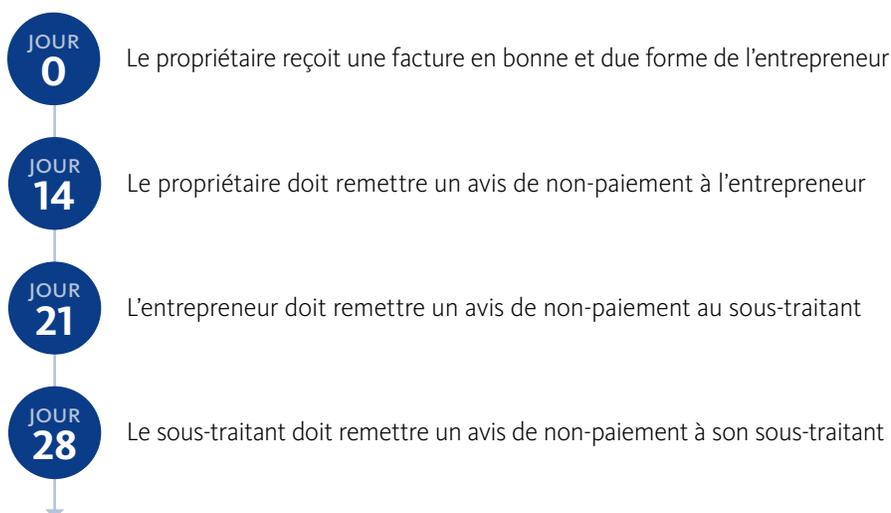
#### FIGURE 1 : ÉCHÉANCIER DES PAIEMENTS RAPIDES



Le compte à rebours commence lorsque le propriétaire reçoit une « facture en bonne et due forme » de son entrepreneur général.

La figure 2 illustre la cascade d'avis de non-paiement en commençant par le propriétaire à l'entrepreneur, puis aux sous-traitants dans le processus descendant de la pyramide de la construction.

#### FIGURE 2 : ÉCHÉANCIER DES AVIS DE NON-PAIEMENT



Les propriétaires, en particulier, doivent harmoniser leurs processus internes de consultation, d'achèvement et d'expression des résultats à l'égard de leur examen des factures dans les 14 jours suivant la réception. Cela s'explique par le fait que tout défaut du propriétaire de contester la facture en émettant un avis de non-paiement à l'entrepreneur au cours de cette période entraînera l'obligation pour le propriétaire de payer à l'entrepreneur la totalité de cette facture en bonne et due forme dans les 28 jours prescrits malgré toute contestation ultérieure. Afin d'éviter cette situation fâcheuse, les propriétaires devraient également exiger de leurs conseillers externes qu'ils raccourcissent leurs délais d'examen des factures et négocier des modifications appropriées à tout accord de crédit ou de financement afin d'atténuer les obstacles à la contestation ou au financement dans ces délais.

Les entrepreneurs doivent également être au courant de l'application des dispositions de jonction en aval ou en. Par exemple, les entrepreneurs impayés qui émettent un avis de non-paiement à un sous-traitant doivent également inclure l'engagement de l'entrepreneur de renvoyer l'affaire à l'arbitrage dans les 21 jours civils suivant l'émission de l'avis de non-paiement. Si l'entrepreneur n'avait pas déjà l'intention de le faire, cette disposition oblige donc l'entrepreneur à entreprendre un arbitrage contre le propriétaire dans ce délai, comme nous le verrons ci-dessous.

## Arbitrage obligatoire

Introduit par la *Loi sur la construction*, l'arbitrage est un mode intérimaire de règlement rapide des différends dans le cadre d'un projet de construction. Un arbitrage doit commencer avant l'achèvement du contrat ou du contrat de sous-traitance, à moins que les parties n'en aient décidé autrement.

Toute partie à un contrat ou à un contrat de sous-traitance peut soumettre un différend à l'arbitrage, moyennant la remise d'un avis écrit de renvoi à l'arbitrage à l'autre partie au différend. L'avis d'arbitrage amorce le processus et un échéancier extrêmement serré s'ensuit, culminant avec la décision de l'arbitre. Le régime d'arbitrage en Ontario sera administré et supervisé par une nouvelle entité appelée l'Ontario Dispute Adjudication for Construction Contracts (ODACC) (« Règlement des différends en matière de contrats de construction de l'Ontario »).

Les parties peuvent convenir du choix d'un arbitre ou demander que l'ODACC en nomme un. Si l'arbitre choisi par les parties ne consent pas à arbitrer l'affaire dans les quatre jours civils suivant la remise d'un avis d'arbitrage, la partie qui renvoie à l'arbitrage est tenue de demander à l'ODACC d'en nommer un. Étonnamment, la *Loi sur la construction* et les règlements ne prescrivent pas de délai pour faire cette demande, bien qu'on puisse présumer que la partie qui fait la demande de renvoi à l'arbitrage ait intérêt à ce que cela se fasse le plus rapidement possible. À la réception d'une demande de nomination de la partie qui renvoie à l'arbitrage, l'ODACC doit nommer un arbitre dans les sept jours qui suivent.

L'ODACC a préparé quatre processus d'arbitrage préétablis qui s'accompagnent de frais d'arbitrage nominaux allant de 800 \$ à 3 000 \$ pour aider les parties et l'arbitre à déterminer quel est le meilleur processus à l'égard d'un différend particulier. Fait intéressant, trois des quatre processus se font par

écrit uniquement alors que le quatrième processus permet de présenter des observations orales. La présentation d'observations orales dans le cadre de ce processus sera menée par vidéoconférence ou par téléconférence, mais pas en personne. De plus, chaque présentation d'observations orales se limite à 30 minutes par partie. Chaque processus fixe également des limites à l'égard du nombre de pages d'observations des parties et de la décision de l'arbitre. Par ailleurs, l'arbitre a le pouvoir de mener l'arbitrage comme il le juge approprié. Cela permettra de faire preuve de souplesse pour les différends plus complexes.

L'arbitre doit rendre sa décision dans les 30 jours suivant la réception des documents exigés. Si une partie omet d'effectuer un paiement dans les dix jours suivant la décision de l'arbitre, l'entrepreneur ou le sous-traitant, s'il est la partie ayant eu gain de cause, a le droit de suspendre les autres travaux aux termes du contrat ou du contrat de sous-traitance.

## Autres modifications

L'Ontario est le seul territoire de compétence possédant un régime de paiement rapide et d'arbitrage s'ajoutant au régime existant en matière de privilèges dans l'industrie de la construction. Dans une large mesure, les chevauchements avec les privilèges ont été pris en compte. Les délais concernant les privilèges ont été prolongés pour permettre le règlement des différends avant d'avoir recours aux privilèges pour obtenir paiement. Par conséquent, à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2018, l'échéance pour conserver un privilège est passée de 45 jours à 60 jours et l'échéance pour le rendre opposable est passée de 45 à 90 jours. Fait intéressant, la *Loi sur la construction* permet une prolongation de la période de conservation d'un privilège, si le problème faisant l'objet du privilège fait également l'objet d'un arbitrage; la situation pourrait mener à des résultats inattendus lorsque le propriétaire tente de déterminer quand les délais concernant les privilèges expirent.

## Ce qui se passe ailleurs au Canada

Au niveau fédéral, la [Loi fédérale sur le paiement rapide des travaux de construction](#), qui traite du non-paiement des entrepreneurs et des sous-traitants exécutant des travaux de construction à l'égard de projets de construction fédéraux, a été présentée et adoptée dans le cadre d'un projet de loi budgétaire plus large le 21 juin 2019. Elle n'est toutefois pas encore en vigueur. Une fois en vigueur, elle ne créera étonnamment aucun droit acquis concernant les contrats existants. Elle prévoit plutôt une période de report d'un an avant de s'appliquer aux contrats existants. À ce moment-là, on peut imaginer que l'application soudaine de la nouvelle loi aux contrats existants à mi-exécution rédigés avant l'entrée en vigueur de la loi pourrait être assez perturbante à l'égard de ces contrats.

Comme nous l'avons décrit dans notre page [sur les réformes de la législation sur les paiements rapides et la construction au Canada](#) sur le site osler.com, d'autres provinces, comme la Nouvelle-Écosse et la Saskatchewan, viennent d'adopter leur propre législation qui suit l'approche de l'Ontario. De la même façon que les modifications de la *Loi sur la construction* en Ontario, le Québec a adopté le projet de loi 108 en décembre 2017 qui autorise la mise en œuvre de projets pilotes pour tester des réformes en droit de la construction visant à faciliter le paiement des contrats du secteur public. En août 2018, le « Projet pilote visant

D'autres provinces, comme la Nouvelle-Écosse et la Saskatchewan, viennent d'adopter leur propre législation qui suit l'approche de l'Ontario.

à faciliter le paiement aux entreprises parties à des contrats publics de travaux de construction ainsi qu'aux sous-contrats publics qui y sont liés » a été mis en œuvre. Il établit un régime de paiement rapide et d'arbitrage qui ressemble à celui de l'Ontario, mais qui restreint son champ d'application au secteur public. Ce projet est mis en œuvre en deux phases : la première qui est en cours et qui touche les contrats de la Société québécoise des infrastructures et du ministère des Transports et la deuxième qui s'étendra aux contrats dans les secteurs de l'éducation, de la santé et des services sociaux.

De plus, d'autres provinces, à savoir le Nouveau-Brunswick, le Manitoba, l'Alberta et la Colombie-Britannique, mettent en œuvre d'autres initiatives relativement au paiement rapide ou envisagent la forme que le paiement rapide et l'arbitrage devraient prendre dans leurs provinces. Ces provinces ont des discussions intéressantes sur la question de savoir si le « modèle de l'Ontario » est adéquat pour elles.

Quelles seront les incidences de la loi fédérale sur les projets de construction fédéraux ayant cours dans les provinces qui ont adopté leur propre législation sur le paiement rapide, comme l'Ontario, la Nouvelle-Écosse et la Saskatchewan, et celles qui ont l'intention de le faire à l'avenir? À l'heure actuelle, la question n'est pas claire et le gouvernement fédéral pourrait choisir d'exempter les projets fédéraux du régime fédéral que ce soit sur le plan individuel ou à l'échelle d'une province dans les cas où une législation provinciale équivalente a été adoptée. Toutefois, étant donné les questions constitutionnelles relatives aux champs de compétence, il sera intéressant de voir quelle approche le gouvernement fédéral choisira de prendre dans de telles situations.

## Conclusion

À l'échelle du Canada, tous les acteurs de la pyramide de la construction s'ajustent à la nouvelle réalité du paiement rapide et de l'arbitrage. Dans les mois à venir, il sera intéressant de constater quelles sont les règles adoptées par les provinces à l'extérieur de l'Ontario et comment les nouveaux régimes seront en pratique mis en œuvre.

## AUTEURS



**Yan A. Besner**  
Associé, Droit immobilier  
**ybesner@osler.com**  
514.904.5790



**Roger Gillott**  
Associé, Litige  
**rgillott@osler.com**  
416.862.6818



**Paul Ivanoff**  
Associé, Litige  
**pivanoff@osler.com**  
416.862.4223



**Paula Olexiuk**  
Associée, Énergie  
**polexiuk@osler.com**  
403.260.7080



**Richard Wong**  
Associé, Droit commercial  
**rwong@osler.com**  
416.862.6467



**Jagriti Singh**  
Sociétaire, Droit  
de la construction  
**jsingh@osler.com**  
416.862.6591



PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

---

# Changement déterminant : le Canada procède à une refonte de ses principales lois sur la propriété intellectuelle

En 2019, le Canada a finalement rempli sa promesse de moderniser son système d'enregistrement des droits de propriété intellectuelle (PI) avec l'entrée en vigueur des modifications clés à la *Loi sur les marques de commerce*, à la *Loi sur les brevets* et à leurs règlements respectifs. L'objectif louable de ces changements est d'harmoniser davantage les pratiques canadiennes et étrangères en matière de poursuites ayant trait à la propriété intellectuelle et de respecter l'engagement du gouvernement à rendre l'investissement dans la propriété intellectuelle canadienne aussi concurrentiel et simple que faire se peut. Pour le gouvernement canadien, la prochaine étape consistera à mettre en œuvre une ambitieuse stratégie expérimentale concernant la propriété intellectuelle.

## Refonte de la *Loi sur les marques de commerce* et ses règlements

En juin 2019, une multitude de modifications législatives sont entrées en vigueur, parallèlement à d'importants changements dans les pratiques de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC). Bon nombre de ces changements étaient prévus depuis un certain temps, car ils découlent de la mise en œuvre de trois traités importants sur les marques de commerce, annoncés pour la première fois en 2014 : 1) le *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques* ; 2) le *Traité de Singapour sur le droit des marques* ; et 3) l'*Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques*. Les principaux changements comprennent ce qui suit :

- l'élimination des motifs de dépôt
- l'élimination de l'obligation de déposer un formulaire de déclaration pour obtenir un enregistrement
- la mise en œuvre de la classification prévue par l'Arrangement de Nice et l'imposition de droits pour chaque classe de produits ou services par le gouvernement
- des modifications à la définition de « marque de commerce » pour permettre l'enregistrement de nouvelles catégories de marques de commerce non traditionnelles, y compris la 3D et les hologrammes
- la réduction de la durée d'enregistrement des marques de commerce au Canada, qui passe de 15 à 10 ans
- des modifications procédurales au régime d'opposition à l'enregistrement de marques de commerce
- l'introduction de l'examen du caractère distinctif.

Dès le départ, ces changements ont soulevé des critiques et des préoccupations. Par exemple, certains sont d'avis que l'élimination de la preuve d'utilisation risque de précipiter un « squattage » généralisé des marques de commerce en plus d'augmenter le nombre de procédures contentieuses. Certaines de ces préoccupations ont été apaisées en 2018 grâce à l'introduction d'un motif d'opposition fondé sur la « mauvaise foi » dans les amendements proposés. Des dispositions relatives à la gestion des cas et à l'adjudication de dépens ont également été ajoutées, ainsi qu'une obligation de faire la preuve de l'utilisation dans les cas où une personne ou société inscrite cherche à faire respecter des droits afférents à une marque de commerce au cours des trois premières années suivant leur enregistrement. Des dispositions ont également été incluses pour limiter la portée des marques officielles qui ne sont plus actives ou qui n'existent plus.

De nombreux changements visent à simplifier le processus d'enregistrement des marques de commerce et à encourager la protection des marques au Canada. Paradoxalement, avant l'entrée en vigueur des modifications, de nombreux propriétaires de marques se sont empressés de déposer leur marque au Canada pour éviter de payer les droits applicables à la demande d'enregistrement « par classe » qui s'appliquent maintenant.

Les modifications opportunes de 2019 ont bel et bien simplifié le processus d'enregistrement des marques de commerce au Canada. Par contre, le nouveau régime risque d'imposer aux propriétaires de marques des coûts plus élevés, en plus de les obliger à surveiller rigoureusement les demandes déposées auprès de l'OPIC concernant des marques de commerce de tiers potentiellement en conflit.

Les modifications opportunes de 2019 ont bel et bien simplifié le processus d'enregistrement des marques de commerce au Canada. Par contre, le nouveau régime risque d'imposer aux propriétaires de marques des coûts plus élevés, en plus de les obliger à surveiller rigoureusement les demandes déposées auprès de l'OPIC concernant des marques de commerce de tiers potentiellement en conflit. Les modifications apportées à la *Loi sur les marques de commerce* sont donc susceptibles de faire augmenter le nombre de procédures d'opposition et d'annulation. Il reste à voir si l'élimination de l'exigence de prouver l'utilisation pour les déposants de marques de commerce canadiens donnera lieu à la présentation de demandes d'enregistrement hâtives fondées sur des spéculations et à d'autres types de comportements répréhensibles.

## Modifications fort attendues aux Règles sur les brevets

Le 30 octobre 2019, de nouvelles *Règles sur les brevets* et des modifications à la *Loi sur les brevets* sont également entrées en vigueur au Canada. La pratique canadienne en matière de brevets a ainsi fortement changé. Bien que les détails de ces modifications techniques dépassent le cadre de la présente publication, leur effet global est de raccourcir les délais et d'améliorer la certitude procédurale dans la poursuite des demandes de brevet au Canada. Par exemple, les *Règles* comprennent un certain nombre de modifications :

**Entrée en phase nationale de la demande PCT :** Auparavant, une demande aux termes du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) pouvait entrer en phase nationale au Canada, de plein droit, jusqu'à 42 mois après la date de priorité, moyennant le paiement d'une surtaxe. Pour les demandes internationales déposées après le 30 octobre 2019, l'entrée tardive ne sera plus autorisée de plein droit, le délai d'entrée en phase nationale étant fixé à 30 mois, sous réserve de certaines exceptions.

**Dépôt direct au Canada :** Auparavant, pour obtenir une date de dépôt, une demande de brevet canadien devait inclure une description de l'invention, en anglais ou en français, et être accompagnée du paiement d'une taxe de dépôt. En vertu des nouvelles *Règles*, une description peut être déposée dans n'importe quelle langue, et il est possible de reporter le paiement de la taxe de dépôt et d'une traduction en anglais ou en français.

**Requête d'examen :** Auparavant, le délai pour déposer une requête d'examen était de cinq ans à compter de la date de dépôt au Canada, avec des règles connexes pour les demandes divisionnaires. En vertu des nouvelles *Règles*, le délai pour déposer une requête d'examen a été porté à quatre ans à compter de la date de dépôt, et les délais ont été réduits en conséquence pour les demandes divisionnaires.

**Délais des mesures officielles :** Le délai standard pour répondre à des mesures officielles passe de six à quatre mois. Des prorogations allant jusqu'à deux mois peuvent être accordées à la discrétion du Bureau des brevets si le demandeur paie une taxe de prorogation et soumet les motifs de sa demande.

**Acceptation et modifications après acceptation :** En vertu des nouvelles *Règles*, les demandeurs de brevet disposeront d'un délai de quatre mois suivant l'avis d'acceptation pour payer la taxe finale. De plus, la poursuite d'une demande

peut être rouverte et une demande peut être modifiée en demandant un retrait de l'avis d'acceptation dans les quatre mois suivant l'émission de l'avis et avant le paiement de la taxe finale.

**Droits des tiers :** En vertu des nouvelles *Règles*, les droits des tiers peuvent s'appliquer lorsqu'une demande est considérée comme ayant été abandonnée en raison d'un défaut de présenter une requête d'examen ou de payer une taxe pour le maintien en état dans les délais prescrits ou après le non-paiement d'une taxe pour le maintien en état d'un brevet délivré. La période durant laquelle les droits des tiers sont applicables commence six mois après le délai initial de paiement de la taxe pour le maintien en état ou de la requête d'examen.

Grâce à ces changements et à de nombreuses autres modifications techniques, les *Règles* visent à rendre l'obtention de brevets canadiens plus rapide, plus certaine et généralement plus attrayante pour tous les demandeurs.

## Stratégie expérimentale du Canada en matière de PI

Au cours des cinq dernières années, le Canada s'est engagé à renforcer la protection des droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'une série d'accords commerciaux internationaux. Aux termes de ces engagements, il incombe aux entreprises canadiennes de tirer parti de ces protections des droits de PI en développant des positions de premier plan en matière de propriété intellectuelle, notamment dans des secteurs stratégiques comme l'intelligence artificielle et l'énergie verte.

Afin de réaliser cet objectif global, le gouvernement canadien a publié une nouvelle stratégie de propriété intellectuelle en 2019, qui comprend des initiatives pilotes visant à rendre la propriété intellectuelle plus accessible. À titre d'exemple, ExplorerPI est un marché de la propriété intellectuelle administré par le gouvernement qui a été conçu pour démystifier la PI et permettre aux utilisateurs de découvrir les brevets accordés à des institutions du secteur public canadien. De plus, le gouvernement fédéral a annoncé un investissement de 30 millions de dollars dans l'*Innovation Asset Collective*, un nouveau collectif de brevets sans but lucratif qui détiendra des brevets stratégiques sur les technologies propres au profit des petites et moyennes entreprises canadiennes.

Ces mesures expérimentales se veulent les premières étapes de la mise en place d'un écosystème canadien de la propriété intellectuelle qui favorisera la croissance de la PI au Canada. Elles visent également à compléter les récentes modifications législatives apportées aux principales lois canadiennes sur la propriété intellectuelle et à encourager les entreprises canadiennes de toute taille à investir dans les droits de propriété intellectuelle enregistrés et à en tirer profit.

## AUTEURS



**May Cheng**  
Associée, Propriété  
intellectuelle  
**mcheng@osler.com**  
416.862.5664



**Vincent M.  
de Grandpré**  
Associé, Propriété  
intellectuelle  
**vdegrandpre@osler.com**  
416.862.6570



**Nathaniel Lipkus**  
Associé, Propriété  
intellectuelle  
**nlipkus@osler.com**  
416.862.6787



**Donna White**  
Associée directrice du  
bureau d'Ottawa  
**dwhite@osler.com**  
613.787.1061



## CANNABIS

---

# Le cannabis au Canada : il n'en est plus à ses débuts

En 2018, la légalisation du cannabis à des fins récréatives ou « pour adultes » ne s'est pas déroulée sans accroc. Il suffit de penser aux problèmes initiaux concernant la distribution et la chaîne d'approvisionnement ainsi qu'aux répercussions du marché noir, qui continue de prospérer. Tout au long de 2019, les provinces et les territoires ont cherché à résoudre ces difficultés en remettant en question l'âge légal pour consommer du cannabis ainsi que leurs modèles d'octroi de licences de vente au détail, de distribution et de vente en gros. Le gouvernement fédéral a quant à lui légalisé trois nouvelles catégories de cannabis : le cannabis comestible, l'extrait de cannabis et le cannabis pour usage topique. Ces ajouts devraient modifier considérablement le contexte du cannabis légal. Cependant, avant même que ces nouvelles catégories de cannabis ne soient commercialisées légalement, un flot de mauvaises nouvelles a déferlé sur le marché concernant le vapotage de produits du cannabis illicites. Ces événements ont suscité une certaine réserve à l'égard du profil de risque des sociétés de cannabis.

De plus, la baisse du cours des actions semble avoir ralenti la cadence des appels publics à l'épargne par les sociétés de cannabis pendant la dernière partie de l'année, et pourrait stimuler les activités de fusion et acquisition et de consolidation du marché dans ce secteur en 2020. Les entreprises qui se sont lancées rapidement dans ce secteur et qui ont réussi à établir des partenariats stratégiques, à réaliser des investissements clés, à fermer leur capital et à mobiliser des fonds en vue de consolider leur bilan devraient dominer le secteur. Le secteur du cannabis sera là pour de bon, malgré le climat actuel du marché.

## Les soi-disant problèmes d'approvisionnement et le marché noir toujours existant

À la suite de la légalisation, les médias canadiens ont fait état de plaintes endémiques des consommateurs à propos des pénuries nationales de cannabis légal à des fins récréatives. En réalité, même si le cannabis peut s'obtenir légalement en vue de sa consommation par des adultes, de nombreux Canadiens continuent d'en acheter sur le marché noir. Selon les résultats de [l'Enquête nationale sur le cannabis](#) de Statistique Canada, au troisième trimestre de 2019, un fort pourcentage des Canadiens interrogés continuaient de s'approvisionner en cannabis auprès de sources illégales en 2019 (42 %).

Le gouvernement de l'Ontario est d'avis que la pénurie de cannabis au Canada est ce qui empêche les consommateurs à se procurer du cannabis de source légale, permettant ainsi au marché noir de continuer de prospérer. Cependant, Santé Canada soutient que ce n'est pas la question de l'approvisionnement qui entrave l'accès au cannabis de source légale. Peut-être pour corroborer cette affirmation, Santé Canada a [publié d'autres données](#), fondées sur les renseignements compilés à partir du Système de suivi du cannabis, qui démontrent que les stocks de cannabis (c.-à-d. le cannabis gardé en stock par un cultivateur, un transformateur, un distributeur ou un détaillant autorisé de cannabis et qui est emballé, étiqueté et prêt à la vente) ont dépassé les ventes de cannabis (à des fins médicales ou non) chaque mois, d'octobre 2018 à août 2019.

## Les provinces mettent en œuvre et adaptent la nouvelle loi

La *Loi sur le cannabis* du Canada confère aux provinces et aux territoires le pouvoir de réglementer divers aspects du cannabis pour adultes au pays, y compris la vente au détail et en ligne ainsi que l'âge minimum.

### a) Les magasins de vente au détail de l'Ontario

Avant la légalisation, chaque province et territoire avait établi son propre régime législatif pour autoriser l'exploitation de magasins de détail et en ligne. Cependant, en Ontario, ce n'est pas avant le 1<sup>er</sup> avril 2019 (quelques mois après la légalisation fédérale de la consommation de cannabis par des adultes) que les consommateurs ont pu acheter du cannabis auprès de magasins de vente au détail autorisés.

En réalité, même si le cannabis peut s'obtenir légalement en vue de sa consommation par des adultes, de nombreux Canadiens continuent d'en acheter sur le marché noir.

À l'origine, la *Loi de 2018 sur les licences liées au cannabis* de l'Ontario n'autorisait l'ouverture que de 25 magasins dans la province. Les personnes qui désiraient déposer une demande de licence de détaillant devaient présenter une déclaration d'intérêt. La Commission des alcools et des jeux de l'Ontario (COJA) a ensuite tenu une loterie visant la sélection de 25 éventuels détenteurs de licence. En janvier 2019, quelque 17 000 déclarations d'intérêt ont été présentées à la COJA pour ces 25 licences de vente au détail tant convoitées.

Le 3 juillet 2019, l'Ontario a annoncé qu'une deuxième loterie aurait lieu en vue d'attribuer 42 licences supplémentaires à des détaillants privés en Ontario. En outre, huit licences de plus ont été prévues pour les détaillants des réserves des Premières Nations de la province.

Certains des plus grands détenteurs de licence cotés en bourse ont déclaré que le manque de magasins de détail en Ontario explique en partie pourquoi les revenus ont été plus faibles que prévu. Nous nous attendons à ce que le gouvernement de l'Ontario apporte des changements au régime d'octroi de licences de façon à supprimer le plafond visant les magasins de détail en Ontario dans un proche avenir et à ouvrir ainsi le marché.

## b) Proposition concernant l'âge minimum pour la consommation de cannabis par des adultes au Québec

À la fin de 2018, un projet de loi a été déposé à Québec en vue de hausser l'âge minimum requis pour consommer du cannabis, le faisant passer de 18 à 21 ans. Par suite de l'adoption du [Projet de loi n° 2](#), le changement d'âge légal pour consommer du cannabis entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020. Le Barreau du Québec avait déjà indiqué aux législateurs que s'ils fixaient l'âge légal minimum à plus de 18 ans (âge légal pour boire de l'alcool au Québec), ils risquaient de faire face à des contestations judiciaires aux termes de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui interdit la discrimination fondée sur l'âge.

Par ailleurs, le *Projet de loi n° 2* prévoit l'interdiction de consommer du cannabis dans les lieux publics comme les parcs et les trottoirs. Les municipalités pourront toutefois autoriser la consommation de cannabis dans certains lieux publics lorsqu'il n'y a pas d'enfants présents.

## Nouvelles catégories de cannabis : légalisation du cannabis comestible, de l'extrait de cannabis et du cannabis pour usage topique

Comme nous l'avons décrit plus en détail dans notre bulletin intitulé « [Santé Canada publie son règlement final sur les nouvelles catégories de cannabis](#) », le 17 octobre 2019, la *Loi sur le cannabis* du Canada et le *Règlement sur le cannabis* ont été modifiés par l'ajout de trois nouvelles catégories de cannabis : a) le cannabis comestible; b) l'extrait de cannabis; et c) le cannabis pour usage topique. Cependant, étant donné que le *Règlement sur le cannabis* exige que les détenteurs d'une licence fédérale donnent à Santé Canada un préavis de 60 jours avant la mise en vente de tout produit du cannabis, les premières ventes légales de ces produits n'ont pu avoir lieu avant la mi-décembre 2019.

Chacune de ces nouvelles catégories de cannabis est assujettie à certaines restrictions quant à la teneur en tétrahydrocannabinol (THC). Le THC est le phytocannabinoïde qui a des propriétés psychoactives. De plus, les produits qui constituent un mélange de cannabis et d'alcool ou de tabac ne pourront être légalement mis en vente.

### a) Le cannabis comestible

En vertu du *Règlement sur le cannabis*, le cannabis comestible s'entend d'une substance ou d'un mélange de substances qui contient toute partie d'une plante de cannabis, notamment les phytocannabinoïdes produits par cette plante ou se trouvant à l'intérieur de celle-ci et toute substance qui est identique à tout phytocannabinoïde produit par une telle plante ou se trouvant à l'intérieur de celle-ci, qui est destiné à être consommé de la même manière qu'un aliment.

Certaines restrictions s'appliquent aux produits du cannabis comestibles, dont a) l'exigence de satisfaire à certaines normes de salubrité des aliments; et b) l'interdiction d'y ajouter des vitamines, des minéraux ou de la caféine (autres que ceux qui sont d'origine naturelle).

Une autre restriction interdit aux détenteurs de licence de cannabis de produire, d'emballer, d'étiqueter ou d'entreposer du cannabis comestible dans un lieu si des aliments destinés à la vente au détail y sont également fabriqués, à moins que les aliments destinés à la vente au détail ne soient produits dans un bâtiment distinct.

### b) Extraits de cannabis

Les extraits de cannabis sont une substance produite i) au moyen du traitement, par extraction ou ii) par synthèse d'une substance identique à un phytocannabinoïde produit par une plante de cannabis ou se trouvant à l'intérieur de celle-ci.

Les extraits de cannabis ne peuvent pas contenir a) d'ingrédients qui sont des sucres, des édulcorants, des agents édulcorants, des acides aminés, de la caféine, des colorants, des acides gras essentiels, du glucuronolactone, des probiotiques, de la taurine, des vitamines ou de minéraux nutritifs; et b) d'ingrédients qui pourraient causer un préjudice à la santé du consommateur s'ils sont utilisés comme prévu.

### c) Le cannabis pour usage topique

Le cannabis pour usage topique s'entend d'une substance qui est destinée à être utilisée, directement ou indirectement, uniquement sur les surfaces externes du corps (comme des lotions ou des crèmes). Le cannabis pour usage topique ne peut contenir d'ingrédients qui pourraient causer un préjudice à la santé de l'utilisateur s'ils sont utilisés comme prévu ou de toute façon raisonnablement prévisible.

Même si le contexte législatif a considérablement évolué au cours de la dernière année et que des embûches se sont manifestées dans plusieurs domaines, nous prévoyons que le secteur du cannabis continuera de croître et de progresser.

## Litiges potentiels

Des événements indésirables, prétendument liés au vapotage de produits illicites contenant du THC, ont mis en lumière les risques de litiges liés à la responsabilité du fait du produit dans le secteur du cannabis. En fait, la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans l'affaire [Downton v. Organigram](#) constitue la première autorisation d'une action collective à l'égard de la responsabilité du fait du produit au Canada.

Comme on pourrait le prévoir lorsqu'une société ouverte subit une baisse de son cours pendant un certain temps, plusieurs actions collectives portant sur des valeurs mobilières ont été intentées à l'encontre de certaines des plus grandes sociétés de cannabis à la suite de la chute des cours.

## Coup d'œil sur l'avenir

Même si le contexte législatif a considérablement évolué au cours de la dernière année et que des embûches se sont manifestées dans plusieurs domaines, nous prévoyons que le secteur du cannabis continuera de croître et de progresser. En ce qui concerne l'année 2020 et au-delà, nous allons surveiller les éléments suivants :

- d'autres changements aux modèles provinciaux de vente au détail, de distribution et de vente en gros au Canada, destinés à étendre le rôle des participants du secteur privé et à peut-être permettre une intégration plus verticale au sein du secteur du cannabis au Canada;
- l'arrivée du cannabis comestible, d'extraits de cannabis et du cannabis pour usage topique, alors que de nouveaux partenariats se forment dans le secteur et que la recherche continue de progresser, tant au Canada qu'à l'étranger;
- les litiges potentiels et leurs répercussions sur le profil de risque des sociétés de cannabis, plus particulièrement les actions collectives liées à la responsabilité du fait du produit ou aux valeurs mobilières;
- l'évolution du marché aux États-Unis, comme nous l'avons vu dans dans l'article intitulé [Le cannabis aux États-Unis : les lois du pays en 2019](#), et ses répercussions probables sur les sociétés canadiennes, notamment sur la capacité des sociétés canadiennes à continuer d'être les chefs de file du marché ;
- la probable persistance de l'incertitude et la de confusion sur le marché relativement aux produits contenant du cannabidiol (CBD), alors que le Canada continue de réglementer la vente des produits contenant du CBD de la même façon que les autres produits du cannabis, et que les États-Unis adoptent une approche plus permissive des produits contenant du CBD tiré du chanvre industriel.

---

## AUTEURS



**Michael Watts**

Associé, Droit  
de la santé

**[mwatts@osler.com](mailto:mwatts@osler.com)**

416.862.6605



**Susan Newell**

Associée, Droit  
de la santé

**[snewell@osler.com](mailto:snewell@osler.com)**

416.862.6797



**Marty Putyra**

Sociétaire, Droit  
de la santé

**[mputyra@osler.com](mailto:mputyra@osler.com)**

416.862.4898



## CANNABIS

---

# Le cannabis aux États-Unis : les lois du pays en 2019

Le Canada est passé à l'histoire en octobre 2018 en devenant le premier grands pays à légaliser la « consommation par des adultes » du cannabis à des fins récréatives aux paliers fédéral et provinciaux. Ce grand tournant au Canada est d'autant plus important si l'on tient compte de l'imbroglio réglementaire aux États-Unis, où les lois étatiques légalisant le cannabis à des fins médicales ou récréatives ont continué d'être éclipsées par la loi fédérale américaine décrétant que la culture, la vente et l'utilisation de cannabis constituent une infraction fédérale dans tous les États du pays, même à des fins médicales majeures.

Le Canada a poursuivi son chemin en 2019, comme le souligne [notre article sur les développements en matière de cannabis au Canada](#). Aux États-Unis, en cette fin d'année 2019, le cannabis est légal à des fins médicales en vertu de la législation de plus de 30 États, et est même légal à des fins récréatives pour les adultes en vertu de la législation de plus de 10 États. Toutefois, le cannabis continue de demeurer illégal dans tous les États en vertu des lois fédérales américaines – à moins qu'il ne s'agisse de chanvre.

## Le CBD est partout!

Il est impossible de se promener sur les rues de la plupart des grandes villes américaines sans perdre le compte du nombre de magasins vendant du CBD sous une forme ou une autre. Mais qu'est-ce que le CBD? Le cannabidiol, que l'on appelle CBD, est un cannabinoïde qui n'a aucune propriété psychoactive. On le trouve partout aux États-Unis – dans les aliments, les boissons, les capsules, les teintures, les baumes, les vapoteurs, les huiles, les crèmes, les gels, les lotions et les potions. Même s'il ne vous fait pas planer, le CBD crée tout un engouement sur le plan de la santé, ses promoteurs vantant ses vertus pour gérer la douleur ou atténuer l'anxiété et la dépression, et citant d'autres avantages pour la santé et le bien-être.

Le CBD est le mouton blanc de la famille des cannabinoïdes. Le tétrahydrocannabinol (THC), son frère plus exubérant, est le cannabinoïde qui a un effet euphorisant.

Depuis la fin de 2018, après la promulgation par le gouvernement fédéral de l'[Agriculture Improvement Act of 2018](#) (la loi agricole de 2018), le marché américain du cannabis est divisé en deux conformément à la *Controlled Substances Act* fédérale. Une des substances interdites énumérées à l'annexe I de la *Controlled Substances Act* est la « marihuana ». En vertu de la définition de ce terme avant la loi agricole de 2018, tous les types de cannabis étaient une substance illégale interdite sous le régime fédéral, tout comme l'héroïne et la morphine. La loi agricole de 2018 a toutefois changé la définition de « marihuana » pour exclure le cannabis n'ayant pas plus de 0,3 % de THC en fonction du poids du produit sec, qui s'appelle désormais du « chanvre ».

Par conséquent, le chanvre n'est plus de la marihuana aux États-Unis, même si les deux produits sont du cannabis. Seule la marihuana est interdite en vertu de la *Controlled Substances Act* au niveau fédéral, alors que le chanvre et les produits du CBD fabriqués à partir de chanvre ne le sont pas. Et pour ajouter à la confusion, dans une perspective transfrontalière, bien qu'il existe un régime distinct de réglementation du chanvre industriel au Canada, la *Loi sur le cannabis* ne fait aucune distinction à cet égard. Cela signifie que la plupart des produits du CBD actuellement vendus aux États-Unis sont assujettis au Canada à la même réglementation qui s'applique au cannabis ayant plus de 0,3 % de THC.

Malheureusement, la situation n'est toutefois pas aussi simple que d'enlever le chanvre de la définition de marihuana dans la *Controlled Substances Act*. Bien que les produits du CBD fabriqués à partir de chanvre ne soient plus illégaux au niveau fédéral aux États-Unis en vertu de la *Controlled Substances Act*, ils demeurent assujettis à la *Food, Drug and Cosmetic Act* fédérale américaine et, de ce fait, sont assujettis à la réglementation de la Food and Drug Administration (FDA). Si un produit du CBD est vendu en affirmant qu'il peut guérir ou prévenir une maladie, il s'agit d'un « médicament » et il doit être approuvé par la FDA avant de pouvoir être vendu aux États-Unis en conformité avec la loi fédérale américaine.

En outre, si un produit du CBD est vendu comme additif alimentaire, il doit être approuvé par la FDA comme additif alimentaire par règlement ou s'inscrire dans les critères de la FDA à l'égard d'une substance qui est « généralement reconnue comme sûre ». Cependant, un additif alimentaire ne peut pas être

considéré comme étant généralement reconnu comme sûr s'il s'agit d'un ingrédient actif dans un médicament approuvé ou un médicament à l'étude, à moins qu'il n'ait été vendu pour être utilisé dans les aliments avant d'être étudié comme médicament dans le cadre d'essais cliniques. Pour cette raison, un certain nombre de produits du CBD vendus aux États-Unis sont étiquetés comme de l'« huile de chanvre » plutôt que du CBD, puisque le CBD a vraisemblablement été étudié comme médicament avant d'être utilisé dans les aliments.

Ainsi, la légalité du CBD en vertu de la législation fédérale des États-Unis dépend en fait de votre point de vue sur la question de savoir si des affirmations inappropriées sont faites au sujet de son utilité, si les ingrédients actifs sont suffisamment différents de tout produit ayant déjà été étudié comme un médicament sans avoir été utilisé dans des aliments avant cette date, si la FDA aura le même point de vue que vous et si un juge qui est saisi d'une procédure d'exécution aura le même point de vue que la FDA.

Ironiquement, alors que la loi fédérale est la source du problème en ce qui concerne la vente de cannabis qui a assez de THC pour être considéré comme de la marijuana dans les États où il est légal en vertu de la loi étatique, il y a une poignée d'États où le problème est le contraire, c'est-à-dire que tous les produits du THC, du CBD, de la marijuana et du chanvre demeurent illégaux au niveau étatique.

Néanmoins, des produits du CBD sont vendus partout aux États-Unis. S'ils sont fabriqués à partir de chanvre au lieu de marijuana, qu'ils sont légaux en vertu de la loi étatique et qu'ils ne violent pas la *Food, Drug and Cosmetic Act* fédérale américaine, ils **peuvent** en fait être légaux ou assez proche de l'être pour éviter une poursuite fructueuse par la FDA.

## La marijuana demeure illégale au niveau fédéral! (mais la situation est en voie de changer)

Si une plante de cannabis possède plus de 0,3 % de THC en fonction de son poids sec, la *Controlled Substances Act* fédérale américaine la définit comme étant de la marijuana, et non du chanvre, et elle demeure une substance interdite au niveau fédéral tout comme la cocaïne. Que la loi étatique l'autorise ou non ou qu'elle soit utilisée à des fins récréatives ou médicales n'a donc aucune importance.

Et pourtant, la marijuana – du cannabis dont le contenu en THC est suffisant pour être *intoxicant* et le rendre illégal au niveau fédéral – représente une industrie de plusieurs milliards de dollars dans plus de 30 États où elle est légale en vertu de la législation de l'État. L'industrie continue de progresser parce que le risque d'application de l'interdiction en vertu de la loi fédérale est jugé plutôt faible, du moins pour les personnes qui n'ont pas de lien avec le crime organisé ou d'autres individus peu recommandables.

Par contre, certains trouvent particulièrement difficile de prendre part à une industrie qui va à l'encontre de la législation fédérale américaine, par exemple de nombreux participants à l'industrie financière et fournisseurs de services. Bien que plus de 550 institutions bancaires et plus de 150 coopératives de crédit offrent déjà des services bancaires et financiers à l'industrie du cannabis, la plupart d'entre elles ne le font pas. Celles qui le font doivent déposer

Si une plante de cannabis possède plus de 0,3 % de THC en fonction de son poids sec, la *Controlled Substances Act* fédérale américaine la définit comme étant de la marijuana, et non du chanvre, et elle demeure une substance interdite au niveau fédéral tout comme la cocaïne. Et pourtant, la marijuana – du cannabis dont le contenu en THC est suffisant pour être *intoxicant* et le rendre illégal au niveau fédéral – représente une industrie de plusieurs milliards de dollars dans plus de 30 États où elle est légale en vertu de la législation de l'État.

régulièrement des « déclarations d'activité suspecte » auprès du Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) et démontrer à leurs organismes de surveillance prudentielle qu'elles respectent les directives prescrites lorsqu'elles traitent avec des sociétés de l'industrie du cannabis. La plupart des grandes institutions financières fédérales n'offrent toujours pas leurs services aux producteurs de cannabis américains (à tout le moins à ceux qui produisent de la marijuana), pas plus que la plupart des maisons de courtage ou les bourses américaines. Et bien que les politiciens ne s'entendent généralement sur rien, ils sont presque tous d'avis que le fossé actuel entre la législation étatique et fédérale en matière de marijuana doit être comblé.

Trois propositions législatives distinctes sont sur la table en vue d'éclaircir la situation : la SAFE, la STATES et la MORE.

- **SAFE** : La [\*Secure And Fair Enforcement \(SAFE\) Banking Act\*](#) (la loi SAFE) est un projet de loi visant à protéger les institutions bancaires qui exercent leurs activités dans l'industrie de la marijuana contre les mesures d'application des organismes de réglementation fédéraux des banques. Même si les institutions financières devraient tout de même se conformer aux directives du FinCEN, elles bénéficieraient de protections expresses contre la responsabilité lorsqu'elles fournissent des services financiers à l'industrie du cannabis. De plus, l'institution bancaire serait protégée contre l'annulation de sa garantie des dépôts, et le produit de la vente de la marijuana ne serait pas considéré comme un produit de la criminalité en vertu des lois fédérales sur le blanchiment d'argent. La loi SAFE a été adoptée par la Chambre des représentants, contrôlée par les démocrates, en septembre 2019, mais malgré un certain optimisme prudent, les chances qu'elle soit adoptée par le Sénat demeurent incertaines.
- **STATES** : La [\*Strengthening the Tenth Amendment Through Entrusting States Act\*](#) (la loi STATES) modifierait la *Controlled Substances Act* fédérale américaine pour exclure les activités impliquant la marijuana ayant lieu dans les États où ces activités sont légales en vertu de la législation étatique. Le produit de la vente de marijuana respectant la législation d'un État ne serait pas un produit de la criminalité aux fins du blanchiment d'argent ou à d'autres fins. Le projet de loi a été présenté en avril 2019, mais ne semble pas progresser rapidement.
- **MORE** : La [\*Marihuana Opportunity Reinvestment and Expungement Act of 2019\*](#) (la loi MORE) a été présentée en juillet 2019. Elle enlèverait entièrement la marijuana de l'annexe I de la *Controlled Substances Act* fédérale, mettant fin à son illégalité en vertu de la loi fédérale américaine à titre de substance contrôlée, même dans les États où elle n'était pas légale en vertu de la loi étatique. Mais la loi MORE en fait plus, sous forme de taxes. Le projet de loi imposerait une taxe nationale de 5 % sur les produits du cannabis (à l'exclusion du chanvre) qui sont fabriqués ou importés aux États-Unis, les fonds recueillis à partir de cette taxe devant servir à financer un certain nombre de programmes de justice sociale. Le projet de loi a été adopté par la Commission des affaires judiciaires de la Chambre des représentants en novembre 2019 et se dirige vers un vote à la Chambre complète, mais il risque peu d'être approuvé par le Sénat.

Ces tentatives législatives pour résoudre le conflit actuel entre les lois fédérales et étatiques sont courageuses, mais la loi SAFE, qui est la plus susceptible d'être adoptée, atténuerait uniquement les tensions dans le secteur financier et ne réglerait pas tous les problèmes auxquels les producteurs de marijuana font face. Et bien que la loi STATES ait des chances d'être adoptée par la Chambre des représentants et le Sénat, ce n'est pas le cas de la loi MORE, à laquelle le Sénat risque davantage de s'opposer.

## Conclusion

Le CBD semble être partout cette année aux États-Unis, grâce à la loi agricole de 2018. Sa légalité en vertu de la législation fédérale est toujours controversée, mais les progrès sont considérables. En effet, ces questions relèvent maintenant de la FDA en vertu de la *Food, Drug and Cosmetic Act* plutôt que de la Drug Enforcement Administration (DEA) en vertu de la *Controlled Substances Act*. La marijuana, c'est-à-dire le cannabis ayant plus de 0,3 % de THC, demeure illégale en vertu de la *Controlled Substances Act*, rendant la loi fédérale incompatible avec les lois en vigueur dans la plupart des États américains. Est-ce que la loi STATES, la loi MORE ou d'autres initiatives régleront finalement ce problème en 2020? Bien qu'il soit trop tôt pour prédire ce que l'avenir nous réserve, il est possible d'entretenir de grands espoirs.

---

## AUTEUR



**Rob Lando**

Associé, Droit  
des sociétés

[rlando@osler.com](mailto:rlando@osler.com)

212.991.2504



MARCHÉS FINANCIERS AMÉRICAINS

---

# Tirer profit de la simplicité : efforts de la SEC pour la simplification de la divulgation et autres développements aux États-Unis

En 2019, la Commission des valeurs mobilières (*Securities and Exchange Commission* ou SEC) des États-Unis a poursuivi ses efforts en vue de simplifier les obligations de divulgation des sociétés ouvertes, a étendu la portée des règles populaires qui permettent aux entreprises émergentes à forte croissance de « tâter le terrain » en les rendant accessibles à toutes les entreprises et a attiré l'attention sur le rôle important des agences de conseil en vote dans le processus de vote par procuration aux États-Unis.

## Au rythme du temps – La SEC prend des mesures pour moderniser et simplifier les exigences de divulgation

En mars 2019, la SEC a pris des mesures pour moderniser et simplifier les exigences de divulgation concernant les déclarations d'enregistrement et les rapports périodiques, en adoptant de [nouveaux règlements](#) qui sont entrés en vigueur en mai. Les changements visaient à réduire les coûts de conformité pour les sociétés ouvertes, à fournir des renseignements plus utiles et moins répétitifs aux investisseurs et à limiter certaines exigences visant à inclure des renseignements non significatifs.

Parmi les changements importants, notons ce qui suit :

- **Processus de traitement confidentiel** : Les personnes ou sociétés inscrites peuvent maintenant caviarder les renseignements confidentiels dans les contrats importants déposés comme pièces à l'appui des déclarations d'enregistrement et des rapports périodiques, dans la mesure où les renseignements caviardés ne sont pas importants et causeraient vraisemblablement un préjudice concurrentiel à la personne ou société inscrite s'ils étaient rendus publics, et ce, sans devoir d'abord soumettre une demande de traitement confidentiel à la SEC pour examen et approbation.
- **Exigences en matière de pièces à l'appui** : Les personnes ou sociétés inscrites peuvent désormais s'abstenir d'inclure les annexes et les pièces jointes sans importance dans toutes les pièces à l'appui qui sont déposées, plutôt que seulement dans les pièces à l'appui qui sont des ententes d'acquisition ou de réorganisation importantes.
- **Informations à fournir dans les rapports de gestion** : En ce qui concerne les rapports périodiques, les personnes ou sociétés inscrites peuvent maintenant s'abstenir d'inclure dans leur rapport de gestion le premier des trois exercices couverts par les états financiers inclus dans le rapport périodique si des documents déposés antérieurement auprès de la SEC contenaient déjà une analyse de cet exercice et si les investisseurs n'ont pas besoin de l'analyse de cet exercice pour comprendre la situation financière actuelle de la personne ou société inscrite.
- **Description des biens matériels** : Désormais, l'obligation de décrire les biens matériels exige uniquement la divulgation des biens matériels qui sont importants pour la personne ou société inscrite.

En août, la SEC a également annoncé des [modifications proposées](#) visant à moderniser les exigences en matière de divulgation de renseignements sur les activités, les poursuites judiciaires et les facteurs de risque prévus par le Règlement S-K qui est le règlement qui prescrit la plupart des exigences de divulgation de la SEC applicables aux personnes ou sociétés inscrites aux États-Unis.

La SEC propose des modifications des exigences de divulgation concernant l'évolution générale et la description des activités de la personne ou société inscrite :

- **Divulgation fondée sur des principes** : Au lieu de prescrire la divulgation d'éléments d'information particuliers, les nouvelles exigences seraient fondées sur le principe selon lequel une personne ou société inscrite devrait divulguer des renseignements qui sont importants pour comprendre l'évolution générale de ses activités. Les règles fourniraient des exemples des types de renseignements qu'il pourrait être approprié de divulguer (y compris les changements importants apportés à une stratégie d'affaires déjà divulguée), mais ne se limiteraient pas à ces exemples ou n'exigeraient pas que des renseignements soient fournis à l'égard des exemples qui ne sont pas réellement importants pour la personne ou société inscrite.
- **Divulgation axée sur les faits nouveaux** : Dans ses dépôts de documents suivant un dépôt de documents initial, une personne ou société inscrite peut se limiter à fournir une mise à jour de l'évolution générale de ses activités qui porte sur les faits nouveaux importants survenus pendant la période de déclaration, avec un hyperlien actif vers son plus récent dépôt qui, lu conjointement avec cette mise à jour, fournira une analyse complète de l'évolution générale des activités de la personne ou société inscrite.

Les exigences en matière de divulgation pour les actions en justice seraient simplifiées et modernisées par les moyens suivants :

- permettre que l'information requise au sujet des actions en justice importantes soit fournie en incluant des hyperliens ou des renvois à de l'information sur les actions en justice qui se trouve ailleurs dans le document afin d'éviter la divulgation en double.
- réviser le seuil de 100 000 \$ US pour la divulgation des actions en justice liées à des questions environnementales impliquant la personne ou société inscrite et auxquelles le gouvernement est partie en le faisant passer à 300 000 \$ US pour tenir compte de l'inflation.

Les exigences en matière de divulgation des facteurs de risque seraient révisées par les moyens suivants :

- fournir des directives décourageant l'inclusion de facteurs de risque génériques et exigeant la divulgation sommaire des facteurs de risque au début de la section sur les facteurs de risque si cette section compte plus de 15 pages;
- améliorer l'approche fondée sur des principes en matière de divulgation des facteurs de risque en reformulant la norme sur la divulgation de manière à exiger la divulgation des facteurs « importants » au lieu des facteurs « les plus importants »;
- exiger que les facteurs de risque soient regroupés sous des rubriques pertinentes, les facteurs de risque qui peuvent généralement s'appliquer à un placement dans des titres étant présentés à la fin de la section portant sur les facteurs de risque sous une rubrique distincte.

Des modifications connexes seraient également apportées aux éléments correspondants du formulaire 20-F qui est le formulaire de rapport annuel utilisé par les sociétés non assujetties au régime d'information multinational (RIM) qui se qualifient comme émetteurs privés étrangers.

En général, les modifications adoptées et proposées n'auront pas d'incidence importante sur les personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui utilisent le RIM parce que ces sociétés sont principalement assujetties aux obligations de divulgation prescrites par les lois canadiennes sur les valeurs mobilières plutôt qu'au Règlement S-K ou au formulaire 20-F. Toutefois, les modifications adoptées et proposées s'appliquent aux personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui produisent des rapports au moyen de formulaires américains (comme les rapports annuels au moyen du formulaire 10-K et les rapports trimestriels au moyen le formulaire 10-Q) ou qui produisent des rapports annuels au moyen du formulaire 20-F.

## Il n'y a pas de problème avec les fusions et acquisitions – la SEC propose d'assouplir les exigences de divulgation relatives aux acquisitions et aux cessions d'entreprises

En mai, la SEC a [proposé des modifications](#) des exigences de divulgation des états financiers pour les acquisitions et les cessions d'entreprises.

Parmi les modifications importantes qu'il est proposé d'apporter à ces règles, mentionnons les suivantes :

- la réduction de la période maximale pour laquelle les états financiers historiques annuels audités d'une entreprise acquise sont requis, selon la significativité, passant de trois exercices financiers à deux exercices financiers (afin d'éliminer l'exigence actuelle d'inclure trois années d'états financiers historiques de l'entreprise ciblée pour une acquisition dont le critère de significativité dépasse 50 %);
- l'élimination de l'exigence selon laquelle les états financiers d'une entreprise acquise doivent être présentés séparément, une fois que les résultats de l'entreprise acquise ont été reflétés dans les états financiers vérifiés de l'entreprise acheteuse pour un exercice financier complet, peu importe le critère de significativité de l'acquisition;
- la révision du critère du « placement » et du critère du « revenu » utilisés pour déterminer la significativité d'une acquisition ou d'une cession afin de mieux tenir compte de l'importance économique réelle de l'opération pour la personne ou société inscrite et l'utilisation accrue de l'information financière pro forma déposée pour mesurer la significativité;
- l'augmentation du seuil aux termes des critères de significativité pour les cessions afin de n'exiger des informations financières pro forma que si la cession atteint le seuil de significativité de 20 % plutôt que celui de 10 % (pour se conformer au seuil de significativité requis pour les acquisitions)

Les modifications n'auront pas d'incidence importante sur les personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui utilisent le RIM mais touchent principalement les personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui produisent des rapports au moyen de formulaires américains ou qui produisent des rapports annuels au moyen du formulaire 20-F.

- et pour que les tests utilisés pour déterminer la significativité d'une entreprise cédée soient conformes à ceux utilisés pour déterminer la significativité d'une entreprise acquise;
- la modification des exigences en matière d'information financière pro forma afin de permettre des « ajustements de gestion » supplémentaires pour tenir compte des effets raisonnablement probables de l'opération, en plus des ajustements actuellement autorisés et requis.

Bien que les exigences de la SEC en matière d'information financière en vertu du Règlement S-X ne s'appliqueront pas aux personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui utilisent les formulaires du RIM, dans de nombreux cas visant certains types d'opérations de fusion et d'acquisition, comme lorsqu'une personne ou société inscrite canadienne acquiert une société ouverte américaine par voie de fusion ou d'échange de titres, les formulaires du RIM ne peuvent pas être utilisés. Par conséquent, les modifications proposées, si elles sont adoptées, pourraient être très avantageuses pour les personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui entreprennent ce type d'opérations de fusion et d'acquisition.

## Permettre de tâter le terrain en toute liberté

Par le passé, les lois sur les valeurs mobilières des États-Unis compliquaient la tâche des sociétés qui voulaient tâter le terrain avant de procéder à un appel public à l'épargne. Les rencontres avec d'éventuels investisseurs afin d'évaluer leur intérêt à l'égard de l'émission d'un titre pouvaient être considérées comme des offres illégales du titre en question, ce qui avait toujours été interdit sous prétexte que cela constituait des « communications anticipées » survenant avant le dépôt auprès de la SEC d'une déclaration d'enregistrement relativement à l'émission du titre.

Depuis 2012, les règles changent. En vertu de la loi intitulée *Jumpstart Our Business Startups Act* (la loi JOBS), la possibilité de tâter le terrain auprès d'investisseurs institutionnels a d'abord été offerte pour la réalisation d'un PAPE ou de tout appel public à l'épargne subséquent par une entreprise émergente à forte croissance (EEC), au sens attribué à ce terme dans la loi JOBS, grâce à l'ajout de l'alinéa 5d à la loi des États-Unis intitulée *U.S. Securities Act*. En septembre 2019, la SEC a adopté un [nouveau règlement](#) pour fournir un deuxième moyen de sonder l'intérêt d'éventuels investisseurs institutionnels que toutes les sociétés peuvent utiliser (Règlement 163B). Ce règlement est entré en vigueur le 3 décembre 2019.

En vertu du nouveau Règlement 163B, toute société ou toute personne autorisée à agir en son nom a le droit d'établir des communications visant à tâter le terrain. Une plus grande variété d'émetteurs, et non uniquement des EEC, pourra ainsi consulter plus efficacement d'éventuels investisseurs institutionnels et pourra mieux cerner les renseignements que les investisseurs veulent connaître avant d'effectuer un placement, ce qui fera augmenter par conséquent la probabilité d'une opération fructueuse.

L'alinéa 5d de la *Securities Act* demeure disponible, en plus du Règlement 163B, pour toute entreprise émergente à forte croissance admissible, et il peut y avoir des avantages et des inconvénients à se prévaloir de l'un plutôt que de l'autre. De plus, il est important de se rappeler, dans le contexte d'un placement

transfrontalier de titres, que le fonctionnement des règles canadiennes qui autorisent à tâter le terrain est très différent de celui de l'alinéa 5d de la *Securities Act* ou du Règlement 163B. Plus particulièrement, seul un émetteur qui n'a pas encore réalisé un PAPE peut tâter le terrain au Canada ; il existe également des exigences assez formelles pour l'obtention d'engagements de non-divulgaration auprès d'investisseurs éventuels et aucune rencontre dans le but de tâter le terrain ne peut être tenue dans les quinze jours précédant le dépôt du prospectus provisoire du PAPE.

Pour plus d'information, veuillez consulter la mise à jour d'Osler intitulée [Appel public à l'épargne : tâter le terrain avant de se lancer](#) sur le site [osler.com](#).

## Modifications des règles relatives aux procurations concernant les conseillers en matière de procuration

En novembre, la SEC a [proposé des modifications](#) à ses règles sur les procurations afin d'aider les investisseurs qui ont recours à des services consultatifs en matière de vote par procuration à obtenir des renseignements plus exacts, transparents et complets des agences de conseil en vote. Les modifications proposées obligeront les agences de conseil en vote à divulguer leurs conflits d'intérêts réels ou potentiels et à mettre en place de nouvelles procédures pour donner aux personnes ou sociétés inscrites l'occasion d'examiner les conseils donnés en matière de vote par procuration et de donner leur avis avant qu'ils ne soient communiqués aux investisseurs.

En expliquant le contexte dans lequel s'inscrivent les modifications proposées, la SEC a fait remarquer que les agences de conseil en vote fournissent des conseils de vote à des milliers de clients qui bénéficient d'une procuration pour un nombre important d'actions faisant chaque année l'objet d'un vote. Il est donc essentiel que les conseils de vote par procuration soient fondés sur l'information la plus exacte possible et que les agences de conseil en vote fassent preuve de transparence avec leurs clients au sujet des méthodes et des processus utilisés pour formuler leurs conseils.

Aux termes des modifications proposées, les agences de conseil en vote seraient tenues de divulguer de façon très claire dans leurs conseils :

- tout intérêt important, direct ou indirect, de l'agence de conseil en vote (ou de ses sociétés affiliées) dans l'affaire ou les parties à l'égard desquelles elle fournit les conseils ;
- toute opération ou relation importante entre l'agence de conseil en vote et la personne ou société inscrite, une autre personne sollicitant des procurations ou un actionnaire proposant, relativement à l'affaire en question ;
- tout autre renseignement concernant l'intérêt, l'opération ou la relation de l'agence de conseil en vote qui est important pour évaluer l'objectivité de l'avis de vote par procuration à la lumière des circonstances propres à la relation en question ;
- toute politique ou procédure utilisée pour découvrir tout conflit d'intérêts important découlant de l'intérêt, de l'opération ou de la relation en question, ainsi que les mesures prises pour y remédier.

Les modifications proposées visent à aider les investisseurs à obtenir des renseignements plus exacts, transparents et complets des agences de conseil en vote qui fournissent des conseils de vote à des milliers de clients par année et rendent ainsi la transparence essentielle.

La SEC a également noté qu'il pourrait y avoir des erreurs factuelles, des lacunes ou des faiblesses méthodologiques dans l'information et les analyses des agences de vote par procuration qui pourraient avoir une incidence importante sur la fiabilité de leurs recommandations de vote et sur les résultats du vote. La SEC a déclaré que de nombreuses personnes ou sociétés inscrites se sont également dites préoccupées par le fait qu'elles n'ont pas la possibilité d'examiner les conseils de vote par procuration avant qu'ils ne soient diffusés, ainsi que par le fait qu'elles n'ont pas véritablement la possibilité de communiquer avec les agences de conseil en vote et de corriger des erreurs factuelles ou des faiblesses méthodologiques dans leurs analyses. Une fois que les conseils de vote sont fournis aux clients, ce qui se produit souvent très peu de temps avant qu'un pourcentage important des votes ne soit exprimé, il n'est pas possible pour les personnes ou sociétés inscrites d'informer les investisseurs en temps opportun de leurs opinions contraires ou de signaler les erreurs qu'elles ont décelées dans les analyses.

Par conséquent, la SEC propose des mesures visant à faciliter l'amélioration du dialogue entre les agences de conseil en vote, les personnes ou sociétés inscrites et les autres personnes sollicitant des procurations avant que les conseils de vote ne soient communiqués aux clients. Les mesures proposées visent également à fournir aux personnes ou sociétés inscrites et aux autres personnes sollicitant des procurations un moyen de faire connaître leur point de vue sur les conseils avant que les clients des agences de conseil en vote ne soumettent leur vote.

Aux termes des modifications proposées :

- si une personne ou société inscrite assujettie aux règles de la SEC sur les procurations dépose la version définitive de sa circulaire de sollicitation de procurations auprès de la SEC moins de 45 jours civils, mais au moins 25 jours civils avant la date de son assemblée des actionnaires, les agences de conseil en vote devront accorder à la personne ou société inscrite (ou à une autre personne sollicitant des procurations) au moins trois jours ouvrables pour examiner la circulaire et fournir leurs commentaires ;
- si la personne ou société inscrite dépose la version définitive de sa circulaire de sollicitation de procurations 45 jours civils ou plus avant l'assemblée des actionnaires, la période d'examen préalable serait portée à au moins cinq jours ouvrables ;
- si, toutefois, la personne ou société inscrite dépose la version définitive de sa circulaire de sollicitation de procurations moins de 25 jours civils avant l'assemblée des actionnaires, les agences de conseil en vote n'auraient aucune obligation de communiquer leurs conseils avant leur diffusion à leurs clients.

Les agences de conseil en vote seraient également tenues de fournir aux personnes ou sociétés inscrites et aux autres personnes sollicitant des procurations un avis final de leurs conseils de vote au plus tard deux jours ouvrables avant la diffusion des conseils aux clients, que la personne ou société inscrite ou autre personne sollicitant des procurations ait fourni ou non une rétroaction pendant la période prévue pour l'examen et les commentaires.

En plus de la période d'examen et de commentaires et des exigences relatives à l'avis final, les personnes ou sociétés inscrites et les autres personnes sollicitant des procurations auraient également la possibilité de demander que les agences

de conseil en vote incluent dans leurs avis un hyperlien dirigeant le destinataire de l'avis vers une déclaration écrite qui expose les opinions de la personne ou société inscrite ou de l'autre personne sollicitant des procurations au sujet de l'avis.

Les règles de procuration de la SEC ne s'appliquent pas aux sociétés canadiennes qui se qualifient à titre d'« émetteur fermé étranger », ce qui est le cas de la plupart des sociétés canadiennes qui sont inscrites à la SEC. Toutefois, les modifications proposées par la SEC s'appliqueraient directement à toute personne ou société inscrite canadienne qui n'est pas admissible à titre d'émetteur fermé étranger et pourrait également avoir une incidence indirecte importante sur les pratiques des agences de conseil en vote canadiennes.

---

## AUTEURS



**Jason Comerford**

Associé, Droit  
des sociétés

**[jcomerford@osler.com](mailto:jcomerford@osler.com)**

212.991.2533



**Rob Lando**

Associé, Droit  
des sociétés

**[rlando@osler.com](mailto:rlando@osler.com)**

212.991.2504



**Jie Chai**

Sociétaire, Droit  
des sociétés

**[jchai@osler.com](mailto:jchai@osler.com)**

212.991.2585



**Kelsey Weiner**

Sociétaire, Droit  
des sociétés

**[kweiner@osler.com](mailto:kweiner@osler.com)**

212.991.2544



## FISCALITÉ

---

# Fiscalité internationale : une année de transition

En 2019, des initiatives en vue d'une réforme fiscale internationale – chapeautée par le G20 et l'OCDE – se sont poursuivies partout dans le monde. Deux développements en particulier devraient avoir des répercussions majeures au Canada.

Premièrement, le 1<sup>er</sup> décembre 2019 marquait l'entrée en vigueur de l'instrument multilatéral (l'« IM ») au Canada. L'IM – officiellement la [Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices de l'OCDE](#) – entraîne des modifications majeures à bon nombre des conventions fiscales bilatérales auxquelles est partie le Canada. Au premier plan se trouve l'adoption des « standards minimums » obligatoires établis par l'OCDE concernant l'utilisation abusive des conventions fiscales. Le choix du Canada de souscrire aux dispositions d'arbitrage obligatoire et contraignant des différends en matière de conventions fiscales est également un élément important à souligner.

Deuxièmement, une récente proposition de l'OCDE visant à modifier la façon dont les bénéfices mondiaux sont répartis entre les pays – « BEPS 2.0 » – étendrait les droits d'imposition attribués à la juridiction du marché (« Pilier 1 ») et établirait un taux minimum d'imposition auquel seraient assujetties les multinationales à l'échelle mondiale (« Pilier 2 »). Si elles sont adoptées, ces mesures modifieront substantiellement le cadre fiscal international du Canada. Ces propositions

sont actuellement examinées par le Canada, par d'autres membres du G20 et de l'OCDE, ainsi que par plus de 130 États membres du Cadre inclusif sur le BEPS.

Certains pays ont déjà mis en œuvre des mesures unilatérales pour appliquer de nouveaux impôts aux fournisseurs de services numériques, et ce, sans attendre un consensus sur la proposition de l'OCDE. Au Canada, le Parti libéral du Canada – réélu en tant que gouvernement minoritaire en octobre 2019 – a proposé une nouvelle taxe sur la valeur ajoutée de 3 % applicable au revenu des entreprises qui offrent des services de ciblage publicitaire et d'intermédiation numérique. Cette nouvelle taxe (proposée dans la plateforme électorale du Parti libéral) s'appliquerait aux entreprises dont les revenus mondiaux excèdent 1 G\$ CA et dont les revenus canadiens atteignent au moins 40 M\$ CA, et serait annulée une fois qu'un consensus international sera atteint sur les propositions du Pilier 1.

## Conventions fiscales internationales – Instrument multilatéral

L'IM est entré en vigueur au Canada le 1<sup>er</sup> décembre 2019. Il vise à intégrer des mesures relatives aux conventions fiscales découlant du Projet sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (« BEPS ») de l'OCDE et du G20 à plusieurs conventions fiscales bilatérales auxquelles le Canada est partie. L'IM modifie les conventions bilatérales existantes dans les cas où il a été ratifié par chacune des parties à la convention bilatérale. Une convention fiscale à laquelle l'IM s'applique est qualifiée de « convention fiscale couverte ». Les dispositions d'entrée en vigueur de l'IM sont complexes : le site Web de l'OCDE propose une « [boîte à outils](#) » – y compris une [Base de données pour l'appariement](#) – qui permet de déterminer si une convention fiscale bilatérale constitue une convention fiscale couverte et qui permet d'établir quelles dispositions s'appliquent ainsi que le moment de leur entrée en vigueur. Au Canada, l'IM s'appliquera aux conventions fiscales couvertes a) le 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les retenues à la source, et b) aux années d'imposition ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> juin 2020 (c'est-à-dire à compter de l'année d'imposition commençant le 1<sup>er</sup> janvier 2021 pour les contribuables dont l'année d'imposition correspond à l'année civile) pour les autres impôts (notamment l'impôt sur les gains en capital).

Plus important encore, l'IM adopte les « normes minimales » convenues de l'OCDE relativement à l'utilisation abusive des conventions fiscales et au règlement de conflits fiscaux internationaux. Par ailleurs, le Canada a convenu de souscrire aux dispositions d'arbitrage obligatoire et contraignant des différends en matière de conventions fiscales, ce qui peut transformer la manière dont le Canada et ses partenaires règlent les différends à propos de leur droit d'imposer les multinationales sur leurs bénéfices.

L'IM prévoit deux mesures visant à éviter l'utilisation abusive des conventions fiscales : a) un préambule des conventions fiscales modifié, indiquant que la convention concernée vise à éliminer la double imposition, sans pour autant permettre la non-imposition ou l'imposition réduite en ayant recours à des pratiques d'évasion fiscale ou à l'évitement fiscal ; et b) une règle anti-évitement étendue visant le chalandage fiscal, appelée « critère des objets principaux » (« COP »). Selon le COP, un avantage conféré par une convention fiscale pourrait être refusé s'il est raisonnable de conclure que l'un des objets principaux d'un

L'IM est entré en vigueur au Canada le 1<sup>er</sup> décembre 2019 et s'appliquera aux conventions fiscales couvertes

a) le 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les retenues à la source, et

b) aux années d'imposition ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> juin 2020 (c'est-à-dire à compter de l'année d'imposition commençant le 1<sup>er</sup> janvier 2021 pour les contribuables dont l'année d'imposition correspond à l'année civile) pour les autres impôts (notamment l'impôt sur les gains en capital).

montage ou d'une opération était d'obtenir l'avantage, sauf si l'octroi de cet avantage était conforme à l'objet et au but des dispositions pertinentes de la convention fiscale en question.

Dans le cadre d'une convention fiscale, le règlement de différends peut s'avérer nécessaire lorsque plus d'un État fait valoir son droit d'imposer la même portion des revenus d'une multinationale. Afin d'éviter une double imposition, les autorités fiscales compétentes de chaque État partie à la convention (ci-après désignés les « autorités compétentes ») négocient en vue de s'entendre sur la distribution appropriée des droits d'imposition. L'IM comprend une procédure amiable, qui exige que les autorités compétentes de chacun des États tentent de régler certains différends en temps opportun (c.-à-d. dans les trois années suivant la notification de l'existence du différend).

Le Canada a choisi, aux termes de l'IM, de souscrire aux dispositions d'arbitrage obligatoire et contraignant. Depuis 2008, le Canada a convenu de dispositions similaires relatives à l'arbitrage obligatoire et contraignant dans sa convention fiscale avec les États-Unis. Celles-ci ont fait leurs preuves en permettant le règlement de différends fiscaux transfrontaliers avec nos voisins du Sud. Aux termes du régime de l'IM, l'arbitrage obligatoire et contraignant s'applique lorsqu'une affaire n'est toujours pas réglée au moyen de procédures amiables après un délai prescrit. Le modèle par défaut est alors l'arbitrage de l'offre finale (semblable à l'arbitrage utilisé au baseball) : chaque État exprime sa position et les membres du comité d'arbitrage – dont la décision est finale et exécutoire – doivent trancher en faveur de l'une ou l'autre. L'arbitrage obligatoire et contraignant s'appliquera lorsque les parties à la convention fiscale bilatérale auront convenu d'y souscrire. À ce jour, ces parties comprennent l'Australie, l'Autriche, la Barbade, la Belgique, la Finlande, la France, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, Singapour et l'Espagne.

L'IM ne s'appliquera pas aux conventions fiscales intervenues entre le Canada et les États-Unis (qui n'ont pas signé l'IM), ni à celles entre le Canada et l'Allemagne ou la Suisse (pays avec lesquels le Canada a entamé des négociations d'accord bilatéral).

## BEPS 2.0 – Programme de travail de l'OCDE

En mai 2019, l'OCDE a publié son *Programme de travail visant à élaborer une solution fondée sur un consensus pour relever les défis fiscaux soulevés par la numérisation de l'économie* (le « [Programme de travail](#) »). Le Programme de travail proposait des changements radicaux comprenant deux mesures principales : a) le Pilier 1, qui attribuerait des droits d'imposition supplémentaires aux juridictions du marché (notamment par la révision du lien de l'« établissement stable » aux fins d'établir les droits d'imposition du pays source et la révision de la norme relative à la « pleine concurrence » à l'égard de la répartition des bénéfices) et b) le Pilier 2, qui introduit un impôt minimum mondial afin de prévenir le transfert de bénéfices aux juridictions à faible taux d'imposition.

Le Programme de travail a reçu l'appui du Canada et d'autres pays du G20. L'OCDE prévoit formuler des recommandations sur les principales composantes des deux piliers au début de 2020, et compte publier un rapport final vers la fin de 2020, conformément à l'échéancier approuvé par le G20.

Le Pilier 1 était initialement axé sur les entreprises à forte composante numérique et explorait trois propositions distinctes se fondant sur la « participation de l'utilisateur », les « biens incorporels de commercialisation » et la « présence économique significative ». Cependant, les consultations ont permis de constater qu'il était peu probable de parvenir à un consensus sur l'une ou l'autre des trois propositions, plus particulièrement parce qu'elles semblaient avoir une incidence disproportionnée sur les multinationales exploitant des entreprises à forte composante numérique établies aux États-Unis.

En octobre 2019, le secrétariat de l'OCDE a publié une proposition à l'égard d'une « [approche unifiée](#) » au titre du Pilier 1. Si elle est adoptée, l'approche unifiée introduira une règle révisée de répartition des bénéfices applicable à toutes les multinationales du « champ d'application », en fonction d'un revenu qui demeure à établir ou d'un autre seuil. Elle prévoira aussi quelques exclusions visant certains secteurs comme les industries extractives, les matières premières et peut-être les services financiers. La règle de répartition des bénéfices établit un nouveau lien fiscal avec un territoire sans condition de présence physique. Le lien sera plutôt établi en fonction d'un seuil de revenu qui permet de conclure à une participation soutenue et importante dans la juridiction du marché. Pour les contribuables du champ d'application qui ont un lien suffisant avec un ou plusieurs territoires, un rendement approprié à l'égard d'activités routinières sera exclu de l'ensemble des bénéfices. Le reste sera présumé être des bénéfices non standards, dont une partie sera répartie entre différentes juridictions du marché admissibles en fonction de variables comme le chiffre d'affaires.

Le Pilier 1 vise à attribuer de nouveaux droits d'imposition aux juridictions du marché en fonction d'une nouvelle règle du lien, alors que le Pilier 2 sert à appliquer un taux d'imposition minimum mondial aux entreprises qui ont des activités à l'échelle internationale, ce qui a pour effet d'accroître l'imposition des multinationales importantes à l'échelle mondiale. Bien que l'on s'attende à des pertes de recettes fiscales pour certains territoires qui découleraient de la répartition des nouveaux droits d'imposition aux juridictions du marché aux termes du Pilier 1, ces pertes pourraient être recouvrées grâce au Pilier 2.

Le Secrétariat de l'OCDE a publié sa « Proposition globale de lutte contre l'érosion de la base d'imposition » (« [GloBE](#) »), aux termes du Pilier 2, en novembre 2019. La proposition GloBE tente de remédier aux questions du BEPS non résolues au moyen de l'élaboration des règles suivantes :

- La règle d'inclusion du revenu visant à imposer le revenu des succursales étrangères ou des entités contrôlées, dès lors que celui-ci a été soumis à l'impôt à un taux effectif inférieur à un taux minimum.
- La règle relative aux paiements insuffisamment imposés pour les pays sources, qui refuserait toute déduction ou exigerait une retenue d'impôt sur les paiements qui ont pour effet d'éroder la base d'imposition et qui ne sont pas assujettis au taux minimum d'imposition précisé dans la juridiction du destinataire.
- La règle de substitution à incorporer aux conventions fiscales bilatérales, qui permettrait à l'État de résidence de passer d'un système d'exemption à un système de crédit d'impôt si les bénéfices attribuables à un établissement stable dans l'État source ou provenant d'un bien immobilier dans l'État source sont imposés à un taux effectif inférieur au taux minimum.

Selon l'OCDE, l'effet combiné des Piliers 1 et 2 mènera à « une augmentation importante des recettes fiscales mondiales ». Par conséquent, les propositions devraient avoir une incidence défavorable sur bon nombre d'entreprises multinationales.

- La règle d'assujettissement à l'impôt, qui assure que les avantages prévus par les conventions (plus particulièrement les avantages applicables aux intérêts et aux redevances) sont accordés uniquement dans des circonstances où le revenu est imposé à un taux minimum dans la juridiction du destinataire.

Si elle est adoptée, la proposition GloBE de l'OCDE exigera des modifications substantielles aux conventions fiscales bilatérales canadiennes ainsi qu'aux règles nationales concernant les retenues fiscales des sociétés étrangères affiliées et des non-résidents canadiens.

Selon l'OCDE, l'effet combiné des Piliers 1 et 2 mènera à « une augmentation importante des recettes fiscales mondiales ». Par conséquent, les propositions devraient avoir une incidence défavorable sur bon nombre d'entreprises multinationales. Nous continuerons de suivre les progrès concernant les propositions au cours de 2020. Les multinationales devraient en outre examiner de près les propositions détaillées sur ces enjeux.

---

## AUTEURS



**Monica Biringer**  
Associée et coprésidente,  
Fiscalité  
**mbiringer@osler.com**  
416.862.6830



**Patrick Marley**  
Associé et coprésident,  
Fiscalité  
**pmarley@osler.com**  
416.862.6583



**Drew Morier**  
Associé, Fiscalité  
**dmorier@osler.com**  
416.862.5971 (Toronto)  
403.260.7092 (Calgary)



**Kaitlin Gray**  
Sociétaire, Fiscalité  
**kgray@osler.com**  
403.355.7451

---

*Nous aimerions remercier Amanda Heale qui a également participé à la rédaction de cet article.*



LITIGE EN MATIÈRE D'ÉNERGIE

---

# Compétences législatives, répartition et mécontentement : les provinces jouent des coudes pour mener la danse

La répartition des compétences législatives entre le Parlement fédéral et les provinces canadiennes s'apparente à une danse où chaque partenaire a une sphère d'influence et un rôle, et où la réussite dépend de la coopération et de l'interaction entre les participants. Cependant, lorsque le tempo change de façon inattendue, les danseurs ne savent plus exactement quel est leur rôle et quelles sont les mesures à prendre.

Les articles 91 à 95 de la *Loi constitutionnelle* canadienne de 1867 répartissent les compétences législatives entre les provinces et le Parlement fédéral. Le Canada danse en solo pour certaines catégories de sujets qui relèvent pleinement du gouvernement fédéral : les entreprises interprovinciales (comme les pipelines et les chemins de fer), la monnaie légale, les forces armées, la devise, la navigation et le transport de marchandises (pour ne nommer que ceux-là). Il en va de

même pour les provinces en ce qui concerne les questions qui sont de portée plus locale, comme les droits de propriété et les droits civils dans la province. Parfois, cependant, certaines compétences législatives théoriquement exclusives débordent de leurs cadres respectifs et empiètent les unes sur les autres, de sorte que des théories sur le chevauchement se sont développées. L'article 95 crée en outre un petit nombre de compétences simultanées. Enfin, les tribunaux ont conclu que le Canada jouit d'une compétence législative résiduelle aux termes de la théorie en matière de « paix, d'ordre et de bon gouvernement » (POBG). Cet écosystème complexe peut entraîner de la confusion et des différends quant à savoir quel ordre de gouvernement a l'autorité constitutionnelle de légiférer.

Comme on pouvait s'y attendre, une fédération où la compétence législative est ainsi délimitée donnera lieu à des moments et à des périodes prolongées de désaccord sur la séparation des pouvoirs, ce qui peut entraîner la désunion. Lorsque les préférences politiques d'un ordre de gouvernement apparaissent comme contraires aux intérêts d'un autre ordre, comme c'est le cas actuellement, les tensions naturelles sur le plan des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux augmentent en intensité. Pendant ces périodes, l'objet des tensions est débattu devant les tribunaux et dans le cadre de litiges quasi judiciaires.

En 2019, deux de ces litiges, et la politique dans laquelle ils s'inscrivent, ont occupé les tribunaux et fait les manchettes des médias : la demande de renvoi de la Colombie-Britannique dans le dossier du pipeline et les contestations de la taxe sur les émissions de carbone. Ces deux litiges seront soumis à la Cour suprême du Canada en 2020.

## (1) La demande de renvoi dans le dossier du pipeline : *renvoi relatif à l'Environmental Management Act (Colombie-Britannique), 2019 BCCA 181*

Il est rarement reconnu que la province de la Colombie-Britannique a *approuvé* le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (projet TMX) lorsqu'elle a délivré un certificat d'évaluation environnementale en janvier 2017, après la clôture des audiences de l'ONE. Malgré cette approbation provinciale, peu de temps après avoir formé un gouvernement minoritaire avec l'appui du Parti vert en mai 2017, le chef du nouveau Parti démocratique et premier ministre John Horgan a promis qu'il utiliserait « tous les outils mis à sa disposition » pour *bloquer* le projet TMX.

Dans les quelques mois qui ont suivi, le premier ministre Horgan a annoncé des modifications proposées à l'*Environmental Management Act* de la Colombie-Britannique afin d'exiger des permis provinciaux de « substances dangereuses » pour le transport du « pétrole lourd » dans la province (les « modifications proposées »). Les détracteurs du projet de loi ont accusé la Colombie-Britannique de cibler le pétrole de l'Alberta et, en particulier, le projet TMX.

L'Alberta et la Saskatchewan (entre autres) ont exprimé leur colère face aux tactiques de la Colombie-Britannique visant à mettre fin à un projet fédéral qui avait été déclaré d'intérêt national. Le 29 mai 2018, Kinder Morgan, le

En 2019, deux litiges, et la politique dans laquelle ils s'inscrivent, ont occupé les tribunaux et fait les manchettes des médias : la demande de renvoi de la Colombie-Britannique dans le dossier du pipeline et les contestations de la taxe sur les émissions de carbone. Ces deux litiges seront soumis à la Cour suprême du Canada en 2020

promoteur du projet TMX, a annoncé la vente du projet au gouvernement fédéral canadien. Puis, Kinder Morgan a entrepris sa sortie rapide du Canada. Une crise nationale venait de naître.

La Colombie-Britannique a renvoyé trois questions constitutionnelles à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique :

1. Les modifications proposées relèvent-elles de l'autorité législative de la Colombie-Britannique?
2. Le cas échéant, les modifications proposées s'appliqueraient-elles aux substances dangereuses introduites en Colombie-Britannique par voie d'entreprises interprovinciales?
3. Le cas échéant, la législation fédérale existante rendrait-elle inopérantes, en tout ou en partie, les modifications proposées?

Le 24 mai 2019, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a indiqué, dans un avis unanime, que les modifications proposées dépassaient le cadre de l'autorité législative de la province. L'affaire a fait l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada et sera entendue le 16 janvier 2020.

### L'opinion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La Cour a conclu que le caractère essentiel (ou « l'essence » dans le langage constitutionnel) des modifications proposées était de réglementer une entreprise interprovinciale, c'est-à-dire le projet TMX, qui vise à transporter du pétrole lourd de l'Alberta jusqu'à un terminal maritime. Les entreprises interprovinciales relèvent pleinement de la compétence fédérale en vertu de l'article 91. Par conséquent, la Cour a répondu « non » à la première question du renvoi et a jugé inutile de répondre aux deux dernières questions.

Bien que la Cour ait convenu que les entreprises fédérales ne sont pas à l'abri des lois provinciales sur l'environnement, elle a rejeté l'argument de la Colombie-Britannique qui soutenait avoir une revendication « supérieure » ou « présumée » de compétence en matière d'environnement en raison de sa compétence sur le plan des droits de propriété et des droits civils dans la province (un pouvoir qui lui confère l'article 92). La Cour a conclu que la protection de l'environnement est trop importante et d'une portée trop diffuse pour relever exclusivement d'un seul ordre de gouvernement.

Bien que les modifications proposées soient présentées comme une loi d'application générale, la Cour a conclu que leur intention (et leur seul *effet*) était de fixer les conditions relatives aux volumes de pétrole lourd dans la province ou d'en interdire la possession et le contrôle. Ces volumes entrent dans la province *uniquement* par l'intermédiaire du projet TMX et de wagons destinés à l'exportation. Même si les modifications proposées ne visent pas exclusivement le projet TMX, la Cour a fait remarquer qu'elles pourraient affecter (et en réalité « interrompre complètement ») l'ensemble des activités d'exploitation de Trans Mountain en tant que transporteur interprovincial et exportateur de pétrole. Par conséquent, les modifications proposées portent essentiellement sur des questions qui font du pipeline une entreprise fédérale relevant de la compétence fédérale.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également statué qu'il n'est ni pratique ni constitutionnellement approprié que différentes lois et différents règlements s'appliquent à un pipeline interprovincial (ou à une voie ferroviaire ou une infrastructure de communication) chaque fois qu'il traverse une frontière. L'exploitation d'un pipeline interprovincial serait « entravée » par la nécessité de se conformer aux différentes conditions régissant son parcours, sa construction, les matières qu'il transporte, les mesures de sécurité, la prévention des déversements et les conséquences de tout déversement accidentel de pétrole. La compétence à l'égard des entreprises interprovinciales a été attribuée exclusivement au Canada afin de permettre à un organisme de réglementation national unique de tenir compte des intérêts et des préoccupations qui vont au-delà de ceux de chaque province.

Les modifications proposées empêcheraient également l'exploitation du projet TMX dans la province jusqu'à ce qu'un fonctionnaire nommé par la province en décide autrement. À elle seule, cette considération « menace d'usurper » le rôle de l'Office national de l'énergie (maintenant appelé la Régie de l'énergie du Canada). Le projet TMX n'est pas un projet de la Colombie-Britannique ; il touche l'ensemble de la nation et doit être réglementé d'une manière conforme à l'intérêt national.

En bref, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que les modifications proposées étaient présentées comme une expression légitime du pouvoir provincial, mais qu'elles constituaient plutôt une attaque ciblée contre un pipeline fédéral approuvé par l'organisme de réglementation fédéral pour transporter du pétrole de l'Alberta à travers la province de la Colombie-Britannique. La Colombie-Britannique n'a pas été autorisée à utiliser sa législation environnementale pour interférer avec cet ouvrage fédéral ou pour l'entraver.

## (2) Les contestations de la taxe sur le carbone

### Que reproche-t-on, dans les faits, à la taxe sur le carbone?

Pour certaines provinces du Canada, la politique fédérale axée sur la tarification ou la taxation des émissions de carbone est devenue une cible de prédilection. D'abord la Saskatchewan, puis l'Ontario, l'Alberta, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, se sont ralliés contre une politique qu'ils considèrent comme étant sévère sur le plan de la définition pour les secteurs soumis à la concurrence, l'industrie extractive, les régions éloignées et le secteur de l'exploitation des ressources naturelles, sans parler des consommateurs, et ce, peu importe le système de remise proposé en guise de compensation. Les systèmes de remise proposés n'ont pas apaisé les opposants, car des exemples ont prouvé leur inefficacité. Un automne très humide dans les Prairies a encore exigé l'utilisation intensive de séchoirs à récoltes qui consomment énormément de gaz naturel. Les coûts du séchage des récoltes ont grimpé en flèche, confirmant ainsi les préjugés existants selon lesquels une taxe sur le carbone est particulièrement dommageable pour l'économie des Prairies.

Une taxe fédérale sur le carbone, prise isolément, est jugée digne d'une contestation politique par ces provinces. Toutefois, elle doit également être examinée dans le contexte d'autres politiques fédérales considérées comme préjudiciables aux intérêts économiques d'au moins la Saskatchewan et l'Alberta. Grâce à ce contexte plus large, on comprend mieux la motivation de ces provinces à mener à bonne fin la contestation judiciaire de la taxe fédérale sur le carbone.

D'abord la Saskatchewan, puis l'Ontario, l'Alberta, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, se sont ralliés contre une politique qu'ils considèrent comme étant sévère sur le plan de la définition pour les secteurs soumis à la concurrence, l'industrie extractive, les régions éloignées et le secteur de l'exploitation des ressources naturelles, sans parler des consommateurs, et ce, peu importe le système de remise proposé en guise de compensation.

## La Loi

La *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* du gouvernement fédéral (la Loi, ou plus familièrement, la taxe sur le carbone) est le fruit des efforts déployés par le gouvernement fédéral pour respecter les engagements internationaux du Canada à réduire les émissions de gaz à effet de serre (GES) et à atténuer les changements climatiques en vertu de l'*Accord de Paris*.<sup>1</sup>

D'une manière générale, la Loi permet aux provinces et aux territoires d'édicter leurs propres politiques pour atteindre les objectifs de réduction des émissions. Son but est d'imposer un prix unique sur le carbone dans l'ensemble du Canada à l'aide d'un « filet de sécurité » : le gouvernement fédéral introduira son propre système de tarification du carbone dans toute province où le Cabinet estime que le régime local n'est pas suffisamment rigoureux.

La Loi dispose de deux mécanismes pour faire respecter le prix fédéral « de référence » du carbone :

- Une « taxe sur le carburant » imposée aux distributeurs et aux producteurs et qui est habituellement répercutée sur les consommateurs (partie 1 de la Loi).
- Une taxe calculée au moyen d'un système de tarification fondé sur le rendement et qui est imposée aux installations industrielles lourdes sur la base de leurs émissions de GES dépassant une norme de l'industrie (partie 2 de la Loi).

Le pouvoir exécutif fédéral ou le Cabinet fédéral détermine les provinces dans lesquelles la Loi s'appliquera et la façon dont elle sera appliquée par ces autorités, puis promulgue des règlements détaillés à l'appui de la Loi, y compris des exigences relatives à l'évaluation quantitative, à la production de rapports et à la vérification.

Plusieurs provinces ont décidé de contester la taxe sur le carbone devant les tribunaux (notamment la Saskatchewan et l'Ontario). Ces opposants à la taxe ont récemment été rejoints par l'Alberta après qu'un gouvernement formé par le Parti conservateur uni nouvellement élu a supprimé la taxe sur le carbone de l'Alberta et a cherché à intervenir dans les procédures judiciaires en cours.

## Les demandes de renvoi de l'Ontario et de la Saskatchewan relatives à la taxe sur le carbone

Le 3 mai 2019, les juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan ont confirmé par une mince majorité (3:2) que la taxe sur le carbone constituait un exercice valide de l'autorité législative du Parlement.<sup>2</sup> Les juges majoritaires et les juges dissidents ont été séparés par un seul vote. Le 28 juin 2019, une majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario (3:1:1) a emboîté le pas avec une opinion dissidente et une opinion concordante.

<sup>1</sup> L'*Accord de Paris* a été ratifié par le Canada en 2015, lors de la 21<sup>e</sup> Conférence des parties à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques.

<sup>2</sup> *Greenhouse Gas Pollution Pricing Act (Re)*, 2019 SKCA 40; peut être consulté en ligne à l'adresse : [https://sasklawcourts.ca/images/documents/CA\\_2019SKCA040.pdf](https://sasklawcourts.ca/images/documents/CA_2019SKCA040.pdf)

Les arguments étaient semblables dans les deux cas, mais dans leurs jugements, les dix juristes évoquaient des motifs quelque peu différents. De fortes dissidences et des motifs différents à la Cour d'appel de l'Ontario et à la Cour d'appel de la Saskatchewan, ainsi que le fait que l'Alberta poursuit un renvoi en matière de taxe sur le carbone devant sa Cour d'appel et que le Manitoba a demandé à la Cour fédérale du Canada un contrôle judiciaire concernant le filet de sécurité fédéral, laissent entendre que les contestations de la taxe sur le carbone sont loin d'être réglées. Les affaires devraient être entendues par la Cour suprême du Canada les 18 et 19 mars 2020.

## Les avis juridiques à la Cour d'appel de la Saskatchewan et à la Cour d'appel de l'Ontario

### En essence : des normes nationales pour la tarification du carbone ou la réduction des émissions de GES?

La majorité des juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la taxe sur le carbone en donnant une définition très étroite de son essence. Au lieu de conclure que la Loi se rapporte généralement à la réduction des émissions de GES ou à l'atténuation des changements climatiques, la majorité des juges a confirmé que l'essence de la Loi consistait à établir une *norme nationale minimale* pour la tarification du carbone. De même, la majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario a qualifié la Loi en déclarant qu'elle « établit des normes nationales minimales pour réduire les émissions de gaz à effet de serre », tandis que dans ses motifs concordants, le juge Hoy a utilisé les termes suivants : « qui établit des normes nationales minimales de tarification des émissions de gaz à effet de serre dans le but de réduire les émissions de gaz à effet de serre ».

### En essence : une taxe ou des frais réglementaires?

Les provinces de la Saskatchewan et de l'Ontario ont soutenu que la Loi est essentiellement une taxe et non un règlement. Bien qu'une telle taxe relève de la compétence fédérale, le pouvoir d'imposition du gouvernement fédéral est assujéti à des limites constitutionnelles précises qui ne s'appliquent pas à d'autres pouvoirs. Plus précisément, en vertu de l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir d'imposition du gouvernement fédéral ne peut être délégué à l'organe exécutif du gouvernement. Toutes les taxes doivent être autorisées par la Chambre des communes. La Loi, ont-elles affirmé, enfreint cette exigence.

Le juge dissident de la Cour d'appel de la Saskatchewan était d'accord avec ce point de vue, concluant que la taxe sur les carburants était bien une taxe (et un exercice inconstitutionnel du pouvoir d'imposition du Parlement) et que le système de tarification fondé sur le rendement constituait des frais réglementaires. Les juges majoritaires étaient d'avis que les deux types de frais étaient de nature réglementaire et ne constituaient pas des taxes.

### Le Canada dispose d'un pouvoir exclusif fondé sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement pour superviser la tarification du carbone

Comme dans la demande de renvoi dans le dossier du pipeline, les tribunaux ont reconnu que l'environnement est, dans l'ensemble, un domaine de compétence partagée et ont cherché à définir de façon plus précise la nature de la catégorie dans laquelle s'inscrirait la tarification du carbone. Les tribunaux ont conclu que

le gouvernement fédéral jouit du pouvoir exclusif fondé sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement, aux termes de la théorie de « l'intérêt national », pour adopter des normes nationales minimales de tarification du carbone.

Les provinces ont soutenu que le Canada ne pouvait pas avoir le pouvoir exclusif de réglementer les émissions de GES parce que ce pouvoir empiéterait sur presque tous les aspects de la vie locale que les provinces sont habilitées à régir. Traditionnellement, le thème de la jurisprudence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement porte sur la retenue. Les pouvoirs fondés sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement sont, par définition, des pouvoirs qui empiètent sur la compétence et l'autonomie des provinces. Cela signifie que les tribunaux ne peuvent reconnaître les pouvoirs fondés sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement que s'ils sont « compatibles avec le partage fondamental des pouvoirs entre le Parlement et les législatures en vertu de la Constitution ».<sup>3</sup>

Dans la demande de renvoi de la Saskatchewan, le Canada et plusieurs intervenants ont soutenu que le gouvernement fédéral avait compétence en ce qui a trait « aux dimensions cumulatives des émissions de GES ». À titre d'intervenant, la Commission de l'écofiscalité du Canada a exprimé l'argument de la façon suivante :

*Le changement climatique mondial causé par les émissions de GES est l'exemple par excellence d'un grave problème environnemental international. S'il ne s'agit pas d'une question d'intérêt national, il est difficile d'imaginer quel genre de problème de pollution transfrontalière le serait.*<sup>4</sup>

La majorité des juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan a rejeté cette approche, reconnaissant que « la production de GES est [...] intimement et largement intégrée dans tous les aspects de la vie à l'intérieur d'une province. »<sup>5</sup> Une autorité générale en matière d'émissions de GES permettrait au Parlement d'étendre de façon très substantielle sa portée législative aux affaires qui sont traditionnellement d'un ressort provincial.

Au lieu de cela, la majorité des juges de la Cour d'appel de la Saskatchewan a reconnu la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement relativement à la question plus étroite qui concerne l'établissement de « normes nationales minimales de rigueur des prix pour les émissions de GES ».<sup>6</sup> La Cour d'appel de la Saskatchewan a estimé que cette formulation représente le meilleur équilibre entre l'impact potentiellement perturbateur de la théorie de l'intérêt national, d'une part, et la menace majeure que pose le changement climatique pour le Canada et la planète, d'autre part.<sup>7</sup> La majorité des juges de la Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'aucune « province agissant seule ou groupe de provinces agissant ensemble ne peut établir des normes nationales minimales pour réduire les émissions de GES. Leurs efforts ne peuvent pas être traités de façon fragmentaire. L'enjeu doit être abordé comme une question unique pour assurer l'efficacité de ces efforts. C'est exactement ce que fait l'établissement de normes nationales minimales ».

Les provinces ont soutenu que le Canada ne pouvait pas avoir le pouvoir exclusif de réglementer les émissions de GES parce que ce pouvoir empiéterait sur presque tous les aspects de la vie locale que les provinces sont habilitées à régir.

3 Au paragraphe 10 ; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd*, [1988] 1 RCS 401.

4 Mémoire de la Commission de l'écofiscalité du Canada à titre d'intervenant, paragraphe 4.

5 Paragraphe 128.

6 Paragraphe 139.

7 Paragraphes 143-144.

Cette analyse est intéressante parce qu'un élément central de la théorie de l'intérêt national est le concept d'« incapacité provinciale ». Le gouvernement fédéral peut l'emporter sur la compétence provinciale lorsque les provinces, agissant seules, ne sont pas en mesure de régir efficacement la matière en question. Les opinions majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que l'« incapacité provinciale » s'applique à l'établissement d'une norme minimale de tarification du carbone. Non seulement les provinces sont-elles vulnérables aux effets du changement climatique entraîné par la tarification du carbone dans d'autres provinces, mais aussi à ce qu'on appelle les « fuites de carbone ». Les fuites de carbone se produisent lorsque la tarification des GES fait augmenter le coût de production et influe sur la capacité concurrentielle, ce qui amène les entreprises à transférer des emplois ou des investissements vers des territoires de compétence où les coûts des GES sont moins élevés.

### **Inaction provinciale : désaccord politique ou incapacité provinciale?**

En abordant l'argument de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement, le juge dissident de la Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu qu'aucune des taxes ne pouvait être maintenue au titre de l'intérêt national en vertu de la théorie fédérale sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Le juge dissident estime que la Loi n'est pas un mécanisme pour établir une norme nationale minimale de tarification du carbone, mais une réponse fédérale à un différend politique de fond avec certaines provinces. La Loi est fondée sur l'évaluation par le gouvernement fédéral de la façon dont une province exerce sa propre compétence exclusive reconnue. L'adoption d'une loi fédérale fondée sur des « jugements de valeur »<sup>8</sup> à propos des politiques et mesures provinciales est la définition même d'un empiètement des pouvoirs du gouvernement fédéral.

De plus, les effets généraux de la Loi peuvent avoir une portée encore plus large que ce que ses modalités actuelles prévoient. En raison de l'importante délégation de pouvoir, la portée de la Loi peut être élargie de quelque façon que le Cabinet fédéral juge nécessaire ou opportune.<sup>9</sup> Comme l'a fait remarquer le juge Huscroft dans l'opinion dissidente de la Cour d'appel de l'Ontario, la définition établie par la majorité des juges a laissé les questions d'intérêt national « trop vagues » pour limiter la capacité du Parlement à empiéter sur la compétence provinciale.

Ces arguments seront présentés à la Cour suprême du Canada en mars 2020.

---

<sup>8</sup> Paragraphe 245.

<sup>9</sup> Paragraphe 468.

---

## AUTEURS



**Maureen Killoran Q.C.**  
Associée, Litige  
**mkilloran@osler.com**  
403.260.7003 (Calgary)  
604.692.2793 (Vancouver)



**Brad Wall**  
Conseiller spécial  
**bwall@osler.com**  
403.260.7002



**Olivia Dixon**  
Sociétaire, Litige  
**odixon@osler.com**  
403.260.7038

---

*Nous tenons à remercier Brynne Harding qui a également participé à la rédaction de cet article.*



## AFFAIRES IMPORTANTES

---

# Ce que les entreprises devraient surveiller de la part de la CSC en 2020

En 2019, la Cour suprême du Canada (CSC) a entendu ou autorisé les appels dans un certain nombre de causes qui pourraient avoir une incidence importante sur les entreprises canadiennes. Trois de ces causes portent sur la doctrine de l'exécution de bonne foi des contrats. D'autres affaires portent sur les clauses d'arbitrage, les restructurations d'insolvabilité, l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux sociétés et le caractère exécutoire des dispositions qui imposent des pénalités en cas d'insolvabilité d'une contrepartie contractante.

## Trilogie de la bonne foi

La décision rendue par la CSC en 2014 dans l'affaire *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71 (*Bhasin*) a reconnu l'obligation d'exécution contractuelle honnête, qui a été présentée comme une modification progressive de la common law. La décision a laissé une marge de manœuvre considérable pour les développements à venir dans ce domaine du droit. La CSC a clairement déterminé que le temps est venu de faire avancer la doctrine, comme en témoigne le fait que pas moins de trois affaires sont en instance devant la Cour.

Dans ces trois affaires, la Cour examinera plusieurs éléments essentiels de l'obligation contractuelle d'agir de bonne foi. Les directives formulées dans ces trois affaires pourraient avoir une incidence profonde sur les normes d'exécution des contrats pour les parties contractantes.

### ***i) David Matthews c. Ocean Nutrition Canada Limited (N.-É.)***

**Statut** : Cause entendue le 8 octobre 2019; en délibéré.

M. Matthews a travaillé pour l'intimé de 1997 à 2011. En 2011, il a démissionné et a poursuivi Ocean Nutrition pour congédiement injustifié, demandant des dommages-intérêts pour rupture de son contrat de travail et perte d'un régime d'intéressement à long terme (RILT). Aux termes du RILT, M. Matthews aurait eu droit à une partie du produit de la vente de la société si celle-ci avait été vendue pendant qu'il était à son emploi. Ocean Nutrition a été vendue en 2012, après la fin de son emploi.

Le juge de première instance a reconnu que M. Matthews avait subi un congédiement déguisé et lui a accordé des dommages-intérêts importants. La plupart des dommages-intérêts étaient liés à la perte du RILT parce que les droits aux termes du RILT se seraient cristallisés si M. Matthews était demeuré en poste pendant toute la période de préavis de 15 mois. La Cour d'appel a confirmé la conclusion de congédiement déguisé, mais a statué que le juge de première instance avait commis une erreur en accordant des dommages-intérêts en vertu du RILT puisque ce régime, par son libellé clair, interdisait un tel paiement.

**Évitement des limitations contractuelles** : La CSC se demande si la doctrine de la bonne foi empêche un employeur de procéder au congédiement déguisé d'un employé pour ensuite se soustraire à ses obligations en vertu du RILT pendant la période de préavis requise. Cette affaire pourrait avoir une portée plus large si la CSC accepte que la doctrine de la bonne foi limite la capacité d'un employeur de se fonder sur les modalités expresses du contrat de travail ou des accords connexes régissant la relation de travail.

### ***ii) Wastech Services Ltd. c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (C.-B.)***

**Statut** : Cause entendue le 6 décembre 2019; en délibéré.

Wastech Services Ltd. et le Greater Vancouver Sewerage and Drainage District (Metro Vancouver) étaient parties à un contrat de 20 ans pour l'élimination des déchets solides. La répartition des déchets était à la seule discrétion de Metro Vancouver. La répartition déterminée par Metro Vancouver a eu une incidence négative sur la marge bénéficiaire contractuelle de Wastech. Un arbitre a conclu que Metro Vancouver n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire de façon arbitraire et que Metro Vancouver avait été honnête et raisonnable de son propre point de vue; toutefois, Metro Vancouver a manqué à son obligation d'agir de bonne foi parce qu'elle n'avait pas tenu compte des attentes légitimes de Wastech.

En appel, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a déterminé qu'une partie contractante n'a aucune obligation indépendante d'exercer son pouvoir discrétionnaire de bonne foi. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel subséquent, estimant que l'obligation d'agir de bonne foi ne s'appliquait pas parce que l'arbitre n'avait pas trouvé de modalité implicite dans le contrat.

**Pouvoir discrétionnaire contractuel :** Avant l'arrêt *Bhasin*, dans une série d'affaires portées en cour de première instance et en cour d'appel, les juges ont statué que la doctrine de la bonne foi empêchait une partie contractante d'exercer son pouvoir discrétionnaire contractuel d'une manière qui prive effectivement l'autre partie des avantages liés à l'entente ou qui est contraire aux attentes de l'autre partie. La CSC a maintenant la possibilité de déterminer si, même lorsqu'une partie exerce des droits explicites en vertu du contrat, la doctrine de la bonne foi limite la liberté de cette partie d'agir uniquement dans son propre intérêt commercial.

### iii) *C.M. Callow Inc. c. Tammy Zollinger, et al. (Ontario)*

**Statut :** Cause entendue le 6 décembre 2019; en délibéré.

C.M. Callow Inc. a fourni des services d'entretien à des sociétés d'immeuble en copropriété gérées par un comité des installations partagées. Le comité des installations partagées a conclu deux contrats de services d'entretien distincts de deux ans avec C.M. Callow Inc. Le contrat d'hiver, qui s'est déroulé de novembre 2012 à avril 2014, permettait au comité des installations partagées d'y mettre fin moyennant un préavis de dix jours. En mars ou avril 2013, le comité des installations partagées a décidé de mettre fin au contrat d'hiver, mais n'a pas communiqué sa décision. Le comité des installations partagées a donné à C.M. Callow Inc. l'impression que le renouvellement n'était pas encore décidé. Durant l'été 2013, M. Callow a effectué des travaux d'aménagement paysager supplémentaires « gratuits », espérant convaincre le comité des installations partagées de renouveler les contrats. En septembre 2013, le comité des installations partagées a donné un préavis de résiliation. M. Callow a intenté une poursuite pour rupture de contrat.

Le juge de première instance a statué que le comité des installations partagées avait manqué à son obligation contractuelle d'exécution honnête et avait agi de mauvaise foi. La Cour d'appel a annulé cette décision, statuant que le juge de première instance avait incorrectement étendu la portée de l'obligation d'exécution honnête du contrat établie dans l'arrêt *Bhasin*. L'obligation d'agir de bonne foi n'impose pas une obligation unilatérale de divulgation. Le comité des installations partagées ne devait rien à M. Callow au-delà de la période de préavis officiel de dix jours.

**Obligation de divulgation :** La CSC tiendra compte des circonstances dans lesquelles le silence délibéré d'une partie contractante peut constituer de la mauvaise foi. Bien que la CSC dans l'arrêt *Bhasin* ait statué que la doctrine de la bonne foi n'impose pas d'obligations de divulgation de nature fiduciaire, la présente affaire peut amener la Cour à conclure qu'il existe certaines circonstances où la divulgation de faits importants est requise.

Les directives formulées dans ces trois affaires pourraient avoir une incidence profonde sur les normes d'exécution des contrats pour les parties contractantes.

## Autres affaires présentant un intérêt particulier

Un certain nombre d'autres affaires donneront à la CSC l'occasion d'examiner différents thèmes pouvant avoir des répercussions importantes sur les contrats commerciaux, les restructurations d'entreprises et la réglementation des sociétés.

### i) *Uber Technologies Inc. et al. c. David Heller (Ontario)*

**Statut** : Cause entendue le 6 novembre 2019; en délibéré.

La question en litige dans cette affaire est le caractère exécutoire d'une clause d'arbitrage d'un contrat de licence type qui stipulait que les différends liés au contrat devaient être réglés par arbitrage à Amsterdam, moyennant le paiement d'un droit non remboursable de 14 000 \$. Le juge saisi de la requête a suspendu un recours collectif proposé en Ontario alléguant des violations de la *Loi sur les normes d'emploi* de l'Ontario en faveur de l'arbitrage en vertu de cette clause. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que la clause d'arbitrage était abusive en common law et invalide parce qu'elle constituait une renonciation illégale des droits fondamentaux liés à l'emploi établis en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*.

**Caractère exécutoire des clauses d'arbitrage** : Dans les arrêts *Seidel* (2011) et *Wellman* (2019), la CSC a examiné le caractère exécutoire des clauses d'arbitrage à la lumière des lois provinciales en matière de protection des consommateurs et d'arbitrage. Ici, la CSC a l'occasion d'examiner l'interaction des clauses d'arbitrage avec la législation provinciale sur l'emploi ainsi que le caractère exécutoire des contrats types dont on peut soutenir que les modalités sont contraignantes. Si Uber peut exiger que les différends avec ses chauffeurs canadiens soient réglés aux Pays-Bas, le plaignant (qui travaille au salaire minimum) n'aura probablement aucun recours efficace.

De plus, cette affaire pourrait avoir une portée plus large pour les entreprises qui exercent leurs activités dans plusieurs pays et qui cherchent à éviter les effets des lois locales par des dispositions d'arbitrage soigneusement élaborées.

### ii) *9354-9186 Québec inc., et al. c. Callidus Capital Corporation, et al. (Québec)*

**Statut** : L'audience devrait avoir lieu en janvier 2020.

Les requérants ont obtenu une protection en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC). Ils ont vendu tous leurs actifs à Callidus, leur créancier garanti. L'achat a éteint la créance garantie de Callidus contre les requérants; toutefois, il n'a pas éteint les réclamations en dommages-intérêts des requérants contre Callidus pour ses pratiques de prêt à des conditions abusives qui auraient contribué à la faillite des requérants, ni éteint la portion non garantie de la créance de Callidus.

Les requérants ont demandé au tribunal d'approuver une entente de financement pour un litige afin de pouvoir poursuivre Callidus en justice. En réponse, Callidus a cherché à convoquer une assemblée des créanciers pour voter sur un plan d'arrangement. Certains créanciers, dont les frais juridiques devaient être payés

par Callidus, ont demandé que Callidus ait le droit de voter à l'égard de la partie non garantie de sa créance. Cela lui permettrait d'obtenir le nombre minimum de votes nécessaires à l'approbation du plan, ce qui libérerait Callidus du litige.

La Cour supérieure a refusé d'ordonner une assemblée des créanciers. Callidus avait agi de mauvaise foi et ne devrait pas avoir le droit d'utiliser son vote à des fins illégitimes. La Cour d'appel a accueilli l'appel, étant d'avis que le tribunal inférieur n'avait pas compétence pour priver Callidus de son droit de vote.

**Classification des créanciers et vote dans le cadre de la restructuration :** La CSC n'examine que rarement les requêtes présentées en vertu de la LACC. La Cour n'a pas récemment examiné les principes de classification des créanciers qui sont soulevés tant dans les plans régis par la LACC que dans les plans d'arrangement régis par d'autres lois comme la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Un certain nombre d'affaires récentes ont soulevé la question de savoir si un créancier ayant des motifs économiques particuliers ou des intérêts propres devrait être autorisé à voter dans la même catégorie que les autres créanciers et à déterminer potentiellement l'issue d'une restructuration.

La Cour tiendra également compte des cas où un tribunal chargé d'appliquer la LACC peut rejeter un vote d'un créancier qui aurait de prétendus motifs cachés ou de mauvaise foi. Les directives de la CSC sur ce point peuvent être particulièrement utiles à la lumière des récentes modifications apportées à la LACC qui imposent un devoir explicite d'agir de bonne foi à toute partie intéressée dans une instance en vertu de la LACC (LACC, art. 18.6).

### iii) *Procureur général du Québec, et al. c. 9147-0732 Québec inc.* (Québec)

**Statut :** L'audience devrait avoir lieu en janvier 2020.

L'intimée, une entreprise privée, a été accusée en vertu de la *Loi sur le bâtiment* du Québec d'avoir exécuté des travaux de construction à titre d'entrepreneur sans permis. En vertu de la Loi, la peine prévue pour une telle infraction est une amende minimale obligatoire. L'intimée a soutenu que l'amende violait son droit d'être protégée contre « tout traitement ou peine cruels et inusités » en vertu de l'article 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

La Cour du Québec a jugé qu'il n'était pas nécessaire de se prononcer sur l'applicabilité de l'article 12 de la *Charte* aux personnes morales puisque l'amende minimale obligatoire n'était pas cruelle et inusitée. La Cour supérieure du Québec a statué que les personnes morales comme l'intimée ne pouvaient jouir de la protection de l'article 12 de la *Charte*. Une majorité des juges de la Cour d'appel du Québec était en désaccord avec cette décision.

« **Peine cruelle et inusitée** » de l'entreprise : Une décision de la CSC selon laquelle les sociétés peuvent se prévaloir de l'article 12 de la *Charte* pourrait ouvrir la porte à des contestations en vertu d'autres lois, en particulier celles qui imposent des amendes minimales obligatoires. L'application d'amendes minimales obligatoires peut donner lieu à des amendes totales importantes dont on peut soutenir qu'elles sont « exagérément disproportionnées » par rapport à la conduite du contrevenant et à l'amende qui serait imposée en l'absence de l'amende minimale obligatoire.

#### iv) *Chandos Construction Ltd. c. Deloitte Restructuring Inc. en sa qualité de syndic autorisé en insolvabilité de Capital Steel Inc. en faillite (Alberta)*

**Statut** : L'audience devrait avoir lieu en janvier 2020.

Un contrat de construction entre Capital Steel Inc. et Chandos Construction Ltd. prévoyait que Capital Steel devrait renoncer à 10 % du prix total du contrat si Capital Steel devenait insolvable. Capital Steel a fait faillite avant d'avoir terminé son contrat. La question à trancher était de savoir si cette clause était exécutoire et susceptible de donner lieu à compensation.

Au procès, la disposition a été jugée exécutoire en tant que véritable estimation anticipée des dommages-intérêts, plutôt qu'en tant que pénalité. À ce titre, il s'agissait d'une transaction commerciale de bonne foi et elle n'était pas invalide en tant que tentative inacceptable de priver Capital Steel de biens en cas de faillite. La majorité des juges de la Cour d'appel de l'Alberta n'étaient pas d'accord avec cette décision et ont statué que la clause était invalide.

**Pénalités ou dommages-intérêts fixés à l'avance; principe légal de non-appauvrissement** : Des dispositions semblables à celle qui fait l'objet du litige existent dans de nombreux contrats de construction et autres contrats commerciaux. La CSC n'a pas examiné si les dispositions qui imposent des exigences de paiement déclenchées par l'insolvabilité sont inapplicables parce qu'elles privent le débiteur de biens qui devraient être à la disposition des créanciers.

De plus, la doctrine générale de common law invalidant les clauses concernant ce qu'il est convenu d'appeler des « pénalités » mérite également d'être examinée par la CSC. Dans un certain nombre d'affaires portées devant les tribunaux inférieurs, il a été suggéré que les tribunaux ne devraient plus invalider les clauses dites de pénalité qui sont conclues entre des parties contractantes averties. Les directives de la CSC sur ce point peuvent être d'une grande utilité pour les parties contractantes commerciales dans tous les secteurs d'activité.

### D'autres décisions sont à venir

Surveillez également [les motifs de la CSC dans *Nevsun Resources Ltd c. Gize Yebeyo Araya, et al.* (actuellement en délibéré), et] les affaires concernant la *demande de renvoi de la Colombie-Britannique dans le dossier du pipeline* et la *taxe sur les émissions de carbone* (qui seront probablement entendues en 2020), que nous analysons plus en détail dans nos articles intitulés [Chevron : la Cour d'appel de l'Ontario confirme que le seuil de soulèvement du voile corporatif est élevé](#) et [Compétences législatives, répartition et mécontentement : les provinces jouent des coudes pour mener la danse](#).

Une décision de la CSC selon laquelle les sociétés peuvent se prévaloir de l'article 12 de la Charte pourrait ouvrir la porte à des contestations en vertu d'autres lois, en particulier celles qui imposent des amendes minimales obligatoires.

---

## AUTEURS



**Jacqueline Code**  
Associée, Recherche  
**[jcode@osler.com](mailto:jcode@osler.com)**  
416.862.6462



**Mary Angela Rowe**  
Sociétaire, Recherche  
**[mrowe@osler.com](mailto:mrowe@osler.com)**  
416.862.6760



## AFFAIRES IMPORTANTES

---

# Chevron : la Cour d'appel de l'Ontario confirme que le seuil de soulèvement du voile corporatif est élevé

La décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Chevron Corporation v. Yaiguaje et al.* a confirmé qu'en droit canadien, les critères permettant de ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte d'une société mère et de ses filiales directes ou indirectes sont très rigoureux. Elle a ainsi rejeté les tentatives d'introduction, en droit canadien, d'un critère équitable général pour lever le voile corporatif ou d'une forme de responsabilité d'entreprise collective. La décision de la Cour suprême du Canada de ne pas entendre un appel de ce jugement a mis fin à une longue procédure canadienne visant la saisie des actifs d'une filiale indirecte aux fins d'exécution d'un jugement obtenu (frauduleusement) à l'encontre de sa société mère. Cela pourrait constituer de bonnes nouvelles pour les défendeurs, dans d'autres affaires en instance devant les tribunaux canadiens, qui cherchent à lever le voile corporatif afin d'obliger un membre d'une

famille d'entreprises de rendre compte des actes d'un autre. À tout le moins, les demandeurs dans ces affaires pourraient être amenés à s'appuyer davantage sur d'autres théories de la responsabilité.

## ***Chevron Corp. v. Yaiguaje et al.***

Une saga qui s'est étirée sur près de sept ans devant les tribunaux canadiens visant la reconnaissance et l'exécution d'un jugement de 9,5 M\$ US obtenu frauduleusement auprès de tribunaux équatoriens à l'encontre de Chevron Corporation a pris fin en 2019. En 2012, les demandeurs, 47 résidents de l'Équateur, avaient intenté une action devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, sollicitant une ordonnance selon laquelle les actifs ou les actions de Chevron Canada Limited, filiale indirecte au septième degré de Chevron Corporation, seraient exigibles aux fins d'exécution du jugement équatorien. Compte tenu de plusieurs causes importantes perdues devant les tribunaux canadiens et de conclusions accablantes devant des tribunaux internationaux selon lesquelles le jugement équatorien avait été obtenu à la suite d'une fraude importante commise par les avocats des demandeurs, les demandeurs ont consenti au rejet avec dépens de leur action en Ontario en juin 2019; ils cessent ainsi de chercher à obtenir l'exécution du jugement à l'égard des actifs canadiens.

Le seul débiteur judiciaire, Chevron Corporation, ne détenait pas d'actifs au Canada, n'exerçait pas d'activités au Canada, et n'avait pas l'intention avouée de le faire à l'avenir. Cependant, les demandeurs ne pouvaient pas exécuter le jugement entaché de fraude aux États-Unis, où Chevron Corporation a son siège social et détient des actifs. En 2014, au terme d'un long procès, le Southern District of New York (SDNY) a conclu (ce qui a été confirmé en appel par la Cour d'appel des États-Unis (Second Circuit), puis *certiorari* refusé par la Cour suprême des États-Unis) que le jugement équatorien avait été obtenu par la fraude, la corruption, la subornation, les violations de la *Foreign Corrupt Practices Act* et plus encore, et a interdit aux demandeurs d'exécuter le jugement obtenu par la fraude ou d'en tirer profit aux États-Unis. Le SDNY a statué, entre autres, que les avocats des demandeurs avaient été les auteurs fantômes du jugement et avaient promis un pot-de-vin de 500 000 \$US au juge équatorien pour qu'il le signe. Les demandeurs sont donc venus au Canada en ayant pour but de saisir les actifs ou les actions de Chevron Canada Limited.

L'action des demandeurs en Ontario visait à contester les principes bien établis de la personnalité morale distincte en droit canadien. Chevron Canada est une entreprise en exploitation qui se consacre à l'exploration et à l'extraction pétrogazière au Canada, et qui détient des actifs canadiens. Cependant, les actions de Chevron Canada n'appartenaient qu'indirectement à Chevron Corporation, par l'entremise de multiples autres filiales. De plus, Chevron Canada n'avait aucun lien avec le jugement équatorien : elle n'avait jamais exercé d'activités en Équateur, elle n'avait pris part à aucune activité en Équateur ayant mené au jugement, et elle n'était pas défenderesse dans les procédures équatoriennes.

En 2015, la Cour suprême du Canada a statué que le tribunal ontarien pouvait exercer sa compétence dans l'action des demandeurs, même en l'absence d'actifs à l'égard desquels l'exercer. (La Cour suprême du Canada n'a pas tenu compte du bien-fondé de l'affaire dans la détermination de la compétence.) Cependant,

Aux termes des principes bien établis en droit des sociétés, les actifs d'une filiale d'une entreprise ne sont pas exigibles aux fins de paiement de la dette d'une société mère ou d'un actionnaire, en l'absence de circonstances qui justifieraient de lever le voile corporatif et de ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte d'une société mère et d'une filiale.

les demandeurs n'ont pas réussi, dans leur requête en jugement sommaire présentée ultérieurement, à faire établir que les actifs ou les actions de Chevron Canada étaient exigibles aux fins d'exécution du jugement constatant la dette de Chevron Corporation.

Aux termes des principes bien établis en droit des sociétés, les actifs d'une filiale d'une entreprise ne sont pas exigibles aux fins de paiement de la dette d'une société mère ou d'un actionnaire, en l'absence de circonstances qui justifieraient de lever le voile corporatif et de ne pas tenir compte de la personnalité juridique distincte d'une société mère et d'une filiale. Les principales autorités judiciaires, y compris la Cour suprême du Canada, ont confirmé ce principe en maintes occasions, et ont reconnu de rares circonstances dans lesquelles il serait justifié de lever le voile corporatif entre une société et sa filiale. Selon la théorie de l'*alter ego*, exprimé de la façon la plus notable dans la décision *Transamerica* en Ontario, il est nécessaire de démontrer ce qui suit : 1) la domination et le contrôle complets de la filiale par la société mère, de sorte que la filiale n'a aucune existence indépendante; et 2) une conduite s'apparentant à la fraude dans l'établissement ou l'utilisation de la société.

L'une des principales difficultés auxquelles se sont heurtés les demandeurs a été que la preuve volumineuse produite par Chevron Corporation et Chevron Canada ne parvenait pas à établir la domination et le contrôle complets de Chevron Canada par Chevron Corporation. Au contraire, comme l'a statué le juge Hainey de la Cour supérieure de justice de l'Ontario [en première instance](#), la preuve démontrait la présence de l'indicateur habituel de surveillance, de contrôle et de responsabilité financière que l'on attend d'une société ouverte relativement à ses filiales directes et indirectes.

De plus, absolument rien ne laissait croire que la structure organisationnelle de Chevron était conçue ou utilisée en tant qu'instrument de fraude. Cette structure était en place depuis des décennies et était antérieure au jugement équatorien. Par ailleurs, les demandeurs ont nié expressément toute allégation d'actes répréhensibles à l'encontre de Chevron Canada. Cela a été fatal à leur tentative de s'appuyer sur le principe de l'*alter ego*, a conclu le juge Hainey. Par conséquent, les actifs et les actions de Chevron Canada n'étaient pas exigibles en vue de l'exécution du jugement.

En [appel](#), les juges majoritaires Hourigan et Huscroft de la Cour d'appel de l'Ontario ont confirmé la décision du juge Hainey. Ils ont rejeté l'argument selon lequel une personnalité morale distincte est une « fiction juridique », et ont statué qu'il s'agit plutôt d'un « principe fondamental » du droit des sociétés. Ces juges ont également confirmé qu'il existe de solides raisons de politique sous-jacentes à ce principe, notamment l'attente raisonnable que les parties prenantes qui font affaire avec une société ne doivent tenir compte que des responsabilités de cette société, et non de toutes les autres sociétés apparentées.

Les juges majoritaires ont confirmé que le critère établi dans *Transamerica* pour lever le voile corporatif sera appliqué avec rigueur. Ils ont rejeté l'argument des demandeurs selon lequel le voile corporatif peut être levé lorsqu'il est juste ou équitable de le faire, qu'un critère différent devrait s'appliquer dans l'exécution d'un jugement constatant une créance ou qu'une forme de responsabilité

d'entreprise collective devrait être reconnue au Canada. Même si les juges majoritaires ont reconnu que le droit des sociétés peut évoluer, les demandeurs n'avaient mis de l'avant aucun principe le justifiant. Leur action était essentiellement une tentative de « contournement » des conclusions du SDNY.

Le juge à la Cour d'appel Nordheimer a souscrit aux conclusions, mais il envisageait la possibilité qu'en de rares circonstances, les principes de personnalité morale distincte puissent ne pas être pris en compte lorsqu'il est nécessaire, pour des motifs d'équité, de permettre qu'un créancier judiciaire exécute un jugement qui ne pourrait pas être exécuté autrement. Dans ces circonstances, il serait disposé à déroger au critère établi dans la décision *Transamerica*. Cependant, à la lumière des constatations du SDNY selon lesquelles le jugement a été obtenu par la fraude, il a souscrit à la conclusion de la majorité, soutenant que cette affaire n'était pas appropriée pour appliquer une telle exception.

Les demandeurs ont invoqué diverses raisons de politique pour inciter les tribunaux de l'Ontario à revoir les principes de personnalité morale distincte. Cependant, l'un des principaux obstacles à l'argument des demandeurs était le nombre croissant d'éléments de preuve et la détermination, par d'autres tribunaux, que le jugement équatorien était le fruit d'un stratagème de corruption et qu'il ne pouvait donc, en aucun cas, être reconnu au Canada.

Les constatations du SDNY, comme l'a confirmé le Second Circuit, ont constitué la toile de fond de la conclusion de tous les juges de la Cour d'appel de l'Ontario, selon laquelle la personnalité morale distincte de Chevron Corporation et de Chevron Canada devait être prise en compte en l'instance. La Cour d'appel a reconnu avec raison que ce que nous sommes réellement invités à faire est d'aider les appelants à contourner une ordonnance d'un tribunal des États-Unis en rompant avec la jurisprudence bien établie et en créant une exception au principe de la personnalité morale distincte.

De plus, juste après que les demandeurs eurent présenté à la Cour suprême du Canada une demande d'autorisation d'appel de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario, un tribunal arbitral international qui a entendu la plainte de Chevron Corporation contre l'Équateur aux termes du traité bilatéral d'investissement entre les États-Unis et l'Équateur a rendu sa sentence arbitrale dans la Track II. Le tribunal comprenait un représentant de l'Équateur et un représentant de Chevron Corporation. D'après un examen indépendant de la preuve, le tribunal est parvenu à la même conclusion que les tribunaux des États-Unis, statuant que l'équipe des demandeurs équatoriens s'était engagée dans une conduite malveillante prolongée, qui par son mépris arrogant des principes élémentaires de vérité et de justice, défie presque la raison. Dans un sommaire éloquent de ses conclusions, le tribunal a indiqué qu'à défaut d'une confession signée, la preuve avancée est sans doute la preuve documentaire, vidéo et testimoniale la plus complète d'une fraude jamais présentée devant un tribunal d'arbitrage.

Toutes ces constatations ont été présentées à la Cour suprême du Canada, qui a par la suite rejeté la demande d'autorisation d'appel de la décision rendue par la Cour d'appel de l'Ontario le 4 avril 2019. Par conséquent, les demandeurs ne pouvaient plus poursuivre leur action contre Chevron Canada; il leur restait la perspective de poursuivre leur action visant la reconnaissance du jugement équatorien en l'absence d'actifs canadiens à l'égard desquels ils pouvaient l'appliquer.

La Cour d'appel a reconnu avec raison que ce que nous sommes réellement invités à faire est d'aider les appelants à contourner une ordonnance d'un tribunal des États-Unis en rompant avec la jurisprudence bien établie et en créant une exception au principe de la personnalité morale distincte.

Chevron Corporation a alors présenté une requête sollicitant le rejet définitif de l'action des demandeurs, au motif que ce serait un abus de procédure d'utiliser les ressources judiciaires canadiennes en l'absence d'actifs exigibles et à la lumière des constatations accablantes selon lesquelles le jugement était le fruit d'un stratagème de fraude et de corruption. Les demandeurs ont consenti au rejet de l'action peu après. (Osler agissait pour le compte de Chevron Corporation.)

Il reste à voir si les tribunaux canadiens seront plus enclins à éroder le principe de personnalité morale distincte dans d'autres situations, en vue de renforcer la responsabilité des sociétés. Une telle évolution semble improbable, du moins sans modification législative, compte tenu des motifs de la Cour d'appel de l'Ontario dans la décision *Chevron*, et de la confirmation par la Cour des critères rigoureux établis dans l'affaire *Transamerica*.

Plusieurs autres affaires dont les tribunaux canadiens ont été saisis pourraient fournir l'occasion d'examiner des questions semblables à court terme, même si une affaire notable de cette nature a été réglée en 2019.

## Les poursuites contre *Hudbay Mining* sont toujours en instance

Hudbay Mining et certaines de ses filiales font toujours l'objet de trois poursuites civiles découlant d'allégations d'actes répréhensibles commis à l'égard des demandeurs par des membres du personnel de sécurité guatémaltèques. Les demandeurs guatémaltèques allèguent que des membres du personnel de filiales de Hudbay, prétendument sous le contrôle et la supervision de Hudbay, ont commis des violations des droits de la personne, y compris des meurtres et des viols collectifs.

Ce litige a trait à des incidents prétendument survenus en 2007 et en 2009, et est en instance depuis plusieurs années. Il se distingue comme étant le premier d'une série de poursuites visant à établir la responsabilité d'une société mère canadienne à l'égard d'actes posés par une filiale en territoire de compétence étranger.

En 2013, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté la requête en radiation de Hudbay au motif qu'elle n'avait pas de chance raisonnable de succès, et elle a autorisé la tenue d'un procès dans les trois cas. Les demandeurs ont formulé des réclamations directes contre Hudbay, notamment fondées sur la surveillance négligente de la filiale par Hudbay. Cette réclamation, inédite en droit canadien, ne nécessiterait pas que l'on ne tienne pas compte des personnalités juridiques distinctes de Hudbay et de ses filiales.

Par ailleurs, la demande des demandeurs selon laquelle la filiale guatémaltèque a agi comme mandataire de Hudbay n'a pas non plus été radiée. En théorie, un certain nombre d'autorités ont reconnu que la détermination d'une relation de mandant-mandataire ne nécessite pas de ne pas tenir compte des personnalités distinctes d'une société mère et d'une filiale. Néanmoins, la relation de mandant-mandataire est souvent décrite, y compris en l'espèce, comme fondement pour lever le voile corporatif. Le concept de « relation mandant-mandataire » pourrait être essentiellement une fiction juridique dans ces circonstances. Dans la requête en radiation, la Cour de l'Ontario a statué que la détermination d'une

relation mandant-mandataire ne reposait pas sur le critère rigoureux établi dans l'affaire *Transamerica*. La réclamation n'était pas manifestement ridicule et pourrait être un motif de responsabilité, si les faits sont prouvés au procès.

Selon les documents d'information publics de Hudbay, celle-ci s'est départie de ses intérêts guatémaltèques en 2011, mais au moment de rédiger ces lignes, le litige était toujours en instance devant le tribunal ontarien. Si un procès a bel et bien lieu et que la Cour statue que Hudbay devrait être tenue responsable des faits, il sera intéressant de voir si la Cour fondera ses conclusions sur la réclamation directe de surveillance négligente ou si la Cour lèvera le voile corporatif. Même si la décision *Chevron* peut avoir une incidence sur l'argument du voile corporatif, le tribunal de première instance pourrait se rallier à la conclusion du juge saisi de la requête, selon laquelle la théorie de la relation mandant-mandataire visant à lever le voile corporatif (qui n'a pas été invoquée dans l'affaire *Chevron*) donne lieu à d'autres considérations.

Déterminer la responsabilité fondée sur l'un ou l'autre des éléments soulevés par les demandeurs pourrait avoir d'importantes répercussions futures sur la responsabilité des sociétés au Canada.

## ***Nevsun Resources Ltd c. Gize Yebeyo Araya, et al.***

La Cour suprême du Canada a entendu récemment un appel dans l'affaire *Nevsun*. Cet appel vise à régler plusieurs questions particulières dans une poursuite en instance intentée par trois réfugiés érythréens qui allèguent avoir été forcés de travailler en Érythrée dans une mine appartenant conjointement à l'État et à une filiale indirecte de *Nevsun*. Les demandeurs affirment que *Nevsun*, par l'entremise de sa filiale, a été complice de leur traitement cruel, inhumain et dégradant, alors qu'ils étaient conscrits dans le cadre du programme de service national de l'Érythrée. Ils allèguent que *Nevsun* a commis des actes délictuels en droit privé, et qu'il existe de nouvelles causes d'action : violation d'interdictions en droit international coutumier visant l'esclavage, le travail forcé, la torture et les crimes contre l'humanité. *Nevsun* a saisi sans succès les tribunaux de la Colombie-Britannique de l'affaire, afin de faire radier les réclamations en droit international coutumier des demandeurs.

Les seules questions soulevées dans l'appel déposé auprès de la Cour suprême étaient de savoir : a) si les réclamations des demandeurs en matière de violation du droit international coutumier devraient faire l'objet d'un procès; et b) si la doctrine de l'« acte de gouvernement » s'applique au Canada et, le cas échéant, si l'action des demandeurs vise, de façon inappropriée, à pénaliser *Nevsun* pour les actes posés par le gouvernement érythréen (c.-à-d. le programme de service national).

Au moment de rédiger ces lignes, la Cour suprême n'avait pas publié ses motifs relativement à l'appel. La Cour suprême n'abordera pas toutes les allégations plaidées visant la responsabilité ultime de *Nevsun* (y compris la levée potentielle du voile corporatif entre *Nevsun* et sa filiale indirecte érythréenne). Cependant, si l'affaire des demandeurs est instruite, le tribunal devra probablement examiner le fondement sur lequel une société mère canadienne peut (ou ne peut pas) être tenue légalement responsable d'actes répréhensibles commis dans une filiale indirecte. L'affaire *Chevron* pourrait avoir un effet persuasif auprès d'un tribunal de la Colombie-Britannique, tant par sa confirmation du critère rigoureux établi dans la décision *Transamerica* que par son rejet de la responsabilité d'entreprise collective.

## L'affaire Tahoe

En 2014, sept Guatémaltèques ont intenté une poursuite à l'encontre de Tahoe Resources Inc., pour actes de violence et négligence, à la suite d'un incident au cours duquel des gardiens de sécurité ont ouvert le feu sur un site minier pendant une manifestation pacifique. La mine appartenait à une filiale indirecte de Tahoe, et les allégations à l'encontre de celle-ci, en tant que société mère indirecte, étaient fondées sur son autorisation expresse ou tacite de la conduite des forces de sécurité du Guatemala.

Dans une décision rendue en 2017, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que les tribunaux de cette province avaient compétence pour juger cette affaire, car il serait difficile, pour les demandeurs, d'obtenir un procès équitable au Guatemala. L'autorisation d'en appeler de la décision auprès de la Cour suprême du Canada a été rejetée.

Tahoe a fait l'objet d'une acquisition par Pan American Silver Corp. au début de 2019. Quatre des demandeurs étaient parvenus à un règlement avec Tahoe. En juillet 2019, il a été annoncé que Pan American avait procédé à un règlement avec les demandeurs qui restaient, que la poursuite avait été résolue et que Pan American avait présenté ses excuses, au nom de Tahoe, aux victimes et à la collectivité. Les modalités de cette résolution ne sont pas rendues publiques.

À la suite de ce règlement, les tribunaux de la Colombie-Britannique n'auront pas l'occasion de statuer sur l'étendue de la responsabilité qu'une société mère canadienne devrait assumer quant à sa surveillance de filiales étrangères. Mais ce règlement pourrait démontrer que de telles procédures peuvent avoir un effet de levier et forcer les entreprises canadiennes, ou les acquéreurs de ces entreprises, à proposer des résolutions qui pourraient profiter à des demandeurs étrangers.

En 2020, nous allons suivre de près ces affaires, ainsi que d'autres, dans le cadre desquelles sont contestés les principes de la personnalité morale distincte, ou qui mettent de l'avant de nouvelles théories sur la responsabilité des entreprises.

À la suite de ce règlement, les tribunaux de la Colombie-Britannique n'auront pas l'occasion de statuer sur l'étendue de la responsabilité qu'une société mère canadienne devrait assumer quant à sa surveillance de filiales étrangères.

---

### AUTEUR



**Jacqueline Code**  
Associée, Recherche  
**[jcode@osler.com](mailto:jcode@osler.com)**  
416.862.6462



RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

---

# Les violations de données et la réforme législative à l'avant-plan de la scène mondiale en 2019

Les organisations ont été confrontées à une spirale de questions complexes en matière de protection des renseignements personnels et de gouvernance des données au cours de 2019, une autre année riche en événements dans ce domaine du droit.

## La notification obligatoire en cas d'atteinte après une année

Novembre 2019 a marqué la première année complète de notification obligatoire en cas d'atteinte aux termes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et des documents numériques* (LPRPDE).

Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP), l'organisme chargé de l'application des lois sur la protection de la vie privée, a indiqué sur son blogue que les violations de données qui lui ont été signalées au cours des 12 derniers mois ont augmenté d'environ 600 %. Selon le CPVP, plus de

28 millions de Canadiens ont été touchés par ces atteintes à la protection des données signalées, dont 58 % découlaient d'un accès non autorisé et le quart impliquait des attaques d'ingénierie sociale.

Ces statistiques correspondent certainement à une tendance que nous avons constatée avec nos clients. De nombreuses grandes sociétés canadiennes ont cherché de l'aide après avoir vécu des expériences extrêmement pénibles liées à des rançongiciels et à des tentatives d'extorsion de données qui menaçaient leur réputation, sans parler de leurs activités. De nombreuses autres organisations ont demandé de l'aide de façon proactive afin de créer des plans d'intervention dynamiques en cas d'atteinte et d'être ainsi bien préparées à des attaques de ce genre, au besoin.

## Transferts de données à des tiers

L'agitation entourant les règles applicables aux transferts de données à des tiers aux fins de traitement s'est finalement calmée après une année tumultueuse. Ce branle-bas a été déclenché par un changement dans la position de principe de longue date du CPVP lorsqu'il a constaté, à l'occasion d'une enquête sur une affaire de violation de données, qu'Equifax Canada aurait dû obtenir le consentement de ses clients avant d'envoyer leurs données à sa société mère américaine aux fins de traitement de leurs demandes à l'égard de certains produits offerts directement au consommateur.

Le CPVP a par la suite lancé des consultations afin de recueillir les commentaires d'un plus grand nombre d'intervenants sur la question de savoir si cette exigence de consentement devrait être généralisée. Le CPVP a reçu 87 commentaires d'intervenants (voir les observations d'Osler sur [AccessPrivacy ici](#)). La grande majorité d'entre eux étaient d'avis que la loi actuelle n'exige pas de consentement pour les transferts aux fins de traitement et qu'une telle exigence entraînerait d'« énormes défis » pour les processus opérationnels des organisations.

Visiblement influencé par tous les contre-arguments convaincants qu'il a reçus, le CPVP a décidé d'adopter une approche souple et pragmatique reposant sur le bon sens, et a rétabli ses lignes directrices antérieures de 2009, [Transfert transfrontalier de renseignements personnels](#), qui n'exigeaient pas de consentement aux fins de traitement. Toujours d'avis que les mesures existantes de protection de la vie privée sont manifestement insuffisantes, le CPVP s'est engagé à formuler des recommandations pour renforcer ces protections dans le contexte de la réforme de la LPRPDE.

## La réforme de la LPRPDE

En ce qui concerne la réforme de la LPRPDE, une application plus stricte, une responsabilité accrue et des exceptions possibles au consentement faisaient partie des points suscitant beaucoup d'intérêt. Conjointement au dévoilement de la [Charte numérique](#), Innovation, Sciences et Développement économique comme dénommé alors a publié son livre blanc intitulé « [Renforcer la protection de la vie privée dans l'ère numérique](#) » (livre blanc sur la LPRPDE), comprenant un certain nombre de propositions pour moderniser la LPRPDE. Parallèlement,

Si la protection de la vie privée était dans l'œil du public en 2019, elle promet d'être une question encore plus criante en 2020 alors que le Canada cherche à moderniser ses lois en matière de protection de la vie privée et que le reste du monde augmente la pression.

Justice Canada a publié une autre série de documents de consultation proposant également une « révision » en profondeur de la loi sur la protection de la vie privée du secteur public du Canada.

Toutefois, dans les semaines qui ont précédé les élections fédérales d'octobre 2019, toutes les consultations ont été suspendues par respect pour la convention de transition. Fait intéressant, l'élection fédérale de 2019 a elle-même accru la nature pressante des questions de protection de la vie privée et de sécurité des données dans l'esprit des Canadiens. Pour la première fois, la protection des renseignements personnels des Canadiens a fait son entrée explicite dans les plateformes électorales de tous les grands partis.

Une résolution unanime des commissaires fédéraux, provinciaux et territoriaux du Canada réclamant une réforme des lois sur la protection de la vie privée et l'accès est susceptible de raviver le sentiment d'urgence sous le nouveau gouvernement minoritaire, alors que ce dossier est en concurrence avec de nombreuses autres priorités pour recevoir de l'attention. Dans le discours du Trône 2019, le gouvernement s'est engagé à faire progresser « le développement et l'utilisation éthique de l'intelligence artificielle » et à revoir « les règles qui encadrent le nouvel environnement numérique de manière qu'elles soient équitables pour tous ». Il reste à voir quels compromis devront être faits et avec quels autres partis, dans les mois à venir. Les premières déclarations du ministre de l'Innovation, des Sciences et de l'Industrie indiquent que le gouvernement est résolument engagé à faire avancer la réforme de la loi sur la protection des renseignements personnels. Si une proposition législative doit effectivement être déposée au cours de la prochaine session parlementaire, des dispositions d'exécution plus strictes feront inmanquablement partie de l'ensemble des modifications.

## Application accrue à l'échelle internationale

L'application accrue de la loi a assurément été un thème majeur à l'échelle internationale. Les autorités internationales de protection des données se sont fermement engagées à collaborer plus étroitement sur les mesures d'application de la loi et à faciliter la coopération avec les organismes de réglementation dans les domaines connexes de la concurrence et de la protection du consommateur, dans le but d'établir des normes de protection des données plus cohérentes à l'ère de l'économie numérique.

La Conférence internationale des commissaires à la protection des données et de la vie privée (CICPDVP) s'est tenue à Tirana, en Albanie, en octobre 2019. La CICPDVP a adopté un certain nombre de résolutions internationales reflétant sa perspective convergente à l'égard de certaines des questions les plus pressantes de l'heure en matière de protection des données. Les commissaires ont invité les intervenants concernés à répondre à la nécessité d'implanter des mesures de protection appropriées pour réduire le rôle de l'erreur humaine dans les violations de données, et ont exhorté les fournisseurs de médias sociaux à prendre des mesures pour arrêter la diffusion de contenu extrémiste en ligne à l'aide de leurs plateformes, tout en continuant de protéger la liberté d'expression.

Plus intéressant encore, une [résolution parrainée par le CPVP](#) a enjoint aux gouvernements partout dans le monde de réaffirmer leur engagement ferme à

l'égard de la protection de la vie privée en tant que droit fondamental, vital à la protection d'autres droits démocratiques. Les entreprises ont été appelées à prouver leur responsabilité en respectant activement la vie privée et les autres droits de la personne comme un élément essentiel de la conformité juridique, de la responsabilité sociale d'entreprise et d'une approche éthique en affaires.

## Règlement général sur la protection des données de l'UE

Toujours sur la scène internationale, le [Règlement général sur la protection des données](#) (RGPD) de l'UE en est à sa deuxième année d'existence. De nombreuses sociétés mondiales ont affiné leurs cadres de conformité en matière de protection de la vie privée alors que les autorités européennes chargées de la protection des données ont pris de l'assurance dans leur rôle d'application en imposant de lourdes amendes contre les sociétés non conformes.

## Nouvelles mesures de protection de la vie privée en Californie

L'engouement à l'égard du RGPD a donné lieu cette année à la [California Consumer Protection Act](#) (CCPA). Devant entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2020, la CCPA a volé la vedette sur la scène internationale en 2019 non seulement à cause de son contenu en tant que tel, mais également en raison de sa forte influence sur un grand nombre d'autres États américains qui emboîtent le pas à la Californie en adoptant ou en proposant des lois étatiques semblables. Ce mouvement a suscité de fortes activités de lobbying de la part de certains géants d'Internet concernant l'adoption d'une loi fédérale américaine sur la protection de la vie privée plus cohérente et unifiée.

## Nouvelles initiatives d'autoréglementation

Enfin, au cours de la dernière année, un nombre croissant d'intervenants ont pris eux-mêmes des mesures proactives en l'absence de réforme de la loi afin de trouver des moyens plus novateurs de protéger les données. Certains ont accepté l'invitation des organismes de réglementation à participer aux bacs à sable réglementaires, tandis que d'autres ont élaboré des cadres éthiques pour l'utilisation de l'intelligence artificielle et des technologies novatrices d'amélioration de la protection de la vie privée.

Notons par exemple le lancement officiel du Canadian Anonymization Network ([CANON](#)), une société sans but lucratif enregistrée cofondée par AccessPrivacy et plusieurs autres organisations de premier plan dans les secteurs public, privé et de la santé. CANON appuie la mission commune de promouvoir l'anonymisation comme moyen d'exploiter, dans le respect de la vie privée, des données en vue d'en tirer des avantages sociaux et économiques.

Parmi ses premiers livrables, CANON a répondu à la demande de commentaires de l'ISDE sur les questions de désidentification et les possibilités soulevées dans son livre blanc sur la LPRPDE. Dans ses [observations](#) (en anglais), CANON a recommandé d'uniformiser les normes et les définitions. CANON a également

recommandé un cadre législatif équilibré qui reconnaît les aspects contextuels de l'anonymisation, qui adopte une approche davantage axée sur les risques, qui clarifie le rôle du consentement et qui laisse place à des codes de pratique de l'industrie qui permettent d'utiliser les données de façon flexible, novatrice et favorable, tout en offrant une protection raisonnable contre les risques prévisibles à l'égard de la vie privée.

Si la protection de la vie privée était dans l'œil du public en 2019, elle promet d'être une question encore plus criante en 2020 alors que le Canada cherche à moderniser ses lois en matière de protection de la vie privée et que le reste du monde augmente la pression.

---

## AUTEURS



**Patricia Kosseim**  
Avocate-conseil, Respect  
de la vie privée et  
gestion de l'information  
Codirectrice, AccessPrivacy  
**pkosseim@osler.com**  
613.787.1008 (Ottawa)  
514.904.5640 (Montréal)



**Adam Kardash**  
Associé, Respect de la  
vie privée et gestion  
de l'information  
Codirecteur,  
AccessPrivacy  
**akardash@osler.com**  
416.862.4703 (Toronto)



## TECHNOLOGIE

---

# Points saillants des technologies : intelligence artificielle (IA), services financiers, technologie immobilière et chaînes de blocs

Au cours de la dernière année, les tendances que [nous avons abordées en 2018](#) se sont maintenues. Nous avons également observé que la mise au point et l'adoption de nouvelles technologies dans les entreprises établies continuent de s'accélérer dans de nombreux marchés verticaux, tant dans un contexte de vente d'une entreprise à un consommateur que dans un contexte de vente interentreprises. Comme les occasions d'innovation en matière d'intelligence artificielle (IA) et d'apprentissage automatisé, en particulier, continuent de croître, les débats se sont intensifiés en ce qui concerne la nécessité d'un cadre réglementaire pour veiller à l'utilisation éthique de l'IA et au caractère adéquat du régime canadien de protection de la vie privée. Parallèlement, des alliances stratégiques uniques se forment

à un rythme accéléré dans le but de lancer de nouveaux produits et services, ce qui donne lieu à de nouvelles considérations commerciales sur la façon de traiter convenablement la répartition des risques et d'autres modalités dans ces ententes novatrices.

Comme par les années passées, l'innovation dans le secteur des services financiers au Canada se poursuit à un rythme soutenu. Les progrès concernant la modernisation des paiements et un système bancaire ouvert conduisent le Canada vers un écosystème de services financiers totalement différent et plus complexe, composé à la fois des joueurs actuels et des nouvelles sociétés de technologies financières.

Au cours de la dernière année, nous avons également été témoins de l'emploi de nouvelles expressions à la mode, notamment « PropTech » ou « technologie immobilière » et « UrbanTech » ou « technologie urbaine », puisque les clients exerçant leurs activités dans les secteurs traditionnels, comme l'immobilier et les infrastructures, avec en tête des initiatives comme le projet Sidewalk Toronto, commencent à reconnaître et à saisir les occasions offertes par les nouvelles technologies.

Le peu d'intérêt porté aux chaînes de blocs publiques constitue la dernière tendance intéressante observée en 2019. En revanche, les mises en œuvre de chaînes de blocs privées sécurisées se poursuivent à un rythme constant, mais elles ne s'accroissent pas.

## Adoption croissante des technologies reposant sur l'IA

Parmi les nombreuses avancées technologiques de la dernière année, l'IA continue d'occuper l'avant-scène. En 2019, un nombre en forte croissance d'organisations des secteurs public et privé a adopté des initiatives visant la mise en œuvre de l'apprentissage automatisé dans des secteurs clés de leurs activités. Comme prévu, cette activité a été particulièrement marquée dans les secteurs possédant le volume élevé de données pertinentes et structurées requis pour alimenter les algorithmes d'apprentissage automatisé, ainsi que les pratiques de gestion des données nécessaires à l'emploi efficace des données. Les secteurs comme les services financiers, les télécommunications, les chaînes d'approvisionnement, le transport et la vente au détail affichent une forte activité.

## Popularité croissante des principes et des normes éthiques

Comme la présence de l'IA dans les entreprises établies ne cesse de croître, le débat sur la nécessité d'encadrer l'IA s'est aussi intensifié. Compte tenu de la lenteur avec laquelle les textes législatifs et réglementaires sont élaborés et adoptés, nous avons observé le rôle de plus en plus important que jouent des normes et des principes non législatifs visant l'adoption d'un langage et d'un cadre communs pour les activités commerciales, normes et principes qui, comme l'a souligné le Conseil Stratégique des DPI, servent de substitut à la réglementation.

Compte tenu de la lenteur avec laquelle les textes législatifs et réglementaires sont élaborés et adoptés, nous avons observé le rôle de plus en plus important que jouent des normes et des principes non législatifs visant l'adoption d'un langage et d'un cadre communs pour les activités commerciales.

Au Canada, les directives et normes suivantes méritent d'être soulignées

- Le 1<sup>er</sup> avril 2019, le gouvernement du Canada a publié sa [Directive sur la prise de décision automatisée](#) (la Directive), laquelle entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020. La Directive établit des exigences minimales auxquelles doivent se conformer les ministères fédéraux qui souhaitent utiliser un système de prise de décision automatisée, soit un outil technologique qui prend des décisions ou aide à prendre des décisions. La Directive a pour objet de veiller à ce que les systèmes décisionnels automatisés soient déployés d'une manière qui permet de réduire les risques pour les Canadiens et les institutions fédérales. Elle vise également une prise de décisions plus efficace, exacte et conforme qui peut être interprétée en vertu du droit canadien. La Directive est maintenant à l'étape de la mise en œuvre. D'autres lignes directrices sont attendues en 2020, lesquelles préciseront la manière dont les organisations peuvent se conformer à certaines exigences particulières, comme celles concernant la transparence et les avis explicatifs.
- Le 2 octobre 2019, le Conseil Stratégique des DPI a publié sa nouvelle Norme nationale du Canada, la [CAN/CIOSC 101:2019 – Conception éthique et utilisation des systèmes de décision automatisés](#), visant à aider les organisations à élaborer et à mettre en œuvre des solutions d'IA responsables. Cette norme établit un cadre et un processus qui peuvent tous deux faire l'objet d'une évaluation et d'une vérification à des fins de conformité. Le cadre vise à susciter la confiance des consommateurs à l'égard des technologies offrant de l'information et des recommandations et prenant des décisions au moyen de l'IA et de l'apprentissage automatisé.

Sur le plan international, les normes et principes suivants ont attiré l'attention :

- En février, le comité mixte ISO/IEC JTC1/SC 42, chargé par l'Organisation internationale de normalisation d'élaborer des normes pour l'IA, a publié la norme [ISO/IEC 20546:2019](#), laquelle énonce un ensemble de définitions et de termes communs visant à favoriser la communication et la compréhension des mégadonnées.
- En mai, les pays membres de l'OCDE ont approuvé la [Recommandation du Conseil sur l'intelligence artificielle](#), laquelle établit les principes d'une approche responsable en appui d'une IA digne de confiance. Peu après, en juin, le G20 a adopté les [Principes du G20 sur l'IA](#), issus de la Recommandation de l'OCDE. Compte tenu du profil de l'OCDE et du G20, nous nous attendons à ce que de nombreuses normes régionales ou sectorielles renvoient à ces principes.

À l'aube de 2020, nous croyons que la conjoncture continuera de soulever de nouvelles questions juridiques complexes. Nous assisterons à l'adoption de règlements portant directement sur l'IA (notamment en matière de droits d'auteur, lesquels tiendront compte du [rapport de conclusions de l'examen prévu par la loi de la Loi sur le droit d'auteur](#)), et un grand nombre de normes et de principes éthiques convergeront. Conseiller des clients dans un cadre réglementaire aussi imprévisible comporte des enjeux uniques. Les praticiens de ce domaine doivent faire preuve de créativité et de vivacité d'esprit et s'assurer que leurs clients conservent, dans les ententes commerciales qu'ils concluent, la flexibilité nécessaire pour se conformer aux exigences réglementaires à mesure qu'elles évoluent.

## Les questions telles que la protection de la vie privée ainsi que la sécurité et l'utilisation des données sont plus complexes que jamais

Bien que le commissaire à la protection de la vie privée du Canada ait reconnu que l'intelligence artificielle est susceptible de procurer des avantages sociaux importants, il a aussi indiqué qu'elle pose des [défis à la vie privée et à la protection des données](#) et qu'elle devrait être mise au point en tenant compte de la « protection de la vie privée dès la conception et par défaut ».

À mesure que les solutions d'apprentissage automatisé se répandent et qu'elles dépassent la simple analyse des données, les questions relatives à la sécurité, à l'utilisation et à la qualité des données s'accroissent. Les modèles d'affaires de nombreux fournisseurs de solutions d'IA dépendent de leur capacité à utiliser les données des clients pour « former » leurs solutions et offrir la valeur promise. Par conséquent, les discussions sur les droits d'utilisation des données et la conformité réglementaire sont devenues plus complexes, puisqu'elles nécessitent de s'attarder à l'utilisation, à la sécurité et à la qualité des données, aux normes et aux processus en matière de dépersonnalisation, à la gestion des incidents et au consentement valide. Toutes ces questions doivent être examinées dans une conjoncture de plus en plus complexe où la conformité en matière de confidentialité des données est souvent une responsabilité partagée entre de nombreuses parties prenantes.

Les avocats responsables de conseiller des clients sur des accords commerciaux portant sur l'IA doivent souvent analyser de façon inédite des définitions larges des données contenues dans des ententes de services plus traditionnelles. Ils doivent tenir compte des éléments constitutifs des données, notamment les données d'entrée du client, les données extrapolées, les données préexistantes d'un fournisseur et les données produites. Il est de plus en plus nécessaire de se livrer à cette analyse pour s'assurer que les droits et les responsabilités de chaque partie en ce qui concerne l'utilisation et la sécurité des données ainsi que la protection de la vie privée sont traités de manière appropriée.

Compte tenu de la nécessité d'un cadre commun pour la délivrance des licences de données dans le contexte de l'apprentissage automatisé, une équipe multidisciplinaire formée d'avocats et de chercheurs canadiens issus de la communauté de l'IA a travaillé de concert pour publier [La licence de données de Montréal](#), dans le but de dissiper les ambiguïtés relevées dans les licences de données courantes. Bien que l'on ignore encore si un nombre important d'organisations adopteront La licence de données de Montréal, les concepts qui y sont énoncés servent de cadre utile pour s'engager dans des discussions sur les licences de données.

## Évolution des services financiers : modernisation des paiements et système bancaire ouvert

Au Canada, le secteur des services financiers continue d'être un important chef de file dans l'adoption de l'innovation et des nouvelles technologies. De nouvelles entreprises de technologie financière émergent sur le marché canadien à un rythme soutenu. Les nouvelles venues visent non seulement la désintermédiation des entreprises existantes, mais elles cherchent également à leur faire concurrence

ou à créer des partenariats avec elles (souvent, les deux en même temps). À un échelon macroéconomique, outre l'adoption accrue de l'IA, l'évolution décrite ci-dessous se poursuit. Avec le temps, elle contribuera de manière importante à la transformation du secteur des services financiers au Canada.

## Modernisation des paiements

Paiements Canada continue de déployer des efforts pour moderniser le système de paiement canadien afin d'avoir la capacité de compenser et de régler rapidement, de façon sécurisée et souple, les paiements assortis de mégadonnées. Plus précisément :

- Le 24 juin 2019, Paiements Canada a publié une [étude de cas](#) qui évaluent les avantages d'adopter la norme ISO 20022 (la norme internationale qui régit les messages de paiement). L'étude a permis de conclure que l'adoption de cette norme procure une meilleure compréhension de la gestion de l'encaisse et de la trésorerie, une réduction des interventions manuelles et une visibilité accrue de la chaîne de valeur. Tous ces avantages sont susceptibles d'améliorer la productivité et de réduire les coûts.
- Le 9 octobre 2019, Paiements Canada a sollicité des commentaires sur les [politiques de Lynx](#) (le Cadre), qui guideront la rédaction des règlements administratifs concernant le nouveau système de paiements de grande valeur du Canada. Le Cadre établit les politiques concernant 1) l'accès au système; 2) la finalisation des paiements; 3) les frais de service.

Les institutions financières et les fournisseurs de solutions de paiements suivent attentivement l'évolution de la situation, puisqu'elle exigera que de nouveaux systèmes de paiements soient mis en œuvre à grande échelle.

## Système bancaire ouvert

Le système bancaire ouvert fait référence à une initiative qui permettra aux clients de communiquer leurs données financières à des tiers en toute sécurité au moyen de plateformes numériques, dans le but de promouvoir l'innovation et l'accès accru à de nouveaux produits et services financiers.

En janvier 2019, le gouvernement a publié un document de consultation intitulé « [Examen des mérites d'un système bancaire ouvert](#) », dans le cadre de ses efforts pour réaliser un examen du bien-fondé d'un système bancaire ouvert. Plus tard en juin, le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a publié son rapport intitulé « [Un système bancaire ouvert, qu'est-ce que cela signifie?](#) » (le Rapport), dans lequel il réclame « une action décisive de la part du gouvernement fédéral pour que soit adopté un cadre de système bancaire ouvert ». Le rapport contient de nombreuses recommandations destinées au gouvernement fédéral, notamment les suivantes :

- Désigner l'Agence de la consommation en matière financière du Canada comme organisme intérimaire de surveillance des activités liées à la capture de données d'écran et à un système bancaire ouvert;

- Fournir du financement immédiat aux groupes de protection du consommateur pour les aider à mener des recherches, et à en publier les résultats, sur les avantages et les risques entourant la capture de données d'écran et le système bancaire ouvert;
- Faciliter l'élaboration d'un système bancaire ouvert fondé sur des principes et dirigé par l'industrie.

Malgré l'appel à l'action contenu dans le rapport, les progrès ont été plus lents que prévu. Des activités de réglementation sont déployées à l'échelle mondiale et, plus précisément, l'Union européenne, le Royaume-Uni et l'Australie réalisent des progrès importants. Toutefois, il reste à voir si le Canada emboîtera le pas en 2020.

## Technologie immobilière et technologie urbaine

Il y a des années que l'on s'entend pour dire que les secteurs traditionnels, au-delà du secteur de commerce de détail, ont la possibilité de faire preuve d'innovation. En 2019, cette possibilité s'est concrétisée. Les clients commencent à se tourner vers des technologies comme l'informatique en nuage et l'automatisation des processus par la robotique pour améliorer considérablement les processus et l'efficacité opérationnels. Ils adoptent également des stratégies numériques pour tirer parti des données qu'ils ne considéraient pas auparavant comme un actif de valeur.

Possible stimulée par des initiatives comme celle de Sidewalk Labs, la transformation des secteurs de l'immobilier et des infrastructures semble également être entamée. Les secteurs d'activités qui n'ont pas misé sur les innovations technologiques par le passé auront de la difficulté à maximiser la valeur des données ou de la propriété intellectuelle en tant qu'actif. Les acteurs du marché qui réussiront à réaliser cette transformation auront, à notre avis, un avantage concurrentiel important sur ceux qui n'y parviendront pas.

## Le ralentissement des chaînes de blocs et de la technologie du grand livre distribué

Le ralentissement du rythme de l'activité commerciale dans le secteur des chaînes de blocs est attribuable, en partie, à l'arrivée à maturité du cycle de l'innovation et à l'absence de cas d'utilisation viables et rentables. Les préoccupations persistantes en matière de confidentialité et de sécurité des données ont également contribué au ralentissement.

Les inquiétudes concernant la protection de la vie privée et la sécurité demeurent un thème récurrent à l'égard des applications d'entreprise liées aux chaînes de blocs et à la technologie du grand livre distribué (TGLD). À titre d'exemple, en août, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada a publié une [déclaration commune](#) avec les représentants de la collectivité mondiale des autorités chargées de la protection des données et de l'application des lois en matière de protection des renseignements personnels de cinq autres pays (l'Albanie, l'Australie, le Burkina Faso, le Royaume-Uni et les États-Unis) concernant le réseau Libra (c'est-à-dire la monnaie numérique fondée sur la chaîne de blocs autorisée, proposée par Facebook Inc., dont le lancement est

Possible stimulée par des initiatives comme celle de Sidewalk Labs, la transformation des secteurs de l'immobilier et des infrastructures semble également être entamée. Les secteurs d'activités qui n'ont pas misé sur les innovations technologiques par le passé auront de la difficulté à maximiser la valeur des données ou de la propriété intellectuelle en tant qu'actif.

prévu au cours de la prochaine année). La déclaration souligne la nécessité d'incorporer une bonne gouvernance de la protection de la vie privée et des principes de protection de la vie privée dès la conception, puisqu'ils sont « des facteurs clés de l'innovation et de la protection des données ».

Pour répondre à ces préoccupations, nous avons été témoins du déploiement par certaines organisations de chaînes de blocs privées, notamment Hyperledger Fabric, au sein du réseau privé sécurisé de l'organisation, auquel le public n'a pas accès. Ces chaînes de blocs privées permettent souvent à l'organisation de mettre en place des mesures de contrôle d'accès pour atténuer davantage les risques associés à la sécurité et la protection des données personnelles ou sensibles. Dans les cas où des chaînes de blocs publiques sont utilisées, comme la chaîne de blocs Ethereum, les organisations se disent de plus en plus préoccupées par le stockage de données personnelles ou sensibles directement dans la chaîne de blocs. Lorsqu'il est nécessaire d'enregistrer des données, on stocke souvent un pointeur ou un code de hachage dans la chaîne de blocs qui indique que les données sont enregistrées ailleurs que dans la chaîne de blocs ou la TGLD. Les données sont sécurisées autrement et elles ne sont pas accessibles au public.

Un certain nombre de nouvelles normes visant à faciliter le foisonnement et l'adoption de la technologie de chaîne de blocs ont été publiées en 2019. Plus particulièrement, en septembre, le comité ISO/TC307, approuvé par l'Organisation internationale de normalisation pour établir des normes liées aux chaînes de blocs et à la TGLD, a publié la norme ISO/TR 23455:2019. Cette norme porte sur les aspects techniques des contrats intelligents. Elle décrit les contrats intelligents et leur fonctionnement, y compris diverses méthodes techniques pour l'établissement d'une interaction entre de multiples contrats intelligents. Nous sommes d'avis que ce type de norme constitue un cadre utile pour engager des discussions sur les contrats intelligents.

## Conclusion

À l'aube de 2020, nous ne prévoyons pas de ralentissement du rythme de l'innovation numérique, de la croissance de l'IA ou des mesures de transformation. Nous nous attendons à ce que les contextes réglementaire et technologique continuent d'évoluer en 2020, et qu'ils soient accompagnés d'un plus grand nombre de transformations et de perturbations dans les principaux secteurs d'activités. Les avocats responsables de conseiller des clients sur le sujet vivent une période propice à l'innovation et à la création de nouvelles normes du marché, afin d'être en phase avec l'évolution des entreprises de leurs clients.

---

## AUTEURS



**Sam Ip**  
Sociétaire, Technologie  
**sip@osler.com**  
416.862.5955



**Wendy Gross**  
Associée, Technologie  
**wgross@osler.com**  
416.862.6737



## CRYPTOACTIFS

# Éclaircissement de la réglementation sur les cryptoactifs

Les cryptoactifs ont fait la manchette au Canada en 2019, mais pas toujours pour les bonnes raisons. Au début de l'année, un ouragan médiatique a agité la plateforme de négociation de cryptoactifs QuadrigaCX, dont le fondateur est apparemment décédé pendant sa lune de miel en Inde, emportant prétendument avec lui les clés privées des réserves de cryptoactifs de la plateforme. La plateforme a tenté une restructuration sous protection judiciaire, mais a rapidement été mise en faillite. Maintenant, 75 000 clients font face à une perte potentielle collective de plus de 200 M\$ CA. Une enquête plus approfondie a révélé l'absence totale de contrôles financiers, des détournements et des abus apparents d'actifs des clients et d'autres pratiques commerciales particulièrement douteuses pour une entreprise à laquelle des clients ont confié des centaines de millions de dollars en actifs.

Il reste encore de la marge pour permettre à la réglementation de réfréner les parties les plus indisciplinées du secteur des cryptoactifs. Peu de temps après l'effondrement de QuadrigaCX, les organismes canadiens de réglementation des valeurs mobilières ont proposé un cadre pour réglementer les plateformes de négociation de cryptoactifs, qui comprendrait des dispositions relatives à

la garde, aux contrôles internes et à la continuité des activités. En juillet 2019, le gouvernement fédéral a publié des règlements définitifs qui assujettiront les courtiers en monnaie virtuelle à la principale loi canadienne contre le blanchiment d'argent, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* (LRPCFAT). Ce règlement obligera de nombreuses entreprises de cryptoactifs à mettre en place des programmes de conformité, à nommer des agents de conformité et à rendre compte au Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE). Enfin, les particuliers qui souhaitent investir dans le bitcoin pourraient bientôt se tourner vers une solution réglementée plutôt que vers les plateformes comme QuadrigaCX. En octobre 2019, un groupe d'experts de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) a annulé une décision antérieure du personnel de la CVMO et ordonné la délivrance d'un visa de prospectus pour The Bitcoin Fund, qui pourrait devenir le premier fonds de placement en bitcoins coté en bourse au monde.

## Projet de cadre réglementaire concernant les plateformes de négociation de cryptoactifs

En mars 2019, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) et l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) ont publié le [Document de consultation conjoint 21-402 Projet d'encadrement des plateformes de négociation de cryptoactifs](#) proposant un cadre réglementaire pour les plateformes de négociation de cryptoactifs.

Le cadre proposé s'appuie sur les exigences applicables aux bourses de valeurs mobilières et de contrats à terme sur marchandises, aux systèmes de négociation parallèle, aux agences de compensation, aux dépositaires et aux courtiers. Diverses exigences opérationnelles sont envisagées en vue de protéger les participants des risques de contrepartie et autres risques associés aux plateformes, comme les exigences d'intégrité du marché, de surveillance du marché, d'établissement d'un juste prix, de garde, de compensation et de règlement, de divulgation de conflits d'intérêts et de planification de la continuité des systèmes et des activités. Le cadre s'appliquerait aux plateformes situées au Canada, ainsi qu'aux plateformes étrangères qui comptent des participants canadiens, mais les plateformes étrangères pourraient être admissibles à des dispenses si elles sont réglementées de façon appropriée par des autorités compétentes étrangères.

Il faudra d'abord déterminer comment les organismes canadiens de réglementation des valeurs mobilières peuvent exercer leur compétence sur les plateformes qui négocient des cryptoactifs, comme le bitcoin, qui ne sont pas, en eux-mêmes, des valeurs mobilières ou des produits dérivés. Les ACVM et l'OCRCVM ont reconnu que certains cryptoactifs s'apparentent à la monnaie fiduciaire et aux métaux précieux, et présentent plutôt des caractéristiques de marchandises. Néanmoins, les ACVM et l'OCRCVM ont proposé d'appliquer la législation sur les valeurs mobilières aux plateformes où se négocient ces cryptoactifs, là où l'accord juridique entre la plateforme et ses utilisateurs peut en soi constituer un titre ou un dérivé.

Les modifications tant attendues à la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* publiées en juillet 2019 obligeront les « entreprises se livrant au commerce de monnaie virtuelle » qui offrent des services aux clients canadiens à s'inscrire en tant qu'entreprises de services monétaires (ESM) auprès du CANAFE à compter du 1<sup>er</sup> juin 2020.

À l'heure actuelle, le cadre n'est toutefois qu'à l'étude. Les ACVM et l'OCRCVM ont reçu de nombreux commentaires en réponse au document de consultation, et l'OCRCVM a formé un groupe de travail sur les cryptoactifs en octobre 2019 pour recommander la meilleure façon d'adapter les exigences réglementaires en matière de valeurs mobilières aux cryptoactifs. Nous nous attendons à ce que la prochaine étape de ce processus soit la publication par les ACVM d'un projet de règlement, qui fera l'objet d'une période de commentaires publics.

## La réglementation sur la LBC s'applique désormais aux courtiers en monnaie virtuelle

Les [modifications](#) tant attendues à la LRPCFAT publiées en juillet 2019 obligeront les « entreprises se livrant au commerce de monnaie virtuelle » qui offrent des services aux clients canadiens à s'inscrire en tant qu'entreprises de services monétaires (ESM) auprès du CANAFE à compter du 1<sup>er</sup> juin 2020. Les ESM sont assujetties aux exigences de diligence raisonnable, de tenue de dossiers, de surveillance et de déclaration à l'égard des clients en vertu de la LRPCFAT.

Les directives réglementaires indiquent que les activités « de commerce » comprennent les services d'opération de change en monnaie virtuelle et les services de transfert de monnaie virtuelle, ce qui inclurait vraisemblablement les plateformes de négociation de cryptoactifs ainsi que les maisons de courtage et les intermédiaires qui effectuent des opérations en monnaie virtuelle. On ne sait toutefois pas si les nouvelles plateformes de prêts garantis par des cryptoactifs seront considérées comme des activités « de commerce ».

De nombreuses plateformes canadiennes de cryptoactifs ont adopté des procédures de connaissance du client conformes aux règlements de la LRPCFAT avant la publication des dernières modifications, afin de faire face à divers risques d'entreprise, y compris les risques ciblés par des partenaires bancaires potentiels. Toutefois, le CANAFE a généralement refusé d'inscrire ces entreprises comme ESM ou de superviser leurs activités en raison d'une absence de compétence. Le 22 novembre 2019, le CANAFE a annoncé que les entreprises se livrant au commerce de monnaie virtuelle sont autorisées à s'inscrire volontairement en tant qu'ESM avant la date limite de juin 2020, ce qui constitue sans doute une bonne nouvelle pour de nombreuses plateformes canadiennes de négociation de cryptoactifs qui cherchent à démontrer leur conformité aux fournisseurs de services et aux clients potentiels.

Les plateformes étrangères de cryptoactifs qui fournissent des services aux Canadiens seront assujetties aux mêmes exigences de conformité que les plateformes nationales, avec toutefois des exigences de tenue de dossiers légèrement moins lourdes. Les directives réglementaires indiquent que lorsqu'une plateforme étrangère cible des clients canadiens, fait de la publicité auprès de clients canadiens ou possède un nom de domaine canadien, elle fournit sans doute des services « à l'intention » de clients canadiens.

## La CVMO autorise l'inscription en bourse d'un premier fonds de placement en bitcoins

Le 30 octobre 2019, un comité de la CVMO a rendu une [décision](#) (en anglais) permettant à 3iQ Corp., un gestionnaire de placement canadien, d'offrir le premier fonds de placement en bitcoins coté en bourse au monde. Le fonds vise à offrir aux particuliers une option réglementée pour investir dans les bitcoins, sans devoir en acheter et en détenir.

Depuis la fin de 2016, 3iQ élabore The Bitcoin Fund (le Fonds), un projet de fonds de placement à capital fixe qui investirait la quasi-totalité de ses actifs en bitcoins. En février 2019, le directeur de la Direction des fonds d'investissement et produits structurés de la CVMO a refusé de délivrer un visa pour le prospectus provisoire du Fonds. Le directeur a conclu que le bitcoin constituait un actif non liquide et que, par conséquent, le Fonds ne pouvait pas être conforme aux restrictions réglementaires à l'égard de la détention d'actifs non liquides. De plus, le directeur a conclu qu'il n'était pas dans l'intérêt public de délivrer un visa de prospectus, en raison des préoccupations concernant l'intégrité du marché des bitcoins, la sécurité et la sauvegarde des bitcoins du Fonds et la capacité du Fonds de déposer des états financiers audités.

Par suite d'une audience tenue en juillet 2019, un commissaire de la CVMO a annulé la décision du directeur. Après avoir examiné la preuve, le commissaire a conclu qu'il existait un marché liquide pour les bitcoins. Le commissaire a également conclu que la preuve était insuffisante pour démontrer qu'une manipulation des prix empêchait la détermination des prix à l'égard du bitcoin, que les arrangements relatifs à la garde des bitcoins du Fonds étaient inadéquats ou que le Fonds ne serait pas en mesure de respecter les exigences en matière d'états financiers audités.

Dans le cadre de sa décision, le commissaire a également constaté que le Fonds était novateur et qu'il était en mesure d'atténuer les risques pour les investisseurs :

*Il faut encourager, et non décourager, le concept de professionnalisation des placements dans des actifs à risque afin d'atténuer les risques. Les participants aux marchés financiers en Ontario devraient être invités à discuter avec la Commission et non pas incités à éviter de le faire. La mise en commun de fonds de placement régie par une structure de gestion professionnelle en vue de répondre aux risques et de les atténuer dans un marché d'actifs sous-jacents est novatrice et devrait être encouragée, surtout si elle offre aux investisseurs une solution de rechange qui leur évite d'acquérir des bitcoins au moyen de mécanismes non réglementés.*

La décision ordonne la délivrance d'un visa pour un prospectus définitif du Fonds. Lorsque le Bitcoin Fund aura reçu son visa pour le prospectus définitif et que son inscription à une bourse des valeurs canadiennes sera acceptée, il deviendra le premier fonds de placement en bitcoins coté en bourse au monde. Dans l'ensemble, la décision favorise le développement de nouveaux produits de placement permettant d'investir dans de nouvelles catégories d'actifs, et soutient fermement l'innovation au sein des marchés financiers au Canada.

Osler a représenté 3iQ et The Bitcoin Fund devant la CVMO.

Le 30 octobre 2019, un comité de la CVMO a rendu une décision permettant à 3iQ Corp., un gestionnaire de placement canadien, d'offrir le premier fonds de placement en bitcoins coté en bourse au monde.

## Vision pour 2020

La nouvelle réglementation sur les cryptoactifs en vertu des lois sur les valeurs mobilières et le blanchiment d'argent risque de provoquer la sortie des entreprises de cryptoactifs qui sont incapables d'absorber les coûts croissants de conformité, en particulier au moment où les marchés des cryptoactifs affichent une forte baisse depuis les sommets atteints en 2017. Par ailleurs, les nouvelles exigences de conformité obligeront les entreprises survivantes et les nouveaux venus à se doter de contrôles adéquats qui atténueront bon nombre des risques inhérents aux plateformes existantes de cryptoactifs.

Même si les organismes de réglementation prennent des mesures pour atténuer ces risques, de nouveaux défis nous attendent. En 2019, nous avons assisté à une croissance rapide des jetons adossés à des actifs (souvent appelés jetons stables), des dérivés de cryptoactifs à fort effet de levier et des prêts garantis par des cryptoactifs. Tout nous mène à penser que ces tendances s'accéléreront en 2020. Alors que se développent des instruments financiers sophistiqués qui s'appuient sur des technologies nouvelles en constante évolution et qui sont négociés à l'échelle mondiale par le biais de plateformes non conventionnelles dont la surveillance réglementaire est inégale, on peut croire que plus d'entreprises de cryptoactifs importantes feront face à des échecs avant que la réglementation ne s'établisse fermement.

---

### AUTEURS



**Evan Thomas**  
Avocat-conseil, Litige  
[ethomas@osler.com](mailto:ethomas@osler.com)  
416.862.4907



**Lori Stein**  
Associée, Droit  
des sociétés  
[lstein@osler.com](mailto:lstein@osler.com)  
416.862.4253



**Louis Tsilivis**  
Sociétaire, Litige  
[ltsilivis@osler.com](mailto:ltsilivis@osler.com)  
416.862.6769

## À propos d'Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Osler est un cabinet d'avocats de premier plan qui n'a qu'un objectif : répondre aux besoins de votre entreprise. Que ce soit à Toronto, Montréal, Calgary, Ottawa, Vancouver ou New York, nous conseillons nos clients canadiens, américains et internationaux sur une vaste gamme de questions juridiques nationales et transfrontalières. Notre approche « intégrée » fondée sur la collaboration tire profit de l'expertise de plus de 400 avocats pour apporter des solutions juridiques adaptées, proactives et pratiques axées sur les besoins de votre entreprise. En plus de 150 ans, nous avons acquis la réputation d'un cabinet qui sait régler les problèmes, surmonter les obstacles et fournir les réponses dont vous avez besoin, quand vous en avez besoin.

**C'est le droit à l'œuvre.**

**Osler, Hoskin & Harcourt** S.E.N.C.R.L./s.r.l.

Toronto Montréal Calgary Ottawa Vancouver New York | [osler.com](https://osler.com)