

2020

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	5
Comprendre la reprise économique en forme de K SURVOL ÉCONOMIQUE	11
Principaux développements juridiques concernant les fusions et acquisitions publiques en 2020 FUSIONS ET ACQUISITIONS	15
Plaider pendant la pandémie de COVID-19 et autres changements importants en matière de litige en 2020 LITIGE	22
La COVID-19 étend le secteur de la santé à tous les secteurs DROIT DE LA SANTÉ	27
COVID-19 et décisions difficiles pour les employeurs : les défis de l'emploi en 2020 DROIT DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI	33
Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020 MARCHÉS FINANCIERS	40
Évolution de la législation américaine sur les valeurs mobilières en 2020 MARCHÉS FINANCIERS – ÉTATS-UNIS	49
Les règles changent : évolution de la gouvernance d'entreprise en 2020 GOVERNANCE	57
Une année de bouleversements et de déceptions : nouveautés liées à la rémunération des dirigeants en 2020 RÉMUNÉRATION DES CADRES SUPÉRIEURS	64

Intensification des activités de fusion et d'acquisition dans le secteur canadien des technologies à la veille de l'année 2021 SOCIÉTÉS ÉMERGENTES ET À FORTE CROISSANCE	69
Tout ce qui brille – droit minier 2020 DROIT MINIER	75
Émissions de titres de créance hybrides par les banques canadiennes MARCHÉS FINANCIERS	79
L'assurance des déclarations et garanties – un outil de plus en plus important pour les négociateurs canadiens FUSIONS ET ACQUISITIONS	83
Clauses de force majeure : la répartition des risques contractuels et la pandémie de COVID-19 LITIGE	88
Évolution de l'application de la réglementation sur les marchés financiers APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS FINANCIERS	93
Évolution notable dans le domaine du droit de l'insolvabilité : des outils souples pour des temps difficiles INSOLVABILITÉ	101
Faits saillants relativement à la défense des crimes économiques LITIGE	111
Capacité d'adaptation du marché des capitaux en réaction à des changements importants SERVICES FINANCIERS	117
La réglementation des services financiers en 2020 : convergence, perturbations et accélération RÉGLEMENTATION DES SERVICES FINANCIERS	124
Nouvelles occasions d'affaires et nouveaux défis pour les plateformes de négociation de cryptoactifs CRYPTOMONNAIES	130
Surveillance accrue des investissements étrangers et année chargée pour le Bureau de la concurrence DROIT DE LA CONCURRENCE	135

L'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) entre en vigueur et Biden est déclaré président élu : s'agit-il d'un retour au calme dans les échanges commerciaux entre les États-Unis et le Canada? COMMERCE	142
La reprise économique stimule le secteur de la construction et des infrastructures au Canada CONSTRUCTION	147
Projets d'énergie renouvelable en Alberta en 2021 : cinq choses à savoir ÉNERGIE	152
L'approche évolutive de la réglementation sur les changements climatiques : la dissension persiste entre les gouvernements fédéral et provinciaux CLIMAT	160
« L'emplacement, l'emplacement, l'emplacement » est remplacé par « COVID, COVID, COVID » IMMOBILIER	168
Mesures fiscales liées à la COVID-19 et proposition de réforme fiscale internationale FISCALITÉ	173
Du chalandage fiscal au REATB et à l'établissement des prix de transfert : décisions rendues dans des litiges fiscaux internationaux notoires FISCALITÉ	178
2020 : Une année d'éclaircissements pour les brevets canadiens visant les sciences de la vie et les logiciels PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	183
Une année bien remplie en matière de technologie : de la conclusion de contrats pendant la COVID-19 aux finances axées sur les clients TECHNOLOGIE	188
Une année marquée par un tourbillon de réformes législatives sur la protection de la vie privée au Canada RESPECT DE LA VIE PRIVÉE	196
Accélération de l'adoption de services juridiques innovants INNOVATION	201

La *Rétrospective de l'année juridique* fournit uniquement des renseignements généraux et ne constitue en aucun cas un conseil juridique ou professionnel. Nous vous recommandons de demander des conseils précis en fonction de votre situation. Pour plus de renseignements, veuillez communiquer avec Osler par courriel, à counsel@osler.com.

Introduction

Sans aucun doute, l'année 2020 n'a été à nulle autre pareille. Il est inévitable que la pandémie de COVID-19 et les répercussions de celle-ci apparaissent comme le thème de plusieurs des articles de notre septième *Rétrospective de l'année juridique*. Parallèlement, les entreprises de nos clients et les lois qui les régissent ont évolué de façons qui n'ont pas de liens avec la pandémie, mais également malgré la pandémie. Dans certains cas, les défis posés par la COVID-19 ont fait accélérer les changements déjà en cours, créant ainsi des avantages et des occasions qui pourraient s'étendre bien au-delà de la pandémie. Nous avons le plaisir de vous présenter nos opinions colligées sur les faits nouveaux les plus importants survenus sur les plans juridique et commercial pendant la dernière année.

L'année 2020 a mis en évidence une nette et malheureuse dichotomie dans notre économie. [L'aperçu économique](#), signé par Stephen Poloz, notre estimé conseiller spécial et ex-gouverneur de la Banque du Canada, aborde la reprise en « K ». La branche supérieure du « K » représente les parties de l'économie qui ont subi un fléchissement au cours des premiers jours ou des premières semaines du confinement, mais qui se redressent maintenant ou qui l'ont déjà fait. Ce groupe comprend les entreprises axées sur le capital intellectuel qui, dans bien des cas, ont été en grande partie épargnées par la pandémie grâce à leur capacité à s'adapter à un contexte de télétravail ou de service de livraison. Même si certaines parties de cette économie risquent de faire face à un « double creux », étant donné que la deuxième vague du virus mène à de nouveaux confinements et à de nouvelles restrictions, cette économie est résiliente et se redressera sans aucun doute. À l'autre extrémité du spectre économique, on trouve les entreprises qui constituent la branche inférieure du « K » : les commerces de détail, les restaurants, les bars, les compagnies aériennes, les hôtels et les autres entreprises qui nécessitent des interactions en personne. Ces entreprises

pourraient avoir subi des préjudices irréparables. Sous différents aspects, cet aperçu économique constitue la toile de fond de plusieurs faits nouveaux abordés par nos auteurs.

Par exemple, [le secteur de la vente au détail traditionnelle](#) se situe, de façon générale, dans la branche inférieure du « K ». Étant donné les fermetures ordonnées par le gouvernement, de nombreux détaillants n'ont pas été en mesure d'exploiter leur entreprise de manière rentable, ou même de l'exploiter tout court. Certains se sont tournés vers d'autres mécanismes de livraison, comme la cueillette à l'auto ou le cybercommerce, mais de nombreux détaillants n'ont pas réussi à s'adapter. Malgré le vaste soutien assuré par le gouvernement, de nombreuses entreprises ont été forcées de se restructurer ou de carrément fermer leurs portes. Par contre, dans la branche supérieure du « K », [le secteur minier canadien](#) a subi des fléchissements au début de la pandémie, mais a (grandement) profité par la suite de hausses spectaculaires du prix des produits de base et, plus particulièrement, d'une envolée du prix de l'or, valeur refuge.

L'autre force importante à l'origine du changement en 2020 est du domaine social, soit une hausse sans précédent de l'attention portée à la diversité et à l'inclusion, sans lien avec la pandémie de COVID-19. Cela découle, en grande partie, des événements terribles survenus aux États-Unis et qui ont insufflé une nouvelle énergie au mouvement « Black Lives Matter », et à la lutte contre le racisme envers les Noirs aux États-Unis et au Canada.

Même si cela n'a pas (encore) entraîné de modifications importantes aux lois du Canada, la création du Conseil canadien des chefs d'entreprise contre le racisme systémique envers les Noirs et de son « Initiative BlackNorth » ont donné lieu à de grands débats sur le racisme systémique et à des actions positives pour l'éradiquer. L'engagement des PDG dans le cadre de l'Initiative BlackNorth, qui exige de cibler des personnes des collectivités noires, autochtones et de couleur lors de l'embauche, n'est qu'un exemple des mesures mises en œuvre pour favoriser la diversité dans les milieux juridiques et des affaires du Canada.

Entre-temps, comme nous l'avons vu dans notre [article sur la gouvernance d'entreprise](#), les efforts visant à accroître la mixité au sein des conseils d'administration ont remporté un modeste succès, mais peu de progrès ont été constatés dans l'atteinte d'une plus grande diversité. De plus, des modifications apportées récemment à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* concernant la divulgation en matière de diversité semblent avoir eu peu d'effets en 2020.

À part les décrets d'urgence (en grande partie provisoires) imposant des confinements ou des restrictions semblables, en 2020, la plupart des développements juridiques associés à la pandémie de COVID-19 n'ont pas pris la forme de modifications aux lois ou aux règlements. On a plutôt assisté à des rajustements à grande échelle des pratiques dans le cadre juridique en place ou à des changements transactionnels visant à contrer les effets de la pandémie.

L'un des principaux rajustements a été le passage du contexte en personne au contexte virtuel. [Les cours de justice](#) et les autres tribunaux du pays ont procédé aux rajustements nécessaires pour accueillir de manière virtuelle les audiences, les dépositions et autres procédures. Les mesures de confinement mises en place ont empêché la tenue d'assemblées annuelles d'actionnaires en personne, ce qui a accéléré la tendance à la tenue d'assemblées par voie électronique, et même

vers la tenue d'[assemblées uniquement virtuelles](#). La signature électronique de documents, même si elle était de plus en plus courante avant la pandémie, est devenue le centre d'attention, par nécessité. La notarisation et l'attestation virtuelles de documents ont suivi de peu. De toute évidence, [la technologie](#) a joué un rôle clé en assurant que les domaines importants de l'économie, notamment le secteur juridique, poursuivent leurs activités.

La technologie a également été le pivot des marchés financiers : les sociétés spécialisées dans la technologie sont devenues les « chouchous » du marché. La société de paiement Nuvei Corp. a réalisé le plus grand PAPE du secteur technologique du Canada en une année, et d'autres succès dignes de mention ont été enregistrés, dont un PAPE aux États-Unis pour Lightspeed POS Inc., et un important soutien aux actions de Shopify Inc. De même, les émetteurs du secteur technologique ont remporté un [grand succès](#) dans la mobilisation de capitaux privés et dans la conclusion d'opérations de vente, car les investisseurs cherchaient à tirer parti d'occasions de croissance.

Étant donné que la technologie suscitait une forte demande et qu'elle jouait un rôle aussi crucial dans le contexte de la COVID-19, il n'est pas étonnant que des cabinets d'avocats rehaussent [l'importance accordée à l'innovation](#) au moyen de la technologie afin de mieux servir leurs clients. Plus particulièrement, les autres fournisseurs de services juridiques, qui se fondent essentiellement sur la technologie, comme « Osler à l'œuvre » et « Atelier Osler », ont enregistré une forte croissance qui devrait se poursuivre pendant la pandémie et au-delà.

Cependant, la COVID-19 a tout autant créé des obstacles que des occasions. Au début, la pandémie a mené les parties à une opération à réévaluer leurs obligations en fonction de nouvelles incertitudes. Pour un certain nombre d'[opérations de fusion et d'acquisition](#), en raison des changements véritables apportés par la pandémie ou (peut-être) en raison des remords des acheteurs, les acquéreurs ont cherché des façons de se soustraire à leurs engagements d'achat. Certains acheteurs ont fait valoir que la société cible avait enfreint les clauses d'exploitation pendant la période transitoire en ce qui a trait au respect du confinement imposé à cause de la pandémie. D'autres ont allégué que la société cible avait subi des « effets défavorables importants » ou des « changements défavorables importants » (CDI) qui permettaient à l'acheteur de se délier de ses obligations. Même si les clauses de CDI ont fait l'objet de procès dans une certaine mesure aux États-Unis, la jurisprudence sur l'interprétation de dispositions semblables est peu abondante au Canada. Plus particulièrement, les avocats en fusions et acquisitions s'intéresseront à l'issue de ces affaires, notamment, et surtout, le litige en cours entre Cineplex et Cineworld.

Les parties contractantes commerciales ont fait et font encore face à des enjeux semblables. En ce qui concerne les contrats existants, certaines parties cherchaient à invoquer des [clauses de cas de force majeure](#) pour obtenir une exemption d'exécution. Cependant, le critère pour invoquer un cas de force majeure est élevé, et il est généralement nécessaire de démontrer que le cas de force majeure allégué a rendu impossible l'exécution des obligations contractuelles particulières que l'autre partie cherche à éviter. Dans la même optique, les effets de la pandémie de COVID-19 sur leurs entreprises et leurs finances ont forcé de nombreux émetteurs à solliciter [du soutien ou une exemption auprès de leurs prêteurs](#) à l'égard des clauses qu'ils ne pouvaient pas respecter, étant donné la fermeture des entreprises

à la suite du confinement imposé par le gouvernement et d'autres pressions économiques exercées par la pandémie. Les négociations contractuelles ont été entamées par des discussions sur les moyens disponibles pour protéger une partie contractante contre l'insolvabilité potentielle de l'autre partie.

Même s'il est apparu au début que les [autorités de réglementation](#) étaient préoccupées par la possibilité que des investisseurs étrangers ne procèdent à des opérations « opportunistes », particulièrement dans les secteurs d'activité essentiels pour la santé et la sécurité des Canadiens, ou pour la stabilité économique, le gouvernement du Canada n'a pas pris de mesures visant à abaisser le seuil de l'examen obligatoire des investissements étrangers ou à en étendre la portée. Par principe, les organismes de réglementation ont laissé entendre que ces opérations pourraient être soumises à une surveillance accrue à l'intérieur des paramètres existants.

Les entreprises ont dû s'adapter au fait que les [questions de réglementation en matière de santé et de soins de santé](#) ont été placées au centre des préoccupations dans tous les secteurs, et pas seulement dans le secteur des soins de santé, ainsi que dans de nombreux aspects de l'exploitation. Depuis le statut essentiel des travailleurs de la santé de première ligne jusqu'à l'utilisation de services numériques en soins de santé, depuis les problèmes d'approvisionnement en équipement de protection individuelle jusqu'aux importantes mesures sanitaires visant à empêcher la propagation de la COVID-19, les questions de soins de santé et de règlements connexes ont suscité plus d'attention en 2020 que jamais auparavant.

Ces considérations se sont également étendues (entre autres) [aux relations d'emploi](#), ainsi qu'aux lois et aux normes applicables à ces relations. Les employeurs doivent faire face à de nouveaux enjeux et à de nouveaux niveaux en ce qui concerne la santé et le bien-être de leurs employés, tant dans leurs locaux qu'à distance. Les employeurs doivent également trouver des façons [d'encourager la direction](#) dans un monde où les paramètres de rémunération traditionnels ont été fortement ébranlés. Par ailleurs, les fermetures liées à la pandémie de COVID-19 ont constitué une menace pour les moyens de subsistance des employés et ont forcé les employeurs à maîtriser de complexes programmes de soutien fédéraux et provinciaux. De toute évidence, les questions de santé, de travail et d'emploi continueront de retenir l'attention dans un avenir prévisible, particulièrement du fait que notre société traverse une deuxième vague de la pandémie et peut-être d'autres encore, et qu'elle attend le déploiement de la vaccination.

Il revient en grande partie aux programmes gouvernementaux élaborés pour soutenir les employés et les employeurs au cours de cette période difficile, comme le fait remarquer Stephen Poloz, d'avoir empêché un ralentissement encore plus accentué de l'économie canadienne, et peut-être même la reprise en « L » tant redoutée. Les gouvernements envisagent des mesures de reconstruction de l'économie, en se concentrant sur les niveaux historiques d'investissements et de dépenses, surtout dans les infrastructures, ce qui s'est déjà révélé un moyen éprouvé pour stimuler la croissance de l'économie. Partout au pays, d'importants programmes gouvernementaux ciblant la [construction et les infrastructures](#) ont été mis en place, y compris dans les secteurs en développement, comme [la production d'énergie renouvelable en Alberta](#), qui constituait déjà un point de mire avant la pandémie.

On ne peut nier le fait que la COVID-19 a influencé de nombreux aspects du contexte commercial et juridique, et même des aspects essentiels de nos vies. Malheureusement, tout n'est pas terminé. Cependant, l'année 2020 ne s'est pas résumée à la pandémie. Dans certains secteurs, les activités se sont poursuivies comme d'habitude : des lois ont été modifiées, de façon marginale ou importante, des affaires ont fait l'objet de décisions, des consultations en matière législative ont eu lieu et des enquêtes réglementaires se sont poursuivies, bien que ce soit dans un contexte virtuel.

Par exemple, les gouvernements provinciaux et fédéral sont toujours en profond désaccord concernant la réglementation environnementale, surtout en ce qui a trait aux mesures visant le ralentissement des [changements climatiques](#), et concernant l'autorité constitutionnelle du gouvernement fédéral en matière de conception d'une solution unique à un problème environnemental pancanadien. Il pourrait se profiler davantage de procès à l'horizon, en fonction de la décision que rendra la Cour suprême du Canada dans les affaires relatives aux changements climatiques dont elle est saisie.

Parmi les autres faits nouveaux que nous abordons dans la publication de cette année, on compte :

- des modifications importantes à la réglementation des [services financiers](#), visant, en grande partie, à alléger le fardeau réglementaire et à protéger les consommateurs;
- d'importantes [réformes fiscales internationales](#) ainsi que les résultats et les [conséquences de litiges fiscaux d'envergure](#);
- des propositions de nouvelles approches de [la réglementation des plateformes de négociation de cryptoactifs](#), présentant un contexte potentiellement plus sûr pour les investisseurs canadiens qui désirent faire des placements dans ces actifs;
- des modifications aux règles sur les sociétés et les valeurs mobilières, [tant au nord qu'au sud](#) de la frontière, notamment celles qui sont associées à la gouvernance d'entreprise et aux exigences relatives à la divulgation sur la diversité, et le maintien de l'accent placé sur la réglementation visant l'allègement du fardeau réglementaire;
- l'accroissement de l'utilisation d'outils souples et, dans certains cas, nouveaux, [visant à aider les entreprises en difficulté](#) à restructurer leur exploitation;
- des succès dignes de mention dans [des litiges portant sur des brevets](#) liés aux sciences de la vie et à la protection des brevets de logiciels;
- des modifications sans précédent aux [lois sur la vie privée](#) tant aux échelons fédéral que provinciaux, dont de nouveaux outils d'application potentiellement très rigoureux;
- de nouveaux [titres de créance hybrides](#) pour les institutions financières;
- l'utilisation accrue de l'assurance relative aux [déclarations et aux garanties](#) au Canada, et l'incidence de la pandémie sur ces politiques;
- des changements potentiels dans les [relations commerciales](#) entre le Canada et les États-Unis à la suite des élections américaines;

- des changements dans les [pratiques en matière d'application des règles relatives aux valeurs mobilières](#), ainsi que dans les mesures d'application relatives aux [crimes économiques](#) (découlant surtout de la pandémie de COVID-19).

Il y a lieu de noter le rapport de consultation provenant du [Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers de l'Ontario](#) (le Groupe de travail). Au cours de l'été, le Groupe de travail a proposé des projets de recommandations qui pourraient avoir d'importantes répercussions tant sur les marchés financiers de l'Ontario que sur ceux du Canada dans son ensemble. Le Groupe de travail devrait présenter ses recommandations définitives vers la fin de l'année. Les propositions préliminaires ont suscité beaucoup de rétroactions (contradictoires, dans bien des cas). On ignore encore la façon dont le Groupe de travail et, ultimement, le gouvernement de l'Ontario réagiront aux points de vue divergents sur l'évolution de la réglementation des marchés financiers. Ce sera un secteur à suivre de près en 2021.

L'an dernier, lorsque nous avons souligné dans la *Rétrospective de l'année juridique*, que 2020 s'annonçait mouvementée, nous ne pouvions prévoir l'année que nous avons eue. Tout indique que l'année 2021 sera aussi riche en événements; espérons toutefois qu'il s'agisse d'événements positifs, alors que nous travaillons collectivement à un certain retour à la normale.

Nous vous souhaitons une bonne lecture de la *Rétrospective de l'année juridique 2020*. Comme toujours, nous serons heureux d'en discuter avec vous.

RÉDACTEURS EN CHEF



Jacqueline Code
Associée et présidente,
Recherche
jcode@osler.com
416.862.6462



James R. Brown
Associé, Droit des sociétés
Coprésident : Droit minier
jbrown@osler.com
416.862.6647

Comprendre la reprise économique en forme de K

La COVID-19 est une catastrophe naturelle de première importance. Une chose est claire : elle modifie le tissu même de notre société. Il est bien sûr très difficile de prédire comment tout cela va se terminer. Toutefois, ce que nous pouvons faire, c'est aider les individus à comprendre les forces qui agissent sur l'économie afin qu'ils puissent prendre des décisions personnelles et professionnelles plus éclairées.

La réponse naturelle à la pandémie du printemps dernier a été de tout arrêter, en demandant aux parents et à leurs enfants de rester chez eux. Ceux qui pouvaient travailler à la maison l'ont fait, tandis que les travailleurs de première ligne ont continué à s'acquitter de leurs tâches, prouvant ainsi à quel point ils sont essentiels. Les choses se sont stabilisées pendant l'été, mais une deuxième vague est apparue avec l'arrivée de l'automne. À la lumière des leçons apprises, les gouvernements ont imposé une deuxième série de fermetures beaucoup plus ciblées.

Que faire maintenant? De toute évidence, tout dépend de la façon dont la courbe des infections se développera. Pour l'économie, le meilleur descripteur de la situation que j'ai vu jusqu'à présent est la lettre « K ». Habituellement, lorsque l'économie connaît un revers, les économistes recherchent une reprise en « V » où tout le recul de l'activité économique est effacé assez rapidement. Si la reprise est plus lente que prévu, on parle d'une reprise en « U » ; s'il y a un double creux,

il s'agit d'une reprise en « W » ; et si nous sommes en présence d'une dépression, c'est la reprise en « forme de L » tant redoutée qui apparaît. La deuxième vague pourrait entraîner une reprise en forme de « W » mais pour l'avenir, le « K » est toujours pertinent. Le « K » traduit une idée très simple : la pandémie a des effets économiques négatifs importants sur certaines parties de l'économie (la partie inférieure du K) et très peu d'effets sur d'autres (la partie supérieure du K).

Naturellement, la plupart des nouvelles et des commentaires ont porté sur la partie inférieure du K. Il y a eu d'importantes répercussions sur les restaurants et les bars, les hôtels, les compagnies aériennes, la vente au détail en personne et le secteur pétrolier. De plus, les petites entreprises de tous genres sont touchées par la chute des déplacements quotidiens. Comme très peu de gens se rendent au centre-ville, tous les commerçants, du café du coin au magasin de vêtements en passant par le nettoyeur, ont subi une importante détérioration de la demande.

Le reste de l'économie se trouve dans la partie supérieure du K où l'on observe une reprise classique en forme de V depuis la fin de la fermeture du printemps dernier. Même si cette fermeture a été très généralisée, l'activité économique a chuté en mars et avril de 19 % par rapport au niveau où elle se situait avant que tout cela commence. L'économie a commencé à se redresser grâce à l'assouplissement des restrictions en mai, et à l'automne, elle tournait à plus de 95 % de son niveau atteint en février.

Les données sur l'emploi suggèrent également que la partie inférieure du K représente moins de 5 % de l'économie. Quelque trois millions de personnes ont perdu leur emploi pendant la fermeture et pour beaucoup d'autres, le nombre normal d'heures de travail a diminué. En novembre, le niveau d'emploi s'était redressé à un point tel qu'il y avait moins de 600 000 emplois de moins qu'en février. Cela représente toujours presque 3 % de la population active, ce qui explique bien sûr pourquoi le taux de chômage en novembre était à 8,5 %, alors qu'il était à 5,5 % au début de l'année 2020.

Une grande partie du crédit revient aux programmes de soutien du revenu du gouvernement qui ont empêché un ralentissement beaucoup plus profond de l'économie. La volonté des banques de reporter les paiements des prêts et des hypothèques mérite également d'être soulignée. En conséquence, les ventes au détail se sont complètement redressées et en septembre, elles dépassaient de 3 % leur niveau de février dernier, une reprise classique en forme de V. Malgré cela, les Canadiens ont considérablement augmenté leur épargne.

Cela signifie que lorsque nous considérons l'économie dans son ensemble, nous devons comprendre qu'il y a en réalité deux économies différentes qui coexistent. Une économie est soumise à des tensions considérables, les entreprises luttant pour leur survie. L'autre économie, quant à elle, va de l'avant et on observe même des signes de demande excédentaire, notamment dans la construction résidentielle, la rénovation et la revente de logements. Il s'agit d'une réaction très humaine : lorsque les gens ne peuvent pas voyager, manger au restaurant ou avoir des activités sociales, ils dépensent leur argent pour rendre leur nid plus douillet. C'est exactement ce que les gens ont fait immédiatement après les attentats du 11 septembre. À cette époque, les économistes avaient prédit un ralentissement économique mondial majeur qui ne s'est jamais matérialisé parce que les gens ont choisi de dépenser leur argent à la maison plutôt que de voyager.

Nous devons comprendre qu'il y a en réalité deux économies différentes qui coexistent. Une économie est soumise à des tensions considérables, les entreprises luttant pour leur survie. L'autre économie, quant à elle, va de l'avant et on observe même des signes de demande excédentaire.

Le « K » de l'économie et les diverses réactions des entreprises canadiennes se reflètent clairement dans les activités d'Osler au cours de l'année écoulée. [De nombreuses opérations importantes ont bien sûr détaillé](#) à cause de l'arrivée de la pandémie. Toutefois, à mesure que la situation évoluait, les entreprises de la partie supérieure du K sont passées en mode d'expansion et d'acquisition et les [marchés financiers](#) ont continué [d'offrir des occasions d'investissement](#). La quatrième révolution industrielle, à savoir la [numérisation des entreprises](#) et le déploiement de l'intelligence artificielle, semble avoir été accélérée par la pandémie, tant sur le plan du service à la clientèle que celui de la création d'emploi. [Les chaînes d'approvisionnement mondiales](#), déjà en cours de révision à la lumière des politiques protectionnistes américaines, ont été rapidement restructurées pour assurer l'approvisionnement intérieur en produits stratégiques de soins de santé. En effet, le [système de soins de santé](#) canadien, mis à rude épreuve pour des raisons évidentes, a été contraint d'innover en adoptant la gestion automatisée des rendez-vous, les consultations vidéo et les diagnostics et interventions chirurgicales offerts 24 heures sur 24. Pendant ce temps, on a assisté, dans la partie inférieure du K, à de nombreux cas de fusion, [de restructuration ou, parfois, de faillite](#). [Les tensions sur le marché de l'emploi qui en ont découlé ont entraîné une année chargée pour la pratique du droit du travail](#). Parallèlement, [des milliers d'entreprises nouvelles et en croissance au Canada ont été créées ou ont fait l'objet d'investissements](#).

Étant donné qu'une partie de l'économie est en difficulté, il faudra beaucoup de temps pour que l'ensemble de l'économie revienne à la normale, même si cela est déjà fait en grande partie. Les personnes qui ont perdu leur emploi auront besoin d'aide pour se réorienter vers des secteurs de l'économie où la croissance économique est plus forte, comme le secteur de la construction et de la rénovation, par exemple. Elles auront besoin d'un soutien gouvernemental pendant cette transition, ainsi que de programmes renforcés pour la formation et la mobilité à l'échelle du pays. Le Canada a déjà fait face à des chocs majeurs, notamment l'effondrement des prix du pétrole en 2014. Notre système a également réussi à traverser des périodes de taux de chômage beaucoup plus élevé que celui que nous connaissons aujourd'hui.

Néanmoins, nombreux sont ceux qui se demandent comment les gouvernements vont payer pour tout cela. En effet, le Fonds monétaire international a prévu que la dette publique dépassera 100 % du PIB mondial en 2021. Toutefois, il convient de noter que cette situation n'est pas sans rappeler celle à laquelle le monde a été confronté au milieu des années 40. Aujourd'hui, la plupart des enfants de l'après-guerre n'ont aucun souvenir d'avoir travaillé sous le poids de la dette créée par la Seconde Guerre mondiale. En réalité, notre économie s'est développée en s'affranchissant de ce fardeau de la dette.

Il n'y a aucune raison pour que cela ne se reproduise pas. En principe, la condition critique de viabilité de la dette exige que la croissance économique globale (y compris l'inflation) soit supérieure au taux d'intérêt que les gouvernements doivent payer sur leur dette. Dans cette situation, les paiements réguliers du service de la dette restent faibles, tandis que la dette totale diminue en proportion de l'économie. Pour garantir ce résultat, les gouvernements peuvent faire trois choses en particulier. Premièrement, ils peuvent s'assurer un financement à long terme aux taux d'intérêt très bas d'aujourd'hui. Ensuite,

Le Canada a déjà fait face à des chocs majeurs, notamment l'effondrement des prix du pétrole en 2014. Notre système a également réussi à traverser des périodes de taux de chômage beaucoup plus élevé que celui que nous connaissons aujourd'hui.

ils peuvent veiller à ce que leurs programmes de dépenses soient axés sur des [investissements favorisant la croissance](#), notamment les [infrastructures physiques](#), les infrastructures numériques et les infrastructures sociales comme les garderies et l'éducation, et sur une immigration accrue. Troisièmement, ils peuvent éliminer les obstacles interprovinciaux au commerce et à la mobilité des travailleurs, ce qui contribuera de manière significative à la croissance économique à long terme.

L'économie canadienne ne sera plus jamais la même qu'avant la pandémie. Un retour à la normale signifiera une nouvelle normalité, avec de nombreuses séquelles laissées par cette expérience. Nous pouvons cependant être sûrs que les atouts fondamentaux du Canada, soit sa base de ressources unique et étendue, son système financier de classe mondiale et sa population diversifiée et talentueuse, continueront de bien nous servir.

AUTEUR



Stephen Poloz

Conseiller spécial

spoloz@osler.com

613.787.1013

Principaux développements juridiques concernant les fusions et acquisitions publiques en 2020

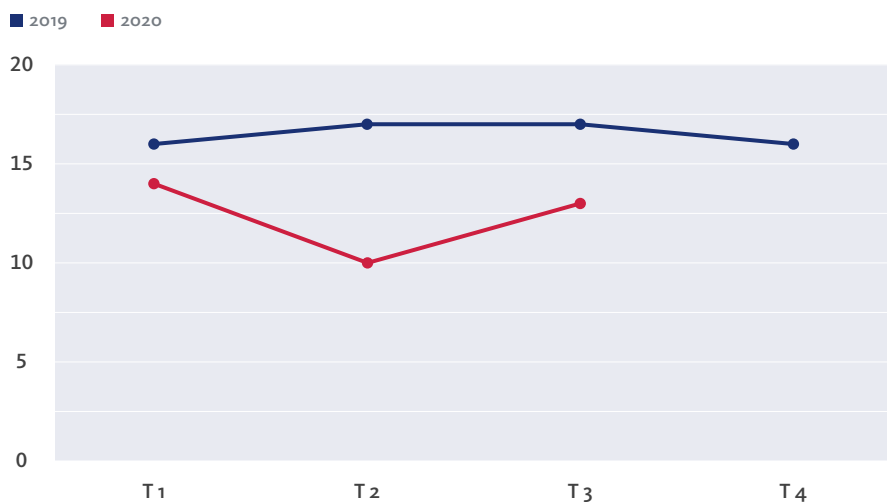
Même si la propagation du nouveau coronavirus (COVID-19) a été déclarée « pandémie mondiale » au premier trimestre et que les effets de celle-ci ont entraîné une forte baisse du volume des opérations aux premier et deuxième trimestres de 2020, le volume des opérations 2020 a enregistré une forte reprise, au quatrième trimestre. Le présent article se veut un aperçu de ces tendances ainsi que des développements juridiques les plus remarquables sur le plan des fusions et acquisitions publiques en 2020.

L'incidence de la COVID-19 sur les marchés et sur les modalités des opérations

La COVID-19 a eu une forte incidence sur le volume des opérations et les modalités des opérations de fusion et acquisition au Canada, en 2020. Elle a également entraîné la renégociation ou la fin de plusieurs opérations de grande envergure.

En date du 30 octobre 2020, il avait été annoncé 40 acquisitions de sociétés ouvertes canadiennes, comparativement à 58 pour la même période en 2019, selon *Practical Law Canada*. Au commencement de 2020, le volume des opérations était légèrement inférieur à celui de 2019. S'en est suivi une forte baisse, au début de la pandémie ; le volume des opérations a effectué une remontée au dernier semestre de 2020, même s'il n'a pas atteint les niveaux de 2019.

FIGURE 1 : NOMBRE TOTAL DES ACQUISITIONS DE SOCIÉTÉS OUVERTES CANADIENNES PAR TRIMESTRE



La pandémie de COVID-19 a également attiré l'attention sur le libellé précis des définitions d'effets défavorables importants et sur celles des clauses d'exploitation provisoires.

Une clause relative aux effets défavorables importants est une disposition générale d'une entente de fusion-acquisition de société ouverte qui attribue généralement à la société cible les risques particuliers au secteur d'activité, et à l'acheteur, les risques économiques et fondés sur le marché. Cette disposition établit que, lorsque survient un effet défavorable important avant la conclusion du marché, l'acheteur n'est pas tenu de mener l'opération à bien ; il s'agit soit d'une condition, soit d'un cas de résiliation pour l'acheteur.

Les définitions d'effets défavorables importants contiennent habituellement des exceptions au profit du vendeur, notamment à l'égard de conditions économiques et sectorielles générales, à moins que ces conditions n'aient une « incidence disproportionnée » sur le vendeur. Dans bien des cas, elles comportent des exceptions supplémentaires pour des événements tels que la guerre, le terrorisme et les catastrophes naturelles qui (s'ils sont compris) sont habituellement aussi assujettis à la norme de l'« incidence disproportionnée ».

Notre recherche indique que depuis le 1^{er} avril 2020, environ 87 % des opérations de fusion-acquisition ciblant des sociétés ouvertes canadiennes qui ont été négociées comportent une exclusion pour les pandémies, les épidémies et les éclosions de maladies semblables. Quelque 65 % des opérations de fusion-acquisition ciblant des sociétés ouvertes canadiennes comportent dorénavant un renvoi explicite à la COVID-19 dans les exclusions relatives aux effets défavorables importants.

De nombreuses clauses d'exploitation provisoires auxquelles les sociétés sont assujetties entre la signature et la conclusion comportent dorénavant des exceptions relatives à la COVID-19, même si l'étendue et le degré de ces exceptions que les sociétés cibles doivent consulter de concert avec l'acheteur pour se prévaloir de ces exceptions varient considérablement. Depuis le 1^{er} avril 2020, nos recherches indiquent qu'environ 52 % des opérations de fusion-acquisition ciblant des sociétés ouvertes canadiennes ont exclu les « mesures relatives à la COVID », ou une variante de celles-ci, des restrictions figurant dans les clauses de conduite des affaires de la société cible.

Alors qu'une importante jurisprudence a été accumulée sur les effets défavorables importants aux États-Unis, la jurisprudence dans ce domaine s'est faite rare au Canada jusqu'à la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario le 2 décembre 2020. Dans l'affaire *Fairstone Financial Holdings Inc. c. Duo Bank of Canada*, une opération privée, la Cour a conclu qu'aucun effet défavorable important n'avait eu lieu, et qu'il n'y avait pas eu non plus d'infraction aux engagements concernant l'obligation d'exploiter l'entreprise selon le cours normal des affaires du fait des mesures prises par le vendeur en réponse à la pandémie de COVID-19, qui accordaient un rendement particulier en faveur du vendeur.

La Cour a adopté un critère juridique pour définir un effet défavorable important similaire à celui du Delaware, exigeant un événement inconnu, une menace concernant le potentiel de gains globaux et une durée longue. Même si chacun de ces critères a pu être établi, aucun effet défavorable important n'a été trouvé car il y existait une exception pour les effets défavorables importants résultant, entre autres, d'urgences.

En interprétant la question de savoir si les engagements concernant l'obligation d'exploiter l'entreprise selon le cours normal des affaires avaient été violés, la Cour a conclu que l'engagement concernant l'obligation d'exploiter l'entreprise selon le cours normal des affaires devait être envisagé dans le contexte de l'ensemble de l'opération, et compte tenu de l'exclusion des situations d'urgence dans la clause des effets défavorables importants, il ne serait pas approprié d'utiliser la disposition plus générale relative au cours normal des affaires pour passer outre à la disposition plus spécifique des effets défavorables importants. La Cour a également conclu que la réponse de la cible à la pandémie était conforme à ses pratiques en permettant à la cible de poursuivre ses opérations au jour le jour.

La décision de la Cour contraste fortement avec la décision du 30 novembre 2020 de la Court of Chancery du Delaware dans l'affaire *AB Stable VIII LLC MAPS Hotels and Resorts One LLC, et al.* où la Cour du Delaware a conclu que des changements significatifs dans l'activité de la cible en réponse à la pandémie

À ce jour, aucun tribunal canadien n'a conclu à un effet défavorable important dans le cadre d'une convention de fusion de sociétés ouvertes ou n'a adopté les critères juridiques qui sont maintenant établis en vertu de la législation du Delaware.

COVID-19 contrevenaient à l'engagement de la cible d'exploiter son entreprise selon le cours normal de ses activités conformément aux pratiques antérieures, bien qu'elle ait également conclu que la pandémie ne constituait pas un effet défavorable important puisqu'elle était exclue de la définition par une exception.

Trois opérations de fusion-acquisition de sociétés ouvertes canadiennes qui avaient été annoncées avant la pandémie ont pris fin ou ont été renégociées à la suite de la déclaration selon laquelle la COVID-19 était une pandémie mondiale ; l'une de ces opérations est encore l'objet d'un litige en cours. Nous savons que d'autres opérations de fusion-acquisition de sociétés fermées annoncées avant la pandémie ont fait l'objet de renégociations, sont l'objet d'un litige ou risquent de l'être.

Acheteur/ vendeur	Date de l'annonce/Date de résiliation ou de renégociation	État	Cause du litige ou de la renégociation
Air Canada / Transat AT	Le 27 juin 2019/ le 9 octobre 2020	Les parties ont renégocié l'opération, réduisant la contrepartie de 18 \$ l'action à 5 \$ l'action	Transat avait besoin du consentement d'Air Canada pour mettre en place une facilité de crédit à court terme/ la possibilité de ne pas obtenir les approbations réglementaires avant la date limite
Cineworld / Cineplex	Le 15 décembre 2019/le 12 juin 2020	Cineplex a intenté une action devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, demandant des dommages-intérêts pour la « perte d'une bonne affaire »	Effets défavorables importants/ défaut d'exercer les activités de la société dans le cours normal des affaires
CanCap Management / Rifco	Le 2 février 2020/ le 30 mars 2020	Opération réglée pour 1,5 million de dollars (5,9 % de la valeur de l'opération, et 50 % de plus que les frais de résiliation négociés)	Effets défavorables importants

Nouvelles lignes directrices sur les comités spéciaux et les opérations de sortie du marché

Les motifs de la décision de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) dans l'affaire [The Catalyst Capital Group Inc.](#) ont de fortes répercussions en matière de divulgation de l'information et de procédure en cas d'opérations donnant lieu à des conflits d'intérêts importants. Même si la CVMO n'a pas interdit la proposition d'une opération de sortie du marché d'un groupe d'actionnaires dirigé par l'administration de la Compagnie de la Baie d'Hudson (HBC), elle a ordonné la divulgation d'information à des fins correctives en vue de combler certaines lacunes en la matière et de faire parvenir une circulaire annotée aux actionnaires de HBC. De plus, la CVMO s'est montrée critique relativement au fait que l'administrateur principal de HBC avait formulé une appréciation commerciale avant la création d'un comité spécial composé d'administrateurs indépendants.

Cette décision vient réitérer l'importance de la création d'un comité spécial et du recours à des conseillers juridiques et financiers indépendants dès les débuts du processus d'examen d'une opération pouvant donner lieu à un grave conflit d'intérêts. De plus, elle place l'accent sur la nécessité d'une divulgation détaillée des principales appréciations émises au cours de l'examen et de l'approbation d'une opération. Les participants aux marchés qui ne le font pas courent le risque de subir des interventions réglementaires supplémentaires. C'est particulièrement important dans le cas d'un rachat par les cadres, situation dans laquelle les conflits peuvent être très graves et où les décisions clés relativement à l'accès aux renseignements confidentiels et à la formation d'un groupe peuvent avoir de sérieuses répercussions sur les résultats de l'opération.

Pour plus de renseignements, veuillez consulter notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [Nouvelles lignes directrices sur les comités spéciaux et les opérations de sortie du marché](#) » sur le site [osler.com](#).

La décision ESW/Optiva

Depuis mai 2016, les offres publiques d'achat faites aux termes du Règlement 62-104 sur les offres publiques d'achat et de rachat sont assujetties à une obligation de dépôt minimal de plus de 50 % des titres en circulation de la catégorie visée par l'offre, à l'exclusion de ceux dont l'initiateur et les personnes agissant de concert avec lui ont la propriété véritable. Dans la première décision portant sur une demande de dispense discrétionnaire de l'obligation de dépôt minimal de 50 % des titres, la [CVMO a rejeté](#) la demande de dispense des exigences réglementaires déposée par ESW Capital Inc. (ESW), principal actionnaire d'Optiva Inc. (Optiva).

ESW avait demandé une exemption de la condition de dépôt minimal obligatoire avant de déposer une offre non sollicitée d'acquisition des actions en circulation d'Optiva qu'elle ne détenait pas déjà. Elle l'a fait, car elle craignait que les positions de blocage d'autres actionnaires empêchent son offre de l'emporter. On s'attendait à ce que les actionnaires rivaux Maple Rock Capital Partners Inc. et EdgePoint Investment Group Inc. rejettent l'offre d'ESW d'acquérir toutes les actions d'Optiva qu'elle ne détenait pas déjà. Les deux sociétés détenaient ensemble environ 40 % des actions d'Optiva qui, combinées à la participation de 28 %

d'ESW, suffisaient pour empêcher l'offre d'ESW de satisfaire à l'obligation de dépôt minimal de 50 %, à moins d'une exemption discrétionnaire.

Même si la disponibilité d'une dispense aux termes du Règlement 62-104 est nécessairement une demande factuelle, l'ordonnance de la CVMO démontre et renforce les décisions antérieures selon lesquelles la Commission est réticente à entraver les règles prescrites dans le régime canadien des offres publiques d'achat, en l'absence de faits exigeant une intervention fondée sur des motifs d'intérêt public. Cette décision fait suite à une décision rendue en 2018, dans laquelle la CVMO refusait également de s'écarter des règles établies du régime canadien des offres publiques d'achat dans le contexte de la course au rachat de CanniMed/Aurora. Les motifs de la décision ESW/Optiva n'ont pas encore été rendus publics.

La Cour d'appel du Yukon confirme la valeur transactionnelle dans une décision en matière de dissidence

Dans une décision rendue dans l'affaire [Carlock v. ExxonMobil Canada Holdings ULC, 2020 YKCA 4](#), la Cour d'appel du Yukon (la Cour d'appel) a conclu que le prix négocié d'une opération constituait la juste valeur des actions des porteurs dissidents relativement à l'acquisition, en 2017, d'InterOil Corporation par ExxonMobil Canada Holdings ULC. La décision de la Cour d'appel venait infirmer la décision antérieure de la Cour suprême du Yukon (tribunal de première instance), qui accordait aux actionnaires dissidents une étonnante prime de 43 % sur le prix négocié, constituant elle-même une « offre supérieure » à l'égard d'une opération convenue entre les parties.

Ce jugement démontre que les tribunaux canadiens considéreront le prix négocié dans les opérations de fusions et acquisitions publiques comme un solide indicateur de la juste valeur, ce qui correspond aux décisions récentes rendues sur cette question au Delaware et à des décisions antérieures au Canada. Cette décision offre aux participants au marché une formulation claire et détaillée de ce principe, infirmant la décision étonnante du tribunal de première instance. De plus, cette décision confirme que les sociétés ne sont pas tenues de procéder à une vente aux enchères pour obtenir la juste valeur de leurs actions.

Pour plus de détails, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé « [La Cour d'appel du Yukon confirme la valeur transactionnelle dans une décision en matière de dissidence](#) » sur le site [osler.com](#).

Perspectives

Nous observons actuellement une solide reprise des activités de fusion et d'acquisition de sociétés ouvertes canadiennes, et les perspectives pour 2021 sont très favorables. Nous prévoyons que les leçons tirées d'opérations conclues pendant la pandémie de COVID-19 continueront d'influencer les pratiques du marché.

Même si la disponibilité d'une dispense aux termes du Règlement 62-104 est nécessairement une demande factuelle, l'ordonnance de la CVMO démontre et renforce les décisions antérieures selon lesquelles la Commission est réticente à entraver les règles prescrites dans le régime canadien des offres publiques d'achat, en l'absence de faits exigeant une intervention fondée sur des motifs d'intérêt public.

AUTEURS



Alex Gorka
Associé, Droit
des sociétés
agorka@osler.com
416.862.4857



Manny Pressman
Associé et président,
Droit des sociétés
epressman@osler.com
416.862.4903



Jeremy Fraiberg
Associé, Droit
des sociétés
Président : Fusions
et acquisitions
jfraiberg@osler.com
416.862.6505



OSLER

LITIGE

Plaider pendant la pandémie de COVID-19 et autres changements importants en matière de litige en 2020

En mars 2020, la pandémie de COVID-19 a forcé de nombreux tribunaux à fermer leurs portes. Le présent article met en lumière un certain nombre de changements et de mesures d'adaptation liés au règlement de litiges qui ont été adoptés à la suite des confinements. Il se penche également sur plusieurs autres changements importants en matière de litige survenus en 2020, notamment des modifications majeures à la loi relative aux actions collectives en Ontario, ainsi que des directives cruciales émises par la Cour suprême du Canada à l'égard du financement de litiges en tant qu'outil de restructuration et les critères d'autorisation d'une action collective au Québec.

L'émergence des audiences et des interrogatoires virtuels

Bien que les fermetures associées à la pandémie de COVID-19 aient eu d'importantes répercussions sur les procédures judiciaires, les activités en matière de litiges ont repris beaucoup de vigueur au Canada, même si de nombreux tribunaux continuent de limiter la tenue d'audiences en personne. Les cours de justice et les tribunaux ont de plus en plus recours aux audiences et aux interrogatoires virtuels. En fait, de nombreux tribunaux et cours ont exigé que les affaires soient entendues de manière virtuelle, malgré l'opposition des parties.

Au début de la pandémie, de nombreux juges ont souligné qu'ils s'attendaient à ce que les parties au litige collaborent et recourent à la technologie pour faire avancer les processus de règlement extrajudiciaires, notamment les interrogatoires préalables. Un juge (et ex-avocat d'Osler) a expliqué que l'utilisation de la technologie disponible s'inscrit dans les compétences de base des plaideurs et des tribunaux en droit civil. Dans une [décision](#) rendue en mai, il a ordonné qu'un interrogatoire soit tenu par vidéoconférence, malgré les oppositions :

À mon avis, la réponse la plus simple à cette question est : « Nous sommes en 2020. » Nous ne consignons plus la preuve avec une plume et de l'encre. En fait, il semble que dans les écoles, nous n'enseignons plus aux enfants l'écriture cursive. Nous disposons maintenant de la capacité technologique nécessaire pour communiquer efficacement à distance. C'est beaucoup plus efficace et beaucoup moins coûteux que la tenue d'audiences en personne. Nous ne devrions pas retourner en arrière.

Il ne s'agit pas simplement du fait que les tribunaux essaient de tirer le meilleur parti d'une situation défavorable. La pandémie a fait accélérer une transformation que plusieurs, notamment le rôle commercial de Toronto, avaient déjà privilégiée. Et, comme la technologie s'est améliorée et que les gens sont de plus en plus à l'aise avec son utilisation, de nombreux juges et tribunaux semblent de plus en plus sceptiques face à la sagesse traditionnelle selon laquelle la présence virtuelle est de qualité inférieure. Par exemple, certains juges ont trouvé des avantages à entendre des témoignages de vive voix par vidéoconférence, car le juge peut alors se concentrer sur la vidéo de la personne qui parle, au lieu d'avoir à se tourner vers l'avocat qui procède à l'interrogatoire et la barre des témoins.

Bien sûr, les procès virtuels comportent leur lot de défis. Et, comme les documents d'affaires en ont souvent fait état, les longues vidéoconférences peuvent être épuisantes. Les longues audiences virtuelles peuvent être particulièrement éprouvantes pour un juge qui doit entendre des heures de plaidoiries en ligne. Mais, la plupart du temps, les juges, les avocats et les parties ont réussi à s'en tirer très bien dans les audiences virtuelles.

L'arbitrage comme solution de rechange aux procédures judiciaires

Étant donné les retards judiciaires liés aux fermetures ordonnées par le gouvernement, de nombreuses entreprises en sont venues à considérer l'arbitrage comme une [solution de rechange](#) aux procédures judiciaires de plus

Comme la technologie s'est améliorée et que les gens sont de plus en plus à l'aise avec son utilisation, de nombreux juges et tribunaux semblent de plus en plus sceptiques face à la sagesse traditionnelle selon laquelle la présence virtuelle est de qualité inférieure.

en plus valable. En plus de pouvoir profiter des autres avantages (comme la préservation de la confidentialité et la capacité de sélectionner un arbitre qui possède une expérience ou des compétences particulières), les parties peuvent concevoir un processus et des règles qui permettront de résoudre efficacement leurs litiges. Nous prévoyons que de nombreuses parties continueront de faire appel à l'arbitrage pour résoudre des différends cruciaux en affaires, pendant que la pandémie se poursuit.

Le dépôt d'actions collectives en temps de pandémie

La pandémie de COVID-19 a donné lieu à une augmentation du nombre d'actions collectives qui ont été déposées au Canada, notamment des douzaines d'actions comportant des allégations liées à la pandémie. Jusqu'à maintenant, ces procédures étaient plutôt limitées à quelques contextes particuliers, comme des actions déposées au nom de consommateurs cherchant à obtenir le remboursement de droits d'adhésion (dans bien des cas, ciblant des secteurs précis de l'économie, comme les voyages, l'enseignement postsecondaire ou les plateformes vendant des billets de spectacles ou d'autres événements). D'autres actions collectives déposées au Canada visaient des assureurs et des établissements de soins de longue durée, en raison des effets de la pandémie de COVID-19. Heureusement, les actions collectives dans d'autres domaines, comme les actions en matière de valeurs mobilières alléguant des assertions inexactes, n'ont pas atteint l'étendue que certains avaient prédite.

Certains gouvernements envisagent l'adoption de lois visant à protéger les entreprises de la responsabilité liée à la pandémie de COVID-19. Par exemple, le 20 octobre 2020, le gouvernement de l'Ontario a présenté le projet de loi 218, [*Loi de 2020 visant à soutenir la relance en Ontario et sur les élections municipales*](#). Ce projet de loi, s'il est adopté, conférerait aux entreprises une protection en matière de responsabilité contre certaines revendications découlant du fait qu'une personne a été infectée par le nouveau coronavirus ou y a été exposée. Une entreprise peut se prévaloir de cette protection si : (i) elle a agi ou a fait un effort de bonne foi pour agir conformément aux orientations en matière de santé publique relatives au nouveau coronavirus ; et (ii) l'acte ou l'omission ne constitue pas une négligence grave. Le projet de loi exclut explicitement de la portée de la protection certaines revendications, comme certains types de revendications provenant d'employés.

Autres développements dignes de mention en matière de litige (non liés à la pandémie)

En plus de l'incidence directe de la pandémie de COVID-19 sur les parties à un litige, un certain nombre d'événements non liés à la pandémie ont eu lieu en 2020.

En plus de l'incidence directe de la pandémie de COVID-19 sur les parties à un litige, un certain nombre d'événements non liés à la pandémie ont eu lieu en 2020.

Les procédures déposées sous le régime de la LACC et le financement de procès

Le financement de procès par des tiers a augmenté, au cours des dernières années, dans un éventail de domaines de pratique. En mai, la Cour suprême du Canada a rendu ses motifs dans l'affaire « [Bluberi](#) » (9354-9186 *Québec Inc. c. Callidus Capital Corp.*) : cette décision unanime confirmait que, dans des circonstances particulières, le financement de procès par des tiers pouvait être approuvé à titre de financement temporaire, dans le cas de débiteurs insolubles, aux termes de l'article 11.2 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC). Cela fournit aux débiteurs insolubles qui détiennent un actif litigieux de valeur un éventuel outil supplémentaire pour maximiser le recouvrement des créanciers.

Refonte de la loi sur les actions collectives de l'Ontario

L'Ontario a apporté d'importantes modifications à sa loi sur les actions collectives. Certaines modifications ajoutent de la rigueur aux critères de certification, et les rapprochent des mesures en vigueur aux États-Unis, en établissant qu'une action collective ne peut pas être certifiée, à moins que des questions de fait ou de droit « l'emportent » sur les questions qui touchent uniquement les membres du groupe pris individuellement. Parmi les autres changements apportés, on compte les modifications visant à faire accélérer le déroulement des procès. Ces modifications prévoient également des mécanismes visant à aider les tribunaux et les défenseurs à remédier aux inefficacités et aux préjudices causés par le fait que des demandeurs déposent des actions collectives qui se chevauchent, dans plusieurs provinces, à l'encontre des mêmes défenseurs, sur le même sujet.

Par ailleurs, ces modifications ont mené plusieurs personnes à supposer que les demandeurs seront de plus en plus nombreux à déposer leurs actions dans des provinces comme le Québec et la Colombie-Britannique, au lieu de l'Ontario. On ignore encore si ce sera le cas, car ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 1^{er} octobre 2020. La taille de l'échantillon n'est pas encore assez importante pour que des conclusions puissent être tirées.

Confirmation du seuil peu élevé en matière d'autorisation des actions collectives au Québec

Le 30 octobre 2020, la Cour suprême du Canada a confirmé dans une décision à 6 contre 3 que le rôle d'un juge du Québec à l'étape de l'autorisation (ou de la certification, dans d'autres provinces) est « d'exercer une fonction de filtrage pour écarter les demandes frivoles, sans plus » (*Desjardins Cabinet de services financiers inc. c. Asselin*). La Cour a statué qu'un demandeur, à l'étape de l'autorisation, n'est pas tenu de démontrer que sa demande repose sur un « fondement factuel suffisant ». La décision *Desjardins* creuse encore plus l'écart entre le Québec et les autres provinces canadiennes, et en particulier, l'Ontario, compte tenu des récentes modifications que cette province a adoptées.

Les attentes à l'égard de 2021

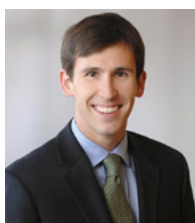
Étant donné les enjeux économiques prévus, nous nous attendons à ce que l'année 2021 soit fort occupée en matière de litiges, et que de nombreuses entreprises soient forcées de porter devant les tribunaux des litiges commerciaux cruciaux. À mesure que la pandémie s'intensifie, la dynamique pourrait changer, et les parties à un litige pourraient devoir gérer des complexités supplémentaires (p. ex. les risques liés à la solvabilité des parties en cause et d'autres entreprises concernées), en plus des considérations juridiques et commerciales habituelles. La dynamique pourrait également être touchée par une intervention du gouvernement, particulièrement si le gouvernement adopte une loi visant à protéger les entreprises dans ce contexte.

Ces complexités viennent renforcer l'importance de disposer des services d'avocats compétents à l'interne et à l'externe, qui comprennent les enjeux juridiques et commerciaux en cause, et qui peuvent élaborer et mettre en œuvre des stratégies de gestion des risques. L'expérience de l'année 2020 a confirmé que, même si des cours de justice ferment, les procès peuvent tout de même être tenus efficacement dans un contexte virtuel, afin de satisfaire aux besoins des entreprises au Canada.

AUTEURS



Laura Fric
Associée, Litige
lfric@osler.com
416.862.5899



Robert Carson
Associé, Litige
rcarson@osler.com
416.862.4235



Tristram Mallett
Associé, Litige
tmallett@osler.com
403.260.7041



Céline Legendre
Associée, Litige
clegendre@osler.com
514.904.8108



Éric Préfontaine
Associé, Litige
eprefontaine@osler.com
514.904.5282



Emily MacKinnon
Sociétaire, Litige
emackinnon@osler.com
604.692.2705

La COVID-19 étend le secteur de la santé à tous les secteurs

En cette année 2020 marquée par l'imprévisibilité et une constante évolution, la pandémie mondiale de COVID-19 a placé les questions de réglementation en matière de santé au premier plan de tous les secteurs et industries. Des facteurs comme les états d'urgence provinciaux, l'adoption accrue des technologies de la santé numériques, la reconnaissance accrue des responsabilités en matière de santé et de sécurité des employés et des clients, les pénuries mondiales d'équipement de protection individuelle (EPI) et les initiatives sans précédent de Santé Canada sous la forme de décrets fédéraux temporaires ont tous forcé les acteurs traditionnels du secteur de la santé à s'adapter à un environnement incertain et en constante évolution. Les entreprises exerçant leurs activités en dehors du secteur de la santé ont également été tenues de demander des conseils hautement spécialisés en matière de réglementation de la santé en réponse aux répercussions que la pandémie a eues sur leurs activités et leurs affaires.

Décrets et directives d'urgence : comprendre et s'adapter aux restrictions en constante évolution

Les entreprises de tous les secteurs ont dû comprendre rapidement les décrets d'urgence pris en vertu de diverses lois provinciales sur les situations d'urgence à la suite d'états d'urgence en matière de santé publique ou autres dans tous les territoires du Canada, comme la [Loi sur la protection civile et la gestion des situations d'urgence](#) et la [Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario \(mesures adaptables en réponse à la COVID-19\)](#) en Ontario, ainsi que les lois d'urgence semblables dans d'autres provinces, et s'y adapter. Alors que la pandémie se poursuit, les états d'urgence et les urgences de santé publique ont été réglés, et les gouvernements provinciaux et municipaux ont mis en œuvre diverses autres mesures législatives et orientations de santé publique pour faire face aux effets persistants de la pandémie, y compris, plus récemment, des mesures de confinement plus restrictives dans les zones à plus haut risque.

Comprendre les effets et l'application de la législation et des décrets, ainsi que les recommandations et les exigences applicables des autorités fédérales, provinciales et municipales, a été une priorité nécessaire pour les entreprises en 2020 dans le cadre de la fermeture, de la réouverture, et à nouveau à l'heure actuelle et dans de nombreux territoires, de la fermeture des entreprises. Au cours de ce processus, les entreprises ont dû s'adapter à la nécessité d'adopter des protocoles et des procédures de nettoyage, ainsi que d'autres mesures de protection, comme le dépistage, les exigences de distanciation physique, les limites de capacité, la réduction des rassemblements inutiles, les couvre-visages, l'EPI et les plans de sécurité. Les directives des autorités de santé publique continuent d'évoluer au fur et à mesure que l'on prend connaissance de nouveaux renseignements sur le virus de la COVID-19.

Dans le contexte plus traditionnel du secteur de la santé, les prestataires de services de santé comme les hôpitaux, les établissements de soins de longue durée et les résidences pour retraités ont dû faire face à des développements sans précédent découlant de la législation d'urgence, comme les pouvoirs extraordinaires d'affectation du travail. En Ontario, par exemple, les [mesures extraordinaires d'affectation du travail](#) comprennent le fait d'autoriser les prestataires de services de santé à « prendre les mesures raisonnables nécessaires pour intervenir face à l'épidémie de COVID-19, à la prévenir et à en atténuer les effets » à l'égard de l'affectation du travail et de la dotation en personnel. Ces pouvoirs comprennent, notamment, le pouvoir a) de réaffecter le personnel à différents endroits au sein des établissements (ou entre ceux-ci) du prestataire de services de santé concerné; b) de réaffecter le personnel pour qu'il travaille dans des centres d'évaluation de la COVID-19; c) de reporter ou d'annuler des vacances, des absences ou d'autres congés, que ces vacances, absences ou congés soient établis par une loi, un règlement, une convention ou autrement; d) de modifier les quarts de travail et les horaires; et e) d'employer du personnel supplémentaire à temps partiel ou temporaire, des entrepreneurs ou des bénévoles, y compris aux fins de l'exécution de travaux de l'unité de négociation.

Cela a soulevé des questions relatives au statut unique des prestataires de soins de santé en vertu de la législation sur la santé et la sécurité au travail, ainsi que des préoccupations relatives à la protection raisonnable des travailleurs

de la santé de première ligne dans le cadre de la situation de la pandémie de COVID-19 évoluant rapidement. Cela a également mis en évidence les limites des droits des travailleurs de refuser de travailler lorsque a) la circonstance est inhérente au travail du travailleur ou constitue une condition normale de l'emploi du travailleur, ou b) le refus de travailler du travailleur mettrait directement en danger la vie, la santé ou la sécurité d'une autre personne.

L'interprétation des modalités d'application des mesures d'intervention en matière de financement lié à la COVID-19 des différents gouvernements a également constitué un défi pour de nombreux acteurs du secteur de la santé. Par exemple, il a été difficile d'évaluer si et comment les versements de la Prestation canadienne d'urgence (PCU) et les indemnités temporaires liées à la pandémie pouvaient être utilisés dans le cadre de relations de travail et d'arrangements complexes dans le contexte hospitalier.

Accélération de la prestation numérique des soins de santé

Au cours des dernières années, nous avons assisté à une émergence croissante de prestataires de soins de santé de manière numérique parmi toute une série d'acteurs du secteur de la santé, y compris, par exemple, des plateformes de soins virtuels pour faciliter les services fournis par les médecins, les infirmiers praticiens, les prestataires de soins de santé mentale et les pharmacies, entre autres. La pandémie de COVID-19 a rapidement accéléré l'adoption de la prestation de soins de santé par des moyens technologiques et numériques afin de remédier aux limites des infrastructures physiques du système de santé et à leur dépendance aux interactions en personne. Bien que nous ne considérons pas la prestation de soins de santé numériques comme un phénomène de 2020, le taux de croissance et les perturbations dans ce domaine, ainsi que le rythme auquel elle est désormais acceptée et financée par les gouvernements, ont considérablement augmenté, en partie en réponse à la pandémie de COVID-19. Nous prévoyons que cette tendance se poursuivra, même après la fin de la pandémie.

Bien que nous ne considérons pas la prestation de soins de santé numériques comme un phénomène de 2020, le taux de croissance et les perturbations dans ce domaine, ainsi que le rythme auquel elle est désormais acceptée et financée par les gouvernements, ont considérablement augmenté, en partie en réponse à la pandémie de COVID-19.

Réaction aux pénuries mondiales d'EPI et nouveaux dispositifs de dépistage de la COVID-19

De manière générale, la pandémie de COVID-19 a accru l'importance de la santé et de la sécurité au travail des employés à l'égard de toutes les entreprises et a sensiblement amélioré le profil de risque des employeurs. Plus particulièrement, l'augmentation sans précédent de la demande mondiale d'EPI a créé un certain nombre de défis pour ceux qui mènent des activités à la fois dans le secteur de la santé et en dehors de celui-ci. Les acteurs du secteur de la santé ont été confrontés à des difficultés bien documentées pour obtenir un stock d'EPI adéquat afin de protéger le personnel de première ligne. Cela a entraîné des réactions extraordinaires de la part des gouvernements, notamment la prise de nouveaux décrets fédéraux temporaires comme l'[Arrêté d'urgence concernant l'importation et la vente d'instruments médicaux destinés à être utilisés à l'égard de la COVID-19](#) pris en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* (l'Arrêté d'urgence).

En raison de l'énorme demande en EPI au moment où la pandémie s'est déclarée, les gouvernements provinciaux se sont tournés vers des fabricants non traditionnels pour produire, retraiter et distribuer de l'EPI. Par exemple, les gouvernements ont demandé aux fabricants de vêtements de luxe de retraiter les masques N-95 périmés et, en raison d'une pénurie de grande ampleur de désinfectants pour les mains à base d'alcool, les distillateurs se sont mis à fabriquer des désinfectants pour les mains. L'industrie s'est développée de manière spectaculaire à mesure que de plus en plus d'acteurs se concentraient sur la production, le retraitement, la distribution et la fourniture d'EPI. De nouveaux acteurs du marché se sont également engagés dans le développement de nouveaux dispositifs de dépistage de la COVID-19 pour des raisons bénévoles ou financières.

En cherchant à mettre rapidement leurs produits sur le marché, ces nouveaux acteurs du secteur de la santé ont dû naviguer dans les exigences techniques et réglementaires complexes pour obtenir l'autorisation de Santé Canada de fabriquer, d'importer et de vendre des instruments médicaux réglementés de classe I (respirateurs N95, blouses médicales, visières de protection et lunettes de protection) et de classe II (gants médicaux) et des dispositifs de dépistage de la COVID-19 en vertu du *Règlement sur les instruments médicaux* adopté en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues*. L'Arrêté d'urgence a créé un nouveau processus de demande simplifié, permettant à un plus grand nombre d'acteurs d'obtenir plus rapidement l'autorisation de Santé Canada.

Les pénuries d'EPI ont également été exacerbées par les perturbations de la chaîne d'approvisionnement et les activités frauduleuses généralisées. Sans surprise, les défis de la chaîne d'approvisionnement en EPI ont également conduit les entreprises à rechercher de nouveaux canaux et réseaux d'approvisionnement, [de nombreux acteurs du secteur cherchant à se prévaloir des dispositions relatives à la force majeure dans les contrats d'approvisionnement](#).

Stratégies de retour au travail : dépistage de la COVID-19 initié par l'industrie

En plus du [dépistage et de la surveillance des employés](#), les employeurs d'une grande variété de secteurs ont mis en place des mesures de dépistage de la COVID-19 privées visant leurs employés et travailleurs comme l'une des mesures pour aider au maintien ou à la reprise des activités.

Le dépistage de la COVID-19 coordonné par le secteur privé soulève une multitude de questions. Au Canada, le paiement privé de services assurés nécessaires sur le plan médical soulève des questions en vertu de la *Loi canadienne sur la santé*. D'autres préoccupations pertinentes comprennent les restrictions concernant la formation et les qualifications nécessaires pour faire passer les tests de dépistage de la COVID-19 (qui peuvent différer selon le territoire); les règlements relatifs aux instruments médicaux régissant le matériel de dépistage; les considérations relatives à l'acte autorisé de communiquer un diagnostic à un patient (qui ne peut généralement être effectué que par un médecin ou un autre professionnel de la santé compétent et réglementé dans chaque territoire); l'obtention du consentement approprié pour communiquer des résultats positifs du test de dépistage de la COVID-19 à toute autre personne que celle qui fait le test; et la garantie que les résultats positifs du test de dépistage de la COVID-19 sont

En plus du dépistage et de la surveillance des employés, les employeurs d'une grande variété de secteurs ont mis en place des mesures de dépistage de la COVID-19 privées visant leurs employés et travailleurs comme l'une des mesures pour aider au maintien ou à la reprise des activités.

communiqués à l'autorité de santé publique concernée pour la recherche des contacts. Il est également nécessaire de composer avec les règles en matière de confidentialité relatives aux renseignements personnels sur la santé dans le cadre de tests de dépistage de la COVID-19 initiés par l'industrie.

Planifier pour les pires scénarios

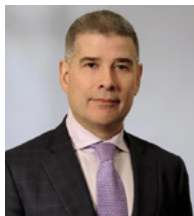
Dans les premiers jours de la pandémie de COVID-19, le secteur canadien de la santé était rongé par la crainte que les hôpitaux canadiens soient submergés par la demande et confrontés à des circonstances tragiques semblables à celles vécues dans d'autres pays et villes du monde. En réaction à ces craintes, nous avons vu le monde des affaires entrer dans le secteur de la santé afin d'aider à combler les lacunes des infrastructures qui pourraient survenir si le nombre de cas de COVID-19 au Canada atteignait des niveaux impossibles à gérer.

De nombreux arrangements nouveaux et uniques ont été mis en place à des fins diverses. Ces mesures comprenaient a) la création d'espaces où les travailleurs de la santé qui avaient contracté ou couraient un risque élevé de contracter la COVID-19 pouvaient s'isoler de leur famille et continuer à travailler; b) la création d'hôpitaux mobiles pour faire face à l'éventuel débordement de patients; et c) la création d'un espace supplémentaire temporaire à la morgue si les taux de mortalité devenaient élevés.

À l'horizon 2021 et au-delà

Les exemples ci-dessus ne sont qu'un petit échantillon du travail unique et très complexe au sein du secteur de la santé que la COVID-19 a créé à l'égard des acteurs traditionnels de ce secteur et du monde des affaires en général. Nous croyons que la pandémie de COVID-19 a généré un changement important, non seulement dans la manière dont les soins de santé sont offerts au Canada, mais aussi dans la manière dont toutes les entreprises réfléchissent à leurs risques opérationnels, ce qui permet à chaque secteur d'activité de porter un regard sur la santé. Nous prévoyons que l'année 2021 sera marquée par une série de nouveaux défis et de nouvelles considérations – ainsi que par des occasions – qui nécessiteront des conseils complexes en matière de réglementation de la santé alors que la pandémie de COVID-19 se poursuit.

AUTEURS

**Michael Watts**

Associé, Droit des sociétés et droit commercial

mwatts@osler.com

416.862.6605

**Susan Newell**

Sociétaire, Droit de la santé

snewell@osler.com

416.862.6797

**Marty Putyra**

Sociétaire, Droit de la santé

mputyra@osler.com

416.862.4898

COVID-19 et décisions difficiles pour les employeurs : les défis de l'emploi en 2020

L'année 2020 a été capitale en matière de droit du travail. Les professionnels des ressources humaines, les conseillers juridiques et d'autres personnes ont été obligés de composer avec des règles et des risques de nature juridique en constante évolution. Ces changements découlent non seulement des répercussions de la pandémie de COVID-19, mais aussi des principaux développements de la jurisprudence qui pourraient profondément toucher l'interprétation et le caractère exécutoire des contrats de travail, des clauses d'arbitrage et des régimes de rémunération.

La COVID-19 en milieu de travail

On a beaucoup écrit sur la COVID-19 et les répercussions de la pandémie en milieu de travail au Canada. Nous abordons ci-dessous les principaux points à retenir. Veuillez consulter [Le guide COVID-19 pour le retour sur le lieu de travail d'Osler](#) pour en savoir davantage sur ces sujets et d'autres sujets liés à la COVID-19 et au lieu de travail.

Le télétravail peut créer autant de problèmes qu'il n'en résout

Au cours du printemps et de l'été 2020, de nombreux employeurs – dont certains ont été contraints d'adopter précipitamment des dispositions de « travail à domicile » en raison de la fermeture de leur lieu de travail – ont rapidement adopté la flexibilité (et dans certains cas, la réduction de coûts) du travail à domicile (ou du « travail virtuel » ailleurs). Certains employeurs ont été surpris d'apprendre que les lois relatives au lieu de travail physique peuvent également s'appliquer aux lieux de travail éloignés. Voici quelques exemples de questions liées au télétravail :

- *La législation sur les normes d'emploi* : les exigences minimales contenues dans la législation sur les normes d'emploi, comme celles relatives aux heures de travail, aux périodes de repas et aux heures supplémentaires, ne sont pas suspendues ou restreintes lorsque les employés font du télétravail à partir de leur domicile ou ailleurs. À ce titre, les employeurs doivent se demander s'ils contrôleront le temps de travail de leurs employés et de quelle manière ils le feront – pas nécessairement (ou exclusivement) pour gérer le rendement ou la productivité, mais aussi pour s'assurer que toutes les exigences minimales applicables sont respectées. Cela peut constituer un défi, plus particulièrement en l'absence de pouvoir superviser directement le lieu de travail. Des politiques claires qui sont communiquées aux employés, dont celles qui concernent les heures de travail, peuvent aider à cet égard. Cette protection peut être renforcée lorsqu'elle est associée à des logiciels et à des systèmes, y compris des mécanismes de déclaration volontaire, qui facilitent le respect des obligations de l'employeur en matière de tenue de dossiers.
- *L'indemnisation des travailleurs lorsqu'ils travaillent virtuellement* : tout comme les accidents du travail peuvent donner lieu à des demandes d'indemnisation sur le lieu de travail physique, les employés travaillant virtuellement qui se blessent dans le cadre de leur travail à domicile peuvent également être couverts par le régime d'indemnisation des travailleurs applicable. La couverture dépendra du lieu et du moment où la blessure se produit, ainsi que de l'activité à laquelle l'employé se livrait au moment où elle s'est produite. Pour les employeurs dont les entreprises sont couvertes par un régime provincial d'assurance pour indemniser les accidentés du travail, la détermination de la question de savoir si un accident est lié au travail doit être effectuée par la commission des accidents du travail compétente.
- *Travailler en dehors du territoire « domiciliaire » de l'employeur* : les employés demandent couramment de travailler à distance en dehors de la province ou du pays où leur employeur est établi. Ces types d'arrangements ne sont pas sans risque et doivent être envisagés avec prudence. Par exemple, cette situation soulève des questions quant à savoir si la couverture de l'indemnisation des travailleurs s'étend au-delà des territoires et pourrait exposer les employeurs à un risque en cas d'accident du travail. Pour les employeurs régis par la réglementation provinciale, la législation sur les normes d'emploi de la province où le travail est effectué peut s'appliquer à l'employé (et à ses contrats de travail), même si le lieu de travail réel de l'employeur se trouve ailleurs. De même, les employés travaillant à l'extérieur du Canada (et leurs employeurs) peuvent être assujettis aux lois sur l'emploi du pays dans lequel ils travaillent. Les questions potentielles relatives à la fiscalité, à l'immigration, à la vie privée et à la protection des données doivent

Certains employeurs ont été surpris d'apprendre que les lois relatives au lieu de travail physique peuvent également s'appliquer aux lieux de travail éloignés.

également être prises en compte dans le cadre des arrangements de télétravail à l'extérieur de la province.

Les exigences en matière de dépistage de la COVID-19 en Ontario ont été codifiées

À la fin de septembre, le gouvernement de l'Ontario a imposé des [exigences obligatoires en matière de dépistage de la COVID-19](#) visant les lieux de travail en Ontario (Dépistage obligatoire). Avant cela, le dépistage de la COVID-19 était recommandé, mais pas clairement obligatoire. En conséquence, les employeurs (ainsi que leurs conseillers juridiques dans certains cas) ont été laissés à eux-mêmes pour créer des outils de dépistage.

Le Dépistage obligatoire doit être entrepris à l'égard de tous les travailleurs et « visiteurs essentiels » qui pénètrent sur le lieu de travail et comprend une liste de trois questions :

1. Avez-vous l'un des symptômes ou signes nouveaux ou aggravés suivants? (La liste des symptômes « officiels » peut être consultée [ici](#).)
2. Avez-vous voyagé à l'extérieur du Canada au cours des 14 derniers jours?
3. Avez-vous été en contact étroit avec un cas confirmé ou un cas probable de la COVID-19?

Si la personne répond NON à toutes les questions, elle peut accéder au lieu de travail. Si la personne répond OUI à une des questions, elle doit être empêchée d'accéder au lieu de travail. Les employeurs sont autorisés à ajouter d'autres éléments au contenu du Dépistage obligatoire, mais ne peuvent pas en retirer. Plus particulièrement, la liste des symptômes qui font l'objet d'un dépistage doit, au minimum, toujours comprendre les symptômes énumérés dans le Dépistage obligatoire.

Lorsque le Dépistage obligatoire a été mis en œuvre pour la première fois, il n'existait aucune directive écrite sur la manière dont l'outil de dépistage préalable devait être mis en œuvre et les employeurs ont de nouveau été laissés à eux-mêmes pour déterminer la meilleure façon de procéder. Toutefois, depuis le déploiement du Dépistage obligatoire, le gouvernement de l'Ontario a mis à jour [ses directives sur l'élaboration d'un plan de sécurité lié à la COVID-19](#). À la date de rédaction du présent article, cette directive fait désormais la distinction entre le dépistage actif et passif et énonce que les employeurs doivent désormais activement soumettre chaque travailleur à un dépistage. Vous trouverez plus de détails sur le dépistage actif dans le bulletin d'actualités d'Osler intitulé « Nouvel outil de dépistage (obligatoire) de la COVID-19 sur les lieux de travail » sur le site [osler.com](#). Les employeurs doivent savoir qu'ils ne peuvent pas simplement compter sur leurs employés pour effectuer une auto-évaluation et déterminer s'ils peuvent venir travailler. Un représentant de l'employeur doit plutôt examiner les réponses aux questions du Dépistage obligatoire et évaluer si la personne peut accéder au lieu de travail.

Les mesures de sécurité physique sur le lieu de travail demeurent impératives

Comme toujours, évaluer et traiter les risques liés à la transmission de la COVID-19 sur le lieu de travail physique représente l'une des principales obligations des employeurs. [Le guide COVID-19 pour le retour sur le lieu de travail](#) d'Osler présente un tour d'horizon exhaustif de ces obligations et des mesures à prendre pour faire face aux risques liés à la COVID-19 sur le lieu de travail. Au minimum, les employeurs sont tenus de mettre en place des plans de sécurité particuliers en matière de COVID-19, conçus pour atténuer les risques dans le contexte de leur lieu de travail. Idéalement, ces plans devraient être élaborés en consultation avec le comité mixte de santé et de sécurité au travail et régulièrement examinés par celui-ci.

Examiner encore et encore les directives de santé publique et les directives gouvernementales

L'importance des directives de santé publique et des annonces et des directives gouvernementales à l'égard des questions liées au droit du travail a augmenté de façon spectaculaire depuis le début de la pandémie. Les renseignements publiés par les différentes autorités de santé publique et gouvernementales sont susceptibles de changer et le feront fréquemment, avec peu ou pas de préavis, et il s'agit là de l'une des principales leçons à retenir de cette année. Contrairement à la législation, les conseils et les directives de santé publique que les employeurs doivent suivre sont actuellement souvent répartis sur plusieurs sites Web fédéraux, provinciaux et municipaux. Le contenu de ces sites Web peut changer et change effectivement d'une semaine à l'autre. Le volume même des messages de santé publique peut également être difficile à suivre, en particulier pour les industries considérées comme étant à risque plus élevé. Ainsi, dans la mesure où les employeurs fondent les décisions relatives à leur lieu de travail sur des recommandations de santé publique et du gouvernement, il est important de conserver une trace de ces conseils (par exemple, en sauvegardant une copie du site Web comme il existait à la date de la décision et en la conservant dans le dossier) au cas où ces décisions devraient être justifiées ultérieurement.

Principaux développements de la jurisprudence

En 2020, un certain nombre de développements jurisprudentiels importants posent des défis aux employeurs au Canada. La tendance de la jurisprudence continue d'aller dans le sens d'un contrôle et d'une interprétation judiciaires stricts des contrats de travail et des régimes et politiques d'intéressement. Ces décisions ont pour effet d'augmenter les indemnités de départ pour les entreprises et d'accroître l'incertitude quant au caractère exécutoire des contrats. Une sélection des décisions de 2020 les plus marquantes en droit du travail est présentée ci-dessous.

Matthews c. Ocean Nutrition Canada Ltd. (Matthews)

La [décision](#) de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Matthews* est centrée sur le régime d'intéressement à long terme d'une société (RILT), qui stipulait

La tendance de la jurisprudence continue d'aller dans le sens d'un contrôle et d'une interprétation judiciaires stricts des contrats de travail et des régimes et politiques d'intéressement.

que l'employé demandeur aurait droit à un paiement si la société était vendue. Le RILT contenait également des clauses d'exclusion qui stipulaient ce qui suit : a) le RILT ne s'appliquait pas aux employés qui ont démissionné ou ont été congédiés, avec ou sans motif ; et b) le RILT ne serait pas compris dans le calcul de l'indemnité de départ. L'employé en question a fait l'objet d'un congédiement déguisé et la société a été vendue pendant la période de préavis. L'employé a fait valoir qu'il aurait dû recevoir le paiement du RILT malgré la cessation d'emploi antérieure et les clauses d'exclusion.

La Cour suprême du Canada a unanimement jugé que les clauses d'exclusion du RILT n'avaient pas supprimé le droit de l'employé au paiement du RILT et que l'employé avait droit à des dommages-intérêts. Pour déterminer si une indemnité, par exemple aux termes d'un RILT, était due malgré le congédiement de l'employé, la Cour a tenu compte de ce qui suit :

1. si, n'eût été son congédiement, l'employé aurait eu le droit de toucher la prime ou les avantages pendant la période de préavis raisonnable ;
2. si le régime de prime ou d'avantages modifie ou supprime clairement le droit à des dommages-intérêts reconnu à l'employé par la common law pendant la période de préavis.

En ce qui concerne le deuxième volet de ce critère, la Cour a adopté un cadre très technique qui établit une distinction entre le droit à l'attribution, aux avantages, à la prime ou au versement (l'attribution) lui-même et le droit distinct de demander des dommages-intérêts en ce qui concerne la perte de la possibilité de gagner le montant de l'attribution. Par conséquent, tous les employeurs exerçant des activités au Canada devraient revoir leurs régimes, contrats et politiques de rémunération afin de s'assurer que leur libellé traite des questions présentées par cet arrêt.

Des commentaires supplémentaires concernant l'arrêt *Matthews* peuvent être trouvés dans le bulletin d'actualités d'Osler, [ici](#).

Waksdale v. Swegon North America Inc. (Waksdale)

Dans la décision *Waksdale* (en anglais), la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que les dispositions relatives à la résiliation d'un contrat de travail sont indivisibles, indépendamment de la manière dont elles sont organisées ou de l'endroit où elles figurent dans le document écrit. Par conséquent, une disposition « avec motif » (*with cause*) inapplicable rendra toute la clause de résiliation inapplicable, y compris une disposition « sans motif » (*without cause*) par ailleurs applicable. La Cour d'appel a également confirmé qu'une clause de divisibilité visant à diviser la disposition incriminée plutôt qu'à invalider la clause ou le contrat en entier sera sans effet pour retirer la partie incriminée de la clause de résiliation et sauver la disposition restante.

Comme dans la décision *Matthews*, la Cour a confirmé dans la décision *Waksdale* que les tribunaux rechercheront tout défaut technique dans le libellé des dispositions sur la résiliation afin d'accorder aux employés des indemnités de départ plus élevées. En conséquence de la décision *Waksdale*, les employeurs de l'Ontario devraient revoir et mettre à jour toutes leurs clauses de résiliation, ainsi que leurs lettres d'offre d'emploi ou contrats de travail types, dont leurs contrats de travail concernant les hauts dirigeants.

Des commentaires supplémentaires concernant l'arrêt *Waksdale* peuvent être trouvés dans le bulletin d'actualités d'Osler intitulé « [The Ontario Court of Appeal's latest decision striking down attempts to control severance cost](#) » (en anglais) sur le site osler.com.

Uber Technologies Inc. c. Heller (Uber)

Dans la très attendue décision *Uber*, la Cour suprême du Canada a conclu que les conducteurs pouvaient intenter une action collective contre Uber devant les tribunaux de l'Ontario en invoquant des violations des lois sur les normes d'emploi. Uber n'a pas pu s'appuyer sur une clause d'arbitrage dans son contrat de services type qui aurait obligé les conducteurs à porter leurs réclamations devant un arbitre aux Pays-Bas. Les juges majoritaires ont déterminé que la clause d'arbitrage était déraisonnable eu égard au fait 1) qu'il y avait une inégalité de pouvoir de négociation entre les parties ; et 2) que la clause d'arbitrage constituait un engagement déraisonnable, car elle obligeait M. Heller à payer des frais administratifs initiaux presque égaux à son revenu annuel provenant d'Uber et à se rendre dans un territoire étranger afin de poursuivre un différend.

La Cour n'est pas intervenue à l'égard de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario établissant que les clauses d'arbitrage sont inapplicables si, à première vue, elles empêchent l'accès à la procédure de plainte légale faisant appel au ministère du Travail dont les employés ont le droit de bénéficier en vertu de la législation sur les normes d'emploi. Par conséquent, les sociétés qui souhaitent que les différends soient traités dans le cadre d'un arbitrage confidentiel aux termes d'une clause d'arbitrage figurant dans un contrat de travail ou un contrat d'entrepreneur indépendant devraient revoir ces contrats pour s'assurer que leur libellé résistera à un examen judiciaire.

Des commentaires supplémentaires concernant la décision *Uber* peuvent être trouvés dans le bulletin d'actualités intitulé « [La CSC déclare la clause d'arbitrage d'Uber nulle et un "cas classique d'iniquité"](#) » (en anglais) sur le site osler.com.

Battiston v. Microsoft Canada Inc.

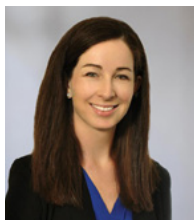
Comme abordé dans l'article intitulé « [Une année de bouleversements et de déceptions : nouveautés liées à la rémunération des dirigeants en 2020](#) » de la *Rétrospective de l'année juridique de 2020* d'Osler, une [décision](#) (en anglais) de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que la renonciation aux primes de rendement à long terme à la cessation d'emploi sans motif était [traduction] « sévère et oppressante ».

La Cour d'appel de l'Ontario est saisie du dossier en appel et, bien qu'Osler n'ait pas participé au procès de première instance, nous représentons Microsoft à l'égard de celui-ci.

Conclusion

À l'horizon 2021, il subsiste une grande incertitude quant à l'évolution de la pandémie de COVID-19 et à ses répercussions sur les questions relatives aux lieux de travail, ainsi qu'aux répercussions de la récente jurisprudence en droit du travail au Canada. Les sociétés devraient continuer à suivre ces développements et d'autres développements juridiques liés aux lieux de travail afin de s'assurer qu'elles gèrent efficacement les risques en matière de ressources humaines pour leurs entreprises.

AUTEURS



Kelly O'Ferrall
Avocate-conseil, Droit du travail et de l'emploi
koferrall@osler.com
416.862.4897



Steven Dickie
Associé, Droit du travail et de l'emploi
sdickie@osler.com
416.862.4275

Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020

En 2020, le paysage des sociétés et des valeurs mobilières au Canada a connu un certain nombre de développements importants découlant des modifications réglementaires, des propositions en cours et des répercussions de la pandémie de COVID-19. Ces changements se répercuteront sur divers participants aux marchés financiers, notamment les émetteurs assujettis, les investisseurs et les courtiers. Malgré les répercussions de la pandémie de COVID-19 sur l'économie canadienne, les initiatives réglementaires ont continué à progresser en 2020. Plus particulièrement, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les ACVM), l'organisme qui chapeaute les organismes

provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières, ont continué à mettre en œuvre et à proposer des changements visant à « réduire le fardeau réglementaire » des participants aux marchés financiers.

En Ontario, le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers de l'Ontario (le Groupe de travail) a présenté son rapport de consultation préliminaire. Le rapport comprenait un certain nombre de projets de recommandations ayant suscité à la fois des éloges et des réactions négatives de la part de divers participants aux marchés. Il reste à voir comment le Groupe de travail traitera les divergences d'opinions importantes entre les participants aux marchés sur la manière d'améliorer les marchés financiers de l'Ontario pour parvenir aux recommandations finales du Groupe de travail. En outre, le Groupe de travail devra trouver un équilibre entre l'attention qu'il porte aux marchés financiers en Ontario et l'approche actuelle d'harmonisation des lois sur les valeurs mobilières par l'intermédiaire des ACVM.

Voici notre liste des développements les plus marquants de l'année. Des éléments supplémentaires sont compris dans l'article intitulé « [Principaux développements juridiques concernant les fusions et acquisitions publiques en 2020](#) » et dans l'article intitulé « [Les règles changent : évolution de la gouvernance d'entreprise en 2020](#) ».

Loi et règlements sur les valeurs mobilières

1. Les répercussions de la COVID-19 sur les marchés financiers

Au début de mars 2020, des restrictions aux voyages, aux rassemblements publics et à l'exercice d'activités commerciales ont été imposées, alors que les effets de la pandémie de COVID-19 commençaient à se faire sentir. Compte tenu des graves répercussions potentielles de la pandémie sur les marchés financiers canadiens, les ACVM ont publié une série d'avis¹ visant à apporter une aide immédiate aux émetteurs assujettis. Ces avis portaient sur divers sujets, notamment le report des délais de publication des rapports financiers, l'extension du délai requis pour convoquer et tenir les assemblées annuelles des actionnaires en vertu des lois sur les valeurs mobilières applicables et l'extension des périodes de commentaires à l'égard des propositions réglementaires. Étant donné que la pandémie de COVID-19 persiste depuis déjà une longue période, une grande partie de l'aide initiale fournie n'est plus pertinente ou disponible.

Pour en savoir davantage, veuillez consulter les bulletins d'actualités d'Osler qui suivent à ce sujet : [Les ACVM accorderont des dispenses générales de dépôt réglementaire touchant certains documents en raison de la COVID-19](#) (19 mars), [La TSX reporte la date limite de la tenue des assemblées annuelles et prévoit d'autres mesures d'assouplissement général en réponse à la COVID-19](#) (24 mars), [La divulgation Q1 à l'ère du COVID-19](#) (17 avril) et [Une marge de manœuvre : retarder les obligations d'information continue en 2020](#) (8 mai).

¹ Voir les avis des ACVM publiés les [16 mars](#), [18 mars](#), [19 mars](#), [20 mars](#), [23 mars](#), [9 avril](#), [16 avril](#), [1^{er} mai](#), [20 mai](#), [21 mai](#), [29 mai](#) et [29 octobre](#).

2. Des changements sur les marchés financiers à l'horizon? Les rapports du Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers de l'Ontario

Le 9 juillet 2020, le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers de l'Ontario (le Groupe de travail) a publié son [rapport de consultation](#) préliminaire très attendu sollicitant une rétroaction du public à l'égard de 47 propositions politiques préliminaires. Le Groupe de travail a sollicité des commentaires sur ses propositions avant le 7 septembre 2020 (jour férié de la fête du Travail). Le rapport de consultation comprenait des propositions dans divers domaines qui pourraient avoir des répercussions importantes sur les marchés financiers de l'Ontario. Bien que le Groupe de travail n'ait pas encore publié les lettres de commentaires qu'il a reçues, un certain nombre de commentateurs ont rendu leurs lettres accessibles au public. Jusqu'à présent, la rétroaction a été mitigée, les émetteurs, les investisseurs et les autres participants aux marchés financiers ayant des avis divergents sur un certain nombre de propositions. Le Groupe de travail doit finaliser ses commentaires et présenter un rapport final au gouvernement d'ici la fin de l'année 2020.

Pour en savoir davantage, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler relatif à nos observations et à notre lettre de commentaires sur le rapport du Groupe de travail intitulé « [Osler comments on Capital Markets Modernization Taskforce consultation report](#) » (en anglais).

3. Adoption d'un modèle « accès tenant lieu de transmission »

Parmi les premières propositions que les ACVM ont publiées en 2020 figurait un [document de consultation](#) concernant le projet d'adoption d'un modèle de distribution des documents selon le principe de l'« accès tenant lieu de transmission ». Selon ce modèle, qui existe actuellement aux États-Unis et dans d'autres territoires, la transmission des documents serait effectuée par l'émetteur qui avertirait les investisseurs du fait que le document concerné est disponible sur son site Web et sur le Système électronique de données, d'analyse et de recherche (SEDAR). Le document de consultation sollicitait une rétroaction relative à la portée potentielle d'un tel modèle au Canada. Plus particulièrement, le document sollicitait des observations à l'égard de l'utilisation de ce modèle pour les placements par voie de prospectus et pour satisfaire aux exigences de diffusion des documents d'information continue (comme les états financiers, les circulaires de sollicitation de procuration et les notices annuelles). La période de commentaires a pris fin le 9 mars 2020. À ce jour, les ACVM n'ont présenté aucune autre mise à jour.

Une copie de la lettre de commentaires d'Osler concernant le document de consultation est accessible [ici](#) (en anglais).

L'avis du personnel des ACVM établissant un processus national harmonisé pour le dépôt préalable et l'examen confidentiels des prospectus a été bien reçu et est maintenant largement utilisé.

4. Autorisation des commentaires en toute confidentialité – l'examen confidentiel des dépôts préalables de prospectus arrive au Canada

L'[avis du personnel](#) des ACVM établissant un processus national harmonisé pour le dépôt préalable et l'examen confidentiels des prospectus a été bien reçu et est maintenant largement utilisé. L'avis du personnel aligne davantage la

pratique canadienne sur celle des États-Unis, où les dépôts confidentiels sont autorisés pour les entreprises émergentes en croissance depuis l'adoption de la loi JOBS en 2012, et sont désormais autorisés de manière plus générale. Elle étend également cette pratique au-delà des premiers appels publics à l'épargne transfrontaliers, qui étaient auparavant les seules situations dans lesquelles les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens autorisaient le dépôt et l'examen des prospectus sur une base confidentielle.

Les dépôts préalables confidentiels sont désormais autorisés pour tous les prospectus (ordinaires, simplifiés et préalables), sous réserve d'exceptions limitées. Le processus n'est pas offert pour les prospectus sans placement (sauf dans le cadre d'un financement transfrontalier) et les prospectus utilisés uniquement pour qualifier l'émission de titres lors de la conversion de titres convertibles.

En général, le personnel fera de son mieux pour fournir des observations initiales dans un délai de dix jours ouvrables, ce qui est la même norme que celle qui s'applique à l'examen d'un prospectus ordinaire déposé publiquement. Ce délai s'applique également à l'examen confidentiel d'un prospectus simplifié, bien qu'il puisse être raccourci dans des circonstances appropriées.

Le personnel a indiqué qu'il s'attendait à ce qu'un prospectus déposé préalablement soit de la même forme et qualité que celle exigée pour un prospectus provisoire déposé publiquement et qu'il contienne l'information (notamment les états financiers) prescrite par la législation sur les valeurs mobilières pour le type de prospectus que l'émetteur a l'intention d'utiliser. Nous nous attendons à ce que l'utilisation des procédures de dépôt préalable confidentiel devienne la norme pour les PAPE effectués uniquement au Canada et qu'elle soit potentiellement utile dans une grande variété d'autres scénarios de placement.

5. Information concernant les mesures financières non conformes aux IFRS (non conformes aux PCGR) – Que peut réellement dire un émetteur?

À la suite d'un premier projet publié en septembre 2018, les ACVM ont publié un [avis de deuxième consultation](#) portant sur une version révisée d'un projet de règlement sur les mesures financières non conformes aux PCGR et les autres mesures financières. Le [projet de règlement](#) (en anglais) établirait les obligations d'information pour les émetteurs présentant de telles mesures, remplaçant l'Avis 52-306 du personnel des ACVM, *Mesures financières non conformes aux PCGR*. Le projet actualisé réduit le champ d'application du projet de règlement par rapport au projet initial de 2018 et établit plus clairement les types de mesures qui seront assujetties au règlement.

6. Faciliter les placements ACM

Les placements « au cours du marché » (ACM) sont devenus un moyen populaire de permettre la collecte périodique de capitaux. La réglementation canadienne sur les valeurs mobilières exigeait toutefois auparavant que les émetteurs cherchant à effectuer un placement ACM demandent une dispense de certaines obligations relatives au prospectus. La situation a changé en juin 2020. Les ACVM ont publié des modifications finales aux instruments applicables qui

simplifient les obligations relatives aux placements ACM au Canada et éliminent la nécessité d'une dispense pour entreprendre un programme de placement ACM au Canada. Les modifications sont entrées en vigueur le 31 août 2020. Nous prévoyons une légère augmentation de l'utilisation des programmes ACM par les émetteurs au Canada découlant de l'adoption des modifications finales.

Pour en savoir davantage, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé « [Les modifications apportées aux placements de titres « au cours du marché » constituent un changement opportun](#) » sur osler.com.

7. Réduction du fardeau de déclaration d'acquisition d'entreprise

Le 20 août 2020, les ACVM [ont annoncé des modifications](#) aux obligations relatives à l'acquisition significative et à la déclaration d'acquisition d'entreprise afin de réduire le fardeau réglementaire du cadre existant. À compter du 18 novembre 2020, les critères permettant de déterminer la significativité d'une acquisition pour les émetteurs assujettis (qui ne sont pas des émetteurs émergents) seront modifiés afin d'exiger qu'au moins deux des trois critères de significativité existants énoncés dans le *Règlement 51-102 sur les obligations d'information continue* soient satisfaits pour qu'une acquisition soit considérée comme significative. Auparavant, un seul critère devait être satisfait. Les modifications font également augmenter le seuil de significativité de ces critères de 20 % à 30 %. Il est à espérer que ces modifications élimineront l'obligation de déposer une déclaration d'acquisition d'entreprise dans de nombreux scénarios d'acquisition.

8. Deux valent-ils mieux qu'un? Examen du cadre des organismes d'autoréglementation

Le 25 juin 2020, les ACVM ont publié un [document de consultation](#) sollicitant une rétroaction à l'égard du cadre des organismes d'autoréglementation au Canada. Le cadre actuel des organismes d'autoréglementation exige que les courtiers en valeurs mobilières soient membres de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM). Les courtiers de fonds commun de placement, sauf au Québec, doivent être membres de l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (MFDA). Les ACVM ont sollicité des commentaires sur la question de savoir si le cadre actuel sert au mieux les intérêts des investisseurs et du secteur des investissements canadiens, compte tenu de l'évolution du secteur des services financiers. L'OCRCVM et la MFDA ont tous deux commenté le régime des organismes d'autoréglementation au Canada. En février 2020, la MFDA a publié un rapport spécial intitulé [A Proposal for a Modern SRO](#) (en anglais) et en juin 2020, l'OCRCVM a publié un document intitulé [Améliorer l'autoréglementation pour les Canadiens](#). Ces deux documents recommandent des modifications et font écho à la préoccupation selon laquelle le modèle multiréglementaire n'a pas réussi à suivre le rythme de la transformation technologique du secteur des services financiers. Les commentaires sur le document de consultation des ACVM étaient attendus pour la fin du mois d'octobre 2020 et il est prévu que les ACVM s'orientent vers un organisme de réglementation unique à la fois pour les courtiers en investissement et les courtiers de fonds commun de placement.

Le 25 juin 2020, les ACVM ont publié un document de consultation sollicitant une rétroaction à l'égard du cadre des organismes d'autoréglementation au Canada... Ces deux documents recommandent des modifications et font écho à la préoccupation selon laquelle le modèle multiréglementaire n'a pas réussi à suivre le rythme de la transformation technologique du secteur des services financiers.

9. Changements d'approche pour les frais des fonds communs de placement

Le 20 février 2020, les territoires membres des ACVM, hormis l'Ontario, ont annoncé l'[adoption de dispositions réglementaires](#) qui interdiraient les frais d'acquisition reportés sur les titres d'organismes de placement collectif à compter du 1^{er} juin 2022. Le même jour, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO) a annoncé un [projet de restrictions](#) (en anglais) sur l'utilisation des frais d'acquisition reportés en lieu et place de l'interdiction adoptée dans d'autres territoires. Ces restrictions visaient à répondre à certaines des préoccupations liées aux frais d'acquisition reportés, principalement le fait que les frais d'acquisition reportés incitent les courtiers à vendre des fonds communs de placement qui imposent des frais de rachat si les investisseurs vendent leurs titres avant une certaine période. Les commentaires à l'égard du projet de l'Ontario étaient attendus en juillet 2020 et la CVMO n'a pas encore présenté de mise à jour du projet.

Par la suite, le 17 septembre 2020, tous les territoires des ACVM ont annoncé l'adoption de [dispositions réglementaires](#) visant à mettre en œuvre l'interdiction du paiement de commissions de suivi par les organismes de placement collectif aux courtiers qui ne procèdent pas à une évaluation de la convenance, comme les courtiers exécutants.

Pour en savoir davantage, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler sur les modifications de l'Ontario intitulé « [La CVMO propose des restrictions sur l'utilisation de l'option de frais d'acquisition reportés à la vente de titres d'organismes de placement collectif](#) ».

10. Les financements participatifs se portent-ils bien en 2020? Nouvelles règles de financement participatif

Début 2020, les ACVM ont [proposé un nouveau règlement sur le financement participatif](#) qui vise à harmoniser et à remplacer un certain nombre de règles locales en vigueur dans certaines provinces en matière de financement participatif. Le projet de règlement harmonise à l'échelle nationale un régime de financement participatif qui permet de lever jusqu'à un million de dollars par année sur le fondement de la dispense. Les montants individuels pouvant être investis par un souscripteur à l'occasion d'un placement passent à 2 500 \$, ou à 5 000 \$ dans le cas où un courtier inscrit lui aurait prodigué le conseil selon lequel le placement lui convient. La période de commentaires a expiré en juillet 2020 et le règlement n'est pas encore entré en vigueur. À la lumière de la pandémie de COVID-19, la CVMO a rendu une [décision provisoire d'application locale](#) pour adopter le régime de financement participatif actuellement en place dans certaines autres provinces.

11. L'état d'avancement de l'initiative de réduction du fardeau réglementaire en Ontario

Le 27 mai 2020, la CVMO a fait [le point](#) sur l'avancement des 107 initiatives décrites dans le rapport de novembre 2019 intitulé *Reducing Regulatory Burden in Ontario's Capital Markets*. Le *compte rendu* notait que 27 % des initiatives avaient été réalisés, et que 36 % étaient « en bonne voie » de l'être, mais que le reste (37 %) accusait un retard (dont neuf directement en raison de la pandémie de COVID-19).

Droit des sociétés et règles boursières

1. Rencontrons-nous... virtuellement ; assemblées d'actionnaires virtuelles

Lorsque les restrictions liées à la pandémie de COVID-19 ont commencé à être imposées à l'égard des rassemblements publics, il est devenu de plus en plus évident qu'il serait difficile de tenir en toute sécurité des assemblées d'actionnaires en personne. Bien que certaines lois provinciales sur les sociétés, comme la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario (LSAO), prévoient des réunions électroniques, de nombreux territoires ne prévoient pas complètement le recours aux réunions virtuelles uniquement, étant donné les limites de la technologie.

Des renseignements supplémentaires sur les réunions virtuelles d'actionnaires figurent dans notre aperçu sur la [gouvernance d'entreprise](#).

2. L'obligation d'information sur la diversité dans la LCSA

Depuis le 1^{er} janvier 2020, les sociétés régies par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) et dont les titres sont cotés en bourse sont tenues de fournir aux actionnaires de l'information sur leurs politiques et pratiques en matière de [diversité au sein du conseil d'administration et de la haute direction](#), dont le nombre et le pourcentage de membres du conseil et de la haute direction qui sont des femmes, des Autochtones, des membres des minorités visibles et des personnes handicapées. Ces exigences vont au-delà de l'information exigée en vertu des règles canadiennes en matière de valeurs mobilières et s'appliquent aux « sociétés ayant fait appel au public » régies par la LCSA, dont les émetteurs émergents (qui ne sont pas assujettis à la législation sur les valeurs mobilières). Des renseignements supplémentaires sur les modifications apportées à la LCSA sont compris dans l'aperçu sur la [gouvernance d'entreprise](#).

3. Vous êtes vus – la Colombie-Britannique adopte des exigences en matière de registre de la transparence

Le 1^{er} octobre 2020, des modifications à la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique sont entrées en vigueur, exigeant que les sociétés fermées de la Colombie-Britannique préparent et tiennent un « [registre de la transparence](#) » (*transparency register*) contenant des détails particuliers à l'égard de chacun des « particuliers importants » (*significant individuals*) de la société. La Colombie-Britannique a récemment modifié les exigences initiales afin de réduire leur effet, entre autres, sur les fonds de capital-investissement. Le changement constitue une dispense à l'égard de la plupart des commanditaires d'une société en commandite, sauf si le commanditaire a le droit de recevoir 25 % ou plus des bénéfices ou des actifs de la société ou s'il dispose d'au moins 25 % des voix dans la gestion de la société. Ce changement bienvenu représente une réduction importante du fardeau réglementaire par rapport à l'exigence initiale d'énumération de *tous* les commanditaires. Les exigences de la Colombie-Britannique sont à certains égards plus lourdes que celles de la LCSA applicables aux « particuliers ayant un contrôle important », qui est entrée en vigueur en juin 2019.

4. Les sociétés d'intérêt social en Colombie-Britannique

En juin 2020, la Colombie-Britannique est devenue le premier territoire canadien à autoriser les « sociétés d'intérêt social » (*benefit companies*), qui sont des entreprises à but lucratif s'engageant à mener leurs activités de manière responsable et durable et à promouvoir un ou plusieurs intérêts publics. La législation sur les sociétés d'intérêt social est actuellement en vigueur dans 36 États américains. Elle permet aux sociétés de promouvoir des objectifs sociaux tout en étant protégées contre les allégations selon lesquelles ce faisant, elles violeraient les responsabilités fiduciaires des administrateurs. Pour plus de renseignements sur les sociétés d'intérêt social, veuillez consulter notre article intitulé « [Les règles changent : évolution de la gouvernance d'entreprise en 2020](#) ».

Pour en savoir davantage, veuillez également consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé « [La Colombie-Britannique introduit la « société d'intérêt social » \(benefit company\) dans sa législation](#) » sur osler.com.

5. Plus de résidence – l'Alberta et l'Ontario suppriment la résidence de l'administrateur

Rejoignant les rangs de plusieurs autres provinces et des trois territoires, durant l'été 2020, l'Alberta a modifié sa *Business Corporations Act* et sa *Companies Act* pour supprimer toutes les exigences de résidence canadienne à l'égard des administrateurs de sociétés. En octobre, l'Ontario a proposé d'emboîter le pas dans la [Loi de 2020 pour mieux servir la population et faciliter les affaires](#). L'un des changements proposés éliminerait l'exigence actuelle de résidence des administrateurs pour les sociétés en vertu de la LSAO. Ce changement supprime les principaux facteurs qui dissuadent les entreprises établies à l'étranger de choisir l'Alberta ou l'Ontario pour constituer leurs filiales canadiennes.

Pour en savoir davantage sur les modifications de l'Alberta, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé « [L'Alberta retire l'exigence de résidence canadienne pour les administrateurs : allègement du fardeau pour les sociétés sous contrôle étranger](#) » sur osler.com.

L'un des changements proposés éliminerait l'exigence actuelle de résidence des administrateurs pour les sociétés en vertu de la LSAO. Ce changement supprime les principaux facteurs qui dissuadent les entreprises établies à l'étranger de choisir l'Alberta ou l'Ontario pour constituer leurs filiales canadiennes.

6. Quel est l'avenir de la gouvernance d'entreprise?

Le 6 octobre 2020, le Groupe TMX, l'opérateur de la Bourse de Toronto, de la Bourse de croissance TSX et de la Bourse Alpha TSX, ainsi que l'Institut des administrateurs de sociétés (IAS) [ont lancé une initiative](#) pour mettre à jour les orientations en matière de gouvernance d'entreprise au Canada en créant un comité sur l'avenir de la gouvernance d'entreprise au Canada.

Osler fournit un soutien juridique à la TMX et à l'IAS sur l'avenir du projet de gouvernance d'entreprise. Des renseignements supplémentaires sur l'initiative du comité figurent dans notre article intitulé « [Les règles changent : évolution de la gouvernance d'entreprise en 2020](#) ».

L'année 2021 et au-delà

L'année 2020 a vu de nombreux développements réglementaires dans le domaine du droit des sociétés et des valeurs mobilières, les gouvernements et

les organismes de réglementation continuant à faire avancer leurs initiatives de réduction du fardeau réglementaire. La pandémie de COVID-19 a provoqué sa propre vague d'activités visant à aider les émetteurs à se conformer à leurs obligations. La pandémie a également offert de nouvelles possibilités de progrès, comme les réunions virtuelles, qui pourraient changer à jamais le paysage des pratiques canadiennes. Le rapport du Groupe de travail étant attendu dans un avenir proche et les efforts de réduction du fardeau réglementaire se poursuivant, nous prévoyons que 2021 sera une autre année active à l'égard du paysage réglementaire.

AUTEURS



James R. Brown
Associé, Droit des sociétés
Coprésident : Droit minier
jbrown@osler.com
416.862.6647



Rosalind Hunter
Associée, Droit
des sociétés
rhunter@osler.com
416.862.4943



Michael Innes
Associé, Droit des sociétés
Coprésident : Marchés
financiers
minnes@osler.com
416.862.4284



Desmond Lee
Associé, Droit Minier
Coprésident : Marchés
financiers
dlee@osler.com
416.862.5945



François Paradis
Associé, Droit
des sociétés
fparadis@osler.com
514.904.5366



Trevor R. Scott
Associé, Droit
des sociétés
tscott@osler.com
604.692.2755



Andrea Whyte
Associée, Droit
des sociétés
awhyte@osler.com
403.260.7035

Évolution de la législation américaine sur les valeurs mobilières en 2020

En 2020, la Securities and Exchange Commission (SEC) a continué à se concentrer sur la simplification et le remaniement des obligations d'information et sur l'élargissement de l'accès au capital pour les petites entreprises. La SEC a simplifié les obligations d'information financière dans les opérations de fusion et d'acquisition et a élargi les catégories d'investisseurs et d'intermédiaires qui peuvent prendre part à des placements privés. La SEC a également réexaminé certaines de ses règles en matière de procurations relatives aux communications avec les actionnaires tiers.

La SEC élargit les définitions d'investisseur qualifié et d'acheteur institutionnel admissible

En août, la SEC a publié les [règles définitives](#) (en anglais) élargissant les définitions d'« investisseur qualifié » au sens attribué au terme *accredited investor* par le Regulation D (Règlement D) en vertu de la *Securities Act of 1933*

des États-Unis (la Loi de 1933) et d'« acheteur institutionnel admissible » au sens attribué au terme *qualified institutional buyer* par la Rule 144A (Règle 144A) en vertu de la Loi de 1933. Il s'agit des catégories de personnes physiques et morales dont les connaissances et l'expérience sont jugées suffisantes par la SEC pour prendre part aux placements privés aux États-Unis sans la protection offerte par le processus d'inscription des titres de la SEC. Les nouvelles règles élargissent le cercle des investisseurs auprès desquels les sociétés canadiennes pourront lever des capitaux dans le cadre de placements privés aux États-Unis. Les règles règlent également certaines exclusions techniques (abordées ci-dessous) auxquelles certains investisseurs institutionnels canadiens ont été confrontés lors de l'évaluation de leur admissibilité à participer à des placements privés limités aux acheteurs institutionnels admissibles.

Les modifications apportées à la définition d'« investisseur qualifié » dans le Règlement D comprennent l'ajout d'un certain nombre de personnes physiques et morales :

- une personne physique titulaire d'une attestation professionnelle, d'une désignation, d'un statut ou d'une autre compétence d'un établissement d'enseignement reconnu que la SEC a désigné comme rendant une personne admissible au statut d'investisseur qualifié, comme les titulaires en règle de licences de la série 7, de la série 65 et de la série 82 ;
- un « employé informé » (*knowledgeable employee*) (au sens de l'*Investment Company Act of 1940* [la Loi de 1940]) de fonds privés, si celui-ci investit dans le fonds privé offrant les titres ;
- un conseiller en placement inscrit dans un État des États-Unis et auprès de la SEC ;
- un conseiller en placement dispensé d'inscription en vertu de l'*Investment Advisers Act of 1940* des États-Unis (la Loi sur les conseillers en placement) ;
- une société à responsabilité limitée avec un actif d'au moins 5 M\$ US dont la constitution ne vise pas expressément l'achat des titres offerts ;
- un « gestionnaire de grande fortune » (*family office*) avec un actif sous gestion d'au moins 5 M\$ US dont la constitution ne vise pas expressément l'achat des titres offerts et dont les placements sont déterminés par une personne financièrement avertie, ainsi que ses « clients fortunés » (*family client*) (chacun au sens de la Loi sur les conseillers en placement) ;
- une personne morale non décrite par la définition d'investisseur accrédité dont la constitution ne vise pas expressément l'achat des titres offerts et détenant des « placements » (*investments*) (au sens de la Loi de 1940) de plus de 5 M\$ US.

Les modifications prévoient également que les personnes physiques peuvent regrouper leurs actifs ou revenus d'« équivalent du conjoint » (*spousal equivalents*) (au sens d'une cohabitation dont la relation est généralement équivalente à celle d'un conjoint) aux fins de la conformité aux seuils communs de valeur nette ou de revenu.

Les modifications apportées à la définition d'« investisseur institutionnel admissible » dans la Règle 144A comprennent l'ajout d'une catégorie « fourre-

tout » pour toute institution qui n'est pas déjà expressément mentionnée dans la définition existante d'acheteur institutionnel admissible, mais qui a) est qualifiée à titre d'« investisseur qualifié » institutionnel dans le Règlement D et b) possède et investit au total, sur une base discrétionnaire, au moins 100 M\$ US de titres d'émetteurs non affiliés. Il est important de noter que, contrairement à la définition d'« investisseur qualifié » figurant dans le Règlement D, une entité relevant de cette nouvelle catégorie fourre-tout est autorisée à se constituer en investisseur institutionnel admissible expressément en vue d'acquérir les titres offerts. Auparavant, certains investisseurs canadiens possédant au moins 100 M\$ US de titres d'entités non affiliées ne pouvaient pas participer aux placements de la Règle 144A parce que leur forme d'organisation n'était pas expressément couverte par la définition d'« acheteur institutionnel admissible ». Grâce à ces changements, nombre d'entre eux sont désormais susceptibles d'utiliser la nouvelle catégorie fourre-tout pour devenir des « acheteurs institutionnels admissibles ».

Les modifications sont entrées en vigueur le 8 décembre 2020.

La SEC simplifie les informations financières relatives aux acquisitions et aux cessions d'entreprises

En mai, la SEC a adopté des modifications visant à réduire la complexité des obligations d'information financière dans le Regulation S-X (Règlement S-X) concernant les acquisitions et les cessions d'entreprises importantes visant des personnes ou des sociétés inscrites auprès de la SEC. Une personne ou une société inscrite assujettie au Règlement S-X qui acquiert une entreprise est généralement tenue de fournir des états financiers annuels audités et des états financiers intermédiaires non audités distincts de l'entreprise acquise si l'acquisition est importante pour la personne ou la société inscrite. En outre, les personnes ou les sociétés inscrites sont tenues de fournir des informations financières *pro forma* reflétant les rajustements destinés à montrer comment l'acquisition ou la cession aurait pu affecter les états financiers de la personne ou de la société inscrite si l'opération avait eu lieu au début de l'exercice financier concerné.

Les modifications comprennent plusieurs aspects essentiels :

- Les critères utilisés pour déterminer l'importance d'une acquisition ou d'une cession ont été remaniés pour s'aligner plus étroitement sur l'importance économique réelle de l'opération pour la personne inscrite. Les modifications révisent le « critère du placement » (*investment test*) pour comparer les placements et les avances de la personne ou de la société inscrite dans l'entreprise acquise à la valeur marchande mondiale globale de la personne ou de la société inscrite, si elle peut être obtenue. Les modifications révisent également le « critère de revenu » (*income test*) en ajoutant un élément de revenu.
- Les acquéreurs sont autorisés à utiliser des informations financières *pro forma* pour mesurer l'importance de l'opération.
- Les états financiers de l'entreprise acquise doivent couvrir uniquement les deux derniers exercices clos plutôt que les trois derniers.

En mai, la SEC a adopté des modifications visant à réduire la complexité des obligations d'information financière dans le Regulation S-X (Règlement S-X) concernant les acquisitions et les cessions d'entreprises importantes visant des personnes ou des sociétés inscrites auprès de la SEC.

- Les informations financières *pro forma* peuvent comprendre des rajustements effectués par la direction donnant effet à des synergies.
- Il n'est plus nécessaire de fournir des états financiers distincts pour les entreprises acquises après que la cible a été consolidée dans les états financiers de la personne ou de la société inscrite pendant neuf mois ou un exercice complet, selon le niveau d'importance.

Bien que les obligations de la SEC en matière d'information financière en vertu du Règlement S-X ne s'appliquent pas aux personnes ou sociétés inscrites canadiennes qui utilisent les formulaires du régime d'information multinational (RIM) Canada-États-Unis, dans de nombreux cas, les formulaires du RIM ne peuvent pas être utilisés. Le RIM ne s'applique pas à certains types d'opérations de fusion et d'acquisition, comme lorsqu'une personne ou une société canadienne inscrite acquiert une société ouverte américaine par voie de fusion ou d'échange de titres. Dans ces cas, le Règlement S-X s'appliquera.

Les [règles définitives](#) entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2021, mais la conformité volontaire sera autorisée avant la date d'entrée en vigueur.

La SEC a adopté la forme définitive des modifications aux règles sur les procurations s'appliquant aux sociétés de conseil en vote par procuration

En juillet, la SEC a publié des modifications définitives à ses règles sur les procurations afin d'encadrer certaines activités des sociétés de conseil en vote par procuration (conseillers en vote par procuration). Dans l'ensemble, les règles définitives sont moins contraignantes que celles proposées par la SEC en décembre 2019 et reposent davantage sur des principes.

Voici les points saillants des modifications définitives :

- Il est désormais manifeste que les recommandations de vote par procuration formulées par les conseillers en vote par procuration constituent des « sollicitations » soumises aux règles sur les procurations de la SEC (notamment l'interdiction de fausses déclarations ou de déclarations trompeuses).
- Les exemptions aux obligations de la SEC en matière d'information et de dépôt à l'égard des procurations ne sont disponibles pour les conseillers en vote par procuration que s'ils effectuent ce qui suit :
 - ils communiquent, dans le cadre de leurs prestations de conseils sur le vote aux clients, de l'information précise sur les conflits d'intérêts ;
 - ils adoptent des politiques communiquées au public visant à (i) garantir que les personnes ou les sociétés inscrites qui font l'objet des conseils de vote par procuration aient accès à ces conseils au plus tard au moment où les conseils sont diffusés aux clients du conseiller en vote ; et (ii) fournir aux clients un mécanisme leur permettant de prendre connaissance, en temps utile avant l'assemblée des actionnaires, des déclarations écrites des personnes ou des sociétés inscrites qui font l'objet des conseils de vote par procuration.

Contrairement aux règles proposées en décembre 2019, les règles définitives n'obligent pas les conseillers en vote par procuration à fournir aux personnes ou sociétés inscrites une version préliminaire des conseils de vote par procuration proposés pour examen et commentaires. L'obligation de fournir un avis à une personne ou une société inscrite à l'égard des conseils de vote par procuration et d'offrir un mécanisme aux clients concernant les déclarations écrites d'une personne ou d'une société inscrite ne s'applique pas aux dossiers contestés, ni à la plupart des fusions et à certaines opérations sur actifs.

Les conseillers en vote par procuration doivent se conformer aux nouvelles règles concernant les conflits et les avis de conseils d'ici le 1^{er} décembre 2021. Les règles de la SEC en matière de procurations ne s'appliquent pas aux personnes ou aux sociétés inscrites au Canada qui sont des émetteurs privés étrangers en vertu des lois américaines sur les valeurs mobilières. Toutefois, les nouvelles règles peuvent influencer l'élaboration de règles similaires envisagées au Canada.

La SEC remanie les règles relatives aux propositions déposées par des actionnaires

En septembre, la SEC a adopté des modifications remaniant les règles relatives aux propositions déposées par des actionnaires en vertu de la Règle 14a-8 de la *Securities Exchange Act de 1934* (Loi de 1934). Ces règles régissent le processus par lequel les actionnaires peuvent soumettre des propositions à inclure dans la circulaire de procuration d'une personne ou d'une société inscrite. Les modifications visent à garantir que les actionnaires démontrent un intérêt économique ou un intérêt d'investissement significatif dans une société avant de pouvoir utiliser les ressources de la société pour soumettre leurs propositions aux autres actionnaires de la personne ou de la société inscrite pour examen.

Parmi les points saillants des [règles définitives](#), on compte celles qui suivent :

- le remplacement du seuil actuel, qui exige de détenir au moins 2 000 \$ US ou 1 % des titres d'une personne ou d'une société inscrite pendant au moins un an, par l'une des trois exigences de propriété continue qui suivent :
 - 2 000 \$ US de titres de la personne ou de la société inscrite pendant au moins trois ans ;
 - 15 000 \$ US de titres de la personne ou de la société inscrite pendant au moins deux ans ; ou
 - 25 000 \$ US de titres de la personne ou de la société inscrite pendant au moins un an ;
- l'interdiction pour les actionnaires multiples de regrouper leurs participations afin de satisfaire aux seuils de propriété modifiés décrits ci-dessus ;
- l'exigence que l'actionnaire qui choisit de recourir à un représentant pour soumettre une proposition à inclure dans la circulaire de procuration fournisse à la personne ou la société inscrite 1) un document indiquant clairement que le représentant est autorisé à agir au nom de l'actionnaire, et 2) un degré significatif d'assurance quant à l'identité, au rôle et à l'intérêt de l'actionnaire dans la proposition ;

- l'exigence que chaque actionnaire proposant déclare que l'actionnaire est en mesure de rencontrer la personne ou société inscrite, en personne ou par téléconférence, au moins 10 jours civils et au plus 30 jours civils après la soumission de la proposition, et qu'il fournisse ses coordonnées, ainsi que les jours et heures ouvrables pendant lesquels il est disponible pour discuter de la proposition avec la personne ou société inscrite ;
- la révision des niveaux de soutien des actionnaires qu'une proposition doit recevoir pour pouvoir être soumise à nouveau lors des futures assemblées d'actionnaires de la même personne ou société inscrite, de 3 %, 6 % et 10 % pour les dossiers ayant déjà fait l'objet d'un vote une, deux ou trois fois ou plus au cours des cinq dernières années, respectivement, avec des seuils de 5 %, 15 % et 25 %, respectivement.

Les modifications s'appliqueront aux propositions soumises pour une assemblée annuelle ou extraordinaire devant se tenir à partir du 1^{er} janvier 2022. Une période de transition permettra également aux porteurs remplissant certaines conditions de continuer à se prévaloir du seuil de propriété de 2 000 \$ US pour un an à l'égard des propositions soumises en vue d'une assemblée annuelle ou extraordinaire devant se tenir avant le 1^{er} janvier 2023.

La plupart des personnes ou des sociétés canadiennes inscrites auprès de la SEC sont des émetteurs privés étrangers et ne sont donc pas soumises aux règles relatives aux propositions déposées par des actionnaires et aux autres règles de la SEC en matière de procurations.

La SEC propose une dispense conditionnelle pour les intermédiaires qui aident les petites entreprises à lever des capitaux

En octobre, la SEC a proposé une [dispense conditionnelle](#) (en anglais) qui permettrait à certaines personnes physiques de participer à des activités restreintes pour le compte d'émetteurs sans avoir à s'inscrire auprès de la SEC en tant que courtiers. La dispense proposée vise à aider les émetteurs qui ne sont peut-être pas assez gros pour obtenir l'aide d'un courtier inscrit à se frayer un chemin dans la levée de capitaux.

Pendant des années, il y a eu une incertitude quant à la ligne de démarcation entre les activités d'un intermédiaire (*finder*) et celles d'un courtier qui doit être inscrit auprès de la SEC. Dans le cadre de la dispense conditionnelle proposée, la SEC créerait deux niveaux d'intermédiaires exemptés. Les intermédiaires du niveau I ne seraient autorisés à fournir les coordonnées d'investisseurs potentiels qu'à un seul émetteur relativement à une seule offre pendant une période de 12 mois et ne pourraient avoir aucun contact avec des investisseurs potentiels. Les intermédiaires du niveau II seraient autorisés à solliciter directement les investisseurs pour le compte d'un émetteur. Dans ce cas, toutefois, ces activités de sollicitation se limiteraient à (i) trouver, sélectionner et contacter les investisseurs potentiels ; (ii) distribuer aux investisseurs les documents de placement de l'émetteur ; (iii) discuter des informations sur l'émetteur comprises dans les documents de placement, mais sans donner de conseils quant à l'évaluation ou l'intérêt de l'investissement ; et (iv) organiser ou participer à des assemblées avec l'émetteur et l'investisseur.

En octobre, la SEC a proposé une dispense conditionnelle qui permettrait à certaines personnes physiques de participer à des activités restreintes pour le compte d'émetteurs sans avoir à s'inscrire auprès de la SEC en tant que courtiers.

La dispense des intermédiaires ne serait disponible que dans les cas suivants :

- l'émetteur n'est pas une société faisant l'objet d'une obligation d'information à l'égard de la SEC et procédera au placement en fonction d'une dispense d'inscription en vertu de la Loi de 1933 ;
- l'intermédiaire ne se livre pas à une sollicitation générale ;
- les investisseurs potentiels sont des « investisseurs qualifiés » au sens de la Règle 501 du Règlement D de la Loi de 1933 ou l'intermédiaire croit raisonnablement que les investisseurs potentiels sont des investisseurs qualifiés ;
- l'intermédiaire fournit des services aux termes d'un contrat écrit avec l'émetteur qui comprend une description des services fournis et la rémunération correspondante ;
- l'intermédiaire n'est pas une personne associée à un courtier ;
- l'intermédiaire n'est pas assujetti à une « exclusion légale », au sens de l'alinéa 3(a)(39) de la Loi de 1934, au moment de sa participation.

La dispense conditionnelle proposée n'est pas accessible aux intermédiaires exerçant leurs activités par le truchement d'entités juridiques, dans le cadre d'une opération sur des titres inscrits ou de placements par un émetteur assujetti à la SEC, dans le cadre de reventes de titres existants ou d'opérations faisant intervenir des investisseurs non qualifiés. La dispense proposée était ouverte aux commentaires jusqu'au 12 novembre.

Remarque finale

La tendance générale de la réglementation américaine des valeurs mobilières au cours des dernières années a été de faciliter l'accès au capital et de réduire la portée et l'étendue des obligations d'information applicables aux sociétés ouvertes, en particulier aux petites sociétés. Avec le départ annoncé en fin d'année du président de la SEC, Jay Clayton, il reste à voir si cette tendance se poursuivra.

AUTEURS



Rob Lando
Associé, Droit
des sociétés
rlando@osler.com
212.991.2504



Jason Comerford
Associé, Droit
des sociétés
jcomerford@osler.com
212.991.2533



Jie Chai
Sociétaire, Droit
des sociétés
jchai@osler.com
212.991.2585



Kelsey Weiner
Sociétaire, Droit
des sociétés
kweiner@osler.com
212.991.2544

Les règles changent : évolution de la gouvernance d'entreprise en 2020

Les bouleversements d'une ampleur inégalée découlant de la pandémie de COVID-19 dans la vie personnelle et professionnelle des Canadiens et des peuples du monde entier n'ont pas ralenti les initiatives visant la réforme des pratiques en matière de gouvernance d'entreprise au Canada ; en fait, ils pourraient même les avoir accélérés. Cette année a été marquée par une importante réforme des lois sur les sociétés dans divers territoires du Canada, notamment : par le lancement, en Ontario, d'un processus de réforme des lois sur les valeurs mobilières, y compris une réforme des pratiques en matière de gouvernance d'entreprise, par l'adoption de nouvelles règles, aux États-Unis, sur les conseillers en matière de procuration, et par une initiative sectorielle attendue depuis longtemps que parrainent l'Institut des administrateurs de sociétés (IAS) et le Groupe TMX en vue de mettre à jour les pratiques exemplaires liées à la gouvernance d'entreprise au pays.

Les modifications aux lois sur les sociétés suscitées par la pandémie

Les mesures de confinement adoptées en mars dernier afin de préserver la santé et la sécurité publiques au Canada ont été imposées peu avant que la plupart des entreprises ne tiennent leur assemblée annuelle. Cela a mené à l'adoption d'une série de mesures, par les gouvernements fédéral et provinciaux, destinées à faciliter l'utilisation de la technologie pour permettre aux entreprises de tenir leurs assemblées annuelles en mode virtuel. Ces mesures visaient également à apporter la souplesse nécessaire pour retarder la tenue des assemblées annuelles d'émetteurs en 2020. Vous trouverez d'autres détails sur certaines de ces modifications dans notre article intitulé [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#).

Des assemblées virtuelles

Avant que l'Organisation mondiale de la Santé ne déclare que la COVID-19 avait atteint le stade pandémique, nous avons résumé les principaux éléments à prendre en compte lors de la tenue d'assemblées annuelles dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé : « [Rencontrons-nous – mais pas en personne : Organiser votre assemblée annuelle des actionnaires en ligne \(dans un monde aux prises avec le coronavirus\)](#) » sur le site osler.com. Les territoires de compétence dotés de mesures législatives moins souples que celles de l'Ontario ont réagi avec divers degrés de succès. Ils ont mis en œuvre des décrets temporaires ou des mesures semblables ayant préséance sur les obstacles créés par leurs lois ou par les actes constitutifs des sociétés empêchant la tenue d'assemblées d'actionnaires virtuelles. Les mesures temporaires en Ontario ont été prolongées jusqu'à la fin de mai 2021, mais les mesures d'allègement adoptées dans d'autres territoires devraient prendre fin avant cette date, et avant le moment où les sociétés devraient normalement tenir leurs assemblées générales annuelles en 2021.

La pandémie a mené de nombreux émetteurs (et de grande taille, dans bien des cas) à demander l'approbation d'un tribunal aux termes des lois constitutives en vue de tenir une assemblée des actionnaires uniquement sous la forme virtuelle. Parmi les premiers à avoir reçu cette approbation, on compte TELUS Corporation qui, le 11 mars 2020, a obtenu une ordonnance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisant à tenir son assemblée générale annuelle des actionnaires de 2020 sous forme exclusivement virtuelle. L'ordonnance a été rendue en vertu du pouvoir d'une cour prévu à l'article 186 de la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique de convoquer une assemblée des actionnaires de la façon dont la cour l'ordonne. Des dispositions semblables sont prévues dans les lois sur les sociétés de tous les autres territoires du Canada, sauf dans la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. Entre autres, l'ordonnance considère que les actionnaires qui participent à l'assemblée entièrement virtuelle sont présents à l'assemblée et que l'assemblée est tenue au siège social de TELUS. Pour plus de renseignements à ce sujet, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé : « [TELUS Corporation obtient une ordonnance de la cour pour tenir une assemblée des actionnaires entièrement virtuelle](#) », sur le site osler.com.

En 2020, les assemblées virtuelles ont été, en forte majorité, tenues uniquement en tant qu'assemblées audio. Et, même s'il y a eu certains retards et contretemps dans l'exécution du processus, il s'agissait d'inconvénients mineurs, guère étonnants, étant donné l'augmentation du nombre d'assemblées virtuelles de sociétés par rapport aux années précédentes. Comme il était nécessaire de tenir des assemblées annuelles en mode virtuel à cause de la pandémie, les investisseurs institutionnels ont réfréné leurs critiques à l'égard de ce format pour l'année 2020, et de nombreuses sociétés ont exprimé leur espoir de retourner à la forme présentielle des assemblées en 2021. Étant donné que l'incertitude plane toujours quant à la possibilité de retourner à la « normale » pour la saison des procurations de 2021, les émetteurs devraient planifier leur assemblée annuelle de l'an prochain sous forme virtuelle.

Les exigences relatives au report des assemblées

De nombreux territoires ont offert aux sociétés la possibilité de reporter leur assemblée générale annuelle de 2020, ce qui a atténué quelque peu les pressions qu'exerce la saison des procurations. Nous avons présenté les considérations pertinentes à cet égard dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé : « [Une marge de manœuvre : retarder les obligations d'information continue en 2020](#) », sur le site osler.com.

Comme il se pourrait que le Canada continue de se voir imposer des restrictions en ce qui concerne les rassemblements publics, sur le plan législatif ou pratique, on ignore encore si les territoires canadiens permettront de tels reports au cours de l'année qui vient. Ou bien, les territoires canadiens pourraient s'attendre à ce que les émetteurs tiennent leurs assemblées, virtuelles ou autres, en conformité avec les lignes directrices de la Santé publique, dans les délais habituels.

Autres modifications apportées aux lois sur les sociétés

La LCSA

Des modifications apportées à la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) qui obligent les sociétés à communiquer de l'information relative à la diversité, soit le nombre de femmes, de membres de minorités visibles, d'Autochtones et de personnes handicapées, sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2020. La LCSA a également été modifiée de façon que les administrateurs puissent, dans l'exercice de leur devoir fiduciaire, tenir compte d'intérêts particuliers, notamment les intérêts des actionnaires, des employés, des retraités et des pensionnés, des créanciers, des consommateurs et des gouvernements, ainsi que de l'environnement et des intérêts à long terme de la société. Cependant, plusieurs autres modifications doivent encore être proclamées en vigueur, y compris les modifications concernant

- 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 ;
- les exigences relatives au vote consultatif sur la rémunération.

Étant donné que l'incertitude plane toujours quant à la possibilité de retourner à la « normale » pour la saison des procurations de 2021, les émetteurs devraient planifier leur assemblée annuelle de l'an prochain sous forme virtuelle.

La BCBCA : les nouvelles sociétés d'intérêt social

Le 30 juin 2020, des modifications à la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique (BCBCA) sont entrées en vigueur, permettant la constitution de sociétés d'intérêt social. En vertu de la BCBCA, une société d'intérêt social est une société à but lucratif qui s'engage, au moyen d'une « déclaration d'intérêt social » (*benefit statement*) et d'une « disposition relative à l'intérêt social » (*benefit provision*) à exercer ses activités de manière responsable et durable, et à promouvoir un ou plusieurs « intérêts publics ».

En plus du devoir fiduciaire d'agir honnêtement et de bonne foi dans l'intérêt supérieur de la société qui revient aux administrateurs et aux dirigeants de toutes les sociétés, il incombe aux administrateurs et aux dirigeants des sociétés d'intérêt social d'assumer deux responsabilités supplémentaires. Premièrement, les administrateurs et les dirigeants de sociétés d'intérêt social doivent agir honnêtement et de bonne foi, de sorte que l'entreprise exerce ses activités de manière responsable et durable et fasse la promotion des intérêts publics inscrits aux statuts de la société. Deuxièmement, ils ont le devoir d'équilibrer l'obligation susmentionnée et l'obligation fiduciaire.

Ces modifications fourniront une autre façon aux sociétés à but lucratif qui se sont engagées à exercer leurs activités de manière responsable et durable de démontrer leur engagement. Pour plus de renseignements, veuillez consulter le bulletin d'actualités Osler intitulé : « [La Colombie-Britannique introduit la « société d'intérêt social » \(benefit company\) dans sa législation](#) », sur le site [osler.com](#).

L'obligation de résidence

Comme nous l'avons décrit dans notre article intitulé « [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#) », des modifications ont été apportées à la *Business Corporations Act* (Alberta), et des modifications à la *Loi sur les sociétés par actions* (Ontario) ont été proposées, en vue de supprimer toutes les exigences relatives à l'obligation de résidence des administrateurs de sociétés.

La diversité des administrateurs et des dirigeants au Canada

Les manifestations de masse qui ont fait suite au meurtre de George Floyd, le 25 mai 2020 à Minneapolis, ont insufflé une nouvelle énergie au mouvement Black Lives Matter et à la lutte contre le racisme envers les Noirs. Au Canada, le Conseil canadien des chefs d'entreprise contre le racisme systémique envers les Noirs a été créé, et il a proposé l'Initiative BlackNorth visant à combattre le racisme systémique envers les Noirs. L'Initiative BlackNorth a pour objectif de créer véritablement des occasions pour les personnes des collectivités noires, autochtones et de couleur (PANDC).

Dans le cadre de l'Initiative BlackNorth, il a été demandé aux dirigeants d'entreprises canadiens de signer un engagement affirmant que leurs sociétés adopteront certaines mesures et cibles pour mettre fin au racisme systémique. Cet engagement comporte la promesse d'assurer que les membres de la collectivité

Cet engagement comporte la promesse d'assurer que les membres de la collectivité noire représentent au moins 5 % des étudiants embauchés et 3,5 % des personnes nommées au conseil d'administration et embauchées à la haute direction d'ici 2025.

noire représentent au moins 5 % des étudiants embauchés et 3,5 % des personnes nommées au conseil d'administration et embauchées à la haute direction d'ici 2025. Par ailleurs, l'organisation s'engage à consacrer au moins 3 % des dons et des commandites d'entreprise à la promotion d'investissements et d'occasions de développement économique dans la collectivité noire d'ici 2025.

Cette année, notre [rapport annuel des pratiques de divulgation en matière de diversité](#) adoptées par les sociétés canadiennes s'est penché sur l'information relative aux femmes à des postes d'administratrices et de haute direction au sein d'émetteurs inscrits à la TSX. De plus, et pour la première fois, nous avons examiné les déclarations de sociétés régies par la LCSA concernant la représentation à des postes d'administrateur et de haute direction de personnes de minorités visibles, d'Autochtones ou de personnes handicapées.

Même si nous avons pu constater la présence de sociétés de premier ordre et prendre connaissance des pratiques qu'elles ont divulguées, nous avons dû conclure qu'il restait beaucoup de travail à faire. Dans l'ensemble, nos résultats indiquaient une lente mais progression continue du nombre de femmes au sein des conseils d'administration, mais non à des postes de haute direction. Nous avons également constaté que, d'après l'information fournie au titre de l'exigence de communication de renseignements sur la diversité de la nouvelle LCSA, la représentation de membres de minorités visibles à des postes d'administrateur et de haute direction est démesurément faible en comparaison avec la représentation de ces groupes dans la population canadienne en général. Et nous avons noté que la représentation de personnes autochtones et handicapées était pratiquement inexistante.

De plus, notre rapport fournit un aperçu de l'évolution récente en matière de réglementation et de marché dans ce domaine, tant au Canada qu'à l'étranger. Depuis que nous avons publié le rapport en octobre, Institutional Shareholder Services (ISS) a publié [ses mises à jour des politiques pour 2021 \(en anglais\)](#). Sur le plan de la communication de l'information en matière de diversité, ISS a déclaré qu'à partir de février 2022, elle recommandera de voter *contre* le président du comité des candidatures dans le cas des émetteurs faisant partie de l'indice composé S&P/TSX, si ces émetteurs (a) ne se sont pas dotés d'une proportion d'au moins 30 % de femmes administratrices, ou (b) s'ils ne se sont pas dotés d'une politique sur la diversité du conseil d'administration comportant une cible de 30 % à atteindre dans des délais raisonnables. La politique relative aux émetteurs inscrits à la TSX qui ne font pas partie de l'indice composé S&P/TSX demeure pratiquement inchangée.

Le rapport de consultation du Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers

Comme nous l'avons décrit dans notre article intitulé « [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#) », le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers (le Groupe de travail) a publié son rapport de consultation préliminaire. Dans ce rapport, le Groupe de travail sollicitait la rétroaction sur un certain nombre de propositions, notamment :

- la simplification des délais de déclaration, en permettant aux émetteurs de déposer leurs résultats financiers aux semestres, plutôt qu'aux trimestres ;
- l'accroissement de la diversité au sein du conseil d'administration, y compris des propositions qui exigeraient que les sociétés inscrites à la TSX fixent des cibles et fournissent des données annuelles relativement à la représentation des femmes et des PANDC au sein des conseils d'administration et à des postes de haute direction, soit des cibles possibles de 40 % de femmes et de 20 % de PANDC, et la question de savoir s'il faudrait fixer une limite de dix ans au mandat des administrateurs, tout en permettant à une proportion pouvant atteindre 10 % du conseil d'administration de dépasser la limite de dix ans pendant une période pouvant atteindre deux ans ;
- l'instauration d'un cadre réglementaire visant les agences de conseil en vote par procuration (ACVP), en accordant aux émetteurs le droit de réfuter les rapports de ces agences sans frais, et en empêchant les ACVP d'offrir des services de consultation aux émetteurs à l'égard desquels les ACVP fournissent également aux clients des recommandations relatives au vote ;
- la délégation à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario du pouvoir d'offrir ses opinions à l'égard de l'exclusion, par un émetteur, des propositions d'actionnaires dans les documents de procuration ;
- l'instauration de règles empêchant l'exercice excessif du droit de vote ;
- la suppression de la distinction entre les propriétaires véritables non opposés et les propriétaires véritables opposés, et l'autorisation accordée aux émetteurs de communiquer avec tous les propriétaires véritables de leurs actions en retirant la capacité des propriétaires véritables de décider de garder confidentiels leur nom et les détails de leur participation.

Les règles définitives de la SEC sur les agences de conseil en vote par procuration

Le 22 juillet 2020, la Securities and Exchange Commission des États-Unis (SEC) a publié les modifications définitives à ses règles en matière de procurations visant à réglementer certaines activités des agences de conseil en vote par procuration. Les modifications codifient l'opinion de la SEC selon laquelle l'activité de prestation de conseils sur le vote par procuration constitue une sollicitation. Vous trouverez d'autres détails à cet égard dans notre article intitulé [Évolution de la législation américaine sur les valeurs mobilières en 2020](#).

Le comité pour tracer l'avenir de la gouvernance d'entreprise au Canada

Le 6 octobre 2020, le Groupe TMX et l'Institut des administrateurs de sociétés (IAS) ont annoncé une nouvelle initiative, soit la création du [Comité sur l'avenir de la gouvernance d'entreprise au Canada](#) (le Comité). Coprésidé par l'IAS et par TMX, le Comité est composé de 12 administrateurs. Il a pour mandat de procéder à un examen des pratiques en matière de gouvernance d'entreprise, notamment :

- le rôle des entreprises/les attentes à l'égard des entreprises sur le plan sociétal
- les stratégies, les objectifs et les risques
- la culture, l'équité, la diversité et l'inclusion
- le rendement durable et résilient
- l'efficacité du conseil d'administration et de ses membres.

Il s'agit de la première initiative sectorielle depuis le rapport du comité du Groupe TSX sur la gouvernance d'entreprise (le comité Dey) en 1994, et le rapport du comité mixte sur la gouvernance d'entreprise (le comité Saucier) en 2001.

Le Comité a entrepris son examen par un processus de consultation avec des experts issus de groupes et d'organisations ayant un intérêt dans la gouvernance des sociétés canadiennes de partout au pays, ainsi qu'à l'étranger. Les résultats de ces tables rondes de parties prenantes, ainsi que la recherche sur les pratiques à l'échelle internationale et l'expérience des administrateurs qui forment le Comité, constitueront le fondement d'un rapport comportant des lignes directrices et des recommandations sur la gouvernance d'entreprise dans les sociétés canadiennes. Un avant-projet de rapport devrait être publié cet hiver afin d'obtenir les commentaires du public. À la suite de la réception des commentaires, le Comité devrait publier son rapport définitif en 2021. Osler fournit un soutien juridique à la TMX et à l'IAS sur l'avenir du projet de gouvernance d'entreprise.

La gouvernance en 2021

Le rôle des sociétés ouvertes au Canada fait l'objet d'examens sur plusieurs aspects. Les attentes sont élevées à l'égard des conseils d'administration : assurer le leadership à l'égard de la diversité et de l'inclusion, de l'environnement et du capital humain, ainsi que des questions sociales, tout en assurant des rendements financiers à long terme aux investisseurs. S'adapter à ces modifications constituera un défi, particulièrement dans le contexte actuel ; la collectivité des administrateurs canadiens devra donc faire preuve de leadership.

AUTEURS



Andrew MacDougall
Associé, Droit
des sociétés
amacdougall@osler.com
416.862.4732



John M. Valley
Associé, Droit
des sociétés
jvalley@osler.com
416.862.5671

Une année de bouleversements et de déceptions : nouveautés liées à la rémunération des dirigeants en 2020

Les régimes de rémunération des dirigeants ont été bouleversés en 2020 à la suite des effets dramatiques de la pandémie de COVID-19 sur les plans d'activités ainsi que des mesures extraordinaires prises par les gouvernements nationaux et étrangers pour contenir le virus. En outre, des décisions judiciaires canadiennes privilégiant les intérêts des employés ont été rendues en 2020. Celles-ci ont obligé les employeurs à revoir leurs pratiques de rémunération courantes.

Finalisation des décisions relatives à la rémunération pour 2020

La plupart des entreprises canadiennes avaient fixé leurs objectifs de rendement liés aux primes incitatives à court terme en 2020 et avaient prévu leurs attributions d'incitatifs à long terme pour l'année avant que l'Organisation mondiale de la santé

déclare, le 11 mars 2020, la COVID-19 comme étant une pandémie mondiale. Dans les semaines qui ont suivi cette déclaration, les mesures de confinement prises dans de nombreux pays ont réduit à néant les plans d'activités, entraîné une rupture des chaînes d'approvisionnement, plongé le monde en récession et mené à une baisse soudaine et dramatique du cours des actions. Ainsi,

- certaines entreprises ont commencé à réduire les salaires et la rémunération incitative à court terme ou à reporter le paiement de la rémunération incitative à court terme de 2019, conservant des liquidités pour survivre en temps de crise ;
- la baisse soudaine du cours des actions a fait en sorte que l'attribution d'options d'achat d'action est soudain passée hors du cours. Cette dépréciation a non seulement éliminé la presque totalité des incitatifs économiques, mais elle a aussi découragé les employés au moment où ils devaient déployer des efforts extraordinaires ;
- manifestement, les attentes de rendement sous-tendant les décisions en matière de rémunération incitative prises au début de 2020 ont dû être réévaluées.

Dès lors, les conseils d'administration ont songé à réévaluer le prix des options d'achat d'actions en cours ou de prolonger la vie des options d'achat d'actions précédemment attribuées, comme nous en avons discuté dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [Considérations sur la réévaluation d'options d'achat d'actions à l'ère de la COVID-19](#) » sur osler.com, pour composer avec l'impact sur les détenteurs, en particulier sur ceux qui ont eu la malchance de détenir des options qui devaient expirer pendant le ralentissement du marché. Toutefois, les exigences des bourses des valeurs et celles relatives à l'approbation des actionnaires ainsi que les considérations fiscales ont engendré des difficultés importantes. L'Institutional Shareholder Services (ISS), société de conseil en matière de procurations, a indiqué qu'elle appliquerait son approche en matière de politique du cas par cas à toute réévaluation d'options d'achat d'actions. La remise d'options en contrepartie d'espèces ou leur échange contre d'autres types d'attributions posent des défis semblables.

Par conséquent, de nombreux émetteurs ont commencé à chercher d'autres façons de remplacer ou de modifier les attributions pour lesquelles les mesures de rendement établies n'étaient plus efficaces. Malheureusement, la modification des conditions d'attribution des actions existantes ou l'octroi de nouvelles attributions, en particulier lorsqu'elles sont combinées avec des modifications des salaires actuels, peut entraîner des conséquences fiscales défavorables au Canada et aux États-Unis, comme nous en avons discuté dans le bulletin d'actualités Osler d'avril 2020 intitulé « [Conséquences fiscales inattendues de la modification du mécanisme de rémunération pendant la crise de COVID-19, au Canada et aux États-Unis](#) » sur osler.com.

Dans de nombreux cas, les émetteurs ont choisi de repousser les décisions sur les rajustements de salaire à plus tard durant l'année. Même si les marchés se sont presque remis des périodes creuses du printemps, les conséquences de la pandémie de COVID-19 ont été variées. Pour prendre des décisions définitives relatives à la rémunération en 2020, les comités de rémunération devront soupeser

- la nécessité de récompenser le rendement de la direction dans des circonstances où elle subit une forte pression pour préserver les activités, protéger les employés, redresser les finances et utiliser de nouvelles technologies et stratégies ;
- les questions liées à la réduction des effectifs et des salaires, s'il en est, mise en place par l'émetteur ;
- les avis des sociétés de conseil en matière de procurations qui témoignent de peu de sympathies à l'égard des primes de rendement ou des honoraires rajustés en fonction du rendement, sauf en ce qui a trait aux réussites en fonction d'un rendement relatif. Par exemple, la société de conseil en matière de procurations Glass Lewis a déclaré, en mars, que [traduction] « en fait, de nombreux travailleurs, y compris les membres de la direction, ne devraient pas s'attendre à toucher le même salaire qu'ils recevaient avant la crise, puisque leur valeur sur le marché libre en tant que capital humain a maintenant changé. » L'ISS a également indiqué dans sa [Policy Guidance on the Impact of the COVID-19 Pandemic](#) (en anglais) que ses politiques de référence en matière de vote ne soutiennent pas la modification des attributions au milieu d'une période de mesure du rendement et que ces modifications seront évaluées au cas par cas pour déterminer si les administrateurs ont fait preuve d'un usage approprié de leur pouvoir discrétionnaire et communiqué suffisamment de détails sur les motifs de leur décision aux actionnaires ;
- les considérations quant aux fluctuations temporaires du marché, qui ont une incidence disproportionnée sur les questions liées à la rémunération fondées sur des déclencheurs rigides et périodiques, comparativement à la perspective à long terme des investisseurs, qui peuvent reporter la réalisation jusqu'à la reprise des marchés boursiers.

Alors qu'ils mettent la dernière touche aux plans d'activités pour 2021, les émetteurs doivent analyser attentivement les mesures incitatives qui s'appliqueront l'an prochain.

Modification des pratiques à la lumière de décisions difficiles

L'antipathie judiciaire envers le traitement standard de la rémunération incitative a atteint de nouveaux sommets en 2020. De nombreuses affaires judiciaires, notamment une affaire de la Cour suprême du Canada, ont nettement fait pencher la balance en faveur des employés. D'autres détails sur ces décisions et leurs effets potentiels sur les employeurs sont inclus dans l'article intitulé [COVID-19 et décisions difficiles pour les employeurs : défis de l'emploi en 2020](#).

- Dispositions en matière d'annulation : Le 15 juillet 2020, dans l'affaire [Battiston v. Microsoft Canada Inc.](#) (en anglais), la Cour supérieure de l'Ontario a conclu que l'annulation des primes de rendement à long terme à la cessation d'emploi sans motif était [traduction] « sévère et oppressante », exigeant des mesures raisonnables pour veiller à ce que l'employé soit au courant de cette annulation. Cette affaire est actuellement portée en appel par la Cour d'appel de l'Ontario. Osler représente Microsoft.

De nombreuses affaires judiciaires, notamment une affaire de la Cour suprême du Canada, ont nettement fait pencher la balance en faveur des employés.

- Dommages pour perte de rémunération incitative à long terme :
le 13 octobre 2020, la Cour suprême du Canada dans l'affaire [Matthews c. Ocean Nutrition Canada Limited](#) a conclu que les clauses d'exclusion dans un régime d'intéressement à long terme n'ont pas éliminé le droit de l'employé à une prime à la démission ou à la cessation d'emploi, avec ou sans motif, et que l'employé pourrait quand même déposer une demande de dommages-intérêts. Même si la clause d'exclusion a supprimé le droit à une prime, les conditions du régime n'ont pas expressément retiré le droit de l'employé de demander des dommages-intérêts découlant de la perte de l'attribution.

En outre, le 17 juin 2020, la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire [Waksdale](#) (en anglais) a invalidé une clause contractuelle applicable au licenciement sans motif de l'employé, puisque les clauses du contrat de travail se rapportant au licenciement motivé contrevenaient à la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* (Ontario). Plus de détails sur cette décision se trouvent dans l'article intitulé « [COVID-19 et décisions difficiles pour les employeurs : les défis de l'emploi en 2020](#) ».

À la lumière de ces décisions, les employeurs devraient réexaminer le libellé de leurs contrats de travail, de leurs régimes de rémunération et de leurs ententes d'attribution. Les employeurs devraient également réviser leurs processus et pratiques de communication avec les employés relatives aux questions de rémunération, notamment aux conséquences d'une cessation d'emploi sur les attributions en cours.

Les décisions relatives à la rémunération pour 2020, et la communication de ces décisions dans les circulaires sollicitant des procurations en 2021, seront scrutées à la loupe sur tous les plans et exigeront qu'une attention particulière y soit portée. Les décisions relatives à la rémunération pour 2021 seront prises dans un contexte commercial et juridique très différent de celui de 2020. Un examen soigneux sera de mise non seulement pour déterminer les salaires et les mesures de rendement appropriés, mais également les documents et les communications connexes.

Modifications proposées pour l'imposition des options d'achat d'actions accordées à partir du 1^{er} juillet 2021

Dans l'énoncé économique de l'automne du 30 novembre 2020, le gouvernement fédéral a repris ses propositions de 2019 visant à modifier l'imposition des options d'achat d'actions. Le traitement fiscal des options octroyées par les employeurs qui sont des sociétés privées sous contrôle canadien (SPCC) ou d'autres sociétés qui ne sont pas des SPCC et qui sont des « entreprises en démarrage, émergentes ou en expansion » n'est pas touché. Les sociétés qui ne sont pas des SPCC dont le revenu annuel brut ne dépasse pas 500 millions de dollars seraient incluses dans la catégorie des « entreprises en démarrage, émergentes ou en expansion ».

Pour les options accordées par d'autres sociétés ou par des fonds communs de placement, la possibilité pour l'employé de bénéficier de la déduction fiscale de 50 % au titre de l'avantage lié à l'option sera soumise à un plafond d'acquisition annuel de 200 000 dollars. Le traitement fiscal des options octroyées avant

le 1^{er} juillet 2021 ne sera pas touché. Vous trouverez plus de détails sur les changements proposés dans notre [Présentation de l'Énoncé économique de l'automne de 2020](#).

Bien que l'utilisation des options d'achat d'actions pour les sociétés cotées en bourse ait diminué au fil du temps, les options n'ont pas été entièrement éliminées en raison de l'avantage financier que représente pour les employés le taux d'imposition favorable. Toutefois, une modification du taux d'imposition applicable pourrait accroître encore l'utilisation des attributions de pleine valeur en fonction du rendement.

AUTEURS



Andrew MacDougall

Associé, Droit
des sociétés

amacdougall@osler.com

416.862.4732

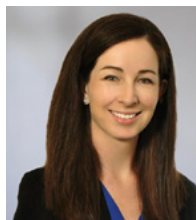


Lynne Lacoursière

Associée, Droit
des sociétés

llacoursiere@osler.com

416.862.4719



Kelly O'Ferrall

Avocate-conseil, Droit
du travail et de l'emploi

koferrall@osler.com

416.862.4897

Intensification des activités de fusion et d'acquisition dans le secteur canadien des technologies à la veille de l'année 2021

Alors que s'achève la tumultueuse année 2020, le secteur canadien des technologies est décidément dans la mire des acheteurs stratégiques et financiers nationaux, américains et étrangers. La seconde moitié de l'année a été témoin d'une augmentation importante des opérations de fusion et d'acquisition de sociétés spécialisées dans les technologies, favorisée par diverses tendances majeures. Dans cet article, nous examinons l'état du marché et les facteurs contribuant à son dynamisme.

Volume et valeur des opérations

Le ralentissement temporaire des activités de fusion et d'acquisition durant les premiers mois de la pandémie de COVID-19 a laissé place à une augmentation des opérations conclues et des démarches actives à ce chapitre. Malgré la turbulence de l'environnement macroéconomique, le secteur nord-américain des technologies continue de faire montre de solidité et de confirmer sa réputation de marché convoité favorable aux investissements. Comme le rapporte Preqin, après une baisse des opérations déclarées pendant le premier semestre de 2020, leur volume et leur valeur ont rebondi en Amérique du Nord, avec pour résultat un troisième trimestre où la valeur totale des opérations a surpassé celle d'avant la pandémie pour la même période en 2019.

Le Canada a vécu la même situation. Selon les [données sur le marché canadien de l'ACCR](#) (en anglais), la valeur des opérations d'achat avec des capitaux privés pour les trois premiers trimestres de 2020 excède le total pour 2019 : 11,7 G\$ CA ont été investis dans le cadre de 446 opérations en 2020, contre 7 G\$ CA dans le cadre de 385 opérations en 2019.

Tendances macroéconomiques favorisant les fusions et acquisitions dans le secteur canadien des technologies

Si l'injection décidée de 1,5 T\$ US de réserves liquides provenant de fonds de capital-investissement et la sortie de 500 G\$ US en espèces du bilan d'acheteurs stratégiques ont rendu possibles ces activités de fusion et d'acquisition dans le secteur canadien des technologies (comme le rapporte Pitchbook), des tendances macroéconomiques majeures les ont aussi favorisées.

1. Motivations des sociétés visées

Que ce soit le désir de survivre à la pandémie de COVID-19 ou de tirer parti d'un secteur très recherché et d'améliorer leurs données financières fondamentales qui motive les sociétés visées à explorer les possibilités de fusion et d'acquisition, les échanges qu'elles ont avec les acheteurs stratégiques et les fonds de capital-investissement sont désormais au cœur des discussions (virtuelles) des conseils d'administration.

Les conseils d'administration et les équipes de direction des sociétés prospères qui maintenaient auparavant une attitude « attentiste » à l'égard des fusions et des acquisitions sont aujourd'hui plus sensibles à l'intérêt manifesté à l'endroit de leurs entreprises. Ils prennent aussi de plus en plus souvent l'initiative de rechercher la bonne opération pour tirer avantage des possibilités offertes sur le marché.

Le moyen ainsi envisagé par nombre de ces sociétés pour maximiser leur valeur consiste à exploiter en même temps diverses solutions stratégiques. Plus précisément, nombre d'émetteurs suivent un processus à deux voies ou à voies multiples et engagent des conseillers en fusions et acquisitions pour la poursuite de ces démarches stratégiques parallèles ou multiples. Les différentes solutions prises en considération comprennent les ventes pures et simples, les opérations côté acheteur et les opérations de financement par actions de croissance. Très

Selon les données sur le marché canadien de l'ACCR, la valeur des opérations d'achat avec des capitaux privés pour les trois premiers trimestres de 2020 excède le total pour 2019 : 11,7 G\$ CA ont été investis dans le cadre de 446 opérations en 2020, contre 7 G\$ CA dans le cadre de 385 opérations en 2019.

souvent, les opérations conclues avec des actions de croissance incluent une vente secondaire au cours de laquelle les fondateurs et les premiers investisseurs obtiennent une certaine quantité de liquidités.

Une autre solution suivie en parallèle a émergé en 2020 dans le cas des sociétés spécialisées dans les technologies, à savoir le recours aux premiers appels publics à l'épargne (PAPE), bien que les prises de contrôle inversées gagnent également du terrain comme moyen de s'introduire en bourse. L'appétit croissant pour les PAPE dans les secteurs des technologies tels que les sciences de la vie a entraîné la création d'un environnement concurrentiel où les acheteurs doivent payer des primes de plus en plus élevées étant donné la diversité des solutions stratégiques viables accessibles aux sociétés visées qui sont à la recherche de liquidités.

Quant aux sociétés en difficulté par suite de la pandémie de COVID-19 ou pour une autre raison, leurs conseils d'administration semblent de plus en plus réceptifs à l'idée de discuter d'une opération de fusion et d'acquisition à cause du besoin de restructuration de leurs opérations. Ils évaluent aussi, en même temps, d'autres solutions stratégiques dans le contexte de la pandémie. L'exploitation d'un processus à deux voies pour optimiser l'éventail des options et la valeur n'a jamais été aussi importante pour les sociétés de cette catégorie.

2. Rendement des marchés boursiers

Les marchés boursiers nord-américains ont fait face à des vents contraires très tôt au cours de la pandémie de COVID-19. À la fin de l'été, cependant, ils ont cessé de tenir compte du ralentissement économique. Les gains réalisés alors en bourse ont mené à un redressement du bilan des sociétés ouvertes et du cours de leurs actions. Pressées depuis par leurs actionnaires d'utiliser le surplus de liquidités à bon escient, ces sociétés cherchent à acquérir des entreprises spécialisées en technologies pour accélérer et améliorer leur transformation numérique interne. Cette tendance s'étend même jusqu'aux sociétés traditionnelles, désireuses d'innover et d'améliorer leur offre.

Une opération de fusion et d'acquisition d'une entreprise technologique privée par une société ouverte peut procurer aux actionnaires vendeurs des actions de la société ouverte acheteuse. Ils peuvent aussi bénéficier d'autres mesures incitatives à long terme en actions, en plus d'empocher des liquidités. Un solide rendement des marchés boursiers permet aux actionnaires vendeurs, qui souvent comprennent les employés et les membres de la direction de la société visée, de profiter du potentiel d'appréciation future des actions de leur acquéreur.

3. Talents de classe mondiale dans les technologies

La qualité des talents en ingénierie au Canada lui permet de rester bien en vue et en fait un centre attrayant pour les activités des sociétés. Le Canada est bien connu pour ses écosystèmes d'entreprises en démarrage dans des villes comme Toronto, Waterloo, Ottawa, Montréal et Vancouver, et pour ses écosystèmes émergents à Calgary, à Edmonton, à Victoria et à Halifax, entre autres. Les universités implantées d'un océan à l'autre du pays produisent à la chaîne les meilleurs programmeurs informatiques et scientifiques qui soient. Outre les politiques d'immigration de plus en plus favorables du Canada comparativement à celles des États-Unis, l'accès aux talents en technologies et leur mobilité dans le pays

contribuent à susciter l'intérêt des fonds de capital-investissement et des sociétés acheteuses envers les sociétés canadiennes spécialisées dans les technologies.

Les grandes entreprises comme Amazon, Salesforce.com, Microsoft et Google ont depuis longtemps fait du Canada un deuxième lieu d'accueil pour leurs centres de développement. Quant aux autres acheteurs, ils ont eu vent du fait que, dans un monde de plus en plus virtuel, le Canada constitue une destination privilégiée. Nous nous attendons à ce que cette préférence persiste.

Une société n'a plus besoin de se trouver dans la Silicon Valley pour capter l'intérêt d'investisseurs ou d'un éventuel acquéreur. Le passage de grandes sociétés technologiques comme Twitter à un modèle de télétravail permanent ou semi-permanent laisse penser, d'ailleurs, que le Canada deviendra probablement une destination encore plus désirable dans un monde post-pandémique.

Dans le monde virtuel où nous vivons actuellement à cause de la COVID-19, toutes les opérations de fusion et d'acquisition ont lieu complètement virtuellement. Dans certains cas, les équipes de direction de l'acheteur et de la société visée peuvent ne jamais avoir d'entretien en face à face. Raison de plus expliquant la multiplication des possibilités d'opérations transfrontalières.

4. Coût de base au Canada

Le taux de change entre le dollar américain et le dollar canadien continue de faire des sociétés canadiennes des cibles attrayantes pour un acheteur américain du point de vue du prix. Les sociétés canadiennes tirent avantage depuis longtemps de l'arbitrage de devises, leurs coûts étant largement libellés en dollars canadiens et les revenus tirés des clients fréquemment générés en dollars américains.

D'autre part, les salaires des talents canadiens en technologies accusent un certain retard par rapport à ceux offerts dans les grands centres technologiques américains, comme à San Francisco, à Palo Alto, à New York et à Boston.

Ces deux facteurs consolident encore davantage la position avantageuse du Canada sur le plan des coûts du point de vue de l'acheteur.

5. Changement d'humeur : marchés haussiers dans certains sous-secteurs

L'impact de la pandémie de COVID-19 sur notre mode de vie et de travail a pour conséquence un intérêt accru des acheteurs cherchant à réaliser des opérations de regroupement à des fins de concentration de leurs secteurs. Leur attention est tournée vers les technologies de la santé, les biotechnologies, le commerce électronique, les logiciels-services (SaaS), les technologies financières, l'intelligence artificielle et l'apprentissage automatique, les technologies agricoles et les technologies permettant à la main-d'œuvre de travailler à distance.

Le Canada jouit d'une solide réputation à l'échelle mondiale dans ces secteurs convoités. Leur solidité durant cette période d'incertitude économique mondiale contribue à maintenir le pays à la vue des fonds de capital-investissement et des acheteurs stratégiques.

Contrairement aux ralentissements économiques précédents (notamment la crise financière de 2008 et le marasme de 2001-2003 causé par les cyberentreprises),

les cours dans les secteurs mentionnés surpassent en général ceux d'avant la pandémie, selon les données sur les marchés de Capital IQ.

Malgré la hausse des cours en général, les dynamiques particulières opposant les acquéreurs et les sociétés visées peuvent aboutir à des écarts d'évaluation des titres lors de leurs négociations. Pour combler ces écarts, des clauses de contrepartie conditionnelle sont insérées dans les ententes dans une plus large mesure, en particulier dans le cas des opérations du marché intermédiaire et les opérations de type « acqui-hire » (acquisitions faites principalement pour accéder à des bassins de talents) visant les entreprises en démarrage. Les jalons inclus dans ces clauses correspondent en général à des objectifs de revenu ou de bénéfice (p. ex. le BAIIDA) ou à des seuils d'acquisition de clientèle, de développement de produits et d'intégration.

6. Occasions de PAPE à saisir

Tandis que la période propice pour les PAPE sur le marché américain se prolonge, on observe un intérêt croissant pour le secteur canadien des technologies. De nouvelles occasions de PAPE s'offrent aux fonds de capital-investissement et aux acheteurs stratégiques, qui en ont pris conscience et cherchent à en profiter, car ils ont besoin de garnir leur portefeuille. À cet effet, les fonds de capital-investissement financent de plus en plus les opérations de regroupement sur le marché intermédiaire, au nom des sociétés de leur portefeuille, afin d'atteindre une masse critique en prévision d'un PAPE. L'acquisition de sociétés canadiennes spécialisées dans les technologies constitue un moyen populaire de concentration de leur secteur et de réalisation de la masse critique nécessaire pour lancer un PAPE, tendance qui devrait continuer.

En outre, les sociétés américaines et canadiennes qui ont réalisé un PAPE en 2020 ont fréquemment des projets de croissance, qu'elles concrétisent souvent par des acquisitions faites en mettant à profit les fonds figurant sur leur bilan à la suite de leur PAPE.

Tandis que la période propice pour les PAPE sur le marché américain se prolonge, on observe un intérêt croissant pour le secteur canadien des technologies.

7. Disponibilité et faible coût du crédit

Dans les premiers jours de la pandémie de COVID-19 s'est posée la question de la disponibilité du crédit et de la possibilité d'une contraction des marchés de la dette. En réalité, les prêteurs se sont montrés solides et ont généralement continué d'accorder des prêts aux sociétés et aux fonds de capital-investissement. Le creux historique des taux d'intérêt a permis aux sociétés visées d'utiliser leur capacité d'emprunt, d'après leur bilan, pour réaliser des opérations rentables à crédit.

8. Les Canadiens « monopolisent le podium »

Les acheteurs étrangers savent depuis longtemps que les entrepreneurs canadiens sont capables de créer d'excellentes technologies. La critique émise dans le passé à l'égard des équipes de direction canadiennes était leur propension à se retirer du jeu trop rapidement, avant que leur société n'atteigne une taille véritablement importante. De plus en plus, cependant, les sociétés canadiennes prouvent qu'elles peuvent elles aussi croître. Leurs équipes de direction, leurs conseils d'administration et leurs investisseurs nourrissent, de fait, l'ambition collective de construire des « locomotives » de classe mondiale.

Dans la foulée du large succès du PAPE de Spotify en 2015 lui permettant de faire son entrée à la bourse de New York et, ultérieurement, de la spectaculaire croissance de ses bénéfices et de son rendement exceptionnel comme société ouverte sur le marché boursier, une nouvelle génération de licornes canadiennes (sociétés avec une capitalisation dans les milliards de dollars) a fait son apparition, et possiblement d'autres licornes suivront dans le futur. Remarquablement, le phénomène a fait boule de neige dans tout le pays. La génération émergente de locomotives comprend Applyboard, établie à Waterloo (Ontario), qui a accédé au rang de licorne avec son tour de financement de 2020 ; Wealtheasy, de Toronto (Ontario), qui a atteint ce niveau en 2020 grâce à un investissement de TCV ; Lightspeed POS, implantée à Montréal (Québec), qui a réalisé un PAPE transfrontalier en vue de son introduction au NASDAQ et au TSX ; et Clio, de Burnaby (Colombie-Britannique), dont le tour de financement par actions de croissance en 2019, achetées principalement par TCV et JMI Equity, figure comme le plus important de l'histoire de la Colombie-Britannique.

Plus récemment, Verafin, établie à St. John's (Terre-Neuve), après avoir éclipsé le financement record de Clio en 2019 avec un tour de financement par actions de croissance de 515 M\$, a annoncé son acquisition imminente par NASDAQ pour 2,75 G\$ US, soit la plus grosse acquisition de société technologique privée de l'histoire du Canada. Osler a agi comme conseiller lors des opérations mentionnées ci-dessus.

Étant donné l'apparition de nombreuses autres sociétés technologiques en phase de développement dans le paysage, la liste des champions canadiens actuels et futurs continue de s'allonger. Les acheteurs font maintenant la chasse à la prochaine licorne canadienne avec l'objectif de l'éliminer préventivement du marché au moyen d'une offre d'acquisition attrayante.

Conclusion

Tous ces facteurs font de l'écosystème canadien des technologies une destination recherchée au vu de l'intérêt qu'elle suscite relativement aux acquisitions transfrontalières. Parallèlement, les sociétés canadiennes spécialisées dans les technologies en phase de développement tirent leur croissance de telles acquisitions. Avec les vents arrière favorables qui poussent les sociétés des technologies hors des eaux calmes de 2020, nous prévoyons que les facteurs mentionnés continueront de favoriser les activités de fusion et d'acquisition bien après le passage à 2021 et au-delà.

AUTEURS



Mark Longo
Associé et coprésident,
Sociétés émergentes et à
forte croissance
mlongo@osler.com
778.785.2746



Tara Folk
Sociétaire, Sociétés
émergentes et à forte
croissance
tfolk@osler.com
604.692.2769



OSLER

DROIT MINIER

Tout ce qui brille – droit minier 2020

Malgré toutes les incertitudes entourant la pandémie mondiale (ou peut-être en raison de ces incertitudes), le secteur minier semble avoir connu un regain en 2020. Les restrictions visant les déplacements et les limites des contrôles diligents ont compliqué la réalisation des opérations portant sur de nombreux actifs de sociétés à grande capitalisation, mais le raffermissement constant du prix des marchandises (en particulier celui de l'or) a stimulé les opérations de financement de moindre envergure et les opérations concernant des biens. La dernière année a notamment été marquée par les conditions de marché les plus favorables à l'exploration minière depuis la fin du dernier essor du cycle des matériaux, alors que de nombreux émetteurs (mais certainement pas tous) ont enfin réussi à réunir les capitaux dont ils avaient vraiment besoin. Les actions accréditives ont particulièrement été populaires auprès des investisseurs en raison de l'assouplissement des obligations visant l'engagement des dépenses et la renonciation. L'intérêt pour l'exploration minière refait surface alors que les nouvelles découvertes se font plus rares et que la durée de vie de plusieurs mines tire à sa fin. L'attention du marché s'est en grande partie portée sur l'or, mais des perspectives de financement ont également vu le jour pour les projets d'exploitation de métaux de base et de métaux pour batteries.

En 2020, l'amélioration de la conjoncture a également permis à plusieurs sociétés minières émettrices de procéder à une inscription en bourse au moyen de premiers appels publics à l'épargne et de prises de contrôle inversées. Cette tendance devrait se poursuivre, étant donné que les nouveaux émetteurs se font rares depuis cinq ans. Grâce au retour des possibilités de financement et au flux stable de fonds soutenant les projets d'exploration minière, les organismes de réglementation ont de nouveau porté leur attention sur l'information et les rapports techniques. Par le passé, comme les opérations et les financements étaient moins fréquents, l'obligation de produire un rapport technique révisé s'appliquait moins souvent. Par conséquent, bon nombre de sociétés minières émettrices se retrouvent aujourd'hui avec des rapports techniques qui ne sont pas à jour. De plus, compte tenu de la hausse du prix des produits de base, les sociétés minières émettrices sont plus portées à actualiser leurs estimations des réserves et ressources minérales. Les sociétés ont intérêt à gérer efficacement ces processus pour mettre en œuvre leur plan d'affaires.

Deux importants changements d'ordre réglementaire apportés en 2020 sont décrits ci-dessous.

Examen confidentiel des dépôts préalables de prospectus

Comme nous l'avons souligné dans notre article intitulé « [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#) », les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (ACVM) ont publié un Avis du personnel qui élargit l'accès aux examens confidentiels des dépôts préalables des émetteurs canadiens.

Dans le secteur minier, cet Avis du personnel des ACVM fait suite à la publication en 2019 de l'[Avis 43-706 du personnel de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario](#) (CVMO) (en anglais), qui annonçait la mise en place d'un programme d'examen avant le dépôt de l'information technique des sociétés minières. Le programme ontarien d'examen préalable au dépôt était inspiré d'un [programme semblable](#) (en anglais) en Colombie-Britannique et visait à réduire les risques associés à l'exécution pour les émetteurs et les courtiers en valeurs qui souhaitent lancer des appels publics à l'épargne au moyen d'un prospectus simplifié, en permettant de corriger les lacunes de l'information technique avant le lancement. Les deux programmes d'examen étaient axés sur l'information technique avant le dépôt d'un prospectus simplifié.

Grâce au programme permettant un accès élargi aux examens confidentiels des dépôts préalables de prospectus, les sociétés minières émettrices peuvent dorénavant faire examiner leur prospectus et leurs rapports techniques connexes avant de procéder à un placement. Les sociétés minières émettrices qui souhaitent se prévaloir de ce programme doivent noter que, selon l'Avis du personnel, de façon générale, le personnel fera de son mieux pour formuler ses premières observations dans les 10 jours ouvrables suivant le dépôt préalable. Ce délai correspond à la norme applicable aux prospectus ordinaires. Pour les émetteurs souhaitant faire un premier appel public à l'épargne, il existe peu d'inconvénients à se prévaloir de ce programme. Pour les émetteurs assujettis, l'accès au programme exige une grande planification qui pourrait ne pas être

possible si une opération de financement est effectuée rapidement pour tirer parti des occasions sur le marché.

Comme il est difficile de composer avec des problèmes touchant l'information ou les rapports techniques alors que le processus de placement est déjà lancé, le programme d'examen préalable au dépôt permet aux sociétés émettrices du secteur minier d'être proactives en faisant approuver leur information technique avant d'offrir les titres. Le programme permet par ailleurs aux émetteurs de s'assurer, en collaborant avec les organismes de réglementation, que les rapports techniques déposés antérieurement sont à jour en vue de l'appel public à l'épargne.

Attentes en matière de publication d'estimations des ressources

Le 4 juin 2020, les ACVM ont [annoncé](#) la publication de l'[Avis 43-311 du personnel des ACVM](#), qui résume les résultats de l'évaluation des estimations des ressources minérales figurant dans 86 rapports techniques. Les résultats de l'évaluation indiquent que la plupart des estimations des ressources minérales divulguées étaient satisfaisantes. Cet Avis du personnel vise à éclairer les émetteurs du secteur minier et les personnes qualifiées sur la manière dont les autorités en valeurs mobilières évaluent les estimations des ressources minérales présentées dans les rapports techniques. Il fournit également des indications précises pour aider les émetteurs à remédier aux lacunes décelées lors de l'examen et à réduire potentiellement les situations exigeant une intervention réglementaire.

Les ACVM ont conclu que l'information présentée était inadéquate pour les aspects suivants :

- Perspectives raisonnables d'extraction rentable à terme (les perspectives raisonnables) : Un gîte minier ne constitue pas une ressource minérale tant que ses perspectives raisonnables n'ont pas été démontrées. Certains rapports techniques ne présentaient pas suffisamment d'information adéquate sur les taux de récupération des métaux, les méthodes et les coûts d'exploitation et de traitement présumés, ainsi que les contraintes appliquées à l'estimation des ressources minérales pour démontrer clairement que la matière minéralisée avait le potentiel d'être extraite et transformée de façon rentable.
- Vérification des données : Les données utilisées pour appuyer une estimation des ressources minérales doivent être vérifiées correctement et jugées convenables à cette fin par la personne qualifiée. Les projets miniers passent souvent entre les mains de plusieurs propriétaires, chacun ayant produit des données d'exploration et de forage. Il est légitime d'utiliser les données héritées des exploitants antérieurs, mais celles-ci doivent être vérifiées soigneusement, et cet exercice doit être consigné dans le rapport technique.
- Facteurs de risque : Chaque projet minier présente des risques qui lui sont propres, chacun de ceux-ci pouvant avoir une incidence sur l'estimation des ressources minérales. Bon nombre de rapports techniques présentaient seulement de l'information passe-partout sur les risques éventuels et les incertitudes que comporte généralement le secteur minier. Le fait d'omettre des risques connus pertinents qui sont propres au projet minier peut rendre trompeuse l'information sur l'estimation des ressources minérales.

Comme il est difficile de composer avec des problèmes touchant l'information ou les rapports techniques alors que le processus de placement est déjà lancé, le programme d'examen préalable au dépôt permet aux sociétés émettrices du secteur minier d'être proactives en faisant approuver leur information technique avant d'offrir les titres.

- Sensibilité à la teneur de coupure : L'information sur les variations de la teneur de coupure servant à indiquer la solidité relative de l'estimation peut s'avérer utile. Cependant, toutes les estimations découlant de chacun des scénarios de teneur de coupure doivent répondre au critère des perspectives raisonnables, et le scénario de base ou privilégié doit être mis en évidence.

En publiant l'Avis du personnel, les ACVM ont indiqué qu'elles s'attarderaient à ces aspects à l'avenir. Alors que la conjoncture s'améliore et que les capitaux semblent regagner le secteur minier, nous nous attendons à un contrôle accru de l'information sur l'estimation des ressources minérales. Nous recommandons donc aux émetteurs de réviser attentivement leur information technique, d'en discuter avec leurs personnes qualifiées ainsi que leur avocat-conseil externe et de tenir compte de la nécessité d'y apporter des améliorations pour éviter tout problème de conformité réglementaire potentiel.

Étant donné la hausse du prix des marchandises et l'optimisme ayant gagné les investisseurs, nous estimons que l'activité dans le secteur minier continuera sur sa lancée en 2021. En outre, compte tenu de leur prédominance sur le marché canadien, les émetteurs aurifères seront probablement les principaux acteurs qui mobiliseront des capitaux et qui procéderont à l'exploration et à la mise en valeur. Il sera essentiel de découvrir des gisements pour assurer la vigueur à long terme du secteur ainsi que la croissance dont les nouvelles sociétés ont grand besoin. Alors que plusieurs opérations de fusions et acquisitions ont été conclues en 2019 et au début de 2020, la pandémie de COVID-19 a ralenti la consolidation du marché. Le secteur minier n'a cependant pas été durement touché, puisque l'exploitation et l'exploration minières déjà entamées se sont poursuivies. Avec un peu de chance, le secteur minier sera tout aussi résilient en 2021 et les émetteurs arriveront à conclure des opérations en toute sécurité.

AUTEURS



James R. Brown
Associé, Droit
des sociétés
Coprésident : Droit minier
jbrown@osler.com
416.862.6647



Alan Hutchison
Associé, Droit
des sociétés
Coprésident : Droit minier
ahutchison@osler.com
604.692.2760

Émissions de titres de créance hybrides par les banques canadiennes

Les titres de créance hybrides sont des titres de créance auxquels des caractéristiques de titres de participation ont été ajoutées à des fins de conformité avec des exigences imposées par un organisme de réglementation, une agence de notation ou tout autre tiers responsable de surveiller la structure du capital d'un émetteur donné. La création d'un nouveau type d'instrument hybride qui répond aux exigences strictes en matière de capitaux visant les institutions financières canadiennes assujetties aux lois fédérales signifie que 2020 a été une année charnière sur le plan de l'élaboration de ce type de titres de créance au Canada. Osler est fier d'avoir joué un rôle clé dans la mise au point de la nouvelle structure d'un instrument de capital de catégorie 1.

Exigences réglementaires en matière de capital pour les banques

Au 1^{er} janvier 2013, le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF), soit l'organisme de réglementation responsable de surveiller les instruments de capital émis par les banques canadiennes, a adopté un ensemble de règles convenues, qui ont été mises au point par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire en réaction à la crise financière de 2008. Ces règles, que l'on appelle les Accords de Bâle III, visent à renforcer la réglementation, la supervision et la gestion des risques au sein des banques. Elles imposent des exigences détaillées concernant les instruments de capital pouvant être émis par les institutions financières à l'intention des investisseurs.

Ces mesures prévoient des exigences pour les instruments de capital de catégorie 1. Les instruments de capital de catégorie 1 s'entendent des capitaux qui répondent à la définition de capitaux de catégorie 1 aux termes des exigences en matière de fonds propres des Accords de Bâle III et qui ne sont pas des actions ordinaires ou des actions privilégiées perpétuelles non cumulatives.

Au même moment, le BSIF a mis en place une exigence en vertu de laquelle chaque instrument sous forme de capital-actions non ordinaire émis par une banque après le 1^{er} janvier 2013 doit être assorti d'une caractéristique voulant qu'il soit convertible en actions ordinaires si la banque visée cesse d'être viable (caractéristique dite des fonds propres d'urgence en cas de non-viabilité (NVCC)). Tout instrument de capital en circulation après le 1^{er} janvier 2013, qui ne présente pas la caractéristique de NVCC devra être supprimé graduellement sur 10 ans.

Suivant ces exigences réglementaires, le marché des instruments de capital de catégorie 1 des banques canadiennes a inscrit une baisse et ces dernières ont cherché à mettre au point de nouveaux instruments de ce genre qui seraient conformes à la nouvelle réglementation applicable aux instruments de capital de catégorie 1.

Billets de capital à recours limité de catégorie 1

En juillet 2020, le BSIF a déterminé que les billets de capital à recours limité de catégorie 1, soit une nouvelle forme de titre de créance hybride créée par la Banque Royale du Canada (RBC) et Osler, répondaient à la définition d'instrument de capital de catégorie 1. RBC a conclu le placement initial de ce nouvel instrument de placement dans le cadre d'une opération d'une valeur de 1,75 milliard de dollars.

Les billets de capital à recours limité de catégorie 1 sont structurés comme des titres de créance subordonnés émis directement par une banque. Dans des conditions normales, la banque versera des intérêts sur le billet au détenteur de celui-ci. Toutefois, si elle éprouve des difficultés financières, les porteurs des billets n'ont aucun recours sur son actif général. De fait, leur recours se limitera plutôt à un bassin d'actions privilégiées de la banque. Si ces actions privilégiées sont remises aux porteurs des billets, les recours de ces derniers aux termes des titres de créance subordonnés prennent fin et ils deviennent détenteurs de titres de participation dans la banque.

En raison de ces caractéristiques, le BSIF a jugé que les billets de capital à recours limité de catégorie 1 sont conformes aux lignes directrices des Accords de Bâle III, qui exigent que les détenteurs d'instrument de capital de catégorie 1 soient du même rang que les actionnaires de la banque émettrice, plutôt que d'être considérés comme des créanciers lors des périodes de difficultés financières. Aux termes des décisions du BSIF, les billets de capital à recours limité de catégorie 1 peuvent uniquement être émis à l'intention des investisseurs institutionnels.

Le lancement des billets de capital à recours limité de catégorie 1 a changé rapidement le marché des instruments de capital de catégorie 1 des banques canadiennes. D'autres banques canadiennes, dont la Banque Nationale du Canada et la Banque de Montréal, ont rapidement emboîté le pas à la RBC en effectuant à leur tour des placements de titres de créance hybrides de catégorie 1. Depuis le premier placement de ce nouvel instrument de capital par la RBC en juillet 2020, les banques canadiennes ont émis près de 6 milliards de dollars en billets de capital à recours limité de catégorie 1. D'autres institutions financières assujetties aux lois fédérales, telles que les compagnies d'assurance, devraient suivre leurs traces.

Ces nouveaux instruments de capital de catégorie 1 émis par les banques devraient également favoriser un marché pour les investisseurs institutionnels d'envergure plus mondiale que celui qui existe actuellement. Contrairement aux dividendes des actions ordinaires et privilégiées, qui sont sujets à une retenue d'impôt, les intérêts payés sur les billets ne sont visés par aucune retenue d'impôt. De cette façon, ils peuvent rivaliser avec les instruments émis par les homologues internationaux des banques canadiennes. Au cours des prochaines années, les participants aux marchés doivent s'attendre à ce que les banques canadiennes remplacent leurs actions privilégiées en circulation par des billets de capital à recours limité de catégorie 1. Un tel changement fera en sorte que le bassin d'investisseurs individuels nationaux existants détenteurs d'actions privilégiées sera éclipsé par un bassin d'investisseurs institutionnels mondiaux porteurs de billets de capital à recours limité de catégorie 1.

Osler a toujours su innover sur le marché des titres de créance hybrides. De fait, en 2016, Osler a créé un billet hybride pour la société de services et d'énergie Emera Inc., après quoi cette dernière a effectué un placement de 1,2 milliard de dollars américains dans le cadre d'une opération de financement d'acquisition. Ces billets permettent de bénéficier d'un crédit de capitaux propres de 50 % aux fins des agences de cotation et sont assortis d'un coupon déductible qui n'est pas assujéti à une retenue d'impôt au Canada. Ces billets hybrides continuent d'être émis par des sociétés canadiennes et ont été la structure sur laquelle Osler s'est basé pour créer les billets de capital à recours limité de catégorie 1 à l'intention des institutions financières canadiennes, conformément aux Accords de Bâle III.

Le lancement des billets de capital à recours limité de catégorie 1 a changé rapidement le marché des instruments de capital de catégorie 1 des banques canadiennes.

AUTEURS



Timothy Hughes
Associé, Fiscalité
thughes@osler.com
416.862.6573



Rosalind Hunter
Associée, Droit
des sociétés
rhunter@osler.com
416.862.4943

L'assurance des déclarations et garanties – un outil de plus en plus important pour les négociateurs canadiens

En 2020, l'assurance des déclarations et garanties a continué à jouer un rôle de plus en plus important sur le marché canadien des fusions et acquisitions privées. L'assurance des déclarations et garanties est une police d'assurance généralement souscrite par un acheteur qui remplace la totalité ou la plupart des obligations traditionnelles du vendeur en matière d'indemnisation pour les pertes résultant de la violation ou de l'inexactitude des déclarations et garanties du vendeur. En conséquence, selon la structure de l'opération et de la police d'assurance, un vendeur est en mesure de réduire considérablement, voire d'éliminer, ses obligations d'indemnisation après la conclusion de l'opération. Par ailleurs, un acheteur peut conserver la protection par indemnisation qu'il chercherait normalement à obtenir dans une opération de fusion et d'acquisition traditionnelle. L'assurance des

déclarations et garanties est pratique courante aux États-Unis et son adoption sur le marché canadien a rapidement pris de l'ampleur au cours des dernières années. Dans cet article, nous examinons l'état du marché canadien de l'assurance des déclarations et garanties en 2020, y compris les répercussions de la COVID-19 sur celui-ci.

L'utilisation de l'assurance des déclarations et garanties au Canada continue de croître

Au Canada, l'utilisation de l'assurance des déclarations et garanties est devenue un outil de plus en plus courant pour les négociateurs canadiens, une tendance qui semble se poursuivre malgré la pandémie de COVID-19. Bien que l'assurance des déclarations et garanties ne soit pas encore aussi répandue au Canada qu'aux États-Unis, un enchérisseur participant à un processus concurrentiel au Canada, comme une vente aux enchères, doit s'attendre à ce qu'un vendeur soit susceptible de proposer l'assurance des déclarations et garanties au lieu des modalités d'indemnisation traditionnelles. Un enchérisseur en quête d'un avantage concurrentiel doit être prêt à proposer ou à accepter l'assurance des déclarations et garanties dans son offre afin de demeurer compétitif. Alors qu'auparavant, les opérations d'assurance des déclarations et garanties avaient souvent un lien avec les États-Unis ou avec des fonds de capital-investissement ou des investisseurs financiers, on a assisté récemment à une prolifération d'opérations nationales canadiennes soutenues par une assurance des déclarations et garanties auxquelles ont participé des acquéreurs stratégiques.

Un plus grand nombre de professionnels de l'assurance des déclarations et garanties se consacrent au marché canadien

En 2020, nous avons assisté à une maturation du marché de l'assurance des déclarations et garanties au Canada. Un nombre croissant de courtiers et de souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties comptent désormais sur des professionnels ou des équipes qui se consacrent au marché canadien. Dans le cas des plus grands courtiers d'assurance mondiaux et souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties, beaucoup ont maintenant des équipes sur le terrain au Canada. Cette présence accrue, jumelée à la popularité croissante de l'assurance des déclarations et garanties, a entraîné une plus grande disponibilité de la couverture et une plus grande concurrence. Il en est résulté un accès accru à l'assurance des déclarations et garanties au Canada et un processus de souscription qui est devenu plus fluide et plus efficace, ce qui a permis de normaliser davantage les polices d'assurance des déclarations et garanties et d'accroître le degré de certitude des opérations.

Le nombre de modifications considérées comme ayant été apportées aux conventions a augmenté

Malgré la concurrence accrue entre les souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties, les déclarations et garanties incluses dans les conventions d'opération ont récemment fait l'objet d'examen plus approfondis, avec notamment une augmentation du nombre de modifications considérées comme ayant été apportées à certaines déclarations et garanties. À titre d'exemple, pour les besoins de la police d'assurance des déclarations et garanties, les souscripteurs peuvent considérer certains libellés comme étant « partie intégrante » de la police d'assurance des déclarations et garanties, dans la mesure où les souscripteurs estiment qu'il s'agit de libellés standards ou typiques dans de telles déclarations et garanties. Cela peut inclure le fait que les mots « par écrit » sont considérés comme ayant été ajoutés après une clause de « réception d'avis » ou que le mot « connaissance » est réputé avoir été ajouté lorsque la déclaration ou la garantie est généralement conditionnelle à la connaissance. Il est habituel pour les souscripteurs de soulever ces questions au début du processus de souscription, ce qui permet de réduire les surprises pour le titulaire de la police d'assurance au moment de l'exécution de l'opération et de la confirmation de la police.

Des exclusions spécifiques à chaque opération surviennent encore souvent dans le processus de souscription de l'assurance des déclarations et garanties, mais il y a généralement moins d'exclusions convenues au stade du sommaire des modalités. Ces exclusions ne sont généralement proposées qu'après l'appel de souscription et après que l'assureur a reçu des informations plus détaillées sur l'entreprise cible et qu'une vérification diligente a été effectuée par l'acheteur.

L'augmentation de la couverture d'indemnisation du vendeur demeure pratique courante au Canada

Conformément au marché canadien des fusions et acquisitions en général, qui offre traditionnellement des conditions d'indemnisation plus favorables aux acheteurs que le marché américain des fusions et acquisitions, les modalités des opérations canadiennes d'assurance des déclarations et garanties n'ont pas encore été harmonisées avec celles des États-Unis. Il n'est pas rare de voir des vendeurs canadiens proposer une couverture d'indemnisation pour des déclarations fondamentales et des obligations fiscales au-delà des montants de garantie de la police d'assurance des déclarations et garanties. En outre, bien que de façon moins courante, on observe certains cas de conventions d'indemnisation particulières pour des questions faisant l'objet d'exclusions spécifiques à chaque opération aux termes de la police d'assurance des déclarations et garanties. En revanche, il est plus courant, dans les opérations américaines, qu'il n'y ait pas de protection d'indemnisation au-delà des montants de garantie de la police d'assurance des déclarations et garanties.

Effet de la COVID-19

Si la pandémie de COVID-19 a ralenti le marché canadien des fusions et acquisitions au deuxième trimestre de 2020, les fournisseurs d'assurance des déclarations et garanties sont néanmoins restés prêts à assurer des opérations.

L'activité au chapitre des fusions et acquisitions s'étant accrue pendant le reste de l'année 2020, les assureurs canadiens ont été plus occupés que jamais. Au départ, la souscription d'assurance a entraîné de larges exclusions liées à la COVID-19 dans la couverture d'assurance des déclarations et garanties, mais à mesure que les souscripteurs d'assurance des déclarations et garanties se sont familiarisés avec le risque associé à la COVID-19 et ses répercussions sur les entreprises ciblées par les fusions et acquisitions, l'approche en matière de souscription d'assurance dans le contexte de la COVID-19 est devenue plus souple. Alors que les polices d'assurance des déclarations et garanties comportent généralement une exclusion de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19, les souscripteurs d'assurance ont récemment adopté une approche plus nuancée et sur mesure qui limite les exclusions de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19 aux domaines où le risque de souscription est plus élevé pour l'entreprise visée.

Bien qu'ils soient prêts à cibler la portée de l'exclusion, les assureurs canadiens se sont montrés plus préoccupés par le risque lié à la COVID-19 pendant la période intermédiaire entre la signature d'une convention et la conclusion de l'opération. Dans ces circonstances, les souscripteurs d'assurance peuvent insister pour que toute limitation de la portée d'une exclusion liée à la COVID-19 s'applique à partir de la date de signature et qu'une exclusion liée à la COVID-19 plus large s'applique à partir de la clôture de l'opération. Parfois, un souscripteur d'assurance conviendra que si les effets de la COVID-19 sur l'entreprise pendant la période intermédiaire semblent minimes, une exclusion liée à la COVID-19 plus limitée peut être rétablie à la clôture.

En outre, les titulaires de police doivent continuer de s'attendre à des appels de mise à jour préalable à la vérification diligente plus longs et plus approfondis avant la clôture, car les souscripteurs d'assurance chercheront à confirmer l'effet de la COVID-19 sur l'entreprise ciblée pendant la période intermédiaire entre la signature et la clôture. Si une police d'assurance des déclarations et garanties pour une entente signée avant le début de la pandémie de COVID-19 dans le territoire concerné ne contient pas d'exclusion liée à la COVID-19, les titulaires de police doivent être prêts à ce que l'assureur mette à profit toute occasion d'ajouter à la police d'assurance des déclarations et garanties une exclusion liée à la COVID-19. Cela est plus susceptible de se produire lorsque le risque lié à la COVID-19 est jugé important et que l'assureur estime qu'il lui confère un moyen de négociation parce que l'assuré peut exiger une renonciation ou un consentement indépendant (par exemple, pour une modification de la convention liée à l'opération ou un report de la date de clôture).

Conclusion

L'assurance des déclarations et garanties continue d'être un élément de plus en plus important du marché canadien des fusions et acquisitions et la COVID-19 n'a pas changé son utilité ou son importance pour la conclusion d'opérations. Les négociateurs canadiens doivent être informés sur le produit et prêts à le déployer comme outil dans leurs opérations pour rester compétitifs dans un processus de fusion et d'acquisition.

Alors que les polices d'assurance des déclarations et garanties comportent généralement une exclusion de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19, les souscripteurs d'assurance ont récemment adopté une approche plus nuancée et sur mesure qui limite les exclusions de la couverture offerte par la police en relation avec la COVID-19.

AUTEURS



**Michael Budabin
McQuown**
Associé, Droit
des sociétés
mbudabin@osler.com
212.991.2590



Mary Abbott
Associée, Droit
des sociétés
mabbott@osler.com
416.862.4217



Brian Gray
Associé, Droit
des sociétés
bgray@osler.com
416.862.4862



Marc Kushner
Associé, Droit
des sociétés
mkushner@osler.com
212.991.2518

Clauses de force majeure : la répartition des risques contractuels et la pandémie de COVID-19

En raison de la pandémie de COVID-19, la clause de force majeure est entrée dans ce qui sera, espérons-le, son seul moment fort. Les clauses de force majeure agissent normalement comme des dispositions de répartition des risques qui excusent l'exécution lorsqu'une partie est incapable d'exécuter ses obligations contractuelles en raison de la survenance d'un événement indépendant de sa volonté.

Pratiquement omniprésentes selon des formules toutes faites dans les contrats commerciaux modernes, les clauses de force majeure ont souvent été peu, voire pas du tout, prises en considération par les parties contractantes (même si une clause de force majeure mal rédigée peut avoir de graves conséquences si une partie n'est pas en mesure d'exécuter ses obligations contractuelles en raison d'un événement indépendant de sa volonté). Cependant, la pandémie de COVID-19 soulève des questions liées à la force majeure comme aucun autre événement avant elle. Dans cet article, nous donnons un aperçu de certains

principes juridiques liés à la force majeure et examinons certaines questions soulevées lors de l'interprétation d'une clause de force majeure, notamment dans le contexte de la pandémie de COVID-19.

Introduction à la force majeure

Dans les territoires de common law du Canada, la force majeure découle des modalités d'une clause de force majeure dans un contrat ; il ne s'agit pas d'une doctrine juridique autonome (contrairement à l'impossibilité d'exécution du contrat). Si un contrat ne prévoit pas de cas de force majeure, la doctrine ne peut alors pas s'appliquer à la relation contractuelle. En revanche, la doctrine de l'impossibilité d'exécution de la common law peut s'appliquer en l'absence d'une clause de force majeure. Une clause de force majeure ne doit pas nécessairement comprendre expressément le terme « force majeure » pour offrir les protections d'une telle clause.

Une clause de force majeure sert généralement à excuser totalement ou partiellement l'inexécution des obligations contractuelles d'une partie, ou à retarder l'obligation d'exécution, dans des circonstances définies (de manière étroite ou large) par le contrat. Ces circonstances doivent généralement être indépendantes de la volonté d'une partie. Dans la décision phare de la Cour suprême du Canada sur le sujet, l'arrêt [Atlantic Paper Stock Ltd. c. St. Anne-Nackawic Pulp and Paper Co.](#), la cour a expliqué qu'une clause de force majeure « dispense généralement une partie de l'exécution de ses obligations contractuelles lorsque survient un événement, parfois surnaturel, sur lequel les parties n'ont aucun contrôle et qui rend l'exécution du contrat impossible ».

De par leur nature, les circonstances déclenchant des clauses de force majeure surviennent rarement et ces clauses sont généralement rédigées de manière à refléter la nature inhabituelle des conditions sous-jacentes. En outre, la force majeure étant une question purement contractuelle, les différends concernant l'interprétation et l'application d'une clause de force majeure peuvent être examinés dans le cadre d'une procédure d'arbitrage confidentielle plutôt que devant les tribunaux (les auteurs ont représenté des clients dans le cadre de deux importants arbitrages commerciaux internationaux relatifs à la force majeure depuis 2013). Par conséquent, l'examen judiciaire des clauses de force majeure a été limité au Canada. Cependant, un certain nombre de principes d'interprétation ressortent clairement de la jurisprudence.

... pour être considéré comme un cas de force majeure, l'événement en question doit généralement rendre l'exécution « impossible » ; un événement qui rend l'exécution simplement peu pratique, non rentable ou commercialement non viable ne suffit généralement pas.

Interprétation d'une clause de force majeure

Pour évaluer l'applicabilité d'une clause de force majeure dans une situation donnée, un tribunal doit procéder à un examen détaillé du libellé précis utilisé par les parties. Une clause de force majeure type comprend une liste d'événements (qui peut être exhaustive ou non) et décrit comment un événement doit entraver l'exécution du contrat pour que la clause soit déclenchée.

Comme indiqué dans la décision *Atlantic Paper*, pour être considéré comme un cas de force majeure, l'événement en question doit généralement rendre l'exécution « impossible » ; un événement qui rend l'exécution simplement peu pratique, non rentable ou commercialement non viable ne suffit généralement pas. Les obligations relatives au paiement d'une somme d'argent sont

généralement exclues d'une clause de force majeure, de sorte qu'on ne peut invoquer l'indigence pour excuser ces obligations. Voir, par exemple, le bulletin d'actualités antérieur d'Osler intitulé « [L'impact de la COVID-19 sur l'exploitation minière](#) » sur osler.com concernant l'inapplicabilité des dispositions relatives à la force majeure à la plupart des contrats de projet.

Les parties qui tentent d'interpréter une clause de force majeure commencent généralement par examiner si l'événement contesté a été expressément énuméré dans le contrat. Toutefois, si l'événement doit incontestablement être un événement admissible aux termes de la clause, la question centrale et plus difficile dans la plupart des cas sera de savoir si l'exécution d'une ou de plusieurs des obligations contractuelles d'une partie a été rendue *impossible*. En d'autres termes, qu'est-ce qu'une partie est obligée de faire aux termes du contrat qu'elle ne peut pas faire maintenant?

La question de savoir si un événement est un « événement admissible » aux termes de la clause de force majeure est généralement moins litigieuse, notamment parce que de nombreuses listes de ce type dans les contrats commerciaux ne sont pas exhaustives (par exemple, « y compris, notamment, les tremblements de terre, les incendies, les inondations, etc. »). Si la clause contient une liste non exhaustive d'événements et que l'événement en question n'y figure pas, la question de savoir si cet événement (qui doit être indépendant de la volonté d'une partie) se qualifie comme cas de force majeure dépend généralement de la possibilité d'établir un lien de causalité entre l'événement en question et une obligation contractuelle qui ne peut être exécutée.

Il convient de noter qu'en cas de liste non exhaustive d'événements potentiellement admissibles, le principe de *ejusdem generis* – qui prévoit que lorsque des termes généraux suivent des termes précis, les termes généraux sont limités au même type ou à la même catégorie de choses que les termes précis – peut toujours s'appliquer pour limiter efficacement les types d'événements qui pourraient être admissibles.

Force majeure et COVID-19

En raison des répercussions véritablement sans précédent que la pandémie de COVID-19 a eu sur les entreprises au Canada et dans le monde entier, la clause de force majeure, souvent négligée, est devenue un sujet d'intérêt important pour les parties commerciales et les professionnels. Les parties à des contrats signés avant la pandémie évaluent maintenant souvent si la pandémie de COVID-19 peut être considérée comme un événement de force majeure dans le cadre de leurs contrats, de sorte qu'elles devraient désormais être dispensées de l'exécution. Pendant ce temps, les parties qui concluent des contrats depuis le début de la pandémie se débattent pour savoir comment répartir au mieux les risques liés au fait qu'une pandémie mondiale (qui n'est plus un événement imprévu) peut les rendre incapables de remplir leurs obligations contractuelles.

Pour dire les choses simplement, il n'y a pas de réponse unique à la question de savoir si la pandémie de COVID-19 constitue un événement de force majeure. Comme pour tout événement de force majeure potentiel, la réponse dépendra du libellé du contrat particulier d'une partie, ainsi que de la nature des obligations stipulées par ce contrat.

Une partie cherchant à invoquer la pandémie COVID-19, ou ses effets, comme un événement de force majeure devra d'abord démontrer que la pandémie (ou ses conséquences) relève de la définition applicable dans le contrat. Sous réserve que l'exécution du contrat soit entravée par la pandémie de COVID-19, les clauses qui énumèrent expressément la « maladie », les « épidémies » ou les « pandémies » comme des cas de force majeure vont vraisemblablement englober la COVID-19, qui a été désignée par l'Organisation mondiale de la santé comme une pandémie mondiale. En l'absence d'un tel libellé, la pandémie peut néanmoins être qualifiée de cas de force majeure si la définition contractuelle est non exhaustive et s'applique de manière générale aux circonstances extérieures indépendantes de la volonté des parties qui empêchent l'exécution. En outre, les contrats commerciaux sont souvent assez contraignants en ce qui concerne les obligations particulières de notification ou d'atténuation imposées à une partie qui cherche à se prévaloir d'une clause de force majeure. Les parties qui invoquent, ou répondent à une partie qui cherche à invoquer, une clause de force majeure, doivent par conséquent être conscientes de ces obligations.

Même si une partie touchée peut démontrer que la pandémie de COVID-19 est potentiellement couverte par le libellé d'une clause de force majeure, la question centrale consistera alors à savoir si (et, si c'est le cas, comment) l'exécution du contrat de la partie a été touchée. Selon l'état actuel du droit et le libellé habituel des clauses de force majeure, si la COVID-19 a simplement rendu la prestation d'une partie moins commode, moins rentable ou commercialement irréalisable – par exemple, en provoquant des difficultés financières ou l'insolvabilité, ou en rendant la prestation totalement non rentable – cette partie pourrait ne pas être autorisée à invoquer la force majeure. En outre, une partie touchée peut rencontrer des difficultés si son contrat prévoit qu'un événement de force majeure doit toucher « directement » l'exécution. Dans certains cas, la pandémie de COVID-19 peut ne toucher qu'indirectement l'exécution – par exemple, lorsque les obstacles directs à l'exécution sont des problèmes comme la pénurie de main-d'œuvre, l'indisponibilité de l'approvisionnement ou, éventuellement, les lois adoptées en réponse à la pandémie. Nous observons, selon le libellé du contrat, que ces obstacles indirects peuvent toutefois se qualifier comme cas de force majeure à part entière.

Au moment où nous écrivons ces lignes, très peu de décisions ont été rendues par les tribunaux des provinces de common law concernant le chevauchement de la COVID-19 et de la force majeure. Selon l'expérience des auteurs, cela est dû à la fois à la prédominance des parties qui parviennent à des règlements commerciaux temporaires (ou définitifs), et à la prédominance (mentionnée ci-dessus) des dispositions d'arbitrage confidentiel dans ces contrats. Néanmoins, il ne fait aucun doute que les parties commerciales invoquent la pandémie de COVID-19 (et ses conséquences) comme des événements de force majeure, tant de manière confidentielle que publique.

Par exemple, en juin 2020, Nabis Holdings Inc, une société de placement canadienne, [a annoncé](#) (en anglais) son intention d'invoquer une clause de force majeure dans un acte de fiducie pour reporter le paiement des intérêts dus aux détenteurs d'obligations, affirmant que la COVID-19 a rendu pratiquement impossible la mobilisation de capitaux pendant la pandémie mondiale. De manière quelque peu inhabituelle, l'acte de fiducie en question (disponible sur

Dans certains cas, la pandémie de COVID-19 peut ne toucher qu'indirectement l'exécution – par exemple, lorsque les obstacles directs à l'exécution sont des problèmes comme la pénurie de main-d'œuvre, l'indisponibilité de l'approvisionnement ou, éventuellement, les lois adoptées en réponse à la pandémie.

[SEDAR](#)) n'a pas exclu l'incapacité de payer de la clause de force majeure. En réponse, le fiduciaire aux termes de l'acte de fiducie aurait [engagé](#) (en anglais) une procédure judiciaire, alléguant que Nabis a violé les modalités de l'acte de fiducie en n'effectuant pas les paiements d'intérêts prescrits.

L'une des rares décisions publiées touchant à la notion de force majeure dans le contexte de la pandémie de COVID-19 est la décision [Durham Sports Barn Inc. Bankruptcy Proposal](#) (en anglais), concernant un locataire qui soutenait qu'il devait être dispensé de payer le loyer pendant la période où il était empêché d'exercer ses activités comme salle de sport en raison de décrets d'urgence émis par le gouvernement de l'Ontario. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a rejeté cet argument, estimant que si la clause de force majeure dans le bail du locataire libérait le propriétaire de l'obligation de fournir une jouissance paisible pendant la fermeture, elle ne libérait pas le locataire de son obligation de payer un loyer. La Cour a refusé de suivre une [décision récente](#) (en anglais) de la Cour supérieure du Québec, qui s'est prononcée en faveur d'un locataire dans des circonstances similaires, parce que la clause dans l'affaire du Québec était formulée différemment et parce que cette affaire a été tranchée sur la base d'une doctrine de droit civil qui n'existe pas en Ontario. L'affaire *Durham* est conforme au principe d'interprétation selon lequel les tribunaux se concentrent sur le libellé particulier de la clause en question.

Il ne fait aucun doute que la jurisprudence sur l'interaction entre la pandémie de COVID-19 et la force majeure continuera de s'étendre au fur et à mesure que les affaires liées à la pandémie avanceront dans le processus judiciaire et nous nous réjouissons à l'idée de fournir d'autres commentaires à ce sujet.

AUTEURS



Mark Gelowitz
Associé, Litige
mgelowitz@osler.com
416.862.4743



Geoffrey Hunnisett
Associé, Litige
ghunnisett@osler.com
416.862.5657



Elie Farkas
Sociétaire, Litige
efarkas@osler.com
416.862.4942

Évolution de l'application de la réglementation sur les marchés financiers

Même avant les retombées de la COVID-19, des changements se dessinaient à l'horizon pour l'application de la réglementation sur les marchés financiers en 2020. L'année a commencé par la poursuite de l'examen de réformes importantes visant à moderniser le régime réglementaire, ainsi que par une attention accrue portée à la manipulation du marché et aux pratiques de négociation abusives. Avec le début de la pandémie, les organismes de réglementation ont adapté leurs efforts de mise en application de la réglementation à un monde virtuel par le biais d'enquêtes à distance et d'audiences électroniques. On a également constaté une augmentation des dénonciations dans l'environnement de travail à domicile.

Réformes proposées par le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers

Comme nous l'avons indiqué dans notre article intitulé [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#), le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers (le Groupe de travail) a publié son très attendu [rapport de consultation](#) (le rapport) le 9 juillet 2020. Si elles sont finalement adoptées par le gouvernement de l'Ontario, plusieurs des propositions du Groupe de travail auront pour effet de modifier considérablement le paysage de la réglementation des marchés financiers de l'Ontario.

Du point de vue de la gouvernance et des opérations, le Groupe de travail s'est penché sur les appels de longue date en faveur d'une séparation des fonctions réglementaires et décisionnelles de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (la CVMO ou, en cas de renvoi au tribunal, la Commission) en favorisant la création d'un nouveau tribunal d'arbitrage des marchés financiers en tant qu'entité entièrement distincte de la CVMO. Cette bifurcation transformerait la Commission en une « autorité de réglementation », comparable à l'Autorité ontarienne de réglementation des services financiers et au modèle mis de l'avant par le projet coopératif de réglementation des marchés financiers.

Le rapport comprenait 12 recommandations relatives aux changements apportés à l'application de la réglementation sur les marchés financiers et deux recommandations pour une protection accrue des investisseurs. Les recommandations proposaient des outils améliorés à l'intention du personnel de la CVMO avec comme objectif de renforcer sa capacité à surveiller les marchés financiers, tout en favorisant l'équité envers les intimés potentiels. Plusieurs recommandations du rapport soutiennent une position de plus en plus énergique en ce qui concerne l'application de la réglementation, comme l'augmentation de la valeur maximale des sanctions administratives pécuniaires à cinq millions de dollars. En outre, le rapport fait mention de l'intérêt du Groupe de travail à adopter un certain nombre d'initiatives semblables à celles récemment mises en œuvre en Colombie-Britannique, comme un pouvoir d'enquête et des pouvoirs de recouvrement élargis.

Notamment, du côté de la défense, le Groupe de travail a recommandé des changements visant à améliorer le partage de l'information dans le cadre d'un processus d'enquête extrêmement confidentiel. Le rapport suggérait également des révisions des lignes directrices de la CVMO afin de donner plus de temps aux entités ciblées par des enquêtes pour négocier une résolution avec le personnel de la CVMO avant le début d'une procédure.

Le Groupe de travail a en outre recommandé un mécanisme par lequel les personnes ou les entreprises faisant l'objet d'une assignation à comparaître devant la CVMO pourraient demander à un arbitre de la CVMO des éclaircissements ou des conseils concernant l'assignation à comparaître ou la mise en examen. En l'absence d'un tel processus, les parties cherchant à obtenir des éclaircissements sur une assignation à comparaître sont obligées de demander des instructions aux tribunaux, car la CVMO n'envisage pas de procédure pour fournir ces éclaircissements. Cela a été démontré tout

Les recommandations proposaient des outils améliorés à l'intention du personnel de la CVMO avec comme objectif de renforcer sa capacité à surveiller les marchés financiers, tout en favorisant l'équité envers les intimés potentiels.

récemment dans la requête [Dans l'affaire de B](#) (en anglais). Dans cette affaire, la Commission a examiné l'argument d'une partie selon lequel le fait de se conformer à une assignation à comparaître délivrée en vertu de l'article 13 de la *Loi sur les valeurs mobilières* contreviendrait à d'autres obligations auxquelles la personne était assujettie en vertu d'un contrat de travail. La Commission a estimé qu'elle n'avait pas le pouvoir de donner des instructions sur cette question et, par conséquent, a ordonné au demandeur de s'adresser à un tribunal pour obtenir des directives.

Points saillants des activités d'application de la loi

Le 23 juin ou proche de cette date, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les ACVM) [ont publié](#) leur Rapport sur l'application de la loi annuel pour l'exercice 2019-2020 intitulé *Collaborer afin de protéger les investisseurs et d'appliquer la législation en valeurs mobilières*. Bien qu'il y ait eu moins de cas d'application de la loi que l'année précédente, le Rapport sur l'application de la loi a mis en évidence la collaboration entre les membres des ACVM. Il y a eu notamment 91 transferts en vue de l'application de la loi entre les membres des ACVM et 63 cas d'entraide entre des membres des ACVM dans des cas d'application de la loi. Selon le Rapport sur l'application de la loi, les organismes de réglementation des valeurs mobilières ont réglé 75 affaires d'application de la loi, ce qui a entraîné des sanctions d'environ 60 millions de dollars. Les membres des ACVM ont émis 66 mises en garde aux investisseurs, avec une augmentation particulière à la fin du mois de mars, car la pandémie de COVID-19 a, semble-t-il, provoqué une recrudescence des stratagèmes d'investissement frauduleux et de promotions fausses ou trompeuses.

Adaptation au monde virtuel

Compte tenu de la pandémie de COVID-19, la CVMO a adopté une pratique normalisée consistant à procéder par voie d'audiences électroniques, soit par vidéoconférence, soit par téléconférence. Le 5 août 2020, la CVMO a [publié](#) un « Guide des audiences virtuelles tenues devant le Tribunal de la CVMO » (en anglais) pour aider les parties engagées dans une procédure. Les organismes d'arbitrage du monde entier ont adopté des pratiques similaires. Ces changements peuvent soulever des questions sur les plans de l'équité procédurale et de l'économie judiciaire. Pour plus de détails, voir également notre article intitulé « [Plaider pendant la pandémie de COVID-19 et autres changements importants en matière de litige en 2020](#) ».

Dans [First Global Data Ltd \(Re\)](#) (en anglais), une décision publiée en septembre 2020, la Commission a statué que la procédure se déroulera par voie électronique à moins qu'un intimé puisse prouver, sur la base d'éléments de preuve convaincants, la probabilité d'un « préjudice important ». Dans cette affaire, la Commission a rejeté les demandes des intimés visant à ce que leur audience sur le fond (impliquant la comparution d'environ 25 témoins durant 40 jours d'audience) soit entendue en personne. Dans sa décision, la Commission a souligné l'importance d'une procédure rapide, même en cas de pandémie. En conséquence, elle a rejeté les arguments des intimés selon lesquels *seule* une audience en personne serait adéquate pour une affaire complexe où des allégations graves sont en jeu.

Compte tenu de l'expérience qu'acquière les organismes de réglementation et les avocats en ce qui a trait à leur adaptation au déroulement des audiences électroniques, ainsi que de l'efficacité perçue des procédures virtuelles, il se peut que l'on ait plus fréquemment recours aux audiences électroniques, même lorsque la pandémie sera chose du passé.

Le 16 avril 2020, l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'organisme de réglementation des valeurs mobilières du Québec, a [publié](#) sur son site Web un avis confirmant sa décision de limiter et d'adapter ses activités d'enquête en raison de la COVID-19. À titre d'exemple, l'AMF a évoqué la possibilité que ses enquêtes soient menées à distance et de façon plus ciblée. Comme les audiences virtuelles, il est possible que les enquêtes à distance demeurent un outil fréquemment utilisé par les organismes de réglementation, même après la pandémie.

Augmentation des dénonciations et des récompenses aux dénonciateurs

Le 6 avril 2020, la CVMQ a [annoncé](#) qu'elle avait accordé 525 000 dollars canadiens à une personne travaillant pour une autre société qui a fait appel à son expertise du secteur pour déceler des irrégularités dans le dossier d'information de la société visée. Dans cette annonce, l'équipe de la CVMQ chargée de l'application de la loi a souligné le rôle unique que les spécialistes de l'industrie peuvent jouer dans la découverte et la déclaration d'éventuels actes répréhensibles. La CVMQ a également confirmé les solides mesures de protection mises en place dans le cadre de son Programme de dénonciation.

En mai 2020, la *Securities and Exchange Commission* (la SEC) a [signalé](#) (en anglais) une augmentation des dénonciations durant la pandémie de COVID-19. Plus précisément, de mars à mai, le personnel de la SEC a trié plus de 4 000 dénonciations, plaintes et renvois, ce qui représente une augmentation de 35 % par rapport à la même période l'année précédente. Les facteurs qui peuvent contribuer à la hausse du nombre de dénonciations sont l'environnement de travail à domicile, le niveau de confidentialité accru dont jouissent les dénonciateurs et l'augmentation du chômage, ce qui encourage les anciens employés ou les employés actuels à se manifester.

En septembre 2020, la SEC a voté l'[adoption d'importantes modifications](#) (en anglais) des règles régissant son programme de dénonciation dans le but de le rendre plus clair pour les dénonciateurs et d'accroître son efficacité et sa transparence. Le programme de dénonciation de la SEC a remis environ 676 millions de dollars américains à 108 personnes depuis sa première attribution d'une récompense en 2012, avec des montants allant de 50 000 à 114 millions de dollars américains. Le président de la SEC, Jay Clayton, a déclaré que les récentes modifications encourageront davantage les dénonciations en [traduction] « remettant aux dénonciateurs plus d'argent à un rythme plus rapide ». Parmi les points saillants des modifications, citons la présomption du montant légal maximum pour les récompenses allant jusqu'à cinq millions de dollars américains, l'autorisation de récompenses reposant sur des accords de poursuite suspendue, des ententes de renonciation à la poursuite ou des

règlements, et une plus grande flexibilité quant aux exigences visant le dépôt. Des dénonciations dans le cadre du programme de la SEC ont été soumises par des personnes situées aux États-Unis et dans 114 pays étrangers.

Le 22 octobre 2020, la SEC a annoncé l'octroi d'une récompense record de plus de 114 millions de dollars américains à un dénonciateur anonyme qui a fourni des renseignements et une assistance ayant permis à la SEC de prendre des mesures d'application de la loi. Ce montant dépasse de loin les 50 millions de dollars américains versés à une personne dénonciatrice en juin 2020, ce qui, à l'époque, représentait le montant le plus élevé de l'histoire de la SEC.

Confirmation d'une vision large des valeurs mobilières

Le 16 mars 2020, dans sa décision dans l'affaire [*Ontario Securities Commission v. Tiffin*](#) (en anglais), la Cour d'appel de l'Ontario a réitéré la définition au sens large de « valeur mobilière » dans la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario (la Loi) et a confirmé le régime « *catch and exclude* » établi par la Loi.

Dans l'affaire *Tiffin*, les défendeurs ont été accusés de trois infractions à la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario en rapport avec la vente et la distribution de billets à ordre (les billets). En réponse à ces accusations, les défendeurs ont fait valoir que les billets ne constituaient pas des « valeurs mobilières » et que, par conséquent, la Loi ne s'appliquait pas. En utilisant cet argument, ils ont plaidé pour l'application du « critère de ressemblance » (*family resemblance test*) appliqué par la Cour suprême des États-Unis pour déterminer si des titres de créance particuliers constituent des « valeurs mobilières ». Ce critère présume qu'un « billet » constitue une « valeur mobilière » à moins que, sur la base de l'examen de certains facteurs particuliers, le billet présente une forte ressemblance avec l'un des types d'instruments énumérés qui ont été reconnus par les tribunaux américains comme ne constituant pas des valeurs mobilières réglementées.

La Cour d'appel a refusé d'appliquer le critère américain. La Cour a plutôt déterminé que la Loi utilise un système de type « *catch and exclude* » qui définit les termes clés de manière large et énumère ensuite les exemptions statutaires particulières. La Cour a mis en garde contre le « rafistolage » judiciaire des définitions qui sont au cœur de systèmes réglementaires complexes.

L'affaire *Tiffin* sert à rappeler aux parties impliquées dans des opérations, y compris des opérations de prêt, qu'elles doivent être conscientes de l'application potentielle des lois sur les valeurs mobilières à leur conduite, y compris les différences dans le traitement réglementaire de certains instruments dans différents territoires de compétence.

Un changement d'approche par rapport au devoir de réserve de la Commission?

Le 29 juillet 2020, dans l'affaire [*Quadrex Hedge Capital Management Ltd. v. Ontario Securities Commission*](#) (en anglais), la Cour divisionnaire de l'Ontario a appliqué un cadre de « norme de contrôle » redéfini pour les appels découlant des décisions de la CVMO. Il s'agissait d'un appel d'une décision de la CVMO

selon laquelle les âmes dirigeantes des entités Quadrex concernées s'étaient livrées à une conduite frauduleuse en matière de placement de titres. Les appelants ont fait appel de la décision au motif que la CVMO avait commis des erreurs manifestes et déterminantes et n'avait pas fait preuve d'équité procédurale envers eux. Plus précisément, les appelants ont fait valoir que la CVMO avait commis des erreurs sur des questions de fait et sur des questions mixtes de fait et de droit, ainsi que dans l'application de l'équité procédurale.

La Cour a mis le jugement en délibéré à la suite de l'audition de l'appel. Entre-temps, la Cour suprême du Canada a rendu sa décision historique dans l'affaire [*Canada \(ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration\) c. Vavilov*](#). Dans l'affaire *Vavilov*, la Cour suprême du Canada a précisé que, lorsque les tribunaux sont confrontés au contrôle judiciaire d'une poursuite administrative, la norme présumée est désormais celle de la « décision raisonnable ». Toutefois, la norme de la décision raisonnable peut être supplantée dans diverses situations, notamment si les lois applicables prévoient un droit d'appel conféré expressément par la loi, comme stipulé au paragraphe 9(1) de la Loi.

Dans l'affaire *Quadrex*, la Cour a adopté le cadre révisé dans la décision *Vavilov*, confirmant que les décisions de la Commission ne seront plus soumises à un contrôle selon la norme de « décision raisonnable ». Au lieu de cela, les questions de droit seront soumises à la norme de la « décision correcte » et les questions de fait ou les questions mixtes de fait et de droit seront soumises à la norme de l'« erreur manifeste et déterminante ». En fin de compte, la Cour a rejeté l'appel au motif que la Commission n'a commis aucune erreur de fait atteignant le niveau d'une erreur manifeste et déterminante et a fait preuve d'équité procédurale.

Bien que l'appel dans l'affaire *Quadrex* n'ait pas porté sur de pures questions de droit qui auraient fait l'objet d'un contrôle basé sur la norme de la décision correcte, la position adoptée par la Cour en faveur de l'application de l'arrêt *Vavilov* suggère qu'à l'avenir, certaines décisions de la CVMO pourraient être soumises à un examen plus approfondi en appel. Les décisions de la Commission sur des questions de droit, que les tribunaux auraient pu précédemment confirmer comme étant « raisonnables », pourraient ne pas répondre à la norme supérieure de la « décision correcte » à laquelle elles seront désormais soumises.

Bien que l'appel dans l'affaire *Quadrex* n'ait pas porté sur de pures questions de droit qui auraient fait l'objet d'un contrôle basé sur la norme de la décision correcte, la position adoptée par la Cour en faveur de l'application de l'arrêt *Vavilov* suggère qu'à l'avenir, certaines décisions de la CVMO pourraient être soumises à un examen plus approfondi en appel.

La CVMO cible un large éventail d'activités de marché

Au cours de l'année écoulée, les organismes de réglementation des valeurs mobilières au Canada ont démontré une intensification de leurs efforts à cibler les cas de manipulation du marché et les pratiques de négociation abusives.

En raison de ce qui a été décrit comme une présence croissante de pratiques de « vente à découvert abusive » dans tout le Canada, la CVMO et l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM) ont [publié](#) un communiqué de presse conjoint inhabituel le 1^{er} octobre 2020, encourageant ceux qui disposent de renseignements utiles sur les cas d'infractions aux lois sur les valeurs mobilières à les transmettre par le biais du programme de dénonciation de la CVMO. Le communiqué de presse de la CVMO et de l'OCRCVM a été apparemment conçu pour envoyer un message au

marché canadien des valeurs mobilières, à savoir que la CVMO est déterminée à pénaliser ce qu'elle considère comme un comportement trompeur et manipulateur dans le paysage canadien des valeurs mobilières.

Cet accent mis sur une plus grande réglementation des pratiques de marché fait suite à l'[annonce](#) (en anglais) par la CVMO, le 16 juillet 2020, d'un règlement avec les promoteurs d'une plateforme de négociation de cryptoactifs implantée à Toronto qui ont admis avoir développé et déployé un algorithme pour aider à signaler les volumes de négociation gonflés. Il s'agit du premier règlement concernant des pratiques de négociation prétendument manipulatoires sur une plateforme de négociation de cryptoactifs. Il s'agit également de la première affaire alléguant des représailles contre un dénonciateur en vertu de la Loi depuis l'adoption en 2016 de mesures de protection pour les employés dénonciateurs. Voir aussi notre article intitulé « [Nouvelles occasions d'affaires et nouveaux défis pour les plateformes de négociation de cryptoactifs](#) ».

La CVMO a également réitéré sa position selon laquelle les auditeurs ne sont pas à l'abri de l'application de la réglementation. Le 24 janvier 2020, la CVMO a [approuvé](#) une entente de règlement de 4 millions de dollars avec BDO Canada LLP (BDO) (en anglais). Plus précisément, BDO a été pénalisée pour son non-respect des normes d'audit généralement reconnues dans le cadre de son audit des états financiers 2014-2015 de deux fonds d'investissement gérés par Crystal Wealth Management Systems Ltd. (Crystal Wealth). En raison de la mauvaise qualité de l'audit de BDO, certains investissements frauduleux avaient été incorrectement enregistrés dans les états financiers vérifiés de Crystal Wealth. La pénalité considérable imposée par la CVMO à BDO témoigne de sa détermination à tenir pour responsables les contrôleurs d'entreprises qui font de fausses déclarations lorsque celles-ci accèdent aux marchés publics ou y maintiennent une présence.

En réponse à ce qui est considéré comme des activités de vente à découvert nuisibles et agressives, le Groupe de travail a recommandé l'interdiction de la vente à découvert dans le cadre de placements par voie de prospectus et de placements privés, ainsi que l'interdiction de faire des déclarations trompeuses ou mensongères sur les sociétés publiques afin de dissuader et de lutter contre les stratagèmes de type « vendre à découvert et fausser le marché » (*short and distort*) et « stimuler et liquider » (*pump and dump*).

L'année à venir sera probablement celle de la réforme dans le domaine de l'application de la loi. Avec une importance accrue accordée à la réduction du fardeau réglementaire et à l'harmonisation réglementaire (par exemple, les modifications proposées à l'égard d'une structure moderne d'organismes d'autoréglementation), comme nous l'avons évoqué dans notre article intitulé « [Réduction du fardeau réglementaire : développements positifs en droit des sociétés et des valeurs mobilières en 2020](#) », la normalisation post-COVID-19 et l'examen des recommandations du Groupe de travail en Ontario (qui auront sans doute une incidence pancanadienne), nous assisterons probablement en 2021 à une introspection, une évaluation et des mesures supplémentaires.

AUTEURS



Lawrence E. Ritchie
Associé, Litige
Président : Gestion
de risques et réponse
aux crises

lritchie@osler.com
416.862.6608



Shawn Irving
Associé, Litige
sirving@osler.com
416.862.4733



Fabrice Benoît
Associé, Litige
fbenoit@osler.com
514.904.5795



Lauren Tomasich
Associée, Litige
ltomasich@osler.com
416.862.6434



Sonja Pavic
Sociétaire, Litige
spavic@osler.com
416.862.5661



Frédéric Plamondon
Sociétaire, Litige
fplamondon@osler.com
514.904.8109

Évolution notable dans le domaine du droit de l'insolvabilité : des outils souples pour des temps difficiles

En plus d'une élection tendue au sud de la frontière, 2020 nous a apporté la COVID-19 avec ses effets dévastateurs en pertes de vies humaines et ses [profondes implications économiques](#), tant positives que négatives. Le monde se tourne maintenant vers 2021 avec une grande incertitude quant à la suite des événements. Certains secteurs de l'économie, en particulier, pourraient subir des dommages irréparables. Nombreux sont ceux qui anticipent que le droit de la restructuration et de l'insolvabilité occupera une place importante à compter de 2021 et que des solutions créatives seront nécessaires pour résoudre la myriade de problèmes auxquels sont confrontées les entreprises en difficulté financière. Nous avons isolé quelques thèmes importants en ce qui a trait au droit de la restructuration qui, selon nous, continueront à s'appliquer et à évoluer à court et à long terme.

Les restructurations de la dette dans le cadre de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) : un outil souple pour faire face aux perturbations du marché

Pour les entreprises surendettées qui cherchent à éviter les délais, les coûts et les conséquences pour leur réputation liés à une procédure d'insolvabilité, une « restructuration du bilan » en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) ou d'une loi provinciale équivalente constitue une solution de rechange intéressante. Les restructurations de la dette en vertu de la LCSA continuent de gagner en popularité en tant qu'outils souples permettant de réduire l'endettement total et de préserver la valeur obtenue grâce à la continuité de l'exploitation, bien qu'elles ne représentent généralement pas le bon choix lorsqu'une entreprise a besoin de procéder à une restructuration opérationnelle (c'est-à-dire pour répondre à des problèmes concernant leurs fournisseurs, clients, employés ou régimes de retraite ou pour des enjeux environnementaux).

Cette année, plusieurs procédures importantes ont entraîné une évolution ou une amélioration du droit applicable aux opérations de restructuration en vertu de la LCSA. Dans les trois exemples présentés ci-dessous, les parties prenantes ont voté sur le plan d'arrangement de l'entreprise avec pour toile de fond l'intention déclarée du débiteur de déposer une demande en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) pour réaliser la même opération de restructuration du capital si la restructuration prévue aux termes de la LCSA échouait. Dans une instance en vertu de la LACC, certaines parties prenantes – principalement les actionnaires et les demandeurs dits « de capitaux propres » dont les réclamations découlent de leur statut d'actionnaire – ne recevraient aucune indemnisation si les créanciers, y compris les détenteurs de titres de créance, n'étaient pas entièrement remboursés. Dans les trois cas ci-dessous, les avantages du plan particulier prévu par la LCSA ont donc été évalués, en partie, en fonction de cette autre issue probable.

Les restructurations de la dette en vertu de la LCSA continuent de gagner en popularité en tant qu'outils souples permettant de réduire l'endettement total et de préserver la valeur obtenue grâce à la continuité de l'exploitation.

Just Energy

En 2020, Just Energy Group Inc. (Just Energy), une entreprise de vente au détail du secteur de l'énergie présente au Canada et aux États-Unis, a conclu une restructuration de sa dette en vertu de la LCSA. Ce dossier constitue un heureux ajout à la série d'affaires dans lesquelles les tribunaux ont adopté une approche souple dans l'application de la LCSA pour aider une société quasi insolvable à restructurer son bilan. Osler a représenté Just Energy.

Le plan de restructuration de Just Energy comportait l'échange par les créanciers de premier rang d'une partie de leur dette contre une combinaison de titres de créance et de participations dans une société nouvellement capitalisée. Les participations existantes des actionnaires ordinaires et privilégiés ont également été échangées contre des participations dans la nouvelle société, bien que ces participations aient été considérablement diluées par les capitaux propres émis aux créanciers. Le plan a été approuvé sans objection de la part de ces parties prenantes.

L'ordonnance finale dans le dossier Just Energy a accordé de larges quittances en faveur de Just Energy, y compris en ce qui concerne tous les détenteurs de « capitaux propres », incluant les personnes ayant intenté un recours contre le débiteur à la suite de pertes subies en raison de leur statut d'actionnaire. Le plan a limité le recouvrement de certaines de ces réclamations « relatives à des capitaux propres » au produit des polices d'assurance de la société qui couvraient les réclamations à l'égard de valeurs mobilières. Ces réclamations étaient issues de plusieurs actions collectives en matière de valeurs mobilières contre Just Energy dans lesquels les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts importants pour la perte de la valeur des actions à la suite d'irrégularités financières et de la divulgation ultérieure des corrections apportées par la société.

La restructuration du capital de Just Energy s'est déroulée sur une période de trois mois seulement, entre la date à laquelle l'ordonnance provisoire préliminaire (juillet 2020) a été accordée par la Cour supérieure de justice de l'Ontario et la date de clôture de l'opération (28 septembre 2020). Cette période accélérée démontre l'efficacité potentielle d'une restructuration de la dette en vertu de la LCSA dans des circonstances appropriées, par rapport à une demande déposée en vertu de la LACC ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI).

Calfrac

Alors que la restructuration en vertu de la LCSA de Calfrac Well Services Ltd. (Calfrac) est toujours en cours au moment où nous écrivons ces lignes, nous avons déjà tiré d'importantes leçons de cette procédure.

Comme dans le cas de Just Energy, la restructuration du capital de Calfrac a fait intervenir un échange de titres de créance de premier rang non garantis contre des capitaux propres. Les actionnaires ordinaires existants avaient le droit de choisir de recevoir des espèces plus des bons de souscription pour leurs actions ordinaires, ou de conserver leurs actions et de recevoir des bons de souscription. Ce recouvrement pour les actionnaires était plus favorable que celui qui serait disponible dans le cadre d'une demande déposée en vertu de la LACC. L'arrangement n'a pas eu d'incidence sur les créances garanties de premier rang.

Calfrac a également effectué un nouveau placement de billets pour restructurer partiellement la dette active dans le cadre des facilités de crédit de la société, pour satisfaire la composante en espèces du recouvrement pour les actionnaires, ainsi que pour fournir un fonds de roulement.

Contrairement à l'affaire Just Energy, le caractère équitable et raisonnable de l'ordonnance définitive a été contesté. La société avait reçu une offre de rachat de ses actions de la part de Wilks Brothers LLC, un rival potentiel qui détenait déjà environ 20 % des actions de Calfrac et qui avait cherché à établir un partenariat stratégique avant le dépôt de la demande en vertu de la LCSA. La société Wilks Brothers s'est opposée à cette offre lors de l'audience sur l'ordonnance définitive. Elle avait auparavant tenté, sans succès, de faire modifier l'ordonnance provisoire et n'avait pas obtenu gain de cause dans son appel de cette décision.

Le conseil d'administration, sur avis du comité spécial, n'a pas recommandé l'acceptation de l'offre de Wilks Brothers par les actionnaires au motif que l'opération d'arrangement constituait la meilleure proposition. En revanche,

l'offre d'achat exigeait la renonciation à la condition minimale légale pour les offres publiques d'achat et ne contenait aucune disposition en ce qui a trait aux obligations de la société au titre de ses billets de premier rang non garantis ayant priorité sur les participations des actionnaires. Il a été établi que ces deux facteurs constituaient des obstacles sérieux à la conclusion du marché. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a approuvé le plan aux termes de la LCSA le 30 octobre 2020 au motif qu'il était équitable et raisonnable, conformément au critère applicable.

Wilks Brothers a fait appel de l'ordonnance définitive, contestant la conclusion du caractère équitable et raisonnable, ainsi que la disposition de renonciation contenue dans le plan. L'appel a été entendu par la Cour d'appel de l'Alberta le 25 novembre 2020. La Cour d'appel a rejeté l'appel et a publié les motifs de sa décision le 1^{er} décembre 2020. Ses motifs soulignaient entre autres que les tribunaux apprécient grandement le rôle de facilitation de la LCSA et que les avocats devraient garder à l'esprit l'objectif de la LCSA lorsqu'ils structurent ces opérations.

iAnthus

Une affaire qui semble aller à l'encontre des tendances facilitantes dans les affaires de restructuration en vertu de la LCSA est l'arrangement intéressant iAnthus Capital Holdings Inc. (iAnthus). La Cour suprême de Colombie-Britannique a initialement refusé d'accorder une ordonnance définitive approuvant la proposition de restructuration du capital d'iAnthus. La principale objection de la Cour concernait la portée des quittances accordées aux tiers que contenait le plan d'arrangement. À cet égard, la Cour suprême de Colombie-Britannique a adopté, quant à la portée autorisée de ces quittances, une approche plus étroite que les tribunaux dans d'autres affaires semblables de restructuration en vertu de la LCSA. Une distinction importante dans cette affaire est que le plan a été proposé en vertu des dispositions de la *Business Corporations Act* de la Colombie-Britannique (BCBCA), qui est moins couramment utilisée pour de telles restructurations que la LCSA.

Le plan proposé aux termes de la BCBCA, dans sa version initiale, contenait une quittance générale qui aurait protégé iAnthus et d'autres entités contre, entre autres, les réclamations présentées dans le cadre de certaines actions collectives en matière de valeurs mobilières antérieures à l'examen stratégique et à la procédure aux termes de la BCBCA. Cependant, il n'y avait aucune disposition pour transférer dans des polices d'assurance appropriées les sommes recouvrées dans le cadre de ces réclamations.

Dans des [motifs](#) très étoffés (en anglais), la Cour a conclu que l'arrangement était équitable et raisonnable, à l'exception de la portée de la quittance, qui aurait fait obstacle aux réclamations d'actionnaires d'origine précédant le plan d'arrangement. La Cour a estimé que la BCBCA n'autorisait pas une quittance qui protégerait la société contre les réclamations de tiers non liés au plan.

À la suite de ce revers, la société a révisé le plan pour réduire la portée de la quittance et est retournée devant la Cour pour demander l'approbation du plan modifié. Malgré les objections persistantes de deux parties prenantes, la Cour a néanmoins [approuvé](#) le plan révisé.

La Cour a rejeté l'argument selon lequel le plan révisé devait être soumis à nouveau aux actionnaires pour leur approbation. La Cour a également

clarifié ses motifs antérieurs, indiquant qu'elle n'avait pas conclu que toutes les dispositions affectant les droits des tiers n'étaient pas autorisées par la BCBCA. Conformément à la jurisprudence antérieure de la BCBCA, la Cour a indiqué qu'une ordonnance en vertu de la BCBCA affectant des tiers peut être approuvée lorsqu'elle est accessoire et nécessaire à la mise en œuvre du plan d'arrangement. Cet assouplissement de la position initiale devrait contribuer à préserver la flexibilité dans les futures restructurations de la dette en vertu des lois sur les sociétés.

La Cour a estimé que les modalités de la quittance révisée étaient suffisamment reliées et accessoires au plan en ce sens que les personnes liées par la quittance tiraient toutes avantage du plan. Le plan révisé a donc été approuvé. Au moment où nous écrivons ces lignes, nous comprenons que certains des opposants pourraient envisager d'interjeter appel.

Il reste à voir si l'approche plus étroite adoptée par la Cour concernant les pouvoirs conférés par la BCBCA pour accorder une large quittance aux tiers sera pertinente en dehors de la Colombie-Britannique ou dans des circonstances où les sommes recouvrées par des tiers sont transférées dans une police d'assurance. Il est à espérer que les tribunaux, en vertu de la LCSA, continueront à adopter une approche plus pragmatique, en particulier lorsque l'échec d'un arrangement d'une entreprise ne servira qu'à pousser celle-ci vers un dépôt de procédure d'insolvabilité qui s'avérera plus coûteux et plus long, au détriment de toutes les parties prenantes, et des actionnaires en particulier.

Contourner la règle anti-privation

Les entreprises se demandent de plus en plus comment elles peuvent se protéger contre les retombées de l'insolvabilité de leurs contreparties contractuelles. La pandémie de COVID-19 a exacerbé les préoccupations découlant de l'incertitude croissante concernant de nombreuses entreprises. Parallèlement, la Cour suprême du Canada (CSC) a réduit encore davantage un ensemble déjà limité de protections pour la contrepartie contractuelle non insolvable.

Dans la décision [*Chandos Construction Ltd. c. Restructuration Deloitte Inc.*](#) publiée en octobre 2020, la CSC a confirmé que la règle anti-privation de la common law s'applique au Canada. Cette règle invalide les dispositions contractuelles qui, sur la base d'un élément déclencheur de l'insolvabilité comme une déclaration de faillite ou une mise sous séquestre, ont pour effet de soustraire de l'actif de la partie insolvable une valeur qui serait autrement disponible pour les créanciers. Cela comprend, par exemple, une clause qui oblige une partie à payer un montant à l'autre partie en raison de l'insolvabilité de cette dernière. L'application de cette règle exige désormais une plus grande créativité de la part des parties contractantes qui subissaient déjà des pressions pour se protéger contre l'insolvabilité d'une contrepartie dans l'environnement incertain créé par la pandémie de COVID-19.

L'affaire *Chandos* portait sur une clause d'un contrat de sous-traitance de construction à forfait qui prévoyait la renonciation par le sous-traitant, Capital Steel, de 10 % du prix du contrat de sous-traitance en faveur de l'entrepreneur, Chandos, en cas d'insolvabilité, de faillite, de mise sous séquestre, de liquidation ou de toute autre distribution des actifs de Capital

Dans la décision *Chandos Construction Ltd. c. Restructuration Deloitte Inc.* publiée en octobre 2020, la CSC a confirmé que la règle anti-privation de la common law s'applique au Canada.

Steel. Ce montant a été décrit comme étant des frais « pour les dérangements liés à l'achèvement des travaux par d'autres moyens ou pour la surveillance des travaux durant la période de garantie ». Le syndic autorisé en insolvabilité de Capital Steel a fait valoir que la renonciation n'était pas valable en vertu de la règle anti-privation ou de la règle interdisant les pénalités contractuelles. Les juges majoritaires de la CSC se sont déclarés en accord avec le syndic, en se fondant uniquement sur la règle anti-privation.

Le juge Rowe, s'exprimant au nom de la majorité, a estimé qu'il y a infraction à la règle anti-privation lorsque (a) l'application d'une clause contractuelle est déclenchée par une insolvabilité ou une faillite et (b) la clause a pour effet de réduire la valeur de l'actif de la personne insolvable. Les juges ont rejeté, à la majorité, l'idée qu'un objectif commercial véritable permettrait de maintenir en vigueur des clauses qui seraient autrement frappées de nullité comme, compte tenu de ces faits, la préoccupation potentiellement réelle sur le plan commercial que les coûts accrus pourraient être engagés par Chandos en raison de l'insolvabilité de Capital Steel.

À la lumière de l'affaire *Chandos*, que peuvent faire les parties contractantes pour se protéger contre l'insolvabilité d'une contrepartie? Selon le juge Rowe, certains types de clauses de protection pourraient ne pas enfreindre la règle, à savoir les clauses qui retirent certains biens de l'actif, sans pour autant réduire la valeur de ce dernier, ou qui s'appliquent dans les cas où l'effet est déclenché par autre chose qu'une insolvabilité ou une faillite. De même, il n'y a pas d'infraction à la règle dans les protections contractuelles qui permettent d'obtenir ou de réaliser une sûreté ou qui exigent une assurance ou une garantie d'un tiers. Toutefois, la décision ne fournit que peu d'indications sur la portée de ces exceptions. Les types de mesures de protection qui peuvent être adoptées pour faire face à l'insolvabilité d'une contrepartie sans violer la règle anti-privation doivent encore être négociés par les parties contractantes et (peut-être) examinés plus avant par les tribunaux.

L'autorisation d'interjeter appel d'une décision aux termes de la LACC est difficile à obtenir

Dans le cadre de la restructuration de Delphi Energy Corp. (Delphi) en vertu de la LACC, la Cour d'appel de l'Alberta a donné une confirmation utile et récente du critère très élevé qu'un plaignant doit respecter pour demander l'autorisation de faire appel d'une ordonnance rendue par le juge surveillant approuvant un plan d'arrangement en vertu de la LACC comme étant équitable et raisonnable. Les audiences de contestations de l'homologation d'un plan d'arrangement en vertu de la LACC ne sont pas monnaie courante et les cours d'appel ont donc rarement l'occasion de fournir des lignes directrices significatives à propos des questions soulevées à ce stade final d'une instance en vertu de la LACC. Osler a représenté Delphi.

Dans l'affaire de *Delphi Energy Corp. and Delphi Energy (Alberta) Limited*, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a approuvé un plan de compromis et d'arrangement qui avait reçu les niveaux d'approbation requis par la loi de la part des créanciers concernés. La Cour d'appel de l'Alberta a par la suite refusé l'autorisation de faire appel de cette ordonnance dans le cadre de demandes

distinctes émanant de deux parties prenantes. La Cour d'appel a confirmé le droit antérieur qui prévoit qu'une cour d'appel ne perturbera pas à la légère la détermination qu'un plan de compromis et d'arrangement est équitable et raisonnable, compte tenu de l'exercice délicat auquel il faut s'adonner pour soupeser les intérêts en jeu et parvenir à cette conclusion. La Cour d'appel a également noté que tout retard entraîné par l'appel envisagé mettrait presque certainement en péril la restructuration visant à assurer la pérennité de Delphi.

Dans l'affaire [*Trican Well Service Ltd. c. Delphi Energy Corp.*](#) (en anglais), la Cour d'appel a rejeté une demande d'autorisation d'appel introduite par certains fournisseurs créanciers. Ces créanciers alléguaient que leurs créances ordinaires avaient été indûment classées, à des fins de vote, dans la même catégorie que les créanciers de la catégorie dite « convenience », ce qui a eu pour effet d'anéantir leur pouvoir de vote. Ils ont également fait valoir que la classification subordonnait indûment les droits de privilège de leurs constructeurs aux intérêts des autres créanciers. Les créanciers de la catégorie « convenience » avaient des créances ordinaires évaluées à 5 000 dollars ou moins, comparativement aux fournisseurs créanciers à qui plusieurs millions de dollars étaient dus. Dans le cadre du plan d'arrangement, les créances de la catégorie « convenience » ont été entièrement payées et ces créanciers ont été réputés voter en faveur du plan. Les créanciers qui s'opposaient au plan auraient pu demander d'être inclus dans la catégorie « convenience », mais ont choisi de ne pas le faire au motif qu'ils cherchaient à recouvrer un montant supérieur à la limite de 5 000 dollars.

Bien que les catégories « convenience » aient été fréquemment utilisées dans les plans d'arrangement en vertu de la LACC, il existe très peu d'exemples, voire aucun, de cas où la pertinence d'un tel mécanisme a été soulevée devant une cour d'appel. En concluant que ce motif d'appel n'avait aucune chance de succès, la Cour d'appel a estimé que, si l'autorisation d'appel était accordée, il faudrait faire preuve d'un degré de retenue élevé à l'égard de la conclusion du juge surveillant de la LACC selon laquelle la classification des créanciers dans le cadre du plan d'arrangement était appropriée. La Cour d'appel a confirmé le principe selon lequel la classification doit être fondée sur le caractère commun des intérêts, et non sur leur nature, et que la fragmentation des catégories ne doit pas être utilisée pour conférer un pouvoir de veto à un groupe de parties prenantes.

La Cour d'appel a également conclu qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable pour les créanciers s'opposant au plan de démontrer que le plan compromettrait indûment leurs réclamations à l'encontre des administrateurs de Delphi. Le paragraphe 5.1(2) de la LACC interdit à un débiteur de compromettre certains types de réclamations contre les administrateurs – principalement celles qui sont fondées sur des allégations de fausse représentation ou de conduite injustifiée ou abusive. La Cour d'appel a jugé que le mécanisme du plan selon lequel les réclamations contre les administrateurs de Delphi étaient limitées au produit des polices d'assurance du débiteur ne constituait pas du tout un compromis à l'égard des réclamations contre les administrateurs. Les garanties au titre de l'assurance étaient plus que suffisantes pour couvrir ces réclamations, même si les demandeurs avaient complètement gain de cause. Ce motif d'appel n'avait donc pas non plus de chance de succès.

La deuxième demande, [*Repsol Canada Energy Partnership c. Delphi Energy Corp.*](#) (en anglais), concernait une requête d'autorisation d'appel d'un créancier

titulaire de certaines réclamations d'indemnisation à l'encontre du débiteur. En refusant l'autorisation de faire appel, la Cour d'appel de l'Alberta a confirmé que les réclamations qui ont pour origine des obligations antérieures au dépôt du bilan, mais qui arrivent à échéance pendant la période postérieure au dépôt du bilan peuvent être compromises dans le cadre d'un plan d'arrangement en vertu de la LACC.

Les ordonnances de dévolution « inversée » constituent un mécanisme de restructuration viable

Les ordonnances de dévolution inversée sont l'un des développements les plus récents et les plus passionnants du droit de la restructuration cette année, car elles ne sont utilisées que depuis peu de temps et leur adoption prend rapidement de l'essor. Nous n'avons connaissance que d'une demi-douzaine d'affaires comportant des ordonnances de dévolution inversée. La plupart ont été prononcées au cours des 18 derniers mois. La popularité de ce nouvel outil ne cesse de croître, en particulier dans les secteurs hautement réglementés comme l'industrie minière et l'industrie du cannabis.

Une ordonnance de dévolution traditionnelle transfère à un acheteur les actifs de la société débitrice qui, pour sa part, conserve le passif. Une ordonnance de dévolution « inversée » (ODI) transfère le passif du débiteur à une nouvelle « société résiduelle », tandis que l'actif et tout passif pris en charge sont conservés par la société débitrice. Le débiteur continue généralement à fonctionner comme une entreprise en activité, avec le soutien de nouveaux investisseurs ou investissements. La nouvelle société résiduelle peut, le cas échéant, élaborer un plan en vertu de la LACC afin d'établir un concordat pour le passif restant.

Les ordonnances de dévolution traditionnelle et les ODI sont souvent mises en œuvre à la fin d'un processus de vente et de sollicitation d'investisseurs approuvé par le tribunal. Les ODI comportent généralement deux avantages. Les actifs complexes – par exemple, les permis, les approbations ou les accords clés, comme les accords avec les peuples autochtones – peuvent être difficiles à transférer avec succès à un tiers acheteur en raison de restrictions réglementaires ou d'exigences relatives au consentement. En outre, une ODI peut préserver des attributs fiscaux qui seraient perdus dans une vente d'actifs plus traditionnelle. L'ODI constitue donc un mécanisme potentiellement moins lourd pour permettre à une entreprise débitrice de préserver la continuité de ses activités, notamment au profit de ses employés et d'autres parties prenantes vulnérables. En particulier, les ODI comportent des complexités de structuration supplémentaires qui peuvent les rendre moins attrayantes lorsque ces facteurs sont absents.

Les ODI ont été utilisées dans un certain nombre de restructurations récentes en vertu de la LACC, notamment dans les procédures de Comark Holdings Inc. et al (Ontario, 2020), Wayland Group Corp et al (Ontario, 2020) et Stornoway Diamond Corporation et al (Québec, 2019). Osler a représenté les débiteurs dans les affaires Comark et Wayland, et le contrôleur dans l'affaire Stornoway.

Jusqu'à la décision de la Cour supérieure du Québec concernant l'[Arrangement relatif à Nemaska Lithium inc.](#), ces opérations avaient été réalisées sur consentement. Dans l'affaire *Nemaska*, la Cour a approuvé une opération d'ODI

La popularité de ce nouvel outil ne cesse de croître, en particulier dans les secteurs hautement réglementés comme l'industrie minière et l'industrie du cannabis.

structurée comme une offre de crédit par les créanciers garantis des débiteurs, malgré les objections énergiques d'une partie prenante.

La Cour a reconnu que l'opération envisagée était à la fois complexe et innovante, estimant qu'il faut faire preuve de souplesse pour trouver des solutions aux problèmes auxquels est confronté un débiteur insolvable. La Cour a estimé qu'une procédure équitable avait été suivie et que des efforts suffisants avaient été faits pour obtenir la meilleure offre. La seule solution de rechange à l'ODI proposée était la liquidation qui serait catastrophique pour toutes les parties prenantes.

La partie prenante ayant fait opposition (un actionnaire et créancier de Nemaska) a fait valoir que l'article 36 de la LACC n'autorise une ordonnance de dévolution que pour « se départir » de restrictions sur les actifs du débiteur dans le cadre d'une vente ou d'une cession d'actifs à un tiers acquéreur. La Cour a rejeté cet argument, estimant qu'une telle limitation n'existe pas. Puisque l'opération envisagée était bénéfique pour les parties prenantes du débiteur, il n'y avait aucune raison pour que la Cour ne puisse pas appliquer le paragraphe 36(6) de la LACC pour purger les charges ou les autres restrictions qui pourraient autrement se rattacher aux actifs du débiteur en vertu de l'ODI.

L'autorisation d'interjeter appel devant la Cour d'appel du Québec a par la suite été [refusée](#). Bien que la Cour d'appel ait considéré que le motif d'octroi de l'ODI et les objections potentielles pouvaient être d'intérêt pour les professionnels de l'insolvabilité, la Cour a refusé d'autoriser l'appel concernant l'ODI. La demande de la partie prenante ayant fait opposition semblait motivée principalement par des facteurs tactiques. En outre, tout retard résultant de l'appel risquait de mettre en péril la restructuration.

Les décisions rendues dans l'affaire *Nemaska* permettent de rassurer les débiteurs, en particulier ceux qui opèrent dans des secteurs très réglementés, qui cherchent à tirer parti des avantages qu'offre cette structure. Les avantages particuliers d'une ODI étaient importants pour Nemaska, en tant que société minière de lithium faisant des affaires dans le nord du Québec en vertu de nombreux permis et autorisations, ainsi que d'accords négociés avec la Première Nation crie de la collectivité avoisinante.

Conclusion

Les tribunaux sont manifestement confrontés à la nécessité de veiller à ce que les entreprises en difficulté financière disposent des outils souples nécessaires pour se restructurer avec succès, dans l'intérêt de toutes les parties prenantes. Parallèlement, les principes d'équité doivent être respectés, malgré l'extrême pression exercée sur les entreprises insolvable afin qu'elles préservent la valeur pour toutes les parties concernées et les tentatives de certaines parties prenantes cherchant à protéger leurs intérêts. Comme les conséquences économiques de la COVID-19 continuent à se faire sentir, nous nous attendons à ce que l'ingéniosité des parties, de leurs avocats, des tribunaux et peut-être des législateurs soit mise à l'épreuve.

AUTEURS

**Marc Wasserman**

Associé et président
national, Insolvabilité
et restructuration

mwasserman@osler.com

416.862.4908

**Kathryn Esaw**

Associée, Insolvabilité
et restructuration

kesaw@osler.com

416.862.4905

**Jacqueline Code**

Associée et présidente
Recherche

jcode@osler.com

416.862.6462

Faits saillants relativement à la défense des crimes économiques

L'année a été marquée par l'incertitude et l'accroissement des risques pour les entreprises, à la suite de la pandémie de COVID-19. Bien que les activités d'application de la loi en matière de crimes économiques soient restées limitées au Canada en 2020, les initiatives réglementaires visant la réforme et l'amélioration des outils d'application se sont poursuivies, et les questions de blanchiment d'argent et de conformité découlant de la pandémie de COVID-19 ont continué de retenir l'attention. Pendant que les organismes de réglementation s'emploient à se tenir à jour face aux effets de la pandémie, les entreprises canadiennes devraient s'attendre à une augmentation des activités de mise en application de la loi à l'égard des crimes économiques, au cours de la prochaine année.

Les répercussions de la COVID-19

La pandémie de COVID-19 a accru les risques encourus par les entreprises qui évoluent dans un contexte d'incertitude. Des sommes importantes et de vastes

ressources ont été affectées à l'atténuation des répercussions de la COVID-19 sur la santé, l'économie et la société. Par exemple, des organisations comme la Banque mondiale et le Fonds monétaire international ont promis des milliards de dollars en aide d'urgence, en plus des programmes étatiques mis sur pied. Cet afflux d'argent qui, dans bien des cas, n'est pas accompagné de la surveillance nécessaire mène à une montée en flèche des crimes économiques à l'échelle mondiale.

Parmi ces crimes, on compte les allégations de corruption de sociétés d'assurance maladie, le détournement de fonds destinés à la lutte contre la COVID-19, le défaut d'approvisionnement et les dessous-de-table, y compris la surfacturation de respirateurs, l'acceptation de pots-de-vin par des fonctionnaires, la contrefaçon de chèques de relance utilisés pour acheter des marchandises de luxe, et les contrats publics conclus avec de présumés fraudeurs. [Transparency International](#) (en anglais) fait état de pertes de plus de 1 G\$ US découlant de la corruption et de méfaits, somme qui aurait suffi pour permettre d'acquérir quelque 50 000 respirateurs. Une réunion du groupe anticorruption ministériel du G20, tenue le 22 octobre 2020, a été consacrée à une intervention mondiale.

Transparency International a résumé et ventilé à l'échelle régionale les cas les plus notoires en matière de corruption et de méfaits dans le [tableau](#) suivant :

Région	Cas analysés	Total (US \$)
Afrique	4	7 982 630
Europe	7	555 302 400
Amérique latine	5	273 198 110
Amérique du Nord	1	1 300 000
Asie	2	288 171 000
Total de toutes les régions :	19	1 125 954 140

Les entreprises canadiennes doivent donc se préparer en conséquence.

Comme on peut le voir dans d'autres pays, des personnes mal intentionnées pourraient chercher à tirer profit de la pandémie. Même si les organismes de réglementation du Canada ont assoupli certaines exigences, en reportant, par exemple, l'échéance de dépôt de documents, les organismes d'application de la loi et les autorités de réglementation n'ont pas cessé de tenir les contrevenants responsables de leurs actes. Dans ce contexte, les entreprises auront probablement à faire face à des contrôles réglementaires plus poussés.

Voici certains des risques liés à la pandémie que pourraient courir les entreprises :

- Les entreprises sont plus vulnérables aux risques de conformité à la suite de mesures d'urgence et d'autres obligations juridiques liées à la pandémie de COVID-19, y compris la fermeture d'entreprises de services non essentiels et les restrictions qui leur sont imposées, l'interdiction de pratiques telles que le

gonflement des prix et l'obligation de prendre diverses mesures en matière de santé et de sécurité, dont la distanciation physique.

- Les entreprises qui ont d'importants défis à relever sur le plan des chaînes d'approvisionnement subiront des pressions accrues les incitant à maintenir ou à étendre les chaînes d'approvisionnement. Les interruptions dans les chaînes d'approvisionnement augmentent les risques que les entreprises soient victimes de fraude et nécessitent une conformité accrue aux règlements.
- Les entreprises qui s'adaptent au contexte de la pandémie pourraient se trouver en interaction avec les gouvernements à l'extérieur de leurs activités normales, notamment le respect de nouvelles exigences réglementaires et la nécessité de fonctionner sur des marchés qui ne leur sont pas familiers, en raison de l'interruption de la chaîne d'approvisionnement. Dans certains territoires de compétence, cela pourrait faire augmenter le risque d'interactions exposant les entreprises à la corruption et à l'exigence de pots-de-vin.
- Les entreprises engagées dans des activités de fusion et d'acquisition en raison des répercussions économiques de la pandémie pourraient devoir faire face au risque accru de la responsabilité de successeurs dans une entreprise. Il sera important de procéder à des contrôles préalables de l'exploitation de la société cible afin d'évaluer et d'atténuer les risques.

Il est donc crucial que les entreprises qui évoluent dans le contexte de la pandémie fassent preuve de prudence et prennent les mesures appropriées face aux risques liés à la pandémie, en plus des risques qui menacent ordinairement leurs activités, et qui pourraient être exacerbés par la pandémie de COVID-19.

Les activités d'application de la loi

Un aperçu des activités d'application de la loi portant sur la corruption

L'activité d'application de la loi importante la plus récente au Canada a eu lieu à la fin de 2019, avec l'issue très attendue de l'affaire hautement médiatisée mettant en cause le Groupe SNC-Lavalin inc. Les allégations à l'encontre de SNC-Lavalin avaient trait à ses activités en Libye, entre 2001 et 2011. La GRC accusait notamment SNC-Lavalin d'avoir versé des pots-de-vin à des fonctionnaires étrangers, aux termes de l'alinéa 3 (1) b) de la *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (la LCAPE), et d'avoir commis une fraude, aux termes du paragraphe 380 (1) du *Code criminel*. Le 18 décembre 2019, une filiale du Groupe SNC-Lavalin inc. a plaidé coupable à l'accusation de fraude et a écopé d'une amende de 280 millions de dollars, ainsi que d'une période de probation de trois ans, ce qui vient mettre un terme à l'affaire criminelle qui pesait contre la firme d'ingénierie de Montréal.

De plus, le 15 décembre 2019, Sami Bebawi, ex-cadre de SNC-Lavalin, a été reconnu coupable par un jury de cinq chefs d'accusation liés à la fraude, à la corruption de fonctionnaires étrangers et au blanchiment de produits de la criminalité liés à ces événements. Le 10 janvier 2020, Sami Bebawi a été condamné à une peine d'emprisonnement de huit ans et demi, relativement au stratagème. Il s'agissait de la dernière accusation au pénal déposée contre l'entreprise et ses anciens employés.

Les deux sanctions constituaient d'importantes augmentations par rapport à ce qui avait été imposé auparavant pour des infractions de même nature au Canada. La peine négociée de 280 millions de dollars pour SNC-Lavalin représente la plus forte sanction pécuniaire imposée à une société pour une fraude aux termes du *Code criminel*, et elle est beaucoup plus importante que toute autre amende infligée à une société pour une infraction semblable, aux termes de la LCAPE. La peine d'emprisonnement de huit ans et demi de Bebawi, et la demande de la Couronne d'une peine de quatre ans et demi pour l'infraction liée à la corruption constituent une augmentation par rapport aux peines de trois ans généralement imposées pour des infractions commises par des particuliers.

Le 12 novembre 2020, la Gendarmerie royale du Canada a inculpé Damodar Arapakota, ex-dirigeant d'IMEX Systems Inc., aux termes du paragraphe 3 (1) de la LCAPE, pour avoir prétendument soudoyé un fonctionnaire du Botswana, à la suite d'une déclaration volontaire de la société.

Le Canada a continué de recevoir des critiques, en 2020, pour le peu d'activités d'application de la loi qu'il a tenues, plus particulièrement en ce qui concerne la corruption. Le Canada a perdu quatre places, passant du 8^e au 12^e rang, quant à l'indice de perception de la corruption (IPC) de Transparency International, qui est un classement annuel des pays à l'égard de la corruption perçue de leur secteur public. D'après l'IPC, pour lequel le Canada a perdu la place qu'il occupait parmi les dix premiers depuis 2005, le Canada est en train d'acquérir la réputation d'un pays où il est facile de blanchir de l'argent.

Plus particulièrement, le rapport de Transparency International cite deux rapports commandés par le gouvernement en Colombie-Britannique (le [rapport Maloney](#) en 2019, et le [rapport German](#) en 2018 [en anglais]), établissant en détail l'étendue du blanchiment d'argent dans les secteurs de l'immobilier, des casinos et des articles de luxe. Le rapport fait également état de la controverse entourant la décision du gouvernement fédéral de ne pas inviter SNC-Lavalin à négocier une entente de suspension des procédures. De même, le plus récent [rapport sur la corruption en matière d'exportation](#) (en anglais) de Transparency International soutient que le Canada a conservé sa réputation d'exercer une « application limitée » des sanctions imposées en cas de subornation de fonctionnaires étrangers lors d'activités hors du pays.

La peine négociée de 280 millions de dollars pour SNC-Lavalin représente la plus forte sanction pécuniaire imposée à une société pour une fraude aux termes du *Code criminel*.

Le Bureau de la lutte contre la fraude grave de l'Ontario

Le Bureau de la lutte contre la fraude grave (BLFG) de l'Ontario, créé à la mi-2019, a entrepris ses activités de mise en application de la loi. Plus particulièrement, à la suite d'une enquête en matière de fraude menée par le BLFG, Charles Debono a été déporté de la République dominicaine et arrêté à son arrivée au Canada par la Police provinciale de l'Ontario (OPP). Debono a été accusé d'infractions criminelles, notamment la fraude, le blanchiment d'argent, la corruption et la contrefaçon, relativement à une fraude à la « Ponzi » de 56 millions de dollars qui aurait été fomentée en 2012.

L'enquête a été entamée par l'OPP, puis confiée au BLFG, nouvellement créé. Le BLFG a trouvé quelque 515 victimes, dont les pertes totalisaient plus de 24 millions de dollars. Le déroulement de cette affaire permettra de constater ce que l'on peut attendre du BLFG à l'avenir.

La création du BLFG témoignait de l'accroissement de l'importance accordée à l'application de la loi en matière de crimes économiques dans la province. Il s'agissait d'un pas en avant dans l'application de la loi en Ontario, étant donné la nature pénale (et donc fédérale) de la législation anticorruption au Canada, qui est généralement mise en application par la GRC. Au Québec, l'Unité permanente anticorruption a obtenu un succès relatif dans un domaine semblable.

Nous nous attendons toujours à ce qu'avec le temps, la création du BLFG suscite une plus grande application de la loi dans ce secteur en Ontario. L'enquête Debono pourrait bien être annonciatrice de ce qui est à venir.

Le point sur les accords de réparation

En date d'aujourd'hui, le Canada n'a pas encore fait d'utilisation efficace de ses accords de réparation, entrés en vigueur en 2018. Aux termes du régime canadien, un accord de réparation ne peut être conclu que dans les cas de crimes économiques. Fait à noter, la réponse à l'accusation de SNC-Lavalin faisait suite à de vaines tentatives de la société à conclure un accord de réparation avec le Service des poursuites pénales du Canada.

À ce jour, aucun accord de réparation n'a encore été annoncé au Canada. Néanmoins, ces accords demeurent un important outil dans la trousse des autorités chargées de l'application des lois, et ils devraient servir à faciliter davantage l'application des lois à l'avenir.

Le blanchiment d'argent

Au cours des dernières années, l'attention publique à l'égard des crimes économiques a été particulièrement concentrée sur le blanchiment d'argent. À la suite du [rapport Maloney](#) en 2019 et du [rapport German](#) en 2018 susmentionnés, faisant état en détail de l'étendue du problème du blanchiment d'argent en Colombie-Britannique, la création de la Commission d'enquête sur le blanchiment d'argent en Colombie-Britannique (la Commission Cullen) a été annoncée en mai 2019 et ses travaux se sont poursuivis en 2020. La Commission, dirigée par le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique Allen Cullen, a pour mandat d'enquêter sur le blanchiment d'argent en Colombie-Britannique et d'en faire rapport. Plus précisément, la Commission Cullen est chargée de déterminer où et comment se fait le blanchiment d'argent et pourquoi on lui a permis d'avoir lieu, s'il peut être évité et, le cas échéant, la façon de le faire.

Les audiences de la Commission Cullen se poursuivent en vidéoconférence en raison de la pandémie. Les entreprises devraient s'attendre à des modifications réglementaires ou à de nouveaux mécanismes d'application à l'égard du blanchiment d'argent, une fois que les recommandations de la Commission seront publiées.

Le Canada pourrait également retenir l'attention sur des questions de blanchiment d'argent à la suite de la récente fuite liée à des « déclarations d'activité suspecte » recueillies par le Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN) des États-Unis. Par le passé, des fuites d'information, y compris les Panama Papers, ont mis en lumière le blanchiment d'argent au Canada et ont retenu l'attention.

Nous nous attendons toujours à ce qu'avec le temps, la création du BLFG suscite une plus grande application de la loi dans ce secteur en Ontario. L'enquête Debono pourrait bien être annonciatrice de ce qui est à venir.

Les attentes en matière d'application des lois

Étant donné les risques supplémentaires découlant de la pandémie de COVID-19, le respect de la conformité devrait être de la plus grande importance pour les entreprises. Le Canada emboîtera probablement le pas à d'autres territoires de compétence. Parmi ceux-ci, on compte les États-Unis qui, en 2020, ont publié une deuxième édition de leur *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*. Au Royaume-Uni, une mise à jour du régime de suspension des procédures en place a été publiée récemment.

Nous prévoyons une application accrue des lois en 2021, en ce qui concerne la corruption, le blanchiment d'argent et les autres crimes économiques.

Étant donné les risques supplémentaires découlant de la pandémie de COVID-19, le respect de la conformité devrait être de la plus grande importance pour les entreprises.

AUTEURS

**Stéphane Eljarrat**

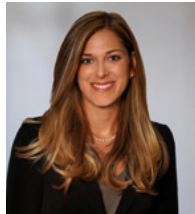
Associé, Litige
Chef : Droit pénal
des affaires

seljarrat@osler.com
514.904.8118 (Montréal)
416.862.6623 (Toronto)

**Lawrence E. Ritchie**

Associé, Litige
Président : Gestion
de risques et réponse
aux crises

lritchie@osler.com
416.862.6608

**Sonja Pavic**

Sociétaire, Litige

spavic@osler.com
416.862.5661

**Frédéric Plamondon**

Sociétaire, Litige

fplamondon@osler.com
514.904.8109

**Malcolm Aboud**

Sociétaire, Litige

maboud@osler.com
416.862.4207

Capacité d'adaptation du marché des capitaux en réaction à des changements importants

Cette année, les participants au marché des capitaux ont vécu de nombreux changements sans précédent, qui les ont forcés à faire preuve d'une grande capacité d'adaptation. Le présent article portera sur deux de ces événements charnières, soit la suppression du TIOL et les répercussions de la pandémie de COVID-19.

La suppression du TIOL est attendue depuis de nombreuses années et beaucoup de discussions ont porté sur les effets potentiels de cette dernière. Toutefois, avant 2020, très peu de mesures concrètes ont été prises en ce sens, et ce, en dépit de la complexité que présente un tel changement pour les entreprises. Le TIOL est utilisé à grande échelle aux quatre coins de la planète dans le cadre de milliers d'ententes de crédit et de conventions d'emprunt dans le cadre de billions de dollars de prêts. Un changement d'une telle nature ne peut être apporté qu'aux termes d'un accord étendu à l'échelle du secteur sur les taux de remplacement appropriés. De plus, il doit absolument s'inscrire dans une planification rigoureuse.

Le laisser-faire observé à l'égard de la modification du TIOL jusqu'en 2020 a finalement été éclipsé par les fortes pressions exercées par les organisations gouvernementales et les chefs de file du marché pour déterminer une marche à suivre. L'année 2020 a enfin été celle où les participants au marché ont mis en œuvre les changements nécessaires pour effectuer une transition en bonne et due forme vers un taux de remplacement et les choses vont bon train. Compte tenu de la quantité considérable d'ententes reposant sur le TIOL, il s'agit là de bonnes nouvelles, surtout si l'on tient compte du fait que tout échec relativement aux négociations et à la mise en place d'une structure de remplacement ou de rechange avant la suppression du taux de référence prévue en 2021 pourrait avoir des conséquences désastreuses sur les prêteurs, les emprunteurs et les autres participants au marché.

Contrairement à la suppression du TIOL, la pandémie de COVID-19 a pris le monde par surprise. À ce jour, elle a toujours le potentiel d'engendrer de l'instabilité et des perturbations sur le marché du crédit. La pandémie a eu des conséquences négatives sur un grand nombre d'entreprises et forcé plusieurs d'entre elles à demander à leur prêteur d'assouplir leur entente de crédit.

Suppression du TIOL

Le taux interbancaire offert à Londres (plus communément appelé TIOL) est le taux d'intérêt le plus largement utilisé dans le monde. Le TIOL a sept échéances différentes (un jour/au comptant, une semaine, un mois, deux mois, trois mois, six mois et douze mois) et il repose sur cinq devises différentes (dont le dollar américain, qui est le principal objet de cet article).

Le TIOL devrait normalement prendre fin d'ici le 31 décembre 2021. À cette date, la Financial Conduct Authority (la FCA), l'organisme de réglementation du TIOL, n'obligera plus les banques de son panel à fournir des soumissions pour déterminer le TIOL et celui-ci deviendra ainsi caduc. En novembre 2020, ICE Benchmark Administration Limited (IBA), l'administrateur du TIOL, a annoncé un plan visant à entamer des consultations sur son intention de cesser la publication (1) de toutes les échéances du LIBOR GBP, du LIBOR EUR, du LIBOR CHF et du LIBOR JPY le 31 décembre 2020, (2) du LIBOR USD d'une semaine et de deux mois le 31 décembre 2020, et (3) de toutes les autres échéances du LIBOR USD le 30 juin 2023. Les consultations se termineront à la fin du mois de janvier 2021.

Le TIOL est le taux de référence sous-jacent de billions de dollars de prêts consentis dans le cadre d'un vaste éventail d'instruments financiers et d'opérations à l'échelle mondiale. Parmi ces derniers, mentionnons les prêts aux entreprises, les obligations, les produits dérivés, les contrats à terme standardisés, les prêts hypothécaires et d'autres produits financiers. Les prêteurs, les emprunteurs et les autres participants aux marchés des capitaux mondiaux auront donc un peu plus d'un an pour relever le défi de remplacer le TIOL. À ce jour, rien ne porte à croire que la pandémie de COVID-19 entraînera un retard dans la suppression du TIOL.

SOFR – le taux de remplacement

Le Secured Overnight Financing Rate (le SOFR) est le taux qui est censé remplacer le TIOL en dollars américains pour bon nombre de produits

L'année 2020 a enfin été celle où les participants au marché ont mis en œuvre les changements nécessaires pour effectuer une transition en bonne et due forme vers un taux de remplacement et les choses vont bon train.

financiers. Le SOFR est un taux à un jour pour les opérations de rachat garanties par des obligations du Trésor américain. Le SOFR existe sous différentes formes, dont le SOFR à terme prospectif, le SOFR simple à un jour à terme échu et le SOFR quotidien composé à terme échu.

Le SOFR à terme prospectif a une structure semblable à celle du TIOL et est déterminé avant le début de la période de calcul des intérêts. Pour que le SOFR remplace efficacement le TIOL, un marché de contrats à terme standardisés reposant sur ce taux de remplacement devra être créé. Le SOFR à un jour à terme échu est déterminé d'après les taux SOFR publiés pendant la période de calcul des intérêts qui s'applique. Contrairement aux taux prospectifs, le taux applicable à l'ensemble de la période de calcul des intérêts est inconnu au début de cette dernière. La différence entre le SOFR simple à un jour et le SOFR quotidien composé est fonction des intérêts courus, selon qu'ils sont basés sur un taux d'intérêt simple ou composé. Le SOFR est publié quotidiennement par la Banque fédérale de réserve de New York.

Le TIOL et le SOFR présentent plusieurs différences structurelles, à savoir que le premier est notamment assorti de plusieurs échéances alors que le deuxième est un taux à un jour. Par ailleurs, le TIOL prévoit une prime de risque de crédit de la banque. Ces deux taux comportent également des écarts différentiels sur plusieurs années. Par conséquent, il faudra apporter certaines modifications au SOFR pour compenser ces différences et combler les écarts différentiels sur plusieurs années entre les taux. De plus, les participants au marché qui utilisent le SOFR devront décider s'ils appliquent une moyenne simple ou composée et s'ils calculeront les SOFR quotidiens ainsi que leur moyenne en avance ou rétroactivement.

Le SOFR qui sera précisément utilisé pour les prêts n'a pas encore été déterminé. Les principaux taux envisagés semblent être le SOFR à terme prospectif et le SOFR simple à un jour à terme échu. Dans le cas des swaps, l'Internationale Swaps and Derivatives Association (ISDA) a annoncé qu'elle appliquera le SOFR composé à terme échu ajusté en fonction de l'échéance.

Libellé des dispositions de rechange recommandé

L'Alternative Reference Rates Committee (ARRC) est un comité qui a été mis sur pied par la Réserve fédérale et la Banque fédérale de réserve de New York pour aider à assurer une transition réussie du TIOL en dollars américains au SOFR. Au printemps 2019, l'ARRC a publié un libellé des dispositions de rechange recommandé à inclure dans les conventions de prêts syndiqués et bilatéraux. Le libellé proposé par l'ARRC prévoit deux approches qui pourront être appliquées aux conventions de prêt à titre de remplacement après la suppression du TIOL. Ce libellé est basé à la fois sur une « approche programmée » et une « approche de modification ».

Aux termes de l'approche programmée, les parties appliquent des modalités prédéterminées au transfert d'une facilité d'emprunt en fonction d'un taux de remplacement et de l'ajustement des écarts. Cette transition peut être effectuée au moment d'un événement déclencheur dont les parties ont convenu ou avant celui-ci, aux termes du choix d'utilisation. Selon l'approche de modification, les parties s'entendent pour modifier la convention de prêt lors de certains événements déclencheurs ou avant qu'ils ne surviennent aux termes du choix d'utilisation par

anticipation. L'ARRC a toujours préconisé l'application de l'approche programmée plutôt que l'approche de modification. Dans le document [ARRC Recommended Best Practices for Completing the Transition from LIBOR \(en anglais seulement\)](#), l'ARRC a recommandé d'appliquer l'approche programmée à tous les prêts commerciaux d'ici la fin du troisième trimestre de 2020.

Puis, en juin 2020, l'ARRC a publié la [version révisée de son libellé des dispositions de rechange](#) (en anglais), qui ne prévoyait désormais plus l'approche de modification. En dépit de l'insistance mise par l'ARRC sur l'approche programmée, les parties visées tardent à l'adopter. Cela s'explique en grande partie par la réticence des participants à appliquer le SOFR alors qu'il n'a pas encore été désigné comme la norme définitive sur le marché. En revanche, l'approche de modification a été largement adoptée. L'ARRC a fait part de son inquiétude à savoir que si tous les participants au marché appliquent l'approche de modification, il pourrait se révéler impossible de modifier des milliers de prêts (et bon nombre d'autres produits financiers) en un bref laps de temps après la suppression du TIOL.

L'ARRC a également publié un [libellé de substitution programmée](#) (en anglais) pour les billets à taux variable en avril 2019. Ce libellé a été adopté plus rapidement comparativement à celui à l'intention des marchés des prêts. Il n'y a pas de quoi s'en étonner, les billets à taux variable étant difficiles à modifier en raison des exigences relatives au consentement des détenteurs.

Transition au taux SOFR

Quelques ressources sont à la disposition des participants au marché pour faciliter la transition à l'approche programmée.

L'ISDA évalue les répercussions de la suppression des principaux taux interbancaires offerts (les taux IBOR) depuis quelques années et a publié un [supplément aux définitions qu'elle a publiées en 2006](#) (le Supplément) (en anglais) ainsi qu'un protocole qui s'y rapporte (le Protocole), où elle aborde la question des taux de remplacement de ces taux IBOR (dont le TIOL) dans le cadre de contrats sur instruments dérivés. Le Supplément et le Protocole entreront en vigueur le 25 janvier 2021. Par la suite, tous les nouveaux produits dérivés qui font référence aux définitions publiées en 2006 par l'ISDA comprendront automatiquement les taux de remplacement mis à jour pour les taux IBOR visés. Ces changements s'appliqueront également aux produits dérivés traditionnels si toutes les parties concernées se sont engagées à respecter le Protocole ou ont convenu une entente bilatérale similaire. À ce stade, plus de 1500 entités ont adhéré au protocole.

La Loan Syndications and Trading Association (LSTA) a récemment publié un [modèle de convention de crédit](#) (en anglais) à titre de source de renseignements sur l'application du libellé de substitution programmée et pour faciliter la transition aux nouveaux prêts faisant référence au SOFR. Le modèle de convention de crédit est basé sur un prêt à terme qui fait référence au SOFR simple à un jour ou au SOFR quotidien composé. La LSTA souligne que le modèle de convention de crédit n'a pas été créé dans le but de représenter ou de définir une pratique standard sur le marché. Par ailleurs, puisqu'aucun prêt faisant référence au SOFR simple n'a été consenti à ce jour, il n'existe aucune pratique commerciale à prendre en compte à l'heure actuelle. En fait, le document utilise plutôt des dispositions de style taux de base et intègre les [conventions prévues par l'ARRC](#) (en anglais)

à titre d'exemple de prêt SOFR. La LSTA a par ailleurs mentionné son intention de mettre au point des modèles de convention de crédit également fondés sur d'autres approches qui font référence au SOFR.

Solution législative proposée

Le 6 mars 2020, l'ARRC a publié une [proposition législative](#) (en anglais) à l'intention de l'État de New York sur la gestion de différents problèmes qui surviendront à la suite de la suppression du TIOL. La législation proposée par l'organisme visait notamment à 1) empêcher toute partie de refuser d'exécuter ses obligations contractuelles ou de rompre un contrat suivant la suppression du TIOL ou l'application du taux de remplacement prévu par la loi, 2) établir définitivement que le taux de remplacement recommandé est raisonnable et équivalent au TIOL sur le plan commercial et 3) prévoir une règle refuge contre les litiges relativement à l'application du taux de remplacement recommandé.

Dans le cas des contrats qui ne prévoient pas de taux de remplacement pour le TIOL ou qui prévoient des modalités de substitution qui font référence à un taux basé sur le TIOL (tel que la dernière soumission du TIOL), la loi impose l'application du taux de remplacement recommandé. Dans le cas des contrats au titre desquels l'agent prêteur ou le prêteur peut à sa discrétion déterminer le taux de remplacement, la règle refuge contre les litiges vise à encourager l'application du taux de remplacement recommandé. Les contrats qui prévoient des modalités de substitution en vue de l'application d'un taux non basé sur le TIOL (comme le taux d'intérêt préférentiel) ne seront pas touchés par la législation.

Suppression du TIOL

Même si la fin de 2021 est dans un an, la suppression du TIOL arrivera rapidement, probablement plus vite que ce à quoi la plupart des gens s'attendent. Selon la conjoncture, il pourrait peut-être même être nécessaire de remplacer le TIOL avant qu'il ne soit supprimé, au cas où il faudrait cesser de l'appliquer avant la date prévue. Les participants au marché doivent absolument commencer à mettre en œuvre leurs plans de transition afin de se donner suffisamment de temps pour effectuer une transition en bonne et due forme, que ce soit aux termes d'une approche programmée, d'une approche de modification ou de toute autre forme d'approche. Autrement, les répercussions pourraient être très graves pour les emprunteurs. Compte tenu du volume considérable des ententes et des conventions établies d'après des taux d'intérêt basés sur le TIOL, nous nous attendons à ce que 2021 soit une année très occupée en raison de l'arrivée imminente des dates d'échéance et du caractère impératif des changements à apporter. En ce qui concerne les nouveaux contrats, les banques ont été encouragées par divers organismes de réglementation à cesser d'utiliser le LIBOR USD dès que possible, et certainement avant la fin de 2021.

Osler est le seul cabinet d'avocats canadien membre d'ISDA Americas et du groupe de travail européen sur les taux de référence et il sera l'hôte du Canadian Legal IBOR Committee regroupant un groupe de banques canadiennes. À ce titre, Osler a agi comme conseiller auprès de plusieurs banques et autres participants au marché des capitaux relativement aux solutions d'évaluation du risque, de planification et de mise en œuvre liées au remplacement du TIOL.

Répercussions de la COVID-19 sur les facilités de crédit

La pandémie de COVID-19 a soulevé et continue de soulever de nombreuses difficultés pour les emprunteurs en ce qui a trait à leurs facilités de crédit existantes. Parmi ces difficultés, mentionnons 1) l'impossibilité de respecter certains engagements financiers et certaines règles sur la divulgation d'information financière, 2) le risque de violation de certaines obligations contractuelles et 3) la possibilité d'un effet défavorable important.

À ce jour, les prêteurs se sont montrés généralement assez souples à l'égard de ces problématiques. Bon nombre de prêteurs ont apporté des modifications à leurs ententes de crédit et accordé des dispenses au titre de certains engagements et de certaines règles touchés par la pandémie. Par exemple, dans le cadre de certaines opérations, les prêteurs ont accepté d'aider les emprunteurs en modifiant les exigences relatives aux ratios financiers, notamment en autorisant l'ajout des dépenses liées à la COVID-19 au BAIIDA et le report des dates limites de présentation des rapports. Dans l'ensemble, les prêteurs n'ont pas fait une interprétation audacieuse des modalités sur les effets défavorables importants dans les conventions d'emprunt. Les prêteurs n'auraient pas été avisés de faire valoir leurs droits à l'égard de toutes les facilités qui auraient pu être visés par un défaut au titre d'un effet défavorable important pendant la pandémie.

En contrepartie de leur clémence, les prêteurs ont cependant imposé des restrictions supplémentaires. Parmi ces dernières, mentionnons a) les modalités empêchant l'accumulation d'espèces, b) le resserrement des restrictions sur les ventes d'actions, les dividendes, les distributions et les acquisitions, et c) les règles supplémentaires sur la divulgation d'information financière. Les prêteurs doivent continuer de s'assurer que les dispenses, dérogations, consentements et autres modifications qu'ils accordent à leurs emprunteurs sont temporaires et fondés sur des faits précis.

Conclusion

Les difficultés que les participants au marché ont connues cette année continueront d'évoluer en 2021. Ils devront se concentrer sur la lourde tâche qu'ils auront à accomplir relativement à la suppression du TIOL. Les emprunteurs et les prêteurs devront maintenir les canaux de communication ouverts entre eux afin de trouver des solutions qui profiteront à toutes les parties en ce qui a trait aux enjeux liés à la COVID-19. Même si la tâche n'a pas été facile, les participants au marché ont fait preuve d'une grande résilience et ont travaillé fort tout au long de 2020 pour se donner les outils nécessaires pour relever ces défis.

Il reste à voir comment l'ensemble du marché réagira à ces préoccupations et à l'incertitude qui entoure la conjoncture. Plus particulièrement, il sera intéressant de voir si la proposition législative de l'ARRC sur le remplacement du TIOL sera adoptée aux États-Unis et si le Canada leur emboîtera le pas, en mettant en place un régime similaire.

Bon nombre de prêteurs ont apporté des modifications à leurs ententes de crédit et accordé des dispenses au titre de certains engagements et de certaines règles touchés par la pandémie.

AUTEURS



Lisa Mantello
Associée, Services
financiers et bancaires
lmantello@osler.com
416.862.6790



Timothy Hughes
Associé, Fiscalité
thughes@osler.com
416.862.6573



Jasmyn Lee
Sociétaire, Services
financiers et bancaires
jaslee@osler.com
416.862.5870

La réglementation des services financiers en 2020 : convergence, perturbations et accélération

Imprévisible et fluctuante. L'année 2020 peut être divisée en trois phases distinctes : avant la pandémie de COVID-19, la première vague de la COVID-19, marquée par la prise de mesures d'urgence à court terme, puis une reprise modérée des fonctions et des activités réglementaires traditionnelles ainsi que de la réforme des politiques. Cependant, cette dernière phase n'est, d'aucune façon, un retour à la normale, car la pandémie de COVID-19 continue d'influencer et de perturber l'univers des services financiers et d'entraîner des effets sur sa réglementation.

La convergence et l'intégration

Nous nous attendions à ce que l'année 2020 soit marquée par des initiatives de modernisation déjà annoncées dans le secteur des services financiers. L'Autorité ontarienne de réglementation des services financiers (ARSF) et la

British Columbia Financial Services Authority (BCFSA), deux organismes de réglementation des services financiers provinciaux relativement nouveaux dont les mandats sont similaires, ont annoncé leurs priorités pour 2020 : l'efficacité réglementaire ainsi que la collaboration et l'harmonisation en matière de réglementation à l'échelle du Canada (vous trouverez les plans d'affaires pour chacun de ces organismes ici : [FSRA](#) et [BCFSA](#) (en anglais)).

Par ailleurs, nous avons suivi de près les tendances en matière de convergence réglementaire, car les produits financiers et l'écosystème financier lui-même ont commencé à fusionner. Cette tendance a essentiellement été provoquée par une hausse de la demande des consommateurs en matière de conseils plus globaux et de normes uniformisées relatives aux produits et services financiers, telles les mesures visant la réforme du titre de planificateur financier/conseiller financier en Ontario et en Saskatchewan.

Il était prévu que les hypothèques syndiquées feraient l'objet d'une attention commune particulière sur le plan de la réglementation, en 2020. Avant la pandémie, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les ACVM) se préparaient à instaurer des [modifications réglementaires](#) (en anglais) visant à harmoniser la réglementation des hypothèques syndiquées au Canada. Il s'agissait notamment de modifications aux Règlements 45-106 et 31-103 en vue de supprimer les dispenses relatives aux prospectus et à l'inscription pour la distribution d'hypothèques syndiquées, d'ajouter des exigences quant aux dispenses relatives aux prospectus et à la notice d'offre et de modifier les dispenses de prospectus pour émetteurs privés afin de supprimer la disponibilité de la distribution des hypothèques syndiquées. Parallèlement, en Ontario, l'ARSF a annoncé que la surveillance des hypothèques syndiquées non qualifiées serait transférée de l'ARSF à la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO), tandis que l'ARSF conserverait la surveillance d'accords moins complexes, ne nécessitant pas de divulgation importante de la part des investisseurs ni de surveillance de la part d'organismes comme la CVMO. Parmi les autres événements importants, on comptait, au Québec, le transfert prévu de la [surveillance des courtiers hypothécaires](#) à l'Autorité des marchés financiers (AMF), ce qui s'est produit le 1^{er} mai et, en Colombie-Britannique, la création d'un [unique organisme de réglementation en immobilier](#) (en anglais) au sein de la BCFSA.

À l'échelon fédéral, nous avons suivi les deux initiatives clés suivantes liées à la technologie et axées sur le consommateur : le [système bancaire ouvert](#) et la [modernisation des paiements](#), et nous avons surveillé l'évolution de la situation en ce qui concerne le cadre fédéral de protection des consommateurs sur le plan financier. Nous nous attendions également à une hausse de l'activité au sein de l'Agence de la consommation en matière financière du Canada (ACFC), étant donné qu'elle dispose de nouveaux pouvoirs d'application réglementaire depuis le 30 avril 2020. De plus, nous avons prévu la reprise des mesures d'application par le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (CANAFE), étant donné la mise en œuvre de son cadre de conformité de 2019.

Enfin, le Bureau du surintendant des institutions financières (BSIF) a annoncé la tenue de consultations sur les politiques relatives à la proportionnalité des exigences pour les petites et moyennes institutions de dépôts, sur la passation de la surveillance des questions de lutte au blanchiment d'argent au CANAFE, sur les pratiques en matière de réassurance, sur les modifications apportées à la

simulation de crise pour les prêts hypothécaires non assurés, et sur l'instauration d'un nouveau taux de référence pour les prêts hypothécaires non assurés.

Les perturbations

En mars, la COVID-19 a suspendu temporairement ces réformes de politiques ; les organismes de réglementation se sont alors concentrés sur les mesures d'urgence à court terme. Cela [englobait](#) les mesures d'allègement temporaires, telles que la prolongation des délais de dépôt de déclarations, les accommodements pour les activités à distance, la cessation des examens courants et la mise en œuvre de mesures visant à assurer la résilience des institutions.

Les échéances initiales de mise en œuvre de nombreuses initiatives réglementaires ont été reportées ou suspendues, notamment :

- le transfert des régimes d'hypothèques syndiquées non qualifiées de l'ARSF à la CVMO a été retardé, passant de juillet 2020 au 1^{er} janvier 2021 ;
- les consultations sur le système bancaire ouvert ont été reportées à l'automne 2020 ;
- le 13 mars, le BSIF a suspendu les consultations sur tous les projets en matière de politiques et de lignes directrices ;
- la mise en œuvre du [Manuel de réglementation](#) en langage simple de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières (OCRCVM), prévue pour le 1^{er} juin 2020, a été reportée au 31 décembre 2021.

La réorientation de l'accélération et la réduction du fardeau

Alors que le contexte réglementaire et des affaires commençait à se normaliser, les initiatives de réforme réglementaire ont repris, au cours de l'été. Toutefois, ces réformes ont été réorientées ou amplifiées par la pandémie de COVID-19.

À l'échelon fédéral, le BSIF a annoncé la reprise de ses réformes de politiques, notant que son plan prospectif différerait du plan qu'il aurait mis en œuvre, en l'absence de COVID-19. Les [nouvelles priorités en matière de directives](#) du BSIF reconnaissent la nécessité d'être proactifs face au risque global, dans le nouveau contexte différent de la poursuite des affaires. Le BSIF est tout de même au fait des importantes contraintes opérationnelles des institutions qu'il réglemente.

La technologie et le cyberrisque sont devenus les points centraux des consultations réglementaires, à de nombreux niveaux. Ce n'est guère étonnant, étant donné que les institutions financières, dont la plupart étaient déjà engagées dans des projets de numérisation, ont été enjointes d'accélérer sans délai ces initiatives, car la pandémie de COVID-19 a entraîné un [passage record](#) (en anglais) aux services bancaires en ligne.

En septembre, le BSIF a publié un [document de discussion](#) sur les risques technologiques, axé sur la cybersécurité, les risques liés aux tiers, l'intelligence artificielle, les données, et plus encore. De plus, la BCFSa a annoncé qu'elle publiera, dans les mois qui viennent, un avis sollicitant de la rétroaction sur

Alors que le contexte réglementaire et des affaires commençait à se normaliser, les initiatives de réforme réglementaire ont repris, au cours de l'été. Toutefois, ces réformes ont été réorientées ou amplifiées par la pandémie de COVID-19.

un ensemble d'[ébauches de principes](#) (en anglais) ciblant les risques clés que courent les données et les systèmes d'information en raison d'accès non autorisés ou illégaux ou de dommages subis par les réseaux.

Le traitement équitable des consommateurs continue d'attirer l'attention. Le 15 septembre 2020, l'ARSF a annoncé deux domaines clés [d'évaluation du secteur de l'assurance vie et de l'assurance maladie](#) (en anglais) pour 2020-2021 : la mise en œuvre de principes de traitement équitable des clients dans les circuits de distribution, en collaboration avec le Conseil canadien des responsables de la réglementation d'assurance (CCRRA) et ses membres, ainsi que l'examen de la relation entre les compagnies d'assurance et les agences générales gestionnaires. Fait intéressant, l'ARSF n'a pas fait part d'une attention particulière portée au circuit de vente électronique, mais les circuits de distribution en général constituent un domaine clé de l'examen.

Les organismes de réglementation continuent de se concentrer sur la réduction du fardeau et reconnaissent la nécessité d'une collaboration, en matière de réglementation, afin de progresser dans l'atteinte de cet objectif. Ce thème a fait surface avant la pandémie de COVID-19. L'augmentation des contraintes opérationnelles découlant de la pandémie a mis ce thème en lumière, car les institutions sont moins en mesure de satisfaire aux demandes réglementaires. Il existe plusieurs exemples de cette réduction du fardeau :

- Juin 2020 : les ACVM ont publié un [document de consultation](#) passant en revue le cadre réglementaire courant pour l'OCRCVM et l'Association canadienne des courtiers de fonds mutuels (MFDA). Le document de consultation laissait entendre la volonté de réexaminer le cadre des organismes d'autorégulation (OAR), objectif conforme avec l'orientation des ACVM : les réformes axées sur le client et la réduction du fardeau. Cela fait suite aux pressions visant la convergence exercées dans ce secteur, d'abord exprimées dans un [rapport](#) (en anglais) publié en octobre 2019 par l'Institut C.D. Howe, et aux commentaires subséquents de la MFDA ([février 2020](#)) et de l'OCRCVM ([juin 2020](#)). Ces deux documents recommandent des modifications et font écho à la préoccupation selon laquelle le modèle multiréglementaire n'a pas réussi à suivre le rythme de la transformation technologique du secteur des services financiers. Ces thèmes ont été repris par le Groupe de travail sur la modernisation relative aux marchés financiers dans son [rapport de juillet 2020](#).
- Octobre 2020 : le BSFI et l'ARSF [ont annoncé](#) des plans visant la création d'un comité qui collaborera à la définition des régimes de retraite à cotisations déterminées. Ce comité passera en revue les approches des deux organismes de réglementation dans la supervision des régimes à cotisations déterminées et, dans les cas où c'est possible, il cernera les possibilités d'harmonisation réglementaire.
- Octobre 2020 : le BSFI a lancé une [consultation](#) relative aux modifications apportées à la ligne directrice E-13 (Gestion de la conformité à la réglementation) et à la ligne directrice B-8 (Dissuasion et détection du recyclage des produits de la criminalité et du financement des activités terroristes). Cette consultation est liée à la nouvelle collaboration BSFI/CANAFE qui séparera la fonction de surveillance réglementaire LRPC/FAT entre les deux organismes de réglementation, en vue d'atténuer le fardeau réglementaire.

- Octobre 2020 : l'ARSF a publié son [Énoncé du budget et des priorités](#) pour 2021-2022 aux fins de consultation publique. Cette ébauche se penche notamment sur l'amélioration de l'efficacité et de l'efficience de la réglementation afin de mieux servir l'intérêt public.

À quoi s'attendre en 2021

Comme nous traversons actuellement la deuxième vague de la pandémie, nous prévoyons que la crise de la COVID-19 continuera de façonner et de perturber le secteur des services financiers et sa réglementation. Nous surveillons, entre autres choses :

- la poursuite de la collaboration entre les organismes de réglementation tels que le BSIF, l'ARSF et la BCFSa ;
- les progrès en commerce électronique, comme les mesures temporaires facilitant l'inscription à distance, la signature de documents (y compris à titre de témoin) de façon permanente, la croissance de l'adoption des méthodes de vérification de l'identité à distance par des institutions financières traditionnelles, conformément aux [exigences du CANAFE](#), l'adoption, par d'autres provinces, de modifications aux lois sur les sûretés mobilières pour faciliter l'utilisation d'actes mobiliers électroniques, suivant l'exemple de l'Ontario et de la Saskatchewan ;
- l'attention soutenue des organismes de réglementation à l'égard de la gestion des risques non financiers, y compris les risques liés à la technologie et à la cybersécurité ;
- l'évolution de la situation en ce qui concerne le système bancaire ouvert. Les consultations devraient reprendre virtuellement à la fin de novembre et se poursuivre jusqu'en décembre 2020. De plus, le secteur d'activité va de l'avant, notamment à l'aide d'initiatives comme [Financial Data Exchange](#) ;
- l'augmentation de la prise de mesures d'application que nous attendions de la part de l'ACFC et du CANAFE. Même si cette hausse de l'activité ne s'est pas encore produite, nous prévoyons qu'elle surviendra en 2021. L'ACFC s'est peut-être montrée réticente à exercer ses nouveaux pouvoirs d'application pendant la pandémie, mais il est peu probable que cette abstention se poursuive encore longtemps. Entre-temps, le CANAFE a annoncé qu'il reprend ses examens au bureau courants et a publié un avis relatif à deux sanctions administratives pécuniaires imposées plus tôt, cette année ;
- une plus grande attention portée aux initiatives de modernisation en matière de paiements, étant donné le recours [croissant](#) aux paiements sans numéraire. Paiements Canada est en voie de mettre en place une nouvelle infrastructure de paiement en temps réel (PTR) qui créera un système pouvant livrer des fonds en moins de 60 secondes, grâce à l'échange de messages de paiement en temps réel et de compensation et de règlement en temps réel. La mise en œuvre du PTR est prévue pour 2022, mais des pressions sectorielles pourraient faire en sorte que ce délai soit respecté ou devancé, étant donné l'accélération de la numérisation entraînée par la pandémie ;

Comme nous traversons actuellement la deuxième vague de la pandémie, nous prévoyons que la crise de la COVID-19 continuera de façonner et de perturber le secteur des services financiers et sa réglementation.

- la réforme des caisses populaires. Constituant une retombée des initiatives de modernisation de l'ARSF, la *Loi sur les caisses populaires et les credit unions* de 2020 a été présentée le 5 novembre 2020 ;
- une évolution importante dans le domaine des cryptoactifs, à la suite des progrès réglementaires réalisés en 2020, notamment la surveillance des courtiers de monnaies virtuelles par le CANAFE, en date du 1^{er} juin 2020, et le lancement de la première plateforme de négociation de cryptoactifs réglementée, au moyen du bac à sable réglementaire des ACVM. Nous nous attendons à d'autres progrès en 2021 ;
- la mise en application de la *Loi de 2019 sur la protection du titre des professionnels des finances* de l'Ontario, qui interdit l'utilisation des titres de « planificateur financier » et de « conseiller financier » par des personnes qui ne détiennent pas les titres de compétence approuvés, à la suite des résultats obtenus dans le cadre de la récente [consultation](#) qui s'est terminée en novembre 2020. La Saskatchewan emboîtera probablement le pas à l'Ontario.

Il ne s'agit aucunement d'une liste exhaustive. Même si les changements semblent avoir été la norme pendant des années, dans le domaine de la réglementation des services financiers, la pandémie de COVID-19 en a accéléré la cadence. L'année qui vient promet d'être intéressante, et nous continuerons de surveiller ces activités, ainsi que d'autres faits nouveaux.

AUTEURS



Lawrence E. Ritchie
Associé, Litige
Président : Gestion
de risques et réponse
aux crises

lritchier@osler.com
416.862.6608



Victoria Graham
Associée, Droit
des sociétés

vgraham@osler.com
416.862.4856



Elizabeth Sale
Associée, Services
financiers et bancaires

esale@osler.com
416.862.6816



OSLER

CRYPTOMONNAIES

Nouvelles occasions d'affaires et nouveaux défis pour les plateformes de négociation de cryptoactifs

Cette année, trois tendances se sont dessinées qui continueront à dicter l'évolution des plateformes de négociation de cryptoactifs (les « plateformes ») au Canada. D'abord, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les « ACVM ») ont fait valoir leur compétence sur les plateformes, soit le principal intermédiaire où les investisseurs individuels achètent et détiennent des bitcoins et autres cryptoactifs. Ensuite, les instruments de placement destinés aux investisseurs individuels sur le marché des cryptoactifs sont désormais disponibles. Les investisseurs peuvent donc prendre des positions dans le bitcoin et l'éther sans passer par les plateformes. Enfin, il y a eu une

hausse spectaculaire de l'utilisation des protocoles de « financement décentralisé » (DeFi). Grâce à ces protocoles, les investisseurs chevronnés sur le marché des cryptoactifs peuvent effectuer des transactions sans passer par un intermédiaire. Cette façon de faire pose cependant de nouveaux défis pour les organismes de réglementation canadiens et étrangers.

Nouvelle réglementation visant les plateformes canadiennes de négociation de cryptoactifs

L'adoption de nouvelles exigences réglementaires visant les plateformes de négociation de cryptoactifs destinées aux Canadiens a constitué un événement important de l'année 2020. En janvier 2020, les ACVM ont publié un nouvel [avis du personnel](#) concernant l'application des lois sur les valeurs mobilières aux plateformes. Comme il en a été question dans notre bulletin d'actualités sur le site osler.com intitulé « [Les ACVM publient des lignes directrices selon lesquelles les lois sur les valeurs mobilières s'appliqueront probablement aux plateformes de garde et de négociation des cryptoactifs](#) », cet avis du personnel prévoit que les plateformes qui ne transfèrent pas immédiatement la propriété, la possession ou le contrôle de tous les cryptoactifs achetés par leurs clients négocient probablement des dérivés ou des titres. Elles sont donc assujetties à la réglementation en tant que courtiers ou marchés en vertu des lois sur les valeurs mobilières et sur les instruments dérivés canadiennes applicables.

Depuis la publication de l'avis du personnel en janvier 2020, les plateformes canadiennes qui assurent la garde des cryptoactifs pour le compte de leurs clients travaillent de concert avec les principaux organismes de réglementation des valeurs mobilières de leur territoire respectif pour arriver à une entente concernant les modalités d'inscription aux termes des lois existantes sur les valeurs mobilières et les instruments dérivés. Cette approche vise à donner une certaine souplesse aux plateformes pour leur permettre d'innover tout en tenant compte des principales préoccupations en matière de protection des investisseurs des ACVM en ce qui a trait à la garde et à l'intégrité des marchés.

En juillet 2020, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a conclu un accord avec Coinsquare Inc., une des plus grandes plateformes au Canada, relativement à des allégations de volumes d'opérations artificiels. Au moment de la conclusion de l'accord, Coinsquare prenait les mesures nécessaires en vue de son inscription à titre de courtier en valeurs mobilières.

De plus, des modifications attendues depuis longtemps visant la [réglementation prévue par la législation canadienne sur la lutte contre le blanchiment d'argent](#) sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2020. Aux termes de ces dernières, les plateformes nationales et internationales qui offrent des services à des utilisateurs canadiens sont tenues de s'inscrire à titre d'« entreprises se livrant au commerce de monnaie virtuelle ». Les « opérations en monnaie virtuelle » font désormais partie des obligations d'information auxquelles sont assujetties toutes les entités financières. Veuillez vous reporter à notre bulletin d'actualités sur le site osler.com intitulé « [Le gouvernement du Canada met la dernière main au règlement relatif à la lutte au blanchiment d'argent, visant les courtiers en cryptomonnaie](#) » où il est

Les plateformes canadiennes... travaillent de concert avec les principaux organismes de réglementation des valeurs mobilières de leur territoire respectif pour arriver à une entente concernant les modalités d'inscription... Cette approche vise à donner une certaine souplesse aux plateformes pour leur permettre d'innover tout en tenant compte des principales préoccupations en matière de protection des investisseurs des ACVM en ce qui a trait à la garde et à l'intégrité des marchés.

question de ces modifications, ainsi qu'à notre article intitulé « [La réglementation des services financiers en 2020 : convergence, perturbations et accélération.](#) »

L'on constate également que les membres des ACVM sont en pourparlers avec les plateformes étrangères qui offrent des services aux Canadiens et prendront vraisemblablement des mesures d'application contre ces dernières. En août 2020, BitMEX, une importante plateforme de produits dérivés de cryptoactifs constituée aux Seychelles, a annoncé qu'elle limiterait l'accès des résidents de l'Ontario à ses services en raison des « restrictions imposées par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario. » Peu après cette annonce, le *U.S. Department of Justice* et la *Commodity Futures Trading Commission* ont intenté des poursuites au criminel et au civil contre BitMEX et ses propriétaires pour avoir, notamment, prétendument contourné les lois sur le blanchiment d'argent. Ces procédures sont le signe clair de la volonté des organismes de réglementation canadiens et américains d'étendre leur autorité au-delà de leurs frontières pour obliger les plateformes étrangères à faire preuve de conformité lorsqu'elles offrent des services à des utilisateurs de leur territoire.

L'arrivée des instruments de placement destinés aux investisseurs individuels sur le marché des cryptoactifs

De nouveaux instruments de placement réglementés conçus pour les investisseurs individuels canadiens qui sont intéressés par les cryptoactifs sont apparus au cours de la dernière année. En avril 2020, The Bitcoin Fund (TSX:QBTC) a conclu son premier appel public à l'épargne. Ainsi, à la suite d'une décision rendue en faveur de 3iQ Corp. (gestionnaire du fonds de placement The Bitcoin Fund) dans le cadre d'une audience contestée devant la CVMQ en 2019 (dont il est question dans notre bulletin d'actualités Osler intitulé « [La CVMQ ouvre la voie aux fonds de placement exposés aux bitcoins cotés en bourse](#) », sur le site osler.com), The Bitcoin Fund est devenu le premier fonds de placement de cryptoactifs coté en bourse au monde. En date du 30 novembre 2020, la valeur liquidative de QBTC s'élevait à environ 320 millions de dollars américains. En octobre 2020, 3iQ a déposé un prospectus pour The Ether Fund, qui reproduit la structure du QBTC, à la différence qu'il détient de la monnaie ether et non des bitcoins. Grâce à ces fonds, les investisseurs individuels peuvent prendre des positions dans les cryptoactifs par l'entremise des courtiers en investissement inscrits auprès de l'Organisme canadien de réglementation du commerce des valeurs mobilières et détenir leurs placements dans leurs comptes enregistrés à imposition différée.

En août 2020, les ACVM ont accordé une dispense à Wealthsimple Digital Assets (« WDA ») pour la négociation des valeurs mobilières (au Québec, WDA est inscrite à titre de courtier en produits dérivés). WDA est la première plateforme de cryptoactifs réglementée au Canada où les utilisateurs peuvent négocier et détenir des bitcoins ou de la monnaie ether au moyen de l'application Wealthsimple Trade. Pour répondre aux préoccupations concernant la protection des investisseurs, les ACVM ont limité les placements des investisseurs individuels sur WDA à 30 000 dollars canadiens par année, limite qui pourrait être appelée à changer selon l'évolution du cadre réglementaire.

La montée du financement décentralisé

Les protocoles de financement décentralisé (« DeFi ») ont connu une croissance rapide à l'été 2020, en particulier les contrats intelligents, soit des programmes autonomes basés sur une chaîne de blocs, habituellement Ethereum, visant à simplifier les opérations de négociation, de prêt et de toute autre nature sur les cryptoactifs sans passer par un intermédiaire. Souvent, les développeurs derrière ces protocoles n'ont aucun contrôle sur les contrats intelligents et les cryptoactifs négociés par l'intermédiaire de ces derniers. Or, cela ne les empêche pas de vouloir instaurer simultanément un principe de gouvernance décentralisée en distribuant des jetons de chaînes de blocs aux utilisateurs des protocoles, qui leur permettent d'exercer un droit de vote en cas de changement à ces derniers.

Au fil de 2020, la valeur des cryptoactifs détenus ou transigés dans le cadre de ces protocoles a progressé jusqu'à atteindre les milliards de dollars. Au début de septembre 2020, les volumes de transactions sur cryptoactifs pour le protocole de liquidités décentralisé Uniswap basé sur le réseau Ethereum avoisinaient un milliard de dollars américains par jour, rivalisant avec certaines des plus grandes plateformes centralisées sur le marché. Même si ces volumes ont connu une baisse depuis l'atteinte de ce sommet, les protocoles de DeFi continuent de remettre en question la dominance des plateformes de garde en matière de négociation et de prêt des cryptoactifs.

Les protocoles de DeFi soulèvent également des questions importantes pour les organismes de réglementation. Les opérations de négociation, de prêt et de toute autre nature qui sont effectuées dans le cadre des protocoles de DeFi pourraient comprendre les transactions que les ACVM cherchent à réglementer. Le problème est qu'il n'y a pas d'intermédiaire à qui appliquer cette réglementation. Pendant ce temps, les parties qui effectuent ces transactions sont dispersées aux quatre coins du monde et opèrent sous le couvert d'un pseudonyme, repérables uniquement par leurs adresses de chaînes de blocs, lesquelles peuvent difficilement être reliées à une entité réelle. L'enjeu le plus important pour les organismes de réglementation est sans doute les vulnérabilités sur le plan de la sécurité et les bogues informatiques des protocoles de DeFi, qui ont entraîné des pertes pour les investisseurs. Les risques liés à la protection des investisseurs posés par les protocoles de DeFi sont donc semblables à ceux des plateformes de garde, à l'exception qu'ils sont plus difficiles à réglementer en raison de l'absence d'un intermédiaire concret.

Vision pour 2021

Nous nous attendons à ce que le marché canadien des cryptoactifs continue d'évoluer au cours de la prochaine année. Nous prévoyons que d'autres plateformes suivront les traces de WDA et obtiendront un permis aux termes des lois sur les valeurs mobilières canadiennes. Lorsqu'elles détermineront l'admissibilité à l'inscription des plateformes, la première préoccupation des ACVM sur le plan de la réglementation restera la garde et la protection des actifs des utilisateurs. Les plateformes qui souhaitent s'inscrire à titre de courtiers en valeurs mobilières ou de marchés devront également se conformer aux exigences de déclaration des risques et des conflits d'intérêts et aux règles sur la divulgation

d'information financière et sur les pratiques du marché et, dans la mesure du possible, souscrire de l'assurance ou obtenir une dispense relativement aux exigences d'assurance visant les sociétés inscrites. Les plateformes canadiennes travaillent de concert avec les organismes de réglementation pour instaurer les pratiques exemplaires afin de protéger les investisseurs, lesquelles devraient rehausser le professionnalisme de cette industrie émergente.

Parallèlement, le resserrement de la réglementation devrait favoriser la consolidation sur le marché canadien. Certaines plateformes pourraient estimer que les frais réglementaires sont disproportionnés par rapport à la taille des marchés, surtout si l'on tient compte du fait que les investisseurs individuels canadiens peuvent prendre des positions dans les cryptoactifs par l'intermédiaire des produits de placement traditionnels.

Nous nous attendons également à ce que l'Agence du revenu du Canada continue sa quête de renseignements auprès des plateformes canadiennes, afin de trouver les investisseurs ou les négociateurs sur le marché des cryptoactifs qui n'ont pas correctement déclaré leurs revenus provenant des cryptoactifs.

Enfin, le resserrement de la réglementation et la professionnalisation des plateformes et des cryptoactifs pourraient stimuler l'intérêt des investisseurs institutionnels envers ces derniers. Certains investisseurs institutionnels canadiens ont manifesté de l'intérêt lorsque les cours et les rendements ont monté en flèche en 2017 et au début de 2018. Cet engouement s'est toutefois essoufflé lorsque la bulle entourant les différents premiers appels publics à l'épargne a explosé et que les plateformes de la trempe de QuadrigaCX se sont révélées être, à peu de choses près, de véritables stratagèmes de Ponzi. Or, comme les marchés des cryptoactifs ont repris le terrain perdu, plusieurs sociétés ouvertes bien établies ont investi massivement dans le bitcoin. Des intermédiaires financiers d'envergure mondiale, tels que Fidelity et PayPal permettent à leurs utilisateurs de conclure des opérations en cryptoactifs aux États-Unis. Nous nous attendons à ce que les investisseurs institutionnels et les sociétés traditionnelles de services financiers affichent de l'intérêt envers le marché en croissance des cryptoactifs, mais qu'ils effectuent initialement des placements à petite échelle.

Lorsqu'elles détermineront l'admissibilité à l'inscription des plateformes, la première préoccupation des ACVM sur le plan de la réglementation restera la garde et la protection des actifs des utilisateurs.

AUTEURS



Lori Stein
Associée, Droit
des sociétés
lstein@osler.com
416.862.4253



Evan Thomas
Avocat-conseil, Litige
ethomas@osler.com
416.862.4907

Surveillance accrue des investissements étrangers et année chargée pour le Bureau de la concurrence

L'approche du gouvernement canadien à l'égard de l'examen des questions d'investissement étranger et de concurrence est en grande partie inchangée dans le contexte actuel de pandémie de COVID-19. Le gouvernement fédéral a certes publié un énoncé de politique concernant la surveillance accrue de certains investissements étrangers et temporairement prolongé les délais des examens discrétionnaires relatifs à la sécurité nationale des investissements, mais ces changements sont relativement limités par rapport aux mesures prises ailleurs dans le monde. De même, le Bureau de la concurrence (le Bureau) continue à mettre l'accent sur l'application active de la *Loi sur la concurrence* malgré la COVID-19, en publiant des lignes directrices actualisées dans un certain nombre de domaines,

notamment les fusions et les collaborations entre concurrents, et en démontrant qu'elle se concentre de façon continue sur l'application de la loi dans l'économie numérique.

Loi sur Investissement Canada et les investissements étrangers à la lumière de la COVID-19

Bien que le gouvernement canadien ait pris des mesures en 2020 pour rajuster son approche concernant les investissements étrangers au Canada à la lumière de la COVID-19, ces mesures ont été relativement limitées. En contraste flagrant avec l'Australie, où les montants des seuils déclencheurs d'examen des investissements étrangers ont été établis à zéro et où les délais d'examen ont été prolongés, le gouvernement canadien n'a pas abaissé les seuils applicables à l'examen obligatoire ni élargi le champ des investissements soumis à l'examen obligatoire.

Jusqu'à présent, le gouvernement canadien a plutôt mis l'accent sur la communication de son approche en matière d'investissements étrangers. Le 18 avril 2020, le gouvernement a publié un [énoncé de politique](#) annonçant que certains investissements étrangers seront soumis à une surveillance accrue en vertu de la *Loi sur Investissement Canada* pendant la pandémie de COVID-19 pour « protéger la santé et la sécurité de tous les Canadiens et pour stabiliser l'économie ». Les investissements particuliers mentionnés sont ceux liés à la santé publique et aux biens et services essentiels, ainsi que les investissements par des investisseurs publics. L'énoncé de politique a également soulevé une préoccupation potentielle à l'égard des investissements opportunistes. Néanmoins, la seule modification législative apportée au processus d'examen de la *Loi sur Investissement Canada* a été la prolongation temporaire des délais pour l'examen discrétionnaire des investissements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale. Pour en savoir davantage, veuillez consulter le bulletin d'actualité d'Osler intitulé « [Le gouvernement canadien prolonge temporairement les délais d'examen relatifs à la sécurité nationale](#) » sur osler.com.

Le Bureau, comme d'autres autorités internationales chargées de l'application de la loi, a souligné dans ses communications publiques que la *Loi sur la concurrence* sera activement appliquée pendant la pandémie de COVID-19.

Application de la Loi sur la concurrence pendant et après la pandémie

Le Bureau, comme d'autres autorités internationales chargées de l'application de la loi, a souligné dans ses communications publiques que la *Loi sur la concurrence* sera activement appliquée pendant la pandémie de COVID-19. Le Bureau a continué à mettre l'accent sur l'application de la loi dans l'économie numérique, ainsi que sur la réalisation d'examens des fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence*. Il a également fourni des orientations actualisées sur les collaborations entre concurrents.

Examen des fusions d'entreprises en déconfiture

Le Bureau a reconnu que, bien que les principes du droit de la concurrence doivent continuer à être appliqués à tous les examens de fusions en vertu de la *Loi sur la concurrence*, il doit être prêt à effectuer en temps utile des examens de fusions concernant des entreprises ayant des difficultés économiques.

En vertu de la *Loi sur la concurrence*, le fait qu'une entreprise cible soit probablement en déconfiture ne constitue pas un moyen de défense pour une fusion autrement anticoncurrentielle. Au contraire, la perte d'influence concurrentielle n'est pas attribuée à la fusion lorsque la déconfiture imminente est probable et que, en l'absence de la fusion, les actifs de l'entreprise seraient vraisemblablement retirés du marché pertinent en raison de l'absence d'une autre option concurrentielle. Bien que le Bureau n'ait pas modifié son approche de longue date en matière d'examen des fusions dans le cas d'une entreprise en difficulté financière, il a récemment publié un [résumé](#) détaillé de son examen de l'acquisition de Total Métal Récupération (TMR) inc. par la Compagnie américaine de fer et métaux inc. connue sous l'appellation American Iron & Metal Company Inc. (AIM). Le résumé fournit des orientations actuelles sur les éléments essentiels de l'approche du Bureau en matière de cas de défense portant sur la déconfiture d'une entreprise, ainsi que les délais prévus.

En février 2020, le Bureau a clôturé un examen de trois mois sur l'acquisition de TMR par AIM ne devant pas faire l'objet d'un préavis. Avant la fusion, AIM et TMR étaient les deux plus grandes sociétés de transformation de rebuts métalliques au Québec. Malgré la réduction de la concurrence découlant de la fusion, le Bureau a refusé de prendre d'autres mesures au motif que TMR était une entreprise en déconfiture dont les actifs auraient vraisemblablement été retirés du marché en l'absence de la fusion.

Afin d'évaluer la viabilité de TRM, le Bureau a engagé un expert financier pour examiner les finances de TRM. Cette évaluation a permis de conclure que TMR était insolvable et risquait fort probablement de déclarer faillite dans un avenir immédiat. Une fois qu'elle a déterminé que TRM était susceptible de déconfiture, le Bureau a examiné la vraisemblance de divers scénarios hypothétiques (c.-à-d., une restructuration, une acquisition par un acquéreur privilégié compétitif ou une liquidation) et des niveaux de concurrence attendus dans le marché en fonction de tels scénarios. Le Bureau a déterminé que les tentatives de restructuration de TRM n'auraient pas évité sa déconfiture et ne lui auraient pas permis de survivre en tant que concurrent sérieux. Le Bureau a par ailleurs déterminé que la liquidation des actifs individuels de TMR n'aurait pas été un facteur déterminant pour faciliter l'entrée d'un nouveau concurrent et n'était pas susceptible d'entraîner un niveau de concurrence sensiblement plus élevé que si la fusion n'avait pas eu lieu. Enfin, le Bureau a déterminé que, bien qu'une recherche exhaustive d'autres acheteurs potentiels ait été menée, aucun acheteur de ce type n'existait. Pour plus de détails, veuillez consulter le bulletin d'actualités d'Osler intitulé « [Application du droit canadien en matière de concurrence dans le domaine des fusions : \(presque\) comme d'habitude](#) » sur osler.com

Évaluation des gains en efficience dans le cadre de l'examen des fusions

Un aspect unique du régime d'examen des fusions de la *Loi sur la concurrence* du Canada est la défense fondée sur les gains en efficience. En vertu de la *Loi sur la concurrence*, le Tribunal de la concurrence ne peut pas rendre d'ordonnance correctrice lorsqu'il estime qu'une fusion est susceptible d'entraîner des gains en efficience qui seront supérieurs aux effets anticoncurrentiels de la fusion et les compenseront, et que les gains en efficience ne seraient probablement pas atteints si une ordonnance était rendue.

Le processus d'examen par le Bureau de l'applicabilité potentielle de la défense fondée sur les gains en efficience dans les délais légaux applicables au processus d'examen des fusions a souvent été un problème pour les parties à la fusion et le Bureau. En avril 2020, le Bureau a publié un [énoncé de position](#) concernant son examen de 2019 de l'acquisition proposée de certains actifs de transport intermodal de H&R Transport Limited (H&R) par la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN). Dans le cadre de son examen, le Bureau a, pour la première fois, appliqué son modèle d'accord sur les délais pour les fusions impliquant des allégations de gains en efficience. Le modèle du Bureau prévoit une procédure détaillée et un calendrier à l'égard de l'examen et de la détermination des allégations de gains en efficience sans recourir au litige. Osler représentait H&R dans cette affaire.

Le Bureau a conclu que l'acquisition de H&R par CN était susceptible de réduire considérablement ou d'empêcher la concurrence à l'égard de la prestation de services de transport intermodal réfrigéré en chargement complet dans huit paires de terminaux ferroviaires origine-destination. Les parties à la fusion ont toutefois demandé au Bureau d'examiner si la défense fondée sur les gains en efficience s'appliquait à l'opération. Le Bureau a examiné les gains en efficience allégués par CN, qui concernaient l'élimination des frais généraux et des installations, systèmes informatiques et licences de logiciels faisant double emploi. Le Bureau n'était pas d'accord avec la quantification des gains en efficience allégués par CN, mais il a conclu que les gains en efficience découlant de l'opération l'emportaient sur ses effets anticoncurrentiels et n'a donc pas contesté l'opération. Pour plus de détails, veuillez consulter le bulletin d'actualités d'Osler intitulé « [Application du droit canadien en matière de concurrence dans le domaine des fusions : \(presque\) comme d'habitude](#) » sur [osler.com](#).

Maintien de l'accent sur la défense et l'application du droit de la concurrence dans l'économie numérique

Au début de l'année 2020, le Bureau a publié sa [vision stratégique](#) sur quatre ans qui définit l'objectif du Bureau d'être un « organisme de la concurrence de calibre mondial, qui est à l'avant-garde de l'économie numérique ». En juillet de cette même année, le Bureau a été nommé à la présidence du Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs pour un mandat d'une année. Le Bureau a l'intention d'axer son mandat sur les questions de confiance des consommateurs dans les marchés numériques. En octobre et novembre de cette année, le Bureau a organisé son premier sommet annuel sur l'application numérique de la loi, qui devait permettre au Bureau et à ses homologues internationaux de partager les meilleures pratiques et d'explorer de nouveaux outils et stratégies pour faire face aux problèmes d'application qui émergent à l'ère numérique.

Le Bureau a continué à enquêter activement sur la concurrence dans l'économie numérique. Plus récemment, en août 2020, le Bureau a sollicité des [renseignements](#) des acteurs du marché pour l'aider dans son enquête sur l'abus de position dominante concernant le comportement d'Amazon. Plus précisément, l'enquête du Bureau se concentre sur les politiques d'Amazon qui peuvent avoir un impact sur la volonté des vendeurs tiers de proposer leurs produits à la vente à un prix inférieur sur d'autres canaux de vente au détail

Au début de l'année 2020, le Bureau a publié sa vision stratégique sur quatre ans qui définit l'objectif du Bureau d'être un « organisme de la concurrence de calibre mondial, qui est à l'avant-garde de l'économie numérique ».

ou qui peuvent entraver la capacité des vendeurs tiers à réussir sur le marché d'Amazon sans publicité sur le site Web d'Amazon ou sans l'utilisation de son service d'exécution. Le Bureau étudie également les stratégies qu'Amazon pourrait utiliser pour influencer les consommateurs à acheter des produits Amazon plutôt que ceux proposés par des vendeurs concurrents.

Collaboration entre concurrents pendant la pandémie de COVID-19

Dans une [déclaration de politique](#) publiée le 8 avril 2020, le commissaire a reconnu les circonstances extraordinaires de la pandémie de COVID-19 et a informé les entreprises que le Bureau ne contesterait probablement pas les efforts de collaboration de bonne foi entre concurrents visant à répondre à la crise et à satisfaire les besoins essentiels des Canadiens. Le commissaire a également ouvert un canal permettant aux entreprises d'obtenir des conseils informels de la Direction générale des cartels du Bureau à l'égard des projets de collaboration entre concurrents. Ces orientations faisaient suite à des déclarations similaires de souplesse dans l'application de la législation par d'autres organismes internationaux de réglementation antitrust.

Dans sa déclaration, le commissaire a reconnu que les entreprises pourraient avoir besoin de créer des groupes d'achats collaboratifs ou de partager des ressources de la chaîne d'approvisionnement pour livrer des biens essentiels aux Canadiens, et le Bureau ne voulait pas que sa politique d'application actuelle « réfrène » les réponses rapides et efficaces qui pourraient être nécessaires pour aider les Canadiens.

En tant que déclaration d'intention d'application, les orientations du Bureau ne modifient pas les interdictions pénales existantes du Canada concernant les accords anticoncurrentiels portant sur la fixation des prix, la répartition des marchés ou les restrictions de production. En outre, elles ne lient pas le Service des poursuites pénales du Canada, l'autorité chargée de faire appliquer le droit pénal canadien en matière de concurrence. Elles ne protègent pas non plus les entreprises de la possibilité d'intenter des poursuites privées pour obtenir des dommages-intérêts.

Relativement à ce sujet, le 29 juillet 2020, le Bureau a publié pour consultation publique une [mise à jour](#) des lignes directrices sur la collaboration entre concurrents publiées en 2009. Ces lignes directrices sont importantes, car elles définissent l'approche du Bureau en matière d'application de la loi à l'égard des collaborations entre concurrents actuels ou potentiels en vertu des dispositions de la *Loi sur la concurrence* relatives aux ententes criminelles de cartel et aux ententes civiles. Le Bureau propose très peu de changements. Toutefois, les changements reflètent l'expérience du Bureau en ce qui concerne certaines questions comme les conspirations en étoile et les clauses de non-concurrence, ainsi que son approche pour évaluer dans quelle mesure l'intelligence artificielle ou les algorithmes peuvent être utilisés pour faciliter la collusion. La période de consultation est terminée et nous espérons que le Bureau publiera des lignes directrices finales et actualisées au cours de la nouvelle année.

Le Bureau de la concurrence confirme son approche des accords de non-débauchage et de fixation des salaires entre concurrents.

Le 27 novembre 2020, le Bureau a publié une déclaration confirmant que les accords de non-débauchage, de fixation des salaires et autres accords entre acheteurs sont assujettis à un examen en vertu des dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence* seulement, et que le Bureau n'évaluera pas ces accords en vertu des dispositions criminelles sur les complots de la *Loi sur la concurrence*.

À la suite de l'adoption, il y a dix ans, d'un processus à deux voies pour l'évaluation des accords entre concurrents en vertu de la *Loi sur la concurrence*, il était généralement entendu (en fonction du libellé de la *Loi sur la concurrence*) que les accords entre concurrents concernant l'achat de produits, par opposition à la fourniture de produits, ne seraient pas traités en vertu des dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence* relatives aux complots. Au contraire, ces accords seraient soumis à un examen uniquement en vertu des dispositions civiles relatives aux pratiques susceptibles d'examen. Toutefois, les parties prenantes des milieux juridiques et commerciaux canadiens ont cherché à obtenir confirmation de l'approche adoptée pour les accords en amont entre concurrents au Canada après que le département de la Justice et la Federal Trade Commission des États-Unis ont publié en 2016 des directives indiquant clairement que les accords de non-débauchage ou de fixation des salaires qui ne sont sans rapport ou non nécessaires à une collaboration légitime plus large entre les employeurs feraient l'objet d'enquêtes criminelles.

Le Bureau a désormais fourni cette confirmation. La position du Bureau est claire : il n'enquêtera pas sur les accords de non-débauchage et de fixation des salaires en vertu des dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence* relatives aux conspirations; ces accords seront plutôt évalués en vertu des dispositions civiles de la *Loi sur la concurrence* relatives aux accords entre concurrents. Bien que la politique d'application du Bureau ne lie pas les tribunaux, le Bureau a explicitement indiqué que, pour parvenir à cette conclusion, il a demandé les avis juridiques du ministère de la justice du Canada du le Service des poursuites pénales du Canada.

Les recours disponibles en vertu des dispositions civiles relatives aux accords entre concurrents de l'article 90.1 sont très limités et ne comprennent pas la possibilité de sanctions administratives pécuniaires. Il est important de noter que, contrairement aux dispositions criminelles relatives aux complots, l'article 90.1 ne confère pas aux parties privées un droit légal d'intenter des actions privées pour obtenir des dommages-intérêts en raison du préjudice subi du fait de l'accord.

Les accords entre acheteurs concernant l'achat de produits et de services continuent à être contestés dans d'autres instances non pénales. Comme déjà souligné, le Bureau a indiqué qu'il peut examiner de tels accords en vertu des dispositions civiles de l'article 90.1 de la *Loi sur la concurrence* et prendre des mesures d'exécution si cela est justifié. Le Bureau est en train de mettre à jour les *Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents* et a déclaré qu'il a l'intention d'exposer plus en détail son approche en matière d'application des accords entre acheteurs dans les lignes directrices mises à jour. Les entreprises doivent donc rester conscientes qu'elles continuent d'être soumises à une responsabilité civile potentielle en vertu de l'article 90.1 de la *Loi sur la concurrence* si elles concluent avec un concurrent un accord de non-débauchage ou de fixation des salaires qui est susceptible d'entraîner une diminution ou un empêchement sensible de la concurrence. Même si les mesures d'exécution

ne peuvent pas aboutir à l'imposition de sanctions pénales ou d'une sanction administrative pécuniaire, les enquêtes civiles peuvent être coûteuses et perturbatrices. En outre, si la déclaration du Bureau fournit des preuves solides de la non-application de la disposition criminelle à ces types d'accords, les orientations du Bureau ne lient pas les plaignants privés qui peuvent toujours choisir d'engager une action privée en dommages et intérêts sur la base d'une violation présumée des dispositions criminelles de la *Loi sur la concurrence*.

Maintien de l'accent sur la défense du droit de la concurrence

Le commissaire a continué d'être très actif dans l'accomplissement de son mandat de défense des politiques à tous les niveaux de gouvernement qui soutiennent des marchés dynamiques et concurrentiels, en plus de participer à de nombreuses audiences et consultations publiques concernant les marchés des télécommunications, le cadre de conduite de la politique monétaire du Canada, l'agenda numérique et le secteur des soins de santé. Le 20 août 2020, le Bureau a publié un [guide étape par étape pour l'évaluation de la concurrence](#) (le Guide) à l'intention des décideurs politiques. Le Guide est conçu pour aider les organismes de réglementation et les décideurs politiques à tous les niveaux de gouvernement à adapter la législation et les politiques de manière appropriée afin de maximiser les avantages de la concurrence pour l'économie. Le Guide propose aux décideurs politiques un processus en cinq étapes pour évaluer les répercussions de la réglementation et des politiques nouvelles et existantes sur la concurrence.

Comme l'a souligné le commissaire dans un récent discours, à l'avenir, nous devrions nous attendre à ce que le Bureau veille principalement à « placer la concurrence au cœur des affaires économiques du Canada » afin d'aider le Canada à récolter les fruits d'une saine concurrence dans notre économie : une économie plus productive, plus dynamique et plus résiliente qui donne du pouvoir aux consommateurs ».

AUTEURS



Shuli Rodal
Associée et présidente,
Droit de la concurrence
et de l'investissement
étranger
srodal@osler.com
416.862.4858



Michelle Lally
Associée,
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



OSLER

COMMERCE

L'Accord Canada– États-Unis–Mexique (ACEUM) entre en vigueur et Biden est déclaré président élu : s'agit-il d'un retour au calme dans les échanges commerciaux entre les États-Unis et le Canada?

Après une année 2019 mouvementée, le commerce mondial a connu une autre année difficile en 2020 avec la pandémie de COVID-19 et la

poursuite des mesures commerciales agressives adoptées par les États-Unis.

Le changement le plus important dans les relations commerciales du Canada avec le reste du monde s'est produit près de chez nous avec la mise en œuvre de l'Accord Canada–États-Unis–Mexique (ACEUM) qui a succédé à l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA). Toutefois, la stabilité que beaucoup espéraient que l'ACEUM allait apporter au commerce entre le Canada et les États-Unis a été de courte durée. Quelques mois seulement après l'entrée en vigueur de l'ACEUM, l'administration Trump a imposé des droits tarifaires sur certains produits canadiens en aluminium en raison d'une prétendue augmentation soudaine des importations, ce à quoi le Canada a répondu en annonçant des contre-mesures potentielles en guise de représailles. Bien que les États-Unis aient finalement suspendu les droits tarifaires avant l'application des contre-mesures canadiennes, il subsiste un certain risque que ces tarifs soient remis en vigueur à la suite des élections américaines (quoique l'élection de Joe Biden devrait réduire sensiblement ce risque). Tout cela s'étant produit parallèlement à une pandémie mondiale qui a perturbé les chaînes d'approvisionnement et introduit de nouvelles attitudes « protectionnistes », 2020 s'est révélée être une année mouvementée en matière de commerce transfrontalier.

Mise en œuvre de l'ACEUM

Le 1^{er} juillet 2020, environ deux ans et demi après que l'administration Trump ait lancé la renégociation de l'ALENA, l'ACEUM est entré en vigueur, introduisant plusieurs changements importants. Nous avons précédemment passé en revue quelques-uns de ces changements (ainsi que ce qui n'a pas changé) dans notre [bulletin sur le commerce international](#), en soulignant certaines des dispositions importantes suivantes :

- Les modifications substantielles aux règles d'origine pour l'industrie automobile, y compris une nouvelle exigence de contenu spécifique selon laquelle une certaine partie de la valeur du véhicule doit provenir de pièces produites dans des usines où le salaire horaire moyen des travailleurs est d'au moins 16 \$ US;
- Les contingents tarifaires qui permettent aux États-Unis de faire entrer au Canada leurs produits laitiers en franchise de droits pour des volumes équivalant à environ 3,5 % du marché canadien des produits laitiers;
- L'exclusion du Canada des chapitres sur le règlement de différends entre un investisseur et un État et sur les marchés publics, ce qui signifie que les investisseurs canadiens aux États-Unis et au Mexique et les investisseurs américains et mexicains au Canada ne peuvent tirer avantage des dispositions de ces chapitres. Cette modification n'affecte toutefois pas la capacité du gouvernement canadien à intenter une action contre un État.

Un développement qui a fait peu de bruit pourrait présenter une occasion pour les détaillants américains, à savoir, les modifications des seuils *de minimis* pour l'importation de marchandises au Canada. Il s'agit du seuil au-delà duquel les importateurs sont tenus de payer des taxes ou des droits de douane sur les marchandises importées. Avant la mise en place de l'ACEUM, le seuil canadien était assez bas, les taxes et les droits de douane s'appliquant à tous les biens

Un développement qui a fait peu de bruit pourrait présenter une occasion pour les détaillants américains, à savoir, les modifications des seuils *de minimis* pour l'importation de marchandises au Canada.

d'une valeur supérieure à 20 dollars. Toutefois, dans le cadre des négociations entourant l'accord, le Canada a accepté de relever considérablement ce seuil. En ce qui concerne les biens importés des États-Unis et du Mexique, des taxes sont appliquées lorsque la valeur dépasse 40 dollars et des droits de douane sont perçus lorsque la valeur dépasse 150 dollars. Les marchandises importées d'autres pays sont toujours assujetties au seuil de 20 dollars. Il s'agit d'une augmentation relativement importante, quoique moins élevée que ce que demandait le gouvernement américain. Étant donné qu'un nombre croissant des consommateurs canadiens achètent leurs marchandises en ligne, ce changement pourrait être avantageux pour les entreprises de commerce électronique qui remplissent des commandes à partir des États-Unis ou du Mexique, ce qui leur permettrait de réduire le coût de leurs produits pour les acheteurs canadiens et d'augmenter ainsi leurs ventes transfrontalières.

Droits tarifaires imposés par les États-Unis sur l'aluminium canadien

Un autre développement majeur dans le commerce entre les États-Unis et le Canada a été la mise en place par l'administration Trump en août de droits tarifaires sur certaines exportations canadiennes d'aluminium vers les États-Unis. Ces droits ont ensuite été unilatéralement suspendus quelques heures avant que le gouvernement canadien ne mette officiellement en œuvre les contre-mesures qu'il avait annoncées. Les États-Unis, lorsqu'ils ont annoncé ces tarifs, alléguaient que les exportations canadiennes de ces produits avaient bondi à des niveaux record, ce qui, comme le prévoyait la [Déclaration conjointe](#) signée par les États-Unis et le Canada en mai 2019 à l'issue d'un différend d'une durée d'un an sur l'acier et l'aluminium, justifiait l'imposition de tarifs spéciaux.

Bien que le gouvernement américain ait cessé d'appliquer les tarifs en septembre, le Bureau du représentant américain au Commerce (United States Trade Representative, ou USTR) a indiqué qu'ils pourraient être appliqués de nouveau si les importations mensuelles de ces produits en aluminium canadiens étaient supérieures aux volumes prévus par l'USTR pour le mois en question. Comme nous l'avons indiqué dans notre [bulletin sur le commerce international](#) à propos de ce développement, il est très probable que les importations américaines de ces produits en provenance du Canada dépasseront les estimations de l'USTR. Au moment d'écrire ces lignes, il n'est pas certain que les États-Unis remettront ces tarifs en vigueur. Comme nous le verrons plus loin, avec la déclaration de Joe Biden en tant que président élu, nous pensons que les États-Unis sont moins susceptibles de le faire. Néanmoins, un certain risque demeure, car la porte reste ouverte pour une remise en vigueur de ces tarifs. Si les États-Unis appliquent de nouveau ce tarif, on peut s'attendre à ce que le Canada réplique au moyen de contre-mesures, ce qui pourrait avoir des répercussions pour les entreprises canadiennes qui importent de l'aluminium ou des produits contenant de l'aluminium des États-Unis.

Conséquences des élections américaines et de la COVID-19

Cette année, la pandémie de COVID-19 et les conséquences des élections américaines ont jeté beaucoup d'ombre sur le commerce mondial.

La pandémie de COVID-19 a mis à rude épreuve le commerce international et les chaînes d'approvisionnement, obligeant les entreprises à s'adapter rapidement à l'évolution de la situation au fur et à mesure que la pandémie se propageait à travers la planète. Elle a également mis en lumière les chaînes d'approvisionnement mondiales qui donnent accès à un grand nombre des biens nécessaires à la lutte contre la pandémie. L'appel lancé par l'administration Trump à la [société 3M pour empêcher l'exportation de masques N95 fabriqués aux États-Unis vers le Canada](#), exigence que les États-Unis ont fini par abandonner, a suscité une vive inquiétude au Canada. Cela a encouragé le gouvernement canadien à trouver et à soutenir les producteurs nationaux potentiels de produits essentiels, comme des masques et des ventilateurs. Il est probable que le gouvernement canadien, à l'instar d'autres gouvernements dans le monde, surveille ses stocks de produits essentiels, d'équipements de protection individuelle et d'autres fournitures médicales. Il soupèse sans aucun doute la nécessité d'un soutien national plus important pour garantir que les restrictions à l'exportation imposées par les gouvernements étrangers n'affectent pas la capacité du Canada à répondre aux crises sanitaires mondiales, notamment la pandémie de COVID-19 en cours.

Étant donné les mesures énergiques prises par l'administration Trump en matière de commerce international dans le cadre de la campagne visant à réduire le déficit commercial américain et à rapatrier aux États-Unis certains emplois manufacturiers perdus, le résultat de l'élection présidentielle américaine pourrait également avoir une incidence sur l'état du commerce mondial à l'avenir. Biden a indiqué qu'il ne maintiendrait pas l'imposition de tarifs basés sur des raisons de sécurité nationale qui ont été la marque de l'administration Trump et le fondement des tarifs sur l'acier et l'aluminium qui ont été appliqués aux exportations canadiennes (y compris celles mentionnées ci-dessus).

Biden a également indiqué précédemment qu'il serait disposé à rejoindre l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (sous réserve de sa renégociation), ce qui pourrait modifier le cadre commercial canado-américain qui repose actuellement en grande partie sur l'ACEUM. Entre autres choses, une telle démarche pourrait réintroduire le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États et des obligations renforcées en matière de marchés publics.

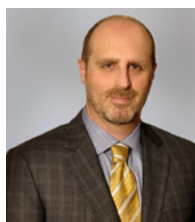
Biden a également exprimé précédemment son opposition au projet du pipeline Keystone XL et pourrait révoquer l'autorisation présidentielle délivrée par le président Trump pour ce projet, compromettant ainsi son achèvement.

En ce qui concerne la Chine, Biden semble plus enclin à travailler avec ses alliés traditionnels pour cibler collectivement toute pratique commerciale abusive de la part de la Chine, par opposition aux mesures plus unilatérales que l'administration Trump a privilégiées.

La pandémie de COVID-19 a mis à rude épreuve le commerce international et les chaînes d'approvisionnement, obligeant les entreprises à s'adapter rapidement à l'évolution de la situation au fur et à mesure que la pandémie se propageait à travers la planète.

Bien qu'il ne soit pas du tout certain qu'un changement de gouvernement améliorerait sensiblement les liens commerciaux, une investiture de Joe Biden en tant que président pourrait marquer le retour à des relations commerciales plus stables entre le Canada et son principal partenaire commercial. Une administration Biden serait toutefois toujours susceptible d'examiner de près les cadres internationaux qui régissent le commerce mondial et de faire pression en faveur de changements là où elle estime que les Américains sont injustement désavantagés, notamment par rapport à la Chine. Compte tenu de notre exposition au marché américain, il ne fait guère de doute que ces mesures auront une incidence sur les entreprises canadiennes.

AUTEURS



Alan Kenigsberg
Associé, Fiscalité
akenigsberg@osler.com
416.862.6659



Gajan Sathananthan
Sociétaire, Droit
de la concurrence
et de l'investissement
étranger
gsathananthan@osler.com
416.862.4287

CONSTRUCTION

La reprise économique stimule le secteur de la construction et des infrastructures au Canada

En réponse aux répercussions économiques de la pandémie de COVID-19, les gouvernements aux quatre coins du globe ont pris des mesures de dépenses importantes pour stimuler une relance économique. Au Canada et à ce jour, outre les programmes de subvention salariale, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ont misé sur une stratégie visant à favoriser l'investissement dans les secteurs public et privé et la réalisation de projets d'infrastructure valables et prêts à être réalisés partout au pays. Voici un survol des initiatives du gouvernement fédéral et de certaines provinces qui s'arrête à octobre 2020. D'autres mesures seront toutefois annoncées dans les prochains mois.

Fédéral

Dans le cadre du [Programme d'infrastructure Investir dans le Canada](#) mis en œuvre par le gouvernement fédéral avant le début de la pandémie de COVID-19, plus de 33 G\$ de financement sont fournis aux termes d'ententes bilatérales entre Infrastructure Canada et l'ensemble des provinces et territoires. Les investissements dans les infrastructures sont effectués dans le cadre des quatre volets de financement ciblés suivants : infrastructures de transport en commun, infrastructures vertes, infrastructures communautaires, culturelles et récréatives et infrastructures rurales et nordiques. Pour accroître le rythme de la modernisation de l'infrastructure et ainsi contrer les effets de la pandémie, le gouvernement a également créé le nouveau [volet temporaire Résilience à la COVID-19](#) et offre la possibilité de transférer les allocations initiales des volets au volet temporaire Résilience à la COVID-19.

Au titre du volet Résilience à la COVID-19, un fonds de financement de plus de trois milliards est disponible pour des projets dont les coûts totaux admissibles sont de moins de dix millions de dollars. La construction de projets d'infrastructure admissibles, qui comprennent notamment les infrastructures de santé, les écoles et le transport actif, doit commencer au plus tard le 30 septembre 2021 et être achevée avant la fin de 2021 (ou avant la fin de 2022 dans les territoires et dans les collectivités éloignées). Le volet Résilience à la COVID-19 permet aux provinces de transférer les fonds restants dans le cadre du Programme d'infrastructures Investir dans le Canada pour financer des projets dans le cadre du nouveau volet Résilience à la COVID-19. Il permet également d'élargir pour une période limitée la gamme des projets admissibles dans le cadre de ces volets pour notamment y inclure les projets d'efficacité ou de fiabilité énergétiques et les projets de téléphonie mobile et cellulaire dans les collectivités nordiques.

Au titre du [Plan d'intervention économique du Canada pour répondre à la COVID-19](#), l'Ouest canadien bénéficiera de 1,7 G\$ pour le nettoyage des puits de pétrole et de gaz orphelins et inactifs. Ce financement est réparti selon le nombre de puits de chaque province, dont 1 G\$ seront alloués à l'Alberta, 400 M\$ à la Saskatchewan et 120 M\$ à la Colombie-Britannique.

Enfin, la Banque de l'infrastructure du Canada (BIC) investira 10 G\$ dans le cadre de son plan de croissance, compte tenu de la multiplication des mandats de premier plan au Canada, notamment dans les secteurs de l'énergie propre, des infrastructures vertes, du transport et de l'amélioration de l'accès à Internet haut débit. La BIC est prête à poursuivre son partenariat avec les divers ordres de gouvernement tout en demeurant assez souple pour étudier des propositions de projets non sollicitées du secteur privé. La BIC a pour mandat de contribuer directement à stimuler l'économie et peut appuyer les projets de plusieurs façons, que ce soit en offrant des services-conseils en matière d'opérations ou en investissant à l'aide de capitaux propres, de titres de créances ou d'autres instruments. La liste de projets auxquels la BIC participe est accessible sur son site Web et comprend notamment [l'irrigation en Alberta](#) (Alberta), [l'expansion du corridor ferroviaire du réseau GO](#) (Ontario) et [l'expansion de la centrale hydroélectrique de Taltson](#) (Territoires du Nord-Ouest).

Le volet Résilience à la COVID-19 permet aux provinces de transférer les fonds restants dans le cadre du Programme d'infrastructures Investir dans le Canada pour financer des projets dans le cadre du nouveau volet Résilience à la COVID-19. Il permet également d'élargir la gamme des projets admissibles dans le cadre de ces volets.

Colombie-Britannique

En septembre 2020, le gouvernement de la Colombie-Britannique a publié son plan de relance économique intitulé [Stronger BC for Everyone](#) (en anglais), wqui prévoit 1,5 G\$ de mesures de relance économique visant à répondre aux besoins immédiats dans la province. Au titre de ce plan, la Colombie-Britannique investira [400 M\\$](#) dans les infrastructures de la collectivité. De plus, le Canada et la Colombie-Britannique investiront des sommes supplémentaires dans le cadre du [Programme d'infrastructure de la Colombie-Britannique](#), dont 100,6 M\$ dans les infrastructures communautaires, culturelles et récréatives, 58,7 M\$ dans les infrastructures rurales et nordiques et 47 M\$ dans les infrastructures vertes. La province investira en outre 90 M\$ pour les infrastructures de télécommunications et de connectivité dans le cadre du programme [Brancher la Colombie-Britannique](#).

Alberta

En juin 2020, le gouvernement de l'Alberta a lancé le [plan de relance de l'Alberta](#) (en anglais), au titre duquel la province investira plus de 10 G\$ dans des projets d'infrastructure de premier plan qui entraîneront la création immédiate de milliers de nouveaux emplois dans la province. Les éléments clés de ce financement comprennent : 6,9 G\$ alloués aux projets d'immobilisations, 600 M\$ destinés aux projets d'infrastructure de grande envergure, 150 M\$ pour les infrastructures d'approvisionnement en eau, 500 M\$ de plus à titre de financement aux municipalités et 1,5 G\$ dans le projet de pipeline Keystone XL. Afin de donner la priorité aux investissements à long terme dans les infrastructures, le gouvernement a en outre proposé l'introduction de l'*Alberta Infrastructure Act* et l'élaboration d'un nouveau [plan d'immobilisations stratégique](#) (en anglais) sur 20 ans. L'ensemble de ces initiatives assurera la transparence relativement aux dépenses en immobilisations du gouvernement et permettra de prévoir les besoins futurs en infrastructures.

Québec

En mars 2020, le gouvernement du Québec a annoncé qu'un financement de 11 G\$ sera alloué à divers projets d'infrastructures, notamment pour les écoles, le réseau routier et le transport collectif. Ce financement sera inclus dans le [Plan québécois des infrastructures](#), une initiative du gouvernement pour présenter un plan d'investissement sur 10 ans dans le secteur des infrastructures (de 2020 à 2030). De plus, en mai 2020, le gouvernement du Québec a annoncé qu'il investira près de 3 G\$ dans des projets d'infrastructure pour accélérer la relance économique du Québec en réponse à la pandémie de COVID-19.

Par ailleurs, en septembre 2020, le gouvernement du Québec a déposé le projet de loi 66, une [Loi concernant l'Accélération de certains projets d'infrastructure](#), qui prévoit des mesures permettant l'accélération de projets d'infrastructure importants dans la province en vue de permettre à l'économie de tirer parti des infrastructures projetées et pour atténuer les effets de la COVID-19. Le projet de loi 66 désigne 181 projets d'infrastructure importants au Québec, y compris la construction de routes et de ponts importants, d'hôpitaux, d'écoles et de systèmes de transport collectif. Le projet de loi prévoit plusieurs mesures relatives à l'expropriation, à l'environnement, à l'utilisation du sol prévue et

Le gouvernement du Québec a déposé le projet de loi 66 qui prévoit des mesures permettant l'accélération de projets d'infrastructure importants dans la province en vue de permettre à l'économie de tirer parti des infrastructures projetées et pour atténuer les effets de la COVID-19.

aux contrats publics permettant l'accélération de ces projets. Le 3 novembre 2020, l'Assemblée nationale a adopté le principe du projet de loi 66.

Le Québec a en outre annoncé, en octobre 2020, que CDPQ Infra, une division de la Caisse de dépôt et placement du Québec, a été mandatée pour effectuer une étude sur la solution optimale de mise en œuvre d'un mode de transport collectif sur la rive sud de Montréal. CDPQ Infra est actuellement responsable de la construction du Réseau express métropolitain (REM), un système de métro léger automatisé de 67 kilomètres qui relie les rives sud et nord de Montréal, le centre-ville, la partie ouest de l'île de Montréal et l'Aéroport international Pierre-Elliott-Trudeau.

Ontario

En juillet 2020, le gouvernement de l'Ontario a adopté trois lois prévoyant des mesures pour stimuler l'économie : [Loi de 2020 visant à favoriser la reprise économique face à la COVID-19](#) (ci-après, la « Loi sur la reprise économique »), la [Loi de 2020 sur la réouverture de l'Ontario \(mesures adaptables en réponse à la COVID-19\)](#) (ci-après, la « Loi sur la réouverture ») et la [Loi de 2020 sur la construction plus rapide de transport en commun](#) (ci-après, la « Loi sur le transport en commun »).

La Loi sur la reprise économique est une loi omnibus qui mise sur les infrastructures comme facteur clé pour accélérer la reprise économique. Elle édicte la *Loi de 2020 sur les collectivités axées sur le transport en commun* et modifie des lois importantes comme la *Loi sur les évaluations environnementales*, la *Loi sur l'Aménagement du territoire*, la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* et la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*. La Loi sur la réouverture assure la continuité des décrets d'urgence pris en réponse à la COVID-19 et énonce les règles que les entreprises doivent suivre pour reprendre leurs activités de façon sécuritaire. Enfin, la Loi sur le transport en commun habilite l'Ontario à accélérer la mise en œuvre de ses quatre projets de transport en commun prioritaires dans la région du Grand Toronto.

En août 2020, la province a annoncé un financement de 30 M\$ destiné au [Programme des routes de raccordement aux routes principales](#) en 2021-2022, qui aidera les municipalités à construire, à réparer ou à remplacer les routes et les ponts municipaux. En outre, à l'aide de [l'Accord sur la relance sécuritaire](#) conclu avec le gouvernement fédéral, 4 G\$ seront investis par phases dans les municipalités dans le but de protéger la santé et le bien-être de la population tout en continuant à assurer la prestation de services publics essentiels comme le transport en commun et les refuges.

Conclusion

D'un océan à l'autre, les gouvernements des plus grandes provinces du Canada ont donné la priorité aux investissements dans les infrastructures pour stimuler la relance économique en réponse à la COVID-19, en mettant l'accent sur les projets prêts à être réalisés et conformes aux objectifs des gouvernements. En outre, la Saskatchewan, le Manitoba, la Nouvelle-Écosse, l'Île-du-Prince-Édouard, le Nouveau-Brunswick, Terre-Neuve-et-Labrador ainsi que les territoires ont chacun élaboré des plans d'investissement et d'infrastructure détaillés et annoncé des financements et des partenariats dans le cadre des programmes de financement fédéraux. D'autres annonces sont attendues dans les mois à venir. D'importantes occasions d'investissement et de développement au Canada s'offrent donc aux secteurs privé et public.

AUTEURS



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



Paula Olexiuk
Associée, Énergie
polexiuk@osler.com
403.260.7080



Alexandre Fallon
Associé, Litige
afallon@osler.com
514.904.5809



Emily Lynch
Sociétaire, Litige
elynch@osler.com
514.904.8164



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



Storme McKop
Sociétaire, Droit des sociétés
smckop@osler.com
403.260.7068

Projets d'énergie renouvelable en Alberta en 2021 : cinq choses à savoir

L'Alberta est le territoire canadien qui connaît la croissance la plus rapide du point de vue du développement des énergies renouvelables. Cette vigueur est notamment attribuable à la force des ressources éoliennes et solaires de l'Alberta, à son marché déréglementé unique de production d'électricité en gros, aux incitatifs gouvernementaux offerts dans le cadre du régime *Technology Innovation and Emissions Reduction* (TIER) et à l'abondance d'acheteurs d'électricité.

Les promoteurs, les acheteurs et les autres acteurs du marché des énergies renouvelables doivent être conscients des cinq développements clés suivants en 2020.

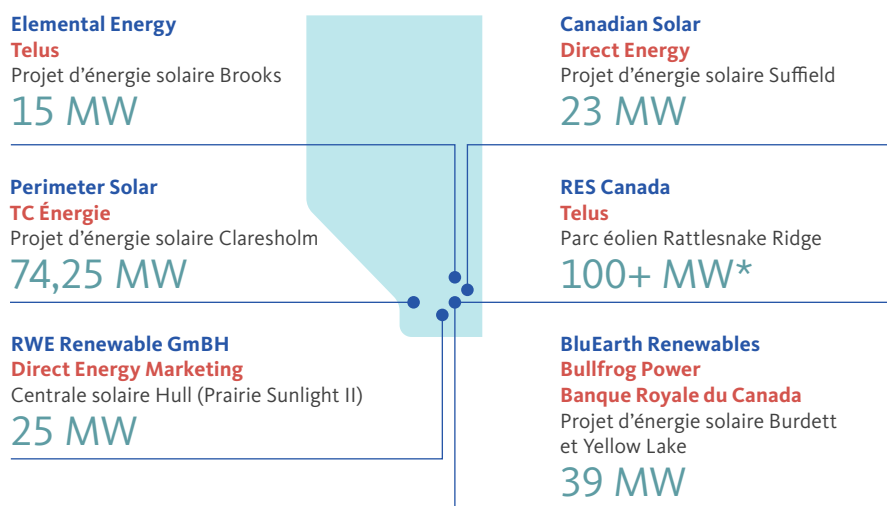
1. Croissance de la demande de contrats d'achat d'électricité (CAE) de la part d'acheteurs privés

L'activité du marché des CAE privés en Alberta a considérablement augmenté ces dernières années, principalement à titre de stratégie environnementale,

sociale et de gouvernance (ESG) utilisée par de nombreux acheteurs importants. Le marché des CAE est demeuré actif tout au long de 2020, malgré la réduction de la consommation d'électricité et une courbe des prix de l'électricité à terme déprimée résultant de la pandémie de COVID-19.

La figure 1 ci-dessous montre un certain nombre d'opérations privées de CAE annoncées publiquement en Alberta, dont les acheteurs comprennent [TELUS](#), [Direct Energy](#) (2019 et 2020), [TC Energy Corporation](#), ainsi que [Bullfrog Power](#) et [Banque Royale du Canada](#). Veuillez noter que l'existence et les détails des opérations privées et bilatérales de CAE ne sont souvent pas divulgués.

FIGURE 1 :
**ACTIVITÉ DES CAE PRIVÉS ANNONCÉS
PUBLIQUEMENT POUR 2017-2020**



* La presse fait état d'un CAE de la majorité de la production d'énergie d'une capacité de 117,6 MW

Le marché déréglementé de l'électricité en Alberta a entraîné une grande volatilité des prix de l'électricité. Sans CAE, un producteur doit vendre l'électricité au prix très variable du réseau albertain et trouver un acheteur pour les attributs environnementaux, comme les compensations des émissions de carbone (dont le prix varie également). Sans CAE, il est également difficile d'obtenir du financement pour développer un projet dans un contexte de volatilité des prix et en l'absence de subventions ou d'autres incitatifs réglementaires. La demande forte et croissante d'achat d'énergie renouvelable en Alberta par les entreprises au moyen de CAE devrait stimuler la croissance de la production d'énergie renouvelable et se traduire par une forte progression du secteur.

2. Marchés publics : bons à avoir, mais pas nécessaires

Les récents programmes de marchés publics ont accéléré le développement de projets d'énergie renouvelable en Alberta. Les acheteurs gouvernementaux sont particulièrement intéressants pour les projets financés hors bilan. Ces projets permettent aux promoteurs d'obtenir de manière fiable un financement par emprunt au niveau du projet sur la base d'un contrat d'achat à long terme avec une contrepartie gouvernementale solvable.

En 2017 et en 2018, le programme d'électricité renouvelable de l'Alberta (*Renewable Electricity Program* ou REP) a attribué des CAE à l'égard de 12 projets d'énergie éolienne renouvelable (figures 2, 3 et 4), représentant un total de 1 359 MW de capacité de production nominale supplémentaire pour la province. Ces projets ont été sélectionnés parmi un total de 59 projets pour lesquels des offres ont été soumises (selon les données de l'[Alberta Electric System Operator \[AESO\]](#)).

FIGURE 2 :

RÉSULTATS DES MARCHÉS PUBLICS REP

DU GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA – RONDES 1, 2 ET 3

Ronde 1

37,35 \$/MWh

tarif moyen pondéré

Enel Énergies Renouvelables
Phase 2 de la centrale éolienne
Castle Rock Ridge

30,6 MW

Enel Énergies Renouvelables
Parc éolien Riverview

115 MW

EDF Renewables
Parc éolien Sharp Hills

248,4 MW

Capital Power
Parc éolien Witla

201,6 MW

Ronde 2

38,69 \$/MWh

tarif moyen pondéré

EDF Renewables
Projet de production d'énergie
éolienne Cypress

201,6 MW

Potentia Renewables
Projet de parc éolien Stirling

113 MW

Capstone Infrastructure
Parc éolien Buffalo Atlee 1

17,25 MW

Capstone Infrastructure
Parc éolien Buffalo Atlee 2

13,8 MW

Capstone Infrastructure
Parc éolien Buffalo Atlee 3

17,25 MW

Ronde 3

40,14 \$/MWh

tarif moyen pondéré

Potentia Renewables
Projet de production d'énergie
éolienne Jenner

122,4 MW

Potentia Renewables
Projet de production d'énergie
éolienne Jenner 2

71,4 MW

TransAlta
Projet Windrise Wind

207 MW

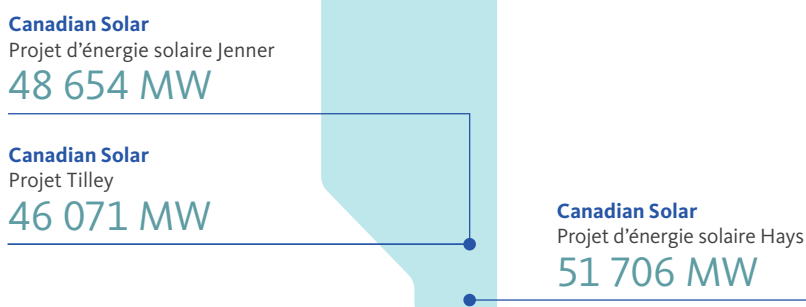
Alberta Infrastructure a également lancé un appel d'offres à l'égard de l'approvisionnement en énergie solaire en 2018, qui s'est traduit par l'attribution de trois contrats de 20 ans pour [146 431 MWh par année](#) (figure 3).

FIGURE 3 :

APPROVISIONNEMENT EN ÉNERGIE SOLAIRE DU GOUVERNEMENT DE L'ALBERTA

48,05 \$/MWh

tarif moyen pondéré



Bien que le REP ait été interrompu en 2019, ses résultats fournissent des prix et des modalités de référence, qui font généralement défaut sur le marché privé des CAE.

À la suite du succès du REP, le gouvernement du Canada a soumis une demande d'information en avril 2020 et a fait connaître son intention de conclure un ou plusieurs CAE d'une durée de 20 ans visant 200 000 à 280 000 MWh d'énergie renouvelable par an en Alberta. Pour plus de renseignements, veuillez consulter le bulletin d'actualités d'Osler intitulé « [Une occasion se présente : Le gouvernement fédéral lance un processus d'approvisionnement d'énergie éolienne et solaire spécifique à l'Alberta](#) ».

Si les marchés publics ont contribué à la croissance de la production d'énergie renouvelable en Alberta, le secteur des énergies renouvelables de l'Alberta ne dépend pas de ces programmes pour poursuivre sa croissance. La demande devrait plutôt se poursuivre en raison de la compétitivité croissante des coûts de production des énergies renouvelables par rapport aux autres sources de production électrique sur le réseau provincial, ainsi qu'en raison des différents types d'investisseurs qui cherchent à ajouter des actifs d'énergie renouvelable à leur portefeuille pour atteindre leurs objectifs ESG. Par exemple, en 2020, Copenhagen Infrastructure Partners a investi dans le projet Travers Solar dans le sud de l'Alberta. Il s'agira du plus grand projet d'énergie solaire du Canada et de l'un des plus grands producteurs d'attributs environnementaux de l'Alberta dans le cadre du régime TIER. Les investisseurs du projet sont prêts à développer la centrale solaire en se basant uniquement sur les revenus des vendeurs. Osler conseille le promoteur initial du projet, Greengate Power Corporation, en ce qui concerne le projet Travers Solar.

Si les marchés publics ont contribué à la croissance de la production d'énergie renouvelable en Alberta, le secteur des énergies renouvelables de l'Alberta ne dépend pas de ces programmes pour poursuivre sa croissance.

3. Incertitudes réglementaires et risques financiers connexes

Le cadre unique du marché libre de l'Alberta présente des possibilités et des défis pour les promoteurs. L'engagement pris par le gouvernement de l'Alberta de maintenir un marché exclusivement énergétique et de soutenir des solutions fondées sur le marché a permis de clarifier la situation pour les promoteurs. Toutefois, une incertitude demeure quant à certains détails essentiels du cadre réglementaire de l'Alberta.

À la fin de 2020, les organismes de réglementation de l'Alberta continuent d'examiner plusieurs questions :

- **Autoapprovisionnement** : l'autoapprovisionnement fait référence à la capacité d'une installation à produire sa propre énergie pour son propre usage et à vendre le surplus d'énergie au réseau. Cet arrangement est de plus en plus populaire en raison des coûts élevés de connexion au réseau et de la réduction des coûts de production à moyenne échelle. Après avoir conclu que l'autoapprovisionnement était contraire à la loi albertaine, l'Alberta Utilities Commission (AUC) a soumis un document de discussion au ministère de l'Énergie (ME) sur les considérations relatives à l'autoapprovisionnement en 2019. Si le ME décide d'autoriser l'autoapprovisionnement, cela pourrait représenter une occasion significative pour les producteurs d'énergie renouvelable qui cherchent à s'associer à de gros consommateurs par le biais de la production sur place.
- **Tarif de l'AESO** : l'AESO mène des consultations sur les modifications proposées à l'égard de la conception des tarifs de gros et des tarifs régionaux jusqu'en 2021, qui devraient déboucher sur une demande officielle de modification des tarifs auprès de l'AUC. Les acteurs du marché s'attendent à ce que les résultats clarifient les coûts d'accès au réseau pour les producteurs et aient le potentiel d'avoir un effet important (amélioration ou aggravation) sur la rentabilité des projets par rapport à l'état actuel des choses.
- **Enquête sur le système de distribution** : l'enquête de l'AUC sur la manière dont le système de distribution de l'Alberta devrait s'adapter à l'évolution du marché s'est achevée en juillet 2020 et le rapport de l'AUC est attendu pour la fin de l'année 2020. Entre autres questions, l'AUC a analysé la manière dont les structures tarifaires des services de distribution devraient être modifiées pour garantir que les signaux de prix encouragent les propriétaires d'installations de distribution d'électricité, les consommateurs, les producteurs, les prosummateurs et les fournisseurs de technologies de rechange à utiliser le réseau et les ressources connexes de manière efficace et rentable. Les résultats éventuels de cette initiative, qui pourrait entraîner des changements réglementaires, politiques et législatifs, pourraient avoir des répercussions importantes sur les projets d'énergie renouvelable, dont beaucoup cherchent à se connecter au réseau de distribution.

Les organismes de réglementation ont reconnu que ces questions sont essentielles et cherchent à les résoudre avec l'aide des parties prenantes, mais on ne s'attend pas à des certitudes avant de nombreux mois, voire des années. Dans l'intervalle, les parties bénéficieraient d'une orientation gouvernementale

claire sur les priorités identifiées par les forums de réglementation (p. ex., l'autoapprovisionnement).

4. La législation fédérale sur le carbone est en cours d'examen

La constitutionnalité de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* du Canada (LTPGE) est actuellement examinée par la Cour suprême du Canada (CSC). La CSC a entendu les plaidoiries des parties en septembre 2020 et la cause a été prise en délibéré. En moyenne, un jugement de la CSC est rendu six mois après une audience, de sorte qu'une décision est possible au début de 2021.

Au cours des plaidoiries devant la CSC, le gouvernement fédéral a affirmé que la législation est un exercice valable de la compétence fédérale aux termes de l'intérêt national de la clause sur la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En l'absence de normes nationales minimales relatives aux gaz à effet de serre, les mesures prises par une province pourraient avoir des répercussions négatives sur les provinces voisines. Elle a en outre affirmé que les taxes prévues par la LTPGE sont des charges réglementaires valables.

Inversement, les provinces contestataires ont affirmé que la législation est inconstitutionnelle et que le large éventail des questions réglementées par la LTPGE englobe une myriade de chefs de compétence provinciaux. En outre, les provinces font valoir que les taxes sur le carbone de la LTPGE ne sont ni des charges réglementaires valables, car il n'y a pas de lien suffisant entre la charge et le régime réglementaire, ni une taxe valable, car elle n'a pas été adoptée par le Parlement comme l'exige l'article 53 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Si la LTPGE est jugée inconstitutionnelle, les effets de cette conclusion seraient atténués par le fait que les provinces disposent actuellement de leur propre régime de réglementation des émissions de carbone ou ont accepté de se conformer aux exigences du gouvernement fédéral, nonobstant la contestation sur le plan constitutionnel. Par exemple, le 3 novembre 2020, le ministre de l'Environnement et des Parcs de l'Alberta, Jason Nixon, a signé un arrêté augmentant le prix du carbone dans le cadre du régime des grands émetteurs de l'Alberta de 30,00 \$/tonne à 40,00 \$/tonne pour 2021, conformément aux exigences fédérales. Les marchés de compensation du carbone continueront donc probablement d'être pertinents pour les acheteurs et les promoteurs.

Par ailleurs, les acheteurs et les promoteurs comptent sur la certitude du prix du carbone pour la tarification des CAE, de sorte que les contestations sur le plan constitutionnel relatives à cette tarification créent un certain degré d'incertitude sur le marché des CAE, en particulier pour les années à venir, lorsque les régimes provinciaux s'écarteront des exigences de tarification du carbone prévues par la LTPGE.

Malgré la nouvelle conjoncture en 2020, le marché de l'énergie renouvelable de l'Alberta continue d'offrir des possibilités considérables aux promoteurs et aux acheteurs.

5. Effets de la pandémie de COVID-19

La pandémie de COVID-19 en cours a provoqué des perturbations importantes dans le secteur de l'électricité et l'économie de l'Alberta en général. L'AESO prévoit une baisse de la demande d'électricité pour le reste de l'année 2020, 2021, et peut-

être au-delà, avec des effets modérateurs à long terme sur les prix de l'électricité. La COVID-19 a augmenté les risques de défaillance, de crédit et de capital pour les producteurs et les acheteurs, et a entraîné une perturbation de la chaîne d'approvisionnement ainsi que d'autres défis pour les promoteurs de projets. Elle a également retardé les processus réglementaires comme ceux décrits ci-dessus ; l'incertitude prolongée pourrait avoir des répercussions sur la rentabilité des projets.

L'absence d'ordres de suspendre les travaux en Alberta tout au long de la pandémie a quelque peu atténué ses répercussions sur l'activité industrielle et le secteur de l'électricité. Depuis mars 2020, la construction est autorisée pour tout projet qui peut respecter les directives prescrites.

Les épidémies, les états d'urgence et autres mesures gouvernementales sont souvent qualifiés d'événements de [force majeure](#) qui dispensent de l'exécution d'un contrat ou d'une autre obligation. En cas de force majeure, il est possible d'obtenir des prolongations pour la réalisation d'étapes ou le paiement d'indemnités et de permettre à une partie ou aux deux parties de résilier le CAE sans responsabilité en cas d'événement prolongé, selon les modalités du CAE.

Une disposition de modification de la loi peut être invoquée s'il y a eu une modification de la loi qui correspond à la définition du contrat, comme des mesures gouvernementales, p. ex. des confinements ou des fermetures forcées. L'incidence des coûts peut être répartie entre les parties par le biais d'un paiement forfaitaire ou d'un ajustement du prix fixe de l'électricité, et une partie ou les deux parties peuvent être autorisées à résilier le CAE sans responsabilité en cas de modification fondamentale de la législation.

Conclusion

Malgré la nouvelle conjoncture en 2020, le marché de l'énergie renouvelable de l'Alberta continue d'offrir des possibilités considérables aux promoteurs et aux acheteurs. L'expansion de l'activité des CAE dans le secteur privé, les possibilités de marchés publics et la précision réglementaire attendue sont autant de facteurs déterminants pour la croissance en 2021 et au-delà.

AUTEURS



Paula Olexiuk
Associée, Énergie
polexiuk@osler.com
403.260.7080



Dana Saric
Associée, Services
financiers et bancaires
dsaric@osler.com
403.260.7036



Jessica Kennedy
Sociétaire, Droit des
affaires réglementaires,
de l'environnement,
des Autochtones et de
la gestion du territoire
jkennedy@osler.com
403.260.7062



Jesse Baker
Sociétaire, Droit des
affaires réglementaires,
de l'environnement, des
Autochtones et de la
gestion du territoire
jbaker@osler.com
403.260.7025

Nous tenons à remercier Maeve Sanger et Mike Pede pour leur contribution à cet article.

L'approche évolutive de la réglementation sur les changements climatiques : la dissension persiste entre les gouvernements fédéral et provinciaux

L'année 2020 a été marquée par d'importantes évolutions juridiques en matière de réglementation sur les changements climatiques, ce qui s'est caractérisé par : (a) des changements continus concernant l'approche de la réglementation sur les changements climatiques, particulièrement en ce qui a trait à la gestion des émissions de gaz à effet de serre (GES); (b) la contestation judiciaire continue de diverses provinces à l'égard de la [Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre](#) (la *Loi sur la tarification des GES*) du

gouvernement fédéral; et (c) la contestation de la [Loi sur l'évaluation d'impact](#) (LEI) fédérale, promulguée récemment. Dans chacun de ces secteurs, les provinces jouent du coude pour être les meneurs dans la répartition des pouvoirs législatifs entre le Parlement fédéral et les provinces canadiennes, en droit de l'énergie et de l'environnement.

Il en résulte un manque d'harmonisation (et une incertitude persistante) quant à l'étendue de l'autorité constitutionnelle fédérale en matière de réglementation des changements climatiques et de l'environnement. Le prononcé attendu, en 2021, de la décision de la Cour suprême du Canada sur la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* pourrait apporter des éclaircissements bien nécessaires.

L'évolution continue de la réglementation fédérale et provinciale sur les changements climatiques

L'approche actuelle du Canada visant à freiner les changements climatiques consiste à mettre en œuvre une stratégie nationale à l'échelon fédéral, tout en permettant les initiatives provinciales qui répondent aux normes fédérales ou les dépassent.

À l'échelle nationale, le Canada s'emploie à la réalisation du plan établi en 2016, intitulé : [Cadre pancanadien sur la croissance propre et les changements climatiques](#). Le gouvernement fédéral a présenté diverses lois et mesures stratégiques visant la mise en œuvre de son plan-cadre, notamment la *Loi sur la tarification des GES* afin de tarifier les émissions de carbone, [des exigences de déclaration des GES](#) pour les grands émetteurs, des projets [d'élimination graduelle](#) de la production d'électricité à partir de charbon d'ici 2030, et l'[Évaluation stratégique des changements climatiques](#) (ESCC). L'ESCC, mesure digne de mention mise au point en 2020, impose des exigences supplémentaires en matière de planification relative aux changements climatiques et aux GES, dans les projets axés sur les ressources et évalués en fonction de la LEI fédérale. Par ailleurs, en septembre 2020, le gouvernement fédéral a annoncé la création du [Fonds d'action et de sensibilisation pour le climat \(FASC\)](#), qui investira 206 millions de dollars sur cinq ans pour soutenir des projets réalisés au Canada qui aident à réduire les émissions de gaz à effet de serre au pays.

La *Loi sur la tarification des GES* du gouvernement fédéral est une mesure qui a beaucoup retenu l'attention en 2020, tant de ses partisans que de ses détracteurs. Aux termes de cette loi, le gouvernement fédéral a imposé un tarif minimum pancanadien sur les émissions de carbone au moyen de deux mécanismes :

1. une taxe sur le carburant de 30 \$/tonne (en 2020) qui augmentera annuellement pour atteindre 50 \$/tonne en 2022
2. une taxe calculée au moyen d'un système de tarification fondé sur le rendement (STFR), c'est-à-dire un régime de plafonnement et d'échange qui s'applique aux installations si leurs émissions dépassent les 50 000 tonnes par année d'équivalents de dioxyde de carbone. Les installations de plus petite taille peuvent adhérer à ce programme sur une base facultative.

Le système de tarification fédéral s'applique dans les provinces qui n'instaurent pas leur propre taxe sur le carbone ou leur propre programme de plafonnement et d'échange respectant les normes minimales fédérales en matière de tarification et de réduction des émissions.

En novembre 2020, le ministre de l'Environnement du Canada [a déposé](#) un projet de loi sur la responsabilité en matière climatique aux termes duquel le Canada s'engage officiellement à atteindre la carboneutralité d'ici 2050. S'il est adopté par le Parlement, le [projet de loi C-12, Loi concernant la transparence et la responsabilité du Canada dans le cadre de ses efforts pour atteindre la carboneutralité en 2050](#) (le projet de loi C-12) exigerait que le ministre de l'Environnement fixe des cibles nationales d'émission de gaz à effet de serre au Canada pour 2030, 2035, 2040 et 2045, avec pour objectif d'atteindre la carboneutralité d'ici 2050. Pour que ces cibles puissent être atteintes, des plans de réduction des émissions devront être établis, et des rapports d'étape devront être présentés au Parlement. De plus, ce projet de loi créerait un organisme consultatif qui offrirait des conseils, notamment sur les mesures à prendre et les stratégies sectorielles à mettre en œuvre pour atteindre la carboneutralité d'ici 2050. Par ailleurs, le ministre des Finances serait tenu de présenter un rapport annuel sur les mesures clés adoptées par l'administration publique fédérale pour gérer les risques financiers et les occasions liés aux changements climatiques.

À l'heure actuelle, le projet de loi C-12 ne comporte pas de mécanisme contraignant juridiquement le gouvernement fédéral à atteindre ses cibles, ni d'outil d'application obligeant le Canada (ou d'autres) à rendre des comptes si les cibles ne sont pas atteintes. Au lieu de cela, si le ministre de l'Environnement conclut que le Canada n'a pas atteint sa cible pour une année jalon ou d'ici 2050, le ministre devra expliquer les raisons pour lesquelles le Canada a failli à sa tâche et les mesures que le Canada prendra pour corriger la situation.

On prévoit que certaines provinces chercheront à contester le pouvoir constitutionnel du Canada d'adopter une telle loi, comme elles l'ont fait à l'égard de la *Loi sur la tarification des GES* (sujet abordé ci-dessous).

Nous comprenons que la présentation du projet de loi C-12 a été retardée en raison de la pandémie et que cela pourrait être la première d'une série de mesures fédérales à court terme qui seront axées sur la tenue des engagements du Canada, en vertu de l'[Accord de Paris](#). Ces autres initiatives pourraient comprendre (a) de nouvelles normes visant les carburants à combustion plus propre; (b) des consultations par secteur en vue de fixer des cibles de réduction; et (c) des incitatifs à l'utilisation d'énergie propre et au développement d'un marché pour les véhicules électriques.

Le contexte réglementaire provincial en matière de changements climatiques et de réduction des émissions de GES se transforme presque de mois en mois. À l'heure actuelle, certaines provinces se sont dotées de leur propre système de tarification du carbone, qui correspondent aux normes minimales fédérales, ou leur sont supérieures. D'autres ont mis en place la redevance fédérale sur les combustibles, ou le STFR, ou les deux. Au moment d'écrire ces lignes, la redevance fédérale sur les combustibles est appliquée en Alberta, en Saskatchewan, au Manitoba, en Ontario, au Nunavut et au Yukon.

Par ailleurs, le gouvernement canadien a annoncé récemment qu'il acceptait certains programmes provinciaux comme solution de rechange au système fédéral de tarification fondé sur le rendement. Par exemple, le 21 septembre 2020, le gouvernement fédéral a accepté (a) le Programme des normes de rendement à l'égard des émissions des grandes installations

À l'heure actuelle, le projet de loi C-12 ne comporte pas de mécanisme contraignant juridiquement le gouvernement fédéral à atteindre ses cibles, ni d'outil d'application obligeant le Canada (ou d'autres) à rendre des comptes si les cibles ne sont pas atteintes.

industrielles de l'Ontario, et (b) le programme de taxe provinciale sur le carbone pour les combustibles du Nouveau-Brunswick, deux solutions de rechange au STFR fédéral. Parallèlement, le régime fédéral fait l'objet de contestations en cour, comme nous l'abordons ci-dessous.

L'[infographie](#) d'Osler présente un résumé de l'état actuel des lois sur les émissions de carbone à la grandeur du Canada.

Des contestations judiciaires provinciales de la loi fédérale sur les émissions de GES

À la fin de 2020, trois cours d'appel (la Cour d'appel de la Saskatchewan [SKCA], la Cour d'appel de l'Ontario [ONCA] et la Cour d'appel de l'Alberta [ABCA]) avaient rendu des décisions sur la validité constitutionnelle de la *Loi sur la tarification des GES*.

En 2019, les [juges majoritaires de la SKCA \(3-2\)](#) et les [juges majoritaires de l'ONCA \(4-1\)](#) ont émis des avis consultatifs confirmant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES*, au motif qu'il s'agit d'un exercice valable du pouvoir du Parlement fédéral de légiférer dans « l'intérêt national ». Par contre, en 2020, les [juges majoritaires de l'ABCA \(4-1\)](#) ont statué que la Partie 1 et la Partie 2 de la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre* étaient entièrement inconstitutionnelles.

Dans le cadre de ces trois contestations, une armée d'intervenants s'est jointe à la bataille visant à délimiter l'étendue des pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière de réglementation relative aux changements climatiques. Parmi ces intervenants, on comptait d'autres gouvernements provinciaux, des municipalités, des groupes autochtones, des organisations environnementales, des organisations non gouvernementales et divers groupes industriels.

La Cour suprême du Canada (CSC) a entendu les appels relatifs à ces trois contestations les 22 et 23 septembre 2020, mais n'a pas encore rendu sa décision. Lorsqu'elle sera rendue, la décision de la CSC tranchera définitivement sur le fait que le gouvernement fédéral a excédé, ou non, ses pouvoirs, en réglementant les changements climatiques au moyen de la *Loi sur la tarification des GES*. Il est à espérer que, dans le déroulement de ce processus, la CSC fournira des lignes directrices constructives pour la réglementation future en matière d'environnement.

Dans le cadre des trois contestations devant les cours provinciales, une armée d'intervenants s'est jointe à la bataille visant à délimiter l'étendue des pouvoirs fédéraux et provinciaux en matière de réglementation relative aux changements climatiques.

La SKCA et l'ONCA confirment la Loi (fédérale) sur la tarification des GES

Les juges majoritaires de la SKCA ont statué que le pouvoir de légiférer du Parlement sur les questions d'intérêt national en matière de « paix, ordre et bon gouvernement » (POBG) constituait une base constitutionnelle valable pour la *Loi sur la tarification des GES*.

Tout comme leurs homologues de la Saskatchewan, les juges majoritaires de l'ONCA ont confirmé la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* au motif qu'il s'agit d'un exercice valable du pouvoir du Parlement de légiférer aux termes de l'article sur l'intérêt national en matière de POBG. Les juges majoritaires ont conclu que, même si l'environnement est, dans l'ensemble, un domaine de

responsabilité constitutionnelle partagé entre les provinces et le gouvernement fédéral, « l'établissement de normes nationales minimales pour réduire les émissions de GES » s'inscrivait dans les limites du pouvoir constitutionnel du gouvernement fédéral en matière de réglementation dans l'intérêt national.

L'ABCA fait cavalier seul

L'ABCA a conclu que la *Loi sur la tarification des GES* est inconstitutionnelle. La décision majoritaire de l'ABCA constitue un écart important du raisonnement suivi par les juges majoritaires de l'ONCA et de la SKCA, particulièrement en ce qui concerne la priorité accordée aux articles 92A et 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sa conclusion selon laquelle le sujet de la *Loi sur la tarification des GES* ne relève pas d'une compétence attribuée au Parlement par la Constitution.

Les juges majoritaires de l'ABCA ont plutôt

- conclu que la *Loi sur la tarification des GES* relève de plusieurs compétences provinciales, notamment : (i) le pouvoir d'exploiter et de gérer les ressources naturelles de la province (art. 92A); (ii) les droits exclusifs des provinces en tant que propriétaires de leurs ressources naturelles (art. 109); (iii) le pouvoir des provinces à l'égard de la propriété et des droits civils (art. 92(13)); (iv) la gestion des terres publiques appartenant à la province (art. 92(5)); et (v) l'imposition directe, au sein de la province, relativement à la consommation de produits polluants, tels que l'essence (art. 92(2))
- souligné l'importance des pouvoirs exclusifs des provinces à l'égard des ressources non renouvelables et de la production d'électricité, pouvoirs qui sont inscrits à l'article 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*, notant que ce pouvoir provincial « ... représente une modification nette, délibérée et négociée à la Constitution, conçue pour confirmer la compétence provinciale exclusive en matière d'*exploitation* et de *gestion* des ressources naturelles non renouvelables, de la production d'électricité et des activités industrielles connexes d'une province »
- statué que la théorie de l'intérêt national ou que le pouvoir en matière de POBG « ne s'applique pas aux questions relevant de la compétence exclusive de la province » et ont expressément rejeté la proposition selon laquelle la théorie de l'intérêt national « ouvre la porte au fait que le gouvernement fédéral s'approprie tout autre chef de compétence provinciale ».

Lors des audiences de la CSC, les provinces ont campé sur leurs positions : elles estiment que le régime réglementaire du Canada sur les changements climatiques est paternaliste et usurpe le droit des provinces d'imposer leurs propres politiques.

Les audiences de la CSC

Lors de l'audience de deux jours tenue en septembre 2020 par la CSC, les provinces ont campé sur leurs positions : elles estiment que le régime réglementaire du Canada sur les changements climatiques est paternaliste et usurpe le droit des provinces d'imposer leurs propres politiques :

- [Saskatchewan](#) « Ce qui est en jeu, c'est la question de savoir si le gouvernement fédéral dispose de la compétence nécessaire pour imposer aux provinces sa politique en matière de réglementation des sources d'émission de GES. [La *Loi sur la tarification des GES*] est formulée comme si le gouvernement fédéral légiférerait à la place de la province elle-même. »

- [Nouveau-Brunswick](#) « La protection de l'environnement doit être assurée en conformité avec la Constitution, et non malgré celle-ci. ... ce que la Cour d'appel a fait a compromis l'équilibre du pouvoir dans notre démocratie constitutionnelle. »
- [Ontario](#) « Les provinces sont tout à fait capables de réglementer elles-mêmes les émissions de gaz à effets de serre, elles l'ont déjà fait et continuent de le faire. »
- [Alberta](#) « Cela constitue un changement radical et lourd de conséquences dans l'équilibre du pouvoir législatif au Canada, qui subordonne le rôle législatif souverain des provinces dans notre système fédéral au contrôle et à la direction du gouvernement fédéral. Il en résulte que les provinces sont dépossédées du pouvoir de régler des questions relevant de leur compétence exclusive, de la manière la mieux adaptée à leur situation économique, sociale et environnementale, comme il est exigé dans notre système fédéral. »
- [Manitoba](#) « Personne ne conteste le fait que les changements climatiques et la réduction des émissions de gaz à effet de serre (GES) sont d'une importance cruciale. La question est de savoir si le Parlement a la compétence exclusive d'imposer aux provinces ses préférences en matière de politiques. »
- [Québec](#) « Une simple affirmation de l'importance à l'échelle nationale d'un sujet ne devrait pas suffire pour mettre à mal la structure constitutionnelle canadienne... ... la quasi-totalité des activités humaines étant susceptible d'émettre des GES, l'attribution d'une "nouvelle" compétence fédérale en matière de réduction de l'émission de GES aurait pour conséquence d'accorder au Parlement fédéral une omniprésence dans tous les champs d'activité provinciaux pertinents... Les provinces sont parfaitement capables de réglementer les émissions de GES... Il n'y a donc pas en l'espèce d'incapacité d'agir de la part des provinces, ni en droit ni en fait : chaque province a la compétence juridictionnelle pour agir selon ses priorités et sa réalité. »

Le gouvernement fédéral et la Colombie-Britannique constituent des cas particuliers en soutenant la constitutionnalité de la *Loi sur la tarification des GES* :

- Le [gouvernement fédéral](#) « Établir des normes nationales minimales qui sont inhérentes à la réduction des émissions des GES à l'échelle du pays est une question d'intérêt national que seul le Parlement peut régler. Refuser au Parlement la compétence de régler cette question créerait un trou béant dans la Constitution : nous serions un pays incapable d'appliquer les mesures nécessaires pour écarter une menace à sa survie. »
- [Colombie-Britannique](#) « La question troublante soulevée par ces renvois consiste à déterminer si notre système de fédéralisme fait obstacle à l'élimination de l'importante menace que constituent les changements climatiques mondiaux. Sommes-nous le seul grand pays émetteur du monde dont la constitution rend impossible la prise d'engagements nationaux à l'égard de la réduction des gaz à effet de serre? »

La réaction de la CSC à ces arguments et à d'autres sera d'un grand intérêt pour toutes les parties intéressées, et particulièrement les entreprises qui cherchent à comprendre les effets qu'aura le régime réglementaire canadien en matière de changements climatiques sur leur propre exploitation.

Renvois provinciaux contestant la *Loi sur l'évaluation d'impact (LEI)*

La LEI est entrée en vigueur en août 2019. Elle remplaçait la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* et établissait un processus modifié (par rapport à l'ancienne loi) de collecte d'information et de prise de décisions sur l'impact des projets désignés à l'égard de domaines relevant de la compétence fédérale. Peu après, le lieutenant-gouverneur en conseil de l'Alberta a présenté un renvoi auprès de l'ABCA concernant la validité constitutionnelle de la LEI promulguée par le gouvernement fédéral.

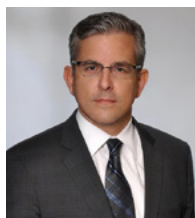
Même si la CSC a confirmé une décision antérieure relative au régime fédéral d'évaluation d'impact sur l'environnement rendue en [1992](#), l'Alberta est d'avis que le gouvernement fédéral a outrepassé ses pouvoirs en promulguant la LEI. Dans le mémoire qu'il a déposé auprès de l'ABCA, le gouvernement de l'Alberta a décrit la LEI comme un « cheval de Troie » que le gouvernement fédéral avait créé « sous prétexte de motifs très limités de compétence fédérale, en vue de mener une enquête de grande portée sur des questions relevant exclusivement de la compétence provinciale. »

Depuis le début du renvoi relatif à la LEI, l'ABCA s'est concentrée, en 2020, sur des questions de procédure en l'espèce. L'ABCA n'a pas encore entendu les arguments sur le fond.

Nous nous attendons à ce que la décision de la CSC quant au renvoi relatif à la *Loi fédérale sur la tarification des GES* soit rendue avant que l'ABCA ne tranche le renvoi relatif à la LEI. La décision de la CSC quant à la *Loi fédérale sur la tarification des GES* aura des répercussions qui porteront bien au-delà de la tarification du carbone, et elle aura probablement une forte incidence sur le fait que les dispositions contestées de la LEI seront confirmées ou non. À son tour, l'issue du renvoi relatif à la LEI contribuera probablement à clarifier et à délimiter l'étendue des compétences fédérales et provinciales en matière de réglementation dans le domaine de l'environnement.

Une fois ces affaires réglées, les parties intéressées surveilleront de près s'il s'ensuit une plus grande stabilité et une plus grande certitude en matière de réglementation relative à l'environnement; cela ne pourra qu'aider les entreprises à comprendre leurs obligations en matière de conformité, ce qui leur permettra de planifier en conséquence. Quoi qu'il en soit, l'année 2021 sera déterminante dans l'établissement de l'étendue des pouvoirs du gouvernement fédéral en matière de changements climatiques et des questions environnementales de façon plus générale.

AUTEURS

**Richard King**

Associé, Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

rking@osler.com

416.862.6626

**Jennifer Fairfax**

Associée, Litige; Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

jfairfax@osler.com

416.862.5998

**Patrick G. Welsh**

Associé, Litige; Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

pwelsh@osler.com

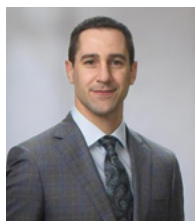
416.862.5951

**Evan Barz**

Sociétaire, Litige; Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

ebarz@osler.com

416.862.4209

**Coleman Brinker**

Sociétaire, Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

cbrinker@osler.com

403.260.7061

**John Henry Gormley**

Sociétaire, Droit des affaires réglementaires, de l'environnement, des Autochtones et de la gestion du territoire

jgormley@osler.com

403.260.7075

« L'emplacement, l'emplacement, l'emplacement » est remplacé par « COVID, COVID, COVID »

La performance plutôt robuste du secteur immobilier canadien en 2019 s'est maintenue en 2020, jusqu'à ce que la pandémie de COVID-19 frappe. La COVID-19 a eu des répercussions différentes sur les divers marchés immobiliers, et pour différentes raisons. Même si le secteur immobilier du commerce de détail a subi d'importantes répercussions négatives, le secteur immobilier industriel semble avoir été relativement épargné. Le jury en est encore à analyser les effets de la COVID-19 sur le secteur des immeubles de bureaux.

Le secteur immobilier du commerce de détail

C'est le secteur du commerce de détail qui a été le plus durement touché. Ce secteur montrait déjà des signes d'essoufflement avant l'apparition de la COVID-19, en raison du ralentissement de l'arrivée de nouveaux participants

sur le marché canadien et de la poursuite de la migration des acheteurs vers le cybercommerce. La COVID-19 a affecté de façon dramatique et presque instantanée le secteur immobilier du commerce de détail, lorsque les divers ordres de gouvernement ont ordonné la fermeture des centres commerciaux à l'échelle du pays, en mars dernier. Certaines provinces leur ont permis de rouvrir en mai, d'autres ne l'ont fait qu'en juillet. Ces fermetures ont eu des répercussions importantes et immédiates :

- Les locataires ont immédiatement tenté d'obtenir un soutien au loyer pour compenser la perte soudaine de revenus qu'ils subissaient. Ils se sont vite rendu compte que l'« assurance contre les pertes d'exploitation » ne s'appliquerait probablement pas, que leurs baux n'étaient pas résiliables pour cause d'impossibilité d'exécution et que même si la pandémie de COVID-19 constituait un cas de force majeure, leurs baux pouvaient tout de même exiger que le loyer soit acquitté, quelles que soient les difficultés économiques éprouvées. Les litiges à l'égard des obligations en matière de loyer se sont rendus jusque devant les tribunaux, comme il en est fait état ci-dessous.
- Au début, les propriétaires ont exigé que les loyers soient payés conformément aux modalités des baux. Cependant, une fois arrivée la vague de demandes d'exonération de loyer et de défauts de paiement de loyer, et compte tenu de l'ampleur constatée des perturbations subies par le secteur du commerce de détail, les propriétaires ont changé leur fusil d'épaule, et les ententes à court terme de report de loyer sont devenues la norme.
- Le gouvernement du Canada a mis du temps à réagir, mais il a fini par instituer le programme Aide d'urgence du Canada pour le loyer commercial (AUCLC), qui a fait l'objet de critiques plutôt acerbes. L'AUCLC offrait une aide ciblée aux propriétaires de PME qui avaient perdu au moins 70 % de leurs revenus en raison de la COVID-19. Le programme exigeait qu'un propriétaire dépose une demande de prêt non remboursable pouvant atteindre 50 % du loyer brut dû par le locataire, pour la période visée (au début, ce fut de mars à juillet 2020, mais la période a été prolongée jusqu'en septembre 2020). L'AUCLC exigeait également que le locataire verse 25 % du loyer brut exigible, et que le propriétaire renonce à 25 % du loyer brut pour la même période. La participation à ce laborieux programme a donc été lente à démarrer, quoiqu'elle ait fini par augmenter sa cadence. En octobre 2020, le gouvernement a annoncé la mise en place du programme de Subvention d'urgence du Canada pour le loyer (SUCL), qui remplace l'AUCLC. Malheureusement, au moment d'écrire ces lignes, peu de détails sur ce nouveau programme de secours ont été publiés.
- Même si les mesures susmentionnées ont allégé certains effets négatifs de la pandémie de COVID-19, un nombre important de locataires de commerces de détail se sont vus forcés de se prévaloir de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (LACC) ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (LFI). Dans le cadre de ces processus, les locataires cherchaient à résilier une partie ou la totalité de leurs baux ou à renégocier leur loyer (ou les deux), alors que les propriétaires négociaient pour garder ouverts le plus de magasins possible afin de préserver leurs biens immobiliers commerciaux.

Dans le secteur du commerce de détail, force est de constater l'apparition de conséquences juridiques liées aux baux commerciaux, découlant de la pandémie de COVID-19.

- Et, sur cette toile de fond, les consommateurs, qui avaient été empêchés de faire leurs achats en personne en raison des fermetures, se sont simplement tournés vers le commerce électronique. Cela a vivement accéléré le délaissement de la vente au détail physique et exacerbé les effets négatifs de la pandémie de COVID-19 sur le secteur immobilier du commerce de détail.

Finalement, dans le secteur du commerce de détail, force est de constater l'apparition de conséquences juridiques liées aux baux commerciaux, découlant de la pandémie de COVID-19. Dans une [décision récente](#) rendue au Québec, un locataire ayant conclu un bail commercial a eu droit à une exonération de loyer, mais ni en raison d'un cas de force majeure ni d'un recours contractuel prévu par le bail. La Cour a plutôt conclu que le propriétaire n'avait pas respecté la clause de jouissance paisible des lieux, car le locataire n'avait pas pu y avoir accès, étant donné l'ordre de fermeture émis par le gouvernement. La décision fait actuellement l'objet d'un appel. Veuillez consulter notre bulletin d'actualités intitulé « [La pandémie de COVID-19 : un premier point de vue des tribunaux québécois sur la possibilité d'invoquer la défense de force majeure dans le contexte immobilier](#) » sur osler.com.

De même, certains locataires ont intenté des procédures à l'encontre de leurs propriétaires, alléguant que les immeubles de commerce au détail n'étaient pas gérés de la meilleure façon qui soit pour permettre aux éventuels clients de se sentir à l'aise de s'y rendre, malgré la pandémie de COVID-19. Les locataires en question soutenaient que la prise de mesures appropriées aurait empêché que les ventes en magasin ne chutent aussi dramatiquement.

Malgré ces obstacles, la plupart des grands centres commerciaux du Canada sont demeurés la propriété d'importantes caisses de retraite, de FPI publiques ou d'autres entités bien financées et bien gérées. En conséquence, nous nous attendons à ce que la plupart de ces centres survivent et qu'ils instaurent simplement des améliorations déjà planifiées, mais plus tôt que prévu. Ces propriétaires pourraient ajouter d'autres services attrayants (p. ex. des restaurants, des cabinets de médecin, des espaces de travail partagés et des gymnases) et peut-être de nouvelles composantes résidentielles, en vue de conserver la clientèle des commerçants de détail.

À l'extrémité opposée du spectre, l'immobilier industriel semble avoir été relativement épargné par la pandémie de COVID-19.

Le secteur immobilier industriel

À l'extrémité opposée du spectre, l'immobilier industriel semble avoir été relativement épargné par la pandémie de COVID-19. Les taux de disponibilité ont continué de baisser tout au long de 2020 et donc, les loyers ont continué de grimper. En fait, la COVID-19 pourrait avoir fait augmenter la demande de locaux industriels :

- Le passage rapide au commerce électronique a fait augmenter la demande de locaux d'entreposage de la part de détaillants et de fournisseurs de services logistiques, particulièrement aux environs des centres urbains.
- La logistique des chaînes d'approvisionnement a également été affectée, car les niveaux de stocks de 30 jours de la formule « juste à temps » sont remplacés par des niveaux de stocks de 90 jours, « juste au cas », en réaction aux comportements d'achats de panique suscités plus tôt par la pandémie. Cela a contribué à la hausse de la demande de locaux d'entreposage.

Le secteur des immeubles de bureaux

Les effets de la COVID-19 sur le secteur des immeubles de bureaux sont plus difficiles à cerner. Il semble que la grande majorité des employés de bureau aient réussi à s'adapter au télétravail; il y a eu peu d'effets négatifs immédiats sur les locataires de bureaux, et donc sur le secteur des immeubles de bureaux. Contrairement à ce qui s'est produit dans le secteur du commerce de détail, il n'y a pas eu de demandes désespérées à grande échelle d'exonération de loyer de la part de locataires de bureaux ni d'ententes de soutien au loyer de la part des propriétaires de bureaux. À ce jour, aucun programme de soutien au loyer gouvernemental n'a été créé pour le secteur des immeubles de bureaux. Cependant, les répercussions sur ce secteur pourraient avoir été simplement retardées. Avant la pandémie, les taux d'inoccupation se situaient à des creux historiques dans la plupart des centres urbains au Canada, à l'exception de Calgary, et il était de plus en plus difficile de trouver de grands blocs de locaux à bureaux. Mais la situation est en train de changer.

- Au cours de la pandémie de COVID-19, les taux d'inoccupation ont plus que doublé, tant dans les locaux loués que sous-loués, en moins de huit mois.
- Le taux croissant d'inoccupation dans le marché de la sous-location indique clairement que de plus en plus de locataires de bureaux procèdent à une rationalisation. On ignore si c'est parce que les entreprises sont en difficulté ou si c'est parce qu'elles se rendent compte qu'elles peuvent réduire la taille de leurs bureaux en instaurant et en maintenant une politique de télétravail.
- La pandémie de COVID-19 a également mené à l'idée que le fait de disposer de multiples bureaux satellites plus petits (le concept de la « structure en étoile ») pourrait être plus sûr. Ce modèle permet à des groupes d'employés de se rendre en voiture à divers bureaux locaux, ce qui semble moins dangereux que de faire se déplacer la totalité d'un effectif, a priori surtout au moyen des transports en commun, à un bureau principal, tous les jours, ce qui augmente les risques de contracter la COVID-19.

Si les taux d'inoccupation continuent d'augmenter, cela pourrait faire subir des pressions à la baisse aux taux de location. Cependant, la croissance continue de la population dans les centres urbains et peut-être une augmentation de la distanciation sociale et une diminution de la densité dans les bureaux pourraient contrebalancer ces effets négatifs.

Conclusion d'opérations immobilières

Par ailleurs, la COVID-19 a eu des effets immédiats sur la conclusion d'opérations immobilières et sur les types d'opérations concernées. Aux premiers temps de la pandémie, le flux d'opérations a soudainement ralenti, avant de retourner à des niveaux normaux. Au début, de nombreux emprunteurs ont eu recours à leur marge de crédit d'exploitation pour disposer de suffisamment de liquidités. De même, plus de clients ont cherché à obtenir des facilités de crédit garanties et non garanties supplémentaires afin d'augmenter les possibilités de liquidités.

De plus, la COVID-19 a posé des défis inédits, dans la conclusion d'opérations. Dans certaines catégories d'actifs (p. ex. les maisons de retraite et les propriétés multirésidentielles), la visite des lieux était soit interdite, soit grandement restreinte, ce qui a beaucoup perturbé les pratiques courantes d'inspection. Plusieurs opérations n'ont tout simplement pas pu être conclues avant que l'acheteur ou le prêteur puisse examiner les lieux en personne. Il est donc devenu courant d'étendre les périodes d'inspection, dans la mesure où la COVID-19 limitait la capacité de l'acheteur à effectuer une vérification normale. Et, bien sûr, les acheteurs étrangers ont également dû composer avec les restrictions aux frontières et les quarantaines de 14 jours exigées avant de pouvoir visiter des propriétés.

En raison des arriérés et des effectifs réduits, ce qui a retardé le financement de prêts assurés par la SCHL et d'autres prêts, on a pu constater une augmentation du financement provisoire et du financement pas le vendeur, exigés pour la conclusion de l'opération.

Sur une note positive, nous avons appris que même des opérations très complexes portant sur de multiples propriétés dans de multiples territoires de compétence entre de multiples vendeurs et prêteurs de plusieurs cabinets d'avocats pouvaient se conclure avec succès, à distance. Les investissements dans la technologie de qualité n'ont jamais été aussi importants.

L'année qui s'achève a été intéressante dans le secteur de l'immobilier commercial où les effets de la COVID-19 vont probablement se répercuter pendant un certain temps.

AUTEUR



Paul Morassutti

Associé, Droit immobilier

pmorassutti@osler.com

416.862.6806

Mesures fiscales liées à la COVID-19 et proposition de réforme fiscale internationale

Les mesures prises par le Canada en réponse à la COVID-19 et sa participation à la poursuite d'une réforme fiscale internationale par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) constituent deux développements fiscaux importants survenus en 2020.

Les mesures liées à la COVID-19 comprenaient des allègements de diverses échéances en matière d'administration de l'impôt et de contentieux fiscal, ainsi que de nouveaux programmes de soutien financier. Le Canada a utilisé son système fiscal comme un moyen efficace pour apporter un soutien économique à divers secteurs de l'économie touchés par la pandémie. Par conséquent, l'on prévoit que le Canada enregistrera son déficit le plus important depuis la Seconde Guerre mondiale. Les déficits budgétaires importants résultant des dépenses liées à la COVID-19 forceront le Canada à augmenter ses recettes futures.

La proposition de réforme fiscale internationale pilotée par l'OCDE est l'une des façons d'y parvenir. Les propositions de l'OCDE étendraient les droits d'imposition attribués à la juridiction du marché (« Pilier 1 ») et établiraient 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 actuel du Canada.

Réponse du Canada à la COVID-19 – allègement administratif et soutien financier

En réponse à la pandémie de COVID-19 en cours, l'Agence du revenu du Canada (ARC) a accordé un allègement administratif procédural en reportant la plupart des échéances de déclaration de revenus et de paiement des impôts sur le revenu et des acomptes provisionnels de 2019, ainsi qu'en reportant temporairement les échéances pour la présentation des avis d'opposition. Un allègement des intérêts et des pénalités qui auraient normalement dû s'accumuler pendant ces prolongations a été automatiquement accordé. Les dates limites pour les versements de la TPS/TVH (mais pas pour les retenues à la source) ont également été reportées. L'ARC a suspendu les mesures de recouvrement des nouvelles dettes et a indiqué qu'elle était prête à accepter des ententes de paiement flexibles pour les dettes existantes.

Un allègement administratif limité a été accordé. L'ARC a publié des directives temporaires (qui ont expiré le 30 septembre et n'ont pas été mises à jour) en matière de résidence et d'établissement stable, ainsi que sur d'autres questions de portée internationale soulevées pendant la crise de la COVID-19. L'allègement s'appliquait aux particuliers et aux sociétés résidant dans des pays qui ont conclu des conventions fiscales avec le Canada et, autrement, était accordé au cas par cas. En général, les contribuables touchés ne seraient pas considérés comme des résidents du Canada, ou comme exploitant une entreprise ou ayant un établissement stable au Canada, uniquement en raison des restrictions de voyage et de mobilité liées à la pandémie. L'ARC a également accordé certains allègements des exigences de retenue et de versement transfrontaliers pour les cas où une exemption ou un certificat de décharge aurait autrement été requis. Sur le plan national, l'ARC a indiqué que les remboursements de 500 \$ aux employés pour l'achat d'équipement nécessaire au travail à domicile ne constitueraient pas un avantage imposable.

La COVID-19 a fait des ravages dans le domaine du contentieux fiscal. La Cour de l'impôt a été fermée de mars à juillet. Les délais de procédure applicables aux procédures judiciaires, y compris les délais de prescription, ont été prolongés par des lois fédérales et en vertu d'ordonnances de la Cour. L'arriéré d'audiences qui en a résulté a conduit la Cour à soutenir de plus en plus les règlements entre les parties, y compris au moyen d'une nouvelle initiative de processus accéléré de conférences de règlement.

Diverses prestations liées à la pandémie ont été mises en place à partir du mois de mars. Pour les particuliers, la Prestation canadienne d'urgence (PCU) consistait en une prestation de 2 000 \$ par mois généralement accessible aux personnes mises à pied qui avaient eu des revenus d'au moins 5 000 \$ au cours de l'année précédente. La PCU a maintenant été remplacée par la Prestation canadienne de la relance économique (PCRE). Les employeurs pouvaient demander la Subvention salariale d'urgence du Canada (SSUC) qui subventionnait jusqu'à 75 % des salaires payés par les entreprises subissant une baisse de revenus. Les employeurs pouvaient

Les mesures liées à la COVID-19 comprenaient des allègements de diverses échéances en matière d'administration de l'impôt et de contentieux fiscal, ainsi que de nouveaux programmes de soutien financier.

également demander le remboursement de certains versements de retenues à la source. Les conditions d'admissibilité à la SSUC sont complexes et le programme a fait l'objet d'une importante révision au cours de l'été. Les paiements reçus dans le cadre de la PCU et de la SSUC constituent des revenus imposables. De nombreuses autres prestations ciblées ont été mises en place, notamment pour les petites entreprises, les étudiants, les fournisseurs de soins et les personnes malades ou obligées de s'isoler.

Mesures proposées pour l'imposition des entreprises du marché numérique et des entreprises en contact direct avec les consommateurs et pour l'adoption d'un taux d'imposition minimum mondial

Le Canada a participé activement au projet pluriannuel de l'OCDE et du G20 sur l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) qui cible les stratégies de planification fiscale visant à transférer les bénéfices vers des territoires à faible taux d'imposition.

Les rapports BEPS publiés en 2015 visaient à améliorer la cohérence, la substance et la transparence du système fiscal international. Le projet BEPS a également créé un instrument multilatéral (IM) en 2016 pour mettre en œuvre les mesures relatives aux conventions. À ce jour, l'IM a été signé par 94 pays (et ratifié par 53 d'entre eux). L'IM est entré en vigueur au Canada à la fin de 2019 pour la plupart des conventions du pays, bien que pour certains gains en capital, il n'entrera pas en vigueur avant le 1^{er} janvier 2021.¹

De nombreux pays n'étant pas satisfaits des résultats du projet BEPS, l'OCDE a introduit en 2019 une approche à deux piliers de la réforme de la fiscalité internationale afin de prendre en compte l'économie numérique et les questions non résolues dans le cadre du projet BEPS.

Les propositions du Pilier 1 du projet BEPS représentent un changement fondamental du système fiscal international du fait de l'attribution à la juridiction du marché (où se trouvent les clients) de nouveaux droits d'imposition à l'égard des entreprises de services numériques automatisés et de certaines entreprises en contact direct avec les consommateurs. Bien que diverses questions techniques et politiques restent en suspens, certaines exemptions propres à des secteurs particuliers ainsi qu'un seuil de revenu minimum consolidé de 750 M€ pour les entreprises multinationales sont envisagés.

Le nouveau droit d'imposition est intentionnellement libéré des principes fiscaux existants qui exigent une présence physique dans le territoire et permettrait de réaffecter un montant estimé à 100 G\$ d'impôt sur les bénéfices résiduels des sociétés hors des territoires de résidence vers les juridictions d'origine ou de marché.

¹ L'IM pourra prendre effet à une date ultérieure dans certains autres pays. De plus, 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 annoncé des négociations d'accord bilatéral).

Les propositions se heurtent à des écueils créés par les États-Unis qui ont suggéré que les règles soient appliquées sur une base d'option d'adhésion. Les États-Unis sont sans aucun doute préoccupés par les répercussions potentielles sur un certain nombre de géants américains du secteur numérique. Inversement, l'Union européenne s'est généralement montrée très favorable aux propositions. Un certain nombre de pays de l'Union européenne ont introduit séparément des taxes nationales autonomes sur les produits et services numériques (et d'autres menacent de le faire en l'absence d'un consensus sur le Pilier 1).

Les propositions relatives au Pilier 2 introduisent un taux d'imposition minimum mondial pour les groupes d'entreprises multinationales dont le revenu total consolidé est d'au moins 750 M€.

Si le taux d'imposition effectif d'un groupe d'entreprises multinationales dans un certain territoire est inférieur au taux minimum convenu, un impôt complémentaire sera généralement perçu auprès des membres du groupe dans d'autres territoires aux termes soit d'une « règle d'inclusion du revenu » (RIR), soit d'une « règle relative aux paiements insuffisamment imposés » (RPII). Les calculs utilisent les résultats de la comptabilité générale comme point de départ et tiennent compte des pertes subies au cours d'autres périodes ou par d'autres entités dans le même territoire, des impôts locaux « excédentaires » payés et d'une formule d'exclusion pour les activités de fond dans le territoire local.

Les impôts complémentaires seraient perçus aux termes de la RIR auprès des entités mères résidant dans les territoires qui adoptent le Pilier 2. La RPII agit comme un filet de sécurité en attribuant tout impôt complémentaire restant aux autres membres du groupe en fonction des paiements déductibles effectués par ces derniers à l'entité faiblement imposée et de leurs dépenses intragroupes nettes.

Les propositions du Pilier 2 comprennent également des exceptions pour les entités et fonds d'investissement exonérés d'impôt, ainsi qu'une « règle d'assujettissement à l'impôt » fondée sur une convention fiscale qui permet d'appliquer une retenue à la source complémentaire à certains types de paiements entre personnes liées.

Pour plus de détails sur les propositions du Pilier 1 et du Pilier 2, veuillez consulter notre mise à jour Osler intitulée « [L'OCDE publie des rapports directeurs sur la réforme fiscale internationale \(premier et deuxième piliers\) et lance une consultation publique](#) » sur [osler.com](#).

Des progrès significatifs ont été réalisés en ce qui a trait aux détails techniques concernant le Pilier 1 et le Pilier 2, mais de nombreux points restent à résoudre et des modifications importantes devront également être apportées aux lois et conventions nationales. L'OCDE espère que les questions politiques et techniques en suspens seront résolues d'ici la mi-2021.

Plutôt que d'attendre un consensus mondial, de nombreux pays ont introduit des mesures fiscales numériques unilatérales (ce à quoi les États-Unis ont répondu en imposant ou menaçant d'imposer des tarifs douaniers). Dans son programme électoral de 2019, le Parti libéral a préconisé une taxe de 3 % sur les revenus canadiens générés par certaines entreprises de services de publicité et d'intermédiation numérique dont les revenus mondiaux s'élèvent à au moins 1 G\$ et dont les revenus générés au Canada excèdent 40 M\$. Bien que le budget

Des progrès significatifs ont été réalisés en ce qui a trait aux détails techniques concernant le Pilier 1 et le Pilier 2, mais de nombreux points restent à résoudre et des modifications importantes devront également être apportées aux lois et conventions nationales.

fédéral de 2020 ait été retardé en raison de la COVID-19, dans son discours du Trône de 2020, le gouvernement a signalé que faire payer aux géants du numérique leur juste part d'impôt constituait une priorité. Il reste à voir si le Canada ira de l'avant avec sa démarche avant de connaître le résultat des négociations actuelles de l'OCDE et des menaces de guerre tarifaire.

Nous prévoyons que le Canada cherchera à introduire de nouvelles mesures fiscales nationales et internationales en 2021 et au-delà, d'autant plus que notre gouvernement libéral minoritaire actuel est soutenu par le Nouveau Parti démocratique, une formation de gauche. Il sera important de suivre ces mesures de près, car elles pourraient avoir une incidence importante sur les investissements intérieurs et transfrontaliers au Canada.

AUTEURS



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



Peter Macdonald
Associé, Fiscalité
pmacdonald@osler.com
613.787.1017



Ilana Ludwin
Sociétaire, Fiscalité
iludwin@osler.com
416.862.4215



Kaitlin Gray
Sociétaire, Fiscalité
kgray@osler.com
403.355.7451



Taylor Cao
Sociétaire, Fiscalité
tcao@osler.com
416.862.4211

Du chalandage fiscal au REATB et à l'établissement des prix de transfert : décisions rendues dans des litiges fiscaux internationaux notoires

Trois décisions de la Cour d'appel fédérale (CAF) prononcées pendant la pandémie de COVID-19 ont ravivé l'intérêt à l'égard de certains aspects fondamentaux du régime canadien de fiscalité internationale. Deux de ces décisions seront rendues par la Cour suprême du Canada (CSC) en 2021. Par conséquent, ces aspects du régime fiscal feront l'objet d'un examen et de directives de la part de la plus haute Cour du Canada en 2021.

Dans l'affaire [*Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*](#) (2020 CAF 43), la CAF a conclu que la règle générale anti-évitement (RGAE) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (*Loi de l'impôt*) ne s'appliquait pas en l'espèce : le contribuable, société résidente du Luxembourg, avait invoqué la convention fiscale entre le Canada et le Luxembourg pour exonérer un gain en capital de l'impôt canadien. Dans l'affaire [*Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*](#) (2020 CAF 79), la CAF a statué que les revenus gagnés par une filiale barbadienne du contribuable canadien ne constituaient pas un « revenu étranger accumulé, tiré de biens » (REATB), et n'étaient donc pas imposables au Canada. Enfin, dans l'affaire [*Canada c. Cameco Corporation*](#) (2020 CAF 112), la CAF a jugé que les opérations du contribuable avec sa filiale suisse étaient sans lien de dépendance et que, par conséquent, elles respectaient les règles sur les prix de transfert du Canada et leurs politiques sous-jacentes.

La Couronne a obtenu l'autorisation d'en appeler des décisions *Alta Energy* et *Loblaw* auprès de la CSC. La Couronne demande également l'autorisation d'en appeler de la décision *Cameco* auprès de la CSC, mais on ignore encore si l'autorisation sera accordée dans ce troisième cas.

La RGAE et les conventions fiscales : *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*

Dans l'affaire *Alta Energy*, les actions du contribuable (une société luxembourgeoise) étaient détenues par une société en commandite, dont les membres n'étaient pas majoritairement résidents du Luxembourg. Le contribuable détenait des actions d'une société canadienne (Canco), acquises dans le cadre d'une restructuration. Canco, quant à elle, détenait une participation directe dans des avoirs miniers canadiens (des concessions pétrolières et gazières en Alberta), où elle exerçait des activités d'exploration et de production. Lorsque le contribuable a vendu les actions de Canco, il a réalisé un gain en capital de 380 millions de dollars, et a fait valoir que ce gain en capital était exempt d'impôt au Canada.

Le paragraphe 13(4)(a) de la Convention Canada-Luxembourg en matière d'impôt sur le revenu (la Convention Canada-Luxembourg) donne le droit, au Canada, de soumettre un résident du Luxembourg à l'impôt sur le gain provenant de l'aliénation d'actions si la valeur de ces actions est principalement tirée de biens immobiliers situés au Canada. L'expression « bien immobilier » exclut expressément les biens dans lesquels la société a exercé son activité.

La Cour canadienne de l'impôt (CCI) a conclu que le contribuable était un résident du Luxembourg et que la valeur des actions de Canco était principalement tirée des biens immobiliers dans lesquels ses activités d'exploration et de production pétrolière et gazière étaient exercées. La Cour de l'impôt a également conclu que la RGAE ne s'appliquait pas pour refuser des avantages applicables de la Convention. L'appel interjeté par la Couronne auprès de la CAF n'avait trait qu'à la RGAE.

En appel, la CAF a statué que l'objet des dispositions pertinentes, notamment le paragraphe 13(4) de la Convention Canada-Luxembourg, était exprimé correctement par le libellé simple de ces dispositions. La CAF a également rejeté la thèse de la Couronne, selon laquelle le paragraphe 13(4) exige que le contribuable ait de solides liens économiques ou commerciaux avec le

Luxembourg, étant donné que le seul critère admissible au titre de l'exonération est la résidence au Luxembourg, qui repose sur les obligations fiscales.

La Couronne s'est vu accorder l'autorisation d'en appeler de la décision de la CAF le 6 août 2020. Ainsi, en 2021, la CSC aura l'occasion, pour la première fois, d'examiner l'application de la RGAE à une convention fiscale.

Par ailleurs, comme l'a fait remarquer la CAF, les mesures prises par le ministère des Finances en vue de restreindre le chalandage fiscal qui ne s'appliquaient pas à sa décision (c.-à-d. que l'instrument multilatéral [l'IM] de l'OCDE n'était pas en vigueur à ce moment-là) pourraient avoir une incidence sur les opérations futures. L'IM a pris effet pour des conventions fiscales entre le Canada et de nombreux pays, notamment le Luxembourg, a) concernant les retenues à la source, le 1^{er} janvier 2020, et b) concernant les autres impôts (y compris l'impôt sur les gains en capital), pour une année d'imposition commençant le 1^{er} juin 2020 ou ultérieurement (et, dans le cas des contribuables dont l'année d'imposition correspond à l'année civile, il prendra effet le 1^{er} janvier 2021).

Le REATB : *Canada c. Loblaw Financial Holdings Inc.*

La question en l'espèce consistait à savoir si des revenus d'environ 475 millions de dollars gagnés par la filiale résidente à la Barbade de Loblaw Financial Holdings Inc., soit Glenhuron Bank Limited, étaient imposables au Canada. Le ministre du Revenu national (le ministre) a établi les cotisations de Loblaw en tenant compte du fait que Glenhuron agissait en tant qu'« entreprise de placement », conformément à la définition du paragraphe 95(1) de la *Loi de l'impôt*, et que son revenu était donc un REATB. Aux termes du régime de REATB, un contribuable résident canadien peut être tenu de payer de l'impôt sur certains revenus (généralement passifs) gagnés dans une filiale non résidente. Comme solution de rechange à son premier établissement des cotisations, le ministre s'est également appuyé sur la RGAE.

Selon Loblaw, les activités de Glenhuron étaient admissibles à l'exclusion visant les institutions financières dans la définition d'« entreprise de placement » ; par conséquent, ses revenus n'étaient pas imposables au Canada. Loblaw soutenait également que la RGAE ne s'appliquait pas.

La Cour de l'impôt a conclu que Glenhuron satisfaisait à toutes les conditions, sauf une, pour être admissible à l'exclusion visant les institutions financières, soit l'exigence d'exercer ses activités principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle. Glenhuron ne pouvait donc pas se prévaloir de cette exclusion. Néanmoins, la Cour de l'impôt a conclu que la RGAE ne s'appliquait pas, étant donné l'absence d'opération d'évitement.

La Cour de l'impôt a statué que la juste interprétation du critère d'une relation sans lien de dépendance dans un contexte bancaire exige un examen de la réception et de l'utilisation des fonds. Par ailleurs, la Cour de l'impôt a conclu qu'une exigence non explicite en matière de concurrence dans la composante sans lien de dépendance de l'exclusion visant l'institution financière était pertinente pour sa conclusion, et que cette exigence relative à la concurrence justifiait de placer l'accent sur l'aspect de la réception de l'équation. La Cour de l'impôt a

donc fortement insisté sur les sources de capitaux avec lien de dépendance de Glenhuron, particulièrement les capitaux propres reçus de son actionnaire.

Au cours du processus autorisant Loblaw à interjeter appel, la CAF a découvert plusieurs erreurs de droit dans la décision rendue par la Cour de l'impôt.

En retenant le sens ordinaire de l'expression « entreprise menée... avec », la CAF a statué que l'accent devait être placé sur les relations d'affaires, et non sur la réception et l'utilisation des fonds. La détermination de la conduite « principale » d'une entreprise est une analyse factuelle qui cible les activités rémunératrices retenant le temps et l'attention des employés engagés dans la conduite de l'entreprise. Il a donc été accordé peu de poids à la source des capitaux de Glenhuron, dans l'examen de la question à savoir si ses activités commerciales étaient menées principalement avec des personnes sans lien de dépendance avec elle.

De plus, la CAF a conclu que la Cour de l'impôt avait commis une erreur en interprétant l'exclusion visant les institutions financières comme une exigence relative à la concurrence non prévue par la loi. La CAF a fait observer que les tribunaux doivent faire preuve de circonspection avant de prêter une intention non explicite au législateur dans des dispositions claires de la *Loi de l'impôt*. De plus, la CAF a clarifié que l'objet d'une disposition, dans le cours d'une interprétation ordinaire des lois, ne devrait pas être confondu avec la politique ou le raisonnement sous-jacent de la disposition dans le cours d'une analyse au titre de la RGAE. Il s'agit d'exercices tout à fait différents.

Enfin, tandis que la CAF reconnaissait la préoccupation de la Couronne quant au fait que les revenus de Glenhuron ne seraient pas assujettis à l'impôt au Canada, elle a fait la remarque que ce genre de préoccupation n'autorise pas les tribunaux à donner aux dispositions des lois une interprétation plus vaste qu'elles ne peuvent raisonnablement avoir. Les lacunes législatives, s'il en existe, doivent être comblées par le Parlement.

La demande d'autorisation d'en appeler de la décision de la CAF déposée par la Couronne auprès de la CSC a été avalisée le 29 octobre 2020. Osler représente Loblaw.

Prix de transfert : *Canada c. Cameco Corporation*

Dans ce cas, le ministre avait établi une nouvelle cotisation à l'endroit de Cameco Corporation (Cameco Canada) afin d'inclure dans le revenu imposable de celle-ci tous les bénéfices d'exploitation tirés de la production d'uranium déclarés par sa filiale suisse (Cameco Europe).

À la suite d'une restructuration de la société, Cameco Europe a dégagé des bénéfices de la vente commerciale d'uranium acheté aux termes de contrats conclus avec Cameco Canada et avec des non-résidents du Canada sans lien de dépendance. Cameco Canada a rendu des services à Cameco Europe aux termes d'une entente de services interentreprises.

Au procès, la Couronne avait invoqué pour argument principal que les opérations de Cameco constituaient un subterfuge, et de façon subsidiaire, que les dispositions de l'article 247 sur les prix de transfert s'appliquaient. La Cour de l'impôt a rejeté la suggestion selon laquelle il y avait eu subterfuge et a conclu

La détermination de la conduite « principale » d'une entreprise est une analyse factuelle qui cible les activités rémunératrices retenant le temps et l'attention des employés engagés dans la conduite de l'entreprise.

qu'aucune disposition sur les prix de transfert n'était un redressement, puisque les opérations étaient conformes à la logique commerciale et effectuées sans lien de dépendance. La Couronne n'a pas présenté son argument sur le subterfuge à la Cour d'appel fédérale et ne s'est appuyée que sur les arguments sur les prix de transfert, principalement la partie des dispositions sur la « requalification ».

En confirmant la décision rendue par la Cour de l'impôt, la Cour d'appel fédérale a souligné que le but des dispositions sur les prix de transfert du Canada consiste à veiller à ce que les opérations entre des parties liées soient effectuées sans lien de dépendance. Les dispositions ne permettent pas au ministre de soulever le voile de la personnalité juridique et de réaffecter des profits d'une filiale à une société mère en appliquant la règle de la « requalification » aux dispositions de l'établissement de prix de transfert.

Par ailleurs, la CAF a affirmé que la règle de requalification ne s'applique que dans des circonstances très restreintes, et non lorsque d'hypothétiques personnes sans lien de dépendance ont conclu les opérations en question. Elle a rejeté les critères subjectifs de la Couronne, fondés sur le fait que le contribuable aurait, ou non, conclu l'opération en cause avec une partie sans lien de dépendance.

La décision confirme que l'établissement des prix de transfert est fondamentalement un exercice factuel et que l'objet des règles est atteint lorsque le prix des opérations est fixé aux conditions du marché. La CAF a qualifié de nombreux arguments de la Couronne de remises en cause indirectes des conclusions de fait de la Cour de l'impôt, pour lesquelles il n'y avait aucune erreur manifeste et dominante.

La Couronne a déposé une demande d'autorisation d'en appeler de la décision de la CAF le 30 octobre 2020. Osler représente Cameco.

La décision Cameco confirme que l'établissement des prix de transfert est fondamentalement un exercice factuel et que l'objet des règles est atteint lorsque le prix des opérations est fixé aux conditions du marché.

Observations finales

À la suite de ces décisions, l'Agence du revenu du Canada a laissé entendre publiquement qu'elle examine des positions de rechange en ce qui concerne l'établissement des cotisations et les approches des litiges, tandis que le gouvernement envisage des modifications aux lois. Les appels interjetés auprès de la CSC des décisions *Alta Energy* et *Loblaw* signifient que des directives de notre plus haute Cour seront émises sur des questions fiscales internationales fondamentales, ce qui pourrait ouvrir la voie à d'autres modifications.

AUTEURS



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



Pooja Mihailovich
Associée, Fiscalité
pmihailovich@osler.com
416.862.6624

La *Rétrospective de l'année juridique* fournit uniquement des renseignements généraux et ne constitue en aucun cas un conseil juridique ou professionnel. Nous vous recommandons de demander des conseils précis en fonction de votre situation. Pour plus de renseignements, veuillez communiquer avec Osler par courriel, à counsel@osler.com.

2020 : Une année d'éclaircissements pour les brevets canadiens visant les sciences de la vie et les logiciels

Les brevets jouent incontestablement un rôle important dans les secteurs des sciences de la vie et des logiciels. Le Canada a toujours été un territoire stratégique pour les litiges relatifs aux brevets dans le domaine des sciences de la vie, puisqu'il faut tenir compte des brevets avant de commercialiser des médicaments génériques ou biosimilaires. À l'inverse, les entreprises ont souvent renoncé à la protection et à l'application des brevets pour les logiciels au Canada, notamment en raison des obstacles à l'approbation de ces brevets par notre bureau des brevets ou, en dernier ressort, par les tribunaux.

En 2020, l'équipe de litige en matière de brevets d'Osler a contribué à faire progresser considérablement le droit des brevets dans les domaines des sciences de la vie et des logiciels, grâce à ses conseils sur le caractère brevetable d'objets litigieux et à sa stratégie de traitement des litiges. Ces progrès ont été réalisés en

grande partie grâce aux efforts de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale du Canada, qui ont travaillé pendant la pandémie pour entendre d'importantes affaires portant sur des brevets au moyen de la plateforme Zoom et d'une plateforme d'audience électronique de la Cour fédérale.

La barre est haute pour valider un brevet visant à optimiser l'utilisation des médicaments connus

Il n'est pas rare que des titulaires de brevets pharmaceutiques tentent de prolonger la protection par brevet d'un médicament en demandant l'approbation de brevets pour une utilisation optimisée du médicament, même après que l'utilisation du médicament ait été établie. Dans l'affaire *Eli Lilly c. Mylan*, la Cour fédérale¹ a invalidé un tel brevet visant les faibles doses de tadalafil, l'ingrédient actif du célèbre médicament commercialisé par Eli Lilly sous le nom de CIALIS® en vue du traitement de la dysfonction érectile.

Eli Lilly a intenté plusieurs poursuites contre des fabricants de génériques, y compris Mylan, pour contrefaçon de son brevet visant les faibles doses de son médicament. Mylan et d'autres parties défenderesses ont soutenu que le brevet d'Eli Lilly était invalide compte tenu du précédent brevet sur le tadalafil qui indiquait que le médicament était utilisé pour traiter la dysfonction érectile sur une vaste gamme posologique. Mylan a soutenu que les faibles doses n'étaient pas « nouvelles » puisque le brevet antérieur indiquait que cette posologie était efficace. En outre selon Mylan, les doses revendiquées étaient « évidentes », car les doses ne faisaient pas l'objet d'une invention, compte tenu des brevets antérieurs sur le tadalafil et du caractère courant des activités menant au choix des doses. Mylan et les autres parties défenderesses ont eu gain de cause. Osler avait alors représenté Mylan.

Les titulaires de brevet font souvent valoir les avantages inattendus de l'optimisation des utilisations médicales, ainsi que les coûts élevés et les risques associés aux essais précliniques et cliniques qui ont été nécessaires pour réaliser cette optimisation. Eli Lilly a suivi cette approche, alléguant lors de l'audition que les faibles doses avaient l'avantage inattendu de réduire certains effets secondaires du médicament et que le travail qu'elle a dû faire pour obtenir ces doses était truffé d'embûches qui auraient poussé d'autres fabricants à abandonner complètement le projet. L'argument d'Eli Lilly n'a pas convaincu la Cour, qui a plutôt conclu que le brevet n'indiquait pas que certaines doses étaient particulièrement avantageuses et que, en tout état de cause, le choix des doses est une activité courante dans l'élaboration d'un médicament.

La décision dans l'affaire *Eli Lilly c. Mylan* donne des indications utiles concernant les brevets sur l'usage pharmaceutique. Lorsque l'invention consiste en une optimisation courante d'un médicament comportant des utilisations approuvées, la barre est haute pour établir la validité du brevet, qui pourra être difficile à justifier. L'approche adoptée par la Cour permet d'assurer l'équilibre entre deux intérêts importants : d'une part, récompenser l'innovation pour les nouveaux médicaments et, d'autre part, rendre l'accès aux médicaments abordable en limitant la protection du monopole aux innovations méritant d'être protégées.

La décision dans l'affaire *Eli Lilly c. Mylan* donne des indications utiles concernant les brevets sur l'usage pharmaceutique. Lorsque l'invention consiste en une optimisation courante d'un médicament comportant des utilisations approuvées, la barre est haute pour établir la validité du brevet, qui pourra être difficile à justifier.

¹ *Eli Lilly Canada Inc. et al. (Eli Lilly) v Mylan Pharmaceuticals ULC (Mylan)*, 2020 FC 816. Eli Lilly a porté la décision de la Cour fédérale en appel le 30 septembre 2020.

L'« avantage d'être la première à entrer sur le marché » est maintenu dans les litiges du domaine pharmaceutique

Comme les tribunaux cherchent à équilibrer l'innovation et l'accès aux génériques, les fabricants de médicaments génériques et biosimilaires peuvent être tentés de contester les brevets faibles ou invalides. Ces contestations favorisent la concurrence et permettent ainsi de réduire le prix du médicament à l'expiration de son brevet valide. Cependant, de telles contestations de brevets sont risquées et la procédure judiciaire est coûteuse. Les fabricants de médicaments génériques qui sont à l'origine des litiges portant sur ces types de brevets (et qui en supportent les frais) n'ont pas avantage à le faire si leur succès ne fait que s'accompagner d'un afflux de concurrence de la part d'autres fabricants de génériques.

En mai 2020, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur la question² et a infirmé la décision de la Cour fédérale³, qui avait ordonné l'instruction conjointe des premières actions intentées par les fabricants de génériques (les « premiers à entrer sur le marché ») et des actions intentées plusieurs mois plus tard par d'autres fabricants de génériques. Grâce à cet arrêt, l'« avantage des premiers à entrer sur le marché » est dorénavant préservé dans le cadre de litiges concernant les brevets de médicaments en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* du Canada (le [Règlement](#)). Osler a représenté avec succès l'appelante, Teva, devant la Cour d'appel fédérale.

L'appel concernait quatre fabricants de médicaments génériques, chacun demandant l'approbation pour la production et la mise en marché de leur version générique du rivaroxaban. Teva et Apotex ont intenté leur contestation de brevet à un mois d'intervalle. Taro Pharmaceuticals et Sandoz Canada ont quant à elles signifié leur procédure plusieurs mois plus tard.

La question en litige dans cette affaire était de déterminer si l'action des nouvelles venues, Taro et Sandoz, devait être instruite conjointement avec l'action des premières à agir, Teva et Apotex. L'ajout de Taro et de Sandoz à l'instance initiale aurait empêché Teva et Apotex d'avoir l'avantage (si elles obtenaient gain de cause) d'être les premières à lancer leur version du rivaroxaban au Canada et ainsi d'avoir une chance d'occuper une part plus importante du marché.

La Cour d'appel fédérale a indiqué que les instances introduites plus tard ne devraient pas profiter d'une instruction conjointe avec celles intentées plus tôt. En vertu de l'interdiction de réunir des actions prévue par le Règlement, il est interdit d'entendre simultanément des affaires impliquant différents fabricants de médicaments génériques, même s'il s'agit de questions communes. Cette interdiction est importante. En effet, les premières sociétés à agir peuvent entrer sur le marché si elles ont gain de cause à l'issue du procès, tandis que les sociétés qui intentent des actions par la suite doivent régler séparément leur litige en vertu du Règlement. Ainsi, tant que le litige n'est pas résolu, il est peu probable que les sociétés ayant tardé à agir puissent tirer avantage d'une

² *Teva Canada Limited (Teva) v. Bayer Inc et al. (Bayer) and Apotex Inc. (Apotex) v. Bayer*, [2020 FCA 86](#).

³ *Bayer c. Teva et al.*, [2019 CF 1039](#).

décision en faveur des premières à s'être manifestées avant que la décision devienne finale et sans appel (ce qui peut prendre plusieurs mois ou années).

Cette décision préserve donc l'avantage des fabricants de médicaments génériques et biosimilaires à réaliser l'investissement commercial et à absorber les frais de litige pour être les premiers à entrer sur le marché en vertu du Règlement. Le premier fabricant de médicaments génériques ou biosimilaires qui introduit un avis d'allégation au sujet d'un brevet contesté sera ainsi protégé de ceux qui agissent tardivement et qui essayent de profiter de leurs efforts. Les premiers à agir peuvent tirer un avantage légitime d'être les premiers à entrer sur le marché et profiter d'une période où la concurrence sera limitée. Le risque qu'ils ont pris en contestant les faibles brevets d'un médicament est ainsi récompensé.

Une procédure simplifiée pour obtenir l'approbation d'un brevet de logiciel

Par le passé, les sociétés de logiciels ont été confrontées à de grandes incertitudes lorsqu'elles présentaient des demandes de brevets canadiens, ne sachant pas à l'avance si elles seraient en mesure d'obtenir un brevet et les protections qui s'y rattachent pour ses inventions. Ces incertitudes ont été exacerbées au cours de la dernière décennie, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC) ayant appliqué une politique de refus systématique des brevets pour les inventions mises en œuvre par ordinateur, fondée sur une évaluation scientifique et subjective de la solution à un problème qu'apporte le brevet. Les logiciels visant à résoudre des « problèmes informatiques », comme les logiciels de contrôle des puces qui permettent un traitement informatique plus rapide, ont été considérés comme plus brevetables que les logiciels visant à résoudre des problèmes commerciaux ou autres, comme la gestion du risque dans un portefeuille de placement.

L'approche de l'OPIC a semé la confusion à propos de l'accès aux brevets de logiciels canadiens, ce qui a poussé les entreprises à renoncer à la protection par brevet canadien, même lorsqu'une telle protection pouvait atténuer de façon significative les risques commerciaux. Le droit d'auteur pour les logiciels offre certes une protection résiduelle contre la copie non autorisée de codes sources. Toutefois, contrairement aux brevets, le droit d'auteur n'offre pas les protections élargies à l'égard des principales fonctionnalités des logiciels. Ainsi, la difficulté à obtenir la protection par brevet de la fonctionnalité des logiciels a eu un impact commercial négatif sur les entreprises au Canada.

Le 21 août 2020, la Cour fédérale a rendu sa décision dans l'affaire *Choueifaty*,⁴, apportant alors des précisions dont le secteur avait grand besoin. La Cour a accueilli l'appel d'une décision du commissaire aux brevets rejetant une demande de brevet relative à une nouvelle méthode mise en œuvre par ordinateur pour la sélection et la gestion des actifs d'un portefeuille de placement. La Cour fédérale a rejeté l'approche « problème et solution » du commissaire, soulignant de nouveau que les revendications de brevet doivent être interprétées en ayant recours à la même méthode d'interprétation à toutes les fins, dont l'évaluation de l'admissibilité de l'objet.

La dernière année a jeté une nouvelle lumière sur les innovations qui peuvent bénéficier d'une protection par brevet et sur la manière dont les litiges relatifs aux brevets sont susceptibles de se dérouler.

4 Yves Choueifaty v. Attorney General of Canada, 2020 FC 837.

L'affaire *Choueifaty* n'a pas été portée en appel. La décision de la Cour, qui souligne la primauté des mots et phrases que les demandeurs de brevet emploient pour définir le monopole qu'ils proposent, devrait renforcer la sécurité commerciale tant pour les demandeurs de brevets que pour les tiers qui cherchent à clarifier la portée des brevets dans leur domaine d'activité. L'OPIC a entamé la réécriture de sa politique administrative à la lumière de cette décision, qui comprend notamment de nouvelles directives au sujet de l'admissibilité à la protection par brevet des inventions mises en œuvre par ordinateur, des méthodes de diagnostic médical et des utilisations médicales.⁵

Dans le contexte de la pandémie mondiale, bon nombre des innovations les plus importantes ont vu le jour dans les domaines des sciences de la vie et des logiciels, qu'il s'agisse de nouvelles trousse de tests de dépistage, de médicaments antiviraux ou de logiciels permettant une connectivité à distance. La dernière année a jeté une nouvelle lumière sur les innovations dans ces domaines qui peuvent bénéficier d'une protection par brevet et sur la manière dont les litiges relatifs aux brevets sont susceptibles de se dérouler. Les décisions portant sur des brevets qui ont été rendues récemment par la Cour devraient guider les entreprises canadiennes dans l'élaboration de leur stratégie sur les brevets pour le Canada, tant pendant la pandémie que par la suite.

⁵ La directive de l'OPIC peut être consultée à l'adresse suivante : <http://www.ic.gc.ca/eic/site/cipointernet-internetopic.nsf/fra/wro486o.html>.

AUTEURS



J. Bradley White
Associé, Propriété
intellectuelle
bwhite@osler.com
613.787.1101



Nathaniel Lipkus
Associé, Propriété
Intellectuelle
nlipkus@osler.com
416.862.6787



Lillian Wallace
Sociétaire, Propriété
intellectuelle
lawallace@osler.com
613.787.1058

Une année bien remplie en matière de technologie : de la conclusion de contrats pendant la COVID-19 aux finances axées sur les clients

L'année dernière, nous avons continué à observer des progrès considérables dans le secteur de la technologie. La pandémie de COVID-19 a accru la dépendance des consommateurs et des entreprises à l'égard des solutions technologiques et a ajouté un niveau de complexité à la prestation de services.

La pandémie a eu des répercussions importantes sur les contrats commerciaux. Les modalités contractuelles clés, comme celles relatives à la continuité des activités, à la force majeure, à la prestation de services, aux normes et aux

incidents en matière de sécurité de l'information et à la répartition des risques nécessitent davantage de considération, d'ajustement et de négociation.

L'intelligence artificielle (IA) a connu de nombreux développements, une augmentation de la pertinence des données ouvertes et de nouveaux progrès dans la modernisation des paiements et du système bancaire axé sur les clients (système bancaire ouvert). À mesure que les solutions fondées sur les données gagnent en importance, nous avons vu les industries se tourner vers les données ouvertes pour accéder aux renseignements dont elles ont besoin pour résoudre les problèmes et répondre aux besoins des consommateurs et des entreprises. En outre, la nécessité de fournir des services financiers efficaces et fiables aux particuliers et aux entreprises s'est accrue, ce qui a amené le Canada à mettre davantage l'accent sur la modernisation des paiements et les initiatives d'ouverture du système bancaire.

Contrats commerciaux et COVID-19

La pandémie de COVID-19 a présenté des défis et des problèmes uniques à l'égard des contrats commerciaux qui ne doivent pas être négligés. Ces questions ne sont bien souvent pas traitées de manière adéquate par les dispositions standards ou le cadre de gestion des risques d'une organisation. Les négociations contractuelles sont devenues plus difficiles en raison de l'incertitude de l'environnement commercial, les retards et les changements rapides ayant une incidence sur les délais.

En outre, un regard neuf sur de nombreuses modalités contractuelles clés est nécessaire pour évaluer si elles doivent être adaptées et dans quelle mesure. En voici quelques exemples :

- Modalités de continuité des activités – les clients et les fournisseurs devront peut-être envisager des dispositions de continuité des activités pour tenir compte des répercussions potentielles et des recours associés à la pandémie de COVID-19. Les clients peuvent souhaiter effectuer un contrôle préalable supplémentaire pour examiner le plan de continuité des activités du fournisseur. Les fournisseurs devront s'assurer que leurs plans de continuité des activités sont en mesure de répondre aux exigences des clients.
- [Force majeure](#) et changement sur le plan juridique – les parties devraient examiner si les dispositions et les définitions standards en matière de force majeure ainsi que les dispositions concernant les changements législatifs et leurs répercussions sur les modalités contractuelles sont suffisantes pour traiter la répartition des risques prévue.
- Exigences en matière de prestation de services – les dispositions devront peut-être être ajustées pour tenir compte des répercussions de la pandémie de COVID-19 sur les engagements, les étapes ou les échéances en matière de services. Il convient de prendre en considération des éléments comme les recours en cas de retard de livraison, les risques associés aux engagements à l'égard de la situation future en matière de livraison et la capacité à respecter les engagements de niveaux de services standards.
- Normes, protocoles et processus en matière de sécurité – le cadre associé à la sécurité peut devoir être évalué et ajusté pour tenir compte du fait que les services

sont, dans de nombreux cas, fournis dans un environnement de travail à domicile. Certaines exigences en matière de sécurité peuvent ne pas être réalisables à la lumière de ce changement et d'autres normes d'atténuation peuvent être appropriées. De même, les protocoles de surveillance, de signalement et de gestion des incidents de sécurité peuvent nécessiter un ajustement pour tenir compte de la manière dont les services sont actuellement fournis.

Pour plus de détails sur les répercussions de la pandémie de COVID-19 sur les contrats commerciaux, veuillez consulter le bulletin d'actualités d'Osler intitulé, « [Travailler ensemble tout en travaillant de la maison : des considérations importantes pour les contrats de services technologiques et commerciaux](#) ».

Intelligence artificielle

L'IA continue à être d'une importance capitale à l'égard des développements en matière de technologie et d'innovation. Elle est de plus en plus adoptée dans divers secteurs et marchés verticaux, y compris les services financiers, les télécommunications, la chaîne d'approvisionnement, le transport et la vente au détail. À mesure que l'IA se répand, l'accent a été mis sur le développement de normes pour traiter les risques qui accompagnent l'application de la prise de décision automatisée. Les organisations doivent connaître ces normes et savoir comment elles s'appliqueront à leur propre application de l'IA et à la prise de décision concernant les mégadonnées.

Les exemples qui suivent constituent quelques exemples de domaines où l'on met davantage l'accent sur les normes d'IA :

- L'éthique de l'utilisation de l'IA suscite une inquiétude croissante. En réponse à cette inquiétude, l'accent a été mis davantage sur les normes éthiques dans les opérations de fusion et d'acquisition et les contrats commerciaux. Dans de nombreux cas, cela se traduit par l'imposition de modalités particulières aux fournisseurs de services et aux organisations eu égard à leurs pratiques éthiques. Ces modalités peuvent exiger le respect de déclarations et d'énoncés éthiques, comme la [Déclaration de Montréal](#), qui énonce dix principes et huit recommandations pour aider à guider le développement d'une IA éthique. Pour répondre à ces préoccupations éthiques, de nouvelles organisations et de nouveaux consultants sont apparus pour aider à ces efforts. Par exemple, l'[Institut d'éthique en intelligence artificielle de Montréal](#) aide les organisations à se conformer aux déclarations éthiques, comme la Déclaration de Montréal.
- L'utilisation de l'IA combinée à des mégadonnées soulève des inquiétudes quant aux risques liés à l'utilisation et à la consommation des renseignements sous-jacents. Le rôle de la dépersonnalisation des données est devenu plus important dans la construction des modèles d'IA et dans l'utilisation des mégadonnées par l'IA, car il peut servir à atténuer ces risques. Des organisations comme le Canadian Anonymization Network (CANON) travaillent à l'élaboration d'un cadre de principes pour une anonymisation efficace qui soit neutre sur le plan technologique et sectoriel. Ces efforts devraient aider les organisations à se sentir plus confiantes dans leur utilisation de l'IA et des mégadonnées.
- La croissance de l'IA s'est accompagnée de préoccupations concernant les [incidences en matière de protection de la vie privée](#) des applications d'IA. En

À mesure que l'IA se répand, l'accent a été mis sur le développement de normes pour traiter les risques qui accompagnent l'application de la prise de décision automatisée.

novembre dernier, le commissaire à la protection de la vie privée du Canada a publié un certain nombre de [recommandations à l'égard d'une réforme](#) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE). Les recommandations proposent de nouvelles exceptions aux exigences de consentement, ce qui permettrait d'utiliser les données pour l'entraînement de l'IA et le développement d'initiatives en matière d'IA. Les recommandations proposent également d'ajouter deux nouveaux droits permettant aux individus de mettre en doute la prise de décision en matière d'IA : un droit à une explication valable et un droit de contestation. Ces droits permettraient au Canada de s'aligner davantage sur les récents changements apportés par l'Union européenne pour offrir une meilleure protection aux personnes en ce qui concerne leurs renseignements personnels. Les recommandations proposent également que toutes les décisions automatisées soient réglementées. S'il est mis en œuvre, ce changement pourrait avoir des répercussions profondes sur les développements futurs de l'IA.

Les principes, les normes et les services relatifs à l'IA continuent de se développer et d'évoluer. Par suite de l'établissement de la [norme CAN/CIOSC 101:2019](#) sur la conception éthique et l'utilisation des systèmes de décision automatisés qui a été publiée l'année dernière, le Conseil Stratégique des DPI a lancé un programme d'assurance éthique de l'IA en collaboration avec KPMG. Le programme aidera les organisations à obtenir l'assurance que leurs contrôles répondent aux critères de conception éthique et d'utilisation de la prise de décision automatisée énoncés dans les normes CAN/CIOSC.

De même, l'OCDE, qui a adopté ses [principes sur l'intelligence artificielle](#) (en anglais) en 2019, continue à développer et à faire évoluer ses principes en matière d'IA. Elle a récemment lancé l'Observatoire des politiques de l'IA de l'OCDE, qui combine des ressources sur l'IA et facilite un dialogue entre de multiples parties prenantes afin de développer une politique publique efficace et équitable en matière d'IA. La prolifération continue de normes concurrentes posera des défis importants aux développeurs et aux utilisateurs de l'IA, alors qu'ils cherchent à tirer parti des promesses de l'IA de manière à répondre à ce qui devient rapidement une mosaïque d'exigences qui peuvent se chevaucher et différer.

À l'horizon 2021, nous prévoyons que l'IA continuera d'être incroyablement importante pour les développements technologiques et l'innovation au Canada. Il est probable que nous verrons ces normes éthiques et ces cadres de gouvernance des données commencer à façonner la manière dont l'IA est appliquée et développée, et au fur et à mesure de leur développement, nous espérons qu'il y aura une convergence des normes dans le monde entier pour faciliter et favoriser une approche cohérente.

Données ouvertes

Les données ouvertes sont devenues de plus en plus pertinentes dans le paysage canadien de l'innovation. Les données ouvertes sont définies par le gouvernement du Canada comme « des données structurées lisibles par machine, librement partagées, utilisées et exploitées sans restriction ». Fait peu connu, le gouvernement canadien a été l'un des chefs de file de la création de la [charte internationale sur les données ouvertes](#).

La pandémie de COVID-19 a montré comment les données ouvertes peuvent être exploitées pour échanger des informations et accélérer la recherche, en particulier lorsqu'elles sont associées aux progrès en matière d'IA qui dépendent souvent de grands volumes de données structurées.

La pandémie de COVID-19 a montré comment les données ouvertes peuvent être exploitées pour échanger des informations et accélérer la recherche, en particulier lorsqu'elles sont associées aux progrès en matière d'IA qui dépendent souvent de grands volumes de données structurées. Les entreprises de tous les secteurs peuvent commencer à utiliser plus fréquemment des ensembles de données ouvertes dans leur recherche et leur développement.

Voici quelques observations dignes de mention tirées de notre enquête sur le paysage des données ouvertes au Canada en 2020 :

- La majorité des provinces et des territoires ont adopté des politiques, directives ou lignes directrices en matière de données ouvertes. La plupart de ces provinces disposent également de sites Web ou de portails de données ouvertes, ce qui témoigne d'un intérêt pour l'exploitation de solutions de données ouvertes dans le secteur public. En outre, plusieurs provinces et territoires ont adopté des licences de données ouvertes sous une forme ou une autre. La version 2.0 de la licence du gouvernement fédéral est rédigée d'une manière largement permissive qui autorise la copie, la distribution, l'adaptation et l'exploitation à des fins légales.
- Dans le secteur privé, nous avons constaté des efforts appréciables pour promouvoir des données ouvertes dans le contexte des villes intelligentes. En outre, nous avons constaté un recours aux licences de données ouvertes existantes par Creative Commons et Open Data Commons, qui offrent un large éventail de droits d'utilisation comportant peu de restrictions.
- Plusieurs organisations ont élaboré des normes et des cadres de données pour les données ouvertes. Par exemple, le Conseil Stratégique des DPI a publié deux normes en matière de gouvernance des données, [CAN/CIOSC 100-1:2020](#) et [CAN/CIOSC 100-2:2020](#). Ces normes définissent les exigences en matière de protection des données et de protection de la vie privée dans le cadre d'un partage de données ouvertes.

Nous prévoyons que le Canada continuera à soutenir les initiatives en matière de données ouvertes en 2021, consolidant ainsi sa position de chef de file mondial dans ce domaine.

Chaînes de blocs

Alors que nous constatons un déclin de l'intérêt général pour les chaînes de blocs publiques, le secteur des chaînes de blocs a continué à mûrir, en se concentrant sur des utilisations plus pragmatiques de celles-ci. En plus de la [cryptomonnaie](#), l'utilisation la plus largement reconnue des chaînes de blocs, des solutions axées sur l'identité numérique et la mise en œuvre de la chaîne d'approvisionnement ont émergé. Dans ces cas, les avantages d'une solution technologique fondée sur un grand livre distribué et immuable l'emportent sur la complexité et les coûts de mise en œuvre et de maintenance d'une telle solution.

Les questions de sécurité et de protection de la vie privée restent au premier plan des considérations relatives aux chaînes de blocs. De nombreuses organisations ont choisi de mettre en œuvre des chaînes de blocs privées au sein de leurs réseaux privés, comme Hyperledger Fabric. Ces chaînes de blocs permettent à l'organisation de mettre en place des mesures de contrôle d'accès

Les questions de sécurité et de protection de la vie privée restent au premier plan des considérations relatives aux chaînes de blocs. De nombreuses organisations ont choisi de mettre en œuvre des chaînes de blocs privées au sein de leurs réseaux privés, comme Hyperledger Fabric.

pour atténuer davantage les risques associés à la sécurité et la protection des données personnelles ou sensibles.

Un certain nombre de nouvelles normes visant à faciliter la multiplication et l'adoption de la technologie des chaînes de blocs ont été publiées en 2020. Plus particulièrement, en juillet, le comité ISO/TC 307, approuvé par l'Organisation internationale de normalisation pour établir des normes relatives aux chaînes de blocs et à la technologie du grand livre distribué (TGLD), a publié deux nouvelles normes : 1) la norme [ISO 22739:2020](#) (en anglais) qui fournit un vocabulaire commun en établissant une terminologie fondamentale pour la technologie de grands livres distribués en chaînes de blocs ; et 2) la norme [ISO/TR 23244:2020](#) (en anglais) qui donne un aperçu de la protection de la vie privée et des renseignements permettant d'identifier une personne comme elle est appliquée aux systèmes de chaînes de blocs. Ces deux normes complètent la norme [ISO/TR 23455:2019](#) qui décrit ce que sont les contrats intelligents et comment ils fonctionnent, y compris diverses méthodes techniques permettant d'établir une interaction entre plusieurs contrats intelligents.

Ces normes fourniront un cadre utile pour engager des discussions sur l'utilisation des chaînes de blocs, mais il reste à voir si elles seront largement adoptées.

Modernisation des paiements

Paiements Canada a continué à faire avancer ses plans de modernisation pour améliorer le système de paiement du Canada. Sa proposition actuelle vise à établir un système national de compensation et de règlement des paiements afin de garantir une infrastructure de paiement plus rapide et plus efficace. En mai, Paiements Canada a publié son [rapport annuel](#), mettant en évidence les progrès réalisés en matière de modernisation. Les principaux développements comprennent ceux qui suivent :

- la progression de Lynx (un nouveau système de paiement de grande valeur), dont Paiements Canada a avancé les échéances pour tirer parti de l'échéance de la norme ISO 20022 (la norme mondiale de messagerie pour les paiements) gérée par SWIFT et renforcé les partenariats avec l'industrie ;
- la progression du système de paiements en temps réel avec les membres et partenaires de Paiements Canada et l'annonce récente du partenariat de Paiements Canada avec Vocalink, une société Mastercard en tant que fournisseur de solutions de compensation et de règlement pour le système de paiements en temps réel ;
- de nouvelles offres de services, comme les initiatives visant à soutenir la norme ISO 20022 et le développement d'interfaces de programmation d'applications (API), ainsi qu'à combler le déficit croissant de connaissances en matière de paiements grâce à des efforts de collaboration internationaux.

Peu après la publication du rapport, Paiements Canada a annoncé la [disponibilité des messages ISO 20022 pour Lynx](#). Cela permettra aux acteurs du système de se préparer à tirer parti de la valeur de la norme ISO 20022, ainsi que de soutenir les institutions financières dans leurs préparatifs pour respecter la date de migration ISO 20022 établie par SWIFT (2022) à l'égard des paiements transfrontaliers.

Plus récemment, Paiements Canada a [annoncé des changements](#) aux règlements sur les *instruments de paiement et système automatisé de compensation et de règlement*, qui permettront à un plus large éventail d'institutions financières membres de devenir des adhérents ou des adhérents-correspondants de groupe, entre autres avantages. Ces développements aideront les systèmes de paiement canadiens à être plus rapides, plus flexibles et plus sûrs. Bien que la mise en œuvre de la modernisation des paiements au Canada ait été plus lente que dans des pays comparables, comme l'Australie et les États-Unis, nous nous attendons à ce que ces initiatives restent sur la bonne voie pour leur lancement en 2021 et 2022.

Les finances axées sur les clients (système bancaire ouvert)

Le système bancaire ouvert progresse lentement au Canada, tandis que les acteurs du secteur demeurent intéressés par les possibilités offertes par celui-ci à l'égard du développement et de l'offre de nouveaux produits et services et de l'atteinte de nouveaux clients. Le gouvernement canadien a procédé à un examen d'un système bancaire ouvert et, en janvier 2020, a publié un [rapport sur le système bancaire ouvert au Canada \(le Rapport\)](#). Le Rapport a judicieusement donné au système bancaire ouvert le nouveau nom de « finances axées sur les clients », qui reflète mieux son rôle en offrant aux consommateurs plus de contrôle et de protection sur leurs données financières.

Le Rapport présente les conclusions et les recommandations des parties prenantes concernant les finances axées sur les clients au Canada, y compris un certain nombre de conclusions clés :

- la protection de la vie privée et la cybersécurité sont des préoccupations réelles et, à ce titre, un cadre de sécurité solide visant un système bancaire ouvert doit être établi pour répondre aux préoccupations concernant l'utilisation des données et la protection de la vie privée ;
- les consommateurs canadiens veulent avoir plus de contrôle sur leurs renseignements, c'est pourquoi un système bancaire ouvert devrait permettre un consentement plus significatif (des pratiques comme le grattage d'écran sont douteuses) ;
- un système bancaire ouvert favorise l'innovation et la croissance à l'échelle mondiale tout en rendant le Canada plus compétitif. Il devrait être axé sur le marché et avoir le soutien des gouvernements fédéral et provinciaux ;
- un cadre de responsabilité devrait être établi pour déterminer comment les différents acteurs devraient assumer la responsabilité dans un modèle de système bancaire ouvert, plutôt que les institutions financières assumant tous les risques.

Le Rapport a été préparé par le Comité consultatif sur un système bancaire ouvert, un comité nommé par le ministre des Finances. Le rapport ayant été rendu public, le Comité consultatif était censé collaborer avec le ministère des Finances pour examiner les questions mises en évidence ci-dessus. Toutefois, à la lumière de la pandémie de COVID-19, des consultations supplémentaires avec les parties prenantes, initialement prévues pour le printemps 2020, ont été mises en suspens. Ces consultations devaient reprendre virtuellement à la fin du mois de novembre et se poursuivre jusqu'en décembre 2020.

Le Comité consultatif a également recommandé que le ministère des Finances élabore un livre blanc sur une proposition de cadre financier axé sur les clients. Aucun calendrier n'a été fixé pour ces prochaines étapes, ce qui rend difficile l'anticipation des répercussions que ces développements pourraient avoir sur les Canadiens. Nous espérons qu'avec le soutien continu des parties prenantes, l'élaboration d'un cadre bancaire ouvert progressera, ouvrant le secteur financier à de nouveaux développements passionnants.

Conclusion

Cette année a présenté des défis uniques. Nous pensons que les clients et leurs propres clients continueront à sentir les effets de la pandémie de COVID-19 jusqu'en 2021. Parallèlement, ces changements offrent des possibilités de continuer à faire progresser l'utilisation de la technologie au Canada. À l'avenir, nous nous attendons à ce que l'accent continue à être mis de plus en plus sur la technologie en tant que moteur essentiel de la fourniture de solutions dans les secteurs privé et public. À mesure que les normes et les modèles de gouvernance pour ces solutions axées sur la technologie seront déployés plus largement, il sera important que les parties prenantes soient au courant des développements dans ce domaine en évolution rapide.

AUTEURS



Wendy Gross
Associée, Technologie
wgross@osler.com
416.862.6737



Sam Ip
Sociétaire, Technologie
sip@osler.com
416.862.5955

Une année marquée par un tourbillon de réformes législatives sur la protection de la vie privée au Canada

Au cours de l'année 2020, un tourbillon d'activités de réforme législative a marqué le secteur du respect de la vie privée au Canada. Si elles sont adoptées, les propositions, tant à l'échelon fédéral que provincial, touchant les régimes d'application de la loi et les exigences légales, pourraient rendre les entreprises du Canada passibles de sanctions pécuniaires élevées, faire augmenter les risques de litiges et faire grimper les coûts de conformité. Voici les changements législatifs que subira le secteur du respect de la vie privée.

Le droit fédéral en matière de respect de la vie privée modernisera la LPRPDE

Le 17 novembre 2020, le gouvernement fédéral a déposé un projet de loi proposant d'importantes modifications au cadre national de protection des renseignements personnels au Canada.

Ce projet de loi tant attendu, intitulé [*Loi de 2020 sur la mise en œuvre de la Charte du numérique*](#) (LMCN), vise à actualiser la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (LPRPDE), adoptée il y a près de 20 ans. S'il est adopté, le projet de loi aura pour effet d'établir une nouvelle loi sur la protection de la vie privée dans le secteur privé au Canada, soit la *Loi sur la protection de la vie privée des consommateurs* (LPVPC), ainsi qu'un nouveau Tribunal de la protection des renseignements personnels et des données.

L'un des ajouts dignes de mention de la LPVPC au cadre actuel de la LPRPDE est la création d'un nouveau régime d'application. Les organisations qui ne se conformeront pas à la LPVPC pourraient être passibles de sanctions pécuniaires administratives pouvant atteindre 5 % du revenu global brut, ou 25 millions de dollars canadiens, selon l'éventualité la plus élevée. La loi prévoit également un droit privé d'action pour la perte ou le préjudice résultant de la contravention à la LPVPC. Enfin, la LPVPC confère au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada le droit de rendre des ordonnances.

Par ailleurs, les organisations devront faire face à une augmentation des coûts associés à la mise en œuvre opérationnelle de la conformité continue aux exigences élargies et normatives de la LPVPC (et aux ressources nécessaires pour l'assurer). Voici les principales caractéristiques proposées par la LPVPC :

- l'exigence que les organisations mettent en œuvre un solide programme de gestion de la protection de la vie privée interne, comportant une gamme complète de politiques, pratiques et procédures écrites, conçues pour assurer la conformité à toutes les prescriptions de la loi;
- un renforcement des exigences relatives au consentement du traitement des renseignements personnels, qui obligera les organisations à examiner la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels, à améliorer leurs avis en matière de consentement et à élaborer ou à améliorer leurs pratiques liées à la gestion du consentement;
- un renforcement des exigences en matière de transparence prévues par la loi, obligeant les organisations à revoir leurs avis publics afin de s'assurer qu'ils sont rédigés en « langage simple » et qu'ils sont conformes aux exigences prescrites en matière de contenu;
- l'exigence que les organisations précisent le but de chaque collecte de renseignements personnel, qu'elles en évaluent le bien-fondé et qu'elles en tiennent un registre;
- la limitation de la collecte de renseignements personnels à seulement ce qui est « nécessaire » (c.-à-d. pas seulement « raisonnablement nécessaire ») dans les circonstances.

Les organisations qui ne se conformeront pas à la LPVPC pourraient être passibles de sanctions pécuniaires administratives pouvant atteindre 5 % du revenu global brut, ou 25 millions de dollars canadiens, selon l'éventualité la plus élevée.

Par ailleurs, les individus se verront accorder plusieurs nouveaux droits aux termes de la LPVPC. Les individus disposeront du droit de retrait de renseignements personnels, ce qui obligera les organisations à supprimer de façon « définitive et irréversible » les renseignements personnels de l'individu (sous réserve de certaines exceptions). De plus, la LPVPC prévoit des droits de « mobilité des données » permettant aux individus de demander le transfert de leurs renseignements personnels d'une organisation à une autre.

Même si le fait que le gouvernement fédéral soit minoritaire et que l'explosion de la pandémie de COVID-19 suscitent certaines inquiétudes quant au moment de la promulgation de la LPVPC, la réforme de la législation canadienne sur la protection de la vie privée demeure une priorité essentielle pour le gouvernement libéral. Nous prévoyons que ce projet de loi sera adopté vers la fin de l'année 2021.

Le projet de loi 64 du Québec prévoit des modifications radicales à la loi en vigueur sur le respect de la vie privée

Le projet de loi 64 du Québec, déposé en juin dernier, intitulé *Loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels*, propose des changements radicaux au régime actuel du Québec en matière de protection de la vie privée. S'il est adopté, ce projet de loi mettra en place des sanctions pécuniaires administratives élevées (notamment des amendes pouvant atteindre « 4 % du chiffre d'affaires mondial de l'exercice financier précédent » aux termes des dispositions sur les infractions), des dommages-intérêts prévus par la loi, un régime de déclaration des incidents en matière de sécurité, de nouveaux droits prévus par la loi (notamment le droit d'un individu d'exiger qu'une organisation « cesse la diffusion de ce renseignement personnel ou que soit désindexé tout hyperlien rattaché à son nom ») ainsi que toute une gamme d'autres modifications touchant les organisations du secteur privé.

S'il est adopté dans sa forme actuelle, le projet de loi 64 imposerait les exigences les plus onéreuses à l'échelle mondiale en matière de protection des renseignements personnels. Dans bien des cas, les obligations et d'autres éléments du projet de loi 64 sont plus contraignants et plus normatifs que les exigences imposées par le *Règlement général sur la protection des données* de l'Union européenne.

Parmi les exigences rigoureuses du projet de loi 64, on compte les obligations relatives à la responsabilité, une nouvelle exigence relative à la « confidentialité par défaut », un droit de « désactivation » fort étendu, en matière d'identification, de localisation ou de profilage, aux circulations des données à l'extérieur du Québec, aux analyses d'impact, au consentement et aux exceptions au consentement, à la norme de protection des renseignements personnels, à la conservation des données, à la transparence, au processus décisionnel automatisé et aux multiples droits concernant les données.

Au cours d'une très brève consultation tenue en octobre, le gouvernement du Québec a reçu de nombreux mémoires très critiques du projet de loi 64. Une version révisée du projet de loi est attendue au début de 2021.

S'il est adopté dans sa forme actuelle, le projet de loi 64 imposerait les exigences les plus onéreuses à l'échelle mondiale en matière de protection des renseignements personnels.

La loi sur la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique est en cours d'examen

Le 26 février 2020, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a formé un comité spécial chargé de réviser la *Personal Information Protection Act* (PIPA). Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique a proposé un certain nombre de modifications à la PIPA qui sont conformes aux autres réformes proposées. Cela englobe un rehaussement important du régime d'application (notamment des sanctions pécuniaires administratives et le droit de rendre des ordonnances), la création d'une exigence de notification des incidents, et la « modernisation » des exigences de la PIPA en matière de consentement.

L'Ontario s'achemine vers une loi sur la protection de la vie privée dans le secteur privé

En vue d'améliorer les lois sur la protection de la vie privée provinciales, au cours de l'été 2020, le ministère des Services gouvernementaux et des Services aux consommateurs de l'Ontario a lancé une consultation en matière de protection de la vie privée. L'objectif du gouvernement est de créer un cadre législatif sur la protection de la vie privée, dans le secteur privé. Le processus de consultation publique, qui a pris fin en octobre, sollicitait des observations dans divers domaines. Cela englobait les pouvoirs d'application du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée (CIPVP), un modèle de consentement par adhésion, des droits de portabilité et de suppression des données, des fiducies de données pour le partage de données, et des exigences en matière de dépersonnalisation.

Ces sujets de consultation laissent entendre que toute loi future dans le secteur privé de l'Ontario serait relativement conforme à la LPRPDE et à d'autres modèles provinciaux applicables au secteur privé. Plus particulièrement, en conformité avec d'autres lois provinciales touchant le secteur privé, il est probable que cette nouvelle loi régira les relations d'emploi réglementées par la province, domaine du droit de la vie privée en Ontario qui n'était pas réglementé auparavant.

On ignore encore le moment où un projet de loi sur la vie privée sera déposé.

Réforme de la loi sur la protection des renseignements personnels en matière de santé

Dans le domaine de la santé, le projet de loi 46 de l'Alberta présente des modifications proposées à la *Health Information Act* (HIA), et l'Ontario a adopté d'importantes modifications à la *Loi sur la protection des renseignements personnels sur la santé*.

Parmi les modifications apportées à cette loi, on compte l'attribution de nouveaux pouvoirs au CIPVP (comme le pouvoir d'imposer des sanctions administratives illimitées), l'augmentation des sanctions en cas d'infraction, l'ajout d'obligations relatives aux journaux d'audit, et l'établissement d'exigences normatives et permissibles quant à la collecte et à la divulgation de renseignements personnels en matière de santé.

Conclusion

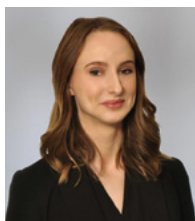
Beaucoup s'attendent à ce que les réformes législatives fédérales et provinciales se poursuivent tout au long de 2021. Les organisations seraient avisées de se familiariser avec les modifications à venir et de suivre la progression des réformes afin de se doter du cadre de conformité nécessaire lorsque ces modifications entreront en vigueur.

AUTEURS

**Adam Kardash**

Associé, Respect de la vie privée et gestion de l'information
Chef national : AccessPrivacy

akardash@osler.com
416.862.4703

**Natasha Anzik**

Sociétaire, Respect de la vie privée et gestion de l'information

nanzik@osler.com
416.862.6579

Accélération de l'adoption de services juridiques innovants

Lorsqu'on jette un regard sur l'année 2020, c'est un lieu commun de dire que la seule constante a été le changement. La pandémie de COVID-19 a non seulement eu une incidence sur la nature du travail des avocats en créant de nouveaux défis juridiques de fond, mais elle a également eu des répercussions sur notre façon de travailler. La dispersion des effectifs vers des lieux éloignés a accéléré l'adoption d'outils de collaboration et de solutions en ligne par la plupart, voire la totalité, des prestataires de services professionnels, y compris les professionnels du droit. La très grande incertitude entourant la conjoncture économique a renforcé la nécessité de faire plus avec moins.

La pandémie a également fourni une plateforme pour des conversations à une échelle jamais connue auparavant entre les avocats et les clients au sujet de technologies, d'outils, de processus et de modèles de dotation innovants en matière de services juridiques, accélérant ainsi le rythme de leur adoption. Un exemple clair est l'attention accrue portée aux prestataires de services juridiques novateurs (aussi appelés ALSP [de l'anglais *Alternative Legal Service Providers*], et lorsqu'ils exercent leurs activités au sein de cabinets d'avocats, en tant qu'ALSP captifs) et la décision corrélative des services juridiques internes de faire une place à ces prestataires de services. Comme décrit ci-dessous, le modèle

qui fait appel à des ALSP captifs procure aux clients des services et des produits innovants qui aident à résoudre les problèmes juridiques de fond pouvant toucher tous les volets de leurs activités professionnelles dans l'environnement difficile que nous connaissons, mais aussi pour l'avenir.

Pourquoi les cabinets d'avocats créent-ils de nouvelles entreprises parallèlement à la prestation de services juridiques traditionnels?

[Home Court Advantage: The Am Law 100's Move into Alternative Legal Services](#) (en anglais), un sondage récemment réalisé par le cabinet d'experts-conseils du secteur juridique Baretz+Brunelle souligne l'importante croissance du nombre d'ALSP captifs. Baretz+Brunelle rapporte que 35 % des plus grands cabinets d'avocats aux États-Unis comptent désormais sur un ALSP captif, et une grande majorité de ces ALSP offrent au moins un service en plus de l'investigation électronique.

Il n'est pas surprenant que le but de cette expansion rapide soit de créer plus de valeur dans la prestation de services juridiques, notamment en ce qui concerne les dossiers à charge de travail plus élevée. Tous les services juridiques ne doivent pas nécessairement être fournis sous la forme de solutions sur mesure au prix le plus élevé. L'optimisation de la prestation des services plus courants, le cas échéant, grâce à des plateformes moins coûteuses et plus efficaces, permet aux professionnels du droit de mieux aligner leurs intérêts sur ceux de leurs clients. En innovant ainsi en matière de modes de prestation de services, il est possible d'améliorer l'expérience des clients qui peuvent souvent tirer parti de conseils s'appuyant sur des données, d'une efficacité accrue et de frais juridiques moins élevés et plus prévisibles. Ce modèle ouvre également la voie au développement de modes innovants de prestation de services par l'ALSP captif afin de fournir la valeur et l'efficacité promises.

Les ALSP captifs font partie d'une solution de bout en bout pour les consommateurs de services juridiques, leur permettant d'obtenir au prix optimal le niveau de conseil dont ils ont besoin, en fonction de la complexité du dossier, auprès d'un seul prestataire de services.

L'optimisation de la prestation des services plus courants, le cas échéant, grâce à des plateformes moins coûteuses et plus efficaces, permet aux professionnels du droit de mieux aligner leurs intérêts sur ceux de leurs clients.

Exemples de domaines de prestation de services par les ALSP

Baretz+Brunelle a déterminé plusieurs volets de la prestation de services dans le cadre du modèle fondé sur les ALSP. Le principal – et celui qui offre le plus grand potentiel d'innovation – est l'utilisation de la technologie pour effectuer les opérations. L'utilisation de la technologie peut aider à rendre les tâches plus efficaces grâce à l'utilisation de logiciels et de solutions d'intelligence artificielle. En particulier, la technologie peut souvent être utilisée pour effectuer des tâches routinières plus rapidement, et dans bien des cas, plus efficacement que pourrait le faire un avocat. Il en résulte que l'adoption de logiciels et d'outils d'intelligence artificielle et d'analytique de données peut rapidement améliorer des fonctions comme les examens documentaires pour les vérifications diligentes ou pour les procédures judiciaires.

Plus particulièrement, du point de vue transactionnel, l'utilisation d'outils d'apprentissage automatique, comme celui de Kira Systems, peut améliorer l'examen et l'analyse des documents pour les besoins de la vérification diligente ou d'autres examens de contrats. De même, les outils de production automatisée de contrats ou d'assemblage de documents comme Contract Express permettent de générer plus rapidement des documents, favorisent l'uniformisation de ces documents, réduisent les possibilités et les risques d'erreur et peuvent améliorer la rentabilité et la productivité. Les outils de gestion des actes juridiques comme Closing Folders fournissent une plateforme pour l'administration et la gestion électroniques des documents, notamment dans le contexte de la clôture d'opérations. Les logiciels de gestion de la conformité et des entités juridiques peuvent réduire les risques grâce à des calendriers et des rappels de conformité, ainsi que fournir un accès en temps réel aux données des entités.

En ce qui concerne les litiges, les plateformes d'investigation électronique, comme Relativity, peuvent réduire considérablement le volume de données à examiner manuellement grâce à des outils d'analytique comme la déduplication de données, l'enchaînement des courriels, la recherche par mot clé, les analyses des communications, les rapports sur les concepts et les visualisations de données. Les algorithmes d'apprentissage automatique peuvent réduire davantage le volume en repérant et isolant activement les documents pertinents. Le passage d'un examen manuel de chaque document à un examen assisté par ordinateur entraîne une réduction des coûts et une augmentation de la précision. Des plateformes comme Relativity, qui étaient traditionnellement utilisées strictement pour l'investigation électronique, ont maintenant une application plus large, notamment pour les examens des notifications et déclarations d'atteinte à la protection des données, les enquêtes internes, les examens de la concurrence et les demandes réglementaires.

Tout comme les ALSP externes, les ALSP captifs bénéficient également d'une plus grande souplesse dans la tarification de leurs services. Conséquence des gains d'efficacité réalisés grâce à la technologie et à l'expertise spécialisée de l'ALSP, le coût des services juridiques fournis par les ALSP est généralement plus prévisible. Cela profite à la fois aux ALSP captifs et aux clients des cabinets d'avocats qui peuvent tirer profit des gains d'efficacité obtenus grâce à des arrangements en matière d'honoraires fondés sur une autre méthode que le temps facturable, qu'il s'agisse d'honoraires fixes ou au forfait, d'honoraires déterminés en fonction des résultats ou d'autres ententes de partage des risques. Les ALSP captifs peuvent également jouer un rôle de conseiller spécial en matière de technologie juridique, car ils occupent une position privilégiée pour traiter les dossiers et les points névralgiques des clients en faisant appel à la technologie appartenant au cabinet et à l'expertise technique qui s'y rattache.

Pour certains cabinets d'avocats, les ALSP captifs ne constituent que le début de la démarche associée à leur plateforme d'innovation. Un nombre restreint, mais croissant, de cabinets ont pour objectif de créer et d'offrir à leur clientèle des services juridiques sous forme de produits. Les produits juridiques s'appuient généralement sur l'expertise juridique traditionnelle sur mesure des avocats d'un cabinet pour la conception et la mise en place de la technologie, et permettent par la suite de fournir des services juridiques par le biais d'une plateforme automatisée en libre-service ou d'un modèle novateur de dotation –

Conséquence des gains d'efficacité réalisés grâce à la technologie et à l'expertise spécialisée de l'ALSP, le coût des services juridiques fournis par les ALSP est généralement plus prévisible.

ou d'une combinaison de ces deux méthodes – dans le cadre d'un arrangement fondé sur des honoraires fixes ou prévisibles.

Ces solutions permettent aux entreprises d'avoir accès à une expertise juridique spécialisée de manière rentable lorsqu'elles doivent faire face à des problèmes juridiques et opérationnels dans leur réalité quotidienne, par exemple dans le cadre d'opérations commerciales standardisées à haut volume. Certains cabinets, par l'intermédiaire d'ALSP captifs, ont mis en place des portails centralisés pour la réalisation d'opérations financières de moindre envergure qui tirent parti d'une plateforme interactive et de l'automatisation des contrats pour générer des documents de manière efficace. Dans d'autres cas, les cabinets peuvent mettre en place des plateformes pour aider leurs clients à mieux gérer leurs portefeuilles de contrats grâce à l'utilisation de bases de données de résumés interactives dans lesquelles on retrouve les termes et les modalités clés de contrat.

De tels produits permettent aux consommateurs d'optimiser leurs budgets pour les services juridiques. Ainsi, le travail juridique routinier, mais tout de même important, est effectué à un coût moindre et prévisible grâce aux ALSP et aux produits juridiques, et le travail stratégique et de représentation plus complexe est réservé aux avocats dont les honoraires sont plus élevés.

Une prestation de services juridiques innovante chez Osler

Chez Osler, notre ALSP captif – Osler à l'œuvre – est en activité depuis près d'une décennie. Au cours de cette période, Osler à l'œuvre s'est considérablement développé et exploite désormais trois divisions : Osler à l'œuvre – Services transactionnels, Osler à l'œuvre – Règlement de différends et Osler à l'œuvre – Ressources humaines. Cet ALSP fournit une gamme large et croissante de services à valeur ajoutée.

Grâce à l'Atelier Osler, notre division des produits, nous travaillons en étroite collaboration avec nos clients et avec Osler à l'œuvre pour élaborer des solutions technologiques. Nos produits comprennent Osler Dash (une solution d'information et de passation de contrats de franchise pour les franchiseurs), Osler ACTion (une solution de suivi des questions législatives et réglementaires pour les institutions financières) et l'outil d'analyse de codes Osler (un outil de détection de logiciels). L'exploration des données est également une priorité. À titre d'exemple, nous développons actuellement un outil d'évaluation de cas qui utilise des listes de contrôle interactives et un logiciel d'apprentissage automatique pour extraire les points de données critiques afin de les utiliser dans l'analyse d'un cas au moyen d'un arbre de décision. Cette analyse schématise les options de litige en utilisant une modélisation de probabilité pondérée, y compris des chiffres en dollars réels, afin d'aider à la prise de décision stratégique. L'outil d'évaluation des cas peut être appliqué à n'importe quel stade d'un litige ou d'une enquête, y compris l'analyse préalable à la demande, les points de contrôle stratégiques, la médiation, le procès et les étapes subséquentes.

Ces services apportent non seulement une valeur ajoutée significative à nos clients en réalisant les tâches répétitives de manière efficace, mais ils ont également modifié la nature de la pratique pour les étudiants, les sociétaires

et les associés du cabinet. Ce changement a permis à nos praticiens de se concentrer sur la résolution de problèmes complexes qu'il n'est pas facile de résoudre au moyen d'outils technologiques.

Nous sommes impatients de passer à l'ère de l'après-COVID-19. Toutefois, nous croyons que l'adoption des offres de services juridiques innovantes que la pandémie a contribué à faire mieux connaître ouvrira la voie à de nouvelles solutions juridiques créatives qui apporteront une plus grande valeur aux consommateurs de services juridiques, même après la fin de la pandémie. C'est une bonne nouvelle pour nous tous.

AUTEURS



Michael Fekete
Associé, Technologie
Leader national de
l'innovation
mfekete@osler.com
416.862.6792



Simon Wormwell
Chef de la gestion des
connaissances et de
l'innovation
swormwell@osler.com
416.862.6720



Gillian Scott
Associée, Produits
innovants
gscott@osler.com
416.862.4872



Natalie Munroe
Chef, Osler à l'œuvre —
Services transactionnels
nmunroe@osler.com
613.787.1104



Jennifer Thompson
Chef, Osler à l'œuvre —
Litiges
jcthompson@osler.com
416.862.4720

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

Osler est un cabinet d'avocats de premier plan ayant comme seule priorité – vos affaires. Que ce soit de Toronto, Montréal, Calgary, Ottawa, Vancouver ou New York, notre équipe fournit des conseils à ses clients canadiens, américains et internationaux relativement à un large éventail de questions juridiques nationales et transfrontalières. Notre approche intégrée nous permet d'offrir un accès direct à l'un de nos 400 avocats afin de fournir des solutions juridiques efficaces, proactives et pratiques dictées par vos besoins. Depuis plus de 150 ans, nous avons bâti notre réputation à fournir les réponses dont vous avez besoin, quand vous en avez besoin.

Le droit à l'œuvre.

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

Montréal Toronto Calgary Ottawa Vancouver New York | osler.com