

DAVIES

Faire des affaires au Canada

Édition 2018





DAVIES

Les renseignements présents dans cette publication ne doivent pas être considérés comme des conseils juridiques. Nous vous prions de nous adresser directement toute question particulière que vous pourriez avoir.

© 2018 Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l. Tous droits réservés.

À propos du présent guide

La version à jour du guide de Davies *Faire des affaires au Canada* est conçue pour offrir aux dirigeants, aux conseillers juridiques et aux investisseurs étrangers un aperçu du cadre juridique qui régit l'exploitation d'une entreprise au Canada. Ce guide complet décrit les principaux éléments qui doivent être pris en compte par quiconque souhaite investir ou faire des affaires au Canada, plus particulièrement au Québec et en Ontario.

Le contenu du présent guide est à jour en date de juin 2018 et vise à fournir des renseignements généraux qui ne peuvent être considérés comme un avis ou des conseils juridiques. Nous vous invitons à joindre l'un des avocats de Davies pour discuter de toute question juridique précise. Communiquez avec l'un de nos bureaux ou visitez notre site Web au dwpv.com.

Table des matières

Chapitre 01

INTRODUCTION

Régime politique et constitutionnel	02
Régime juridique	03
Système économique	03

Chapitre 02

TYPES D'ENTREPRISES

Sociétés par actions	06
Sociétés de personnes	10
Coentreprises	12
Fiducies	14
Entreprises individuelles	14
Ententes contractuelles	15
Conclusion	15

Chapitre 03

GOVERNANCE

États financiers et comités d'audit	17
Autres obligations d'information annuelles	18
Modèle de gouvernance fondé sur le principe « se conformer ou s'expliquer » (<i>comply or explain</i>)	18
Tendances et évolution récentes	21
Conclusion – administrateurs sur la sellette	25

Chapitre 04

FINANCEMENT D'UNE OPÉRATION COMMERCIALE

Financement garanti	27
Réglementation des valeurs mobilières	28
Inscription en bourse	32

Chapitre 05

FUSIONS ET ACQUISITIONS

Offre publique d'achat	34
Arrangement ou fusion	36
Acquisition négociée	38
Acquisition non sollicitée	39

Chapitre 06

INVESTISSEMENT ÉTRANGER

Application de la <i>Loi sur l'investissement Canada</i>	42
Qu'est-ce qu'une entreprise canadienne?	43
Qu'est-ce qu'un non-Canadien?	43
Acquisition de contrôle	43
Seuils applicables aux fins de l'examen	44
Critère applicable dans le cadre de l'examen – « à l'avantage net du Canada »	47
Consultations	48
Délais applicables à la procédure d'examen	49
Interdictions et recours	49
Examen pour des motifs de sécurité nationale	49

Chapitre 07

DROIT DE LA CONCURRENCE

Application et contrôle de l'application de la <i>Loi sur la concurrence</i>	52
Infractions criminelles prévues par la <i>Loi sur la concurrence</i>	53
Sanctions	54
Immunité contre les poursuites	54
Affaires non criminelles susceptibles d'examen en vertu de la <i>Loi sur la concurrence</i>	55
Droits d'action par des particuliers	56
Acquisition d'une entreprise au Canada	57

Chapitre 08

CONSIDÉRATIONS FISCALES

Impôt sur le revenu	61
Taxe de vente et autres taxes	78
Autres taxes à la consommation	79
Autres taxes et impôts – impôts et droits fonciers	80
Annexe : Conventions fiscales du Canada en vigueur	81

Chapitre 09

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, DESSINS INDUSTRIELS, COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET RESPECT DE LA VIE PRIVÉE

Brevets	83
Marques de commerce	85
Droit d'auteur	86
Noms de domaine	87
Dessins industriels	88
Autres formes de protection	89
Commerce électronique	89
Protection des données et respect de la vie privée	91

Table des matières

Chapitre 10

IMMOBILIER

Titres fonciers	95
Structures de propriété foncière	96
Propriété étrangère	97
Aménagement du territoire	98
Assurance de titre, avis sur le titre et contrôle diligent	99
Réglementation des courtiers immobiliers	100
Réglementation des courtiers en hypothèques et des prêteurs hypothécaires	101

Chapitre 11

DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Cadre législatif	103
Terrains contaminés	103
Enjeux liés aux activités	104
Responsabilité légale des administrateurs et des dirigeants	107
Mesures de transparence dans le secteur extractif	108
Changements climatiques	109
Obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard	110

Chapitre 12

DROIT DE L'EMPLOI

Normes minimales	114
Relations de travail	116
Égalité	117
Assurance-emploi	119
Régime de pensions du Canada	119
Santé et sécurité au travail et indemnisation des travailleurs	120
Impôt-santé des employeurs	121
Cessation d'emploi	121
Formation de la main-d'œuvre	122

Chapitre 13

RÉGIMES DE RETRAITE, D'AVANTAGES SOCIAUX ET D'ÉPARGNE

Régimes de retraite	124
Avantages sociaux	126
Régimes incitatifs et d'épargne fondés sur des actions	127

Chapitre 14

ADMISSION TEMPORAIRE ET RÉSIDENCE PERMANENTE

Admission temporaire	129
Résidence permanente	131

Chapitre 15

LITIGE CIVIL

Introduction au système judiciaire canadien	137
Intenter des procédures judiciaires et y répondre au Canada	138
Motions, requêtes et autres procédures interlocutoires	141
Le déroulement d'un procès au Canada	143
Les recours extraordinaires	146
Les modes extrajudiciaires de règlement des différends	148
Les dépens et le recouvrement des frais de litige	149
L'exécution des jugements étrangers	150

Chapitre 16

PROCÉDURES D'INSOLVABILITÉ ET DE RESTRUCTURATION

Procédures d'insolvabilité canadiennes	153
Questions internationales	159

Chapitre 17

MESURES DE LUTTE CONTRE LA CORRUPTION DES AGENTS PUBLICS ÉTRANGERS

Infractions de corruption et exceptions	161
Infraction relative aux livres comptables	162
Champ d'application de la LCAPE	162
Sanctions civiles et pénales	163
Responsabilité pour la conduite des membres du même groupe	163
Évaluation des risques, contrôle diligent et mesures de conformité	164

CHAPITRE 01

Introduction



La plupart des règles du droit commercial général intéressant les entreprises sont du ressort des provinces. Il existe beaucoup d'uniformité entre les provinces relativement à la plupart de ces dispositions.

Régime politique et constitutionnel

Le Canada est une démocratie parlementaire et une monarchie constitutionnelle dont le régime politique a été calqué initialement sur celui du Royaume-Uni. Bien que la Reine Élisabeth II soit le chef d'État officiel du pays, les gouvernements du pays sont élus démocratiquement. Comme le Canada est un État fédéral, les compétences législatives et exécutives sont réparties constitutionnellement entre le gouvernement fédéral et les 10 gouvernements provinciaux. Ces gouvernements sont élus dans le cadre d'élections distinctes; il leur arrive souvent d'être dirigés par des partis politiques différents.

Certains champs de compétence relèvent exclusivement du gouvernement fédéral tandis que d'autres sont du ressort des gouvernements provinciaux. Toutefois, dans certains domaines, les deux paliers de gouvernement peuvent réglementer différents aspects d'une même activité. De plus, les gouvernements provinciaux délèguent certains pouvoirs aux administrations locales. Par conséquent, une entreprise peut être soumise à trois niveaux de réglementation : fédéral, provincial et municipal.

Les questions concernant le Canada dans son ensemble, comme le commerce international et interprovincial, la défense nationale, la citoyenneté et l'immigration, le droit criminel, la monnaie, la propriété intellectuelle, les ports, l'aéronautique et la radiodiffusion, relèvent en grande partie de la compétence constitutionnelle du Parlement canadien.

Le Parlement canadien est également responsable du Yukon, du Nunavut et des Territoires du Nord-Ouest, qui ont obtenu certains pouvoirs leur permettant de constituer des assemblées territoriales élues régissant les questions d'intérêt local. Dans certaines régions, des traités ou des accords permettent aux Autochtones du Canada d'exercer une certaine forme d'autonomie gouvernementale.

Les 10 provinces canadiennes ont le pouvoir d'adopter des lois touchant les biens, les contrats, les ressources naturelles, l'utilisation et l'aménagement du territoire, l'administration de la justice, l'éducation, la santé et les municipalités. La plupart des règles du droit commercial général intéressant les entreprises sont du ressort des provinces. Il existe beaucoup d'uniformité entre les provinces relativement à la plupart de ces dispositions.

En fait, les gouvernements fédéral et provinciaux collaborent souvent, au moyen de programmes à frais partagés et par délégation de pouvoirs, afin d'adopter des approches nationales uniformes à l'égard de matières relevant de la compétence législative provinciale. Ainsi, des normes nationales s'appliquent dans le domaine de la santé, qui bénéficie d'un financement fédéral. Même si la Constitution confère aux provinces le pouvoir de prélever des impôts sur le revenu, toutes les provinces sauf le Québec délèguent ce pouvoir au gouvernement fédéral, de sorte que les règles et procédures fiscales sont relativement uniformes partout au Canada.

La Constitution du Canada comprend la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit certains droits aux particuliers. Les gouvernements des provinces et des territoires ont également adopté des lois qui protègent les droits et libertés individuels.

Régime juridique

Toutes les provinces du Canada, à l'exception du Québec, sont des territoires de *common law* dont le régime juridique découle de la *common law* britannique. Le Québec est un territoire assujéti à un régime mixte de *common law* et de droit civil, dans le cadre duquel les questions de droit privé, comme les contrats et les biens, sont régies par un code civil. Bien que le droit civil du Québec ait ses racines en France, il est aujourd'hui fortement influencé par l'orientation et l'emplacement nord-américains du Canada.

Le Canada tend à s'inspirer des États-Unis plutôt que de l'Europe pour ses modèles de réglementation. Par exemple, la législation canadienne en valeurs mobilières évolue en fonction des développements qui surviennent aux États-Unis.

Les tribunaux canadiens de compétence générale sont administrés par les provinces, mais la Cour suprême du Canada est le tribunal d'appel de dernière instance pour l'ensemble du pays. Bien que le Canada soit également doté d'un système

Le Canada affiche de saines perspectives économiques en raison de ses ressources naturelles, de sa main-d'œuvre qualifiée, de la stabilité de ses systèmes politique et économique et de ses infrastructures modernes.

judiciaire fédéral, la compétence de celui-ci est très limitée comparativement aux tribunaux fédéraux des États-Unis. Les cours fédérales du Canada instruisent principalement les affaires découlant des lois fédérales canadiennes et les réclamations contre le gouvernement fédéral. Bien que les juges des cours supérieures des provinces canadiennes de même que les juges de la Cour fédérale et de la Cour suprême du Canada soient tous nommés par le gouvernement fédéral, l'indépendance de la magistrature est bien établie et les tribunaux ne subissent aucune intervention ni influence politique. Il existe aussi dans chaque province des tribunaux d'instance inférieure qui sont présidés par des juges nommés par le gouvernement provincial et qui examinent des affaires de moins grande importance.

Système économique

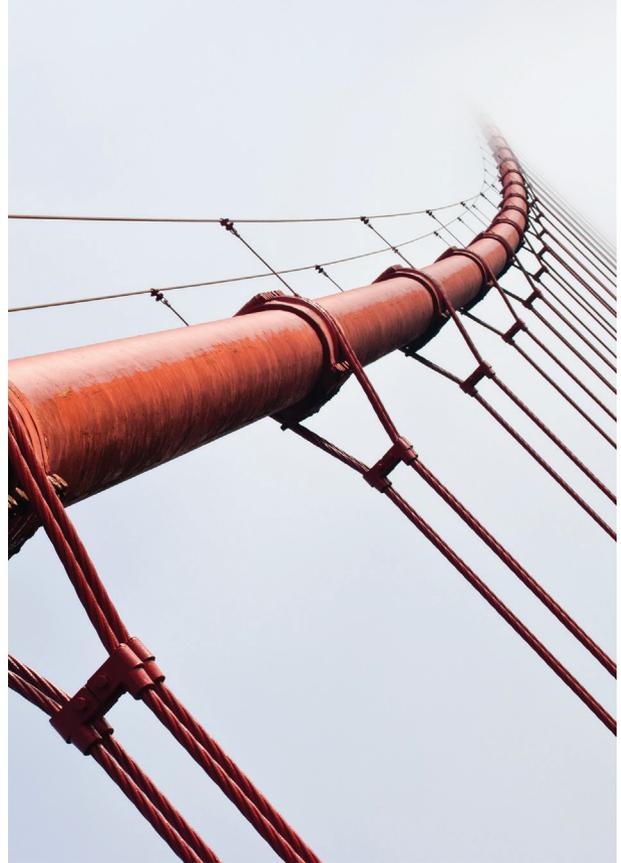
Le Canada est une société industrielle prospère, à la fine pointe de la technologie, fondée sur l'économie de marché et caractérisée par des niveaux de vie élevés. Depuis la Deuxième Guerre mondiale, la croissance impressionnante des secteurs de la fabrication, des mines et des services a transformé l'économie canadienne, qui était en grande partie rurale, en une économie principalement industrielle et urbaine. Le Canada affiche de saines perspectives économiques en raison de ses ressources naturelles, de sa main-d'œuvre qualifiée, de la stabilité de ses systèmes politique et économique et de ses infrastructures modernes.

Le Canada est signataire de nombreux accords internationaux bilatéraux et multilatéraux sur le commerce et l'investissement. L'Accord de libre-échange entre le Canada et les États-Unis de 1989 (l'« ALE ») et l'Accord de libre-échange nord-américain de 1994 (l'« ALENA ») (qui vise aussi le Mexique) ont entraîné un accroissement phénoménal de l'intégration commerciale et économique avec les États-Unis. Le Canada est également partie à des accords de libre-échange avec l'Union européenne et l'Association européenne de libre-échange, qui inclut l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein. Par ailleurs, le Canada est partie à des accords de libre-échange bilatéraux avec des pays tels que la Corée, Israël, l'Ukraine, le Panama, la Jordanie, la Colombie, le Pérou, le Costa Rica, le Honduras et le Chili et il a entrepris des discussions et des négociations exploratoires avec de nombreux autres blocs commerciaux et pays.

Le taux de change du dollar canadien par rapport aux autres devises est fixé par les marchés. La Banque du Canada, qui est la banque centrale du Canada, fixe les principaux taux d'intérêt, en pratique sans influence de la part du gouvernement fédéral.

Le Canada présente de nombreux avantages comme place d'affaires :

- Une comparaison du coût relatif des affaires dans divers pays révèle que « le Canada a réussi à accroître d'environ 15 % son avantage global en matière de coûts par rapport aux États-Unis ». « Les encouragements importants visant à soutenir les activités de R-D au Canada qui sont offerts par le gouvernement fédéral et les provinces permettent au Canada d'obtenir le plus grand avantage en matière de coûts dans le secteur des services liés à la R-D, avec un total des coûts de 27,7 % inférieur à l'indice de base des États-Unis. » (*Choix concurrentiels 2016*, KPMG).



- Le Canada se classe au deuxième rang des pays à revenu élevé de l'OCDE au chapitre de la simplicité des formalités à remplir, de la faiblesse des coûts et des courts délais requis pour établir une nouvelle entreprise. (*Doing Business 2018* – Groupe de la Banque mondiale).
- Au chapitre de la compétitivité économique globale, le Canada se classe au dixième rang mondial. (*IMD World Competitiveness Rankings 2018*, IMD World Competitiveness Center).
- Le Canada se classe au quatorzième rang sur l'indice de compétitivité mondiale. (*Global Competitiveness Report 2017-2018*, Forum économique mondial).

CHAPITRE 02

Types d'entreprises



Sociétés par actions

GÉNÉRALITÉS

La société par actions est la forme d'entreprise la plus répandue au Canada. Elle est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle de ses actionnaires et de la direction. Son existence peut être indéfinie puisqu'elle n'est pas touchée par le départ ou le décès de la totalité ou d'une partie de ses actionnaires ou gestionnaires.

Entité juridique distincte, la société par actions a des droits, des pouvoirs et des obligations semblables à ceux des particuliers. Elle peut détenir des biens, exploiter une entreprise et être assujettie à des obligations légales et contractuelles.

Les actionnaires sont les propriétaires de la société, bien qu'ils n'en administrent généralement pas les activités ni n'effectuent d'opérations en son nom. La loi les protège de toute responsabilité pour les obligations de la société. En règle générale, ce sont les administrateurs, élus par les actionnaires, qui ont le pouvoir de diriger la société. Cependant, lorsque les actionnaires préfèrent conserver le contrôle direct de la société, ils peuvent conclure une convention unanime entre actionnaires. Une telle convention peut de manière efficace faire passer des administrateurs aux actionnaires la responsabilité associée à la gestion de la société.

La société par actions est ouverte ou fermée. Les actions des sociétés ouvertes sont négociées en bourse ou sur d'autres marchés publics. Les sociétés ouvertes sont assujetties à une importante réglementation qui vise à protéger les investisseurs (voir les chapitres « Gouvernance » et « Financement d'une opération commerciale » du présent guide). À l'inverse, la cession des actions d'une société fermée est assujettie à des restrictions et nécessite généralement le consentement de la majorité des administrateurs ou des actionnaires. Les sociétés fermées sont peu visées par la réglementation sur les valeurs mobilières.

Les principaux avantages de la société par actions en tant qu'entité commerciale sont la responsabilité limitée des actionnaires, la possibilité d'une existence indéfinie et la souplesse offerte aux chapitres du financement et de la planification successorale. Parmi

Entité juridique distincte, la société par actions a des droits, des pouvoirs et des obligations semblables à ceux des particuliers. Elle peut détenir des biens, exploiter une entreprise et être assujettie à des obligations légales et contractuelles.

les inconvénients de la société par actions figurent les frais de constitution, d'exploitation, de maintien annuel et de dissolution. La société par actions étant un contribuable distinct, les actionnaires ne peuvent bénéficier directement de ses pertes fiscales, le cas échéant, et il pourrait être plus difficile de l'utiliser comme véhicule fiscal efficace qu'une entité sans personnalité morale comme une société de personnes.

CONSTITUTION FÉDÉRALE OU PROVINCIALE

On peut constituer une société par actions sous le régime fédéral, en vertu de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la « LCSA »), ou sous le régime d'une loi provinciale. L'Ontario et le Québec sont tous deux dotés d'une *Loi sur les sociétés par actions* (la « LSAO » et la « LSAQ », respectivement).

La LCSA, la LSAO et la LSAQ comportent essentiellement les mêmes exigences, sous réserve de certaines exceptions dont les plus importantes sont exposées ci-après. On peut constituer une société rapidement à un coût raisonnable en vertu de toutes ces lois.

La société par actions de régime fédéral peut exploiter son entreprise sous sa dénomination sociale dans toutes les provinces du Canada (mais elle doit utiliser une version française de sa dénomination sociale au Québec), alors qu'une société par actions constituée en vertu d'une loi provinciale ne peut le faire de plein droit dans une autre province. Par conséquent, une société par actions constituée sous le régime de la LSAO ou de la LSAQ ne peut obtenir de permis ou d'inscription sous son nom dans une autre province si une autre société par actions y utilise déjà un nom suffisamment semblable pour porter à confusion. Si cette possibilité est une source de préoccupations, il peut être avantageux de constituer

la société en vertu de la LCSA bien que, en pratique, une société constituée en vertu de cette loi pourrait devoir exercer ses activités sous un nom différent dans toute province où sa dénomination sociale est susceptible de porter à confusion. Il peut toutefois être plus facile d'obtenir la dénomination sociale recherchée en constituant la société sous le régime d'une loi provinciale. En vertu de la LSAO et de la LSAQ (contrairement à la LCSA), les dénominations sociales proposées n'ont pas à faire l'objet d'un examen préalable visant à déterminer la possibilité de confusion avec des noms existants. Le constituant décide lui-même s'il existe un risque qu'un tiers s'oppose au nom qu'il désire utiliser.

Les sociétés par actions constituées sous le régime de la loi fédérale ou d'une loi provinciale doivent toutes remplir les exigences d'inscription de chaque province où elles ont l'intention d'exploiter une entreprise. Dans la plupart des provinces, les sociétés doivent déposer des déclarations annuelles afin de tenir leur inscription à jour.

En règle générale, seules les sociétés par actions ouvertes, qu'elles soient constituées sous le régime de la loi fédérale ou d'une loi provinciale, doivent déposer leurs états financiers dans les registres publics. L'identité des dirigeants et des administrateurs de toutes les sociétés par actions doit aussi faire partie de l'information publique, mais non celle des actionnaires (sauf au Québec, où seule l'identité des trois actionnaires les plus importants doit être rendue publique). Au Québec, si une convention unanime entre actionnaires retire tous les pouvoirs des administrateurs, les noms et domiciles des actionnaires ou des tiers qui assument ces pouvoirs doivent être mentionnés dans la déclaration annuelle de l'entreprise.

La LCSA et la LSAO exigent qu'au moins 25 % des administrateurs soient des résidents canadiens, à moins que la société ne compte moins de quatre administrateurs, auquel cas au moins l'un d'eux doit être un résident canadien. La LSAQ ne comporte pas d'exigences minimales en matière de résidence. Par contre, la LCSA, la LSAO et la LSAQ exigent que les sociétés ouvertes comptent au moins trois administrateurs et qu'un certain nombre d'entre eux soient indépendants. Les organismes de réglementation des valeurs mobilières imposent d'autres exigences en matière de gouvernance aux sociétés ouvertes (voir le chapitre « Gouvernance » du présent guide). La LCSA, la LSAO et la LSAQ permettent aux administrateurs et aux actionnaires de participer et de voter aux assemblées et aux réunions par l'intermédiaire de moyens électroniques.

Il existe quelques différences importantes entre la société constituée sous le régime de la LCSA ou de la LSAO, d'une part, et la société constituée sous le régime de la LSAQ, d'autre part. La LSAQ autorise la création d'actions avec ou sans valeur nominale et prévoit l'émission d'actions non entièrement payées, tandis que la LCSA et la LSAO interdisent l'émission d'actions avec valeur nominale et d'actions non entièrement payées. La LSAQ prévoit un régime spécial pour les sociétés qui ne comptent qu'un seul actionnaire, celui-ci pouvant choisir de ne pas former de conseil d'administration et de ne pas se conformer à certaines exigences de la LSAQ relatives aux règlements intérieurs, aux assemblées des actionnaires et aux réunions du conseil. La LSAQ permet également que non seulement la date, mais aussi l'heure de délivrance par le registraire soient indiquées sur les certificats, ce qui peut être utile dans le cadre de certaines opérations.

Les lois sur les sociétés de la plupart des autres provinces canadiennes sont généralement similaires à la LCSA, à la LSAO et à la LSAQ. Certains détails sont toutefois différents et peuvent procurer davantage

de souplesse à certains investisseurs. Par exemple, en Colombie-Britannique, une société peut détenir ses propres actions, directement ou par l'entremise d'une filiale (ce que la LCSA, la LSAO et la LSAQ ne permettent que de façon limitée).

DIRIGEANTS ET ADMINISTRATEURS

En règle générale, les membres de la direction gèrent les activités quotidiennes de la société. Ils peuvent être des non-résidents du Canada pourvu qu'ils se conforment aux exigences de la législation canadienne en matière d'immigration (voir le chapitre « Admission temporaire et résidence permanente » du présent guide).

Les administrateurs et les dirigeants doivent agir honnêtement et de bonne foi dans l'intérêt de la société. Ils doivent faire preuve du soin, de la diligence et de la compétence dont ferait preuve une personne raisonnablement prudente qui se trouve dans une situation comparable.

Les administrateurs et les dirigeants peuvent engager leur responsabilité personnelle s'ils font en sorte que la société contrevienne aux lois applicables. Les administrateurs peuvent également être tenus responsables des actes qui contreviennent à des lois, comme la *Loi sur les normes du travail* du Québec, la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* de l'Ontario et la *Loi de l'impôt sur le revenu* du fédéral, pour les salaires impayés et certaines sommes qui auraient dû être remises aux autorités fiscales, si la société fait faillite.

La société peut prévoir une indemnisation pour ses administrateurs et ses dirigeants dans les cas où la responsabilité personnelle de ces derniers est engagée dans l'exercice de leurs fonctions à ce titre ou encore souscrire une assurance à l'égard de cette responsabilité. Cependant, l'indemnisation ne couvrira généralement que les actes que les

administrateurs et les dirigeants ont accomplis de bonne foi. La LCSA, la LSAO et la LSAQ permettent la souscription de garanties plus étendues, y compris à l'égard d'actes contrevenant aux obligations fiduciaires des administrateurs et des dirigeants; toutefois, ces garanties pourraient, dans les faits, ne pas pouvoir être obtenues à un coût raisonnable.

FILIALE OU DIVISION?

Une société étrangère peut exploiter une entreprise au Canada par l'entremise d'une de ses divisions ou par l'entremise d'une filiale canadienne nouvellement constituée. Le choix sera fondé en bonne partie sur des considérations fiscales, mais les considérations non fiscales exposées ci-après peuvent également être pertinentes.

La plupart des provinces canadiennes ne permettent pas la création d'entités hybrides qui sont des sociétés par actions comportant certaines caractéristiques propres aux sociétés de personnes. Plus particulièrement, aucun territoire du Canada ne permet la création de sociétés à responsabilité limitée (*limited liability companies*). Cependant, la Nouvelle-Écosse, l'Alberta et la Colombie-Britannique permettent la constitution de sociétés à responsabilité illimitée (*unlimited liability companies*), dont les actionnaires ne bénéficient pas de la responsabilité limitée, mais qui, par ailleurs, sont similaires aux sociétés par actions ordinaires. Même si, sur le plan fiscal, une société à responsabilité illimitée est considérée comme une société par actions au Canada, aux États-Unis, elle est admissible au traitement de société par actions accréditives, de sorte que ce type de société est parfois utilisé dans le cadre d'opérations transfrontalières. Toutefois, compte tenu de la modification de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, l'utilisation d'une société à responsabilité illimitée par des résidents américains en vue d'obtenir un traitement fiscal avantageux nécessitera une planification minutieuse (voir le chapitre « Considérations fiscales » du présent guide).

Une société étrangère peut exploiter une entreprise au Canada par l'entremise d'une de ses divisions ou par l'entremise d'une filiale canadienne nouvellement constituée.

Il existe des différences importantes entre les sociétés à responsabilité illimitée de la Nouvelle-Écosse, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique. Les actionnaires d'une telle société en Alberta engagent leur responsabilité à l'égard de toute obligation ou mesure ou de tout manquement de la société à responsabilité illimitée, alors qu'en Nouvelle-Écosse et en Colombie-Britannique, les actionnaires n'ont aucune obligation directe envers les créanciers, leur responsabilité ne pouvant être engagée que lorsque la société à responsabilité illimitée est dissoute et qu'il n'y a pas assez d'actifs pour permettre à cette dernière de satisfaire à ses obligations.

Filiale

Si on choisit de constituer une filiale en société, les frais de constitution et les dépenses continues de maintien doivent être pris en considération. Si la filiale est constituée en vertu de la LSAO ou de la LCSA, des personnes appropriées résidant au Canada doivent pouvoir occuper les fonctions d'administrateur. Certains registres d'entreprise doivent généralement être tenus au Canada. Étant donné que la filiale est une entité juridique distincte de sa société mère, cette dernière ne sera généralement pas responsable des obligations contractées par la filiale (à moins que la filiale ne soit une société à responsabilité illimitée).

Succursale

Il est également possible d'établir une succursale non constituée en personne morale plutôt que de constituer une filiale. La société étrangère doit alors s'inscrire dans toutes les provinces dans lesquelles elle désire exercer des activités. Elle ne pourra s'inscrire si sa dénomination est identique ou similaire à une dénomination déjà utilisée dans la province en question. De plus, au Québec, la société étrangère doit inscrire une dénomination française. Les noms commerciaux utilisés par une succursale doivent être enregistrés et ne doivent pas être les mêmes que des noms utilisés dans la province ni être similaires à ceux-ci. La société étrangère qui établit une succursale en Ontario doit obtenir un permis en vertu de la *Loi sur les personnes morales extraprovinciales* (ou, dans le cas d'une société à responsabilité limitée, procéder à l'enregistrement de son nom aux termes de la *Loi sur les noms commerciaux*), ce permis étant généralement accordé de façon routinière.

Sociétés de personnes

La société de personnes s'entend de la relation qui existe entre les personnes qui exploitent une entreprise en commun dans le but d'en tirer un profit. Les associés peuvent être des particuliers, des sociétés par actions ou d'autres sociétés de personnes. Au Canada, une société de personnes n'est pas considérée comme une entité juridique distincte de ses associés.

Il existe deux principaux types de sociétés de personnes. Dans une société en nom collectif, tous les associés peuvent participer à la gestion de l'entreprise, mais sont exposés à la responsabilité illimitée à l'égard des obligations de la société. Dans une société en commandite, la responsabilité des commanditaires est limitée à leur investissement dans la société, mais ils doivent demeurer des investisseurs passifs et ne pas participer au contrôle

de l'entreprise de la société. L'Ontario et le Québec permettent également aux professionnels d'exercer leur profession par l'entremise d'une forme spéciale de société en nom collectif, connue sous le nom de société à responsabilité limitée, qui fournit aux associés qui sont des particuliers une certaine protection contre la responsabilité illimitée à l'égard des actes négligents des autres associés.

En Ontario, les lois constitutives en la matière sont la *Loi sur les sociétés en nom collectif* et la *Loi sur les sociétés en commandite*, qui énoncent les droits et obligations des associés entre eux et à l'égard des tiers. Les sociétés de personnes sont également régies par des principes de *common law* et d'*equity*.

Au Québec, les sociétés de personnes sont régies par le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la publicité légale des entreprises*, qui prévoient les droits et obligations des associés entre eux et à l'égard des tiers de même que les conditions de constitution, d'exploitation et de dissolution d'une société de personnes.

Les associés peuvent généralement convenir de modifier les dispositions des lois qui traitent des droits et obligations des associés entre eux. La relation entre les associés pouvant être prévue par contrat, les questions comme les apports de capitaux, les autres moyens de financement de la société, la participation aux profits et la structure de la direction peuvent être réglées avec beaucoup de souplesse.

Au Canada, une société de personnes n'est pas considérée comme une entité juridique distincte de ses associés.

Bien qu'ils soient calculés au niveau de la société, les revenus et les pertes de celle-ci sont imposés entre les mains des associés. Ce traitement fiscal est le principal motif du recours à une société de personnes plutôt qu'à une société par actions, chaque associé pouvant en effet appliquer sa quote-part admissible des pertes fiscales de l'entreprise de la société de personnes au revenu qu'il tire d'autres sources.

SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF

La principale caractéristique d'une société en nom collectif est la responsabilité illimitée de chaque associé à l'égard des dettes et des obligations contractées par la société envers les tiers. Chaque associé peut lier les autres à moins que le contrat de société ne prévoie des restrictions dont ont connaissance les tiers. Un associé n'est toutefois généralement pas responsable des obligations contractées avant qu'il soit devenu associé ou après qu'il ait cessé de l'être.

Les principaux inconvénients de la société en nom collectif sont la responsabilité illimitée des associés et la possibilité pour un associé de contracter, au nom de la société, des obligations qui lient les autres associés.

En Ontario, tous les associés d'une société en nom collectif doivent inscrire le nom de celle-ci en vertu de la *Loi sur les noms commerciaux*, à moins que l'entreprise ne soit exploitée sous le nom des associés eux-mêmes. Au Québec, la *Loi sur la publicité légale des entreprises* prévoit l'obligation pour la société en nom collectif de déposer une déclaration d'immatriculation, qui doit comporter une dénomination sociale française pour l'exercice des activités au Québec. En Ontario et au Québec, la société doit divulguer ses activités et les noms et adresses des associés. Au Québec, la société en nom collectif doit déposer une déclaration annuelle tous les ans pour demeurer en règle.

La société en commandite offre à la fois les avantages de la responsabilité limitée et la capacité de transférer les pertes fiscales aux investisseurs passifs (sous réserve de certaines restrictions prévues par la législation fiscale).

SOCIÉTÉS EN COMMANDITE

La société en commandite offre à la fois les avantages de la responsabilité limitée et la capacité de transférer les pertes fiscales aux investisseurs passifs (sous réserve de certaines restrictions prévues par la législation fiscale). Cette structure d'entreprise est souvent utilisée pour les fonds de capital-investissement, les financements publics et la syndication immobilière. Une société en commandite se compose de un ou de plusieurs commandités, chacun ayant les mêmes droits et obligations qu'un associé dans une société en nom collectif, et de un ou de plusieurs commanditaires, dont les pouvoirs et les obligations sont limités.

Le ou les commandités gèrent la société. Un commanditaire ne peut participer à la gestion de la société sans compromettre sa responsabilité limitée à titre de commanditaire.

Le principal avantage de la société en commandite par rapport à la société en nom collectif consiste en la responsabilité limitée des commanditaires. Cela permet aux investisseurs passifs de bénéficier d'avantages fiscaux tout en limitant le risque auquel sont exposés leurs actifs à leur placement dans la société en commandite.

Pour constituer une société en commandite en Ontario, il faut déposer une déclaration signée par les commandités en vertu de la *Loi sur les sociétés en commandite*. Cette déclaration doit être renouvelée tous les cinq ans et, lorsque la société souhaite cesser ses activités, une déclaration de dissolution doit être déposée. Il n'est pas nécessaire d'indiquer sur les registres publics les noms et apports de capital des commanditaires, mais ces renseignements devront être fournis si la demande en est faite.

Au Québec, une société en commandite doit déposer une déclaration d'immatriculation en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises*. Cette déclaration doit contenir notamment les noms et domiciles des commandités ainsi que les noms et domiciles des trois commanditaires ayant fourni l'apport le plus important. La société en commandite doit déposer une déclaration tous les ans pour demeurer en règle.

SOCIÉTÉS NON DÉCLARÉES

En Ontario, bien qu'une société en commandite ne puisse être constituée que par le dépôt d'une déclaration en vertu de la *Loi sur les sociétés en commandite*, une société en nom collectif peut exister sans inscription ou dépôt aux registres publics. (Si elle utilise une raison sociale ou un nom commercial composé autrement que du nom des associés, ce nom doit être enregistré aux termes de la *Loi sur les noms commerciaux*, mais le fait de ne pas le faire n'aura pas d'incidence sur l'existence de la société.) Si la relation respecte les critères légaux d'une société en nom collectif, ses membres seront responsables à titre de commandités pour les obligations liées à l'entreprise de la société et seront liés par les obligations contractées par tout associé, même à l'égard des tiers qui ne connaissent pas l'existence ou l'identité des autres associés. Cette situation reflète le principe de *common law* voulant que le mandant non déclaré soit responsable de la même façon qu'un mandant déclaré pour les obligations contractées par son mandataire.

Au Québec, la société en nom collectif ou la société en commandite qui ne dépose aucune déclaration en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises* est une société de personnes non déclarée. Une société de personnes non déclarée peut découler d'un contrat écrit ou verbal ou d'actes manifestes indiquant l'intention de former une société de personnes non déclarée. En l'absence de contrat, les relations des associés entre eux sont considérées, selon les dispositions du *Code civil du Québec*, comme des relations de commandités.

Si un associé d'une société de personnes non déclarée au Québec contracte en son propre nom avec un tiers qui ignore l'existence de cette société, seul cet associé est responsable à l'égard de ce tiers (contrairement à un commandité, qui peut lier les autres associés). Toutefois, lorsque le tiers sait que l'associé d'une société non déclarée agit en cette qualité, les autres associés engagent également leur responsabilité envers ce tiers.

Coentreprises

Une coentreprise est un contrat conclu par deux ou plusieurs parties qui s'engagent à mettre en commun des capitaux et des compétences dans le but d'exploiter une entreprise particulière. Les coentrepreneurs peuvent être ou non copropriétaires de l'actif lié au projet. Puisqu'il s'agit essentiellement d'une relation contractuelle qui n'est pas réglementée expressément par la loi, les coentrepreneurs sont libres de convenir des modalités qui leur conviennent. Étant donné qu'une coentreprise n'est pas une entité reconnue aux fins fiscales, les revenus et les pertes à ces fins sont calculés de façon distincte par chaque coentrepreneur plutôt qu'au niveau de la coentreprise.

Il est parfois difficile de distinguer la coentreprise de la société de personnes, et la qualification que donnent les parties à leur relation peut ne pas être concluante. La distinction juridique la plus importante réside dans le fait que le partage des profits est essentiel à l'existence d'une société de personnes, alors que les coentrepreneurs contribuent généralement aux dépenses et divisent les revenus du projet, mais ne calculent pas le profit au niveau de la coentreprise. La participation égale à la gestion de l'entreprise est une caractéristique de la société en nom collectif, mais elle est moins habituelle dans le cadre d'une coentreprise, où la gestion du projet est souvent confiée à l'une des parties ou encore à un tiers par contrat.

Les coentrepreneurs qui ne veulent pas que leur coentreprise soit considérée comme une société de personnes doivent conclure un contrat écrit établissant leurs droits et obligations respectifs en détail et faire preuve de diligence lorsqu'ils traitent avec des tiers. Au Québec, les coentrepreneurs doivent également déposer la déclaration appropriée en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises* pour éviter que la coentreprise soit qualifiée de société en nom collectif, auquel cas chaque associé serait entièrement responsable des obligations de la société et assujetti à l'impôt à titre d'associé plutôt qu'à titre de coentrepreneur.



Fiducies

Même s'il a toujours été possible d'utiliser une fiducie comme forme d'entreprise, ce n'est somme toute que récemment qu'on a commencé à utiliser la fiducie de revenu de façon courante pour la réalisation d'appels publics à l'épargne au Canada. Les investisseurs ont recours à la fiducie plutôt qu'à la société par actions principalement parce qu'elle permet d'atteindre une plus grande efficacité fiscale que ce qui est possible au moyen de la distribution des bénéfices de la société par voie de dividendes aux actionnaires. Dans la plupart des cas, la fiducie n'est pas l'entité commerciale en exploitation. Toutefois, des modifications fiscales sont venues réduire les avantages fiscaux pouvant découler de l'utilisation d'une fiducie, et certaines fiducies de revenu ont été converties en sociétés par actions (voir le chapitre « Considérations fiscales » du présent guide).

En Ontario, la fiducie est régie surtout par les dispositions de la déclaration qui l'établit et par les principes non législatifs de l'*equity*, bien qu'elle soit aussi à certains égards assujettie à des lois comme la *Loi sur les fiduciaires*. Au Québec, la fiducie est régie par le *Code civil du Québec* et par la *Loi sur la publicité légale des entreprises*. Les fiducies exploitant une entreprise à caractère commercial, comme la fiducie commerciale, la fiducie de placement ou la fiducie de placement immobilier, doivent maintenant s'immatriculer auprès du Registraire des entreprises du Québec à moins que leur fiduciaire ne soit déjà inscrit.

Une fiducie n'est pas une entité juridique distincte. En droit, l'actif de la fiducie est détenu par les fiduciaires, qui sont également responsables des obligations contractées dans l'exercice des activités de celle-ci (bien que les fiduciaires aient le droit d'être dédommagés par prélèvement sur l'actif de la fiducie pour ces obligations). Contrairement aux actionnaires d'une société, les personnes qui

Les investisseurs ont recours à la fiducie plutôt qu'à la société par actions principalement parce qu'elle permet d'atteindre une plus grande efficacité fiscale que ce qui est possible au moyen de la distribution des bénéfices de la société par voie de dividendes aux actionnaires.

investissent dans une fiducie ne bénéficient pas de la responsabilité limitée prévue par la loi. Il existe donc un léger risque que, dans certains cas, elles soient tenues responsables des obligations découlant de l'exploitation de la fiducie. L'Ontario a adopté des dispositions législatives qui indiquent clairement que les personnes qui investissent dans une fiducie dont les titres sont négociés dans le public (à savoir une fiducie constituée sous le régime des lois de l'Ontario et déposant ses documents d'information publique en vertu de la législation ontarienne en valeurs mobilières) n'ont pas cette responsabilité à titre de bénéficiaires de la fiducie.

Entreprises individuelles

L'entreprise appartenant à une seule personne est appelée une entreprise individuelle. Il s'agit de la forme d'entreprise la plus simple. Le particulier est responsable de l'ensemble des obligations de l'entreprise. En conséquence, ses avoirs personnels sont à risque si ces obligations ne sont pas respectées.

Il n'existe aucune loi traitant particulièrement des entreprises individuelles; cependant, un propriétaire unique peut être tenu de se conformer à la

réglementation fédérale, provinciale et municipale touchant le commerce, l'octroi de permis et l'inscription. Par exemple, en Ontario, le propriétaire unique qui exploite une entreprise ou qui présente son entreprise au public sous un nom autre que le sien doit inscrire ce nom en vertu de la *Loi sur les noms commerciaux*. Au Québec, quiconque utilise un nom ou une dénomination autres que son propre nom intégral doit déposer une déclaration en vertu de la *Loi sur la publicité légale des entreprises*.

L'entreprise individuelle peut convenir à une petite entreprise parce qu'elle permet d'éviter plusieurs des coûts d'établissement et d'exploitation d'une société ainsi que le régime de réglementation complexe qui s'applique aux sociétés. Les pertes de démarrage autres qu'en capital de l'entreprise sont généralement déductibles du revenu que le propriétaire unique tire d'autres sources. Par contre, l'entreprise individuelle a comme inconvénients la responsabilité illimitée du propriétaire et le fait que l'entreprise ne puisse être transférée que par la vente de son actif.

Ententes contractuelles

FRANCHISAGE

Une franchise est un contrat par lequel une partie, le franchiseur, donne à une autre, le franchisé, le droit d'utiliser une marque de commerce ou un nom commercial dans un territoire donné.

Le franchisage suppose une relation continue entre les parties. Le franchiseur conserve généralement un certain contrôle sur la manière dont le franchisé exploite son entreprise, mais aucune partie n'est le mandataire de l'autre. Au Québec, les franchises sont régies seulement par le droit général des contrats.

La législation de l'Ontario qui régit les franchises définit le terme « franchise » de façon large et ce terme est susceptible de s'appliquer à certains

contrats de distribution qu'on ne considère généralement pas comme des franchises. En plus d'imposer des obligations de divulgation au franchiseur, la législation de l'Ontario impose une obligation de bonne foi dans l'exécution volontaire et forcée d'un contrat de franchise et interdit aux parties d'écarter l'application de la loi et de prévoir le règlement judiciaire et extrajudiciaire des différends dans un autre territoire. D'autres provinces du Canada sont dotées d'une législation analogue.

CONCESSION DE LICENCE

La concession de licence est une relation contractuelle entre deux parties par laquelle le concédant octroie au concessionnaire le droit d'utiliser un droit d'auteur, un dessin industriel, un brevet, une marque de commerce, un nom commercial ou un savoir-faire. La relation est régie principalement par le droit général des contrats, quoique le régime législatif fédéral régissant la forme de propriété intellectuelle en question puisse avoir certains effets.

Conclusion

Pour déterminer la forme d'entreprise la plus appropriée, il faut évaluer les besoins particuliers de l'entreprise et porter notamment une attention particulière aux facteurs comme la complexité de l'organisation, la nature de l'entreprise, la transférabilité des droits, la participation à la gestion, l'étendue de la responsabilité, les aspects de financement et les incidences fiscales (au Canada et dans le pays de l'investisseur non résident).

Pour déterminer la forme d'entreprise la plus appropriée, il faut évaluer les besoins particuliers de l'entreprise.

CHAPITRE 03

Gouvernance



Au cours des dernières années, bon nombre des modifications apportées aux normes de gouvernance et aux pratiques exemplaires au Canada ont découlé de pressions exercées par les investisseurs institutionnels et les groupes de défense des droits des investisseurs, ainsi que de l'évolution des tendances en matière de gouvernance à l'échelle mondiale.

Les normes de gouvernance applicables aux sociétés ouvertes au Canada sont énoncées dans les lois sur les sociétés ainsi que dans la législation et la réglementation en valeurs mobilières. Au cours des dernières années, bon nombre des modifications apportées aux normes de gouvernance et aux pratiques exemplaires au Canada ont découlé de pressions exercées par les investisseurs institutionnels et les groupes de défense des droits des investisseurs, ainsi que de l'évolution des tendances en matière de gouvernance à l'échelle mondiale. Dans le contexte actuel, la plupart des conseils d'administration de sociétés ouvertes font face à une multitude d'enjeux en matière de gouvernance, lesquels requièrent une supervision constante et rendent leur tâche encore plus exigeante. Parallèlement, des investisseurs institutionnels influents exigent que les sociétés ouvertes et leurs conseils d'administration consacrent plus d'attention à l'avancement des intérêts à long terme de leur organisation (et de ses parties prenantes), et qu'ils renouent avec une stratégie à long terme. Le défi consiste à gérer ces demandes concurrentes et à établir un ordre de priorité. Chaque émetteur formule une réponse différente en fonction d'une foule de facteurs.

États financiers et comités d'audit

La législation canadienne impose aux sociétés ouvertes l'obligation de remettre aux investisseurs des états financiers annuels audités ainsi que des états financiers trimestriels (qui peuvent être audités, mais n'ont pas à l'être). Les états financiers doivent être accompagnés d'un rapport de gestion et être appuyés par des attestations signées par le chef de la direction et le chef des finances. Ces obligations reflètent en bonne partie celles qui sont imposées par la législation américaine.

La législation canadienne impose également aux sociétés ouvertes l'obligation d'avoir un comité d'audit indépendant répondant à des normes très semblables à celles qui sont imposées aux États-Unis. Bien que les contrôles internes de l'information financière représentent une bonne part des obligations d'information des sociétés ouvertes au Canada, les organismes de réglementation des valeurs mobilières n'ont pas adopté les exigences les plus rigoureuses de l'article 404 de la SOX (*Loi Sarbanes-Oxley*, États-Unis). Plus particulièrement, aucun rapport de la direction ou avis des auditeurs n'est requis. On a plutôt apporté des améliorations

à l'attestation du chef de la direction et du chef des finances afin de fournir certaines garanties au chapitre des contrôles internes de l'information financière et des contrôles et procédures de communication de l'information.

Autres obligations d'information annuelles

Outre les états financiers et les rapports de gestion, les sociétés ouvertes (autres que les émetteurs émergents) doivent déposer auprès d'organismes publics une notice annuelle qui fournit des renseignements détaillés sur l'entreprise et ses activités. Plus tôt cette année, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont annoncé que, dans le cadre d'un vaste projet de révision des politiques visant à réduire le fardeau réglementaire des émetteurs assujettis qui ne sont pas des fonds d'investissement, elles passeront en revue certaines des obligations d'information continue dans le but non seulement de réduire les obligations d'information imposées aux émetteurs, mais aussi d'améliorer l'utilité et la facilité de consultation de l'information fournie pour les investisseurs.

Les personnes qui investissent dans des sociétés ouvertes canadiennes ont le droit de voter aux assemblées des actionnaires ou d'y être représentées par un fondé de pouvoir. Afin de permettre aux investisseurs de prendre une décision éclairée sur la manière d'exercer leur droit de vote, la direction doit leur faire parvenir une circulaire d'information renfermant de l'information détaillée sur les questions qui seront soumises à l'assemblée, y compris des renseignements spécifiques sur la rémunération des administrateurs et des membres de la haute direction. Certaines sociétés ouvertes ont recours à une procédure plus simple, connue sous le nom de procédure de notification et d'accès, pour informer les actionnaires que les documents relatifs à l'assemblée

annuelle sont disponibles et leur permettre d'y accéder au moyen d'Internet. Cette procédure peut parfois réduire grandement les coûts associés à l'envoi par la poste des documents relatifs à l'assemblée annuelle aux actionnaires.

La plupart des investisseurs détiennent leur participation indirectement, par l'intermédiaire d'un système d'inscription en compte. La réglementation en valeurs mobilières et les pratiques de l'industrie visent à placer tous les investisseurs sur un pied d'égalité en ce qui a trait à la réception de la circulaire d'information et à leur capacité de donner des instructions quant à la manière dont les droits de vote rattachés à leurs actions seront exercés. Les efforts à ce chapitre ont mené à la publication de protocoles non contraignants qui énoncent les rôles et les responsabilités des principales entités impliquées dans le rapprochement des droits de vote afin de rendre le système d'exercice des droits de vote par procuration plus exact, plus fiable et plus redevable.

Modèle de gouvernance fondé sur le principe « se conformer ou s'expliquer » (*comply or explain*)

Bon nombre des questions de gouvernance qui, dans d'autres territoires, sont strictement réglementées, sont, au Canada, couvertes par le régime « se conformer ou s'expliquer » exposé dans le *Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance* (le « Règlement 58-101 »). À titre d'exemple, la composition et le mandat du comité de rémunération et du comité des mises en candidature et de la gouvernance ne sont pas prescrits, mais sont plutôt recommandés dans des lignes directrices sur les pratiques exemplaires et des obligations d'information. La Commission des valeurs

mobilières de l'Ontario (la « CVMO ») et la plupart des autres organismes de réglementation des valeurs mobilières du Canada ont bonifié le régime « se conformer ou s'expliquer » au cours des dernières années pour favoriser une plus grande présence des femmes parmi les administrateurs et les membres de la haute direction des sociétés ouvertes. Les émetteurs inscrits à la TSX et les autres émetteurs assujettis (sauf les sociétés de capital de démarrage) doivent maintenant déclarer annuellement, entre autres, le nombre et le pourcentage de femmes faisant partie de leur conseil d'administration et de leur haute direction; le fait qu'ils ont ou non adopté une politique écrite en matière de représentation des femmes au sein de conseil (et, s'ils ne l'ont pas fait, en donner les raisons); et le fait qu'ils ont ou non fixé des objectifs concernant la représentation des femmes au sein du conseil ou de la haute direction (et, ici encore, s'ils ne l'ont pas fait, en donner les raisons). De plus, le gouvernement fédéral a approuvé la modification de la loi fédérale régissant les sociétés par actions, qui prévoira maintenant l'obligation de présenter annuellement des renseignements relatifs à la diversité, notamment sur la mixité hommes-femmes, pour toutes les sociétés ouvertes régies par la loi en question. Malgré les efforts déployés pour promouvoir la diversité au sein des sociétés ouvertes au Canada, comme dans plusieurs autres endroits dans le monde, l'évolution se fait lentement et les organismes de réglementation et les investisseurs continuent de presser les émetteurs assujettis d'améliorer de façon notable la représentation des femmes et des autres groupes sous-représentés au sein de leur conseil et de leur haute direction. Les autorités en valeurs mobilières continuent d'évaluer le régime « se conformer ou s'expliquer » et l'opportunité d'accroître les obligations d'information qu'il prévoit.

L'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance (l'« Instruction 58-201 ») établit 18 pratiques exemplaires tirées des normes canadiennes et des normes de réglementation américaines existantes. Les émetteurs ne sont pas tenus de les suivre à la lettre, mais doivent néanmoins fournir de l'information sur leurs pratiques de gouvernance conformément au Règlement 58-101. Les Autorités canadiennes en valeurs mobilières étudient également la possibilité de compléter le régime « se conformer ou s'expliquer » par l'ajout de lignes directrices sur la gouvernance dans l'Instruction 58-201.

À l'heure actuelle, l'Instruction 58-201 recommande des pratiques exemplaires à l'égard des aspects suivants :

- **Indépendance du conseil** : La majorité des membres du conseil devraient être « indépendants ». En règle générale, on entend par indépendance l'absence de relation directe ou indirecte importante entre l'administrateur et l'émetteur, c'est-à-dire une relation dont le conseil de l'émetteur pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'elle nuise à l'indépendance du jugement d'un membre du conseil. Certaines relations sont réputées importantes à cette fin. À la fin de 2017, les autorités de réglementation ont lancé un processus de

L'Instruction générale 58-201 relative à la gouvernance établit 18 pratiques exemplaires tirées des normes canadiennes et des normes de réglementation américaines existantes.

consultation par lequel elles sollicitaient l'avis des parties prenantes sur les différentes approches possibles en matière d'évaluation de l'indépendance (par exemple, fondées sur des principes); les résultats de cette consultation n'ont pas encore été publiés. L'Instruction 58-201 recommande la tenue de réunions périodiques à huis clos des administrateurs indépendants et la nomination de titulaires différents au poste de président du conseil (qui devrait être occupé par un administrateur indépendant) et à celui de chef de la direction. Si ces postes sont occupés par le même titulaire, un administrateur principal indépendant devrait être nommé et chargé des fonctions appropriées.

- **Rôle du conseil :** Le conseil devrait avoir un mandat écrit comprenant des responsabilités précises, notamment en ce qui a trait à l'intégrité de l'organisation, à la planification stratégique, à la définition et à la gestion des risques, à la planification de la relève, aux communications, aux contrôles internes, aux systèmes d'information de gestion et à la gouvernance.
- **Descriptions de poste :** Le conseil devrait établir des descriptions de poste claires pour le président du conseil et le président de chacun des comités relevant du conseil. Ce dernier, de concert avec le chef de la direction, devrait établir une description de poste claire pour le chef de la direction.
- **Rôle du conseil relativement à l'intégrité de l'émetteur :** Le conseil devrait jouer un rôle de supervision en matière d'éthique au sein de l'organisation, s'assurer de l'intégrité du chef de la direction et des autres membres de la haute direction et de la culture d'intégrité que ceux-ci instaurent dans l'ensemble de l'organisation. Le conseil devrait également adopter un code de conduite et d'éthique (et les modifications

nécessaires). Toute dérogation importante à celui-ci accordée à un administrateur ou à un membre de la haute direction pourrait devoir être rendue publique.

- **Efficacité du conseil :** Il devrait y avoir un programme d'orientation complet pour les nouveaux administrateurs et de la formation continue pour tous les administrateurs, de même qu'une évaluation périodique du conseil, des comités et de chaque administrateur.
- **Candidatures au conseil :** Le conseil devrait être chargé de la sélection des candidats proposés à l'élection par les actionnaires. À cette fin, il devrait tenir compte des compétences et des aptitudes dont le conseil a besoin et de celles qu'il possède déjà dans son ensemble. Il devrait prendre en compte les recommandations d'un comité des mises en candidature composé entièrement d'administrateurs indépendants. Pour ce faire, le comité devrait lui aussi tenir compte des compétences et des aptitudes requises et de celles que le conseil possède déjà ainsi que de celles que chaque candidat apporterait au conseil. Le comité des mises en candidature devrait avoir une charte écrite qui prévoit des dispositions précises.
- **Rémunération des membres de la haute direction :** Le conseil devrait établir un comité de la rémunération composé entièrement d'administrateurs indépendants et doté d'une charte écrite et de responsabilités précises. Le comité de la rémunération devrait être chargé de revoir l'information sur la rémunération des membres de la haute direction avant sa publication et de faire des recommandations au conseil relativement à la rémunération du chef de la direction (selon les objectifs établis pour la société), à la rémunération des dirigeants autres que le chef de la direction, aux régimes de rémunération incitative et aux régimes de rémunération à base de titres.

Tendances et évolution récentes

INSTAURATION D'UN DIALOGUE ENTRE LE CONSEIL ET LES ACTIONNAIRES

Les pressions exercées par les investisseurs ainsi que la surveillance accrue des pratiques des émetteurs par les agences de conseil en vote, comme Institutional Shareholder Services (« ISS ») et Glass Lewis & Co., et par les organismes de surveillance de la gouvernance, comme la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance (la « CCGG »), sont à l'origine d'un bon nombre des changements les plus importants en matière de normes de gouvernance. À titre d'exemple, en raison des paramètres rigoureux établis par ISS et Glass Lewis en matière de rémunération au rendement, les pratiques de rémunération des membres de la haute direction de multiples émetteurs assujettis continuent d'être scrutées à la loupe et d'évoluer vers l'élimination d'éventuels décalages entre la rémunération des membres de la haute direction et le rendement de l'entreprise, décalages qui peuvent parfois donner lieu à des recommandations de voter contre les résolutions relatives au vote consultatif sur la rémunération et à l'élection des administrateurs ou à des résultats de vote négatif à cet égard. En outre, il y a plus de sociétés ouvertes, provenant de secteurs d'activité plus variés, qu'il y a cinq ans qui font face à des propositions d'actionnaires sur des questions liées à la gouvernance et aux politiques, dont la diversité hommes-femmes, les changements climatiques et la rémunération des membres de la haute direction, et ces propositions recueillent un soutien croissant.

Au cours des dernières années, les sociétés ouvertes canadiennes ont mis l'accent sur l'ouverture d'un dialogue entre le conseil et les actionnaires. Cette interaction peut prendre différentes formes et être plus ou moins énergique. L'élaboration de mécanismes permettant de favoriser des voies de communication

Les pressions exercées par les investisseurs ainsi que la surveillance accrue des pratiques des émetteurs par les agences de conseil en vote.

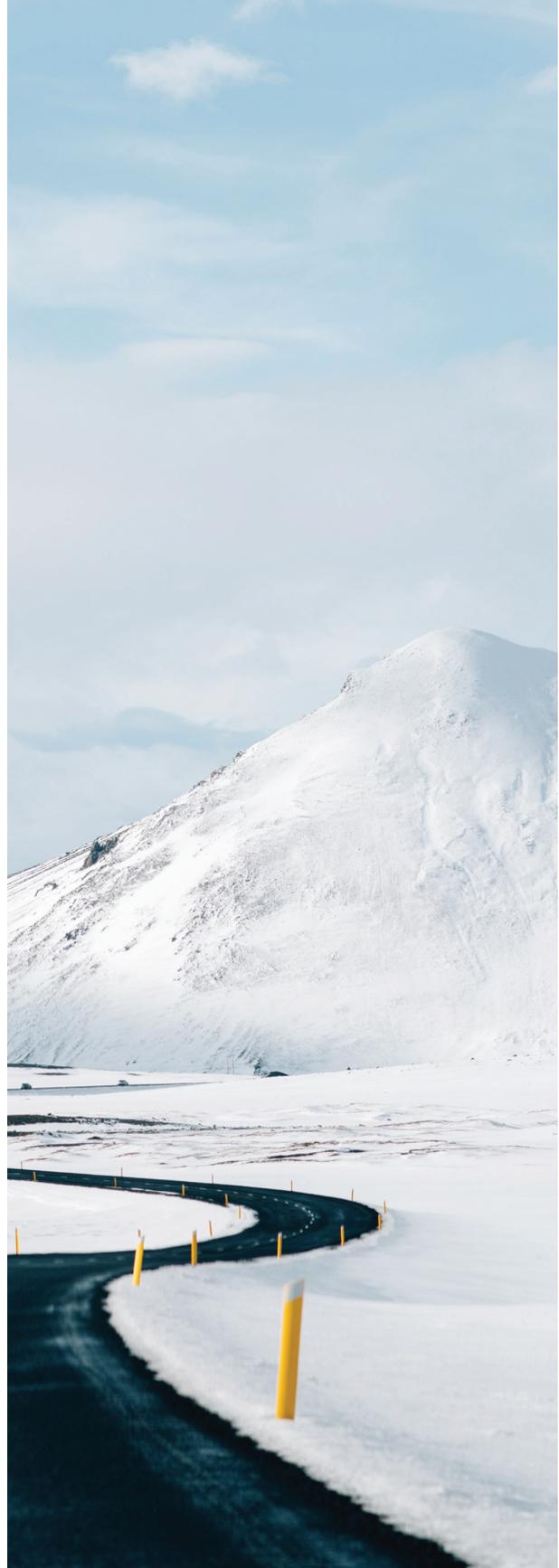
directe entre les investisseurs importants et les membres du conseil non membres de la direction est maintenant largement considérée comme faisant partie des éléments clés d'une bonne gouvernance. Un cadre favorisant l'implication des actionnaires peut aider une entreprise à tisser des liens avec ceux-ci, à comprendre leurs points de vue et leurs préoccupations en ce qui concerne une multitude de questions liées à l'environnement, à la société et à la gouvernance, et constituer un moyen efficace pour se défendre contre l'activisme et le mécontentement actionnarial. En faisant participer les actionnaires, un conseil peut, de façon proactive, répondre à leurs préoccupations, lesquelles auraient autrement pu prendre la forme d'une proposition des actionnaires ou d'une course aux procurations largement médiatisée.

ACCÈS AU PROCESSUS DE MISE EN CANDIDATURE DES ADMINISTRATEURS ET COMPOSITION DU CONSEIL

L'un des éléments clés du dialogue avec les actionnaires qui suscite beaucoup d'intérêt au Canada est l'accès au processus de mise en candidature des administrateurs, mécanisme au moyen duquel les actionnaires importants peuvent intervenir directement dans le processus de sélection des candidats aux postes d'administrateur en faisant inclure les candidats qu'ils proposent dans les documents de sollicitation de procurations de la direction. La CCGG milite en faveur de l'adoption volontaire, par les sociétés canadiennes, de l'accès au processus de

mise en candidature des administrateurs, estimant qu'il s'agit d'un moyen pour rehausser le dialogue avec les actionnaires et améliorer la composition des conseils. À la suite des deux premières propositions de règlement sur l'accès aux procurations présentées au cours de la période de sollicitation de procurations de 2017, qui avaient connu un succès mitigé, deux grandes banques canadiennes ont volontairement adopté des politiques en ce sens. Quoique l'adoption de politiques d'accès au processus de mise en candidature des administrateurs constitue un virage important, qu'empruntent également d'autres grandes institutions financières canadiennes, nous ne croyons pas que les émetteurs assisteront à une déferlante de propositions en ce sens dans les deux prochaines années. Aux yeux de plusieurs, les mécanismes qui existent au Canada en matière de propositions d'actionnaires et de demandes de tenue d'assemblée, conjugués aux lois régissant les sociétés et aux règles des bourses de valeurs (qui diffèrent de celles en vigueur aux États-Unis), forment déjà un régime robuste propre à favoriser l'interaction avec les actionnaires et la démocratie actionnariale, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter des règles d'accès au processus de mise en candidature des administrateurs. Reste à voir cependant si l'Assemblée législative de l'Ontario choisira d'enchâsser dans sa loi sur les sociétés une forme d'accès au processus de mise en candidature des administrateurs. Quoiqu'il en soit, les investisseurs seront vraisemblablement nombreux à continuer de suivre de près le processus de sélection et de mise en candidature des administrateurs et à exiger d'avoir voix au chapitre d'une manière ou d'une autre.

De même, la séparation des fonctions de chef de la direction et de président du conseil est très courante au Canada et de plus en plus préconisée par divers intervenants. Les mandats d'administrateur à durée définie et les politiques de retraite obligatoire, qui sont maintenant visés par le régime « se conformer ou s'expliquer » du Canada, retiennent aussi l'attention



des agences de conseil en vote et des organismes de défense des actionnaires, qui tiennent à ce que les conseils d'administration rendent des comptes. Il est également courant que les sociétés ouvertes soient dotées de grilles de compétences et de programmes d'évaluation rigoureux pour l'évaluation continue de la composition du conseil et de son efficacité, ainsi que de politiques de mise en candidature et de planification de la relève.

VOTE À LA MAJORITÉ

Les règles de la TSX obligent les sociétés ouvertes canadiennes autres que les émetteurs contrôlés par un actionnaire majoritaire à adopter une politique de « vote à la majorité », selon laquelle les investisseurs élisent les administrateurs individuellement chaque année, au lieu de voter pour une liste d'administrateurs, et les administrateurs doivent remettre leur démission si la majorité des voix rattachées aux actions ont fait l'objet d'une abstention à leur égard. Le conseil d'administration est tenu d'accepter la démission des personnes concernées, sauf dans des circonstances exceptionnelles (qu'il doit rendre publiques). Les lignes directrices de la TSX laissent entendre que l'émetteur qui se propose de maintenir en fonction un administrateur qui n'a pas obtenu 50 % plus un des voix exprimées par les actionnaires en sa faveur devra démontrer qu'il a des raisons vraiment exceptionnelles et non récurrentes de le faire. Le gouvernement fédéral a récemment modifié la loi canadienne sur les sociétés par actions afin d'y ajouter des dispositions sur l'« élection à la véritable majorité des voix », selon lesquelles, pour être valablement élu, chaque administrateur d'une société ouverte régie par la loi fédérale devra obtenir chaque année en sa faveur un nombre de voix représentant la majorité des voix exprimées par les actionnaires. L'administrateur qui était candidat et n'a pas été élu conformément à la règle énoncée dans la phrase qui précède pourra demeurer en fonction jusqu'au jour de la nomination ou de l'élection de

son remplaçant ou, s'il est antérieur, jusqu'au 90^e jour suivant la date de l'élection. Le gouvernement de l'Ontario envisage également de modifier sa loi sur les sociétés afin d'y ajouter des dispositions sur l'élection à la véritable majorité des voix, ce qui laisserait peu de latitude aux conseils pour remplir les postes vacants résultant du défaut des administrateurs d'obtenir le soutien de la majorité.

VOTE CONSULTATIF SUR LA RÉMUNÉRATION

Le vote consultatif sur la rémunération de la haute direction n'est pas obligatoire au Canada, mais un vote annuel à cet égard est devenu la norme. En effet, environ 80 % des émetteurs qui composent l'indice S&P/TSX 60 en ont tenu un en 2017, comparativement à un peu plus de 50 % d'entre eux en 2011. La plupart des émetteurs canadiens qui y ont recours suivent en gros le libellé recommandé par la CCGG pour leurs résolutions, qui sont de nature consultative seulement. Même si le vote consultatif sur la rémunération reçoit habituellement un assez fort appui des actionnaires, chaque année, des sociétés ouvertes canadiennes se trouvent face à un vote consultatif négatif; ce sont généralement celles qui ont fait l'objet de recommandations de vote négatives de la part d'ISS et de Lewis Glass en raison d'un décalage entre la rémunération au rendement et la performance de l'entreprise. Le gouvernement de l'Ontario envisage d'apporter à sa loi sur les sociétés des modifications qui permettraient aux actionnaires d'adopter des politiques sur la rémunération des membres de la haute direction qui lieraient le conseil d'administration.

ACTIVISME ACTIONNARIAL

Bien que le nombre de courses aux procurations ait sensiblement diminué depuis le sommet atteint en 2015, l'activisme actionnarial est toujours bien présent au Canada, mais il s'exerce par des canaux plus discrets, les actionnaires et les conseils menant en

privé un dialogue sur les moyens possibles de concilier des vues parfois divergentes sur les stratégies de l'entreprise et la gouvernance et d'apporter certains changements. Les conseils sont plus ouverts à interagir avec les actionnaires importants et les investisseurs activistes. Ces derniers parviennent de mieux en mieux à atteindre leurs objectifs sans avoir à brandir publiquement la menace d'une course aux procurations. Certains conseils et équipes de direction trouvent même avantageux de recueillir l'écho des activistes (moyennant la signature de conventions de confidentialité) et de permettre ainsi aux actionnaires de jouer un rôle consultatif auprès du conseil lorsque celui-ci élabore sa stratégie, évalue sa structure de gouvernance ou négocie une opération. Des affaires récentes concernant le placement privé d'un émetteur dans le contexte d'une course aux procurations, d'une part, et une offre publique d'achat, d'autre part, offrent également des indications importantes aux conseils et aux équipes de direction qui considèrent de telles tactiques dans une situation de contestation.

L'ACHAT DE VOTES

Les ententes de sollicitation conclues avec les courtiers démarcheurs ont toujours fait partie du paysage dans les opérations de fusions et acquisitions. Aux termes de ces ententes, des courtiers en valeurs inscrits reçoivent le mandat de solliciter l'exercice des droits de vote rattachés à des titres en faveur d'une question donnée, ou encore le dépôt de titres en réponse à une offre publique d'achat, et ils reçoivent une rémunération pour chaque droit de vote ainsi exercé ou chaque titre ainsi déposé à la suite de leurs démarches. Ces ententes ont soudainement suscité beaucoup d'intérêt lorsque Agrium Inc. y a eu recours au soutien de l'élection des administrateurs dont elle recommandait la candidature afin de faire échec à la course aux procurations lancée par JANA Partners LLC en 2013 – manœuvre qui a été qualifiée d'« achat de votes ». Les investisseurs institutionnels, les organismes de

surveillance de la gouvernance et les médias ont ouvertement critiqué la stratégie d'Agrium. À la suite d'un nouvel épisode d'achat de votes en 2017 à l'occasion d'une course aux procurations, les autorités canadiennes de réglementation des valeurs mobilières ont commencé à se pencher sur la question (et, plus généralement, sur les ententes conclues avec les courtiers démarcheurs), afin d'évaluer l'opportunité d'élaborer de nouvelles règles ou lignes directrices concernant ce type d'entente.

LES CHANGEMENTS CLIMATIQUES ET AUTRES QUESTIONS ENVIRONNEMENTALES, SOCIALES ET RELATIVES À LA GOUVERNANCE

Le risque lié aux changements climatiques et l'information devant être communiquée à cet égard suscitent beaucoup d'attention depuis deux ans. Plus tôt cette année, les autorités canadiennes en valeurs mobilières ont publié les conclusions de leur examen, mené en 2017, de l'information communiquée par les émetteurs sur les risques et les incidences financières liés aux changements climatiques et sur les mesures de gouvernance prises à cet égard. La quasi-totalité des investisseurs et des parties prenantes qu'on consultés les autorités en valeurs mobilières se sont déclarés insatisfaits de l'information communiquée en lien avec les changements climatiques. Par contraste, un nombre important d'émetteurs ont signalé avoir reçu peu ou pas de demandes concernant l'information liée aux changements climatiques de la part des investisseurs et des autres parties prenantes. Leur point de vue pourrait très bien être différent aujourd'hui. À la fin de 2017, par exemple, 30 institutions financières et caisses de retraite canadiennes et internationales représentant des actifs sous gestion d'environ 1,2 billion de dollars canadiens ont émis une déclaration conjointe exhortant les émetteurs à fournir de l'information de meilleure qualité sur leur exposition au risque lié aux changements climatiques et sur les mesures qu'ils

prennent pour le gérer. Les émetteurs semblent avoir entendu l'appel : au printemps 2018, dans son rapport préalable sur la période de sollicitation de procurations de 2018, Glass Lewis a fait état d'une amélioration marquée de l'information concernant les changements climatiques au cours des quelques mois qui avaient précédé son rapport.

De façon générale, les investisseurs se préoccupent de plus en plus des facteurs de risque environnementaux, sociaux ou liés à la gouvernance et à leur incidence sur le rendement pour l'actionnaire et la croissance durable. Par exemple, dans sa lettre annuelle de 2018 à l'intention des chefs de la direction, le président du conseil et chef de la direction de BlackRock Inc., Larry Fink, a déclaré que, pour prospérer et soutenir durablement la croissance à long terme, chaque compagnie doit notamment faire la preuve de son apport positif à la société, à l'avantage de toutes les parties prenantes, dont ses actionnaires, ses employés, ses clients et les collectivités où elle exerce ses activités.

Conclusion – administrateurs sur la sellette

Outre les questions précises mentionnées précédemment, de manière générale, la gouvernance demeure un sujet d'actualité au Canada et ailleurs dans le monde, ce qui a d'importantes répercussions sur les équipes de direction des émetteurs canadiens. Les normes évoluant constamment, les administrateurs et les membres de la haute direction doivent donc rester vigilants et se tenir au courant des enjeux. Par exemple, entre autres en raison d'un plan d'arrangement qui a suscité beaucoup d'intérêt en 2016-2017, certains organismes de réglementation des valeurs mobilières du Canada ont publié en 2017 des lignes directrices importantes concernant le rôle des conseils et des comités spéciaux, les processus

que ceux-ci doivent suivre et leurs obligations de communication de l'information dans le contexte d'une opération donnant lieu à un conflit d'intérêts important régie par le Règlement 61-101. Par ailleurs, à la suite ces dernières années d'une vague de premiers appels publics à l'épargne comportant une structure à double catégorie d'actions, plusieurs observateurs s'interrogent sur les défis que présentent ces structures en matière de gouvernance, certains les remettant carrément en doute et revendiquant l'application du principe « une action-un vote » à l'instar de certains territoires.

Parmi les défis qui attendent les conseils, l'un des plus importants consistera probablement à mettre en balance les nouvelles tendances et pratiques en matière de gouvernance avec les demandes existantes et les priorités établies qui grugent l'attention des administrateurs. Cela étant, les têtes dirigeantes des sociétés ouvertes devraient s'attendre à une attention soutenue de la part des investisseurs et des organismes de surveillance de la gouvernance au chapitre des initiatives visant à améliorer l'apport des actionnaires aux stratégies et aux pratiques environnementales, sociales et de gouvernance, notamment en ce qui a trait aux changements climatiques, à la gestion du risque (lié, entre autres, au développement durable, au cyberrisque, à la corruption, aux technologies émergentes), à la diversité, à l'interaction avec les actionnaires (notamment en ce qui concerne l'accès au processus de mise en candidature des administrateurs et les propositions d'actionnaires), au rendement des membres de la haute direction et à leur rémunération, à la stratégie à long terme et à la composition et à l'efficacité du conseil.

Pour en savoir davantage au sujet de ces questions et d'autres questions de gouvernance, veuillez consulter les Rapports sur la gouvernance annuels de Davies sur le site Web du cabinet à l'adresse dwpv.com.

Financement d'une opération commerciale



Les sociétés peuvent réunir des capitaux de différentes manières, les plus courantes étant le financement par actions et le financement par emprunt.

Le financement par emprunt peut être fourni par les actionnaires, en sus du capital provenant de la vente d'actions, ou par des tiers comme des banques et d'autres institutions financières; il peut également provenir du placement de titres d'emprunt sur les marchés financiers. Les banques canadiennes, les filiales ou succursales canadiennes de banques étrangères et d'autres institutions financières, comme les banques d'investissement et les compagnies d'assurance-vie, fournissent toutes du financement aux sociétés fermées et aux sociétés ouvertes au Canada. Les tiers prêteurs peuvent exiger que les actionnaires de la société maintiennent un certain niveau de participation. Les prêteurs peuvent également exiger des garanties personnelles de la part des actionnaires de petites sociétés fermées.

Les tiers prêteurs fournissent principalement deux types de financement par emprunt, à savoir le financement d'exploitation et le financement à terme. Comme leur nom l'indique, le financement d'exploitation finance habituellement les activités courantes de l'entreprise, tandis que le financement à terme sert habituellement aux placements en immobilisations ou aux acquisitions. Ces deux types de financement portent généralement intérêt à un taux variable lié aux taux d'intérêt du marché. Le financement à terme peut exiger des remboursements échelonnés sur une période définie.

Financement garanti

Les prêteurs qui fournissent du financement par emprunt, qu'il s'agisse de financement d'exploitation ou de financement à terme, peuvent exiger une sûreté pour garantir leurs prêts. La sûreté consiste souvent en une charge grevant tous les actifs de l'emprunteur, notamment les stocks, les comptes clients, les immobilisations, comme la machinerie et le matériel, et, dans certains cas, les immeubles. La nature exacte de la sûreté prise dans chaque cas sera tributaire de la situation financière et du pouvoir de négociation de l'emprunteur ainsi que de la nature des actifs disponibles pour la garantie de la dette.

Les tiers prêteurs fournissent principalement deux types de financement par emprunt, à savoir le financement d'exploitation et le financement à terme. Comme leur nom l'indique, le financement d'exploitation finance habituellement les activités courantes de l'entreprise, tandis que le financement à terme sert habituellement aux placements en immobilisations ou aux acquisitions.

Le droit canadien divise les biens en deux catégories : les biens réels ou immeubles (les terrains, les édifices et les biens meubles qui sont fixés de façon permanente aux terrains) et les biens personnels ou meubles (en général, tout ce qui n'est pas fixé à un terrain, y compris les véhicules, le matériel et l'équipement, les actions, les stocks, les comptes clients et les autres biens incorporels).

On greève les immeubles ou les biens réels d'une sûreté par l'intermédiaire d'un *mortgage* ou d'une charge ou, au Québec, d'une hypothèque. Dans chaque cas, le créancier garanti doit publier (ou inscrire) la sûreté grevant le bien en cause pour protéger ses droits et leur rang à l'égard des tiers.

En matière de sûretés mobilières ou personnelles, il se peut que le prêteur soit tenu de procéder à des inscriptions dans plusieurs provinces et territoires au Canada (voire à l'extérieur du Canada) afin de protéger sa sûreté, étant donné que les sûretés grevant les biens meubles relèvent principalement (quoique non exclusivement) de la compétence des provinces.

La *Loi sur les sûretés mobilières* de l'Ontario s'inspire de l'article 9 de la loi américaine intitulée *Uniform Commercial Code*. Toutes les autres provinces de *common law* ont des lois similaires, mais non identiques. Sauf quelques exceptions, la loi s'applique à toute opération ayant pour effet de créer une sûreté, y compris un bail qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation, et à toute location de biens dans le cadre d'un bail de plus d'un an. Pour rendre sa sûreté opposable, le créancier garanti doit avoir la maîtrise des biens garantis ou inscrire un état de financement à un registre informatisé consultable, selon le type de sûreté. Certaines situations requièrent des inscriptions supplémentaires, comme lorsqu'un débiteur change de nom ou qu'un bien garanti est transféré, ainsi que dans les cas de renouvellement.

De façon générale, le *Code civil du Québec* prévoit une seule forme de sûreté conventionnelle, à savoir l'hypothèque. L'hypothèque est une charge grevant un bien meuble ou immeuble qui est accordée pour garantir l'exécution d'une obligation actuelle ou future et qui est valable tant que l'obligation continue d'exister. La sûreté créée par une hypothèque devient opposable aux tiers par publication d'un avis dans les registres constitués à cette fin ou par la remise des biens grevés au créancier garanti. Une publication supplémentaire peut être requise dans certains cas, comme dans le cas d'un changement de nom du débiteur. De plus, les règles applicables au Québec relativement aux délais de publication ainsi qu'à la réalisation et à la forme des sûretés pourraient différer de celles qui s'appliquent dans les autres provinces.

Le gouvernement fédéral a compétence pour légiférer sur les sûretés mobilières dans des domaines restreints comme les transports, les chemins de fer et certaines sûretés prises par les banques canadiennes. Bien que le régime législatif fédéral portant sur la propriété intellectuelle ne prévoit pas un régime complet quant à la prise de sûretés, il est généralement possible de déposer des contrats de sûreté visant la propriété intellectuelle auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada. Si la propriété intellectuelle du débiteur a une grande valeur, le prêteur publie généralement une sûreté la grevant aux termes des régimes fédéral et provinciaux.

Réglementation des valeurs mobilières

Au Canada, la réglementation des valeurs mobilières relève de la compétence des provinces et chaque province et territoire a adopté une législation en valeurs mobilières qui, de façon générale, est comparable à celle des États-Unis. La Cour suprême

du Canada a confirmé en 2011 que la réglementation au quotidien du commerce des valeurs mobilières relevait de la compétence provinciale et a déclaré inconstitutionnel le projet de loi sur les valeurs mobilières que le gouvernement fédéral se proposait d'adopter. Le gouvernement fédéral ainsi que ceux de l'Ontario, de la Colombie-Britannique, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Yukon ont quand même convenu d'établir un régime coopératif en matière de réglementation des marchés des capitaux et ont invité les autres provinces et territoires à y participer.

Les lois et les règlements sur les valeurs mobilières ainsi que les règles et les instructions des commissions des valeurs mobilières au Canada sont très semblables. En effet, les exigences relatives à l'établissement de prospectus, les dispenses d'application de ces exigences et les obligations d'information continue des émetteurs assujettis (c'est-à-dire, les sociétés ouvertes) sont harmonisées pour l'essentiel entre les provinces et les territoires, et l'harmonisation se poursuit. Cependant, la concordance imparfaite de la réglementation applicable d'une province et d'un territoire à l'autre au Canada peut compliquer la réalisation de placements de valeurs mobilières effectués dans plus d'une province ou plus d'un territoire, et ce, surtout lorsqu'on demande une dispense qui est accordée à la discrétion de l'autorité en valeurs mobilières ou que le placement soulève des questions nouvelles.

La législation en valeurs mobilières de l'Ontario définit de façon large la notion de « valeur mobilière », qui s'entend notamment d'un document constituant la preuve d'un titre ou d'un droit sur le capital, l'actif, les profits ou les biens d'une personne ou d'une société. La définition de « valeur mobilière » vise plusieurs types de contrats et d'instruments prévoyant une contrepartie en argent. Cette notion couvre notamment les billets, les actions, les obligations,



La législation en valeurs mobilières de l'Ontario définit de façon large la notion de « valeur mobilière », qui s'entend notamment d'un document constituant la preuve d'un titre ou d'un droit sur le capital, l'actif, les profits ou les biens d'une personne ou d'une société.

les débetures, les certificats d'intérêts, les actions et les options transférables, toute option sur valeur mobilière, tout droit de souscription d'une valeur mobilière ou tout autre intérêt dans une valeur mobilière. Selon les circonstances, les titres de financement par actions et de financement par emprunt peuvent tous deux être visés par la définition de valeur mobilière et donc être assujettis à la législation provinciale en valeurs mobilières applicable. De plus, l'autorité en valeurs mobilières de l'Ontario considère que les dérivés donnant lieu à un règlement en espèces qui permettent à un investisseur d'obtenir une exposition à un actif sous-jacent sans en faire l'acquisition sont des valeurs mobilières assujetties à la législation en valeurs mobilières de l'Ontario.

En règle générale, d'un bout à l'autre du Canada, les placements de titres doivent être effectués au moyen d'un prospectus ayant reçu l'aval des autorités en valeurs mobilières provinciales ou territoriales compétentes, sauf en cas de dispense d'application de cette exigence. Le placement de titres comprend les opérations effectuées par un émetteur sur des titres auparavant non émis et les opérations sur titres effectuées par une « personne participant au contrôle » de l'émetteur. Une personne est présumée une « personne participant au contrôle » d'un émetteur si elle détient plus de 20 % des droits de vote liés aux titres de l'émetteur. De plus, certaines opérations sur des titres qui ont été acquis auparavant en vertu d'une dispense de l'obligation d'établir un prospectus sont assimilées à des placements de titres; toutefois, les titres d'un émetteur assujetti qui ont été acquis aux termes d'une telle dispense sont généralement librement négociables après une période de détention de quatre mois.

Le placement de titres comprend les opérations effectuées par un émetteur sur des titres auparavant non émis et les opérations sur titres effectuées par une « personne participant au contrôle » de l'émetteur.

Les dispenses de prospectus les plus utiles pour l'entité étrangère qui finance une entreprise au Canada sont les suivantes :

- La *dispense relative aux investisseurs qualifiés* permet l'acquisition de titres sans prospectus par certains investisseurs qualifiés, notamment les investisseurs institutionnels de même que les personnes physiques ou morales qui respectent certains critères relatifs à leur revenu ou à leur actif.
- La *dispense relative aux acquisitions importantes* permet à une personne (autre qu'une personne physique) d'acquérir des titres sans prospectus lorsque chaque acquéreur investit une somme en espèces d'au moins 150 000 dollars.

Ces deux dispenses de prospectus n'exigent pas qu'un document d'information soit remis aux acquéreurs. Toutefois, dans les provinces canadiennes autres que la Colombie-Britannique et le Québec, et, dans le cas de la dispense relative aux investisseurs qualifiés, l'Alberta (lorsqu'un document d'information est « volontairement » fourni aux acquéreurs), l'acquéreur dispose d'un droit de résolution ou d'un droit à des dommages-intérêts à l'encontre de l'émetteur ou du porteur de titres vendeur si le document d'information contient

de l'information fausse ou trompeuse. Il pourrait également exister un droit d'action à l'encontre des administrateurs de l'émetteur ou du porteur de titres vendeur ou à l'encontre du courtier, le cas échéant, par l'intermédiaire duquel la vente a été réalisée. Si un document d'information est remis à un acquéreur pour une opération réalisée aux termes de ces deux dispenses de prospectus, un exemplaire du document d'information doit généralement être déposé auprès de l'autorité en valeurs mobilières et les droits connexes versés à celle-ci.

La législation canadienne en valeurs mobilières impose une obligation d'information continue à l'égard de tout changement important dans les affaires des émetteurs assujettis et comporte également des dispositions concernant les opérations d'initiés et les offres publiques d'achat.

Plusieurs mesures importantes ont été prises pour que les émetteurs étrangers aient un accès plus facile aux marchés des capitaux canadiens. En 1991, les efforts de coopération entre les organismes de réglementation des valeurs mobilières du Canada et la Securities and Exchange Commission (la « SEC ») des États-Unis ont mené à la création d'un système connu sous le nom de Régime d'information multinational ou « RIM ». Le RIM sud-nord permet à un émetteur américain de placer des titres au Canada en se conformant essentiellement aux règles de la SEC. Le RIM vise les placements de droits, les offres publiques d'achat et de rachat, les regroupements d'entreprises, les placements de titres d'emprunt et d'actions privilégiées auxquels une cote approuvée a été attribuée ainsi que les placements de titres, notamment de participation, par certains grands émetteurs.

Les émetteurs canadiens admissibles peuvent parallèlement accéder aux marchés financiers américains grâce aux règles du RIM nord-sud, qui permettent aux émetteurs canadiens de placer des titres aux États-Unis en utilisant un prospectus établi suivant la réglementation canadienne en valeurs mobilières et en rendant publics certains renseignements supplémentaires. Un « émetteur étranger fermé » canadien (à l'exception d'une « société de placement », au sens attribué au terme *investment company* dans la législation américaine) peut se prévaloir du RIM nord-sud s'il est assujetti aux obligations d'information continue d'un organisme de réglementation des valeurs mobilières provincial depuis 12 mois civils et que ses actions ont une valeur au marché globale d'au moins 75 millions de dollars américains.

Pour l'émetteur canadien, le principal avantage du recours au RIM nord-sud tient au fait que ce sont les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens qui procèdent à l'examen, et non pas la SEC (quoique la SEC se réserve le droit de le faire si elle a des raisons de croire que le dépôt ou le placement pose problème). En outre, les périodes d'examen applicables de ces organismes sont celles que prescrit la législation canadienne en valeurs mobilières, et elles sont généralement beaucoup plus courtes que celles que prévoit la législation américaine en valeurs mobilières.

Inscription en bourse

Les bourses principales au Canada sont la Bourse de Toronto (la « TSX ») et la Bourse de croissance TSX (la « TSX de croissance »). Les sociétés inscrites à la TSX sont des grandes sociétés bien établies alors que celles qui s'inscrivent à la Bourse de croissance TSX sont des sociétés de capital de démarrage. On peut s'inscrire de différentes façons à chacune des deux bourses, mais l'inscription se fait le plus souvent dans le cadre d'un premier appel public à l'épargne réalisé par voie de prospectus déposé auprès des autorités canadiennes en valeurs mobilières.

La société qui souhaite s'inscrire à l'une ou l'autre de ces bourses doit déposer une demande d'inscription et certains documents à l'appui de sa demande. Elle doit fournir des données démontrant qu'elle est en mesure de respecter les exigences d'inscription, dont les exigences financières et l'exigence se rapportant au flottant. Après l'inscription, la société a des obligations boursières permanentes à respecter, dont celle d'obtenir l'approbation de la bourse avant de procéder à certaines émissions d'actions ou à d'autres modifications du capital-actions (qui peuvent aussi nécessiter l'approbation des actionnaires). Les bourses ont également adopté leurs propres normes en matière de gouvernance et de communication d'information, qui s'ajoutent à celles prévues par la législation sur les sociétés et sur les valeurs mobilières.

CHAPITRE 05

Fusions et acquisitions



Le principe directeur de la réglementation canadienne des offres publiques d'achat réside dans l'égalité de traitement des actionnaires; par conséquent, sauf exception, l'acquéreur doit offrir la même contrepartie ou le même choix de contreparties à tous les actionnaires.

Au Canada, les acquisitions de sociétés ouvertes doivent respecter un cadre juridique bien établi dicté par le droit des sociétés et le droit des valeurs mobilières. Le plus souvent, elles sont réalisées par voie d'offre publique d'achat, à savoir une offre d'achat d'actions présentée directement aux actionnaires de la société cible par l'acquéreur, ou au moyen d'un plan d'arrangement ou d'une fusion, à savoir des opérations prévues par la loi qui doivent être soumises à l'approbation des actionnaires de la société cible à l'occasion d'une assemblée des actionnaires. De plus, les acquisitions sont effectuées soit dans le cadre d'une opération négociée avec l'appui de la société cible, soit dans le cadre d'une offre non sollicitée (ou « hostile ») sans l'appui de la société cible (presque forcément, dans ce dernier cas, par voie d'offre publique d'achat).

Offre publique d'achat

Une offre publique d'achat est une opération par laquelle l'acquéreur présente aux actionnaires d'une société ouverte une proposition d'achat d'actions conditionnelle au dépôt d'un nombre minimal d'actions par les actionnaires qui acceptent l'offre. Le déroulement des offres publiques d'achat est étroitement réglementé par la législation en valeurs mobilières en vigueur au Canada. Bien que chaque province et chaque territoire ait son propre organisme de réglementation des valeurs mobilières et sa propre législation en valeurs mobilières, les offres publiques d'achat sont soumises à une norme nationale dont l'adoption a permis d'harmoniser les règles applicables à l'échelle pancanadienne.

CONTREPARTIE

La personne qui se propose d'acquérir une société ouverte canadienne par voie d'offre publique d'achat peut régler le prix des actions en espèces, en titres ou encore au moyen d'une combinaison d'espèces et de titres. Le principe directeur de la réglementation canadienne des offres publiques d'achat réside dans l'égalité de traitement des actionnaires; par conséquent, sauf exception, l'acquéreur doit offrir la même contrepartie ou le même choix de contreparties à tous les actionnaires.

Comme c'est le cas au Royaume-Uni, mais non aux États-Unis, au Canada l'initiateur de l'offre publique d'achat doit disposer, au moment du lancement de celle-ci, d'un financement adéquat lui permettant de régler le prix d'achat en espèces aux actionnaires à l'expiration de l'offre. L'initiateur n'est pas tenu d'avoir en caisse les fonds nécessaires au moment du lancement de l'offre, mais il doit à tout le moins avoir obtenu d'un prêteur l'engagement de fournir le financement nécessaire. Contrairement aux règles en vigueur au Royaume-Uni, les règles canadiennes n'exigent pas qu'un tiers (par exemple un conseiller financier) confirme que le financement a été entièrement mis à la disposition de l'initiateur.

Si la contrepartie offerte est composée de titres de l'acquéreur, ce dernier doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs. La note d'information relative à l'offre publique d'achat (la « note d'information ») devra présenter sur l'acquéreur des renseignements aussi détaillés que ceux que l'on trouve dans un prospectus, y compris parfois des états financiers pro forma tenant compte de l'acquisition. L'acquéreur pourrait également devenir assujéti aux obligations d'information continue en vigueur au Canada. Une note d'information faisant état d'une contrepartie en titres n'a pas à être approuvée par les autorités canadiennes en valeurs mobilières. Toutefois, si l'émission des titres est également assujéti à la législation en valeurs mobilières des États-Unis, il pourrait convenir d'opter pour un plan d'arrangement afin de tirer parti de la dispense des obligations d'inscription américaines dont un acquéreur peut se prévaloir dans le cadre d'un arrangement réalisé au Canada. Bien que les actionnaires de la société cible ne puissent bénéficier d'un report d'impôt lorsque leurs actions sont échangées contre des titres d'une entité étrangère, il est néanmoins possible d'avoir recours à une structure comportant des « actions échangeables » pour obtenir un tel report d'impôt.

DÉROULEMENT

Il y a deux façons de lancer une offre publique d'achat. La première consiste à envoyer l'offre et la note d'information aux actionnaires par la poste; la deuxième, dans le cas d'une offre non sollicitée ou « hostile », consiste à publier un avis dans un journal. Au Canada, la durée minimale de la période de validité de l'offre est de 105 jours, mais ce délai peut être plus long et être prolongé par l'initiateur. Dans le cas d'une offre publique d'achat négociée ou amicale, le délai pendant lequel des actions peuvent être déposées en réponse à l'offre peut être ramené à 35 jours. Que l'offre soit amicale ou hostile, la société cible doit établir une circulaire des administrateurs recommandant aux actionnaires d'accepter ou de rejeter l'offre, ou énonçant les motifs pour lesquels le conseil d'administration est incapable de formuler une recommandation, et envoyer cette circulaire aux actionnaires dans les 15 jours suivant la date de l'offre.

À l'expiration du délai initial, si toutes les conditions de l'offre ont été remplies ou ont fait l'objet d'une renonciation, l'initiateur doit prolonger de dix jours au moins le délai pendant lequel des actions peuvent être déposées en réponse à l'offre. À l'expiration de l'offre, l'initiateur « prend livraison » des actions (c'est-à-dire qu'il accepte les actions déposées en réponse à l'offre et annonce qu'il mènera celle-ci à bonne fin) et en règle le prix.

La législation canadienne en valeurs mobilières interdit à l'initiateur de prendre livraison d'actions déposées en réponse à l'offre si le pourcentage des actions en circulation (à l'exclusion des actions détenues par l'initiateur ou par toute personne agissant de concert avec lui) qui n'ont pas été déposées en réponse à l'offre est égal ou inférieur à 50 %. Si moins de la totalité des actions en circulation ont été déposées en réponse à l'offre (ce qui est habituellement le cas), l'initiateur peut acquérir les actions restantes

de deux façons. Si au moins 90 % des actions en circulation ont été déposées, le droit canadien des sociétés autorise l'initiateur à évincer les actionnaires restants, moyennant remise d'un avis à cet effet et paiement d'une contrepartie identique à celle offerte dans le cadre de l'offre. Ces actionnaires ont alors le droit soit d'accepter la contrepartie, soit de faire valoir leur droit à la dissidence en demandant au tribunal d'établir la « juste valeur » de leurs actions. Si moins de 90 % mais plus de 66⅔ % des actions en circulation ont été déposées en réponse à l'offre, l'initiateur peut procéder avec la société cible à une opération de deuxième étape, par voie de fusion ou d'arrangement, aux termes de laquelle les actionnaires restants seront évincés moyennant paiement d'une contrepartie identique à celle offerte dans le cadre de l'offre (sous réserve du droit à la dissidence). Une fusion ou un arrangement nécessite habituellement l'approbation de 66⅔ % au moins des actionnaires. Les actions acquises par l'initiateur dans le cadre de l'offre peuvent être prises en compte dans le calcul du pourcentage d'approbation de 66⅔ %, ce qui garantit normalement l'issue favorable du vote sur la fusion ou l'arrangement. Une telle opération de deuxième étape requiert la tenue d'une assemblée des actionnaires, ce qui a pour effet d'ajouter un délai supplémentaire de 35 à 45 jours après l'expiration de l'offre et de retarder d'autant l'acquisition de toutes les actions.

Aux termes des lois sur les valeurs mobilières canadiennes, l'offre publique d'achat lancée par un initié de la société cible, notamment une personne qui détient des actions auxquelles sont rattachés plus de 10 % des droits de vote rattachés à l'ensemble des actions en circulation de la société cible, est tenu d'obtenir une évaluation officielle indépendante des actions de la société cible, sous réserve de certaines dispenses.

Arrangement ou fusion

Le plan d'arrangement est une opération prévue par la loi qui comporte une succession d'étapes pouvant comprendre l'acquisition d'actions ou d'autres titres de la société cible. Il est souvent utilisé au Canada dans les opérations de fusions et acquisitions négociées en raison de la souplesse de sa structure. La fusion est une opération prévue par la loi qui permet de regrouper deux entités ou plus. Pour ce faire, l'acquéreur constitue une société à vocation spéciale qui fusionne avec la société cible en échange de quoi les actionnaires de la société cible reçoivent la contrepartie offerte dans le cadre de l'acquisition. Les arrangements et les fusions doivent être approuvés par les actionnaires de la société cible (généralement à hauteur de 66⅔ %). L'arrangement doit également être soumis à l'approbation du tribunal.

CONTREPARTIE

Dans un plan d'arrangement ou une fusion, l'acquéreur d'une société ouverte canadienne peut régler la contrepartie en espèces, par l'émission de titres ou au moyen d'une combinaison d'espèces et de titres. À la différence des offres publiques d'achat, dans un plan d'arrangement rien n'interdit à l'acquéreur d'offrir des contreparties différentes ou d'appliquer un traitement différent selon les actionnaires. Toutefois, s'il offre

Les arrangements et les fusions doivent être approuvés par les actionnaires de la société cible (généralement à hauteur de 66⅔ %). L'arrangement doit également être soumis à l'approbation du tribunal.

une contrepartie différente à des parties liées de la société cible ou si celles-ci reçoivent un « avantage accessoire », l'acquéreur pourrait devoir obtenir une évaluation officielle indépendante des actions de la société cible ainsi que l'approbation de la majorité des porteurs minoritaires à l'assemblée des actionnaires. À titre d'exemple, il y aurait différence de traitement dans le cadre d'une acquisition réalisée par une société de capital-investissement si la direction était tenue de réinvestir une partie du produit ou d'accepter une partie du produit comme participation dans l'entreprise acquise.

Si des titres sont offerts comme contrepartie, les règles mentionnées ci-dessus dans le contexte des offres publiques d'achat seraient également pertinentes.

DÉROULEMENT

Pour mettre en œuvre un plan d'arrangement, la société cible demande au tribunal d'émettre une ordonnance de procédure établissant le pourcentage d'approbation requis des actionnaires (généralement $66\frac{2}{3}$ % des voix exprimées à l'assemblée des actionnaires) et la marche à suivre pour l'assemblée qui sera convoquée aux fins de l'approbation de l'opération. La société cible envoie ensuite une circulaire d'information par la poste à ses actionnaires, puis tient l'assemblée ayant pour objet l'approbation de l'opération (en règle générale, dans les 30 jours environ suivant la mise à la poste). La société cible revient devant le tribunal afin de lui demander de rendre une décision sur le caractère équitable de l'opération. Une fusion doit également être soumise à l'approbation des actionnaires à une assemblée convoquée à cette fin, mais ne requiert pas l'assentiment ou une ordonnance du tribunal. Une fois l'opération approuvée par les actionnaires et, dans le cas de l'arrangement, par le tribunal, les parties procèdent à la clôture.

Un arrangement, ou une fusion, peut être réalisé en une seule étape, ce qui, d'un point de vue pratique, abaisse le seuil d'approbation requis comparativement aux offres publiques d'achat.

En général, un plan d'arrangement ou une fusion ne peut être réalisé que si l'opération est « amicale » (relativement parlant, car un actionnaire activiste pourrait acquérir le contrôle du conseil ou exercer des pressions forçant une opération que le conseil de la société cible n'était pas disposé à envisager au départ).

Le plan d'arrangement offre plus de souplesse aux parties, car il permet de tenir compte des options sur actions et d'autres titres convertibles et d'intégrer des mesures de planification fiscale. Un arrangement, ou une fusion, peut être réalisé en une seule étape, ce qui, d'un point de vue pratique, abaisse le seuil d'approbation requis comparativement aux offres publiques d'achat (par exemple, lorsqu'un acquéreur souhaite acquérir la totalité des actions de la société cible, son offre publique d'achat est généralement conditionnelle à ce que $66\frac{2}{3}$ % au moins de toutes les actions en circulation soient déposées en réponse à l'offre, tandis qu'un arrangement, ou une fusion, doit être approuvé à $66\frac{2}{3}$ % des voix exprimées par les actionnaires représentés à l'assemblée des actionnaires, le pourcentage de représentation des actionnaires étant fort probablement inférieur à 100 %). Cependant, la nécessité de faire approuver l'arrangement par le tribunal et la tenue d'une audience sur le caractère équitable de l'opération donnent

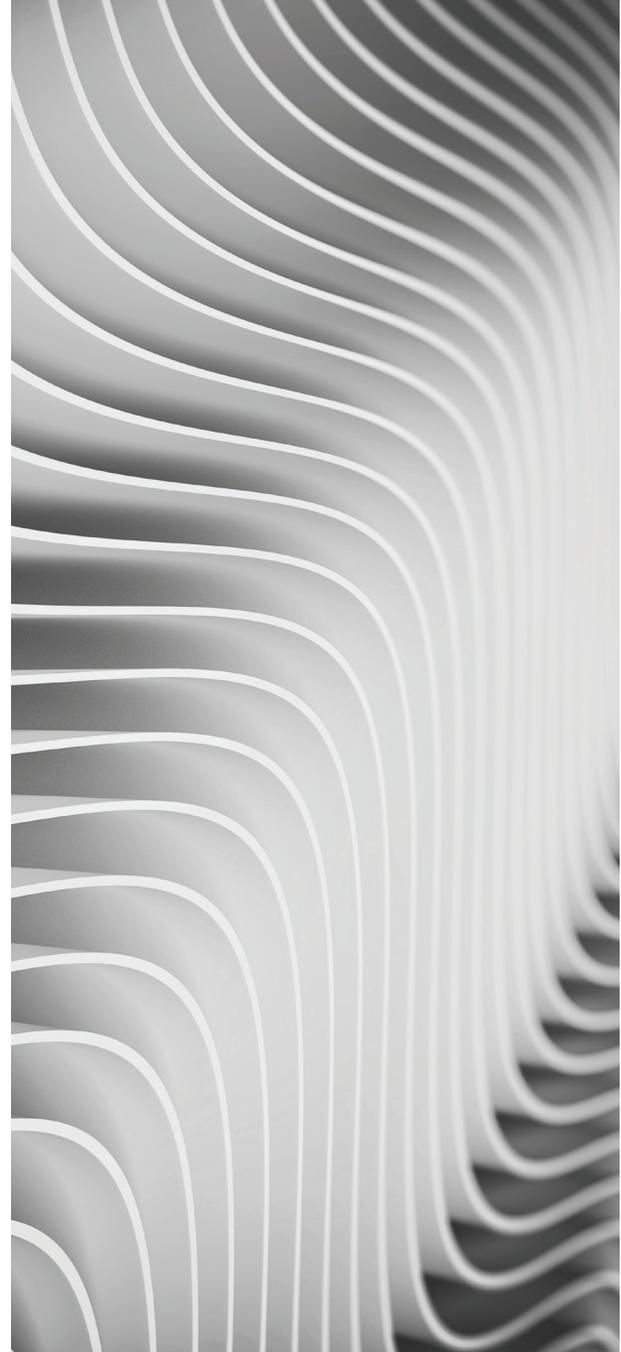
aux actionnaires (et aux autres parties prenantes) l'occasion de tenter de freiner l'opération dans la mesure où ils s'y opposent. Malgré tout, en raison de la souplesse que procurent les plans d'arrangement, les acquisitions de sociétés ouvertes canadiennes au moyen de cette structure sont plus fréquentes que les acquisitions au moyen d'une fusion.

Acquisition négociée

Au Canada, dans une acquisition négociée ou « amicale », l'acquéreur présente généralement une manifestation d'intérêt non contraignante à la société cible, à la suite de quoi la société cible accorde parfois à l'acquéreur un droit de négociation exclusive. Avant que ne puisse commencer le contrôle diligent, la société cible demande à l'acquéreur de signer une convention de confidentialité et, bien souvent, une convention de *statu quo* lui interdisant d'effectuer une acquisition non sollicitée. Habituellement, l'acquéreur mène à bonne fin son contrôle diligent avant que ne soit signée la convention d'acquisition définitive, car il est rare qu'une telle convention prévoie une condition de contrôle diligent.

Les administrateurs d'une société cible qui évaluent une opération entraînant un changement de contrôle ont l'obligation fiduciaire d'agir dans l'intérêt de la société. En général, le conseil d'administration doit chercher à obtenir la meilleure valeur possible dans les circonstances, mais il n'a pas l'obligation de procéder à des enchères ou de sonder le marché dans toutes les situations de changement de contrôle.

La convention d'acquisition définitive énonce, entre autres, les étapes techniques menant à la réalisation de l'opération et réitère l'appui accordé à celle-ci par le conseil d'administration de la société cible. La convention définitive comprend habituellement des dispositions interdisant à la société cible de solliciter d'autres propositions d'acquisition auprès de tiers ou de donner suite à de telles propositions.



La convention d'acquisition définitive énonce, entre autres, les étapes techniques menant à la réalisation de l'opération et réitère l'appui accordé à celle-ci par le conseil d'administration de la société cible.

Toutefois, la convention peut comprendre une clause de retrait par devoir fiduciaire autorisant le conseil de la société cible à donner suite à une proposition supérieure à l'opération convenue et à résilier la convention définitive afin d'accepter la proposition supérieure, sous réserve du paiement, par la société cible à l'acquéreur, d'une indemnité de résiliation (représentant généralement entre 2 % et 4 % de la valeur de l'opération). La convention contient parfois une clause d'autorisation de sollicitation permettant à la société cible de chercher activement d'autres propositions pendant une période déterminée suivant la conclusion de la convention définitive. Habituellement, l'acquéreur aura le droit de soumettre une proposition équivalente à toute proposition supérieure afin de préserver son opération. L'acquéreur peut aussi conclure avec des actionnaires importants ou faisant partie de la direction de la société cible des conventions de blocage aux termes desquelles ceux-ci s'engagent à soutenir l'opération. Selon les circonstances, il est possible de prévoir d'autres mesures de protection de l'opération, comme l'octroi à l'acquéreur d'une option d'achat de certains actifs de la société cible ou encore l'émission, à l'acquéreur, d'actions de la société cible au moment de la signature de la convention définitive.

Avant d'approuver la conclusion de la convention définitive, le conseil d'administration de la société cible obtient généralement de ses conseillers financiers un avis selon lequel la contrepartie offerte dans le cadre de l'opération est équitable du point de vue financier pour les actionnaires de la société. Enfin, la signature de la convention définitive est suivie de la publication d'un communiqué annonçant l'opération.

En règle générale, les parties annoncent l'opération d'acquisition une fois qu'elles ont convenu du prix et de la structure de l'opération, ce qui correspond le plus souvent au moment où les parties concluent la convention d'acquisition définitive. Il arrive que des sociétés cibles dévoilent l'opération à un moment

antérieur, mais cela n'est pas pratique courante. Cependant, la Bourse de Toronto peut obliger la société cible à faire état de l'existence de négociations entourant une fusion si l'activité sur le marché indique que des rumeurs ont une incidence indue sur les opérations effectuées sur le titre de la société en cause.

Acquisition non sollicitée

Les offres publiques d'achat non sollicitées ou « hostiles » sur des sociétés ouvertes canadiennes ne sont pas rares. Elles visent à contourner le conseil d'administration de la société cible et à soumettre l'offre directement aux actionnaires. L'offre publique d'achat est généralement la seule structure d'opération possible dans le cas d'une acquisition non sollicitée. Contrairement à ce qui se produit dans le cas d'une acquisition négociée, l'acquéreur qui lance une offre non sollicitée n'a pas accès à l'information confidentielle lui permettant d'effectuer un contrôle diligent et ne peut compter sur la collaboration de la société cible au moment de soumettre l'acquisition à l'approbation des organismes de réglementation. Néanmoins, la société cible pourrait ultérieurement consentir à une opération négociée, par exemple en cas d'augmentation du prix d'offre.

Jusqu'à récemment, la réalisation au Canada d'une offre publique d'achat non sollicitée était considérablement plus facile et prenait beaucoup moins de temps qu'aux États-Unis, car il existait moins de défenses, notamment structurelles, au Canada qu'aux États-Unis. Des modifications apportées en 2016 au régime canadien des offres publiques d'achat ont rendu moins facile la réalisation fructueuse d'une offre non sollicitée, principalement en raison de l'allongement de la période de validité de l'offre, qui est passée de 35 jours à 105 jours. Toutefois, il est peu probable que les sociétés ouvertes canadiennes, contrairement à celles des États-Unis, se contentent de simplement refuser une offre non sollicitée. Comme les sociétés cibles canadiennes ne peuvent avoir

recours à des défenses structurelles pendant un assez long délai, le succès d'une offre non sollicitée est intimement lié à la capacité de la société cible d'obtenir une proposition supérieure d'un tiers acquéreur ou de convaincre les actionnaires de rejeter l'offre. Le plus souvent, la société canadienne qui fait l'objet d'une offre publique d'achat non sollicitée réagit en menant un processus d'enchères destiné à recueillir des propositions supérieures. À l'occasion, la société cible peut chercher à accroître la valeur pour les actionnaires par d'autres moyens, comme une restructuration du capital, une scission partielle ou une alliance stratégique. Toute tactique de défense qui empêche les actionnaires de répondre à une offre ou qui limite considérablement leur capacité de le faire fera vraisemblablement l'objet d'un examen par les organismes de réglementation des valeurs mobilières au Canada.

Le principal mécanisme de défense dont disposent les sociétés ouvertes au Canada est le régime de droits des actionnaires, aussi appelé « pilule empoisonnée ». Parfois, les sociétés disposent déjà d'un régime de droits, mais elles peuvent aussi en adopter un comme tactique en réponse à une offre non sollicitée. Il arrive souvent maintenant que l'initiateur d'une offre non sollicitée aux prises avec un régime de droits demande aux autorités en valeurs mobilières du Canada d'invalider celui-ci afin de donner aux actionnaires la possibilité d'examiner l'offre. Les organismes de réglementation accèdent habituellement à la demande dans les 45 à 70 jours suivant le lancement de l'offre, lorsque le régime ne répond plus à son objectif légitime qui consiste à permettre à la société cible de trouver des solutions de rechange à l'offre non sollicitée. Par conséquent, au Canada (à la différence des États-Unis), les régimes de droits des actionnaires n'ont pas servi à faire rempart contre les offres non sollicitées. L'allongement de la période de validité minimale de l'offre, qui est maintenant de 105 jours, donne aux sociétés cibles plus de temps que sous l'ancien régime pour évaluer les solutions de rechange

À l'occasion, la société cible peut chercher à accroître la valeur pour les actionnaires par d'autres moyens, comme une restructuration du capital, une scission partielle ou une alliance stratégique.

et tenter de réaliser d'autres opérations; de plus, comme cette période de validité doit être prolongée d'au moins 10 jours par la suite, il est peu probable que l'utilisation des régimes sera autorisée afin de repousser de nouveau le délai au cours duquel les actions peuvent faire l'objet d'une prise de livraison par l'initiateur. Cependant, les régimes de droits existants peuvent encore servir à contrer les offres « progressives » ou « rampantes », au moyen desquelles l'initiateur achète d'importants blocs d'actions de la société cible dans le cadre d'acquisitions de gré à gré limitées qui sont dispensées des obligations applicables aux offres publiques d'achat.

Plus récemment, les tribunaux canadiens ont été saisis de contestations portant sur des placements privés réalisés dans le but de faire échec à des offres publiques d'achat hostiles. L'un des principaux points à retenir des décisions rendues par les tribunaux est le fait que pour qu'un placement privé puisse être mené à terme dans le contexte d'une offre publique d'achat non sollicitée, il ne doit pas seulement être utilisé comme tactique de défense, mais également poursuivre un objectif de financement légitime.

Pour d'autres informations, voir le site Web de Davies à l'adresse dwpv.com et consulter notre publication qui s'intitule [*Fusions et acquisitions au Canada – Guide à l'intention des banques d'investissement et des initiateurs étrangers.*](#)

CHAPITRE 06

Investissement étranger



Les non-Canadiens qui se proposent de constituer une nouvelle entreprise ou d'acquérir une entreprise existante au Canada doivent connaître les dispositions de la *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC »). La LIC établit un mécanisme d'examen des investissements importants faits au Canada par des non-Canadiens dont l'objet est de favoriser l'investissement, la croissance économique et l'emploi au Canada. La Division de l'examen des investissements (la « DEI »), qui fait partie d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada, est chargée de l'application de la LIC et de la promotion et de l'examen des investissements non culturels importants faits au Canada par des non-Canadiens. L'examen des investissements dans les entreprises culturelles relève du ministère du Patrimoine canadien.

Application de la *Loi sur Investissement Canada*

En général, l'acquisition du contrôle d'une entreprise exploitée au Canada par un non-Canadien doit faire l'objet d'un avis ou d'un examen en vertu de la LIC. La valeur de l'actif de l'entreprise détermine si l'acquisition doit faire l'objet d'un avis ou d'un examen. La LIC s'applique même si l'entreprise n'est pas contrôlée au moment en cause par des Canadiens. Elle s'applique également lorsqu'une entreprise canadienne est acquise indirectement au moyen de l'acquisition d'une société étrangère qui a une filiale canadienne.

Lorsqu'il est requis, l'avis d'investissement doit être déposé avant la clôture ou dans les 30 jours qui la suivent. Cet avis, qui contient des renseignements très sommaires sur l'investisseur et l'entreprise acquise, ne constitue pas un obstacle à l'acquisition.

L'acquisition qui est sujette à l'examen aux termes de la LIC ne peut être réalisée tant que le ministre de l'Innovation, des Sciences et du Développement économique ou, dans le cas de l'acquisition d'une « entreprise culturelle », le ministre du Patrimoine canadien ne s'est pas déclaré d'avis que l'acquisition sera vraisemblablement « à l'avantage net du Canada ».

La LIC établit un mécanisme d'examen des investissements importants faits au Canada par des non-Canadiens dont l'objet est de favoriser l'investissement, la croissance économique et l'emploi au Canada.

Les investissements visant à constituer de nouvelles entreprises canadiennes doivent toujours faire l'objet d'un avis d'investissement. Dans certaines circonstances, un investissement en vue de constituer une nouvelle entreprise culturelle pourrait également être sujet à l'examen.

En plus des exigences applicables à l'avis ou à l'examen, la LIC contient des dispositions générales qui autorisent le gouvernement fédéral à examiner une acquisition pour des motifs de sécurité nationale.

Qu'est-ce qu'une entreprise canadienne?

Au sens de la LIC, le terme « entreprise canadienne » s'entend d'une entreprise exploitée au Canada qui (i) possède un établissement au Canada; (ii) emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation; et (iii) dispose d'actifs au Canada pour son exploitation. Le terme « entreprise » désigne quant à lui toute entreprise ou activité capable de générer un revenu et exploitée dans le but de réaliser un profit.

Qu'est-ce qu'un non-Canadien?

Est un « non-Canadien » l'individu, le gouvernement ou l'organisme de celui-ci ou l'entité qui n'est pas un « Canadien ». Est un « Canadien », au sens de la LIC, le citoyen canadien ou le résident permanent du Canada qui a résidé habituellement au Canada pendant une période maximale de un an à compter de la date où il est devenu pour la première fois admissible à demander la citoyenneté canadienne. (Les résidents permanents peuvent demander la citoyenneté canadienne après avoir passé trois ans au Canada.)

Les règles permettant de déterminer si une entreprise est « canadienne » au sens de la LIC sont complexes et, pour l'essentiel, visent à établir si les actionnaires qui exercent le contrôle de fait de l'entreprise sont des « Canadiens ». Aux termes de la LIC, les actions d'une société qui sont la propriété d'une société de personnes, d'une coentreprise ou de certaines fiducies sont réputées la propriété des associés, des membres de la coentreprise ou des bénéficiaires. Ce principe de « transparence » ne s'applique pas aux sociétés par actions.

Il peut être pratiquement impossible d'établir si des actionnaires sont canadiens lorsque l'acquéreur est une société ouverte ayant un grand nombre d'actionnaires; en pareil cas, cette détermination peut se faire en fonction du statut de citoyen ou de résident permanent des membres du conseil d'administration de l'acquéreur. La société serait « canadienne » seulement si la propriété de ses actions avec droit de vote n'entraîne pas un contrôle de fait et que deux tiers au moins de ses administrateurs sont canadiens.

Des règles spéciales permettent également d'établir si des sociétés de personnes et des fiducies sont « canadiennes ».

Acquisition de contrôle

La LIC contient des dispositions détaillées qui définissent le concept d'« acquisition de contrôle ». En bref, on ne peut acquérir le contrôle que par l'acquisition (i) d'actions avec droit de vote d'une société; (ii) d'« intérêts avec droit de vote » d'une entité non constituée en personne morale (ce qui, dans le cas des sociétés de personnes et des fiducies, désigne un intérêt dans les actifs de l'entité qui confère au propriétaire le droit de recevoir une quote-part des profits et du reliquat au moment de la dissolution); ou (iii) de la totalité ou de la quasi-totalité des actifs de l'entreprise canadienne. L'acquisition d'actions d'une société non canadienne ayant une

division canadienne, mais aucune filiale canadienne, n'est pas considérée comme une acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne au sens de la LIC.

Les règles générales suivantes servent à déterminer si un investisseur a acquis le contrôle d'une société :

- l'acquisition de la majorité des actions avec droit de vote est réputée constituer une acquisition de contrôle;
- l'acquisition du tiers ou de plus du tiers, mais de moins que la majorité des actions avec droit de vote est présumée constituer une acquisition de contrôle, sauf s'il peut être démontré que les actions acquises ne confèrent à l'investisseur aucun contrôle de fait;
- l'acquisition de moins du tiers des actions avec droit de vote est réputée ne pas constituer une acquisition de contrôle.

De même, pour déterminer si un investisseur a acquis le contrôle d'une entité non constituée en personne morale, les présomptions générales suivantes s'appliquent :

- l'acquisition de la majorité des intérêts avec droit de vote est réputée constituer une acquisition de contrôle;
- l'acquisition de moins que la majorité des intérêts avec droit de vote est réputée ne pas constituer une acquisition de contrôle.

Seuils applicables aux fins de l'examen

FACTEURS

Les acquisitions sont assujetties à l'examen aux termes de la LIC si leur valeur dépasse certains seuils financiers prescrits. Si les seuils pertinents ne sont pas dépassés, l'investisseur étranger est seulement tenu de déposer un avis relativement simple dans

les 30 jours suivant la clôture. (Toutefois, même si les seuils relatifs à l'examen selon le critère de l'avantage net ne sont pas dépassés, un examen aux termes de la LIC peut avoir lieu pour des raisons de sécurité nationale. Se reporter à la rubrique « Examen pour des motifs de sécurité nationale » ci-après.) Les investissements visant à établir une nouvelle entreprise canadienne (autre qu'une entreprise culturelle) ne sont pas assujettis à l'examen selon le critère de l'avantage net : seul le dépôt d'un avis est requis.

Les seuils applicables aux fins de l'examen selon le critère de l'avantage net dépendent de plusieurs facteurs, dont les suivants :

- Est-ce que l'investisseur étranger ou l'entreprise canadienne en voie d'acquisition est sous le contrôle ultime d'investisseurs (traité commercial)?
- Est-ce que l'investisseur étranger ou l'entreprise canadienne en voie d'acquisition est sous le contrôle ultime d'investisseurs de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC »)?
- Est-ce que l'acquisition du contrôle est directe ou indirecte?
- Est-ce que l'investisseur étranger est une entreprise d'État?
- Est-ce que l'entreprise canadienne est une entreprise culturelle?

Investisseurs (traité commercial)

Aux termes de la LIC, de manière générale, est un investisseur (traité commercial) le particulier qui est un « ressortissant » d'un pays (autre que le Canada) qui est un « pays (traité commercial) », à savoir un pays qui est partie à un traité commercial avec le Canada. À l'heure actuelle, la liste des pays (traité commercial) comprend le Chili, la Colombie, le Honduras, le Mexique, le Panama, le Pérou, la Corée du Sud, les États-Unis ainsi que l'Union européenne et ses États membres. (Cette liste peut changer à

mesure que le gouvernement canadien conclut des traités commerciaux ou s'en retire.) De plus, est considérée comme un investisseur (traité commercial) une personne morale ou une autre unité qui est sous le contrôle ultime d'un ou de plusieurs investisseurs (traité commercial). Une société ouverte à grand nombre d'actionnaires est généralement considérée comme un investisseur (traité commercial) pour l'application de la LIC (i) si la majorité de ses actions avec droit de vote appartient à des investisseurs (traité commercial), ou (ii) dans le cas où cette société n'est pas sous le contrôle d'une personne ou d'un groupement de votants, si les deux tiers au moins de ses administrateurs sont des investisseurs (traité commercial) ou des Canadiens.

Investisseurs OMC

En général, est considéré comme un investisseur OMC le particulier qui est un « ressortissant » d'un pays (autre que le Canada) membre de l'OMC ou qui a le droit d'établir sa résidence permanente dans un pays membre de l'OMC. Comme dans le cas de l'investisseur (traité commercial), une personne morale ou une autre unité sera considérée comme un investisseur OMC si elle est sous le contrôle ultime d'un ou de plusieurs investisseurs OMC. Une société ouverte à grand nombre d'actionnaires est généralement considérée comme un investisseur OMC pour l'application de la LIC (i) si la majorité de ses actions avec droit de vote appartient à des investisseurs OMC, ou (ii) dans le cas où cette société n'est pas sous le contrôle d'une personne ou d'un groupement de votants, si les deux tiers au moins de ses administrateurs sont des investisseurs OMC ou des Canadiens.

Acquisition indirecte

En règle générale, pour l'application de la LIC, une « acquisition indirecte » a lieu si un investisseur acquiert le contrôle d'une personne morale qui est

constituée hors du Canada et exerce un contrôle sur une unité située au Canada exploitant une entreprise canadienne.

Entreprise d'État

La définition d'« entreprise d'État » est large, comprenant le gouvernement d'un État étranger ou tout organisme d'un tel gouvernement, ou toute unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par le gouvernement d'un État étranger ou tout organisme d'un tel gouvernement. La LIC ne définit pas le terme « influencée », mais il est clair que l'influence comprendrait une action moindre que le contrôle en droit. En outre, la LIC donne au ministre le pouvoir discrétionnaire de considérer une unité comme non canadienne s'il estime qu'elle est contrôlée en fait par une ou plusieurs entreprises d'État. De plus, le ministre a le pouvoir discrétionnaire de décider que l'investissement d'une entreprise d'État constitue une acquisition de contrôle dans les faits même si la valeur de l'investissement est inférieure aux seuils par ailleurs applicables.

Entreprise culturelle

L'acquisition d'une entreprise canadienne qui est une entreprise culturelle est assujettie à des seuils d'examen moins élevés aux termes de la LIC en raison de la sensibilité perçue du secteur culturel. Une « entreprise culturelle » s'entend notamment d'une entreprise qui se livre à l'une ou l'autre des activités suivantes : (i) la publication, la distribution ou la vente de livres, de revues, de périodiques ou de journaux, sous forme imprimée ou assimilable par une machine, à l'exclusion toutefois de la seule impression ou composition de ces publications; (ii) la production, la distribution, la vente ou la présentation de films ou d'enregistrements vidéo; (iii) la production, la distribution, la vente ou la présentation d'enregistrements de musique audio ou vidéo; (iv) l'édition, la distribution ou la vente de compositions

musicales sous forme imprimée ou assimilable par une machine; ou (v) les radiocommunications dont les transmissions sont destinées à être captées directement par le grand public, notamment les activités de radiodiffusion, de télédiffusion et de câblodistribution ainsi que les services de programmation et de diffusion par satellite.

Il convient de noter à cet égard qu'aucune exception de *minimis* ne s'applique pour déterminer si une entreprise est une entreprise culturelle. Une entreprise sera considérée comme une entreprise culturelle même si ses activités culturelles ne représentent qu'une petite partie de l'ensemble de ses activités. De plus, le ministre responsable peut décider d'examiner l'acquisition du contrôle d'une entreprise culturelle canadienne même si l'acquisition n'entraîne pas l'application des seuils pertinents.

SEUILS D'EXAMEN APPLICABLES

En bref, l'acquisition d'une entreprise canadienne dont la valeur dépasse les seuils indiqués ci-après sera assujettie à l'examen aux termes de la LIC.

1. L'entreprise canadienne est sous le contrôle d'un investisseur (traité commercial) ou fait l'objet d'une acquisition par un investisseur (traité commercial) :
 - i. L'acquisition directe ne sera assujettie à l'examen que si la valeur *d'affaire* des actifs de l'unité exploitant l'entreprise canadienne et de toutes les autres unités acquises au Canada (non seulement leurs actifs au Canada) est égale ou supérieure à 1,5 milliard de dollars canadiens, à moins que l'investisseur ne soit une entreprise d'État ou que l'entreprise canadienne ne soit une entreprise culturelle (voir ci-après).
 - ii. À cette fin, dans le cas de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne cotée en bourse, la valeur *d'affaire* des actifs de

l'entreprise canadienne correspond à la capitalisation boursière de l'unité plus le total de son passif (à l'exclusion du passif d'exploitation), moins ses espèces et quasi-espèces. La capitalisation boursière correspond au prix de clôture quotidien moyen de chaque catégorie de titres en circulation multiplié par le nombre moyen de ces titres en circulation, calculé au cours d'une période prescrite.

Dans le cas de l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne non cotée en bourse ou dans le cas d'une acquisition d'actifs, la valeur *d'affaire* des actifs de l'entreprise canadienne correspond à la valeur d'acquisition plus le total du passif pris en charge (à l'exclusion du passif d'exploitation) de l'entreprise acquise, moins ses espèces et quasi-espèces.

À compter du 1er janvier 2021 et pour les années suivantes, le seuil de 1 milliard de dollars sera ajusté annuellement en fonction de la croissance du PIB.

2. Lorsque l'entreprise canadienne est sous le contrôle d'un investisseur OMC ou fait l'objet d'une acquisition par un tel investisseur qui n'est pas un investisseur (traité commercial), l'acquisition directe ne sera assujettie à l'examen que si la valeur *d'affaire* des actifs de l'unité exploitant l'entreprise canadienne et de toutes les autres unités acquises au Canada (non seulement leurs actifs au Canada) est égale ou supérieure à 1 milliard de dollars canadiens, à moins que l'investisseur ne soit une entreprise d'État ou que l'entreprise canadienne ne soit une entreprise culturelle (voir ci-après).
3. Si l'investisseur OMC est une entreprise d'État, le seuil applicable à l'acquisition directe correspond actuellement à des actifs d'une valeur *comptable* de 398 millions de dollars canadiens (ce seuil est ajusté chaque année).

4. L'acquisition « indirecte » par un investisseur OMC ou auprès d'un investisseur OMC (y compris l'acquisition par une entreprise d'État) n'est pas assujettie à l'examen mais doit faire l'objet d'un avis seulement à moins que l'acquisition ne vise une entreprise « culturelle » et que le seuil pertinent ne soit dépassé (voir ci-après) :

- i. L'acquisition directe sera assujettie à l'examen si la valeur *comptable* des actifs pertinents visés dépasse 5 millions de dollars canadiens.
- ii. L'acquisition indirecte sera assujettie à l'examen si la valeur *comptable* des actifs pertinents visés dépasse 50 millions de dollars canadiens.

5. Enfin, dans le cas où ni l'investisseur ni le vendeur n'est un investisseur (traité commercial) ou un investisseur OMC :

- i. L'acquisition directe sera assujettie à l'examen si la valeur *comptable* des actifs pertinents visés dépasse 5 millions de dollars canadiens.
- ii. L'acquisition indirecte sera assujettie à l'examen si la valeur *comptable* des actifs pertinents visés dépasse 50 millions de dollars canadiens.

Critère applicable dans le cadre de l'examen – « à l'avantage net du Canada »

Lorsqu'une acquisition projetée est sujette à l'examen, le ministre doit être d'avis que celle-ci sera vraisemblablement « à l'avantage net du Canada ». Aux termes de la LIC, le ministre doit tenir compte de certains facteurs, dont les suivants : (i) l'effet de l'acquisition sur le niveau et la nature de l'activité économique au Canada (notamment sur



Lorsqu'une acquisition projetée est sujette à l'examen, le ministre doit être d'avis que celle-ci sera vraisemblablement « à l'avantage net du Canada ».

l'emploi au Canada); (ii) l'étendue et l'importance de la participation de Canadiens dans l'entreprise canadienne en question et dans le secteur industriel en général; (iii) l'effet de l'investissement sur la productivité, le rendement industriel, le progrès technologique, la création de produits nouveaux et la diversité des produits au Canada; (iv) l'effet de l'investissement sur la concurrence dans un ou plusieurs secteurs industriels au Canada; (v) la compatibilité de l'investissement avec les politiques nationales en matière industrielle, économique et culturelle, compte tenu des objectifs de politique des provinces touchées; et (vi) la contribution de l'investissement à la compétitivité canadienne sur les marchés mondiaux. La DEI et Patrimoine canadien ont publié des politiques concernant l'application de ces critères à divers secteurs, notamment ceux de l'édition, du film et de la production d'uranium au Canada.

Selon les lignes directrices publiées en application de la LIC, lorsque l'acquéreur est une entreprise d'État étrangère, l'examen visant à établir si l'acquisition est à l'avantage net du Canada porte principalement sur la question de savoir si l'acquéreur respecte les normes canadiennes en matière de gouvernance et si l'entreprise canadienne continuera à être exploitée sur une base commerciale. En outre, l'investissement d'une entreprise d'État étrangère visant l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne d'exploitation de sables bitumineux ne sera réputée être à l'avantage net que dans des cas exceptionnels.

Avant d'arriver à la conclusion qu'un investissement est à l'avantage net du Canada, le ministre exige habituellement des engagements de la part de l'acquéreur. De manière générale, ces engagements ont trait au maintien de certains niveaux d'emploi au Canada, à la participation garantie de Canadiens comme administrateurs et membres de la direction, au traitement au Canada des produits provenant de ressources naturelles, à la réalisation de dépenses

Avant d'arriver à la conclusion qu'un investissement est à l'avantage net du Canada, le ministre exige habituellement des engagements de la part de l'acquéreur.

en immobilisations ou d'investissements dans la recherche et le développement au Canada, et au transfert de technologies vers le Canada. Toutefois, l'ALENA restreint les types d'engagements que le ministre peut exiger des investisseurs ALENA. Le concept d'« investisseur ALENA » s'apparente à la définition d'« investisseur OMC », à la différence près qu'il désigne plutôt des particuliers qui sont des « ressortissants » des États-Unis ou du Mexique.

Consultations

Lorsque la DEI ou le ministère du Patrimoine canadien reçoit une demande d'examen, il doit consulter toutes les provinces dans lesquelles l'entreprise canadienne détient des actifs ou des employés, de même que les ministères du gouvernement fédéral ayant compétence en la matière. Les provinces et les ministères concernés examinent l'investissement projeté et informent la DEI ou Patrimoine canadien des préoccupations ou des objections qu'ils ont à formuler. Enfin, le Bureau de la concurrence est chargé de fournir des conseils concernant l'incidence de l'investissement sur la concurrence dans le ou les secteurs visés au Canada.

Délais applicables à la procédure d'examen

La LIC prévoit certains délais pour la procédure d'examen. Dans les 45 jours suivant la réception d'une demande complète, le ministre doit indiquer s'il est d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada ou prolonger la période d'examen d'un délai de 30 jours, après quoi le ministre doit indiquer s'il est ou non d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada. (Toutefois, lorsque le ministre a besoin d'un délai supplémentaire, l'investisseur peut être appelé à consentir à une prolongation de la période d'examen). Si le ministre a informé le demandeur du fait qu'il n'est pas d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada, le demandeur a le droit de présenter des observations et de prendre des engagements dans les 30 jours suivant la date de l'avis de la décision du ministre (ou à l'intérieur de tout délai supplémentaire pouvant avoir été convenu).

Interdictions et recours

Les non-Canadiens qui procèdent à un investissement sujet à l'examen en ne respectant pas les dispositions de la LIC pourraient être forcés de se départir du contrôle de l'entreprise canadienne acquise. En règle générale, un investissement ne peut être complété avant que le ministre ait terminé son examen; toutefois, cette interdiction ne s'applique pas dans certaines circonstances, dont l'acquisition du contrôle d'une personne morale constituée ailleurs qu'au Canada ou lorsque le ministre est d'avis que le report de la mise en œuvre de l'acquisition causerait un préjudice injustifié. Même dans les cas où il est possible de procéder à la clôture de l'investissement avant la fin de l'examen, l'investisseur pourrait être tenu de se départir du contrôle si le ministre arrive

Tous les investissements, qu'ils soient ou non assujettis à l'examen visant à établir l'avantage net, sont susceptibles d'être soumis à un examen visant à déterminer s'ils « pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ».

finalément à la conclusion qu'il n'est pas d'avis que l'opération sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada. Si un investisseur ALENA a acquis une entreprise culturelle dont il doit se départir aux termes de la LIC, le gouvernement fédéral peut acquérir la totalité ou une partie de l'entreprise culturelle.

Examen pour des motifs de sécurité nationale

Tous les investissements, qu'ils soient ou non assujettis à l'examen visant à établir l'avantage net, sont susceptibles d'être soumis à un examen visant à déterminer s'ils « pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ».

Le Cabinet fédéral peut, sur la recommandation du ministre, ordonner un examen pour des motifs de sécurité nationale. Le ministre envoie alors à l'investisseur un avis l'informant que l'investissement fera l'objet d'un examen et qu'il faut surseoir à la réalisation de l'opération projetée jusqu'à la fin de cet examen. Un examen peut être ordonné (et des mesures peuvent être imposées, y compris l'obligation de se départir de l'entreprise canadienne en cause) même si l'opération a déjà été réalisée.

L'expression « sécurité nationale » n'est pas définie dans la LIC, et la tenue d'un examen pour des motifs de sécurité nationale n'est pas subordonnée à l'atteinte d'un seuil financier. De plus, l'exigence générale selon laquelle le but visé par l'investissement doit être l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne pour justifier la tenue de l'examen permettant d'établir si l'investissement à l'avantage net a été assoupli, de sorte que l'on peut procéder à l'examen pour des motifs de sécurité nationale si l'investissement vise l'acquisition « en tout ou en partie » d'une entité « exploitée en tout ou en partie au Canada qui, selon le cas (i) possède un établissement au Canada, (ii) emploie au Canada au moins un individu travaillant à son compte ou contre rémunération dans le cadre de son exploitation; ou (iii) dispose d'actifs au Canada pour son exploitation ».

Le ministre effectue l'examen pour des motifs de sécurité nationale en consultation avec le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile. Le ministre dispose de 45 jours suivant le dépôt d'un avis ou d'une demande d'examen, ou de 45 jours suivant la mise en œuvre d'une opération non assujettie à l'obligation d'avis ou à un examen, pour émettre à un non-Canadien un avis l'informant que l'investissement qu'il se propose de réaliser pourrait faire l'objet d'un examen pour des motifs de sécurité nationale (par ailleurs, un examen pour des motifs de sécurité nationale peut être entrepris au cours de la même période sans préavis). L'ensemble du processus d'examen peut prendre jusqu'à 200 jours, voire plus, s'il est prolongé.

Si, après l'examen, le ministre est d'avis que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale, le Cabinet fédéral est autorisé à prendre les mesures qu'il juge indiquées pour préserver la sécurité nationale, notamment assujettir l'investissement à des conditions ou carrément interdire l'investissement projeté (ou exiger que l'investisseur se départisse de son investissement si l'investissement a déjà été effectué).

Pour un complément d'information, veuillez consulter notre publication [Loi sur Investissement Canada : Guide à l'intention des investisseurs étrangers au Canada](#) sur le site Web de Davies.

Le ministre effectue l'examen pour des motifs de sécurité nationale en consultation avec le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile.

CHAPITRE 07

Droit de la concurrence



L'ensemble des dispositions législatives sur la concurrence est regroupé dans la loi fédérale intitulée *Loi sur la concurrence*. À l'inverse d'autres territoires comme les États-Unis, le Canada n'a aucune loi provinciale sur la concurrence, quoique plusieurs provinces aient adopté des dispositions sur les pratiques commerciales équitables portant principalement sur la protection du consommateur.

À l'instar de nombreux pays, le Canada possède un ensemble complexe de dispositions législatives sur la concurrence qui notamment (i) interdisent les cartels; (ii) interdisent les abus de position dominante; (iii) réglementent les fusions et acquisitions; et (iv) régissent par ailleurs la conduite des entreprises dans leurs rapports avec les concurrents, les clients et les fournisseurs. L'ensemble des dispositions législatives sur la concurrence est regroupé dans la loi fédérale intitulée *Loi sur la concurrence* (la « LC »). À l'inverse d'autres territoires comme les États-Unis, le Canada n'a aucune loi provinciale sur la concurrence, quoique plusieurs provinces aient adopté des dispositions sur les pratiques commerciales équitables portant principalement sur la protection du consommateur. À l'exception des activités expressément exonérées ou activement réglementées, toutes les activités commerciales au Canada sont assujetties à la LC.

Application et contrôle de l'application de la *Loi sur la concurrence*

La LC est appliquée par le Bureau de la concurrence (le « Bureau »), qui fait partie d'Innovation, Sciences et Développement économique Canada et est dirigé par le commissaire de la concurrence (le « commissaire »). Ce dernier a la responsabilité légale d'assurer et de contrôler l'application de la LC. Le personnel du Bureau fait enquête régulièrement à la suite de plaintes du public liées à la concurrence. La LC permet également, et exige dans certains cas, l'ouverture d'une enquête officielle de la part du commissaire. Une fois l'enquête commencée, le commissaire jouit de nombreux pouvoirs d'application officiels et peut obtenir du tribunal l'autorisation (i) d'entrer et de perquisitionner dans des lieux et d'y saisir des documents; (ii) d'exiger la production de documents ou d'une déclaration écrite; ou (iii) d'exiger d'une personne qu'elle compare et soit interrogée sous serment ou affirmation solennelle. Le commissaire a de plus en plus recours à ces pouvoirs ces dernières années.

Les affaires civiles visées par la LC (comportements non susceptibles de révision) sont généralement portées devant le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal »), tribunal administratif spécialisé composé de juges de la Cour fédérale et de membres non judiciaires. Les poursuites pour infractions criminelles visées par la LC sont généralement portées devant les juridictions pénales.

Infractions criminelles prévues par la *Loi sur la concurrence*

COMPLIT

La LC prévoit un certain nombre d'infractions criminelles, dont la plus importante est le complot. Les dispositions relatives à cette infraction interdisent les accords entre concurrents (ou entre concurrents potentiels) en vue de fixer ou d'augmenter les prix; d'attribuer des ventes, des clients, des territoires ou des marchés; et de fixer ou de réduire la production ou l'approvisionnement d'un produit. Il n'est pas nécessaire d'établir que l'accord aura vraisemblablement pour effet de diminuer la concurrence. Il est cependant possible d'échapper à la responsabilité si l'accord est « accessoire » à un accord plus large qui ne contrevient pas aux dispositions relatives au complot et que cet accord est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de l'accord plus large.

Comme il est indiqué ci-après, la LC prévoit également des délits civils, dont les autres accords entre concurrents qui ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. Le Bureau a publié des Lignes directrices sur la collaboration entre concurrents qui décrivent la façon dont le Bureau détermine si une entente ou une collaboration entre concurrents doit être évaluée en vertu de la disposition criminelle sur les complots ou de la disposition civile sur les ententes (ou d'autres dispositions de la LC). Selon ces lignes directrices, le Bureau a l'intention de n'appliquer les dispositions criminelles qu'aux restrictions pures et simples à la concurrence qui entrent dans les catégories susmentionnées, lesquelles sont décrites comme étant des « restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une

alliance stratégique ou d'une coentreprise ». Tous les autres types de restrictions qui nuisent à la concurrence pourraient faire l'objet d'un examen aux termes de la disposition civile sur les ententes dont il est question ci-dessous.

TRUQUAGE DES OFFRES

L'autre principale infraction criminelle prévue par la LC est le truquage des offres. Le truquage des offres désigne l'accord par lequel une personne (i) consent à ne pas présenter d'offre ou de soumission en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions; (ii) consent à retirer une offre ou une soumission présentée en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions; ou (iii) présente une offre ou une soumission qui est le fruit d'un accord conclu avec une autre personne, lorsque l'accord n'est pas porté à la connaissance de la personne procédant à l'appel ou à la demande avant le moment où l'offre ou la soumission est présentée ou retirée. Comme c'est le cas pour l'infraction criminelle de complot, il n'est pas nécessaire d'établir que l'accord a eu une incidence sur la concurrence.

Les dispositions relatives à cette infraction interdisent les accords entre concurrents (ou entre concurrents potentiels) en vue de fixer ou d'augmenter les prix; d'attribuer des ventes, des clients, des territoires ou des marchés; et de fixer ou de réduire la production ou l'approvisionnement d'un produit.

AUTRES INFRACTIONS CRIMINELLES

La LC prévoit aussi les infractions criminelles suivantes : le télémarketing trompeur, le double étiquetage, les ventes pyramidales, les complots relatifs au sport professionnel et certains accords entre des institutions financières fédérales. La publicité trompeuse peut aussi constituer une infraction si les indications fausses ou trompeuses ont été faites sciemment ou sans se soucier des conséquences.

Sanctions

Quiconque commet une infraction criminelle prévue à la LC s'expose à des amendes importantes et, dans certains cas, à des peines d'emprisonnement. Ainsi, le complot peut entraîner une peine maximale de 14 ans d'emprisonnement, une amende pouvant atteindre 25 millions de dollars, ou ces deux peines. La tendance au Canada s'oriente vers de plus nombreuses poursuites criminelles contre des particuliers et de plus importantes amendes pour des infractions en matière de complot et de truquage des offres.

Contrairement à ce que prévoit le droit américain, aucun délai de prescription n'est applicable aux infractions criminelles prévues par la LC, telles que le complot et le truquage des offres.

Quiconque commet une infraction criminelle prévue à la LC s'expose à des amendes importantes et, dans certains cas, à des peines d'emprisonnement.

Immunité contre les poursuites

Le commissaire a adopté une politique en matière d'immunité pouvant permettre au demandeur qui est le premier à rapporter une infraction criminelle (comme le complot ou le truquage des offres) de bénéficier d'une recommandation d'immunité contre les poursuites en échange de sa collaboration dans le cadre de poursuites contre des tiers; toutefois, le demandeur doit remplir les autres critères énoncés dans la politique en matière d'immunité. Les demandeurs ultérieurs peuvent chercher à obtenir une autre forme d'indulgence, comme la réduction de la peine, mais ils n'auront normalement pas droit à une recommandation d'immunité à moins que le premier demandeur ne satisfasse pas en fin de compte aux critères requis.

Affaires non criminelles susceptibles d'examen en vertu de la *Loi sur la concurrence*

La LC contient également des interdictions de nature civile (les « comportements susceptibles de révision ») à l'égard desquelles le Tribunal, généralement, rend des ordonnances sur demande soumise par le commissaire (ou, dans certains cas, par des parties privées, moyennant permission). En règle générale, le Tribunal ne rend une ordonnance, dont la portée se limite à interdire le comportement reproché, que s'il est préalablement arrivé à la conclusion que le comportement reproché est anti-concurrentiel et a une incidence sur le marché concerné. L'une des exceptions importantes qui précède concerne l'interdiction « d'abus de position dominante », qui peut entraîner l'imposition d'une « sanction administrative pécuniaire », ainsi qu'il est indiqué dans la section qui suit.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Le Tribunal peut, à la demande du commissaire, rendre une ordonnance exigeant notamment qu'une personne paie une sanction administrative pécuniaire maximale de 10 millions de dollars (et de 15 millions de dollars pour toute ordonnance subséquente) ou mette fin à une conduite donnée ou aliène des éléments d'actif ou des actions s'il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

- b) cette ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.

On peut considérer qu'une société « contrôle une catégorie ou espèce d'entreprises » si elle a suffisamment d'emprise sur le marché pour maintenir ses prix à un niveau supérieur à ceux de la concurrence pendant une période considérable. Si une société détient une part de marché très importante, elle exerce vraisemblablement une emprise sur le marché, mais on tiendra compte également de considérations comme le nombre de concurrents et leurs parts de marché respectives, la capacité excédentaire dans le marché et la facilité d'accès. En outre, il n'est pas nécessaire qu'une personne exerce une concurrence dans le marché lui-même pour qu'elle contrôle le marché. Ainsi, les dispositions sur l'abus de position dominante pourraient s'appliquer, par exemple, au grand client ou fournisseur dont l'éventuelle emprise sur le marché pourrait viser un marché en amont ou en aval.

Il existe peu de moyens d'établir de façon définitive si une société sera considérée comme exerçant le niveau d'emprise requis sur le marché pour que ces dispositions entrent en jeu. Toutefois, on peut dire que les dispositions sur l'abus de position dominante risquent de s'appliquer lorsque la part de marché d'une société se situe au-dessus de 40 % ou 45 % ou que la part de marché totale d'un petit groupe de sociétés qu'on pourrait qualifier de « conjointement dominantes » est supérieure à ce seuil.

La LC contient une définition non exhaustive du terme « agissement anticoncurrentiel ». De manière générale, l'interdiction s'applique à tout acte qui, s'il est accompli par une personne qui a une emprise sur le marché, a pour effet d'évincer, d'exclure ou de punir un participant au marché pertinent.

MAINTIEN DES PRIX

Le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à une personne de maintenir les prix ou enjoignant à une personne reconnue comme maintenant les prix d'accepter une autre personne comme client selon les conditions de commerce normales. On conclut au maintien des prix lorsque a) une personne soit (i) par entente, menace, promesse ou quelque autre moyen semblable, a tenté de faire monter ou d'empêcher qu'on ne réduise le prix auquel un client ou un autre revendeur de son produit vend ou offre de vendre le produit; soit (ii) a refusé de fournir un produit à une autre personne ou a pris quelque autre mesure discriminatoire à l'endroit de celle-ci, en raison du régime de bas prix de celle-ci; et b) ce comportement a eu, a ou aura vraisemblablement un effet défavorable sur la concurrence.

ACCORDS EMPÊCHANT OU RÉDUISANT SENSIBLEMENT LA CONCURRENCE

Le Tribunal peut, à la demande du commissaire, rendre une ordonnance interdisant à une personne de faire quoi que ce soit aux termes d'un accord ou d'un arrangement entre concurrents s'il conclut que l'accord ou l'arrangement (existant ou projeté) a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence. Cette sanction civile, qui n'existe que depuis 2010, a rarement été appliquée, mais on s'attend à ce que le commissaire y ait recours en cas d'accords anticoncurrentiels entre concurrents lorsque l'infraction criminelle (dont il est question ci-dessus) ne s'appliquera pas.

AUTRES AFFAIRES NON CRIMINELLES SUSCEPTIBLES D'EXAMEN

Les autres affaires non criminelles susceptibles d'examen en vertu de la LC comprennent différentes catégories de restrictions que peut imposer un fournisseur intégré verticalement, à savoir l'exclusivité, les ventes liées, la limitation du marché et le refus de vendre. Ces interdictions s'appliquent lorsque le comportement visé a une incidence négative sur la concurrence (ayant pour effet de « diminuer sensiblement la concurrence » ou de « nuire à la concurrence »). La publicité fautive ou trompeuse peut aussi faire l'objet d'une action au civil, en l'absence du degré requis de culpabilité criminelle (« sciemment ou sans se soucier des conséquences »).

Droits d'action par des particuliers

La LC permet à un particulier de réclamer et de recouvrer « une somme égale au montant de la perte ou des dommages qu'il est reconnu avoir subis » à la suite d'un comportement du défendeur allant à l'encontre des dispositions criminelles de la LC ou du défaut du défendeur d'obtempérer à une ordonnance rendue aux termes de la LC.

De plus, la LC offre aux particuliers un droit d'accès limité au Tribunal en vertu des dispositions sur le refus de vendre, le maintien des prix, l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché. La personne qui souhaite présenter une demande en vertu des articles pertinents doit cependant obtenir la permission du Tribunal. Ce recours ne permet pas de demander des dommages-intérêts.

Acquisition d'une entreprise au Canada

La LC établit un cadre complet pour l'examen et le contrôle des fusions et acquisitions au Canada. De plus, les opérations qui excèdent certains seuils financiers et, dans le cas d'acquisitions d'actions, qui excèdent un autre seuil quant au pourcentage des droits de vote détenus après l'opération, peuvent être soumises à des exigences de préavis de fusionnement et à des délais d'attente. La LC s'applique à tous les fusionnements réalisés au Canada, tandis que la *Loi sur Investissement Canada* cible l'acquisition d'entreprises canadiennes existantes par des non-Canadiens et la constitution de nouvelles entreprises canadiennes par des non-Canadiens (voir le chapitre « Investissement étranger » du présent guide.)

EXAMEN D'UN FUSIONNEMENT SUR LE FOND

La LC permet au commissaire de contester tout fusionnement devant le Tribunal de la concurrence. Le terme « fusionnement » est défini comme étant l'acquisition ou l'établissement, directement ou indirectement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d'une entreprise d'un concurrent, d'un fournisseur, d'un client ou d'une autre personne, ou encore d'un intérêt important dans la totalité ou quelque partie d'une telle entreprise. Le commissaire peut présenter une demande au Tribunal à l'égard d'un fusionnement proposé ou à l'égard d'un fusionnement réalisé si la demande est présentée dans un délai d'un an à compter de la clôture. Le Tribunal peut émettre une interdiction à l'égard de la totalité ou d'une partie d'un fusionnement proposé, annuler un fusionnement réalisé ou ordonner l'aliénation d'éléments d'actif ou d'actions. Dans certaines circonstances, le Tribunal peut



La LC s'applique à tous les fusionnements réalisés au Canada, tandis que la *Loi sur Investissement Canada* cible l'acquisition d'entreprises canadiennes existantes par des non-Canadiens et la constitution de nouvelles entreprises canadiennes par des non-Canadiens.

également rendre toute autre ordonnance à laquelle le commissaire et les parties au fusionnement consentent. Le Tribunal a aussi le pouvoir d'accorder une injonction.

Avant de rendre une ordonnance, le Tribunal doit déterminer si l'opération empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, sur le marché pertinent. À cette fin, le Tribunal effectue généralement des analyses économiques et juridiques semblables à celles qu'utilisent les tribunaux américains en matière d'antitrust. Le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants : la force de la concurrence restante; la disparition d'un concurrent dynamique attribuable à l'opération; la déconfiture réelle ou vraisemblable de l'entreprise acquise; la mesure dans laquelle sont disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables; les entraves à l'accès à un marché; la capacité des clients et des fournisseurs d'exercer un pouvoir compensateur; et l'innovation dans le marché. En outre, la LC crée une défense fondée sur les gains en efficacité qui fait en sorte que le Tribunal s'abstiendra d'émettre une ordonnance de réparation lorsqu'il est d'avis que l'opération entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels.

PRÉAVIS DE FUSIONNEMENT

Certaines opérations importantes peuvent devoir faire l'objet d'un préavis en plus de la procédure d'examen applicable en vertu de la LC. Sous réserve de certaines exceptions, doivent aviser le commissaire à l'avance les parties à un fusionnement qui excède certains seuils prescrits, dans le cas de l'acquisition proposée d'éléments d'actif ou d'actions et dans le cas d'un fusionnement ou d'un regroupement proposé visant à établir une entreprise en exploitation au Canada ou qui inclut une entreprise en exploitation au Canada.

Avant de rendre une ordonnance, le Tribunal doit déterminer si l'opération empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet, sur le marché pertinent.

Les parties à une opération devant faire l'objet d'un avis au Canada ne peuvent réaliser celle-ci avant l'expiration du délai d'attente prévu par la loi, dont la durée est similaire à celle du délai prévu par le processus d'examen des fusionnements en vigueur aux États-Unis aux termes de la loi intitulée *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*. Le délai d'attente au Canada expire 30 jours après le dépôt du préavis de l'opération à moins que, avant la fin de cette période de 30 jours, le commissaire n'émette une « demande d'information supplémentaire » aux parties fusionnantes en vue de la production de documents ou de l'obtention de réponses à certaines questions. Si une telle demande est émise, un nouveau délai d'attente s'applique et prend fin dans les 30 jours suivants le moment où les parties ont satisfait à la demande. Le commissaire peut mettre fin au délai d'attente (y compris le délai d'attente initial de 30 jours) ou y renoncer en tout temps en délivrant un certificat de décision préalable ou une lettre indiquant qu'il n'a pas l'intention de s'opposer à l'opération.

Dans le contexte d'une offre publique d'achat non sollicitée où l'initiateur produit un préavis de fusionnement aux termes de la LC, le commissaire doit aviser la société cible sans délai. Celle-ci est alors tenue de déposer un préavis de fusionnement dans un délai de 10 jours. Le moment choisi par la société cible pour répondre n'a toutefois aucune incidence sur l'écoulement du délai d'attente.

De façon générale, deux seuils doivent être atteints pour que les règles relatives au préavis de fusionnement prévues par la loi s'appliquent.

Premièrement, les parties au fusionnement, conjointement avec les membres de leur groupe, doivent avoir un actif total au Canada ou des revenus bruts annuels provenant de ventes en direction ou en provenance du Canada dont la valeur est supérieure à 400 millions de dollars. On parle alors du « seuil relatif à taille des parties ».

Deuxièmement, l'opération elle-même doit être d'une certaine envergure. On parle alors du « seuil relatif à la taille de l'opération ». Dans le cas de l'acquisition d'éléments d'actif ou de la constitution d'un regroupement d'entreprises sans personnalité morale, la valeur totale des éléments d'actif canadiens acquis ou ayant fait l'objet d'apports ou les revenus bruts annuels provenant de ventes au Canada ou en provenance de celui-ci tirés de ces éléments d'actif doivent être supérieurs à 92 millions de dollars (seuil de 2018; ce seuil est révisé chaque année). Les acquisitions d'actions doivent faire l'objet du préavis de fusionnement prévu par la loi lorsque la valeur totale des éléments d'actif canadiens ou des revenus bruts annuels provenant de ventes en direction ou en provenance du Canada de la société dont les actions sont acquises et de l'ensemble des autres sociétés contrôlées par celle-ci est supérieure à 92 millions de dollars. En outre, un pourcentage minimum d'actions avec droit de vote doit être acquis pour que les règles relatives au préavis de fusionnement prévues par la loi s'appliquent. Dans le cas des sociétés ouvertes, ce seuil est de plus de 20 % (ou de plus de 50 % si l'acquéreur possède déjà plus de 20 % des actions

avec droit de vote); tandis que dans le cas des sociétés fermées, ce seuil est de plus de 35 % (ou de plus de 50 % si l'acquéreur possède déjà plus de 35 % des actions avec droit de vote).

L'opération visée ne doit faire l'objet d'un préavis de fusionnement en vertu de la LC que si ces deux seuils sont franchis. Cependant, il est important de noter que le Bureau peut examiner (voire contester) une opération même si celle-ci n'est pas formellement soumise à l'obligation de préavis de fusionnement.

CHAPITRE 08

Considérations fiscales



Ce chapitre résume certaines des incidences de l'impôt sur le revenu, de la taxe de vente et d'autres taxes au Canada qui peuvent être importantes pour des personnes qui envisagent de faire des affaires au Canada.

Impôt sur le revenu

LÉGISLATION

Au Canada, le gouvernement fédéral ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux prélèvent un impôt sur le revenu.

Le gouvernement fédéral prélève un impôt sur le revenu en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la « Loi de l'impôt »). Les particuliers et les autres contribuables, dont les sociétés par actions et les fiducies, qu'ils résident ou non au Canada, sont assujettis à cet impôt. Aux fins de l'impôt du Canada, la société de personnes est généralement considérée comme une entité intermédiaire non assujettie à l'impôt (sauf si elle est considérée comme une « entité intermédiaire de placement déterminée », ainsi qu'il est exposé ci-dessous). La Loi de l'impôt est appliquée par l'Agence du revenu du Canada (l'« ARC »).

Chaque gouvernement provincial et territorial prélève un impôt sur le revenu calculé de façon similaire à l'impôt sur le revenu fédéral, à des taux différents.

Dans le reste du présent chapitre, sauf indication contraire, la description des dispositions fiscales fait référence uniquement à la Loi de l'impôt fédérale.

POUVOIR D'IMPOSITION

La résidence du contribuable constitue le principal fondement d'imposition. Le Canada ne prélève aucun impôt fondé sur la citoyenneté.

Au Canada, les résidents du Canada sont généralement assujettis à l'impôt sur leur revenu mondial, quelle qu'en soit la provenance, mais ils ont généralement droit à des crédits ou à des déductions pour l'impôt étranger payé.

Le gouvernement fédéral prélève un impôt sur le revenu en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Les particuliers et les autres contribuables, dont les sociétés par actions et les fiducies, qu'ils résident ou non au Canada, sont assujettis à cet impôt.

Les non-résidents du Canada sont assujettis à l'impôt sur leur revenu de source canadienne, sous réserve d'une réduction de taux ou, dans une certaine mesure, de l'élimination de l'impôt canadien en vertu d'une convention fiscale.

Voici les principales sources de revenu des non-résidents qui sont assujettis à l'impôt au Canada :

- le revenu tiré d'une entreprise exploitée au Canada
- le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi au Canada
- les gains réalisés à la disposition de « biens canadiens imposables »
- certains types de revenu passif tels que des dividendes versés par une société canadienne ou le loyer tiré d'un immeuble au Canada.

BIENS CANADIENS IMPOSABLES

Les « biens canadiens imposables » s'entendent généralement de ce qui suit :

- les biens immeubles ou réels situés au Canada
- les actifs utilisés dans le cadre d'une entreprise exploitée au Canada
- les actions d'une société privée, des intérêts dans une fiducie ou des intérêts dans une société de personnes dont plus de 50 % de la valeur provient de n'importe quel type de combinaison de biens immeubles ou réels situés au Canada, de propriétés canadiennes liées aux ressources naturelles, d'avoirs forestiers ou d'intérêts, d'options ou de droits sur ces biens à tout moment au cours de la période de 60 mois précédant la disposition des actions ou des intérêts en cause (autrement que par l'entremise de la propriété d'actions ou d'intérêts qui ne sont pas eux-mêmes des biens canadiens imposables)

- les parts d'une fiducie de fonds commun de placement et les actions d'une société inscrites à la cote d'une bourse si, à tout moment au cours de la période de 60 mois précédant la disposition de celles-ci, un seuil de propriété de 25 % est dépassé et qu'à tout moment au cours de cette période plus de 50 % de la valeur des parts ou des actions provenait de n'importe quel type de combinaison de biens immeubles ou réels situés au Canada, de propriétés canadiennes liées aux ressources naturelles, d'avoirs forestiers ou d'intérêts, d'options ou de droits sur ces biens.

DÉTERMINATION DE LA RÉSIDENCE AU CANADA

Le terme « résident du Canada » n'est pas défini dans la Loi de l'impôt. La résidence d'une personne est établie en fonction de critères issus de la *common law*, sous réserve des règles déterminatives de la Loi de l'impôt aux termes desquelles certaines personnes sont considérées comme des résidents du Canada ou comme des non-résidents du Canada.

Une société constituée au Canada après le 26 avril 1965 (ou, dans certains cas, avant cette date) est réputée résidente du Canada.

Il n'existe aucune règle d'origine législative selon laquelle une société constituée hors du Canada serait réputée résidente du Canada. Selon le critère de la *common law* en matière de résidence, une société est considérée comme une résidente du Canada si son centre de direction et de contrôle est situé au Canada.

Une société est considérée comme une résidente du Canada si son centre de direction et de contrôle est situé au Canada.

Le centre de direction et de contrôle d'une société est généralement considéré comme étant le lieu où une société prend ses décisions et décide de ses orientations principales, généralement par l'entremise de son conseil d'administration. Par conséquent, l'endroit où les administrateurs exercent leurs pouvoirs décisionnels correspond généralement à l'endroit où est situé le centre de direction et de contrôle de la société.

Pour ce qui est des particuliers, les tribunaux ont généralement conclu que la résidence dépend essentiellement du point jusqu'auquel une personne s'établit en pensée et en fait, ou conserve ou centralise son mode de vie habituel avec son cortège de relations sociales, d'intérêts et de convenances, au lieu en question. De plus, une personne sera considérée comme ayant établi sa résidence au Canada si elle réside habituellement au Canada. Une personne réside habituellement au Canada si le Canada est l'endroit où, dans le cours ordinaire de sa vie quotidienne, elle vit de façon régulière, normale ou habituelle. En outre, la Loi de l'impôt prévoit que le particulier qui « séjourne » au Canada pendant 183 jours ou plus au cours de l'année est réputé un résident du Canada pendant toute l'année.

En règle générale, une fiducie est résidente du Canada aux fins de l'impôt sur le revenu si au moins un résident du Canada en exerce la gestion centrale et le contrôle. Un examen minutieux des faits est nécessaire pour déterminer où s'exercent la gestion centrale et le contrôle. De plus, il existe des cas où certaines fiducies non-résidentes sont réputées résidentes du Canada.

Le contribuable qui est considéré comme résident du Canada aux termes du droit canadien et qui est également considéré comme résident d'un autre pays peut être réputé, selon une convention fiscale, résident d'un seul pays aux fins fiscales.

CONVENTIONS FISCALES

Le Canada est signataire d'un vaste ensemble de conventions fiscales, dont 93 sont en vigueur. L'annexe figurant à la fin de ce chapitre présente la liste complète des conventions fiscales conclues par le Canada en vigueur au 3 juin 2018.

Pendant de nombreuses années, le gouvernement fédéral a exprimé son intention de prévenir le « chalandage fiscal », à savoir la pratique suivant laquelle une personne qui n'a pas droit aux avantages d'une convention fiscale investit au Canada au moyen d'une entité résidant dans le pays pertinent pour avoir droit aux avantages fiscaux canadiens prévus dans la convention. Le Canada est un membre actif du projet de l'OCDE et du G20 visant à lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (connu sous l'acronyme anglais « BEPS » pour *base erosion and profit shifting*).

Le Canada (ainsi que 77 autres pays, à l'exclusion des États-Unis) a ratifié la Convention multilatérale pour la mise en œuvre des mesures relatives aux conventions fiscales pour prévenir l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (la « Convention multilatérale ») en 2017. La Convention multilatérale n'est pas une convention fiscale autonome, mais elle modifie les conventions bilatérales existantes auxquelles sont parties les pays signataires. Aux termes de la Convention multilatérale, les pays participants sont tenus d'adhérer aux normes minimales du BEPS qui ont trait au chalandage fiscal et au règlement des différends. Le Canada a désigné 75 des 93 conventions fiscales dont il est signataire à titre de « conventions fiscales couvertes », soit des conventions qui seront touchées par la Convention multilatérale si le Canada et le partenaire signataire de la convention fiscale concernée ratifient la Convention multilatérale aux termes de leurs lois nationales respectives.

Le Canada a enclenché le processus de ratification le 28 mai 2018 par le dépôt de la Convention multilatérale devant le Parlement au moyen d'un avis de motion de voies et moyens. La Convention multilatérale devrait entrer en vigueur en 2019.

Au moment de la signature de la Convention multilatérale, le Canada a indiqué qu'il adopterait les normes minimales convenues de l'OCDE en matière d'utilisation abusive des conventions fiscales et de règlement des différends, ainsi que les dispositions concernant l'arbitrage obligatoire et contraignant. En outre, le Canada avait, au départ, émis des réserves qui rendaient les dispositions facultatives de la Convention multilatérale inapplicables à ses conventions fiscales couvertes. Toutefois, le 28 mai 2018, le Canada a annoncé son intention de lever certaines réserves et d'adopter quatre dispositions facultatives de la Convention multilatérale, à savoir :

- une période de détention de 365 jours qui fait en sorte que seules les sociétés qui détiennent des actions pendant plus de 365 jours, et non celles qui détiennent des actions à court terme, bénéficieront des taux réduits d'imposition prévus par la convention fiscale à l'égard des retenues d'impôt sur les dividendes (article 8);
- un examen rétrospectif portant sur une période de 365 jours afin d'établir si les gains en capital découlant de la vente d'actions (ou de droits similaires dans une entité) qui ne tirent pas un certain pourcentage de leur valeur de biens immeubles ou réels sont exempts d'impôt (article 9);
- une disposition portant sur les méthodes visant à régler les questions relatives aux entités ayant une double résidence (article 4);
- une disposition visant à permettre aux parties signataires d'une convention fiscale de passer d'un système fondé sur des exemptions fiscales à un système fondé sur des crédits d'impôt étranger à titre de méthode pour éliminer la double imposition (article 5).

En ce qui concerne les normes minimales convenues de l'OCDE, le Canada adoptera le critère de l'objet principal à l'égard de chacune des conventions faisant partie des conventions fiscales couvertes. En tant que règle anti-abus générale, le critère de l'objet principal vise à déterminer si l'un des objets principaux d'un mécanisme ou d'une opération est d'obtenir des avantages en vertu d'une convention fiscale d'une manière non conforme à l'objet des dispositions de la convention concernée. Le gouvernement fédéral a annoncé son intention de négocier des dispositions détaillées de « limitation des avantages » dans les conventions bilatérales auxquelles le Canada est partie, dispositions qui viendraient s'ajouter au critère de l'objet principal ou le remplaceraient.

Une fois que le Canada aura ratifié la Convention multilatérale, il ne lui sera plus possible d'émettre des réserves visant à limiter l'application de la Convention multilatérale aux conventions fiscales couvertes. Toutefois, le Canada pourra lever certaines réserves afin de rendre applicables des dispositions de la Convention multilatérale qui ne l'étaient pas. Ainsi, même après la ratification, des dispositions additionnelles de la Convention multilatérale pourraient entrer en vigueur et avoir une incidence sur certaines conventions fiscales couvertes.

DÉCLARATIONS

Déclarations de revenu annuelles

Les contribuables qui sont des résidents du Canada sont généralement tenus de produire une déclaration de revenu annuelle. Les sociétés de personnes qui exploitent une entreprise au Canada ou qui sont des « sociétés de personnes canadiennes » (c'est-à-dire des sociétés de personnes dont tous les membres sont des résidents du Canada) doivent généralement produire une déclaration de renseignements annuelle.

Les non-résidents du Canada qui, au cours d'une année d'imposition, réalisent un gain en capital imposable ou disposent d'un bien canadien imposable sont généralement tenus de produire une déclaration de revenu au Canada à l'égard de cette année d'imposition. Est dispensé de cette obligation le non-résident du Canada qui n'a aucun impôt à payer à l'égard de l'année d'imposition en cours ou d'une année d'imposition antérieure lorsqu'il a reçu un certificat de l'article 116 pour chaque disposition de biens canadiens imposables ayant eu lieu au cours de l'année (voir ci-dessous) ou que les dispositions sont dispensées de l'obligation d'obtenir ce certificat.

La société par actions non-résidente est tenue de produire une déclaration de revenu au Canada pour toute année d'imposition pendant laquelle elle exploite une entreprise au Canada, soit directement soit par l'entremise d'une société de personnes. Le particulier non-résident qui exploite une entreprise au Canada, soit directement soit par l'entremise d'une société de personnes, est également tenu de produire une déclaration de revenu au Canada, mais seulement pour une année d'imposition dans laquelle il doit payer de l'impôt sur ce revenu d'entreprise.

En règle générale, cette obligation de production s'applique même si le non-résident a droit à une exonération de l'impôt canadien en vertu d'une convention fiscale.

Certificats de l'article 116

Il existe un mécanisme de déclaration et de perception de l'impôt qui s'applique dans la plupart des cas de disposition de biens canadiens imposables par des non-résidents. Le vendeur non-résident doit aviser l'ARC par écrit de la disposition et en fournir les détails. Le vendeur peut obtenir de l'ARC qu'elle lui délivre un certificat (communément appelé « certificat de l'article 116 ») s'il démontre qu'aucun impôt canadien n'est dû (par exemple en raison de l'absence de gain ou si le gain est exonéré aux termes

d'une convention fiscale applicable) ou s'il verse 25 % du gain à l'ARC à titre d'obligation fiscale définitive ou fournit une garantie satisfaisante à cet égard.

De plus, toute personne, qu'elle soit résidente ou non-résidente du Canada, qui acquiert des biens canadiens imposables auprès d'un non-résident est tenue de retenir et de verser à l'ARC 25 % du prix d'achat ou, lorsque le vendeur non-résident fournit un certificat de l'article 116, 25 % de l'excédent, s'il y a lieu, du prix d'achat sur la limite indiquée dans le certificat de l'article 116. Le taux passe à 50 % pour certains types de biens, notamment les biens amortissables (par exemple la machinerie, le matériel et les édifices). Si les biens sont des « biens québécois imposables », une retenue additionnelle s'applique au taux de 12,875 % (ou de 30 % lorsque le taux fédéral de 50 % s'applique) et un certificat distinct (similaire à un certificat de l'article 116) doit être obtenu auprès des autorités fiscales québécoises. L'acheteur est responsable des montants qui auraient dû être retenus et versés s'il n'obtient pas un certificat de l'article 116 satisfaisant de la part du vendeur non-résident ou, subsidiairement, s'il n'effectue pas la retenue et le versement requis.

Ces exigences ne s'appliquent pas à certains biens exclus tels que les actions inscrites, les parts d'une fiducie de fonds commun de placement, les titres d'emprunt et les « biens exemptés par traité » (au sens attribué à ce terme dans la Loi de l'impôt). L'acquéreur est également dispensé de l'obligation de retenue prévue à l'article 116 qui s'applique dans les cas d'acquisition de biens canadiens imposables (sauf certains biens canadiens imposables tels que des biens amortissables) auprès d'un non-résident (i) s'il conclut, après une enquête raisonnable, que le non-résident est, aux termes d'une convention fiscale intervenue entre le Canada et un pays donné, résident du pays donné, (ii) si le gain réalisé à la disposition du bien sera exonéré de l'impôt canadien en vertu de la convention et (iii) s'il avise l'ARC de l'acquisition dans un délai prescrit.

RÈGLES GÉNÉRALES

Détermination du revenu

De manière très générale, pour l'application de la Loi de l'impôt, on entend par revenu le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien, le revenu tiré d'une charge ou d'un emploi et les gains en capital imposables.

Le revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien équivaut généralement au bénéfice tiré de l'entreprise ou du bien calculé conformément aux « principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable) » ou aux « principes bien reconnus des affaires commerciales », rajusté conformément aux règles particulières de la Loi de l'impôt.

Le revenu inclut également la moitié du gain en capital (appelé le gain en capital imposable) réalisé à la disposition d'un bien en immobilisation, déduction faite des pertes en capital déductibles. Le montant du gain en capital correspond généralement au produit de disposition, déduction faite du total du « prix de base rajusté » du bien en vertu de la Loi de l'impôt et des frais de disposition. Si la déduction pour amortissement (amortissement fiscal) a été calculée à l'égard d'une immobilisation, une partie du produit de disposition peut constituer un revenu ordinaire (récupération de la déduction pour amortissement préalablement demandée).

Le revenu d'emploi comprend les salaires, les primes et les avantages sociaux imposables. La rémunération versée aux administrateurs constitue un revenu d'emploi. Il existe très peu de déductions à l'égard du revenu d'emploi.

Les employeurs sont tenus de déduire périodiquement du revenu des employés (qui comprend les avantages imposables) l'impôt sur le revenu d'emploi et leur cotisation aux régimes de sécurité sociale et de remettre ceux-ci aux autorités fiscales au nom des

Le revenu inclut également la moitié du gain en capital (appelé le gain en capital imposable) réalisé à la disposition d'un bien en immobilisation, déduction faite des pertes en capital déductibles.

employés. Les administrateurs d'une société peuvent être tenus personnellement responsables si la société n'effectue pas les « déductions à la source » ou ne remet pas celles-ci aux autorités fiscales. Les employeurs peuvent également être assujettis à des taxes sur la masse salariale provinciale. Le revenu d'emploi d'un non-résident provenant de services offerts au Canada doit faire l'objet d'une retenue d'impôt, même si ce revenu est exonéré d'impôt en vertu d'une convention fiscale, à moins que l'employeur n'obtienne une exonération ou qu'il ne soit un non-résident ayant le droit d'être dispensé de la retenue d'impôt. Les déductions à la source sur le revenu des employés ne sont pas obligatoires à l'égard des sommes versées par les « employeurs non-résidents admissibles » à certains employés non-résidents. En règle générale, un employeur non-résident admissible s'entend d'une société qui réside dans un pays avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale et qui est certifiée par l'ARC.

Le reste de la présente partie résume quelques règles importantes pertinentes pour le calcul du revenu aux fins de la fiscalité canadienne et pour l'imposition des entités commerciales habituelles.

Pertes

Les règles canadiennes ne permettent pas la consolidation des pertes au sein d'un groupe de sociétés ni aucune autre mesure d'allégement semblable. Toutefois, des techniques établies, acceptées par l'ARC, permettent de répartir les pertes entre les membres d'un même groupe de sociétés, sous réserve de certaines limites.

Les pertes autres que les pertes en capital qu'un contribuable subit dans le cadre de l'exploitation d'une entreprise ou de l'aliénation d'un bien peuvent généralement être reportées rétrospectivement sur une période de trois ans ou prospectivement sur une période de 20 ans de manière à réduire le revenu imposable du contribuable.

Les pertes en capital nettes peuvent être reportées rétrospectivement pendant une période de trois ans ou prospectivement pendant une période indéfinie, mais elles ne peuvent généralement être déduites que des gains en capital imposables.

La déductibilité des pertes, notamment celles qui peuvent être utilisées après l'acquisition du contrôle d'une société (ou après certains changements dans les bénéficiaires d'une fiducie), peut être limitée par diverses règles anti-évitement. Une personne ou un groupe de personnes qui acquiert dans certaines circonstances des actions représentant plus de 75 % de la juste valeur marchande des actions d'une société sans pour autant acquérir le contrôle légal de celle-ci est réputé avoir acquis le contrôle de la société.

Dépenses d'intérêt et autres coûts de financement

Les dépenses d'intérêt raisonnables sur les fonds empruntés ou les dettes contractées pour tirer un revenu d'une entreprise ou d'un bien sont déductibles au fur et à mesure qu'elles sont engagées ou au moment du décaissement (selon la méthode habituellement adoptée par le contribuable).

Les coûts autres que l'intérêt, notamment les commissions et les honoraires, engagés pour emprunter de l'argent ou contracter des dettes dans le but de gagner un revenu ou pour émettre de nouvelles actions sont généralement déductibles de façon linéaire sur une période de cinq ans.

Le Québec a adopté des dispositions législatives qui viennent limiter la déductibilité des coûts de financement au montant du revenu généré par l'investissement. Cette règle s'applique uniquement aux particuliers assujettis à l'impôt au Québec.

Revenu tiré d'actions

Les dividendes imposables reçus par une société résidant au Canada d'une « société canadienne imposable » sont généralement entièrement déductibles pour la société bénéficiaire (sous réserve des règles anti-évitement énoncées au paragraphe 55(2) de la Loi de l'impôt), règle qui a pour effet de permettre le transfert de dividendes d'une société canadienne imposable à l'autre sans incidence fiscale. Une société canadienne imposable est généralement une société résidant au Canada qui est constituée au Canada et qui n'est pas exonérée aux termes de la Loi de l'impôt par des règles particulières applicables dans certaines circonstances (par exemple, les sociétés d'État et les sociétés de gestion de pension). En règle générale, le paragraphe 55(2) pourrait s'appliquer au dividende reçu par une société résidant

La déductibilité des pertes, notamment celles qui peuvent être utilisées après l'acquisition du contrôle d'une société peut être limitée par diverses règles anti-évitement.

au Canada d'une « société canadienne imposable », afin qu'il soit considéré comme un gain en capital dans certaines circonstances. Le paragraphe 55(2) ne s'applique généralement pas lorsque le dividende versé est tiré du « revenu protégé en main » (généralement, des bénéfices non répartis après impôt attribuables à l'action sur laquelle le dividende a été payé) ou lorsque le dividende réputé est versé dans le cadre de certaines réorganisations admissibles.

Les dividendes reçus par un particulier sont imposables, sous réserve du crédit d'impôt pour dividendes qui réduit le taux réel d'imposition sur les dividendes versés par une société canadienne imposable et vise à compenser (en partie) l'impôt sous-jacent sur le revenu des sociétés versé par le payeur de dividendes. Le crédit d'impôt pour dividendes applicable à certains « dividendes déterminés » indemnise de façon plus adéquate les actionnaires qui sont des particuliers pour l'impôt sous-jacent sur le revenu des sociétés.

La société qui réside au Canada et reçoit des dividendes d'une société non-résidente doit inclure ceux-ci dans son revenu, sous réserve des déductions permises par les règles canadiennes sur les sociétés étrangères affiliées et sous réserve des règles sur les crédits pour impôts étrangers. Les règles sur les sociétés étrangères affiliées sont complexes, mais, de façon générale, elles prévoient que les revenus tirés d'une entreprise exploitée activement par une société étrangère affiliée dans un territoire avec lequel le Canada a conclu une convention fiscale, ou dans un territoire avec lequel le Canada n'a pas conclu de convention fiscale, mais qui convient d'échanger des renseignements fiscaux avec le Canada, peuvent être rapatriés au Canada en franchise de l'impôt canadien. Le Canada compte 23 conventions d'échange de renseignements fiscaux qui sont actuellement en vigueur; plusieurs autres sont en cours de négociation ou ont été conclues, mais ne sont pas encore en vigueur.

À l'inverse, en vertu des règles sur les sociétés étrangères affiliées, les résidents canadiens sont tenus d'inclure leur quote-part des « revenus étrangers accumulés, tirés de biens » (les revenus passifs ou réputés passifs) d'une société étrangère affiliée contrôlée, que ce revenu soit ou non distribué au résident canadien.

Les résidents canadiens sont également tenus, dans certaines circonstances, d'inclure un montant de revenu réputé à l'égard d'un intérêt dans un « bien d'un fonds de placement non-résident ».

Qu'il réside ou non au Canada, l'actionnaire d'une société privée canadienne a généralement droit au remboursement de ses actions en franchise d'impôt canadien (y compris la retenue d'impôt canadienne). Du point de vue de la planification fiscale, il s'agit d'un point important pour les non-résidents qui acquièrent des actions d'une société privée canadienne, d'autant plus que le capital peut être remboursé sans distribution préalable des revenus et des bénéfices par voie de dividendes.

Amortissement

Les contribuables peuvent se prévaloir de déductions (la « déduction pour amortissement ») aux taux visés par règlement à l'égard des biens amortissables utilisés dans l'exploitation d'une entreprise, notamment la machinerie et le matériel ainsi que les édifices et les biens immatériels. Un terrain ne peut faire l'objet d'amortissement. La déduction pour amortissement est généralement calculée en fonction du coût en capital non amorti global de différentes catégories d'actifs et non en fonction du coût en capital non amorti de chaque actif en particulier.

Dépenses relatives à des ressources

Les dépenses relatives à des ressources canadiennes (autres que les dépenses liées à l'acquisition de

biens matériels qui seraient généralement considérés comme étant des biens amortissables) entrent dans l'une des catégories de frais suivantes : les frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz, les frais d'aménagement au Canada ou les frais d'exploration au Canada. Les dépenses liées à l'acquisition de biens ou de droits relatifs au pétrole et au gaz (y compris aux biens de sables bitumineux) au Canada sont généralement considérées comme des frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz. Les dépenses liées à l'acquisition de biens ou de droits miniers au Canada sont généralement considérées comme des frais d'aménagement au Canada. Les dépenses liées à l'exploration et à l'aménagement de ressources canadiennes sont généralement considérées soit comme des frais d'aménagement au Canada soit comme des frais d'exploration au Canada.

Une fois qu'elles ont été considérées comme étant des frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz, des frais d'aménagement au Canada ou des frais d'exploration au Canada, les dépenses sont ajoutées aux comptes cumulatifs correspondants. Sous réserve de certaines restrictions, un contribuable peut déduire au cours d'une année d'imposition 10 % de ses frais à l'égard de biens canadiens relatifs au pétrole et au gaz cumulatifs, 30 % de ses frais d'aménagement au Canada cumulatifs et 100 % de ses frais d'exploration au Canada cumulatifs.

Certaines provinces, dont le Québec, offrent des incitatifs similaires ou d'autres incitatifs.

Impôt sur le capital

Le gouvernement fédéral prélève sur le capital des institutions financières un impôt de 1,25 % du « capital imposable utilisé au Canada » au-delà de 1 milliard de dollars.

Restructurations de sociétés

La Loi de l'impôt permet la réalisation de nombreuses restructurations de sociétés par « roulement » aux actionnaires ou par report d'impôt pour ces derniers. Certaines restructurations, comme les échanges d'actions à raison de « une pour une », sont relativement simples du point de vue fiscal, tandis que d'autres, comme les scissions à impôt différé, comportent des restrictions légales et administratives complexes.

Sociétés de personnes

Bien que les sociétés de personnes ne soient pas, par définition, des contribuables en vertu de la Loi de l'impôt, elles sont tenues de calculer leur revenu comme si elles étaient des contribuables résidant au Canada. Chaque associé doit inclure dans son revenu sa quote-part du revenu, des gains ou des pertes de la société de personnes. Les règles spéciales applicables aux commanditaires peuvent, dans certains cas, les empêcher de déduire la quote-part des pertes d'une société en commandite qui leur est attribuée.

Fiducies

Contrairement aux sociétés de personnes, les fiducies qui résident au Canada constituent des entités imposables en vertu de la Loi de l'impôt. Cependant, certaines fiducies, dont les fiducies personnelles et les fiducies de fonds commun de placement, peuvent avoir droit à une déduction compensatoire à l'égard des sommes distribuées aux bénéficiaires. De telles règles ont pour effet de réduire (ou d'éliminer) l'impôt au niveau de la fiducie. Les distributions sont généralement imposables pour les bénéficiaires.

Comme il a été mentionné précédemment, les fiducies non-résidentes peuvent être réputées résidentes du Canada dans certains cas en vertu de la Loi de l'impôt.

ENTITÉS INTERMÉDIAIRES DE PLACEMENT DÉTERMINÉES

La Loi de l'impôt contient des règles sur l'imposition de certaines fiducies et sociétés de personnes cotées en bourse appelées « entités intermédiaires de placement déterminées » (les « EIPD »). Aux termes de ces règles, les EIPD et leurs porteurs de parts sont imposés au même titre que les sociétés ouvertes et leurs actionnaires. Certains fonds de placement immobilier (le « FPI ») sont exonérés de l'impôt applicable aux EIPD. Certaines fiducies de revenu transfrontalières qui investissent dans des biens non canadiens peuvent également en être exonérées.

RÈGLE GÉNÉRALE ANTI-ÉVITEMENT

La Loi de l'impôt contient une règle générale anti-évitement (la « RGAE ») visant à prévenir les « opérations d'évitement abusives ». Cette règle s'ajoute aux règles anti-évitement plus précises prévues par la Loi de l'impôt. La RGAE ne vise pas les opérations qui sont principalement effectuées pour des motifs de bonne foi autres que l'obtention d'un avantage fiscal ni les opérations qui n'entraînent pas un évitement abusif de l'impôt. Si la RGAE s'applique, l'ARC peut réévaluer l'incidence fiscale d'une opération ou d'une série d'opérations donnant lieu à une obligation fiscale pour un ou plusieurs des participants aux opérations.

La Loi de l'impôt contient également certaines dispositions qui exigent la déclaration d'opérations de planification fiscale abusive. Parmi les opérations à déclarer, on compte celles qui comportent deux des trois caractéristiques suivantes : (i) les honoraires d'un conseiller ou d'un promoteur sont fonction du montant d'un avantage fiscal découlant de l'opération ou sont rattachés au nombre de personnes qui prennent part à l'opération ou qui ont profité des conseils ou des avis donnés par le conseiller ou le promoteur; (ii) le conseiller ou le promoteur obtient un « droit à

la confidentialité » (autrement dit, les personnes qui prennent part à l'opération ont l'obligation de ne pas divulguer l'opération aux tiers, y compris aux autorités fiscales) et (iii) une personne, un conseiller ou un promoteur obtient une « protection contractuelle » (autrement dit, une forme directe ou indirecte d'assurance contre le risque fiscal que présente l'opération). Le défaut de déclarer une opération peut donner lieu à des pénalités sévères.

Des règles semblables existent au Québec, mais les contribuables québécois ont l'option de déclarer une opération qui ne serait pas assujettie aux règles de planification fiscale abusive. S'il est incertain que les RGAE s'appliquent, une telle déclaration préventive peut offrir l'avantage de raccourcir la période de nouvelle cotisation, pendant laquelle le Québec peut contester la déclaration aux termes des RGAE, et empêchera le Québec d'imposer une pénalité aux termes des RGAE dans le cadre d'une nouvelle cotisation.

RÈGLES SPÉCIALES POUR LES NON-RÉSIDENTS

Retenue d'impôt

Le résident (ou résident réputé) du Canada qui effectue un paiement à un non-résident à l'égard de la plupart des types de revenu passif (notamment les dividendes, les loyers et les redevances) doit généralement retenir une somme correspondant à 25 % du montant brut du paiement.

Les intérêts qui sont des « intérêts sur des créances participatives » ainsi que les intérêts versés ou crédités par un résident du Canada à une personne non-résidente avec laquelle il a un lien de dépendance sont également assujettis à la retenue d'impôt. Inversement, les intérêts autres que des intérêts sur des créances participatives ou que des intérêts assujettis à la règle sur la capitalisation restreinte

La convention fiscale entre le Canada et les États-Unis a généralement éliminé les retenues d'impôt sur les paiements d'intérêts faits à une personne des États-Unis avec laquelle le résident du Canada a un lien de dépendance.

sont exonérés de la retenue d'impôt lorsqu'ils sont payés à une personne non-résidente avec laquelle le résident du Canada a un lien de dépendance. La convention fiscale entre le Canada et les États-Unis a généralement éliminé les retenues d'impôt sur les paiements d'intérêts faits à une personne des États-Unis avec laquelle le résident du Canada a un lien de dépendance et qui est visée par cette convention. La Loi de l'impôt prévoit un certain nombre de règles anti-évitement applicables aux mécanismes d'adossent visant à réduire la retenue d'impôt sur certains paiements d'intérêts et de redevances, en interposant un intermédiaire entre le payeur résidant au Canada et le non-résident qui serait assujetti à un taux de retenue d'impôt plus élevé que celui auquel il aurait été assujetti si le paiement lui avait été fait directement.

Ce taux de retenue de 25 % peut être réduit conformément à une convention fiscale applicable. Pour les dividendes, il est de 15 %, sauf dans les cas où l'actionnaire est une société qui est propriétaire véritable de 10 % ou plus des actions à droit de vote du payeur de dividendes, auquel cas le taux est généralement réduit à 5 %. Pour les redevances, ce taux s'élève à 10 % et peut être éliminé quant à certaines redevances.

Une société de personnes dont un associé est un non-résident est réputée une non-résidente en vertu de la Loi de l'impôt. Par conséquent, tout montant versé par un résident du Canada à une société de personnes comptant un associé non-résident fait l'objet d'une retenue d'impôt intégrale. Toutefois, en pratique, l'ARC peut permettre au payeur de ne pas s'arrêter à la société de personnes et d'effectuer sa retenue en fonction de la résidence et du statut selon le traité de ses associés.

Même si c'est le bénéficiaire non-résident qui est assujéti à l'impôt, c'est le payeur résident qui doit retenir l'impôt et le verser à l'ARC pour le compte du non-résident, sinon le payeur résident devient responsable du paiement de cet impôt. L'ARC s'attend à ce que les contribuables canadiens obtiennent les formulaires NR301, NR302 ou NR303 (selon le statut juridique du bénéficiaire) des bénéficiaires non-résidents auxquels s'applique le taux de retenue réduit en vertu d'une convention fiscale même s'il n'existe aucune obligation légale de le faire.

Le non-résident exploitant une entreprise au moyen d'une succursale canadienne peut être réputé un résident du Canada pour l'application des règles de la retenue d'impôt. Ces règles ont pour effet de soumettre à la retenue d'impôt canadienne certains paiements faits par un non-résident à un autre non-résident.

Une retenue d'impôt « de réserve » de 15 % s'applique également aux paiements versés aux non-résidents pour la prestation de services au Canada. La somme retenue pourra ensuite être remboursée ou créditée au non-résident au moment de la production de sa déclaration de revenu au Canada. Une retenue d'impôt semblable de 9 % s'applique aux paiements versés aux non-résidents à l'égard de la prestation de services au Québec.

Succursale canadienne ou filiale canadienne?

En règle générale, aux fins de l'impôt du Canada, il importe peu que l'entité non-résidente exploite une entreprise au moyen d'une succursale canadienne ou au moyen d'une filiale canadienne en propriété exclusive. Cependant, si la plupart des actifs de la succursale sont habituellement des « biens canadiens imposables », ce ne sera pas nécessairement le cas pour les actions de la filiale; tout dépendra des actifs de la filiale. Par conséquent, la vente d'une filiale risque moins d'être assujéti à l'obligation d'obtenir le certificat de l'article 116 dont il a été question ci-dessus que la vente d'une succursale. Comme il est indiqué ci-après, les règles relatives à la capitalisation restreinte s'appliquent également au non-résident qui exploite une entreprise au Canada au moyen d'une succursale canadienne. La succursale non-résidente qui fournit des services au Canada est également assujéti à la retenue d'impôt « de réserve » décrite ci-dessus.

La filiale canadienne constituée en personne morale d'une société non-résidente est un résident canadien aux fins de l'impôt sur le revenu canadien et elle est donc assujéti à l'impôt au Canada sur son revenu mondial. Comme il est mentionné précédemment, certains types de paiements (notamment les dividendes, les loyers et les redevances) effectués par une filiale à sa société mère non-résidente sont assujétis à la retenue d'impôt.

De même, l'impôt canadien s'appliquera aux bénéfices attribuables à la succursale non constituée en personne morale d'un non-résident qui exploite une entreprise au Canada. La répartition des revenus et des dépenses entre le siège social et la succursale canadienne peut être imprécise et donner lieu à des ambiguïtés dans le calcul du revenu de la succursale pour l'application de la Loi de l'impôt. De plus, la Loi de l'impôt prévoit un impôt de 25 % sur les bénéfices de la succursale canadienne d'une société non-résidente

qui ne sont pas réinvestis au Canada, sous réserve de toute convention fiscale applicable. Cet impôt vise à refléter la retenue d'impôt sur dividendes.

Entités hybrides

Les dispositions législatives sur les sociétés de la Nouvelle-Écosse, de l'Alberta et de la Colombie-Britannique permettent la constitution de sociétés à responsabilité illimitée (la « SARI »). Ces entités sont considérées comme des sociétés résidant au Canada aux fins de l'impôt canadien alors qu'aux États-Unis elles ont le droit d'être considérées comme des entités intermédiaires aux fins de l'impôt américain. Cette qualification fiscale double ou « hybride » peut être utile du point de vue de la planification. Toutefois, en raison de certaines dispositions particulières de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis, l'utilisation d'une SARI par un résident des États-Unis doit faire l'objet d'un examen minutieux préalable et pourrait entraîner des étapes supplémentaires ou nécessiter la création d'entités intermédiaires pour être avantageuse.

La convention fiscale entre le Canada et les États-Unis considère généralement les sociétés à responsabilité limitée comme des sociétés « transparentes » aux fins de l'application des dispositions de la convention.

Capitalisation d'une société canadienne

Une société canadienne peut être capitalisée au moyen de l'avoir des actionnaires ou d'une combinaison du passif et de l'avoir des actionnaires.

Comme il a été mentionné précédemment, les actions d'une société privée canadienne peuvent généralement être remboursées aux actionnaires en franchise de l'impôt canadien, y compris la retenue d'impôt canadienne applicable aux actionnaires non-résidents.

La distribution faite à un actionnaire en sus du capital-actions sera réputée un dividende pour l'application de la Loi de l'impôt. Les dividendes réputés versés aux actionnaires non-résidents sont assujettis à la retenue d'impôt de la même façon et au même taux (y compris tout taux réduit en vertu d'un traité) que les dividendes habituels.

Le remboursement du capital prêté à une société canadienne par un actionnaire non-résident n'est pas assujetti à la retenue d'impôt, mais une retenue doit être faite à l'égard de l'intérêt versé ou crédité quant au prêt.

Sous réserve de la règle relative à la capitalisation restreinte exposée ci-dessous et des restrictions générales sur les frais d'intérêt et les pertes mentionnées précédemment, une filiale canadienne peut déduire, dans le calcul de son revenu, les intérêts qu'elle verse ou crédite à un non-résident.

Capitalisation restreinte et imputation des intérêts

La règle relative à la « capitalisation restreinte » vise à empêcher une société ou une fiducie résidente du Canada, ainsi qu'une société ou une fiducie qui ne réside pas au Canada, mais qui y exerce des activités ou y gagne un revenu de location assujetti à l'impôt sur

L'utilisation d'une SARI par un résident des États-Unis doit faire l'objet d'un examen minutieux préalable et pourrait entraîner des étapes supplémentaires ou nécessiter la création d'entités intermédiaires pour être avantageuse.

une base nette, ou encore une société de personnes dont une telle société ou fiducie est associée, de réduire de façon excessive ses bénéficiaires canadiens imposables et, par conséquent, son obligation fiscale canadienne, en maximisant les intérêts versés aux créanciers non-résidents reliés. En résumé, l'entreprise canadienne ne peut déduire des intérêts si son « passif pertinent » excède d'une fois et demie son « avoir des actionnaires pertinent ». Dans certains cas, l'intérêt visé par les règles relatives à la capitalisation restreinte peut être assimilé à un dividende réputé ou à une distribution de la fiducie assujetti à la retenue d'impôt. Ces règles peuvent également s'appliquer aux prêts accordés à une entreprise canadienne par un intermédiaire sans lien de dépendance dans le cadre de mécanismes de prêts adossés, comme des cautionnements ou des prêts adossés accordés par une personne non-résidente liée.

À l'inverse, lorsqu'une société qui réside au Canada a consenti un prêt à un non-résident, que le prêt ne porte pas intérêt à un taux raisonnable et qu'il a été impayé pendant plus d'un an ou demeure impayé après plus d'un an, un revenu d'intérêt calculé au taux prévu par règlement sur le capital impayé est imputé au prêteur canadien en vertu de la Loi de l'impôt. Le montant des intérêts imputés est réduit du montant de tout intérêt reçu par la société qui réside au Canada.

En outre, si le prêt est consenti à un actionnaire non-résident de la société qui réside au Canada ou à une personne rattachée à un actionnaire (autre qu'une société étrangère affiliée de la société) et qu'il n'est pas remboursé dans l'année qui suit la fin de l'année d'imposition au cours de laquelle le prêt a été consenti, le capital du prêt peut être traité comme un dividende pour les besoins de la retenue d'impôt canadienne.

La Loi de l'impôt renferme des règles visant les opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées.

Règles relatives aux opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées

La Loi de l'impôt renferme des règles visant les opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées. L'opération de transfert de sociétés étrangères affiliées peut prendre diverses formes, mais elle consiste généralement en une opération où une société mère non canadienne transfère les actions d'une filiale non canadienne à une société canadienne détenue en propriété exclusive en échange de la dette et d'actions de la société canadienne. En général, la société canadienne émet des actions pour se conformer à la règle sur la capitalisation restreinte, qui l'oblige à respecter un certain ratio dettes/capitaux propres. La société canadienne peut déduire l'intérêt payé à l'égard de la dette, mais le revenu provenant de la filiale étrangère est généralement exonéré d'impôt canadien aux termes des règles canadiennes sur les filiales étrangères. La société canadienne se trouve ainsi à utiliser l'intérêt versé sur la dette entre sociétés pour éviter de payer de l'impôt sur son revenu provenant de ses activités au Canada.

Les dispositions sur les opérations de transfert des sociétés étrangères s'appliquent habituellement au cas où une société canadienne qui est contrôlée par une société mère non-résidente investit dans une société étrangère qui, immédiatement après l'investissement, est une « société étrangère affiliée » de la société canadienne et où l'investissement n'échappe pas à l'application des règles relatives aux opérations de transfert à des sociétés étrangères

affiliées grâce à des exceptions légales. Les restructurations de sociétés et les acquisitions stratégiques d'entreprises ayant des liens plus étroits avec les activités de la société canadienne qu'avec celles d'un membre non-résident du groupe multinational constituent des exemples de telles exceptions légales. Le terme « investissement » est utilisé dans un sens large dans ce contexte; il faut donc être prudent lorsqu'il est question de sociétés étrangères affiliées à une société canadienne qui est contrôlée par une société mère non-résidente.

Lorsque les règles s'appliquent, le traitement fiscal est le suivant :

- Au moment où elle acquiert son investissement dans la société étrangère, la société canadienne est réputée avoir payé à la société étrangère aux fins du calcul de la retenue d'impôt un dividende dont le montant correspond à la juste valeur marchande de toute contrepartie autre qu'en actions versée par la société canadienne (dans certains cas, le dividende réputé peut être éliminé et remplacé par une diminution du compte de capital versé).
- Aucune somme n'est ajoutée au compte de capital versé de la société canadienne à l'égard des actions émises par celle-ci en contrepartie de l'investissement acquis dans la filiale étrangère. La composante capitaux propres du ratio dettes/capitaux propres fixé par la règle relative à la capitalisation restreinte ne pourra ainsi être augmentée, et il sera donc dorénavant moins intéressant du point de vue fiscal de transférer des actifs à l'extérieur du Canada.
- Aucune somme n'est constatée dans le surplus d'apport de la société canadienne à la suite de l'acquisition de l'investissement dans la filiale étrangère aux fins : (i) du ratio dettes/capitaux propres fixé par la règle relative à la capitalisation restreinte et (ii) des règles permettant de convertir le surplus d'apport en capital versé sans donner lieu à un dividende réputé.

RÈGLES RELATIVES AU PRIX DE TRANSFERT

Comme de nombreux autres pays, le Canada prévoit des règles relatives au prix de transfert pour protéger son assiette fiscale. Ces règles sont conçues pour garantir que le revenu des contribuables canadiens (et leur obligation fiscale canadienne correspondante) n'est pas réduit artificiellement au moyen d'opérations conclues avec des non-résidents avec lesquels ils ont des liens de dépendance.

Les règles relatives au prix de transfert s'appliquent aux résidents du Canada ainsi qu'aux non-résidents qui exploitent une entreprise au Canada, de sorte que ces règles risquent de concerner tant les filiales canadiennes (et les sociétés mères) que les succursales canadiennes. Dans le cadre de l'examen du prix de transfert, il est régulièrement tenu compte du prix des biens, des frais de gestion, des commissions de garantie et des redevances.

Lorsqu'un contribuable canadien ou une société de personnes réalise une ou plusieurs opérations avec un non-résident avec lequel il a un lien de dépendance et que (i) les modalités des opérations diffèrent de celles qui auraient été convenues par des personnes sans lien de dépendance ou (ii) que les opérations ne peuvent pas raisonnablement être considérées comme des opérations effectuées pour des objets véritables n'ayant rien à voir avec la fiscalité et qu'elles n'auraient pas été conclues par des personnes sans lien de dépendance, l'ARC peut faire des redressements conformément aux règles relatives au prix de transfert prévues par la Loi de l'impôt, y compris en imputant des revenus ou en refusant des déductions.

En outre, elle peut imposer des pénalités. Lorsque les redressements de prix de transfert d'un contribuable pour une année sont supérieurs à 5 millions de dollars ou s'ils sont inférieurs à ses revenus bruts pour l'année

calculés conformément à la Loi de l'impôt, une pénalité correspondant à 10 % du total des redressements de prix de transfert s'applique à moins que le contribuable n'ait fait des efforts raisonnables pour appliquer les modalités d'une opération entre personnes sans lien de dépendance. À cet égard, le contribuable sera réputé ne pas avoir fait d'effort raisonnable pour appliquer les modalités d'une opération entre personnes sans lien de dépendance s'il n'a pas établi ou obtenu l'ensemble des documents relatifs aux opérations qui démontrent le caractère approprié des opérations du point de vue du prix de transfert au plus tard à la date d'exigibilité de sa déclaration de revenu (ou, dans le cas d'une société de personnes, la date d'exigibilité de sa déclaration de renseignements annuelle). Cette règle est souvent appelée l'exigence de documentation ponctuelle.

L'ARC jouit de pouvoirs de vérification extraordinaires en matière de prix de transfert et peut exiger du contribuable qu'il produise de la documentation ponctuelle dans un délai de 90 jours d'une demande formelle à cet effet. Au cours des dernières années, l'ARC est devenue plus tenace dans le cadre de sa vérification des documents de prix de transfert.

Une société canadienne sera réputée avoir payé un dividende à un non-résident avec lequel elle a un lien de dépendance (autre qu'une société étrangère contrôlée par elle) même lorsque le non-résident n'est pas un actionnaire de la société canadienne si le prix de transfert payé est excessif et qu'il réduit ainsi les actifs de la société canadienne et augmente ceux du non-résident. Par contre, le non-résident peut rapatrier le montant du redressement du prix de transfert pour éviter la retenue d'impôt applicable au dividende réputé.

Au cours des dernières années, l'ARC est devenue plus tenace dans le cadre de sa vérification des documents de prix de transfert.

MESURES INCITATIVES FISCALES ET RÉGIMES SPÉCIAUX

Le gouvernement fédéral et de nombreux gouvernements provinciaux offrent des mesures incitatives fiscales pour certaines activités commerciales sous forme de crédit d'impôt, de réduction des taux d'imposition et d'amortissement accéléré de dépenses admissibles. De plus, des régimes fiscaux spéciaux peuvent s'appliquer à certains ouvrages, notamment, comme il est mentionné plus haut, l'exploration et la mise en valeur de ressources. Les règles et les critères d'admissibilité applicables sont complexes et ne font pas l'objet du présent sommaire. Sont toutefois exposées ci-dessous les mesures incitatives fiscales généralement prévues par les gouvernements fédéral, ontarien et québécois. La Loi de l'impôt prévoit également des taux d'imposition réduits et certains autres avantages pour les sociétés qui sont visées par la définition de « société privée sous contrôle canadien » (la « SPCC »), soit essentiellement une société privée canadienne qui n'est pas contrôlée directement ou indirectement, de quelque façon que ce soit, par une ou plusieurs sociétés ouvertes ou par des non-résidents ou une combinaison de ceux-ci.

Mesures incitatives visant les activités de recherche scientifique et de développement expérimental

La Loi de l'impôt prévoit de généreuses mesures incitatives pour les activités de recherche scientifique et de développement expérimental (les « activités de recherche et de développement »).

On entend par « activités de recherche et de développement » une investigation ou recherche systématique d'ordre scientifique ou technologique, effectuée par voie d'expérimentation ou d'analyse, à savoir la recherche pure, la recherche appliquée et le développement expérimental, notamment les travaux relatifs aux travaux techniques, à la conception, à la recherche opérationnelle, à l'analyse mathématique et aux essais. Certaines activités sont expressément exclues de cette définition, notamment l'étude de marché, le contrôle de la qualité, la recherche dans les sciences sociales, la prospection et le forage faits en vue de la découverte de minéraux, de pétrole ou de gaz naturel, la production commerciale et la collecte normale de données.

Les dépenses d'activités de recherche et de développement qui sont des dépenses de revenu comprennent généralement toutes les dépenses directement liées à la recherche et au développement, comme les salaires, le coût des matières utilisées dans le cadre des activités de recherche et de développement et les frais généraux directement liés à ces activités. En général, une partie des versements effectués aux sociétés qui résident au Canada ou à d'autres entités, comme des universités, pour les activités de recherche et de développement effectuées au Canada au nom du payeur peut également être incluse dans les dépenses d'activités de recherche et de développement. Certaines dépenses d'activités de recherche et de développement engagées à l'extérieur du Canada, comme les salaires d'employés résidant au Canada qui exercent des activités de recherche et de développement à l'extérieur du Canada, au soutien d'activités de recherche et de développement exercées par le contribuable au Canada peuvent également être admissibles.

En règle générale, les mesures incitatives visant les activités de recherche et de développement sont offertes sous forme de déductions immédiates pour les dépenses courantes admissibles et de crédit d'impôt à l'investissement de 15 % permettant la réduction de l'impôt à payer. Les crédits d'impôt à l'investissement peuvent être reportés sur d'autres années d'imposition, sous réserve des limites prescrites par la Loi de l'impôt. Les SPCC admissibles ont droit à des mesures incitatives pour les activités de recherche et de développement plus généreuses, à savoir un crédit d'impôt entièrement remboursable de 35 % sur la première tranche de 3 millions de dollars de dépenses d'activités de recherche et de développement courantes.

Les provinces peuvent également prévoir des mesures incitatives pour les activités de recherche et de développement effectuées dans leur territoire.

Le Québec prévoit un crédit d'impôt entièrement remboursable maximal de 30 % relativement aux salaires des employés qui se consacrent aux activités de recherche et de développement effectuées au Québec. Parmi les autres mesures incitatives offertes par le Québec, on trouve un crédit d'impôt de 28 % pour les dépenses admissibles liées à la recherche effectuée par une université ou un centre de recherche public ainsi qu'un congé d'impôt (c'est-à-dire une exonération totale ou partielle de l'impôt sur le revenu tiré d'un emploi) pour les chercheurs étrangers pendant une période maximale de cinq ans.

Crédits d'impôt pour la production cinématographique

Le gouvernement fédéral et de nombreux gouvernements provinciaux, dont les gouvernements de l'Ontario et du Québec, offrent un éventail de mesures incitatives pour la production cinématographique et vidéographique au Canada. La société productrice peut également profiter

de mesures incitatives pour les productions cinématographiques et vidéographiques faites hors du Canada lorsqu'elle engage des dépenses de main-d'œuvre admissibles au Canada ou dans la province pertinente.

Taxe de vente et autres taxes

TAXE SUR LES PRODUITS ET SERVICES

Règles générales

Le Canada impose une taxe sur les produits et services (la « TPS ») de 5 % sur la consommation ou l'utilisation au Canada de la plupart des biens corporels ou incorporels et sur la fourniture de services. Un système parallèle de crédits de taxe sur les intrants (le « CTI ») vise à garantir que les utilisateurs intermédiaires de biens et de services reçoivent un crédit pour la TPS qu'ils paient de façon à ce que seul le consommateur ou l'utilisateur final dans la chaîne de fourniture paie effectivement la TPS. La TPS est imposée en vertu de la Partie IX de la *Loi sur la taxe d'accise* (la « LTA ») et elle est administrée par l'ARC (sauf au Québec).

Qu'elle réside ou non au Canada, la personne qui, dans le cours d'activités commerciales, fournit des biens ou des services au Canada (la LTA parle de « fournitures taxables ») est généralement tenue de s'inscrire aux fins de la TPS à moins que ses fournitures mondiales totales n'excèdent pas 30 000 dollars par année (compte tenu des fournitures taxables des parties reliées). Par conséquent, le non-résident qui vend une fourniture taxable au Canada et qui a des ventes mondiales non exonérées de plus de 30 000 dollars (y compris les ventes à l'extérieur du Canada) doit généralement s'inscrire aux fins de la TPS. Pour l'application de la LTA, le mot « personne » est défini de façon large et inclut un particulier, une société par actions, une fiducie et une société de personnes.

Fournitures exonérées

La fourniture de certains types de biens et de services, définie dans la LTA comme une « fourniture exonérée », est expressément exonérée de la TPS. Voici les principaux types de fournitures exonérées :

- les services financiers (comme les prêts ou les opérations sur valeurs mobilières, notamment la vente et l'émission d'actions et certains services liés)
- les immeubles d'habitation qui ne sont pas neufs (notamment la vente et la location)
- certaines fournitures vendues par les organismes de bienfaisance canadiens ou d'autres entités sans but lucratif
- la plupart des services médicaux et dentaires.

Fournitures détaxées

La fourniture de certains types de biens et de services, définie dans la LTA comme une « fourniture détaxée », est considérée comme une « fourniture taxable », mais dont le taux de taxation est de 0 %, c'est-à-dire qu'aucune TPS n'est prélevée. Voici les principales catégories de fournitures détaxées :

- la plupart des types de biens et de services destinés à l'exportation
- les médicaments sur ordonnance et les produits alimentaires de base
- certains produits agricoles
- la plupart des types de services financiers fournis à un non-résident.

Crédits de taxe sur les intrants

En règle générale, l'inscrit qui vend uniquement des fournitures taxables (y compris des fournitures détaxées) a le droit de réclamer des CTI égaux à la TPS totale qu'il a versée relativement aux biens et aux services qu'il a acquis pour consommation, usage ou fourniture dans le cadre de ses activités

commerciales. À l'inverse, le fournisseur qui ne vend que des fournitures exonérées n'a droit à aucun CTI. L'inscrit qui vend à la fois des fournitures exonérées et des fournitures taxables doit répartir ses dépenses de TPS de façon raisonnable entre les deux activités, et il ne peut généralement réclamer de CTI que pour les dépenses de TPS attribuées à la vente de fournitures taxables.

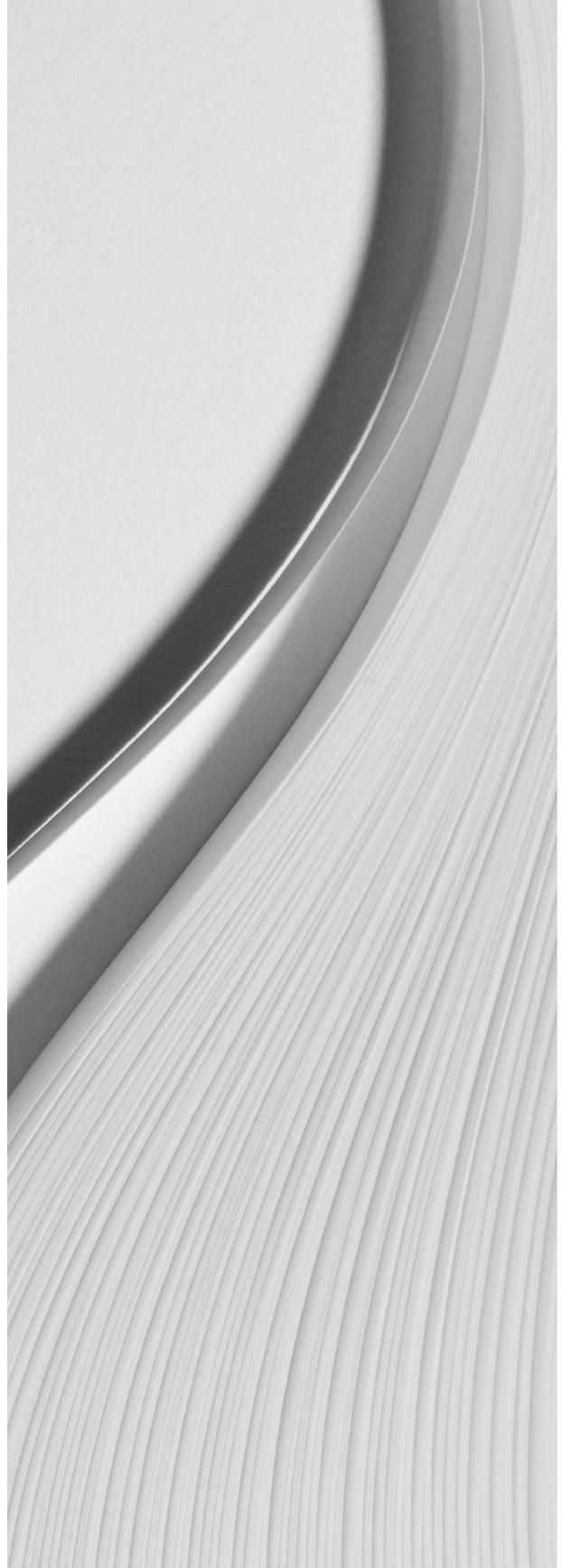
Perception et déclaration

Même si la TPS est payable par l'acheteur, le fournisseur qui est (ou est tenu d'être) un inscrit aux fins de la TPS est tenu, dans la plupart des cas, de percevoir et de verser périodiquement au gouvernement fédéral la TPS payable par l'acheteur. Le fournisseur peut opérer compensation entre ces CTI et la TPS perçue et, par conséquent, ne remettre que le solde (s'il en est) au gouvernement fédéral. Si les CTI du fournisseur sont supérieurs à la TPS qu'il a perçue pour une période de déclaration donnée, le gouvernement fédéral lui remboursera l'excédent.

La TPS et les CTI sont calculés, déclarés et versés ou remboursés périodiquement. L'inscrit peut faire une déclaration mensuelle, trimestrielle ou annuelle selon ses revenus et s'il décide de faire des déclarations plus fréquemment que ce qui lui est demandé.

Autres taxes à la consommation

Les entreprises qui font venir des produits au Canada ou qui fabriquent et vendent des produits au Canada peuvent également être touchées, directement ou indirectement, par certaines autres taxes et certains droits imposés au Canada. La plupart des produits importés au Canada font l'objet de deux types de taxes à la consommation en plus de la TPS, à savoir les droits de douane et la taxe de vente provinciale. Les produits comme l'alcool et le tabac font l'objet de droits d'accise additionnels.



TAXES DE VENTE PROVINCIALES

Chaque province, sauf l'Alberta, perçoit une taxe de vente au détail, habituellement appelée taxe de vente provinciale (la « TVP »), ou applique une taxe de vente harmonisée (la « TVH ») qui est perçue selon le même principe, mais qui comprend la TPS dont il est question ci-dessus, ou, au Québec, la taxe de vente du Québec (la « TVQ ») dont il est question ci-dessous. La Colombie-Britannique, le Manitoba et la Saskatchewan perçoivent actuellement une TVP de 7 %, de 8 % et de 6 % respectivement. La TVH est de 13 % en Ontario et de 15 % au Nouveau-Brunswick, à Terre-Neuve-et-Labrador, en Nouvelle-Écosse et à l'Île-du-Prince-Édouard. Le fournisseur de produits ou de services taxables dans une ou plusieurs de ces provinces est généralement tenu d'obtenir un permis de vendeur de chaque gouvernement provincial en cause et de percevoir et remettre à celui-ci la taxe de vente sur les ventes taxables au sein de cette province.

Le Québec applique la TVQ, taxe sur les produits et services qui reproduit presque intégralement les concepts et les dispositions de la TPS (notamment l'obligation d'inscription et de perception de la taxe). Les autorités fiscales québécoises sont responsables de la perception et de l'application de la TPS et de la TVQ au Québec. La TVQ s'applique au taux de 9,975 %, soit un taux combiné avec la TPS de 14,975 %.

Autres taxes et impôts— impôts et droits fonciers

DROITS DE CESSION IMMOBILIÈRE

De nombreuses provinces imposent une taxe sur les cessions immobilières (notamment en ce qui a trait à certains intérêts à bail). Les cessionnaires d'immeubles de l'Ontario sont généralement tenus de verser une taxe sur les cessions immobilières à un taux pouvant atteindre 2,5 % de la contrepartie

payée. Le Québec impose également une telle taxe à un taux semblable. Cette taxe peut faire l'objet de certains reports et de certaines exonérations, notamment dans le cas de cessions admissibles entre des sociétés membres du même groupe. Certaines cessions immobilières peuvent également être visées par la TPS (et la TVQ ou la TVH selon la province pertinente).

La ville de Montréal prélève des droits de mutation immobilière à des taux légèrement supérieurs à ceux du reste de la province de Québec.

La ville de Toronto impose également une taxe sur les cessions d'immeubles situés à Toronto à un taux pouvant atteindre 2,5 %, lequel taux vient s'ajouter à la taxe sur les cessions immobilières de l'Ontario susmentionnée.

L'Ontario et la Colombie-Britannique imposent également une taxe sur les cessions immobilières supplémentaire de 15 % aux non-résidents qui acquièrent des immeubles résidentiels dans la région élargie du Golden Horseshoe (c'est-à-dire la région du Grand Toronto et les régions environnantes) et dans la région métropolitaine de Vancouver.

TAXES MUNICIPALES

Les propriétaires d'immeuble peuvent également devoir verser des taxes et droits municipaux, généralement fondés sur la valeur estimée de l'immeuble. Les taux de taxation varient d'une municipalité à l'autre.

Annexe : Conventions fiscales du Canada en vigueur

(à jour au 3 juin 2018)

Afrique du Sud	Estonie	Malte	Slovaquie
Algérie	États-Unis	Maroc	Slovénie
Allemagne	Finlande	Mexique	Sri Lanka
Argentine	France	Moldavie	Suède
Arménie	Gabon	Mongolie	Suisse
Australie	Grèce	Nigeria	Taïwan
Autriche	Guyana	Norvège	Tanzanie
Azerbaïdjan	Hong Kong	Nouvelle-Zélande	Thaïlande
Bangladesh	Hongrie	Oman	Trinité-et-Tobago
Barbade	Inde	Ouzbékistan	Tunisie
Belgique	Indonésie	Pakistan	Turquie
Brésil	Irlande	Papouasie-Nouvelle- Guinée	Ukraine
Bulgarie	Islande	Pays-Bas	Venezuela
Cameroun	Israël	Pérou	Vietnam
Chili	Italie	Philippines	Zambie
Chine (RPC)*	Jamaïque	Pologne	Zimbabwe
Chypre	Japon	Portugal	
Colombie	Jordanie	République dominicaine	
Corée	Kazakhstan	République tchèque	
Côte d'Ivoire	Kenya	Roumanie	
Croatie	Kirghizistan	Royaume-Uni	
Danemark	Koweït	Russie	
Égypte	Lettonie	Sénégal	
Émirats arabes unis	Lituanie	Serbie	
Équateur	Luxembourg	Singapour	
Espagne	Malaisie		

* Sauf Hong Kong et Taïwan, avec lesquelles le Canada a conclu des conventions distinctes, et Macao.

Propriété intellectuelle,
dessins industriels,
commerce électronique et
respect de la
vie privée



Les principes juridiques qui régissent la propriété intellectuelle au Canada sont généralement semblables à ceux des autres pays industrialisés et membres de l'Organisation mondiale du commerce. Il existe tout de même certaines exceptions importantes, qui peuvent avoir un effet sur la protection des droits de propriété intellectuelle au Canada.

Les principes juridiques qui régissent la propriété intellectuelle au Canada sont généralement semblables à ceux des autres pays industrialisés et membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC »). Il existe tout de même certaines exceptions importantes, qui peuvent avoir un effet sur la protection des droits de propriété intellectuelle au Canada. C'est l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'« OPIC ») qui est chargé de l'administration de la plupart des questions de propriété intellectuelle au Canada, y compris l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle.

Le gouvernement canadien a présenté de nouvelles modifications législatives touchant la *Loi sur les brevets*, la *Loi sur les marques de commerce* et la *Loi sur les dessins industriels* afin de répondre aux exigences d'accords internationaux. Certaines de ces modifications législatives sont déjà en vigueur, alors que d'autres seront mises en œuvre à une date ultérieure.

Les modifications proposées sont en phase avec d'autres modifications législatives apportées au fil des ans par le gouvernement canadien en matière d'application des droits d'auteur et des droits liés aux marques de commerce ainsi qu'avec la législation contre la contrefaçon, les mesures relatives aux frontières, les nouveaux droits d'action civile et les nouvelles infractions criminelles visant à améliorer la protection des droits de propriété intellectuelle au Canada.

Brevets

Les brevets canadiens sont régis par la *Loi sur les brevets* (Canada), qui s'apparente généralement à la législation en matière de brevets des autres pays qui, comme le Canada, sont signataires de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (la « Convention de Paris ») et du Traité de coopération en matière de brevets. Le Canada est aussi partie à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'« Accord sur les ADPIC ») et il s'apprête à ratifier le Traité sur le droit des brevets.

Pour faire l'objet d'un brevet canadien, une invention doit être nouvelle et utile et ne pas être évidente pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention. Elle peut être un

produit, un procédé, une machine ou une composition de matières ainsi qu'un perfectionnement de l'un d'eux présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité. Dans des cas précis, les inventions mises en œuvre par ordinateur peuvent faire l'objet d'un brevet au Canada à condition de ne pas consister en un simple calcul d'un algorithme et de produire des résultats fonctionnels et pratiques. Les demandes de brevets visant des médicaments sont soumises à un régime particulier, qui comprend un certain nombre d'exigences précises en matière de divulgation et de fixation des prix.

Contrairement aux brevets américains, les brevets canadiens ne couvrent pas les dessins industriels, qui sont protégés par une loi distincte, la *Loi sur les dessins industriels (Canada)*, dont il est question ci-après.

Pour être nouvelles, l'invention et les revendications connexes du brevet ne doivent pas avoir été divulguées ou publiées auparavant au Canada ou ailleurs. En conséquence, toute divulgation publique d'une invention plus de 12 mois avant le dépôt d'une demande de brevet canadien pourrait constituer un obstacle à l'octroi du brevet.

Pour être utile, l'invention doit être exploitable et avoir une valeur industrielle. Ainsi, un principe scientifique ou une conception théorique ne peuvent faire l'objet d'un brevet.

Enfin, l'invention ne doit pas paraître évidente pour une personne versée dans l'art ou dans l'objet concerné compte tenu de l'état des connaissances et de l'art existant dans le domaine en question au moment de l'invention, sans l'avantage du recul.

Le brevet est habituellement accordé à l'inventeur original ou encore à ses cessionnaires ou ses représentants légaux. Les sociétés qui ont des inventeurs à leur service ou qui se livrent activement à des activités de recherche et développement

Dans la mesure où les droits annuels sont payés, le brevet accordé demeure valide pendant une durée non renouvelable de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande de brevet au Canada.

devraient donc préciser le titulaire du droit de propriété de toute invention potentielle ou future dans des ententes écrites avec les personnes ou les employés qui sont susceptibles de participer au processus de création. De plus, l'exclusivité d'un brevet est accordée à la première personne qui présente une demande de brevet. Ce système diffère de la règle du « premier inventeur » qui est appliquée dans d'autres territoires. Étant donné l'importance de la date de dépôt d'une demande, le demandeur doit s'efforcer de déposer dès que possible au moins l'information minimale qu'il est autorisé à déposer.

Dans la mesure où les droits annuels sont payés, le brevet accordé demeure valide pendant une durée non renouvelable de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande de brevet au Canada. Le breveté jouit des droits exclusifs de fabriquer, de construire ou d'utiliser l'invention ainsi que d'interdire aux tiers de le faire. Il peut aussi céder ces droits exclusifs ou en autoriser l'utilisation aux termes de licences. Il est préférable que la cession ou la licence soit par écrit et qu'elle soit enregistrée auprès de l'OPIIC.

En cas de violation de ses droits liés au brevet, le breveté peut intenter une action civile et obtenir notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une reddition de compte relative aux profits tirés de la violation. Le tribunal peut parfois aussi accorder des dommages-intérêts punitifs.

Il n'est pas nécessaire au Canada de mentionner sur un produit que ce dernier est protégé par un brevet, bien qu'il soit prudent de le faire pour en aviser les tiers. Le fait d'indiquer sur un produit qu'il est protégé par un brevet lorsqu'il n'existe aucun brevet canadien constitue toutefois une infraction criminelle.

Marques de commerce

Le Canada est signataire de la Convention de Paris et de l'Accord sur les ADPIC, et il s'apprête à adopter l'Arrangement de Nice, qui porte sur la classification des produits et des services, à mettre en œuvre le Protocole de Madrid, qui porte sur le dépôt international des demandes de marques de commerce.

Les marques de commerce canadiennes sont régies par la *Loi sur les marques de commerce* (Canada). Des modifications apportées à la *Loi sur les marques de commerce* et aux règlements pris en application de celle-ci devraient entrer en vigueur en 2019; ils modifieront grandement les pratiques existantes. Cette nouvelle législation prévoit une augmentation des frais de dépôt et de renouvellement qui tient compte du nombre de catégories de produits et de services visés par la demande ou l'enregistrement.

De plus, comme c'est le cas dans plusieurs pays d'Europe, les demandeurs pourront enregistrer la marque au Canada sans avoir à déclarer l'intention d'utiliser la marque au Canada ou à démontrer l'utilisation de la marque au Canada, différence importante par rapport à la loi antérieure. Cependant, si une marque n'est pas employée dans le commerce au Canada pendant trois années consécutives après l'enregistrement et que l'inutilisation n'est pas justifiée, l'enregistrement pourra toujours être annulé à la demande d'un tiers.

Contrairement à bien d'autres pays, le Canada reconnaît les droits rattachés à une marque de commerce employée à des fins commerciales, sans qu'aucun enregistrement ne soit nécessaire. L'emploi d'une marque non enregistrée peut suffire pour empêcher l'enregistrement ou l'emploi ultérieur d'une marque d'un tiers dont la similitude crée de la confusion, si le premier utilisateur peut prouver que sa marque est distinctive et qu'un achalandage lui est associé par suite de son utilisation dans la même zone commerciale au Canada. Les marques non enregistrées peuvent toutefois avoir une portée limitée et être plus difficiles à faire valoir. Il est donc toujours préférable d'enregistrer la marque de commerce au Canada.

Pour être enregistrable, la marque de commerce doit identifier la source unique et distinctive des produits et des services avec lesquels elle est employée. On pourrait donc refuser l'enregistrement d'une marque qui ne comporte que le prénom et le nom d'une personne, qui est trompeuse ou qui n'est que descriptive, ou encore celle qui peut créer de la confusion avec une autre marque de commerce ou un nom commercial déjà utilisé ou enregistré au Canada. Une marque de commerce qui n'est pas distinctive au départ peut le devenir à force d'être utilisée au Canada à un point tel qu'elle acquiert une reconnaissance et un caractère distinctif au Canada; elle pourra alors être enregistrée.

Contrairement à bien d'autres pays, le Canada reconnaît les droits rattachés à une marque de commerce employée à des fins commerciales, sans qu'aucun enregistrement ne soit nécessaire.

En règle générale, si aucune opposition valable n'a été déposée, la marque de commerce est enregistrée dès que l'examen de la demande d'enregistrement est terminé. L'enregistrement est valable pendant 15 ans (période qui sera réduite à 10 ans aux termes du nouveau projet de loi) et peut être renouvelé indéfiniment. Le droit d'utilisation exclusif dont jouit le propriétaire d'une marque de commerce enregistrée s'applique dans l'ensemble du Canada.

Les marques de commerce peuvent être cédées ou concédées sous licence à des tiers. Il est généralement préférable de conclure une convention de licence par écrit. Pour que soit préservé le caractère distinctif de la marque de commerce visée par la licence, le propriétaire de la marque doit exercer un contrôle direct ou indirect sur la qualité des produits fabriqués et vendus ou des services offerts par le licencié. Si l'existence de la licence est rendue publique, au moyen d'un avis écrit, par exemple, on présumera que l'emploi de la marque de commerce par le licencié est légitime et soumis au contrôle du propriétaire de celle-ci.

Le propriétaire d'une marque de commerce peut intenter une action civile en cas de violation de ses droits rattachés à la marque, de commercialisation trompeuse (*passing off*) ou de concurrence déloyale et obtenir une injonction, des dommages-intérêts punitifs ou autres, une reddition de compte relative aux profits tirés de la violation ou tout autre redressement jugé approprié par le tribunal.

Bien qu'il n'existe aucune exigence quant au marquage des produits et des services protégés par une marque de commerce déposée au Canada, on utilise souvent des symboles comme « MC », « MD » ou ® pour informer les tiers de l'existence de droits rattachés à la marque. Toutefois, le symbole « MD » ou ® ne peut être utilisé que si la marque a été déposée au Canada.

Droit d'auteur

Le droit d'auteur canadien est régi par la *Loi sur le droit d'auteur* (Canada). Le Canada est partie à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (la « Convention de Berne »), à l'Accord sur les ADPIC ainsi qu'à d'autres traités et conventions de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle portant sur le droit d'auteur.

Au Canada, le droit d'auteur s'applique automatiquement dès la création d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique originale, y compris un logiciel informatique, une compilation ou un enregistrement sonore, et sa fixation sur un support tangible. Un droit d'auteur peut être accordé si l'auteur de l'œuvre est un citoyen, un sujet ou un résident habituel d'un pays qui est partie à la Convention de Berne ou qui est membre de l'OMC.

L'enregistrement n'est pas nécessaire pour que soit confirmée l'existence du droit d'auteur, mais il constitue une preuve à première vue de l'existence d'un droit d'auteur et vient renforcer les recours qui sont ouverts à une partie dont le droit d'auteur a fait l'objet d'une violation. La *Loi sur le droit d'auteur* prévoit également un système d'enregistrement des intérêts dans les droits d'auteur, des actes de cession des droits d'auteur et des licences de droits d'auteur. Les cessions et les licences doivent être par écrit et être enregistrées pour être opposables.

Dans la plupart des cas, l'auteur de l'œuvre est le propriétaire initial du droit d'auteur. L'exception la plus manifeste à cette règle est celle selon laquelle l'employeur, à moins de stipulation contraire, est le premier titulaire du droit d'auteur sur une œuvre réalisée par un employé dans l'exercice de ses fonctions. Dans le cas du conseiller ou de l'entrepreneur indépendant, il est nécessaire de stipuler dans une entente écrite qui conserve la propriété du droit d'auteur.

Le droit d'auteur confère à son titulaire le droit exclusif d'utiliser, de publier, de produire, de reproduire, de traduire, de diffuser ou d'adapter les œuvres faisant l'objet du droit d'auteur; de les exécuter ou de les faire exécuter en public; et de permettre à d'autres d'exercer ces droits ainsi que d'exploiter à des fins commerciales l'œuvre visée. En règle générale, au Canada, le droit d'auteur existe pendant la vie entière de son auteur et pendant 50 ans après la fin de l'année où survient le décès de ce dernier. Il existe des critères différents qui servent à fixer la durée du droit d'auteur sur des œuvres en particulier, telles que les photographies, les enregistrements sonores et les œuvres posthumes ainsi que les œuvres réalisées conjointement.

La *Loi sur le droit d'auteur* confère également aux auteurs certains droits moraux en sus des droits susmentionnés. Un auteur ou un créateur peut notamment revendiquer la création de l'œuvre et se voir conférer un droit à l'intégrité de l'œuvre, à savoir le droit d'empêcher toute distorsion ou modification de son œuvre d'une manière préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Les droits moraux sur une œuvre ont la même durée que le droit d'auteur sur celle-ci et sont incessibles. Ils sont toutefois susceptibles de faire l'objet d'une renonciation, en totalité ou en partie. La cession du droit d'auteur sur une œuvre ne constitue pas en soi une renonciation à un droit moral.

La *Loi sur le droit d'auteur* établit un cadre réglementaire de gestion collective des droits d'exécution d'œuvres, y compris un mécanisme de licence obligatoire qui permet la perception de redevances en cas de distribution publique d'une œuvre par télécommunication.

La violation du droit d'auteur peut entraîner des sanctions criminelles, des amendes et des sanctions civiles, dont l'injonction, des dommages-intérêts (y compris des dommages-intérêts préétablis), une reddition de compte relative aux profits tirés de la violation et des dommages-intérêts punitifs.

En règle générale, au Canada, le droit d'auteur existe pendant la vie entière de son auteur et pendant 50 ans après la fin de l'année où survient le décès de ce dernier.

Le marquage de l'œuvre visée par le droit d'auteur n'est pas nécessaire au Canada, mais il est préférable de le faire, car il pourrait conférer des protections et des droits supplémentaires à son propriétaire en cas de litige.

Noms de domaine

L'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (l'« ACEI ») est responsable du système « .ca », qui est régi par le droit canadien.

Afin d'être autorisées à enregistrer un nom de domaine « .ca », les « personnes », notamment les particuliers et les entreprises, doivent d'abord satisfaire à certaines exigences en matière de présence au Canada. Ces personnes doivent notamment être citoyens canadiens ou résidents permanents, en ce qui concerne les particuliers, et avoir été constituées sous le régime des lois du Canada ou d'une province ou d'un territoire du Canada, en ce qui concerne les entreprises. L'imposition de ces exigences vise à assurer que les noms de domaine « .ca » demeurent une ressource publique permettant de procurer un avantage socioéconomique aux Canadiens. Les personnes qui ne satisfont pas à ces exigences en matière de présence au Canada, mais qui sont par ailleurs propriétaires d'une marque de commerce déposée aux termes de la *Loi sur les marques de commerce* (Canada), peuvent également enregistrer

un nom de domaine « .ca », pourvu que le nom de domaine soit formé des mots exacts constituant la marque de commerce déposée ou comprenne ces mots exacts.

Les noms de domaine sont enregistrés selon le système du « premier arrivé, premier servi », dans le cadre duquel il n'est plus nécessaire de fournir une preuve du droit au nom de domaine proposé. Toutefois, quiconque enregistre un nom de domaine doit s'assurer que son utilisation ne contrevient pas aux droits de propriété intellectuelle d'un tiers, n'est pas diffamatoire et ne contrevient pas aux lois applicables. Les sociétés et les particuliers canadiens peuvent enregistrer autant de noms de domaine qu'ils le veulent.

Mis à part le droit d'utiliser le nom en question à titre de nom de domaine, l'enregistrement d'un nom de domaine « .ca » ne confère au demandeur aucun droit supplémentaire, sous réserve de droits en *common law* rattachés aux marques de commerce qui peuvent exister ou être créés par l'utilisation commerciale du nom de domaine.

L'ACEI a une politique de règlement des différends qui vient régler les différends relatifs aux noms de domaine. L'ACEI a également le pouvoir de transférer ou d'annuler les enregistrements de noms de domaine.

Dessins industriels

Les dessins industriels canadiens sont régis par la *Loi sur les dessins industriels (Canada)* et sont protégés par la Convention de Paris et par l'Accord sur les ADPIC. Le Canada s'apprête à mettre en œuvre l'*Arrangement de La Haye*.

Le terme « dessin industriel » s'entend généralement des caractéristiques ou de la combinaison de caractéristiques visuelles originales d'un objet fini,

en ce qui touche la configuration, le motif ou les éléments décoratifs, qui paraissent fixes et qui sont visibles au moment de l'achat ou pendant l'utilisation normale (mais non de la fonction utilitaire de l'objet en question).

Le dessin industriel n'est protégé que s'il est enregistré, mais aucun enregistrement ne peut être obtenu si la demande est déposée plus de 12 mois après que le dessin a été rendu public ou offert en vue d'une utilisation commerciale. Ceci inclut la distribution d'échantillons d'un objet sur lequel figure le dessin, la vente d'un objet ou l'exposition d'un objet en vue de le vendre, la publication du dessin à des fins publicitaires ou la publication d'autres documents imprimés de quelque nature que ce soit ainsi que l'utilisation publique d'objets sur lesquels figurent le dessin.

Dans la mesure où les droits périodiques sont payés, l'enregistrement confère le droit exclusif, pendant une période de 10 ans, de fabriquer, de vendre, de louer, de concéder sous licence ou d'importer à des fins commerciales un objet auquel est appliqué un dessin et pour lequel le dessin a été enregistré. Un dessin peut aussi parfois être protégé par la législation sur les marques de commerce ou les droits d'auteur. L'enregistrement d'un dessin industriel protège non seulement le dessin en question, mais également tout dessin qui n'en diffère pas de façon importante.

Les dessins industriels peuvent être cédés ou concédés par licence, à condition que la cession ou la licence soient par écrit et enregistrées auprès de l'OPIIC.

Le propriétaire d'un dessin industriel enregistré peut intenter une action civile en cas de violation de son droit rattaché au dessin et obtenir un redressement, comme une injonction, des dommages-intérêts punitifs ou autres et une reddition de compte relative aux profits tirés de la violation.

Si le marquage d'un article qui comprend un dessin enregistré et une mention de l'enregistrement n'est pas nécessaire, ils peuvent s'avérer utiles dans le cadre d'une action en violation, notamment pour répondre à une défense d'un contrevenant alléguant qu'il ignorait l'existence de l'enregistrement et qu'on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'il en connaisse l'existence. L'article ou encore l'étiquette ou l'emballage peut porter la lettre D encadrée, accompagnée du nom ou de l'abréviation du nom du propriétaire enregistré du dessin.

Autres formes de protection

D'autres lois fédérales telles que la *Loi sur la protection des obtentions végétales* et la *Loi sur les topographies de circuits intégrés* prévoient la protection de certains autres droits de propriété intellectuelle spécialisés.

Commerce électronique

Le Canada a pris des mesures pour créer une infrastructure juridique et réglementaire favorisant la croissance du commerce électronique et l'utilisation d'Internet, notamment l'accroissement des capacités du gouvernement canadien en matière d'administration gouvernementale électronique, l'adoption de lois fédérales et provinciales concernant la protection de la vie privée et les opérations électroniques ainsi qu'une vaste gamme de politiques de réglementation.

Toutes les provinces du Canada et un de ses territoires ont adopté des lois autorisant le commerce électronique en vue de normaliser les règles juridiques applicables à la communication de documents, quel que soit le médium utilisé. Ces lois portent habituellement sur des questions liées à l'équivalence et à la fiabilité des documents électroniques, aux signatures numériques ainsi qu'à la création, à la tenue et à la conservation de dossiers électroniques. De plus, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi*

sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (la « LPRPDE »), qui, notamment, traite des documents électroniques et établit les règles applicables à l'utilisation de « moyens électroniques [...] dans les cas où les textes législatifs envisagent l'utilisation d'un support papier pour enregistrer ou communiquer de l'information ou des transactions ». La LPRPDE vise également la protection des renseignements et le respect de la vie privée, comme il est expliqué plus loin.

Tant et aussi longtemps que les principes généraux applicables à la formation des contrats sont respectés, les lois du Canada qui ont trait à la création d'obligations contractuelles accordent assez peu d'importance au médium utilisé. Peut cependant se poser la question de savoir si les contrats en ligne comme les contrats d'« achat au clic » (*click-wrap*) ou d'« achat au furetage » (*browse-wrap*) sont des contrats exécutoires valablement formés. Les entreprises devraient consulter leurs conseillers juridiques avant de mettre en place des méthodes de formation de contrats en ligne afin de s'assurer que celles-ci respectent les critères de formation d'un contrat exécutoire en vertu du droit contractuel canadien et de la législation sur la protection des consommateurs.

Peut cependant se poser la question de savoir si les contrats en ligne comme les contrats d'« achat au clic » (*click-wrap*) ou d'« achat au furetage » (*browse-wrap*) sont des contrats exécutoires valablement formés.

Les lois sur la protection des consommateurs et la vente de biens de plusieurs provinces renferment des dispositions qui traitent précisément des opérations de vente en ligne conclues avec des consommateurs. Elles précisent l'information qui doit être communiquée à l'égard des opérations de vente et, dans certains cas, prévoient des périodes de réflexion au cours desquelles le consommateur peut annuler son achat en ligne. Parmi les questions de plus en plus litigieuses liées au commerce électronique, on compte le droit applicable et le territoire compétent en ce qui a trait aux modalités et conditions qui s'appliquent aux consommateurs qui effectuent des achats en ligne, dont les dispositions d'arbitrage obligatoire. Dans des affaires récentes, les tribunaux ont établi que la législation locale sur la protection des consommateurs pouvait avoir préséance sur les modalités et conditions d'achat en ligne.

La publicité sur Internet est assujettie aux dispositions de la *Loi sur la concurrence*, qui prévoit deux régimes juridictionnels (civil et criminel) (voir le chapitre « Droit de la concurrence » du présent guide). De plus, d'autres lois telles que la *Loi sur les aliments et drogues*, les lois provinciales sur la protection des consommateurs ainsi que, au Québec, la *Charte de la langue française*, prévoient des restrictions précises applicables au contenu et au style des publicités visant certaines catégories ou certains types de produits. Par exemple, selon la *Charte de la langue française*, les publicités pour des produits offerts au Québec qui sont affichées sur le site Web d'une société ayant une adresse ou un établissement au Québec doivent être disponibles en français. Toutefois, les publicités pour des produits, tels que des produits culturels ou éducatifs (par exemple, des livres, des CD) peuvent être présentées exclusivement dans une autre langue si les produits eux-mêmes sont dans cette langue.

La *Loi canadienne anti-pourriel* (la « Loi anti-pourriel »), qui se veut l'une des lois les plus rigoureuses du monde en matière de lutte contre les pourriels, a pour objectif de protéger les consommateurs et les entreprises des pourriels dangereux. Le terme « pourriel » désigne tout message électronique commercial non sollicité; on estime que les pourriels comptent pour environ 86 % de tous les courriels à l'échelle mondiale. Les pourriels nuisent à la productivité individuelle et commerciale; on considère qu'ils minent aussi la confiance des consommateurs à l'égard du commerce électronique. La Loi anti-pourriel ne se limite pas à la lutte contre les pourriels, mais régleme aussi certaines pratiques qui décourageraient l'utilisation abusive de moyens électroniques pour exercer une activité commerciale, comme le téléchargement de programmes d'ordinateur malveillants et la collecte d'adresses électroniques. La Loi anti-pourriel interdit l'envoi de messages électroniques commerciaux (comme les courriels, les messages textes, les messages instantanés et les autres messages électroniques envoyés à des fins commerciales) sans le consentement préalable du destinataire. Elle interdit aussi l'installation non autorisée de programmes informatiques sur l'ordinateur d'un tiers, la modification des données transmises dans un message électronique ainsi que d'autres activités qui pourraient avoir une incidence sur le commerce électronique.

La Loi anti-pourriel vise à punir les expéditeurs de messages électroniques et les auteurs d'activités provenant du Canada ou touchant les résidents canadiens qui comportent le vol d'identité, l'hameçonnage, l'empoisonnement du système du nom de domaine, les logiciels espions et les autres moyens de frauder ou de tromper le consommateur. Selon la Loi anti-pourriel, il faut un consentement exprès (contrairement à la LPRPDE, dont il est question ci-après, qui permet dans certains cas le consentement négatif ou encore le consentement positif tacite).

CHAPITRE 09

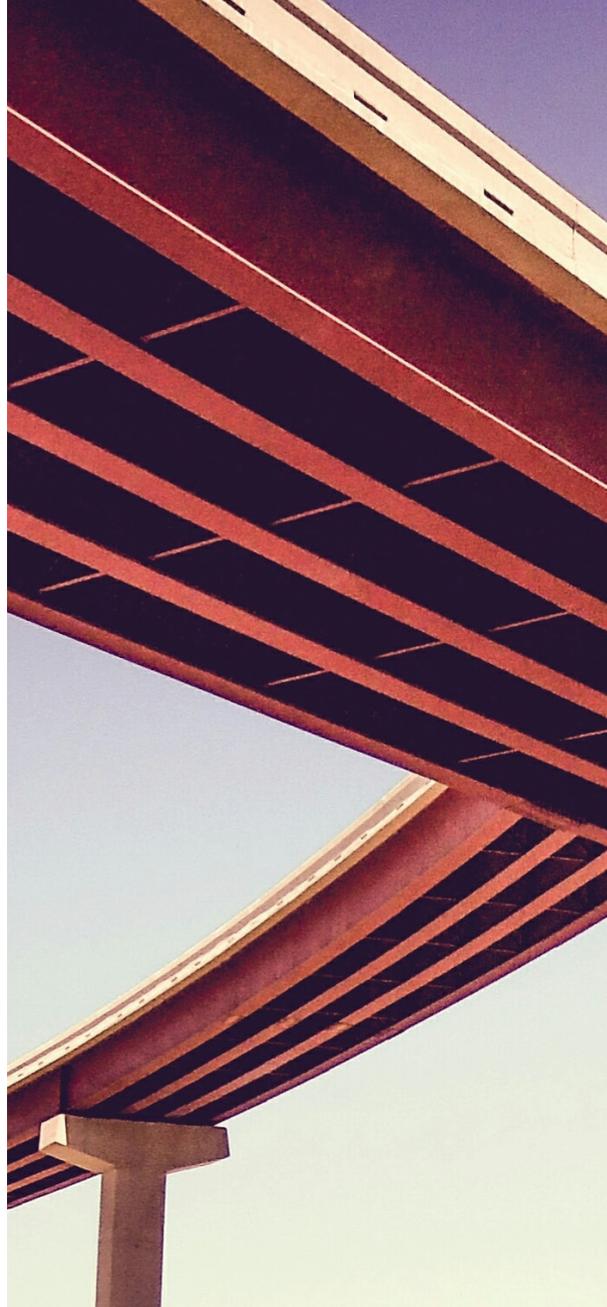
Propriété intellectuelle, dessins industriels,
commerce électronique et respect de la vie privée

La Loi anti-pourriel prévoit l'imposition de sanctions pécuniaires administratives aux personnes qui y contreviennent pouvant atteindre dix millions de dollars, dans le cas des entreprises, et un million de dollars, dans le cas des particuliers. Elle prévoit également un droit d'action privé qui permettra aux consommateurs et aux entreprises d'intenter des procédures judiciaires et de toucher des dommages-intérêts pouvant aller jusqu'à un million de dollars par jour. Même si ce droit d'action privé devait entrer en vigueur le 1er juillet 2017, sa mise en œuvre a été suspendue par le gouvernement en attendant l'examen de la législation par un comité parlementaire.

La Loi anti-pourriel et la réglementation prise en application de celle-ci contiennent des règles et des exigences détaillées relativement à des questions comme la forme des messages électroniques, les cas où l'obtention du consentement et l'inclusion obligatoire d'un mécanisme de désabonnement dans les messages ne sont pas nécessaires. Les entreprises ont avantage à consulter des conseillers juridiques qui les aideront à comprendre les dispositions très complexes de la Loi anti-pourriel et l'impact de cette loi sur leurs activités au Canada.

Protection des données et respect de la vie privée

La LPRPDE s'applique à la collecte, à l'utilisation ou à la communication, par le secteur privé, de renseignements personnels dans l'exercice d'une activité commerciale au Canada. Par « renseignement personnel », on entend tout renseignement concernant un particulier identifiable. Par « activité commerciale », on entend « toute activité régulière ainsi que tout acte isolé qui revêtent un caractère commercial de par leur nature, y compris la vente, le troc ou la location de listes de donneurs, d'adhésion ou de collecte de fonds ». Les entreprises sont tenues d'établir une structure administrative afin de



La LPRPDE s'applique à la collecte, à l'utilisation ou à la communication, par le secteur privé, de renseignements personnels dans l'exercice d'une activité commerciale au Canada.

s'assurer que soient mis en œuvre les 10 « principes concernant la protection de la vie privée », à savoir :

- 1) la responsabilité; 2) la détermination des fins de la collecte des renseignements; 3) le consentement;
- 4) la limitation de la collecte; 5) la limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation;
- 6) l'exactitude; 7) les mesures de sécurité; 8) la transparence; 9) l'accès aux renseignements personnels; et 10) la possibilité de porter plainte à l'égard du non-respect des principes. Ces principes sont fondés sur les *Lignes directrices sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* adoptées par l'OCDE.

Aux termes de la LPRPDE, les entreprises du secteur privé sont tenues d'adopter des politiques sur le respect de la vie privée relativement à la collecte, à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels et d'informer leurs clients de la teneur de ces politiques. En outre, la LPRPDE oblige les entreprises à informer les personnes concernées, sur demande, des renseignements personnels recueillis sur elles.

La LPRPDE s'applique dans toutes les provinces du Canada, sauf les provinces qui ont adopté des lois sur le respect de la vie privée que le gouvernement fédéral considère comme étant essentiellement similaires aux dispositions sur le respect de la vie privée de la LPRPDE. Le Québec, l'Alberta et la Colombie-Britannique (mais pas l'Ontario) ont adopté de telles lois. La législation de ces provinces s'applique à la collecte, à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels par des entreprises du secteur privé dans ces provinces qui ne sont pas des entreprises fédérales; la LPRPDE continue de s'appliquer aux entités dans ces trois provinces qui sont des entreprises fédérales (comme les banques, les sociétés de chemin de fer ou les compagnies de téléphone). Les dispositions de la LPRPDE relatives à la collecte de renseignements sur les employés

ne s'appliquent qu'aux organisations qui sont des entreprises fédérales. Les renseignements sur les employés sont protégés par la législation provinciale équivalente portant sur le respect de la vie privée au Québec, en Alberta et en Colombie-Britannique. Les organisations situées au Yukon, au Nunavut et dans les Territoires du Nord-Ouest sont considérées comme des entreprises fédérales pour l'application de la LPRPDE. Même si une province a adopté une loi considérée comme essentiellement similaire, la LPRPDE s'applique dans cette province si les renseignements ont franchi une frontière. La plupart des provinces ont également adopté des lois précises qui régissent la protection des renseignements médicaux personnels.

En 2015, plusieurs modifications importantes ont été apportées à la LPRPDE, notamment dans le but de clarifier les concepts de coordonnées personnelles et de coordonnées d'affaires. Les modifications de la LPRPDE prévoient une nouvelle définition des « coordonnées d'affaires » qui comprend l'adresse électronique au travail. La définition est couplée à une nouvelle disposition prévoyant que la Partie 1 de la LPRPDE ne s'applique pas aux coordonnées d'affaires d'un particulier qui sont recueillies, utilisées ou communiquées « uniquement pour entrer en contact – ou pour faciliter la prise de contact – avec lui dans le cadre de son emploi, de son entreprise ou de sa profession ».

Selon la LPRPDE, il faut obtenir le consentement éclairé d'une personne avant de recueillir, d'utiliser ou de communiquer les renseignements personnels de celle-ci. Avant l'entrée en vigueur des modifications, la validité du consentement était fonction des « attentes raisonnables » de la personne à qui on le demandait. Les modifications clarifient cette disposition en précisant que le consentement sera valide uniquement s'il est raisonnable de s'attendre à ce que les personnes qui le donnent comprennent « la nature, les

fins et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels » auxquels elles ont consenti.

Les modifications de 2015 ont également créé une exception pour l'utilisation et la communication de renseignements personnels sans le consentement d'une personne en vue d'une éventuelle transaction commerciale. En règle générale, cette exception permettrait l'utilisation et la communication de renseignements personnels sans consentement (i) lorsque les parties ont besoin de ces renseignements pour décider de conclure ou non la transaction et, s'ils décident d'aller de l'avant, pour réaliser la transaction et (ii) lorsque les parties ont conclu une entente de confidentialité aux termes de laquelle le destinataire est tenu de se conformer aux obligations suivantes : a) utiliser et communiquer les renseignements personnels uniquement à des fins liées à la transaction; b) les protéger au moyen de mesures de sécurité correspondant à leur degré de sensibilité; et c) si la transaction n'a pas lieu, les remettre ou les détruire. L'exception liée à la transaction commerciale prévoit encore d'autres exigences applicables une fois la transaction réalisée, notamment la limitation de l'utilisation et de la communication et l'obligation d'aviser les personnes concernées du fait que leurs renseignements personnels ont été transférés dans le cadre d'une opération commerciale. Cette modification est venue combler une faille importante de la LPRPDE qui rendait difficiles les contrôles diligents et la réalisation de transactions.

Les modifications de 2015 de la LPRPDE prévoyaient également l'instauration d'un protocole de notification en cas d'atteinte aux données. Les organisations doivent tenir un registre et aviser le Commissaire à la protection de la vie privée au Canada de toute atteinte aux mesures de sécurité se rapportant aux renseignements personnels dont elles ont la gestion, s'il est raisonnable de croire que l'atteinte présente

un risque réel de préjudice grave. Par « préjudice grave », on entend notamment la lésion corporelle, l'humiliation, le dommage à la réputation ou aux relations, la perte financière, le vol d'identité, l'effet négatif sur le dossier de crédit, le dommage aux biens ou leur perte, et la perte de possibilités d'emploi ou d'occasions d'affaires ou d'activités professionnelles. Les organisations doivent examiner divers facteurs (dont la sensibilité des renseignements personnels en cause et la probabilité d'utilisation abusive des renseignements) pour décider s'il y a lieu d'aviser les personnes touchées. Les modifications imposent également une obligation positive aux organisations, soit celle de communiquer avec d'autres organisations ou institutions gouvernementales qui pourraient réduire le risque qu'un préjudice survienne par suite de l'atteinte. Le contenu de l'avis d'atteinte est prescrit par règlement. Les organisations qui contreviennent sciemment aux nouvelles dispositions de la LPRPDE concernant la notification en cas d'atteinte aux données ou qui entravent l'action du commissaire dans le cadre d'une vérification ou de l'examen d'une plainte s'exposent à une amende maximale de cent mille dollars. Les organisations doivent tenir et conserver un registre de toutes les atteintes aux mesures de sécurité, sans égard à l'obligation de déclaration prévue par la loi. Les modifications apportées à la LPRPDE concernant la déclaration, la notification et la tenue de registres en cas d'atteintes entreront en vigueur en même temps que les règlements connexes, soit normalement le 1er novembre 2018.

Cette modification est venue combler une faille importante de la LPRPDE qui rendait difficiles les contrôles diligents et la réalisation de transactions.

CHAPITRE 10

Immobilier



Le Canada occupe un immense territoire totalisant 9 985 000 kilomètres carrés, ou 3 855 000 milles carrés. Disposant d'une population en croissance et de vastes terrains pour le développement commercial, industriel, résidentiel et récréatif et l'extraction de ressources, le Canada attire d'importants investissements étrangers dans le secteur immobilier.

En général, chaque province régit l'acquisition, la propriété, l'utilisation et l'aménagement des biens fonciers dans les limites de son territoire. Font exception, notamment, les terres réservées aux Autochtones du Canada ainsi que les parcs nationaux, les réserves militaires et les ports, parce qu'ils sont de compétence fédérale. Le droit immobilier qui s'applique dans les provinces canadiennes tire son origine des principes de « common law » anglais, sauf au Québec, où il est régi par le *Code civil du Québec*.

Titres fonciers

La plupart des provinces du Canada ont adopté un système informatisé d'enregistrement des titres fonciers (permettant la certification du titre de propriété par un représentant du gouvernement) ou sont en voie de convertir leur système de publication des actes (sans certification du titre) au système d'enregistrement des titres fonciers. Deux provinces, l'Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve-et-Labrador, utilisent toujours le système de publication des actes. Au Québec, on permet le dépôt de versions papier et de versions électroniques des actes, mais l'officier de la publicité des droits ne certifie pas le titre.

L'Ontario compte 54 bureaux d'enregistrement immobilier, qui enregistrent, entreposent et gèrent les documents relatifs aux biens immeubles, tels que les actes, les sûretés et les plans d'arpentage. La province de l'Ontario a été la première instance gouvernementale au monde à assurer l'enregistrement électronique de documents immobiliers, lequel est obligatoire dans toutes les régions de l'Ontario.

En Ontario, l'enregistrement immobilier électronique remplace la publication de la version papier des actes au bureau d'enregistrement immobilier. Les actes sont enregistrés de façon électronique au moyen d'un logiciel spécialisé. Les représentants légaux des parties sont autorisés à signer, à remplir et à enregistrer

En général, chaque province régit l'acquisition, la propriété, l'utilisation et l'aménagement des biens fonciers dans les limites de son territoire. Font exception, notamment, les terres réservées aux Autochtones du Canada ainsi que les parcs nationaux, les réserves militaires et les ports, parce qu'ils sont de compétence fédérale. Le droit immobilier qui s'applique dans les provinces canadiennes tire son origine des principes de « common law » anglais, sauf au Québec, où il est régi par le *Code civil du Québec*.

les actes de façon électronique, ainsi qu'à y apposer des signatures de façon électronique.

La plupart des autres provinces exigent toujours le dépôt de versions papier des documents.

Structures de propriété foncière

Au Canada, la plupart des fonds de terre sont détenus en fief simple ou son équivalent au Québec (propriété absolue pour une durée indéterminée), plutôt que par tenure à bail (dans le cadre de laquelle une partie a le droit d'occuper un bien foncier pour une durée déterminée). Bon nombre de régions appartiennent toujours à la Couronne. L'extraction de ressources se fait, en majeure partie, aux termes de baux ou d'autres droits à durée limitée accordés par les gouvernements fédéral ou provinciaux.

UTILISATION DE PRÊTE-NOMS

Le propriétaire bénéficiaire d'un bien immeuble peut souhaiter avoir recours à une entité distincte, habituellement une société par actions à vocation particulière, qui détiendra le titre afférent au bien en tant que nu-fiduciaire ou prête-nom (appelé un mandataire au Québec) pour diverses raisons. Par exemple, le propriétaire bénéficiaire pourrait ne pas être une entité juridique ayant la capacité de détenir le titre en son nom propre ou il pourrait être une coentreprise entre plusieurs parties. Parmi les avantages d'avoir recours à une entité distincte, on compte aussi la possibilité de préserver la confidentialité de l'identité du propriétaire bénéficiaire et de transférer la propriété bénéficiaire sans qu'il soit nécessaire d'enregistrer la cession du titre. C'est la société prête-nom qui sera habituellement désignée comme acheteur, vendeur, créancier ou débiteur hypothécaire, locateur ou locataire dans l'ensemble des conventions se rapportant au bien immeuble.

Le nu-fiduciaire ou le prête-nom (le mandataire au Québec), d'une part, et le propriétaire bénéficiaire, d'autre part, concluent généralement une déclaration de fiducie ou une convention de représentation qui encadre leur relation. Il y a fiducie nue ou mandat lorsque la seule fonction du prête-nom consiste à détenir le bien immeuble au nom du bénéficiaire et à poser des gestes à l'égard de celui-ci suivant les instructions du bénéficiaire.

FONDS DE PLACEMENT IMMOBILIER (LE « FPI »)

Le FPI est une forme particulière de fiducie d'entreprise dont la vocation est d'investir dans l'immobilier, souvent par l'acquisition directe de biens immeubles générateurs de revenus. En plus d'investir dans des immeubles à revenu, le FPI peut acheter, aménager, gérer et vendre une vaste gamme de biens immeubles. Les parties qui investissent dans le FPI reçoivent habituellement des parts qui représentent un intérêt bénéficiaire indivis dans les actifs du FPI et une quote-part correspondante du revenu et des pertes de celui-ci.

Les FPI ont gagné en popularité du fait qu'ils procurent bon nombre d'avantages tant aux sociétés immobilières qu'aux porteurs de parts. Parmi ceux-ci, on compte un traitement fiscal favorable et une plus grande efficacité fiscale des distributions qui sont faites aux porteurs de parts (voir le chapitre « Considérations fiscales » du présent guide), un

Les FPI ont gagné en popularité du fait qu'ils procurent bon nombre d'avantages tant aux sociétés immobilières qu'aux porteurs de parts.

accès accru aux marchés des capitaux par les sociétés immobilières ainsi qu'un flux de rentrées généralement stable et un potentiel de croissance élevée du capital pour les investisseurs.

COENTREPRISES

On peut également détenir des biens immeubles commerciaux et industriels par l'entremise de coentreprises. La coentreprise, entité n'ayant aucune structure légale spécifique, peut prendre diverses formes; elle offre de la latitude dans la façon de structurer les rapports de propriétaires, de promoteurs et de gestionnaires immobiliers conjoints. Les formes légales les plus courantes de la coentreprise sont la coentreprise par actions, le partenariat, la copropriété et la cotenance (qui sont décrits dans le chapitre « Types d'entreprises » du présent guide).

La coentreprise par actions agit comme prête-nom et est propriétaire des actifs de la coentreprise. Les parties détiennent des actions de la coentreprise et concluent habituellement une convention entre actionnaires qui régit leurs rapports. Les coentreprises par actions offrent bon nombre des avantages associés aux sociétés par actions en général, notamment la responsabilité limitée, la facilité de gestion et la certitude des droits et obligations juridiques.

La coentreprise peut aussi détenir des biens par l'entremise d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite. Contrairement à la société par actions, la société en commandite ou en nom collectif n'a pas de personnalité juridique distincte, ce qui peut permettre le transfert des pertes aux associés pour les besoins de l'impôt. Elle offre aussi l'avantage de la souplesse du fait que les parties sont libres de fixer la répartition des profits et des pertes entre les associés ainsi que les autres aspects de leurs rapports dans la convention de société.

De façon générale, le Canada limite peu le droit des étrangers d'acquérir la propriété de biens immeubles commerciaux situés à l'intérieur de ses frontières.

Parmi les autres formes courantes de coentreprises immobilières, on trouve la copropriété ou la cotenance. Chaque copropriétaire ou cotenant est propriétaire d'une quote-part indivise des biens de la coentreprise. Les copropriétaires ou cotenants concluent généralement une convention de copropriété qui régit leurs rapports et le droit de chaque partie de faire des opérations à l'égard de sa quote-part. À l'inverse des associés d'une société en commandite ou en nom collectif, les copropriétaires ou cotenants ne sont pas autorisés à agir comme mandataire les uns des autres et aucun d'entre eux n'engage sa responsabilité à l'égard des dettes des autres.

Comme ces types de structure sont répandus au Canada, le financement d'une coentreprise immobilière ne pose aucun problème particulier.

Propriété étrangère

De façon générale, le Canada limite peu le droit des étrangers d'acquérir la propriété de biens immeubles commerciaux situés à l'intérieur de ses frontières. Aux termes de la *Loi sur la citoyenneté* (Canada), un non-résident peut acquérir, détenir et aliéner un bien immeuble au même titre qu'un citoyen ou un résident canadien. Toutefois, les provinces pourraient imposer des restrictions relativement à l'acquisition de terrains par des particuliers ou des sociétés d'ailleurs que le Canada. Récemment, les gouvernements provinciaux de la Colombie-Britannique et de l'Ontario ont imposé

une taxe aux citoyens étrangers qui achètent des immeubles résidentiels dans certaines régions de ces deux provinces.

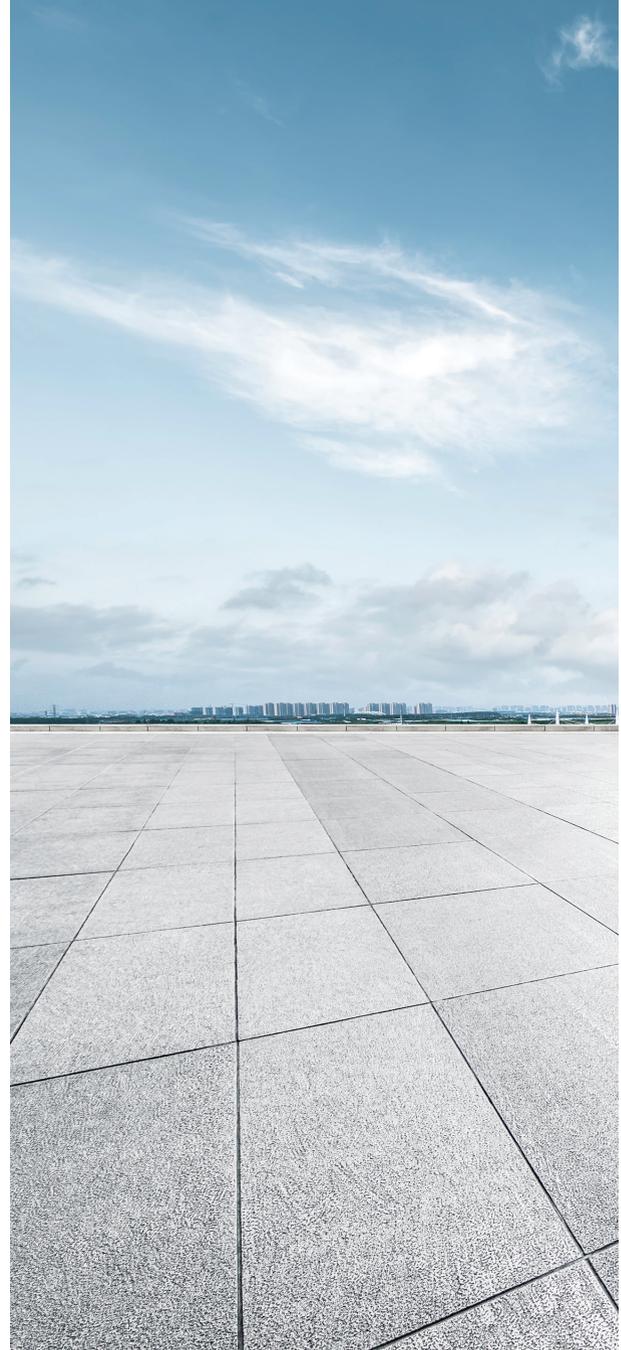
En Ontario, la *Loi sur les biens immeubles des étrangers* accorde aux non-citoyens le même droit qu'ont les Canadiens de détenir ou d'aliéner des biens immeubles. Aux termes de la *Loi sur les personnes morales extraprovinciales*, les sociétés constituées à l'extérieur du Canada doivent obtenir un permis de personne morale extraprovinciale avant d'acquérir, de détenir ou d'aliéner un bien immeuble dans la province d'Ontario, mais ce permis peut être facilement obtenu.

Au Québec, aux termes de la *Loi sur l'acquisition de terres agricoles par des non-résidents*, les non-résidents du Québec ne peuvent acquérir des terres agricoles que s'ils ont obtenu l'autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec, autorité ayant pour mandat de protéger le territoire agricole au Québec. D'autres provinces ont adopté des restrictions semblables en ce qui concerne la préservation du territoire agricole.

Aménagement du territoire

L'aménagement du territoire est de compétence provinciale. Bien que sa supervision soit assurée par le gouvernement provincial, d'importantes fonctions de planification sont habituellement déléguées aux municipalités.

En Ontario, la *Loi sur l'aménagement du territoire* constitue le principal régime gouvernemental de contrôle de l'aménagement et de l'utilisation du territoire. L'utilisation du territoire est contrôlée au moyen de différents outils comme le plan officiel (plan général à long terme pour une région ou une municipalité) et le règlement de zonage (qui régit, à l'égard de chaque parcelle de terrain d'une municipalité, les usages permis et d'autres questions



L'aménagement du territoire est de compétence provinciale. Bien que sa supervision soit assurée par le gouvernement provincial, d'importantes fonctions de planification sont habituellement déléguées aux municipalités.

comme le stationnement requis ainsi que le type, la taille, la hauteur et l'emplacement des bâtiments et des structures). Pour l'acheteur d'un terrain, il est primordial de bien comprendre le plan officiel et le règlement de zonage. Les municipalités exigent que les plans de situation soient approuvés avant le début de la construction de tout nouveau projet d'aménagement. Les plans de situation présentent en détail tout projet de développement (notamment l'emplacement des bâtiments et des installations connexes, comme l'aménagement paysager, les équipements techniques, les voies d'accès et les aires de stationnement). Les municipalités exigent également que le promoteur s'engage à effectuer la construction et à assurer l'entretien courant en conformité avec les plans de situation.

Aux termes de la *Loi sur l'aménagement du territoire* de l'Ontario, le lotissement de terrains nécessite le consentement de la municipalité concernée. Cette exigence s'applique également à une hypothèque ou à l'octroi de certains autres intérêts dans un terrain (par exemple, un bail sur une période d'au moins 21 ans, en tenant compte de tous les renouvellements), lorsque l'hypothèque ou l'intérêt est concédé uniquement à l'égard d'une partie de la propriété foncière. Si un tel consentement n'est pas obtenu, l'acte, l'hypothèque ou le bail ne produira aucun effet en droit. Bien qu'il existe un certain nombre de dispenses de l'obligation d'obtenir ce consentement, la plupart des contrats visant l'achat de biens immeubles en Ontario y sont assujettis. Les coûts associés à l'obtention du consentement ainsi que la responsabilité de l'obtenir sont habituellement attribués au vendeur. Le promoteur qui souhaite diviser un terrain en lots et vendre ceux-ci peut être tenu de soumettre un projet de plan de lotissement aux fins d'approbation. Habituellement, la municipalité exigera que le promoteur signe avec elle des ententes d'aménagement aux termes desquelles le promoteur convient de viabiliser le lotissement en fournissant

égouts, routes et autres services, en affectant certains terrains à l'usage public et en prévoyant certains autres bienfaits d'intérêt public. Le lotissement du territoire est assujetti à des restrictions semblables dans toutes les provinces de *common law* du Canada.

Au Québec, selon la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, chaque municipalité régionale de comté doit adopter un schéma d'aménagement énonçant des politiques générales en matière d'aménagement et d'affectation du territoire. Le conseil de chaque municipalité faisant partie de la municipalité régionale de comté a le pouvoir d'adopter des règlements de zonage, de lotissement et de construction pour l'ensemble ou une partie de son territoire. Toutefois, ces règlements doivent être conformes aux objectifs du schéma d'aménagement. Les conseils municipaux peuvent imposer certaines conditions à l'approbation des lotissements, comme une superficie et des dimensions minimales pour les lots et des dispositions permettant des droits de passage. De même, les communautés métropolitaines au Québec adoptent un schéma d'aménagement et de développement métropolitain qui énonce des politiques générales, lesquelles sont mises en œuvre de façon détaillée par les villes.

Assurance de titre, avis sur le titre et contrôle diligent

À la signature d'une convention d'achat et de vente, l'acheteur (par l'entremise de son avocat) a la responsabilité d'effectuer à l'égard du bien immeuble un contrôle diligent qui comprend habituellement une recherche de titre et la vérification des règlements de zonage, certaines recherches relatives aux entreprises et aux litiges et des vérifications accessoires (*off-title search*). L'avocat devrait passer en revue l'ensemble des baux, des certificats de localisation et des autres conventions se rapportant au bien.

Auparavant, dans la plupart des opérations immobilières commerciales au Canada, les acheteurs et les prêteurs obtenaient de leurs avocats respectifs un avis sur le titre afférent au bien acquis ou hypothéqué. L'avis sur le titre était fondé sur la recherche de titre, les vérifications accessoires et les autres examens menés dans le cadre du contrôle diligent effectué par l'avocat. Si le titre comportait un vice qui n'était pas signalé dans l'avis juridique et qu'un préjudice était subi, l'acheteur ou le prêteur pouvait, en sus des recours dont il disposait à l'égard du vendeur ou du débiteur hypothécaire, selon le cas, poursuivre son avocat pour négligence ou non-respect du contrat.

Depuis quelques années, les prêteurs et les acheteurs canadiens se tournent de plus en plus vers les assurances de titres plutôt que vers les avis juridiques. Selon les modalités habituelles des assurances de titres, l'assureur a l'obligation d'indemniser l'assuré à l'égard des pertes réelles occasionnées par des vices de titre, ainsi que de défendre l'assuré et de régler les frais juridiques associés à cette défense advenant une réclamation portant atteinte au titre de l'assuré sur le bien. Toutefois, l'assurance de titres ne couvre pas toutes les pertes et ne remplace pas un contrôle diligent sérieux.

Réglementation des courtiers immobiliers

Les courtiers immobiliers sont réglementés par les provinces au Canada. En Ontario, ils sont régis par la *Loi de 2002 sur le courtage immobilier et commercial*, qui est appliquée par le Real Estate Council of Ontario (le « RECO »). Sauf dans certains cas, comme celui des banques et d'autres institutions financières canadiennes, la loi oblige tout particulier qui mène des opérations immobilières à s'inscrire comme maison de courtage, courtier ou agent immobilier.

Selon la loi, la maison de courtage est une entité qui mène des opérations immobilières contre rémunération. Le courtier ou l'agent immobilier est un employé de la maison de courtage qui y travaille en cette qualité. Aucun courtier ni agent immobilier ne peut mener des opérations immobilières pour le compte d'une maison de courtage autre que celle dont il est l'employé, ni accepter de commission ou d'autre rémunération en échange d'opérations immobilières d'une autre maison de courtage que celle dont il est l'employé. Le courtier ou l'agent immobilier doit être un résident canadien et il ne peut effectuer d'opérations sur des biens immeubles situés en Ontario à partir d'un bureau situé à l'extérieur de cette province. La personne qui n'est pas inscrite ou dispensée de l'inscription aux termes de la loi au moment de rendre ses services ne pourra pas tenter d'action en réclamation d'une commission ou d'une autre rémunération liée à une opération immobilière.

La loi et la réglementation prise en application de celle-ci énoncent les exigences détaillées d'inscription des maisons de courtages, des courtiers et des agents immobiliers, y compris la conformité au code de déontologie. La maison de courtage doit conserver les fonds de ses clients (comme les dépôts) dans des comptes en fiducie distincts. Si l'inscrit contrevient aux exigences applicables, le RECO peut infliger diverses sanctions prévues par la loi, dont une amende, le gel d'actifs ou l'imposition de restrictions sur l'inscription.

Depuis quelques années, les prêteurs et les acheteurs canadiens se tournent de plus en plus vers les assurances de titres plutôt que vers les avis juridiques.

Au Québec, les courtiers immobiliers font l'objet de règles similaires. En outre, en vertu de la *Loi sur le courtage immobilier* et du *Règlement sur la délivrance des permis de courtier ou d'agence*, le demandeur d'un permis d'agence doit avoir un établissement au Québec.

Réglementation des courtiers en hypothèques et des prêteurs hypothécaires

En Ontario, les courtiers en hypothèques et les prêteurs hypothécaires sont réglementés par la *Loi de 2006 sur les maisons de courtage d'hypothèques, les prêteurs hypothécaires et les administrateurs d'hypothèques*. Aux termes de cette loi, nulle personne ne peut avoir comme activité de faire le courtage d'hypothèques ou d'effectuer des opérations hypothécaires en Ontario ou d'exercer l'activité de prêteur hypothécaire en Ontario (que la loi définit comme étant le fait de consentir, en Ontario, des prêts d'argent garantis par des biens immeubles) à moins que la personne ne soit titulaire d'un permis de maison de courtage délivré aux termes de la loi par le surintendant des services financiers ou ne soit dispensée de ce permis aux termes de la loi. Les institutions financières canadiennes assujetties à des règlements pris en application d'autres lois, telles que les banques, les compagnies d'assurance, les sociétés de fiducie et les caisses populaires ou *credit unions*, sont dispensées de permis aux termes de la loi; toutefois, les autres prêteurs (canadiens et étrangers) doivent évaluer attentivement si la loi peut s'appliquer dans leur cas lorsqu'ils envisagent de consentir des prêts garantis par des biens immeubles en Ontario.

Les autres prêteurs (canadiens et étrangers) doivent évaluer attentivement si la loi peut s'appliquer dans leur cas lorsqu'ils envisagent de consentir des prêts garantis par des biens immeubles en Ontario.

Plusieurs gouvernements provinciaux imposent des règles plus strictes au secteur du courtage immobilier.

Au Québec, les personnes qui exercent des activités de courtage relatives à des prêts garantis par hypothèque immobilière sont régies par la *Loi sur le courtage immobilier*.

CHAPITRE 11

Droit de l'environnement



Bien que la Cour suprême du Canada ait confirmé l'application du principe juridique du « pollueur-payeur », l'acheteur d'un terrain doit savoir qu'il peut néanmoins être tenu responsable de la contamination antérieure s'y trouvant ou en provenant. Les locataires devraient s'assurer que leur bail les protège contre une telle responsabilité.

Cadre législatif

Au Canada, les questions environnementales sont réglementées par le gouvernement fédéral, par les gouvernements provinciaux et territoriaux, ainsi que par les administrations locales. Bien que cette réglementation émane principalement des gouvernements provinciaux et territoriaux, le gouvernement fédéral et les administrations municipales sont intervenus plus activement ces dernières années sur les questions de protection de l'environnement. Une certaine harmonisation des programmes et des normes a été entreprise à l'échelle nationale, mais, dans certains cas, les exigences de chaque palier de gouvernement s'appliquent concurremment. Par exemple, le gouvernement fédéral et le gouvernement de chaque province et de chaque territoire du Canada se sont dotés de leur propre régime d'évaluation environnementale.

Terrains contaminés

Les questions relatives à la contamination du sol et des eaux souterraines sont principalement réglementées par les provinces et les territoires. Bien que la Cour suprême du Canada ait confirmé l'application du principe juridique du « pollueur-payeur », l'acheteur d'un terrain doit savoir qu'il peut néanmoins être tenu responsable de la contamination antérieure s'y trouvant ou en provenant. Les locataires devraient s'assurer que leur bail les protège contre une telle responsabilité (au chapitre, par exemple, de la répartition des responsabilités, des déclarations et garanties, des indemnisations), quoique les dispositions contractuelles ne permettent généralement pas de se prémunir complètement contre la responsabilité réglementaire.

En Ontario, la *Loi sur la protection de l'environnement* (la « LPE ») prévoit l'émission d'ordonnances contre quiconque possède un terrain contaminé ou en a la gestion ou le contrôle, que la personne ou l'entité ait causé la contamination ou non. Lorsque le rejet d'un contaminant se poursuit après une vente ou une occupation, le nouveau propriétaire ou le nouvel exploitant peut être considéré comme ayant permis le rejet, même s'il n'est pas à l'origine de la contamination initiale, de sorte qu'il pourrait en être tenu responsable et devoir prendre des mesures correctives. Bien que, de manière générale, la loi ontarienne ne prévoie pas

d'obligation de réhabilitation pour la contamination historique, certaines obligations de réhabilitation et de remboursement pourraient exister, notamment en cas de contamination des fonds voisins.

Une protection limitée contre la responsabilité prévue par la LPE est cependant possible. S'il effectue les travaux de caractérisation et les travaux de réhabilitation appropriés et qu'il dépose un dossier de l'état du site (un « DES »), le propriétaire ou l'exploitant se mettra à l'abri de mesures réglementaires à l'égard des contaminants indiqués dans le DES (sauf lorsque la contamination s'étend à d'autres sites ou si l'organisme de réglementation estime qu'il existe un danger pour la santé ou la sécurité). Un DES doit obligatoirement être produit dans les cas où un changement prévoyant une utilisation plus sensible du site est projeté.

La *Loi sur la qualité de l'environnement* (la « LQE ») du Québec assujettit également le pollueur à des obligations de caractérisation et de réhabilitation si le ministre responsable de la loi prend une ordonnance en ce sens. Dans certains cas, l'ordonnance peut également viser quiconque a ou a eu la « garde » d'un site contaminé (par exemple, le propriétaire, le locataire, l'exploitant ou le créancier garanti qui prend possession du site), même si cette personne n'a pas causé la contamination. De plus, un plan de réhabilitation peut également être requis lorsqu'il y a rejet de contaminants ou s'il y a migration de contaminants hors du terrain, tant en vertu de la LQE que du *Code civil du Québec*. La cessation de certaines activités industrielles et commerciales désignées par règlements ou l'exercice d'activités différentes sur un terrain où de telles activités ont été exercées peut également donner naissance aux obligations de caractérisation et de réhabilitation, même si la contamination a été causée par autrui. Sauf dans les situations mentionnées ci-dessus, il n'existe au Québec, de manière générale, aucune obligation positive de réhabiliter la contamination historique.

Au Québec, bien souvent, les travaux de réhabilitation doivent être faits conformément à un plan de réhabilitation approuvé par le ministre, lequel peut prévoir des restrictions à l'usage du terrain. De telles restrictions d'usage doivent être inscrites sur le titre de propriété, ce qui les rendent opposables à tout acquéreur subséquent. Dans certains cas, des avis de contamination et de décontamination doivent aussi être inscrits sur le titre de propriété. Lorsque se trouvent, dans un terrain, certains types de contaminants dont la concentration excède les valeurs limites réglementaires ou lorsqu'il existe un risque sérieux de contamination hors du terrain, les propriétaires des fonds voisins concernés ainsi que le ministre responsable de la LQE doivent en être avisés.

Enjeux liés aux activités

ÉVALUATION ET EXAMEN DES IMPACTS SUR L'ENVIRONNEMENT

Le gouvernement fédéral ainsi que les gouvernements provinciaux et territoriaux se servent de l'évaluation environnementale pour s'assurer que tous les impacts importants d'un projet réglementé soient pris en considération et fassent l'objet de mesures d'atténuation avant que le projet ne soit autorisé à aller de l'avant. L'évaluation environnementale comporte habituellement un grand nombre de consultations obligatoires du public et des Autochtones (voir l'exposé sur la consultation autochtone ci-dessous à la rubrique « Obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard »). En ce qui concerne les projets qui relèvent tant de la compétence fédérale que de la compétence provinciale, le gouvernement fédéral encourage parfois la collaboration avec les provinces et peut substituer le processus d'évaluation environnementale d'une autre juridiction au sien.

Le gouvernement fédéral propose de remplacer *La Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*

(2012) par un régime élargi « d'évaluation des impacts » qui prendrait en considération, outre les impacts environnementaux, les impacts sur la santé, la société et l'économie. Les types de projets qui seront soumis à ce nouveau régime d'évaluation ne sont pas encore connus, mais ils comprendront vraisemblablement la plupart des grands projets de développement, dont les projets d'infrastructures, de fabrication de produits chimiques et pharmaceutiques, de pétrole et de gaz, de pâtes et papiers et de production d'électricité, ainsi que les projets miniers. Les évaluations environnementales fédérales ne visent que les matières de compétence fédérale, telle que les pêches et les oiseaux migrateurs.

Les régimes provinciaux d'évaluation environnementale ciblent aussi les grands projets. Souvent, les régimes provinciaux visent par ailleurs des projets de plus petite envergure que le régime fédéral. Dans le Nord canadien, le gouvernement fédéral n'a plus la responsabilité exclusive de l'évaluation des projets proposés. Par suite d'ententes de règlement de revendication territoriale globale, d'ententes d'autonomie gouvernementale et du transfert de certaines responsabilités aux gouvernements territoriaux, le gouvernement fédéral travaille désormais en collaboration avec les Autochtones, les organismes de réglementation des ressources et de l'environnement ainsi que les gouvernements territoriaux pour examiner et approuver les études d'impacts des projets proposés dans le Nord. Le régime d'autorisation environnementale du Québec a été modifié en mars 2018; il comprend désormais de nouvelles obligations de consultation et d'information du public, ainsi qu'une liste révisée des projets assujettis. Ces derniers sont prescrits par règlement, mais le gouvernement du Québec pourrait, dans certaines circonstances, assujettir d'autres projets au régime d'autorisation environnementale dans les cas suivants : (i) les enjeux environnementaux que peut susciter le projet sont majeurs et les préoccupations du public le justifient; (ii) le projet implique une technologie nouvelle ou un

Le processus d'évaluation environnementale du Canada, en particulier dans le Nord, représente un défi complexe pour les promoteurs de projets et des retards dans la mise en œuvre de projets controversés sont fréquents.

nouveau type d'activités au Québec pour lesquels les impacts appréhendés sur l'environnement sont majeurs; ou (iii) le projet comporte des enjeux majeurs en matière de changements climatiques.

Le processus d'évaluation environnementale du Canada, en particulier dans le Nord, représente un défi complexe pour les promoteurs de projets et des retards dans la mise en œuvre de projets controversés sont fréquents. De plus, les groupes environnementaux et d'autres personnes intéressées peuvent recourir aux tribunaux pour contester les approbations données à la suite d'évaluations environnementales. Par conséquent, les évaluations environnementales font souvent l'objet d'une révision judiciaire, même au stade initial du projet, ce qui peut causer des retards. Le nouveau régime fédéral d'évaluation des impacts a pour but d'améliorer la transparence du processus et de faciliter la consultation du public et des Autochtones, mais rien n'indique qu'il réduira la complexité ou les délais inhérents au régime actuel.

PERMIS ET APPLICATION DE LA LOI

Outre l'évaluation environnementale, deux mécanismes principaux sont généralement mis en œuvre pour protéger l'environnement des impacts des activités commerciales et industrielles (y compris l'extraction des ressources) : des normes d'exploitation et une

interdiction générale de rejet de contaminants, d'une part, et un régime d'autorisations environnementales relatif à certaines activités spécifiques, d'autre part. Toute activité projetée susceptible de nuire à l'environnement (émissions atmosphériques, bruit, prélèvement d'eau, rejet d'eaux usées, etc.) peut être soumise à l'obtention préalable de permis auprès des gouvernements fédéral, provincial, territorial et municipal, notamment en raison de l'emplacement du projet, du matériel et des substances utilisées ou des émissions et déchets générés. De plus, les permis peuvent comporter des obligations de déclassement et de réhabilitation et exiger des garanties financières à l'égard des frais liés aux installations de traitement des déchets et des eaux usées.

Les lois fédérales, provinciales et territoriales en matière d'environnement confèrent aux autorités de réglementation différents pouvoirs leur permettant de faire respecter les permis et les interdictions, dont les suivants :

- de larges pouvoirs d'inspection et d'enquête
- le pouvoir d'imposer des amendes, des sanctions administratives pécuniaires et/ou des dommages-intérêts
- le pouvoir d'ordonner l'exécution de travaux prescrits
- le pouvoir de réaliser les travaux prescrits aux frais du contrevenant.

La LPE de l'Ontario, par exemple, interdit le rejet illégal de contaminants dans l'environnement et exige des parties qui en sont la cause ou qui l'ont permis qu'elles avisent immédiatement les autorités de réglementation de ce rejet. Quiconque cause ou permet un rejet illégal peut être passible de poursuites pénales ou faire l'objet de sanctions administratives pécuniaires et d'ordonnances. Pour éviter cette responsabilité, il faut faire approuver tous les rejets (dans l'air, l'eau ou la terre) liés aux activités par le ministère de l'Environnement de la province. Cette approbation peut être assortie de conditions et

d'exigences (notamment de garanties financières), et toute modification aux installations de rejet (y compris les égouts et les aqueducs) doit également être approuvée. Afin d'offrir plus de souplesse aux entreprises, l'Ontario, la Colombie-Britannique et l'Alberta ont simplifié les démarches entourant les demandes d'approbation liées aux activités à faible risque et prévoient des approbations visant un seul site et régissant plusieurs milieux dans le cas d'installations plus élaborées.

La LQE du Québec interdit également le rejet illégal de contaminants dans l'environnement. Tout comme en Ontario, la LQE réglemente un très grand nombre de contaminants. Elle impose l'obligation de signaler les rejets accidentels au ministre responsable de la loi et de nettoyer dans les plus brefs délais les sites où de tels rejets ont eu lieu. Par ailleurs, le nouveau régime d'autorisation environnementale prévu par la LQE est entré en vigueur en mars 2018. Fondé sur le risque environnemental, y compris les impacts et les enjeux en matière de changements climatiques, ce nouveau régime classe les projets dans quatre catégories selon le niveau de risque qu'ils présentent, chacune des catégories étant soumise à une procédure d'autorisation différente : (i) la réalisation des projets présentant un risque élevé doit être précédée d'une évaluation environnementale et est conditionnelle à l'obtention d'une autorisation gouvernementale; (ii) la réalisation des projets présentant un risque modéré est conditionnelle à l'obtention d'une autorisation ministérielle; (iii) la réalisation des projets présentant un risque faible est conditionnelle au dépôt d'une déclaration de conformité par le promoteur; et (iv) la réalisation des projets présentant un risque négligeable est exemptée de l'obligation d'obtenir une autorisation. Ces projets demeurent toutefois soumis à l'interdiction relative au rejet de contaminants et aux normes d'exploitation. Les règles détaillées du nouveau régime d'autorisation environnementale du Québec, qui seront fixées par règlement, devraient entrer en vigueur d'ici la fin de 2018.

De manière générale, les organismes de réglementation provinciaux, territoriaux et fédéraux ont mis en place des interdictions complexes et de large portée afin de protéger les espèces menacées d'extinction ou leur habitat, ainsi que pour prévenir la destruction de milieux protégés, comme les milieux humides et les cours d'eau. Lorsque des espèces ou des milieux sont susceptibles d'être impactés, des autorisations émanant des autorités provinciale, territoriale ou fédérale doivent être obtenues et la prise de mesures d'atténuation et de compensation pour la perte d'habitat pourrait être requise.

Bien que les municipalités canadiennes aient traditionnellement réglementé la pollution par le bruit et les rejets dans les égouts municipaux, elles réglementent de plus en plus activement les substances toxiques à l'échelle locale. Par exemple, un grand nombre de municipalités canadiennes ont banni les pesticides utilisés à des fins cosmétiques et exigé la divulgation publique de certaines substances toxiques.

RESPONSABILITÉ CIVILE

En plus d'être exposées à des mesures réglementaires, les activités qui causent des dommages à l'environnement sur les terrains adjacents ou qui permettent le rejet de substances nocives peuvent, dans les provinces de common law comme l'Ontario, entraîner une responsabilité civile envers les parties lésées aux termes de principes juridiques généraux dont la négligence, la nuisance ou la responsabilité civile stricte prévue dans *Rylands c. Fletcher*. Au Québec, une personne peut engager sa responsabilité civile s'il est démontré qu'elle a dérogé aux règles de conduite applicables, par exemple les lois sur l'environnement, et que cette conduite a causé un préjudice à un tiers. En outre, le *Code civil du Québec* prévoit que les sociétés doivent s'abstenir de causer des inconvénients anormaux; dans certains cas, celles-ci peuvent donc engager

leur responsabilité si leurs activités ont une incidence sur leur voisinage, et ce, même si leurs installations sont conformes à toutes les lois applicables en matière d'environnement et qu'elles ont obtenu toutes les autorisations requises.

Responsabilité légale des administrateurs et des dirigeants

En vertu des lois fédérales et de certaines lois provinciales sur l'environnement, les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale ont le devoir statutaire de prendre des mesures raisonnables pour que la personne morale respecte ces lois. En vertu de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, les administrateurs et les dirigeants ont le devoir de faire preuve de la diligence voulue pour s'assurer que la personne morale en respecte les exigences. En vertu de la législation ontarienne, les administrateurs et les dirigeants sont tenus à un devoir plus limité, soit celui de faire preuve de prudence raisonnable en prenant les mesures nécessaires pour empêcher la personne morale (i) de causer un rejet illégal, (ii) de contrevenir à des ordonnances et (iii) de contrevenir aux obligations relatives aux approbations, aux signalements de rejets illégaux et à la gestion des déchets dangereux.

En vertu des lois fédérales et de certaines lois provinciales sur l'environnement, les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale ont le devoir statutaire de prendre des mesures raisonnables pour que la personne morale respecte ces lois.

Au Québec, la LQE n'édicte aucun devoir explicite d'exercer toute la prudence raisonnable nécessaire pour qu'une personne morale en respecte les exigences. Toutefois, lorsqu'une personne morale ou un de ses employés commet une infraction aux termes de la LQE, l'administrateur ou le dirigeant de la personne morale est présumé avoir commis lui-même l'infraction, à moins qu'il n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable en prenant toutes les précautions nécessaires pour en prévenir la perpétration. En outre, l'administrateur ou le dirigeant d'une personne morale qui est en défaut de paiement d'une somme due aux termes de la LQE en est responsable avec la société, à moins qu'il n'établisse qu'il a fait preuve de diligence raisonnable afin de prévenir le manquement qui a donné lieu à la réclamation.

Les administrateurs et les dirigeants peuvent également engager leur responsabilité à l'égard des activités de la personne morale s'il est démontré qu'ils ont personnellement permis un rejet ou un dépôt (comme nous le mentionnions précédemment). En général, les dirigeants risquent davantage d'engager leur responsabilité que les administrateurs, car leurs fonctions de gestion peuvent leur conférer plus de contrôle sur le rejet ou le dépôt (contrairement aux administrateurs, qui ont un rôle de surveillance générale). Les tendances récentes donnent à penser que les administrateurs et les dirigeants sont plus exposés qu'auparavant au risque d'application de la loi, et qu'ils sont susceptibles d'engager leur responsabilité même dans les cas où la personne morale n'a pas été poursuivie ou accusée.

Mesures de transparence dans le secteur extractif

Au cours des dernières années, le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux ont adopté un certain nombre de lois et de règlements qui établissent des obligations en matière de divulgation d'information et de transparence dans le secteur extractif canadien. La *Loi sur les mesures de transparence dans le secteur extractif* (la « LMTSE »), qui est entrée en vigueur le 1er juin 2015, vise à favoriser la transparence et à décourager la corruption dans le secteur extractif en imposant, dans certaines circonstances, l'obligation aux entités de ce secteur ayant des activités au Canada de communiquer publiquement, sur une base annuelle, les paiements qu'elles ont versés à tous les paliers de gouvernement (notamment les gouvernements autochtones) au Canada et à l'étranger. Aux termes de la LMTSE, les entités qui doivent faire rapport peuvent, à certaines conditions, utiliser des rapports produits à l'intention d'un autre territoire pour se conformer aux exigences canadiennes, notamment les rapports soumis au gouvernement du Québec.

La *Loi sur les mesures de transparence dans les industries minière, pétrolière et gazière* adoptée en 2015 par le gouvernement du Québec est entrée pleinement en vigueur en 2017. La loi oblige les entités des industries minière, pétrolière et gazière qui exercent des activités au Québec à déclarer les paiements en espèces et en nature qu'elles versent à différents paliers de gouvernement relativement à leurs activités d'exploration ou d'exploitation de substances minérales ou d'hydrocarbures. Une déclaration produite conformément aux exigences d'une autorité compétente peut, à certaines conditions, remplacer la déclaration prévue par la loi, si les exigences de l'autorité en question sont jugées acceptables par le gouvernement du Québec.

Changements climatiques

Le Parlement fédéral a adopté la *Loi sur la tarification de la pollution causée par les gaz à effet de serre*, qui établit un « filet de sécurité » qui s'appliquera aux provinces et aux territoires qui ne disposeront pas, au 1er janvier 2019, d'un système de tarification du carbone répondant aux exigences fédérales. Pour se soustraire au filet de sécurité, toutes les provinces et tous les territoires doivent se doter d'un régime de tarification du carbone devant permettre au Canada d'atteindre ses cibles de réduction des émissions de gaz à effet de serre prévues dans l'Accord de Paris, lesquelles sont fixées à 30 % sous le niveau de 2005 d'ici 2030. Si une province ou un territoire omet de se doter d'un tel régime, le gouvernement fédéral mettra en œuvre une taxe sur le carbone correspondant à 10 \$ la tonne en 2018, taxe qui augmentera de 10 \$ la tonne chaque année par la suite jusqu'à ce qu'elle atteigne 50 \$ la tonne en 2022. Les provinces et territoires qui mettront plutôt en œuvre un système de plafonnement et d'échange devront prévoir des cibles de réduction des émissions au moins équivalentes aux cibles du fédéral pour 2030 et des plafonds qui deviendront plus sévères tous les ans, au moins jusqu'en 2022.

Certaines provinces canadiennes ont déjà mis en œuvre soit une taxe sur le carbone soit un système de plafonnement et d'échange. La Colombie-Britannique a été la première, en 2008, à imposer une taxe sur le carbone à l'achat et à l'utilisation de carburants. Le régime de taxation du carbone de l'Alberta, qui est entré en vigueur le 1er janvier 2017, a remplacé le système de plafonnement et d'échange qui était jusqu'alors en vigueur. Le système de plafonnement et d'échange du Québec, mis en œuvre en 2013, fait actuellement l'objet d'un examen pour la période au-delà de 2023. Le Québec a arrimé son système de plafonnement et d'échange à celui de la Californie en 2014, dans le cadre de la Western Climate Initiative



(la « WCI »), et les deux territoires organisent depuis des mises aux enchères conjointes trimestrielles pour les droits d'émission. Le système de plafonnement et d'échange de l'Ontario, qui est entré en vigueur en 2017, était arrimé aux systèmes du Québec et de la Californie. Toutefois, le nouveau premier ministre de la province a annoncé l'abrogation du système de plafonnement et d'échange de l'Ontario, qui n'est déjà plus lié à la WCI. Les autres provinces et territoires sont en voie de confirmer leur stratégie quant à l'adoption d'un système de plafonnement et d'échange ou d'élaborer leur propre cadre réglementaire.

Dans l'intervalle, les Autorités canadiennes en valeurs mobilières ont l'intention d'élaborer des lignes directrices et des initiatives de formation destinées à informer les émetteurs des risques et des occasions d'affaires que présentent les changements climatiques, et des impacts financiers qu'ils pourraient entraîner. Elles se pencheront aussi sur l'opportunité d'adopter de nouvelles exigences en matière de divulgation d'information concernant les pratiques de gouvernance et de gestion du risque en matière de changements climatiques.

Obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard

Au Canada, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux (la « Couronne ») ont l'obligation légale de consulter les Premières Nations, les Inuits et les Métis (collectivement, les « Autochtones ») lorsqu'ils ont connaissance (concrètement ou par imputation) de l'existence de droits, ancestraux ou issus de traités, établis ou revendiqués par les Autochtones (par exemple, l'utilisation traditionnelle du territoire pour la chasse, la pêche, le piégeage, la récolte et la cueillette de plantes, la manifestation d'un intérêt dans des

L'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones peut être déclenchée en lien avec la délivrance d'une approbation, d'une licence ou d'un permis par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ou en lien avec toute autre mesure susceptible de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones.

sites archéologiques pertinents sur le plan culturel, etc.) et qu'ils envisagent prendre des mesures qui pourraient porter atteinte à ces droits. Dans certaines circonstances, cette consultation peut mener à l'obligation, pour la Couronne, d'accommoder les Autochtones. Les mesures d'accommodement varient grandement et peuvent comprendre, par exemple, la modification d'un projet proposé, une surveillance environnementale élargie, la prise de mesures d'atténuation, la formation et l'emploi des Autochtones et des apports financiers aux communautés autochtones.

L'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones peut être déclenchée en lien avec la délivrance d'une approbation, d'une licence ou d'un permis par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ou en lien avec toute autre mesure susceptible de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones, comme l'expansion ou le début d'activités d'extraction de ressources. Par

conséquent, les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux mettent généralement en œuvre des processus de consultation à l'égard des projets proposés qui relèvent de leur compétence. Dans le cas de projets auxquels les deux paliers de gouvernement participent, à savoir le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial ou territorial, la Couronne tente généralement de coordonner les efforts de consultation afin d'éviter le double emploi. La Couronne tente également d'harmoniser son processus de consultation avec tout processus de consultation ou de participation établi aux termes d'un accord sur des revendications territoriales ou d'une entente sur l'autonomie gouvernementale.

La portée et la teneur de l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones varient grandement selon les faits spécifiques à une situation, le caractère contraignant des droits, ancestraux ou issus de traités, établis ou revendiqués par les Autochtones et la gravité de l'incidence potentiellement négative sur ceux-ci. Autrement dit, les activités de consultation et l'approche qui doit être adoptée dans le cadre de celles-ci varient grandement d'un projet à l'autre. Par exemple, si l'incidence sur les droits, ancestraux ou issus de traités, établis ou revendiqués par les Autochtones est minime, la consultation peut prendre la forme d'une simple obligation de remettre un avis, de communiquer et d'échanger de l'information et de discuter des décisions importantes devant être prises à l'égard du projet proposé. Si l'incidence sur les droits des Autochtones est susceptible d'être importante, l'obligation de consultation peut avoir une portée plus considérable (par exemple, consultation plus poussée, mesures d'atténuation et/ou d'accommodement).

Les groupes autochtones n'ont donc pas de « droit de veto » à l'égard des mesures que la Couronne peut prendre.

Même si la Couronne doit agir de bonne foi et procéder à une consultation significative et appropriée dans les circonstances, elle n'a actuellement aucune obligation légale d'en arriver à un accord avec un groupe autochtone. Les groupes autochtones n'ont donc pas de « droit de veto » à l'égard des mesures que la Couronne peut prendre. Toutefois, cette dernière a fréquemment été visée par des poursuites où l'omission de s'acquitter de l'obligation de consultation a été alléguée et, dans le cadre d'efforts de réconciliation avec les peuples autochtones, elle s'est engagée à mettre en œuvre la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (y compris l'objectif d'obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause). La Couronne passe donc actuellement en revue ses lois et ses politiques pour assurer leur harmonisation avec la déclaration et il est à prévoir qu'on s'attend à ce que les engagements de consultation et d'accommodement aillent dorénavant bien au-delà de la simple obligation légale de consulter.

Les Autochtones ont une connaissance unique du milieu local, et la connaissance traditionnelle autochtone est perçue comme un aspect important de la planification de projet, de la gestion des ressources et de l'évaluation environnementale. Par exemple, le nouveau régime fédéral d'évaluation des impacts exigerait expressément la prise en compte de la

connaissance traditionnelle autochtone. En échange de leurs connaissances traditionnelles, certaines communautés peuvent demander la signature d'une entente d'accès (appelée aussi protocole d'entente), qui régira l'accès à ces connaissances traditionnelles et l'utilisation qu'il est possible d'en faire.

Les promoteurs de projets du secteur privé n'ont pas d'obligation indépendante en *common law* de consulter ou d'accommoder les Autochtones (mais pourraient être expressément tenus, de par la loi, de procéder à une consultation, notamment dans le cadre du processus d'évaluation environnementale ou du processus d'appel en matière d'énergie renouvelable pour les projets hydroélectriques en Ontario ou encore en vertu de la *Loi sur les mines* de l'Ontario. Toutefois, bien que l'obligation légale de consultation prévue par la *common law* incombe exclusivement à la Couronne, les promoteurs de projets du secteur privé jouent souvent un rôle important dans le processus de consultation des Autochtones. Par exemple, la Couronne délègue souvent au promoteur certains aspects procéduraux de la consultation relative à un projet proposé, y compris les activités courantes liées à la consultation. Dans un tel cas, la Couronne supervise généralement ces activités et leurs résultats afin de s'assurer que toute incidence du projet proposé sur des droits, ancestraux ou issus de traités, établis ou revendiqués par les Autochtones, est traitée correctement ou fait l'objet de mesures d'atténuation et/ou d'accommodement appropriées.

Bien que l'obligation ultime de consultation et d'accommodement incombe à la Couronne, les promoteurs de projets du secteur privé contribuent souvent au financement de la participation des Autochtones au processus de consultation et concluent des ententes sur les répercussions et les avantages (les « ERA ») afin de faciliter la mise

en oeuvre de mesures d'accommodement pour les Autochtones. Les ERA contribuent à réduire les risques de litige avec les Autochtones ou de publicité négative. En contrepartie de droits d'accès et de certaines restrictions à leurs droits, les Autochtones peuvent obtenir de l'emploi, de la formation et des bénéfices sociaux et communautaires ainsi qu'une forme d'intéressement, par exemple des redevances, un partage des revenus et/ou une participation au capital. Les promoteurs de projets ont avantage à s'assurer qu'un processus de consultation et d'accommodement approprié a été suivi, car l'omission de se faire risque d'entraîner des retards dans la réalisation du projet et d'augmenter les coûts de celui-ci. Les promoteurs, ayant des responsabilités déléguées ou statutaires, devraient identifier les communautés autochtones touchées par leur projet et obtenir leur participation dès que possible. La conclusion d'un protocole d'entente prévoyant le processus de consultation devrait, par exemple, être envisagée. Les ERA peuvent aussi constituer un mécanisme utile pour favoriser la collaboration avec les communautés autochtones touchées.

Les ERA contribuent à réduire les risques de litige avec les Autochtones ou de publicité négative.

CHAPITRE 12

Droit de l'emploi



La législation canadienne sur l'emploi s'applique aux employés qui travaillent au Canada, même si l'employeur est à l'étranger. La plupart des employés relèvent de la compétence du gouvernement provincial, mais la législation fédérale régit les employés qui travaillent au sein d'entreprises réglementées par le gouvernement fédéral, telles que les sociétés de télécommunications, les sociétés de chemin de fer, les banques et certaines entreprises interprovinciales.

Normes minimales

Chaque province a sa propre législation sur les normes du travail qui établit les droits minimums des employés. Des normes semblables sont prévues dans le *Code canadien du travail* pour les employés qui relèvent de la compétence du gouvernement fédéral.

Cette législation traite notamment des principaux éléments suivants : le salaire minimum, les heures supplémentaires, les heures de travail, les vacances et jours fériés, les congés de maternité ou parentaux, les mises à pied massives ainsi que les avis de cessation d'emploi. La législation sur les normes du travail s'applique à la majorité des employés, mais la plupart des lois prévoient des dispenses précises d'application de leurs exigences à l'égard de certains employés (par exemple, les vendeurs itinérants à commission).

En général, les normes imposées sont relativement uniformes partout au Canada. Toutefois, il y a certaines différences importantes dans les détails d'un territoire à l'autre, non seulement dans les normes prescrites, mais également à l'égard d'autres questions telles que les recours offerts aux employés. Par exemple, en Ontario, un employeur ne peut être tenu de réintégrer un employé qui a été congédié que dans certaines circonstances (notamment si l'employeur a congédié une employée parce qu'elle a pris un congé de maternité), alors que le *Code canadien du travail* et la législation québécoise confèrent aux employés des droits à réintégration potentiellement beaucoup plus étendus.

En général, les normes imposées sont relativement uniformes partout au Canada. Toutefois, il y a certaines différences importantes dans les détails d'un territoire à l'autre, non seulement dans les normes prescrites, mais également à l'égard d'autres questions telles que les recours offerts aux employés.

Les normes minimales établies par la loi ne peuvent faire l'objet d'une renonciation, par contrat ou autrement, par les employés. Des modalités plus favorables pour les employés que celles des normes minimales peuvent faire l'objet d'un accord, soit aux termes d'un contrat de travail en particulier, soit, si les employés sont syndiqués, aux termes d'une convention collective. Au Canada, les modalités d'emploi faisant l'objet d'un accord entre les parties seront habituellement plus généreuses pour les employés, au moins à certains égards, que celles des normes minimales établies par la loi. Par ailleurs, des principes de droit non-inscrits dans la loi peuvent aussi imposer des obligations aux employeurs, particulièrement en ce qui a trait à la cessation d'emploi (voir la rubrique « Cessation d'emploi » plus loin).

En Ontario et au Québec, la législation sur les normes du travail prévoit que si l'acquéreur de la totalité ou d'une partie d'une entreprise garde à son service d'anciens employés, l'emploi de ces derniers est réputé continu pour l'application de la législation (c'est-à-dire que si l'acheteur met fin ultérieurement à l'emploi de ces anciens employés, il doit tenir compte de leurs années de service antérieures auprès du vendeur au moment de la remise d'un avis de cessation d'emploi). La *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* de l'Ontario prévoit également que des employeurs qui sont reliés doivent être considérés comme un seul employeur pour l'application de la loi. Cette disposition vise à empêcher que les employeurs ne divisent leur masse salariale dans le but, par exemple, d'éviter d'avoir à verser l'indemnité de départ. Cette indemnité est payable aux employés comptant plus de cinq années de service si l'employeur a une masse salariale d'au moins 2,5 millions de dollars, ou en cas de « mise à pied massive » d'au moins 50 employés au cours d'une période de 6 mois par suite de la fermeture partielle ou complète de l'entreprise.

Au Québec, la *Loi sur les normes du travail* ne s'applique généralement pas aux cadres supérieurs, expression qui a été interprétée comme désignant uniquement un groupe restreint de personnes qui participent au processus décisionnel relatif aux politiques et aux stratégies de l'organisme.

La loi québécoise prévoit des recours pour les employés qui sont victimes de certaines pratiques interdites, notamment le harcèlement psychologique. Un recours est également offert aux employés qui comptent plus de deux années de service et qui estiment avoir été congédiés sans cause juste et suffisante. Dans sa contestation de la conduite de l'employeur, l'employé qui obtient gain de cause peut exiger d'être réintégré en plus de se faire verser le salaire et les avantages perdus.

Dans sa contestation de la conduite de l'employeur, l'employé qui obtient gain de cause peut exiger d'être réintégré en plus de se faire verser le salaire et les avantages perdus.

La loi québécoise permet à un employé de s'absenter du travail pendant une période prolongée pour des raisons liées à sa santé ou à la santé de l'un des membres de sa famille. Par exemple, un employé peut s'absenter pendant une période maximale de 104 semaines si son enfant mineur est atteint d'une maladie grave et potentiellement fatale (le droit d'absence autorisée prévu par la loi ontarienne est beaucoup moins généreux). De plus, l'employeur a l'obligation, à la fin de l'absence autorisée, de réintégrer l'employé dans son poste antérieur et de lui accorder les mêmes avantages, notamment le salaire auquel l'employé aurait eu droit s'il était demeuré au travail.

En Ontario et au Québec, la loi impose des obligations additionnelles relativement aux licenciements massifs simultanés (ou survenant au cours de certaines périodes données), dont une période d'avis supplémentaire aux employés et la communication aux autorités provinciales des renseignements prescrits quant à l'effet d'un tel licenciement.

Relations de travail

Le Canada favorise le principe de la négociation collective entre les employeurs et les employés. Les employés, à l'exclusion de ceux qui occupent des postes de cadre, peuvent former des unités de négociation représentées par des syndicats précis. Ces syndicats sont souvent rattachés à un secteur en particulier, comme le secteur de l'automobile ou le commerce de détail.

Dès qu'un syndicat a été accrédité et en a avisé l'employeur, l'employeur a l'obligation de négocier de bonne foi avec le syndicat en vue de conclure une convention collective. Certaines conditions prévues par la loi doivent d'abord être remplies avant que des employés puissent faire une grève licite ou qu'un employeur puisse déclarer licitement un lock-out.

La conciliation, l'arbitrage et la médiation sont des mécanismes prévus en vue d'aider les employeurs et les employés à régler des conflits. En Ontario, les conflits de travail sont tranchés par la Commission des relations de travail de l'Ontario, au Québec, par le Tribunal administratif du travail et, dans le cas des employés qui relèvent de la compétence fédérale, par le Conseil canadien des relations industrielles. Ces tribunaux spécialisés entendent également les questions liées à la constitution des syndicats et à la représentation des employés par ces derniers en vue d'empêcher l'adoption de pratiques de travail déloyales et de favoriser la négociation de bonne foi.

Certains territoires canadiens limitent le recours à des briseurs de grève et exigent que les employeurs gardent les travailleurs en grève à leur service, tandis que le *Code du travail* du Québec interdit à un employeur d'engager quiconque pour remplacer des employés en grève ou en lock-out à moins que le remplacement ne soit assuré par un cadre qui travaille au sein de l'établissement touché par la grève ou le lock-out.

Égalité

DROITS DE LA PERSONNE

Le gouvernement fédéral et tous les gouvernements provinciaux ont adopté des lois sur les droits de la personne qui interdisent la discrimination en milieu de travail.

En Ontario, le *Code des droits de la personne* prévoit, sous réserve des exigences professionnelles de bonne foi, qu'un employeur doit traiter les gens de façon égale, sans discrimination ou harcèlement fondés sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance, le sexe (y compris la grossesse et l'allaitement), l'orientation sexuelle, l'âge, le casier judiciaire, l'état matrimonial, la situation familiale, l'identité sexuelle, l'expression sexuelle ou un handicap physique ou mental. La dépendance à l'alcool ou à la drogue a été considérée comme un handicap pour l'application du *Code des droits de la personne*. Par conséquent, en Ontario, les employeurs ne peuvent généralement pas imposer des tests antidrogue obligatoires à tous les employés. Le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario est chargé de traiter les plaintes pour discrimination déposées aux termes du Code. Les requêtes sont réglées dans le cadre d'une procédure de médiation ou d'arbitrage. Le Tribunal peut rendre des ordonnances lorsqu'il estime qu'une plainte est justifiée, ordonner à la partie visée d'effectuer une restitution, notamment une indemnisation financière, ou ordonner à une partie qui ne respecte pas le Code de s'y conformer.

La *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec prévoit que nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne

Le gouvernement fédéral et tous les gouvernements provinciaux ont adopté des lois sur les droits de la personne qui interdisent la discrimination en milieu de travail.

ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi. La discrimination est interdite lorsque celle-ci est fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge (sauf dans la mesure prévue par la loi), la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap. Toutefois, la *Charte* prévoit qu'une distinction, exclusion ou préférence est réputée non discriminatoire si elle est fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique. Elle prévoit également que chaque employeur doit, sans discrimination illicite, accorder un traitement ou un salaire égal aux membres de son personnel qui accomplissent un travail équivalent au même endroit.

La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec enquête sur les plaintes de discrimination et agit comme conciliateur entre les parties. Si la conciliation échoue, les parties peuvent négocier un règlement ou soumettre l'affaire à un arbitre ou, si les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, s'adresser au Tribunal des droits de la personne. Le Tribunal peut imposer des mesures de redressement, notamment la réintégration de l'employé, lorsqu'il estime qu'il serait équitable et opportun de le faire dans les circonstances.

ÉQUITÉ SALARIALE

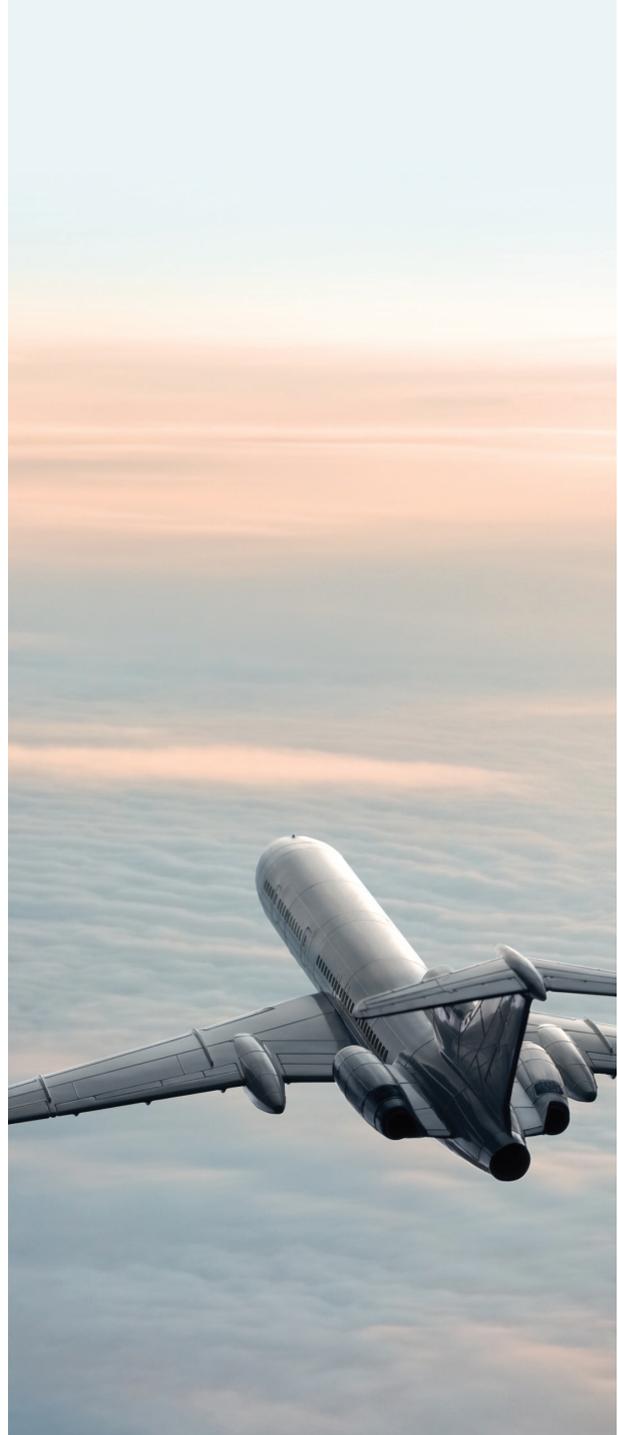
Il est illégal dans chaque province du Canada de verser à une femme un salaire moins élevé que celui qui est versé à un homme exécutant le même travail.

L'Ontario et le Québec ont tous deux adopté, au moyen d'une loi sur l'équité salariale, le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale. Les femmes qui occupent des emplois dans des « catégories d'emplois à prédominance féminine » de valeur égale à des emplois occupés par des employés dans des « catégories d'emplois à prédominance masculine » ont droit à un rajustement de salaire.

En Ontario, cette loi s'applique à tous les employeurs du secteur privé qui comptent au moins 10 employés et à tous les employeurs du secteur public. Dans le secteur privé, cependant, les dispositions de la loi ontarienne obligeant les employeurs à élaborer un plan d'équité salariale ne s'appliquent qu'aux employeurs comptant 100 employés et plus. Au Québec, la loi s'applique aux employeurs des secteurs privé et public qui comptent au moins 10 employés. Les obligations de l'employeur, qui varient selon le nombre d'employés, comprennent l'élaboration d'un plan d'équité salariale s'il compte au moins 50 employés et la mise sur pied d'un comité d'équité salariale s'il compte au moins 100 employés.

ÉQUITÉ EN MATIÈRE D'EMPLOI

La *Loi sur l'équité en matière d'emploi* s'applique seulement aux employeurs dans un secteur relevant de la compétence du gouvernement fédéral. Cette loi institue un mécanisme « de promotion sociale/ de quota d'embauche » qui vise à encourager les employeurs à embaucher et à promouvoir les femmes, les Autochtones, les personnes handicapées et les personnes qui font partie des minorités visibles. Certains employeurs qui ne font pas partie d'un secteur relevant de la compétence du gouvernement fédéral doivent également se conformer à la *Loi*



L'Ontario et le Québec ont tous deux adopté, au moyen d'une loi sur l'équité salariale, le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale.

sur l'équité en matière d'emploi en vue d'obtenir des contrats du gouvernement fédéral.

Assurance-emploi

Au Canada, les employeurs et les employés sont tenus, aux termes de la *Loi sur l'assurance-emploi*, de cotiser au compte d'assurance-emploi qui est administré par le gouvernement fédéral. Les cotisations de l'employé sont calculées chaque année. Pour 2018, la cotisation de l'employé correspond à 1,66 % (1,3 % au Québec) de sa rémunération assurable jusqu'à concurrence de 51 700 dollars (de sorte que la cotisation maximale de l'employé en 2018 s'élève à 858,22 dollars ou à 672,10 dollars au Québec). L'employeur doit verser une cotisation correspondant à 1,4 fois la cotisation de l'employé. Les cotisations de l'employeur sont déductibles d'impôt à titre de dépenses d'entreprise courantes et peuvent être réduites si l'employeur offre un régime d'assurance-salaire à ses employés.

Des prestations d'assurance-emploi sont versées aux employés qui perdent leur emploi en raison d'une mise à pied ou d'un congédiement. Les employés qui sont en congé de maternité ou en congé parental ou qui s'absentent en raison d'une maladie sont également visés.

Les travailleurs autonomes ne sont pas admissibles. Aucune prestation n'est versée à ceux qui quittent leur emploi sans justification ou qui perdent leur emploi en raison de leur inconduite.

Au Québec, la *Loi sur l'assurance parentale* prévoit un régime d'assurance parentale qui accorde des prestations aux parents dès la naissance d'un enfant ou l'adoption d'un mineur. Chaque employé résidant au Québec et chaque employeur québécois est tenu de verser une cotisation. Pour 2018, le taux de cotisation applicable à un employé est de 0,548 % des gains et

Pour 2018, la cotisation de l'employé correspond à 1,66 % (1,3 % au Québec) de sa rémunération assurable jusqu'à concurrence de 51 700 dollars (de sorte que la cotisation maximale de l'employé en 2018 s'élève à 858,22 dollars ou à 672,10 dollars au Québec).

le taux de cotisation applicable à un employeur de 0,767 % des gains jusqu'à concurrence de 74 000 dollars. La cotisation maximale payable en 2018 par un employé est de 405,52 dollars, et celle payable par un employeur, de 567,58 dollars.

Régime de pensions du Canada

Le Régime de pensions du Canada (le « RPC ») est obligatoire. À l'exception des employeurs et des employés au Québec, tous les employeurs et tous les employés au Canada sont tenus de participer à ce régime. Le Québec a un régime de retraite provincial (le « RRQ ») qui prévoit le versement de prestations semblables à celles qui sont versées dans le cadre du Régime de pensions du Canada.

De plus, toutes les provinces ont des lois sur les normes de prestations de pension régissant les éléments des régimes de pension privés.

Pour obtenir plus de détails sur le RPC, le RRQ et les lois sur les normes de prestations de pension, se reporter au chapitre « Régimes de retraite, avantages sociaux et régimes d'épargne » du présent guide.

Santé et sécurité au travail et indemnisation des travailleurs

Chaque province a adopté des lois en vue d'établir certaines normes de santé et sécurité au travail et d'indemniser les employés qui subissent des blessures dans le cadre de leur travail. Le *Code canadien du travail* prévoit des normes réglementaires semblables pour les employés et les employeurs qui relèvent de la compétence fédérale.

En Ontario, les employeurs doivent respecter les normes de sécurité suivantes prévues par la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* :

- encourager les programmes de santé et sécurité par l'entremise de comités obligatoires composés de représentants de la direction et des travailleurs
- imposer des obligations aux employeurs, aux superviseurs, aux travailleurs et à des tiers (par exemple des propriétaires) en matière de sécurité des lieux de travail
- fournir aux employés l'accès à l'information relative à la présence de matières dangereuses sur les lieux de travail
- permettre aux employés de refuser de travailler lorsqu'ils ont des raisons de croire que leur sécurité ou celle d'un autre employé est en danger
- protéger les employés contre la violence et le harcèlement.

La loi est appliquée dans les entreprises par des comités sur la santé et la sécurité des lieux de travail et par le gouvernement par l'entremise d'inspecteurs nommés par le ministère du Travail de l'Ontario. Les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale ont l'obligation de s'assurer raisonnablement que la personne morale se conforme à la loi.

Certains employeurs de l'Ontario doivent s'inscrire auprès de la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail en vertu de la *Loi sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*. L'omission de le faire dans un délai de 10 jours après être devenu un « employeur » constitue une infraction. La plupart des travailleurs blessés dans un accident de travail ou souffrant d'une maladie professionnelle sont indemnisés à même le fonds établi par cette loi, mais ils ne peuvent pas poursuivre l'employeur pour les dommages découlant des blessures.

Au Québec, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail* a pour objet l'élimination des dangers à la santé, à la sécurité et à l'intégrité physique des travailleurs. Elle confère à l'employé le droit de refuser d'exécuter un travail s'il a des motifs raisonnables de croire que l'exécution de ce travail l'expose à un danger pour sa santé, sa sécurité ou son intégrité physique ou, dans le cas de la travailleuse enceinte ou qui allaite, expose un enfant non né ou allaité à un tel danger. Les employés peuvent convenir avec les employeurs de conditions de travail plus favorables que les normes minimales prescrites par la Loi, mais ne peuvent pas contractuellement renoncer à la protection de la loi.

La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* du Québec prévoit à l'égard des lésions professionnelles une indemnisation qui peut comprendre des indemnités de remplacement du revenu, de décès et pour préjudice corporel ainsi que des traitements et des soins de réadaptation.

Il s'agit d'un système d'indemnisation sans égard à la responsabilité. Les travailleurs ayant subi une lésion professionnelle ou souffrant d'une maladie professionnelle peuvent recevoir une indemnisation provenant du fonds mis sur pied à cette fin, mais ils ne peuvent pas poursuivre l'employeur pour des dommages. Dans certains cas, la loi peut s'appliquer aux employeurs qui n'avaient aucun établissement au Québec au moment de l'accident ou de l'apparition de la maladie.

En vertu du Système d'information sur les matières dangereuses utilisées au travail, les employeurs sont tenus dans toutes les provinces de fournir des renseignements et des programmes de formation aux employés qui travaillent avec des matières dangereuses.

Impôt-santé des employeurs

Le Régime d'assurance-santé de l'Ontario est partiellement financé par un impôt-santé des employeurs. Les employeurs qui ont un établissement permanent en Ontario sont tenus de payer cet impôt à un taux progressif se situant entre 0,98 % et 1,95 % par année, selon la rémunération totale versée par l'employeur à ses employés pendant l'année en question. Les employeurs admissibles dont la masse salariale annuelle est inférieure à 5 millions de dollars sont exonérés de cet impôt sur la première tranche de 450 000 dollars de leur masse salariale en Ontario.

En vertu de la *Loi sur la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, tous les employeurs du Québec, à l'exception de quelques-uns, doivent verser au ministre du Revenu une cotisation jusqu'à concurrence de 4,26 % des salaires versés à leurs employés dans la province pour financer le régime de santé.

Cessation d'emploi

En l'absence de cause juste de congédiement (expression généralement interprétée de façon restrictive par les tribunaux judiciaires et administratifs au Canada), tous les employés, syndiqués ou non, ont droit à un avis de cessation d'emploi. Il peut s'agir d'un avis indiquant la date de la cessation d'emploi ou d'une somme d'argent en remplacement d'un avis. Le montant de cette somme ne peut être inférieur au montant prescrit par la législation sur les normes du travail pertinente, ou par la convention collective pertinente dans le cas des employés syndiqués. Puisqu'on ne peut renoncer, par contrat ou autrement, aux normes légales minimales en matière d'avis de cessation d'emploi, le contrat d'emploi qui stipule qu'il peut être mis fin à l'emploi sans cause ou suivant un avis ne respectant pas les normes minimales légales ne sera pas exécutoire. Néanmoins, la période d'avis de cessation d'emploi prévue dans un contrat d'emploi sera exécutoire dans la plupart des cas. Par contre, les tribunaux canadiens sont souvent réticents à appliquer les contrats d'emploi qui paraissent avoir été imposés par l'employeur aux employés, qui n'ont pas eu la possibilité d'en négocier les modalités.

Dans le cas d'un emploi à durée indéterminée et lorsque aucune période précise d'avis de cessation d'emploi n'a été stipulée dans un contrat d'emploi, l'employé non syndiqué a le droit, lors de la cessation d'emploi, de s'adresser au tribunal pour obtenir des dommages-intérêts si l'avis de cessation d'emploi n'était pas « raisonnable » et a aussi droit à l'avis minimal ou à une somme d'argent en remplacement d'un avis.

Le tribunal déterminera le caractère raisonnable selon la situation personnelle de l'employé, plus particulièrement ses années de service, son âge, la nature du poste (c'est-à-dire le niveau hiérarchique), la rémunération, la possibilité de trouver un emploi similaire dans la région et la question de savoir si on a attiré l'employé alors qu'il occupait un emploi sûr. Le tribunal peut également tenir compte de la conduite de l'employeur au moment de la cessation d'emploi pour déterminer l'indemnité.

Les tribunaux interprètent généralement l'avis de cessation d'emploi raisonnable comme un avis supérieur aux normes minimales prévues par la loi. Bien que la loi ne prescrive généralement pas un avis de cessation d'emploi d'une durée excédant huit semaines, les tribunaux peuvent accorder à un employé ayant de nombreuses années de service un avis d'une durée de 16 mois ou plus.

Formation de la main-d'œuvre

La Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre du Québec exige de la plupart des employeurs ayant une masse salariale supérieure à 2 millions de dollars qu'ils consacrent un montant représentant au moins 1 % de celle-ci à des dépenses de formation admissibles. Les employeurs qui ne dépensent pas le montant minimal prescrit par la loi doivent verser au ministre du Revenu la différence entre ce montant et le montant dépensé.

Régimes de retraite, d'avantages sociaux et d'épargne



Régimes de retraite

Le revenu de retraite des Canadiens provient généralement de trois sources : les régimes de pensions administrés par les gouvernements, les régimes d'épargne-retraite établis par les employeurs et l'épargne personnelle.

RÉGIMES DE PENSIONS DU GOUVERNEMENT

Le Canada s'est doté de plusieurs régimes de pensions, d'avantages sociaux et d'assistance sociale administrés par le gouvernement qui procurent un certain degré de sécurité sociale. La Sécurité de la vieillesse prévoit le versement de prestations aux personnes âgées de 65 ans et plus, sous réserve de certaines exigences en matière de résidence. Les pensionnés ayant un revenu net personnel élevé doivent rembourser une partie ou la totalité du montant maximum de la pension versé dans le cadre du régime. Un supplément de revenu garanti et une allocation (versée à l'époux ou au conjoint de fait du pensionné) peuvent également être versés aux pensionnés à faible revenu. Le versement de ces prestations est financé par les recettes fiscales générales.

Le Régime de pensions du Canada (le « RPC ») est un régime contributif obligatoire et proportionnel au revenu de travail qui a pour but de procurer aux travailleurs qui y cotisent un revenu de retraite, une pension de survivant, des prestations de décès ou des prestations d'invalidité à long terme de base. Le Régime de rentes du Québec (le « RRQ »), semblable pour l'essentiel au RPC, s'applique aux particuliers qui travaillent ou résident au Québec. La cotisation versée par l'employé dans le cadre du RPC ou du RRQ correspond à un pourcentage des gains, auquel s'ajoute une cotisation équivalente versée par l'employeur.

Le RPC prévoit plusieurs types de prestations pour les travailleurs qui ont effectué une cotisation minimale au régime :

- des pensions de retraite aux cotisants qui ont atteint l'âge de 65 ans (ou qui ont entre 60 et 64 ans, à condition de satisfaire à certaines exigences)

Le Régime de pensions du Canada est un régime contributif obligatoire et proportionnel au revenu de travail qui a pour but de procurer aux travailleurs qui y cotisent un revenu de retraite, une pension de survivant, des prestations de décès ou des prestations d'invalidité à long terme de base.

CHAPITRE 13

Régimes de retraite, d'avantages sociaux
et d'épargne

- des prestations à un conjoint survivant ou à un enfant à charge survivant du cotisant
- des prestations d'invalidité à un cotisant qui n'est plus en mesure d'obtenir un emploi véritablement rémunérateur.

Les cotisations de l'employé et de l'employeur pour 2018 correspondent dans chaque cas à 4,95 % des gains ouvrant droit à pension qui excèdent 3 500 dollars, jusqu'à concurrence de 55 900 dollars (de sorte que le montant maximal de la cotisation devant être versée par l'employé et l'employeur en 2018 s'établit à 2 593,80 dollars).

RÉGIMES D'ÉPARGNE-RETRAITE ÉTABLIS PAR LES EMPLOYEURS

Bon nombre d'employeurs offrent volontairement des régimes de retraite privés. Ces régimes peuvent être propres à un employeur en particulier, ou consister en régimes interentreprises administrés par des conseils de fiduciaires. En règle générale, les régimes de retraite sont des régimes à prestations déterminées, des régimes à cotisations déterminées ou des régimes hybrides. Les régimes à prestations déterminées sont de plus en plus rares dans le secteur privé. Tout comme l'emploi et la main-d'œuvre en général, ils sont régis par la législation fédérale ou provinciale, selon la nature de l'entreprise exploitée ou des activités exercées. Pour être admissibles à un traitement fiscal privilégié, les régimes de retraite doivent également être enregistrés aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (gouvernement fédéral) et satisfaire aux exigences de cette loi.



La législation fédérale et provinciale sur les normes des prestations de pension établit les normes minimales applicables aux régimes de retraite et réglemente plusieurs aspects des mécanismes de retraite, dont les suivants :

- le financement
- l'admissibilité
- la formule de calcul des pensions
- les années de service ouvrant droit à pension
- les exigences en matière de cotisation
- l'acquisition et la retenue des droits à la pension
- le départ à la retraite anticipé, normal ou reporté
- l'accumulation de prestations et les formes que peuvent prendre les pensions
- l'investissement des actifs de retraite et les prélèvements effectués sur ceux-ci
- les transferts d'actifs de retraite
- la modification ou l'interruption d'un régime de retraite.

Les employeurs qui exercent des activités dans plusieurs provinces ou territoires peuvent administrer un seul régime de retraite enregistré à l'endroit où la majorité des participants travaillent. Ce régime assure également le versement de prestations aux participants qui travaillent dans les autres provinces ou territoires.

Lorsqu'un employeur offre un régime de retraite enregistré à ses employés, le niveau des prestations qui peuvent être versées dans le cadre du régime est limité par les règles en matière d'enregistrement prévues par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Un mécanisme complémentaire de retraite devra être établi si le revenu de retraite que l'employeur souhaite verser excède cette limite.

Les mécanismes complémentaires de retraite sont généralement connus sous le nom de Régimes de retraite complémentaires à l'intention des dirigeants. Ils peuvent prendre diverses formes et peuvent être officiels, non officiels, financés ou non financés.

Les employeurs peuvent également établir d'autres régimes d'épargne-retraite tels que des régimes enregistrés d'épargne-retraite collectifs et des régimes de participation différée aux bénéficiaires. Ces régimes permettent aux employés d'épargner en vue de la retraite à l'abri de l'impôt. Aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ces régimes sont assujettis à des seuils de cotisation déterminés et à des restrictions en matière de placement admissible.

Les employeurs peuvent également établir d'autres régimes d'épargne-retraite tels que des régimes enregistrés d'épargne-retraite collectifs et des régimes de participation différée aux bénéficiaires.

Le gouvernement fédéral permet également aux employeurs d'offrir un régime de pension agréé collectif (le « RPAC »), option peu coûteuse pour les employeurs qui n'offrent pas actuellement de régime de retraite. Le gouvernement fédéral et ceux de la Nouvelle-Écosse, du Québec, de la Saskatchewan, du Manitoba et de l'Ontario ont tous adopté des lois et de la réglementation sur les RPAC.

Avantages sociaux

Chacune des provinces et chacun des territoires offre un programme d'assurance-maladie. En règle générale, ces programmes couvrent les soins hospitaliers et médicaux. Les programmes publics sont financés par les recettes fiscales générales et, dans certaines provinces, par des cotisations ou des charges sociales. Les programmes d'assurance-emploi et d'indemnisation des travailleurs sont décrits dans le chapitre « Droit de l'emploi » du présent guide. Aujourd'hui, les avantages sociaux fournis par les employeurs viennent surtout compléter la protection de base qu'offrent les programmes gouvernementaux.

Les régimes d'avantages sociaux peuvent comprendre un éventail de protections, dont l'assurance vie, l'assurance décès et mutilation accidentels, l'assurance invalidité de courte et de longue durée, l'assurance médicale, l'assurance médicaments et l'assurance dentaire. Ces régimes sont souvent complexes du fait qu'ils comportent des règles permettant d'assurer l'efficacité fiscale et de gérer les risques, notamment les risques financiers, liés à la prestation des avantages sociaux.

Certains employeurs offrent également des avantages sociaux post-retraite. Toutefois, en raison des coûts de plus en plus élevés qu'ils engendrent, la tendance récente semble être à la réduction, voire à la suppression de ces avantages ou à l'imposition de primes aux retraités.

Régimes incitatifs et d'épargne fondés sur des actions

Mécanismes utiles à l'établissement de structures de rémunération efficaces, les régimes incitatifs et d'épargne fondés sur des actions sont couramment utilisés pour récompenser les membres de la haute direction et les maintenir au service de l'entreprise à moyen et à long terme.

Il existe de nombreux types de régimes, dont les régimes d'achat d'actions, les régimes d'options d'achat d'actions fictives, les régimes de droits à la plus-value d'actions, les régimes de droits différés à la valeur d'actions, les régimes d'options d'achat d'actions, les régimes de droits à la valeur d'actions liés au rendement et les régimes de droits d'achat d'actions de négociation restreinte.

Afin de s'assurer que la mise en place de ces régimes n'entraînera pas d'incidences juridiques indésirables, les employeurs doivent tenir compte des exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la législation provinciale en valeurs mobilières.

Les régimes d'avantages sociaux peuvent comprendre un éventail de protections, dont l'assurance vie, l'assurance décès et mutilation accidentels, l'assurance invalidité de courte et de longue durée, l'assurance médicale, l'assurance médicaments et l'assurance dentaire.

CHAPITRE 14

Admission
temporaire
et résidence
permanente



L'étranger qui désire travailler légalement au Canada a deux options : l'admission temporaire ou la résidence permanente. Toute personne qui présente une demande d'admission au Canada doit satisfaire aux exigences du gouvernement fédéral canadien. Toutefois, si un demandeur travaillera au Québec ou y résidera en permanence, il doit en plus respecter les critères d'immigration du Québec. Ces dernières années, d'autres provinces du Canada ont conclu des ententes avec le gouvernement fédéral dans le cadre du Programme des candidats des provinces. Ce programme permet aux provinces de simplifier le traitement, par le gouvernement fédéral, des demandes présentées par des travailleurs et des résidents permanents si les autorités provinciales sont d'avis que l'embauche d'un demandeur par un employeur local ou les qualifications professionnelles d'un demandeur entraîneront des avantages économiques.

L'exposé qui suit vise surtout à offrir un aperçu général des règles facilitant l'admission de gens d'affaires au Canada, ainsi que les mouvements transfrontaliers en Amérique du Nord en vertu de l'Accord de libre-échange nord-américain (l'« ALENA ») et entre les nations membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'« OMC ») en vertu de l'Accord général sur le commerce des services (l'« AGCS »). Les personnes qui demandent l'admission au Canada (ainsi que les personnes à charge qui les accompagnent) doivent aussi se conformer à des exigences en matière de sécurité et de santé, qui ne sont pas traitées dans le présent résumé.

Admission temporaire

GÉNÉRALITÉS

L'employeur qui souhaite retenir les services au Canada d'une personne qui n'est ni résidente permanente du Canada ni citoyenne canadienne doit, dans la plupart des cas, aider cette personne à obtenir une autorisation d'emploi, ce qu'il peut habituellement faire en obtenant la validation d'une offre d'emploi auprès d'un bureau d'Emploi et Développement social Canada (l'« EDSC »). Dans certains cas, il ne sera pas nécessaire d'obtenir la validation d'une offre d'emploi auprès de l'EDSC. Par exemple, les membres de la haute direction d'une société peuvent être admis au Canada aux

L'employeur qui souhaite retenir les services au Canada d'une personne qui n'est ni résidente permanente du Canada ni citoyenne canadienne doit, dans la plupart des cas, aider cette personne à obtenir une autorisation d'emploi.

termes de la politique de transfert intra-société, qui n'oblige pas la société à obtenir la validation d'une offre d'emploi pour ces membres du personnel.

Pour obtenir la validation d'une offre d'emploi, l'employeur devra généralement démontrer aux autorités canadiennes que l'embauche du non-résident ne réduira pas les possibilités d'emploi pour les Canadiens. Cela l'oblige à faire la preuve aux autorités canadiennes qu'il a tenté d'embaucher des Canadiens pour ce poste et qu'aucun Canadien ne satisfaisait aux exigences de l'emploi ou n'a répondu à son offre.

À quelques exceptions près dont il est fait état dans le prochain paragraphe, toutes les personnes qui ont obtenu l'autorisation de travailler temporairement au Canada se verront délivrer un document attestant leur autorisation d'emploi, connu sous le nom de permis de travail, au point d'entrée, dès leur arrivée au Canada. L'autorisation d'emploi peut être délivrée pour une période initiale de six mois à un an, mais peut être prolongée de plusieurs années après la date d'entrée initiale.

Certaines personnes n'ont pas besoin d'autorisation d'emploi. C'est le cas, par exemple, des diplomates, des employés du siège social d'une entreprise qui visitent une société canadienne membre du même groupe pendant moins de 90 jours pour des consultations internes, ainsi que des représentants gouvernementaux ou commerciaux qui viennent au Canada pour y acheter ou y vendre des biens pour le gouvernement ou l'entreprise pour une période inférieure à 90 jours, pourvu qu'ils ne vendent pas directement au grand public.

ACCORDS INTERNATIONAUX

Le Canada est signataire de plusieurs accords internationaux relatifs au commerce en général. Ces accords complètent la législation et les politiques du Canada en matière d'immigration, lesquelles visent davantage ces dernières années à permettre aux sociétés canadiennes d'atteindre leurs objectifs.

L'ALENA prévoit une procédure rationalisée en vertu de laquelle des gens d'affaires nord-américains qui sont citoyens des États-Unis ou du Mexique peuvent être admis au Canada afin d'y travailler temporairement. L'AGCS prévoit des règles similaires pour des catégories plus restreintes de citoyens des États membres de l'OMC. Les procédures prévues par l'AGCS sont relativement semblables à celles de l'ALENA, de sorte que seules les différences majeures seront soulignées.

L'ALENA prévoit quatre catégories de gens d'affaires admissibles au processus rationalisé :

- les visiteurs commerciaux
- les négociants et les investisseurs
- les professionnels
- les personnes mutées à l'intérieur d'une société.

L'autorisation d'emploi peut être délivrée pour une période initiale de six mois à un an, mais peut être prolongée de plusieurs années après la date d'entrée initiale.

Un « visiteur commercial » est un homme ou une femme d'affaires qui sollicite l'admission temporaire au Canada pour l'un des différents buts particuliers énumérés dans l'ALENA. Les personnes admissibles n'ont pas besoin de demander un permis de travail et peuvent être admises au Canada à un point d'entrée.

Un « négociant » est un homme ou une femme d'affaires qui sollicite l'admission temporaire pour effectuer d'importantes opérations commerciales visant des biens et des services et qui a des fonctions de surveillance ou de direction.

Un « investisseur » est un homme ou une femme d'affaires qui sollicite l'admission pour élaborer et diriger les activités d'une entreprise dans laquelle il ou elle a investi ou investira une somme importante.

Un « professionnel » est un homme ou une femme d'affaires qui exercera une profession spécifiée pendant qu'il ou elle se trouve au Canada temporairement (la liste des professions spécifiées dans l'ALENA est beaucoup plus longue que celle que prévoit l'AGCS). De façon générale, les exigences minimales consistent en un baccalauréat, parfois combiné avec de l'expérience pratique. Contrairement à l'ALENA, l'AGCS ne permet pas la prolongation de la période de trois mois pendant laquelle un professionnel est admis.

Une « personne mutée à l'intérieur d'une société » est une personne qui a été au service de l'employeur ou d'une société membre de son groupe pendant au moins un an au cours de la période de trois ans précédant la date de la demande (ou, aux termes de l'AGCS, pendant au moins l'année qui précède la demande) et qui vient au Canada pour travailler temporairement pour le même employeur ou une société membre du même groupe dans un poste de direction ou de gestion ou dans un poste qui requiert des connaissances spécialisées.

Les négociants, les investisseurs, les professionnels et les personnes mutées à l'intérieur d'une société qui sont des citoyens des États-Unis ou du Mexique et qui viennent au Canada temporairement doivent obtenir un permis de travail. Ils ne sont pas tenus de se conformer aux procédures d'approbation préalables, de présenter une demande de travail, de respecter des critères d'attestation d'emploi et de suivre toute autre procédure similaire généralement requise pour l'obtention d'un permis de travail.

Résidence permanente

GÉNÉRALITÉS

La personne qui veut s'établir de façon permanente au Canada peut être admise sous l'une des trois grandes catégories d'immigrants suivantes : la catégorie du regroupement familial, la catégorie des réfugiés (dont il ne sera pas question) ou les catégories de l'immigration économique.

Pour être admis sous la catégorie du regroupement familial, le demandeur doit être parrainé par un proche parent qui est un citoyen canadien ou un résident permanent. La catégorie du regroupement familial comprend notamment les époux, les conjoints de fait, les partenaires conjugaux, les enfants à charge, un parent ou un grand-parent ou, dans certains cas, d'autres proches parents. Il existe un nombre maximal annuel de demandes de résidence permanente qui seront étudiées pour le parrainage d'un parent ou d'un grand-parent. Les personnes admissibles peuvent toutefois demander un « super visa pour parents et grands-parents », à savoir un visa valide pendant 10 ans qui permet des visites multiples au Canada et des séjours pouvant aller jusqu'à 24 mois à la fois sans que le détenteur ait à le renouveler.

Les catégories de l'immigration économique sont expliquées en détail ci-après.

LE PROGRAMME D'IMMIGRATION DES GENS D'AFFAIRES

Le Programme d'immigration des gens d'affaires est un programme spécial qui vise à faciliter l'immigration de gens d'affaires ou de personnes admissibles qui contribueront de façon importante à la vie culturelle ou sportive du Canada. Il s'applique à deux catégories d'immigrants, soit les « travailleurs autonomes » et les personnes admissibles au Programme de « visas pour démarrage d'entreprise ».

Les immigrants « travailleurs autonomes » sont des étrangers ayant de l'expérience utile qui ont l'intention et sont en mesure de créer leur propre emploi au Canada et qui ont participé à des activités culturelles ou sportives de niveau international ou qui ont de l'expérience dans la gestion d'une ferme.

Le Programme de « visa pour démarrage d'entreprise » sert à établir un lien entre les entrepreneurs immigrants et les investisseurs et mentors canadiens du secteur privé. Il vise à favoriser l'innovation, la création d'emploi et l'établissement d'entreprises de calibre mondial en aidant les entrepreneurs immigrants à manoeuvrer dans le milieu des affaires canadien et en permettant aux entreprises du secteur privé de bénéficier de l'apport des nouveaux arrivants talentueux du monde entier.

Trois options s'offrent à l'entrepreneur immigrant qui souhaite demander un « visa pour démarrage d'entreprise ». Premièrement, il peut obtenir un investissement minimum de 200 000 dollars d'un fonds de capital de risque canadien désigné. Deuxièmement, il peut obtenir un investissement minimum de 75 000 dollars d'un groupe d'investisseurs providentiels canadien désigné. Troisièmement, il peut obtenir le soutien d'un incubateur d'entreprises canadien désigné dans le cadre d'un processus concurrentiel. Les incubateurs

Le Programme de « visa pour démarrage d'entreprise » sert à établir un lien entre les entrepreneurs immigrants et les investisseurs et mentors canadiens du secteur privé.

d'entreprises désignés choisissent les propositions commerciales qui présentent un fort potentiel de croissance et comportent des avantages pour le Canada. Le demandeur doit aussi faire la preuve de ses compétences linguistiques en français ou en anglais en remettant les résultats d'un test d'évaluation administré par une agence approuvée et doit avoir terminé au moins une année d'études postsecondaires. Le demandeur doit démontrer que, à son arrivée au Canada, il disposera de fonds suffisants pour subvenir à ses besoins et à ceux des personnes à sa charge qui l'accompagnent. À l'heure actuelle, les montants minimaux exigés varient de 12 475 dollars pour un demandeur seul à, par exemple, 33 014 dollars pour une famille de sept personnes. Ces montants sont actualisés tous les ans.

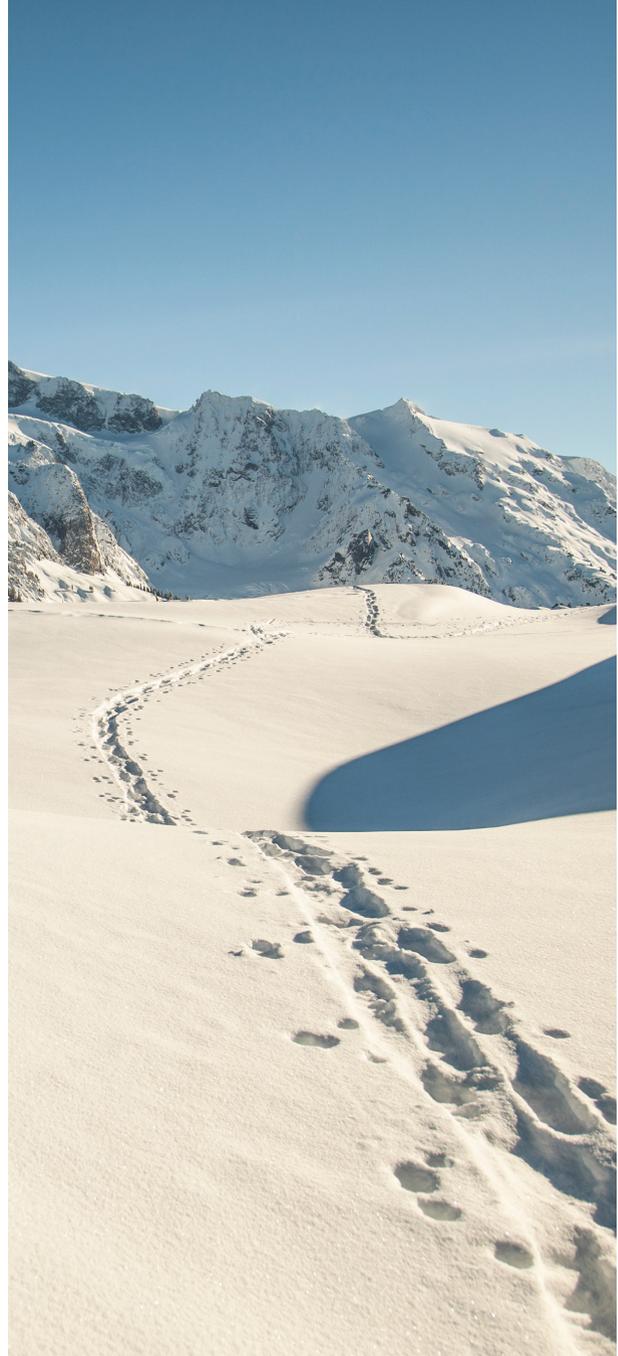
QUÉBEC

Si un immigrant veut s'établir au Québec, un visa de résidence permanente sera délivré si les fonctionnaires fédéraux estiment que celui-ci respecte les critères canadiens en matière de santé et de sécurité et qu'un fonctionnaire québécois a établi que, (i) si le requérant est un immigrant économique, il respecte les critères de sélection du Québec et, (ii) s'il est un immigrant entrant dans une autre catégorie, il respecte les critères de sélection du Canada ou les critères de sélection conjoints du Québec et du Canada.

PROGRAMMES DES CANDIDATS DES PROVINCES

Le gouvernement fédéral a conclu des ententes relatives au Programme des candidats des provinces avec Terre-Neuve-et-Labrador, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick, l'Île-du-Prince-Édouard, l'Ontario, le Manitoba, la Colombie-Britannique, l'Alberta, la Saskatchewan et le Yukon. Ces ententes permettent aux provinces de sélectionner des immigrants pour combler certains besoins économiques ou pour créer et augmenter les possibilités d'emploi et d'affaires. Le gouvernement fédéral conserve la responsabilité de la délivrance de visas d'immigrant aux candidats des provinces et aux personnes à charge qui les accompagnent une fois que ceux-ci ont rempli toutes les exigences prévues par la législation fédérale, notamment celles qui ont trait à la santé, à l'absence d'un casier judiciaire et à la sécurité.

Le Programme des candidats des provinces porte principalement sur la sélection de travailleurs qualifiés dont les compétences sont particulièrement adaptées aux besoins d'une économie provinciale donnée, quoique certaines provinces souhaitent également présenter comme candidats des gens d'affaires requérants. Les demandes sont d'abord soumises aux autorités provinciales. Chaque province a ses propres critères de sélection, mais l'existence d'une offre d'emploi est essentielle dans la plupart des cas. Les programmes de ce genre comportent l'avantage important d'offrir aux requérants acceptés un traitement plus rapide de leur demande de visa.



Le Programme des candidats des provinces porte principalement sur la sélection de travailleurs qualifiés dont les compétences sont particulièrement adaptées aux besoins d'une économie provinciale donnée.

TRAVAILLEURS QUALIFIÉS

Dans le cadre d'initiatives récentes, le gouvernement du Canada a indiqué que ses programmes d'immigration devraient privilégier comme résidents permanents les personnes ayant les compétences professionnelles et techniques ainsi que les compétences en gestion prisées par les employeurs canadiens. Les personnes qui ont travaillé ou étudié au Canada dans des circonstances précises sont reconnues comme des immigrants souhaitables ayant démontré leur capacité à s'adapter à la réalité économique du Canada.

Catégorie de l'expérience canadienne

La catégorie de l'expérience canadienne (la « CEC ») permet dans certains cas de demander la résidence permanente suivant une procédure simplifiée. Un demandeur de la CEC doit habiter dans une province autre que le Québec et être soit un travailleur étranger temporaire possédant au moins deux années d'expérience de travail qualifié à temps plein au Canada, soit un diplômé étranger d'un établissement postsecondaire canadien possédant au moins une année d'expérience de travail qualifié au Canada. L'expression « expérience de travail qualifié » vise les postes de gestion, les postes professionnels ou les postes techniques ainsi que les métiers spécialisés.

Le travailleur étranger temporaire sera évalué en fonction de deux critères de sélection seulement : son expérience de travail et ses aptitudes en français ou en anglais. Le diplômé d'un établissement postsecondaire canadien sera également évalué en fonction de sa scolarité.

Programme des travailleurs qualifiés (fédéral)

Aux termes du volet fédéral du Programme des travailleurs qualifiés (le « PTQF »), le demandeur doit soit avoir en main une offre d'emploi valable d'un employeur canadien, soit faire la preuve qu'il a occupé un poste rémunéré sans interruption pendant au moins un an au cours des 10 années précédentes dans les niveaux de compétence O, A ou B de la Classification nationale des professions. Dans le cadre du système de pointage utilisé pour le PTQF, la pondération attribuée à la jeunesse d'un candidat et aux compétences linguistiques en français et anglais permet de tenir compte de l'importance de ces facteurs dans les chances de réussite du candidat sur le marché du travail au Canada. Un maximum de 12 points est attribué aux personnes de 18 à 35 ans puis l'on soustrait un point par année par la suite de sorte que le demandeur de 47 ans ou plus ne se voit attribuer aucun point au titre de l'âge. En outre, le demandeur doit passer un test d'évaluation de ses compétences linguistiques en français ou en anglais administré par une agence désignée et respecter certains critères en matière d'expérience de travail, de scolarité et d'adaptabilité.

Le doctorant international peut faire une demande en vertu du PTQF s'il est inscrit à un programme de doctorat dans un établissement d'enseignement postsecondaire privé ou public reconnu par une province ou un territoire au Canada, qu'il a terminé au moins deux années d'études menant au doctorat et qu'il a un bon rendement au moment où il présente sa demande, ou encore s'il a obtenu un doctorat dans les 12 mois précédant la réception de sa demande. On refusera la demande du doctorant international qui a reçu une bourse assujettie à l'obligation qu'il retourne dans son pays d'origine pour y mettre en pratique les connaissances et les compétences acquises au Canada et qui n'a pas encore satisfait aux conditions s'y rattachant.

Catégorie des travailleurs de métiers spécialisés (fédéral)

La catégorie des travailleurs de métiers spécialisés (fédéral) (la « CTMSF ») permet aux demandeurs ayant des compétences dans un métier spécialisé de demander la résidence permanente. Le demandeur doit répondre aux exigences de compétence linguistique en français ou en anglais, de formation et d'expérience de travail. Il doit aussi avoir reçu une offre d'emploi à temps plein d'une durée d'au moins un an ou un certificat de compétence portant sur le métier spécialisé en cause délivré par un organisme provincial ou territorial.

Programme Entrée Express

Entrée Express n'est pas un programme d'immigration discrétionnaire, mais plutôt un système de demande en ligne visant à simplifier la sélection et le traitement des demandes reçues dans le cadre du PTQF, de la CTMSF et de la CEC et émanant de certaines catégories de demandeurs dans le cadre du Programme des candidats des provinces. Le système a pour objectif d'accélérer la sélection et l'admission des immigrants qui disposent de compétences qui sont perçues comme les rendant plus susceptibles de réussir au Canada.

Les demandeurs qui pensent être admissibles à l'une des quatre catégories énumérées précédemment peuvent soumettre une demande en ligne. Cette demande constituera une « déclaration d'intérêt ». Un demandeur qui répond aux critères d'au moins une des quatre catégories aura accès au « bassin » d'Entrée express et recevra régulièrement une invitation à présenter une demande (l'« IPD ») en vue de son immigration au Canada dans la catégorie dont il satisfait aux exigences. La décision de transmettre une IPD est prise par le gouvernement fédéral ou celui d'une province ou par un employeur canadien.

CHAPITRE 15

Litige civil



Au sommet du système judiciaire se trouve la Cour suprême du Canada, qui entend les appels en provenance des cours d'appel provinciales et territoriales et de la Cour d'appel fédérale. Tous les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, de même que ceux de la Cour suprême, sont nommés par le gouvernement fédéral.

Introduction au système judiciaire canadien

Le Canada est une fédération composée de 10 provinces et de trois territoires qui sont tous investis de la compétence constitutionnelle principale d'administrer la justice, bien qu'il existe une Cour fédérale dont relèvent les questions de compétence fédérale. Le système judiciaire canadien est hiérarchique, les cours de première instance étant subordonnées aux cours d'appel. Les cours provinciales et territoriales, qui ont des compétences limitées et dont les juges sont nommés par les gouvernements des provinces et des territoires, forment le niveau d'instance le plus bas. Le niveau d'instance suivant est composé des cours supérieures de chaque province et territoire, qui sont investies d'une compétence générale. Les juges des cours supérieures sont nommés par le gouvernement fédéral, mais ces tribunaux relèvent de la responsabilité administrative des gouvernements provinciaux et territoriaux. Le niveau d'instance suivant est celui des cours d'appel, à savoir les cours d'appel provinciales et territoriales de même que la Cour d'appel fédérale. Enfin, au sommet du système judiciaire se trouve la Cour suprême du Canada, qui entend les appels en provenance des cours d'appel provinciales et territoriales et de la Cour d'appel fédérale. Tous les juges de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale, de même que ceux de la Cour suprême, sont nommés par le gouvernement fédéral.

La Cour fédérale est compétente pour juger les poursuites intentées contre le gouvernement du Canada, les poursuites civiles dans les secteurs de réglementation fédérale comme l'amirauté, la propriété intellectuelle et l'aéronautique ainsi que les demandes de révision des décisions des tribunaux administratifs fédéraux. Contrairement aux cours supérieures provinciales et territoriales, la Cour fédérale n'a aucune compétence générale en matière civile. Au Canada, les cours supérieures provinciales sont présumées avoir compétence pour appliquer le droit fédéral et provincial. Par conséquent, certains différends relèvent à la fois de la compétence judiciaire provinciale et de la compétence judiciaire fédérale.

Hormis le Québec, les provinces et les territoires sont régis par la *common law*. Le Québec est un territoire de droit civil dont le premier code civil a été modelé sur le Code Napoléon français. Les règles de procédure régissant les instances judiciaires dans chaque province et territoire sont similaires, bien qu'elles comportent certaines différences. Le présent aperçu porte sur les règles applicables en Ontario (province de *common law*) et au Québec (seul ressort de droit civil au Canada).

LES INSTANCES EN ONTARIO ET AU QUÉBEC

Les cours supérieures de l'Ontario et du Québec ont une compétence générale et peuvent instruire toute matière civile ou pénale dans la province qui n'est pas expressément écartée par les lois ou les règles de procédure. En cour supérieure, les affaires de première instance sont entendues par un seul juge. Comme c'est le cas dans les ressorts de *common law* comme l'Ontario, le rôle du juge au Québec (contrairement à certains autres ressorts de droit civil) se limite à trancher les litiges. Le juge ne participe aucunement à l'enquête sur les faits sous-jacents à l'instance.

Au Québec, il n'y a jamais de procès devant jury en matière civile. En Ontario, les parties peuvent demander à ce que leur cause soit entendue par un jury en toutes matières. Les procès devant jury sont courants dans les affaires de lésions corporelles, mais rares dans les affaires de différends commerciaux. Le procès devant jury n'est jamais obligatoire en matière civile. La cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'annuler la convocation du jury et d'exiger un procès devant un juge siégeant seul. La convocation du jury peut être annulée en raison de la complexité de l'affaire.

Le Canada a deux langues officielles, soit l'anglais et le français, et une partie à une instance judiciaire au Canada, y compris en Ontario et au Québec, a généralement droit à un procès en anglais ou en français.

Intenter des procédures judiciaires et y répondre au Canada

LES MESURES REQUISES AVANT L'INTRODUCTION D'UNE INSTANCE

De manière générale, l'introduction d'une instance n'est précédée d'aucune mesure préalable; il suffit de déposer le document approprié auprès de la cour. Cette règle comporte toutefois quelques exceptions : par exemple, lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée ou que le gouvernement (fédéral ou provincial) est en cause pour une autre raison, la remise d'un avis spécial au gouvernement peut être obligatoire avant ou à l'introduction d'une instance.

Par ailleurs, la partie qui envisage d'introduire une instance commence le plus souvent par envoyer une mise en demeure si cela ne cause aucun préjudice à sa réclamation. En fait, il est souvent indiqué de procéder ainsi, puisque la mise en demeure peut déterminer la date à partir de laquelle l'intérêt court sur le montant de la réclamation.

Chaque province fixe les délais de prescription pendant lesquels il est possible d'introduire une instance ou d'exercer un recours. En Ontario, le délai de prescription applicable à la plupart des réclamations civiles, comme l'inexécution de contrat et la négligence, est de deux ans. Au Québec, le délai de prescription applicable à la plupart des réclamations civiles est de trois ans. Toutefois, la période de prescription peut varier selon les circonstances.

En plus de la prescription, les doctrines d'*equity* comme le délai préjudiciable et l'acquiescement peuvent entraîner la préclusion d'une réclamation, plus particulièrement dans les provinces et territoires de *common law*, mais également au Québec dans certaines circonstances. Une partie qui envisage un litige devrait obtenir des conseils juridiques dès qu'elle prend connaissance de son droit d'action possible afin d'éviter tout risque de prescription.

INTENTER UNE PROCÉDURE JUDICIAIRE

En Ontario, on peut intenter des procédures de deux façons, à savoir au moyen d'une action ou d'une requête.

L'action est habituellement introduite par le demandeur au moyen d'une déclaration. Lorsqu'il ne dispose pas d'assez de temps pour rédiger une déclaration, le demandeur peut intenter son action au moyen d'un avis d'action, qui contient un bref exposé de la demande. La déclaration doit ensuite être produite dans les 30 jours suivant la délivrance de l'avis d'action et être signifiée aux défendeurs dans les six mois de l'introduction de l'action. L'action entraîne nécessairement l'échange d'actes de procédure, la divulgation réciproque des éléments de preuve et un procès complet.

Type de procédure habituellement plus sommaire que l'action, la requête est introduite par un requérant au moyen d'un avis de requête. On ne peut y recourir que dans les cas prévus par la loi ou les règles de procédure. La requête n'est utilisée que lorsqu'il n'existe aucun fait important en litige et qu'il est possible de présenter des arguments sur les questions en litige à la lumière d'un dossier documentaire (où la preuve est présentée par déclarations solennelles et contre-interrogatoires extrajudiciaires plutôt que par témoignage devant le tribunal).

Une partie qui envisage un litige devrait obtenir des conseils juridiques dès qu'elle prend connaissance de son droit d'action possible afin d'éviter tout risque de prescription.

Au Québec, toutes les instances sont introduites au moyen d'une demande introductive d'instance. Celle-ci s'accompagne d'un avis d'assignation demandant au défendeur de comparaître officiellement au dossier.

RÉPONDRE À LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

En Ontario et au Québec, une fois que le défendeur s'est fait signifier la procédure introductive d'instance, il doit y répondre à l'intérieur d'un délai précis afin d'y prendre part. En Ontario, dans le cas d'une action, le défendeur doit répondre au moyen d'une défense, tandis que, dans le cas d'une requête, la partie désignée comme intimée doit déposer un avis de comparution. Au Québec, la partie intimée doit déposer une réponse à l'avis d'assignation et la faire suivre d'une défense orale ou écrite, selon la complexité ou les circonstances particulières de l'affaire.

Au Québec et en Ontario, le défendeur peut déposer une demande reconventionnelle s'il désire faire valoir une réclamation contre le demandeur. Il peut aussi joindre un autre défendeur ou un tiers à l'instance. Le défendeur dans une cause à plusieurs défendeurs peut également déposer une demande entre défendeurs s'il désire faire valoir une réclamation contre un ou plusieurs autres défendeurs. Enfin, avant

jugement, la personne intéressée à une action à laquelle elle n'est pas déjà partie peut solliciter auprès de la cour l'autorisation d'intervenir dans l'instance comme partie ou comme ami de la cour.

L'ENQUÊTE PRÉALABLE

Dans les instances civiles au Canada, la nature et la portée d'un différend sont circonscrites par les actes de procédure produits par les parties. Les actes de procédure sont composés en bonne partie des documents susmentionnés (en Ontario : une déclaration ou un avis de requête et une défense; au Québec : une demande introductive d'instance et une défense [orale ou écrite]). Les actes de procédure sont des énoncés concis qui exposent (ou invoquent) l'ensemble des faits importants pour un différend. Les actes de procédure visent à circonscrire les faits et les questions pertinents au procès.

La communication des documents

En Ontario, une partie à une action doit remettre aux parties adverses tous les documents pertinents dont elle a la garde, la possession ou le contrôle, à l'exception des documents protégés par le secret professionnel. Les documents sont accompagnés d'un affidavit de documents assermenté par la partie. L'affidavit renferme une liste des documents pertinents et déclare que, après une recherche diligente des dossiers de la partie, il s'agit des seuls documents pertinents à produire. La définition du terme « documents » englobe les documents papier, les courriels, les fichiers informatiques, les enregistrements audio, les vidéos et les documents sur support électronique. La définition du terme « pertinence » est aussi large.

La partie adverse a le droit de recevoir copie de chaque document non protégé par le secret professionnel qui figure dans l'affidavit de documents.

Les documents protégés par le secret professionnel sont généralement ceux qui sont créés en vue de la prestation ou de la réception de conseils juridiques. Lorsqu'un client sollicite les conseils juridiques d'un conseiller juridique professionnel, les communications confidentielles relatives à la prestation ou à la réception de ces conseils sont protégées en permanence contre la divulgation par le client ou le conseiller juridique, sauf si le client renonce à la protection. Les documents créés principalement pour les besoins d'un litige ou en vue d'un litige que l'on pouvait raisonnablement prévoir sont également protégés par une forme de secret professionnel.

Au Québec, les pièces qui viennent appuyer une action en justice doivent être énumérées dans l'avis d'assignation transmis au défendeur (et, par la suite, être communiquées au défendeur) ou être communiquées au défendeur avec la demande introductive d'instance. En outre, chaque partie peut demander à l'autre de produire des documents précis et pertinents indiqués. Sous réserve du secret professionnel et des règles d'admissibilité de la preuve, les parties sont tenues de fournir des copies des documents demandés.

En Ontario et au Québec, la cour peut ordonner aux tiers de produire des documents pertinents avant le procès si l'intérêt de la justice l'exige.

En Ontario, une partie à une action doit remettre aux parties adverses tous les documents pertinents dont elle a la garde, la possession ou le contrôle, à l'exception des documents protégés par le secret professionnel.

L'interrogatoire oral

En Ontario et au Québec, une partie peut, avant le procès, interroger l'autre partie hors la présence du tribunal et faire transcrire officiellement les questions et réponses par un sténographe judiciaire. Les transcriptions officielles de ces « interrogatoires » peuvent par la suite être déposées au dossier de la cour et servir pour attaquer la crédibilité d'un témoin en contre-interrogatoire au procès. Généralement, une partie a le droit d'interroger seulement un représentant de la partie adverse, à moins que les parties n'en conviennent autrement. En outre, dans des cas exceptionnels, la cour peut permettre d'interroger plusieurs représentants.

Pendant l'interrogatoire oral, les parties peuvent présenter des objections. Ces objections peuvent ensuite être soumises à un juge pour qu'il les tranche.

En Ontario et au Québec, il est possible de procéder par interrogatoire écrit (suivant lequel les questions sont posées et les réponses sont données par écrit) plutôt que par interrogatoire oral, mais cela se produit très rarement.

La règle de l'engagement présumé/implicite

Sous réserve de certaines exceptions, les parties à une action ne peuvent utiliser la preuve ou l'information obtenue de l'autre partie dans le cadre de la communication de documents et de l'interrogatoire oral à d'autres fins que celles de l'instance au cours de laquelle elle a été communiquée.

En Ontario et au Québec, une partie peut, avant le procès, interroger l'autre partie hors la présence du tribunal et faire transcrire officiellement les questions et réponses par un sténographe judiciaire.

Motions, requêtes et autres procédures interlocutoires

LES PROCÉDURES PRÉALABLES AU PROCÈS

Une partie peut présenter une motion (en Ontario) ou une demande (au Québec) au tribunal, à tout moment avant ou pendant le procès. Sauf en cas d'urgence extraordinaire, les autres parties doivent recevoir un préavis de la motion ou de la demande et disposer d'un délai raisonnable pour y répondre.

LES MOTIONS OU REQUÊTES POUR JUGEMENT SOMMAIRE OU EN REJET DE PROCÉDURE

En Ontario, une partie peut présenter une motion en vue d'obtenir un jugement sommaire à une étape préliminaire si elle peut démontrer à la cour qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Les motions en vue d'obtenir un jugement sommaire sont monnaie courante en Ontario. Une cour peut également rejeter une instance qui limite la liberté d'expression sur des affaires d'intérêt public (communément appelées les « poursuites-bâillons ») ou qu'elle considère comme frivole ou vexatoire ou comme un abus de procédure.

Au Québec, il n'y a pas de procédure pour jugement sommaire, mais la cour peut imposer une vaste gamme de sanctions pour « abus de procédure », notamment le rejet d'une procédure au fond si elle est manifestement mal fondée, frivole ou dilatoire. La cour a aussi le pouvoir discrétionnaire de sanctionner de diverses façons la conduite vexatoire, quérulente, de mauvaise foi ou excessive d'une partie, ce qui permettrait notamment de punir les poursuites stratégiques contre la mobilisation publique (couramment appelée les poursuites-bâillons ou SLAPP [de l'anglais *strategic lawsuit against public participation*]). Toujours au Québec, la partie qui sollicite le rejet d'une action à une étape préliminaire a un fardeau de preuve très élevé, quels que soient les motifs invoqués.

LES INJONCTIONS

En Ontario et au Québec, une partie peut demander à la cour de rendre une injonction, à savoir une ordonnance interdisant à une personne d'adopter une certaine conduite ou exigeant d'une personne qu'elle accomplisse un acte donné. Les injonctions peuvent être permanentes et accordées au moyen d'un jugement final ou peuvent être accordées provisoirement, dans l'attente d'un jugement final. Généralement, l'injonction provisoire est accordée seulement si le demandeur peut établir qu'il subira un préjudice irréparable (un préjudice qui ne peut être réparé au moyen de dommages-intérêts) en l'absence de l'injonction et que la prépondérance des inconvénients favorise l'octroi de l'injonction. La règle générale dans les deux provinces veut que le demandeur prenne un engagement ou dépose un cautionnement afin de couvrir les dommages subis par l'autre partie à la suite de l'injonction provisoire si la cour détermine plus tard que l'injonction n'aurait pas dû être délivrée.

LES ORDONNANCES SPÉCIFIQUES : LES INJONCTIONS MAREVA, LES ORDONNANCES ANTON PILLER ET LES ORDONNANCES NORWICH

L'« injonction Mareva » tire son nom de l'affaire anglaise *Mareva Compania Naviera SA c. International Bulkcarriers SA*. Ce type d'injonction vise à interdire à une partie d'aliéner ou de céder des actifs dans le territoire où le tribunal a compétence et, si les circonstances le justifient, dans le monde entier. Une injonction Mareva ne sera accordée que s'il est démontré qu'il existe un risque véritable que le défendeur se départisse de ses actifs, ce qui rendrait un jugement final prononcé contre lui sans effet.

L'« ordonnance Anton Piller » tire son nom de l'affaire anglaise *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd*. Ce type d'ordonnance permet au demandeur de se présenter chez le défendeur pour saisir et préserver des éléments de preuve afin de soutenir sa réclamation dans le cadre d'une action civile. Une telle ordonnance est accordée seulement lorsque le demandeur dispose d'arguments convaincants contre le défendeur et peut, à la lumière des faits, démontrer que, en l'absence d'une telle ordonnance, il existe une réelle possibilité que des éléments de preuve pertinents soient détruits ou disparaissent autrement.

L'« ordonnance Norwich » tire son nom de l'affaire anglaise *Norwich Pharmacal Co. c. Customs and Excise Commissioners*. Ce type d'ordonnance permet à une partie d'obtenir des renseignements d'un tiers (contre lequel le requérant n'a aucune cause d'action). Afin d'obtenir une telle ordonnance, en plus d'établir une réclamation valable contre le défendeur, le demandeur doit démontrer (notamment) que le tiers visé par la demande de communication est plus qu'un simple témoin de la faute alléguée et qu'il constitue la seule source concrète disponible d'information. Le demandeur doit verser une somme raisonnable au tiers et lui rembourser les frais qu'il engage à la suite de l'ordonnance Norwich.

On peut solliciter une injonction Mareva, une ordonnance Anton Piller et une ordonnance Norwich partout au Canada, y compris en Ontario et au Québec. Ces ordonnances sont habituellement demandées sans préavis au défendeur. En conséquence, le requérant doit communiquer une information complète et entière au tribunal, ce qui comprend la présentation de faits ou d'arguments qui peuvent nuire à la cause du requérant.

LES ORDONNANCES DE SAISIE ET LES SAISIES AVANT JUGEMENT

En Ontario, si la procédure porte sur la revendication d'un droit sur un bien-fonds, le demandeur peut, avec l'autorisation de la cour (qui peut être sollicitée sans préavis au défendeur), enregistrer un « certificat d'affaire en instance » à l'encontre du titre de propriété. Cet enregistrement n'empêche pas l'aliénation du bien, mais informe les tiers de l'existence des réclamations du demandeur qui peuvent entraîner une charge éventuelle sur le bien.

Au Québec, à tout moment avant jugement, le demandeur peut solliciter auprès d'un juge l'autorisation de saisir avant jugement les biens du défendeur s'il y a des motifs de croire que, sans cette mesure, il pourrait être impossible au demandeur d'obtenir le remboursement de sa créance. Les biens sont saisis par un officier de la cour et confiés à un gardien désigné par celle-ci, sauf si le demandeur autorise le défendeur à en conserver la possession. Les biens saisis avant jugement ne peuvent être remis au demandeur qu'en cas de jugement final sur le fond en sa faveur. Un demandeur peut aussi, avant jugement et sans l'autorisation d'un juge, saisir les biens d'un défendeur dans certains cas exceptionnels qui sont expressément prévus par la loi, notamment lorsque ces biens sont des biens meubles que le demandeur a légalement le droit de revendiquer.

Le déroulement d'un procès au Canada

AVANT LE PROCÈS

En Ontario, une fois que la communication des documents et les interrogatoires oraux sont terminés, une conférence préparatoire est tenue; à ce moment, s'il apparaît que l'affaire ne fera pas l'objet d'un règlement, la cour cherche des moyens de la simplifier en vérifiant si des admissions pourraient être faites et en limitant autrement les questions en litige. Au Québec, une telle conférence préparatoire n'a lieu que dans certains cas. Dans les deux provinces, une partie a le droit de solliciter de l'autre partie des admissions avant le procès.

LES TÉMOINS

En Ontario et au Québec, les parties peuvent faire entendre tout témoin et déposer tout élément de preuve au dossier si elles estiment que cela pourrait soutenir leur position, sous réserve des règles de preuve. Une fois dûment assermenté, le témoin est d'abord interrogé par la partie qui le fait entendre, avant d'être contre-interrogé par l'autre partie.

Un témoin qui refuse de se présenter volontairement pour témoigner devant un tribunal en Ontario ou au Québec peut y être forcé par assignation pourvu qu'il

On peut solliciter une injonction Mareva, une ordonnance Anton Piller et une ordonnance Norwich partout au Canada, y compris en Ontario et au Québec.

soit résident du Canada. En Ontario et au Québec, lorsqu'il est juridiquement impossible de forcer un témoin à se présenter à un procès, le témoignage peut être obtenu par la délivrance de lettres rogatoires (ou par commission rogatoire), auquel cas la cour rend une ordonnance sollicitant l'aide d'un tribunal étranger ou d'une commission rogatoire afin d'ordonner qu'un témoin situé dans le territoire étranger se soumette à un interrogatoire hors la présence du tribunal.

LA PREUVE DOCUMENTAIRE

Généralement, la preuve documentaire au procès doit être introduite au moyen de la déposition d'un témoin qui a une connaissance personnelle des documents en cause, sauf si toutes les parties consentent à son admission.

LES RAPPORTS D'EXPERTS

Selon la pratique généralement suivie en Ontario, les parties nomment leurs propres experts lorsque cela est nécessaire, quoique la cour puisse aussi, de son propre chef, nommer un expert indépendant chargé de se prononcer sur une question dans certains cas. Les parties peuvent contre-interroger un expert nommé par la cour. Sous réserve d'une objection de la part des parties, le rapport d'un expert nommé par la cour fait partie de la preuve présentée au procès. Le rapport écrit d'un expert dont les services ont été retenus par une partie doit être communiqué aux autres parties dans le délai prescrit, à défaut de quoi le témoignage de l'expert peut être exclu. En Ontario, au plus trois rapports d'experts peuvent être déposés sans autorisation de la cour.

De même, au Québec, les parties retiennent habituellement les services de leurs propres experts lorsque cela est nécessaire. Toutefois, les parties sont tenues d'expliquer les raisons pour lesquelles



elles n'ont pas l'intention de déposer un rapport d'expertise commun et la cour peut remettre de telles raisons en question. De plus, la cour peut, en tout temps et de son propre chef, nommer un expert indépendant pour qu'il se prononce à l'égard d'une question. Les rapports des experts seront admis en preuve au procès. Les parties peuvent contre-interroger un expert nommé par une partie adverse, mais l'interrogatoire de l'expert commun ou de l'expert nommé par le tribunal se limite à demander des clarifications à l'égard de points abordés par l'expert dans son rapport, à obtenir l'avis de l'expert sur de nouveaux éléments admis en preuve pendant le procès et à poser toute autre question avec la permission de la cour. Au Québec, les parties ne peuvent se prévaloir de plus d'une expertise par discipline ou matière, à moins que le tribunal ne l'autorise. Lorsque les parties produisent des rapports d'experts contradictoires, la cour peut ordonner aux experts de se rencontrer pour concilier leurs opinions, relever les points sur lesquels ils ne s'entendent pas et faire rapport à la cour et aux parties de l'issue de la réunion.

LES JUGEMENTS, ORDONNANCES ET APPELS

Les jugements et les ordonnances

À la suite du procès, la cour rend une décision sur le fond du litige entre les parties. Les décisions sont généralement rendues par écrit. En Ontario, bien que la cour tranche l'affaire et puisse prononcer les motifs de son jugement, ce sont généralement les parties qui rédigent le jugement officiel et le soumettent à la cour aux fins d'approbation et de signature. Au Québec, le jugement est rédigé et délivré par la cour et signé par le juge qui préside l'audience.

En Ontario et au Québec, les jugements finaux peuvent être modifiés ou annulés, mais seulement dans des cas exceptionnels. En Ontario, une

Généralement, la partie insatisfaite d'un jugement final n'a d'autre choix que d'interjeter appel auprès d'un tribunal d'instance supérieure.

ordonnance peut être annulée ou modifiée s'il a été établi qu'elle a été obtenue par fraude ou si la partie présentant cette demande découvre des faits qu'elle n'aurait pu connaître au moment du procès et que ces faits en auraient très probablement influencé l'issue. De même, au Québec, une ordonnance peut être modifiée ou annulée dans les circonstances suivantes : s'il y a un vice de procédure, si le juge accorde plus que ce qui est demandé ou s'il ne s'est pas prononcé sur l'un des motifs essentiels de la poursuite, si le jugement a été rendu sur le fondement de documents dont on découvre par la suite qu'ils sont faux ou à la suite d'une fraude de la partie adverse ou si des documents décisifs ont été découverts depuis le prononcé du jugement, même si la partie ou ses avocats ont agi avec diligence.

Les appels

Généralement, la partie insatisfaite d'un jugement final n'a d'autre choix que d'interjeter appel auprès d'un tribunal d'instance supérieure, ce qui est permis dans la plupart des cas. En Ontario et au Québec, un juge ne peut siéger en appel de sa propre décision ni faire partie d'une formation qui entend cet appel. En outre, dans les deux provinces, un tribunal d'appel jouit d'un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de rendre toute ordonnance qu'il estime juste, notamment annuler la décision de l'instance inférieure pour y substituer la sienne, renvoyer l'affaire au même juge ou à un nouveau juge pour audience ou décision subséquente ou rejeter l'appel.

La cour d'appel fait habituellement preuve d'une grande déférence à l'égard des conclusions de fait tirées par le juge de première instance ou un jury et n'infirmes celles-ci que lorsqu'elles sont visiblement erronées et constituent une erreur manifeste et dominante. Les conclusions portant sur le droit pur font l'objet d'un degré de déférence moindre et sont généralement infirmées si elles sont jugées incorrectes. Les conclusions mixtes de droit et de fait bénéficient de la même déférence que les conclusions de fait.

Les jugements par défaut

En Ontario et au Québec, un demandeur peut obtenir un jugement par défaut à l'encontre d'un défendeur qui, après s'être fait signifier la procédure introductive d'instance, fait défaut de produire une défense auprès de la cour (ou, au Québec, de répondre à l'avis d'assignation). Un jugement par défaut peut être annulé dans certains cas. Au Québec, la partie qui sollicite l'annulation du jugement par défaut doit établir qu'elle a été empêchée de produire une défense par surprise ou fraude ou pour un autre motif suffisant justifiant son défaut. En Ontario, la cour annulera le jugement par défaut si le défendeur peut établir que son défaut de produire une défense n'était pas intentionnel ou délibéré et s'il a fait preuve de diligence pour faire annuler le jugement par défaut.

Les jugements sur consentement

En Ontario et au Québec, le défendeur peut, à toute étape de la procédure, consentir en totalité ou en partie à la demande. Si le défendeur consent seulement à une partie de la demande, le demandeur peut obtenir jugement immédiatement à l'égard de cette partie, tandis que l'instance se poursuit pour le reste.

Une action collective est une instance introduite par une ou plusieurs personnes qui désirent représenter les intérêts d'un « groupe » de personnes ayant des réclamations semblables à faire valoir contre le ou les mêmes défendeurs.

Les recours extraordinaires

LES ACTIONS COLLECTIVES

Une action collective est une instance introduite par une ou plusieurs personnes qui désirent représenter les intérêts d'un « groupe » de personnes ayant des réclamations semblables à faire valoir contre le ou les mêmes défendeurs. En Ontario et au Québec, la personne qui sollicite l'autorisation de représenter un groupe, généralement appelée le « représentant », doit présenter une motion ou une demande sollicitant l'autorisation de la cour de poursuivre l'action en tant qu'action collective. Les critères à satisfaire en Ontario et au Québec pour que la cour autorise une action collective sont similaires. La cour détermine, entre autres, s'il y a suffisamment de questions communes entre les demandes du représentant proposé et des membres du groupe de sorte qu'il serait approprié et dans l'intérêt de la justice d'autoriser l'action collective.

L'action collective qui est autorisée passe ensuite au procès sur toutes les « questions communes » aux membres du groupe (sauf si les parties conviennent

d'un règlement avant le procès). Une fois ces questions tranchées, un protocole est habituellement établi pour que les questions individuelles, qui ne pouvaient pas faire l'objet du jugement applicable à tout le groupe, soient tranchées.

Lorsque l'autorisation de l'action collective n'est pas obtenue, celle-ci peut se poursuivre en tant qu'action ordinaire, mais cela se produit rarement.

LES PROCÉDURES SIMPLIFIÉES

Plusieurs provinces prévoient des procédures simplifiées pour le règlement des litiges de moindre valeur pécuniaire. Par exemple, en Ontario, les réclamations d'au plus 100 000 dollars relatives à des sommes d'argent ou à des biens meubles ou immeubles doivent être présentées suivant une procédure simplifiée. Cette procédure permet l'adjudication plus rapide et moins coûteuse des litiges. De même, en Ontario, les affaires portant sur une somme de 25 000 dollars ou moins peuvent être soumises à la Cour des petites créances, où les procédures sont plus simples qu'à la Cour supérieure. Au Québec, il n'y a pas de procédure simplifiée, mais dans les cas où le montant réclamé ou la valeur du bien réclamé est de moins de 30 000 dollars, aucun interrogatoire préalable des témoins n'est permis. De plus, dans la mesure où le demandeur n'est pas une entité comptant plus de dix employés et que le montant de la réclamation est d'au plus 15 000 dollars, l'affaire doit généralement être entendue par la Cour des petites créances, où la représentation par avocats n'est permise que dans des cas très exceptionnels.

LES INSTANCES DEVANT LE TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE

Une instance visant de présumés manquements à la *Loi sur la concurrence* peut être introduite devant le Tribunal de la concurrence. La *Loi sur la concurrence* régit les matières comme les fusionnements, la

publicité trompeuse et les pratiques restrictives du commerce (voir le chapitre « Droit de la concurrence » du présent guide). Le Tribunal est un organisme d'adjudication indépendant du gouvernement. Il est composé d'experts en économie, en affaires et en droit.

LES INSTANCES DEVANT LA COMMISSION DES VALEURS MOBILIÈRES

Chaque province canadienne dispose d'un organisme de réglementation des valeurs mobilières qui supervise les marchés financiers, y compris les marchés des actions, des titres à revenu fixe et des produits dérivés (voir le chapitre « Financement d'entreprises » du présent guide). En Ontario, la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (la « CVMO ») est une société d'État autofinancée qui relève de la législature de l'Ontario. La CVMO jouit de vastes pouvoirs d'application de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario et d'enquête sur les allégations d'inconduite dans les marchés financiers.

La CVMO entend notamment des affaires dans lesquelles des personnes physiques et morales sont soupçonnées d'avoir contrevenu aux dispositions législatives sur les valeurs mobilières ou d'avoir agi contrairement à l'intérêt public. En outre, la CVMO tient des audiences sur des questions réglementaires comme les offres publiques d'achat et examine les décisions rendues par certains organismes d'autorégulation, les bourses et les agences de compensation. Les instances devant la CVMO sont

Plusieurs provinces prévoient des procédures simplifiées pour le règlement des litiges de moindre valeur pécuniaire.

entendues par une formation de commissaires qui ont de l'expertise en droit et en finance. La CVMO a ses propres règles et procédures. On peut interjeter appel d'une décision de la CVMO auprès d'un tribunal, mais les tribunaux ontariens font généralement preuve de déférence à l'égard de l'expertise de la CVMO.

Au Québec, l'Autorité des marchés financiers (l'« AMF ») a le mandat d'appliquer toutes les dispositions législatives régissant la supervision du secteur financier du Québec, notamment le marché des valeurs mobilières. Le Tribunal administratif des marchés financiers (le « TMF ») du Québec fonctionne comme un tribunal administratif indépendant chargé d'exercer certains pouvoirs prévus par la *Loi sur les valeurs mobilières* du Québec. Par exemple, le TMF peut rendre une ordonnance concernant une offre publique d'achat ou de rachat, ordonner la cessation d'une activité relative à une transaction sur valeurs mobilières ou dérivés ou rendre une ordonnance interdisant à une personne d'être administrateur ou membre de la haute direction d'une société. Une fois déposée auprès de la Cour supérieure, une décision du TMF devient exécutoire comme s'il s'agissait d'une décision rendue par la Cour supérieure. Le TMF peut aussi contrôler les décisions de l'AMF. Le TMF a ses propres règles de procédure. Selon le cas, on peut interjeter appel d'une décision de l'AMF ou du TMF auprès d'un tribunal, mais d'autres sont finales.

Les modes extrajudiciaires de règlement des différends

Au Canada, les différends peuvent être réglés par accord entre les parties au moyen de divers modes extrajudiciaires de règlement des différends, notamment l'arbitrage ou la médiation.

Au Canada, les différends peuvent être réglés par accord entre les parties au moyen de divers modes extrajudiciaires de règlement des différends, notamment l'arbitrage ou la médiation.

LA MÉDIATION

La médiation fait intervenir un médiateur neutre qui analyse le différend entre les parties et tente de faciliter un règlement. La médiation est généralement de nature non contraignante et peut entraîner le règlement d'un différend seulement si toutes les parties acceptent les modalités du règlement.

En Ontario, la plupart des procédures intentées devant la Cour supérieure sont assujetties à la médiation obligatoire. Il existe toutefois certaines exceptions à cette règle, notamment les affaires qui sont inscrites au rôle commercial, division spécialisée de la Cour supérieure établie à Toronto qui traite des litiges complexes en matière commerciale.

Au Québec, les parties sont tenues d'envisager les modes privés de prévention et de règlement des différends (comme la médiation ou l'arbitrage) avant de s'en remettre aux tribunaux. Les tribunaux québécois offrent aussi la possibilité, à toute étape de l'instance, de tenir des conférences de règlement dirigées par un juge, en privé, sous le sceau de la confidentialité, sous toutes réserves et sans frais pour les parties. Les parties à un litige au Québec peuvent aussi convenir de nommer un médiateur privé pour qu'il procède à la médiation en vue d'un règlement.

L'ARBITRAGE

Les parties peuvent choisir de régler un différend au moyen de l'arbitrage, autre mode extrajudiciaire de règlement des différends, dont elles établissent généralement la procédure et les paramètres dans une convention d'arbitrage. Il existe cependant des dispositions législatives qui s'appliquent aux arbitrages effectués en Ontario et au Québec.

En Ontario, un arbitrage est assujéti à la *Loi sur l'arbitrage commercial international* ou à la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*. La *Loi sur l'arbitrage commercial international* s'applique aux différends commerciaux si les parties ont des établissements dans différents pays. La loi prévoit un arbitrage fondé sur la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Ce modèle est souple sur le plan procédural, ce qui permet aux parties en cause d'établir la procédure qui leur convient le mieux dans le cadre fourni par la loi.

En cas de non-application de la *Loi sur l'arbitrage commercial international*, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* s'applique aux arbitrages nationaux si les parties conviennent, par écrit ou verbalement, de soumettre un différend à l'arbitrage. Aux termes de la loi, un arbitre peut se prononcer sur sa propre compétence. Si une instance est introduite devant un tribunal ontarien à l'égard d'une question assujétiée à l'arbitrage, le tribunal doit, sur demande d'une des parties, suspendre l'instance judiciaire en faveur de l'arbitrage, sauf dans certains cas. Le tribunal ontarien peut cependant rendre diverses ordonnances pour favoriser le processus d'arbitrage.

Au Québec, la convention d'arbitrage fait partie des contrats nommés du *Code civil du Québec* et son caractère exécutoire ne nécessite pas de reconnaissance officielle. Les arbitres ont le pouvoir de décider des questions relatives à leur propre compétence. Si une action est soumise à la cour et que les parties ont conclu une convention d'arbitrage concernant l'objet de l'action en question, la cour peut renvoyer l'affaire en arbitrage sur demande d'une partie avant que l'affaire ne soit mise en état pour le procès, si cette partie ne s'est pas soumise à la compétence de la cour. Le juge ne peut intervenir dans le processus d'arbitrage, sauf autorisation expresse du *Code civil du Québec*, mais il peut accorder des mesures provisoires, sur requête d'une partie, afin de faciliter le déroulement du processus d'arbitrage. La procédure applicable à un arbitrage effectué au Québec est régie par le contrat ou, à défaut, par les règles énoncées au *Code civil du Québec*.

Les dépens et le recouvrement des frais de litige

En Ontario et au Québec, une partie peut recouvrer une tranche de ses frais liés au litige grâce à l'octroi des dépens. Les dépens sont généralement accordés à la partie qui a gain de cause, mais la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder de dépens, ou même de les accorder à la partie déboutée.

Les dépens sont généralement accordés à la partie qui a gain de cause, mais la cour a le pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder de dépens, ou même de les accorder à la partie déboutée.

La cour peut tenir compte de divers facteurs dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'octroi des dépens, notamment la complexité de l'instance et la conduite d'une partie qui tend à prolonger inutilement l'instance ou qui était inappropriée, vexatoire ou inutile. Les dépens accordés par la cour ne couvrent généralement pas la totalité des frais juridiques engagés par la partie.

En Ontario, les dépens comprennent les honoraires et les frais des avocats et sont accordés soit à titre de « dépens d'indemnisation partielle », soit à titre de « dépens d'indemnisation substantielle ». Les dépens d'indemnisation substantielle sont habituellement calculés de façon à correspondre à 1,5 fois les dépens d'indemnisation partielle et ne sont généralement accordés que pour sanctionner la conduite inappropriée de l'une des parties. Lorsqu'ils décident d'accorder des dépens, les tribunaux ontariens tiennent aussi compte d'une offre de règlement faite par écrit par une partie avant le procès.

Au Québec, les dépens se limitent aux frais administratifs afférents au dépôt des actes de procédure et à certains frais, comme les frais d'impression, les frais de transcription et les frais d'experts. La cour peut sanctionner l'inconduite d'une partie qui nuit au déroulement de l'instance en ordonnant à celle-ci de payer une partie ou la totalité des honoraires des avocats de l'autre partie. Toutefois, de tels cas restent rares au Québec.

En Ontario et au Québec, les dépens peuvent aussi (quoique de façon très exceptionnelle) être accordés contre l'avocat d'une partie, plutôt que contre la partie elle-même, dans des cas d'abus de procédure de la part de celui-ci.

L'exécution des jugements étrangers

Puisque le Canada est un État fédéral où les provinces ont une compétence constitutionnelle sur l'administration de la justice, le jugement rendu par un tribunal civil d'une province ou d'un territoire n'est pas automatiquement exécutoire dans une autre province ou un autre territoire. À cet égard, un tel jugement ne diffère pas d'un jugement rendu par un tribunal étranger. Toutefois, en Ontario et dans les autres provinces et territoires de *common law* du Canada, des principes bien établis en *common law* et des procédures prévues par la loi permettent qu'un jugement ordonnant le paiement d'une somme d'argent rendu par un tribunal d'une autre province du Canada ou d'un autre pays soit exécutoire sans que l'affaire ne soit réexaminée au fond.

Un jugement rendu par un tribunal de l'extérieur de l'Ontario sera exécuté en Ontario si le défendeur s'est soumis à la compétence du tribunal qui a rendu le jugement, par consentement ou en participant à l'instance, ou si la réclamation avait « des liens étroits et véritables » avec le territoire où le jugement a été rendu. En supposant qu'aucune question de compétence ne se pose, seuls quelques moyens de défense peuvent être invoqués contre l'exécution d'un jugement étranger. Parmi ces moyens de défense, on compte le cas où le jugement étranger a été obtenu à la suite de fraudes ou contrairement à la justice naturelle. Ces moyens de défense sont rarement accueillis. Le tribunal ontarien ne réexamine pas le fond de la réclamation. Le fait que les lois d'un territoire étranger diffèrent sur les plans du fond et de la procédure des lois canadiennes ou que le défendeur aurait peut-être pu invoquer un moyen de défense si l'action avait été intentée au Canada et que

ce moyen de défense ne pouvait être invoqué dans l'instance étrangère n'empêche pas l'exécution d'un jugement étranger.

L'Ontario a aussi des dispositions législatives prévoyant l'exécution réciproque des jugements rendus dans les autres provinces et territoires du Canada et au Royaume-Uni. La procédure prévue par la loi ne sert pas toujours parce qu'elle n'est pas beaucoup plus avantageuse que l'exécution en vertu des principes de *common law* et que les critères appliqués de même que les moyens de défense pouvant être invoqués sont essentiellement les mêmes.

Au Québec, tout jugement rendu dans un autre territoire est considéré comme un jugement étranger. Pour déterminer si elle ordonne l'exécution d'un jugement étranger, la cour n'examine pas le bien-fondé de la décision, mais elle peut refuser de reconnaître un jugement étranger si elle estime que l'un ou l'autre des cas suivants s'applique : (i) le tribunal étranger n'avait pas compétence pour rendre le jugement; (ii) le jugement étranger a été rendu en violation des principes fondamentaux et de la procédure essentielle; (iii) un litige entre les mêmes parties, fondé sur les mêmes faits et ayant le même objet a donné lieu au Québec à une décision ou est en instance devant un tribunal québécois ou a été jugé dans un État tiers et la décision remplit les conditions nécessaires pour sa reconnaissance au Québec; (iv) le résultat du jugement est manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales; (v) le jugement sanctionne des obligations découlant des lois

Le demandeur peut généralement faire exécuter, en Ontario et au Québec, un jugement prévoyant le paiement d'une somme d'argent qui a été rendu par un tribunal d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada ou par un tribunal d'un autre pays développé.

fiscales de l'État étranger (sauf si cet État a convenu d'exécuter les obligations découlant des lois fiscales du Québec). En outre, le jugement étranger rendu par défaut n'est reconnu par le tribunal québécois que si le demandeur démontre que le document introductif de l'instance étrangère a été dûment signifié à la partie en défaut en vertu des lois du territoire étranger.

Ainsi, dans les faits, le demandeur peut généralement faire exécuter, en Ontario et au Québec, un jugement prévoyant le paiement d'une somme d'argent qui a été rendu par un tribunal d'une autre province ou d'un autre territoire du Canada ou par un tribunal d'un autre pays développé.

Procédures d'insolvabilité et de restructuration



Le Canada a mis en place un système complexe, moderne et rigoureux de procédures d'insolvabilité et de restructuration qui est régi à la fois par des lois fédérales ou provinciales et la jurisprudence. Grâce à des procédures en matière d'insolvabilité pratiques, efficaces, adaptables et accessibles, le régime du Canada est en mesure de régler les situations d'insolvabilité inévitables dans les secteurs d'activité traditionnels ainsi que dans les secteurs émergents telles que le cannabis, la chaîne de blocs, la cryptomonnaie et l'intelligence artificielle. Le droit de la restructuration est actuellement en pleine ébullition au Canada, de nouvelles décisions étant rendues et de nouvelles avancées étant réalisées chaque jour.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « LFI ») et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC ») sont les lois canadiennes en matière d'insolvabilité qui sont les plus fréquemment utilisées. La LFI et la LACC permettent à un débiteur insolvable d'entreprendre une procédure de restructuration ou de liquidation. Des restructurations complexes sont également de plus en plus réalisées aux termes de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (la « LCSA »).

Le principe de base qui sous-tend le droit de l'insolvabilité au Canada est que les créanciers étrangers se verront conférer les mêmes droits que les créanciers canadiens dans le cadre de procédures d'insolvabilité entreprises au Canada.

Procédures d'insolvabilité canadiennes

Il y a six mécanismes d'insolvabilité clés au Canada :

- a) les procédures en vertu de la LACC
- b) un plan d'arrangement en vertu de la LCSA
- c) la mise sous séquestre (séquestre nommé par le tribunal ou séquestre privé)
- d) une proposition en vertu de la LFI
- e) la faillite
- f) les procédures en vertu de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* (la « Loi sur les liquidations »).

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « LFI ») et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC ») sont les lois canadiennes en matière d'insolvabilité qui sont les plus fréquemment utilisées. La LFI et la LACC permettent à un débiteur insolvable d'entreprendre une procédure de restructuration ou de liquidation.

À l'exception de la mise sous séquestre privée, chacun des mécanismes susmentionnés entraîne la suspension des procédures, ce qui a pour effet d'empêcher les parties touchées de prendre des mesures d'exécution contre le débiteur. Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition déposée en vertu de la LFI, la suspension des procédures est automatique et la portée de celle-ci est prévue par la loi. Dans le cadre d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal ou de procédures en vertu de la LACC, de la LCSA ou de la Loi sur les liquidations, la suspension est imposée par une ordonnance du tribunal et la portée de celle-ci est discrétionnaire. En raison de la suspension, tant qu'une telle procédure est en cours, les créanciers (y compris les créanciers garantis) ne peuvent habituellement pas exercer les droits et recours qu'ils pourraient autrement exercer contre le débiteur et ses actifs. De telles réclamations doivent être présentées dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. La suspension n'a toutefois aucune incidence sur les « contrats financiers admissibles », qui visent notamment les contrats sur instruments dérivés, les contrats à terme, les options, les opérations de prêt de titres, les conventions de rachat de titres ou de marchandises et diverses autres opérations.

À moins qu'une ordonnance d'interdiction d'opérations ne soit rendue, les titres négociés en bourse d'un débiteur insolvable pourront continuer à être négociés (bien que, en pratique, cela aura une incidence défavorable sur la valeur ou la négociabilité des titres). Les ordonnances d'interdiction d'opérations sont souvent rendues lorsque les débiteurs ne souhaitent plus engager les frais liés à leurs obligations d'information continue.

Au Canada, certaines réclamations au titre de salaires, de pensions, de retenues d'impôt et de versements au gouvernement sont traitées en toute priorité. De plus, bon nombre des obligations que la loi impose aux administrateurs au titre des salaires impayés, des retenues obligatoires et des obligations de versement sont réglées dans le cadre d'une procédure. En outre, il existe un programme de portée nationale qui permet, dans certains cas, d'aider et de dédommager les travailleurs qui ne sont pas payés. Les régimes de pension à prestations déterminées sont une source de préoccupation particulière au Canada étant donné que les lois sont en constante évolution.

Mis à part ce dont il est question ci-dessus, les réclamations du gouvernement occupent un rang égal à celles des autres créanciers. Les terrains contaminés soulèvent des questions difficiles dans le cadre de procédures d'insolvabilité canadiennes. Il y a lieu de consulter des conseillers juridiques locaux pour régler de telles questions.

PROCÉDURES EN VERTU DE LA LACC

Les grandes entités insolubles ont généralement recours à la LACC du fait de sa souplesse et de son efficacité. Cette loi permet à un débiteur insolvable de concevoir un plan de liquidation ou de restructuration sur mesure. La procédure lancée sous le régime de la LACC est une procédure qui est supervisée par le tribunal et qui permet au débiteur de conserver la possession de ses biens; cette procédure facilite la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement entre une société débitrice insolvable et les parties touchées, y compris ses créanciers garantis et ses créanciers non garantis, de sorte que la société puisse continuer à exercer ses activités. Un débiteur peut également vendre son entreprise ou la liquider en vertu de la LACC, habituellement dans le cadre d'une vente approuvée par le tribunal et d'un processus de sollicitation d'investisseurs.

La procédure en vertu de la LACC est ouverte à toute société constituée au Canada (ou ayant des actifs ou exerçant des activités au Canada) qui est insolvable et dont le montant total des réclamations des créanciers contre elle ou les membres du même groupe qu'elle est supérieur à cinq millions de dollars. La LACC ne s'applique ni aux banques, ni aux sociétés d'assurance, ni aux sociétés de prêt, ni aux sociétés de fiducie ni aux banques étrangères autorisées, qui doivent plutôt recourir à la Loi sur les liquidations.

Une procédure en vertu de la LACC est lancée dès le prononcé d'une ordonnance qui suspend toute procédure contre la société débitrice et qui accorde à celle-ci d'autres recours et mesures de protection contre ses créanciers. Un contrôleur, qui ne peut être l'auditeur du débiteur et qui doit être un syndic autorisé, doit être nommé par le tribunal pour superviser les activités et les affaires financières de la société ainsi que ses négociations avec les créanciers. La LACC confère un large pouvoir discrétionnaire au tribunal et, par conséquent, aucune forme précise d'ordonnance de suspension des procédures n'est prescrite aux termes de cette loi; toutefois, dans certaines provinces (notamment en Ontario et au Québec), des modèles d'ordonnance type ont été approuvés par les tribunaux. La LACC fournit un cadre pour certains aspects de la restructuration, notamment la résiliation de contrats, la possibilité de procéder à un financement du débiteur-exploitant super prioritaire ainsi que les modalités d'un tel financement, la vente d'actifs hors du cours normal des activités, la conclusion d'accords particuliers à l'égard des fournisseurs essentiels et la cession de contrats sans consentement.

Bien qu'une société débitrice en vertu de la LACC soit sous la protection de l'ordonnance de suspension, elle continue d'être gérée par son conseil d'administration et ses membres de la direction. Le dépôt d'une demande en vertu de la LACC n'a aucune incidence sur la responsabilité prévue par la loi ou

personnelle des administrateurs et des dirigeants. Toutefois, l'ordonnance de suspension peut également s'appliquer aux administrateurs et aux dirigeants de la société débitrice relativement à certaines obligations qu'ils ont engagées avant le dépôt de la demande, et la conclusion d'une transaction à l'égard de certaines obligations peut être prévue dans un plan. De plus, l'introduction d'une procédure en vertu de la LACC prévoit habituellement la constitution, par le tribunal, d'une charge prioritaire sur les actifs du débiteur (dont le montant et la priorité sont négociés avec les créanciers garantis du débiteur qui sont alors « touchés » par la charge) en faveur des administrateurs et des dirigeants afin que ceux-ci soient protégés contre toute responsabilité prévue par la loi qu'ils pourraient engager en cette qualité pendant la procédure en vertu de la LACC, dans la mesure où cette responsabilité n'est pas déjà visée par une assurance de la responsabilité civile des administrateurs et de dirigeants existante.

Une procédure en vertu de la LACC est lancée dès le prononcé d'une ordonnance qui suspend toute procédure contre la société débitrice et qui accorde à celle-ci d'autres recours et mesures de protection contre ses créanciers.

Le dépôt d'une demande en vertu de la LACC n'a aucune incidence sur la responsabilité prévue par la loi ou personnelle des administrateurs et des dirigeants.

Un débiteur en vertu de la LACC peut déposer un plan de transaction ou d'arrangement aux fins d'approbation par les créanciers à une assemblée de chaque catégorie de créanciers. Le plan doit être approuvé par une majorité en nombre représentant les deux tiers en valeur des réclamations des créanciers votants. Le plan approuvé par les créanciers doit également être homologué par le tribunal, qui doit être convaincu que celui-ci est juste et raisonnable. Le fait qu'un plan ne soit pas approuvé n'entraîne pas pour autant automatiquement la faillite. Les réclamations relatives à des capitaux propres (notamment des réclamations d'indemnisation présentées par des tiers à l'égard de capitaux propres) ne pourront être payées tant que tous les créanciers n'auront pas été satisfaits intégralement. Une procédure de liquidation introduite en vertu de la LACC peut se faire sans plan, à moins qu'un tel plan ne soit nécessaire aux fins de distribution.

PROCÉDURES EN VERTU DE LA LCSA

Les lois sur les sociétés canadiennes telles que la LCSA prévoient un mécanisme d'arrangement qui permet la restructuration et la modification des titres d'emprunt et/ou de capitaux propres d'une société en difficulté. Ces restructurations peuvent souvent être réalisées rapidement et avec moins de conséquences défavorables et de frais qu'une procédure d'insolvabilité complète. Ces « restructurations du bilan » se sont révélées particulièrement efficaces dans les secteurs des ressources et des matières premières, mais sont maintenant de plus en plus répandues dans tous les secteurs d'activité. Ces arrangements sont assujettis à la surveillance du tribunal et au vote des porteurs de titres visés. Toutefois, l'utilisation d'un plan d'arrangement n'est pas pratique s'il est nécessaire de procéder à une restructuration opérationnelle ou de plus grande envergure.

MISE SOUS SÉQUESTRE

Un séquestre peut être nommé en privé ou par un tribunal, mais, pour toutes sortes de raisons, les nominations par le tribunal sont beaucoup plus fréquentes. Le séquestre réalisera la valeur des biens, des actifs et de l'entreprise du débiteur et en distribuera le produit en respectant la priorité de rang respective des créanciers. Un séquestre peut être nommé à titre de séquestre-gérant chargé d'assurer la continuité de l'exploitation de l'entreprise de la société débitrice, ou simplement en qualité de superviseur.

Un créancier garanti peut nommer un séquestre privé à l'égard des biens, des actifs et de l'entreprise d'un débiteur en défaut en vertu d'un pouvoir contractuel que le débiteur lui a conféré dans les documents de garantie. Dans tous les cas, le créancier garanti doit exiger le remboursement des montants exigibles et doit donner au débiteur un avis de son intention d'exécuter sa garantie au plus tard 10 jours avant la nomination du séquestre. Lorsque le séquestre est nommé par le tribunal, l'ordonnance du tribunal prévoit la suspension des procédures. Aucune suspension des procédures n'est possible lorsque le séquestre est nommé en privé.

Le séquestre qui est nommé par le tribunal n'est pas un mandataire du débiteur ni des créanciers. En sa qualité d'officier de justice, il a des fonctions et des obligations qui lui sont prescrites par la loi et par l'ordonnance de nomination. Aucune loi ne prévoit de critères permettant d'établir les entités qui peuvent faire l'objet de procédures de mise sous séquestre. Par conséquent, les conditions liées à la nomination d'un séquestre sont grandement tributaires du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

PROPOSITION EN VERTU DE LA LFI

Un débiteur insolvable peut décider de restructurer ses affaires au moyen d'une transaction consensuelle visant les réclamations de ses créanciers en vertu de la LFI. Ce mécanisme est connu sous le nom de « proposition en vertu de la LFI ».

Une proposition en vertu de la LFI débute généralement par le dépôt par le débiteur d'un avis d'intention de faire une proposition, ce qui déclenche automatiquement la suspension des procédures. Un syndic autorisé doit agir dans le cadre de la proposition, et ce, du dépôt initial jusqu'à la toute fin du processus. La LFI précise qu'une proposition doit être déposée dans les six mois à compter du début du processus. Une proposition en vertu de la LFI peut être faite à l'ensemble des créanciers, ou les créanciers peuvent être séparés en catégories, en fonction d'un intérêt commun. Aux termes de la LFI, certains paiements, tels que les salaires impayés, certaines obligations au titre de pensions et certains versements au gouvernement doivent être réglés intégralement et ne peuvent faire l'objet d'une transaction dans le cadre d'une proposition. Une proposition est réputée avoir été acceptée seulement si toutes les catégories de créanciers votent en faveur de celle-ci à la majorité en nombre représentant les deux tiers en valeur des réclamations des créanciers votants de chaque catégorie de créanciers. Le plan approuvé par les créanciers doit également être homologué par le tribunal. Le rejet d'une proposition entraîne automatiquement la faillite.

En raison des dispositions législatives et des délais rigoureux qui régissent les propositions en vertu de la LFI, les restructurations en matière d'insolvabilité les plus complexes au Canada ne sont pas réalisées sous forme de propositions. Si la restructuration requiert l'exercice d'un recours spécial qui n'est pas offert aux termes de la LFI, par exemple si le débiteur doit maintenir l'approvisionnement sans



Une proposition est réputée avoir été acceptée seulement si toutes les catégories de créanciers votent en faveur de celle-ci à la majorité en nombre représentant les deux tiers en valeur des réclamations des créanciers votants de chaque catégorie de créanciers.

interruption par des fournisseurs essentiels qui n'ont pas conclu de contrats avec lui, ou si le processus de restructuration prendra plus de six mois, c'est la LACC qui est habituellement utilisée. Les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie et les banques étrangères autorisées ne peuvent faire de proposition en vertu de la LFI.

Comme dans le cadre de la procédure en vertu de la LACC, la société continue d'être gérée par son conseil d'administration et ses dirigeants au cours de la période visée par la proposition. Les administrateurs et les dirigeants seront responsables de toutes les obligations personnelles qu'ils auront engagées en leur qualité d'administrateur ou de dirigeant. Toutefois, la suspension des procédures qui est automatiquement déclenchée dès le lancement de la proposition s'applique également aux administrateurs de la société afin d'empêcher que les parties touchées ne puissent tenter une action contre un administrateur à l'égard d'une réclamation qui a pris naissance avant le commencement des procédures. Dans certains cas, certaines réclamations contre les administrateurs et les dirigeants peuvent faire l'objet d'une transaction et d'une renonciation dans le cadre de la proposition.

FAILLITE

La faillite entraîne la liquidation volontaire ou involontaire d'une entité insolvable et peut être engagée soit par le débiteur soit par les créanciers de celui-ci. Dès la cession des biens ou le prononcé de l'ordonnance de faillite, la totalité des biens, des actifs et des entreprises du failli sont dévolus à un syndic de faillite au profit des créanciers en général (sous réserve des intérêts des créanciers garantis). Par conséquent, en général, les administrateurs et les dirigeants remettront leur démission avant la faillite. Toutefois, ils demeureront responsables de toutes les obligations personnelles qu'ils auront engagées en leur qualité d'administrateur ou de dirigeant.

Le syndic de faillite réalisera la valeur de tous les actifs non garantis. Le produit de cette réalisation sera distribué au *pro rata*, en conformité avec les règles détaillées qui sont énoncées dans la LFI, aux créanciers non garantis qui ont des réclamations prouvées, sous réserve du paiement des réclamations du syndic, de certaines réclamations du gouvernement, des réclamations garanties et des réclamations privilégiées aux termes de la loi. Mis à part les droits de rachat par le syndic de faillite prévus par la loi, la faillite n'a aucune incidence sur les droits des créanciers garantis ni ne vise des actifs garantis. Les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie et les banques étrangères autorisées ne peuvent être mises en faillite (voir « Procédures en vertu de la Loi sur les liquidations » ci-dessous).

PROCÉDURES EN VERTU DE LA LOI SUR LES LIQUIDATIONS

Bien qu'il soit également possible pour la plupart des sociétés insolubles (à l'exception des sociétés constituées sous le régime d'une loi fédérale) d'être liquidées en vertu de la Loi sur les liquidations, cette loi est, en pratique, utilisée presque exclusivement pour la liquidation d'institutions financières réglementées insolubles sous la supervision de leurs organismes de réglementation, conjointement avec la *Loi sur la Société d'assurance-dépôts du Canada* (la « Loi sur la SADC ») et la *Loi sur les banques*.

Aux termes de la Loi sur la SADC, un décret portant dévolution à la Société d'assurance-dépôts du Canada de la totalité des actions et des dettes subordonnées émises par une banque ou la nomination de la Société d'assurance-dépôts du Canada à titre de séquestre peut être pris. La *Loi sur les banques* renferme des dispositions qui permettent au surintendant des institutions financières de prendre le contrôle des éléments d'actifs d'une banque et de gérer le processus de liquidation. En pratique, ces mesures

sont combinées aux procédures prévues par la Loi sur les liquidations étant donné qu'elles fournissent le cadre législatif permettant de régler les réclamations des créanciers.

Dans les faits, les secteurs des banques et de la finance sont beaucoup plus concentrés au Canada que dans la plupart des autres pays développés; par conséquent, les cas d'insolvabilité ou de liquidation d'institutions financières importantes sont rares.

Questions internationales

ACTIFS SITUÉS DANS UN TERRITOIRE ÉTRANGER

Les ordonnances rendues par les tribunaux canadiens ne sont généralement valides qu'au Canada. Si les actifs d'un débiteur canadien insolvable sont situés dans un territoire étranger, le tribunal canadien devra demander à un tribunal dans le territoire étranger en question d'ordonner la suspension des procédures en parallèle ou d'introduire une procédure d'insolvabilité parallèle aux fins de protection. De telles ordonnances ont été rendues partout dans le monde; toutefois, étant donné la proximité des deux pays et les relations commerciales existant entre ceux-ci, la grande majorité des procédures parallèles ont concerné le Canada et les États-Unis.

RECONNAISSANCE DE PROCÉDURES ÉTRANGÈRES PAR LES TRIBUNAUX CANADIENS

Les tribunaux canadiens ont la compétence et le pouvoir de reconnaître des procédures d'insolvabilité introduites à l'étranger. Le Canada a adopté en grande partie la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale. Toutefois, l'approche qui est adoptée ici diffère de celle qui a cours dans d'autres pays, et il y a quelques différences importantes qui sont propres au Canada.

Principalement, la reconnaissance de procédures étrangères n'a pas pour effet de priver les tribunaux canadiens de leur compétence en cas de problème d'équité. Par conséquent, même si un tribunal canadien reconnaît une procédure étrangère, celle-ci doit traiter tous les créanciers et les actifs canadiens d'une manière essentiellement conforme aux normes juridiques canadiennes.

Si les actifs d'un débiteur canadien insolvable sont situés dans un territoire étranger, le tribunal canadien devra demander à un tribunal dans le territoire étranger en question d'ordonner la suspension des procédures en parallèle ou d'introduire une procédure d'insolvabilité parallèle aux fins de protection.

Mesures de lutte contre la corruption des agents publics étrangers



La Loi sur la corruption d'agents publics étrangers est la principale loi canadienne de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les opérations commerciales internationales. Elle renferme des mesures assez semblables à celles que prévoient la Foreign Corrupt Practices Act des États-Unis et la Bribery Act du Royaume-Uni.

La *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (la « LCAPE ») est la principale loi canadienne de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les opérations commerciales internationales. Elle renferme des mesures assez semblables à celles que prévoient la *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis et la *Bribery Act* du Royaume-Uni.

Infractions de corruption et exceptions

Aux termes de la LCAPE, commet une infraction criminelle quiconque, directement ou indirectement, dans le cours de ses affaires, donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un agent public étranger ou à toute personne au profit d'un agent public étranger un prêt, une récompense ou un avantage de quelque nature que ce soit :

- en contrepartie d'un acte ou d'une omission de cet agent dans le cadre de l'exécution de ses fonctions officielles
- pour convaincre ce dernier d'utiliser sa position pour influencer les actes ou les décisions de l'État étranger ou de l'organisation internationale publique pour lequel il exerce des fonctions officielles.

La remise ou l'offre d'avantages, même relativement mineurs, peut entraîner une infraction à la LCAPE, quoiqu'il pourrait être difficile de démontrer qu'un cadeau symbolique a été la contrepartie donnée en échange d'un acte ou d'une omission. Il est néanmoins clair que l'infraction peut s'appliquer à des avantages non monétaires comme les frais de scolarité ou le logement subventionné ou gratuit. Toutefois, l'étendue de l'interdiction d'offrir des avantages demeure incertaine étant donné le nombre limité d'instances contestées jusqu'à présent aux termes de la LCAPE.

L'interdiction s'applique aux avantages offerts ou donnés non seulement aux législateurs ou à la magistrature, mais aussi à quiconque occupe des fonctions d'administration au sein d'un État étranger et aux employés d'un office, d'une commission ou d'une société qui accomplit des tâches au nom de l'État étranger.

(Est un « État étranger » l'État étranger lui-même ainsi que ses organes et subdivisions politiques, comme les villes et les provinces.) L'interdiction s'applique uniquement aux personnes qui sont en fonction, mais non à celles qui l'ont été ou le seront.

La LCAPE prévoit des exceptions permettant de verser certains types d'avantages. Par exemple, les avantages qui sont permis ou exigés par les lois de l'État étranger ou de l'organisation internationale publique pour lequel un agent public étranger exerce des fonctions ne constituent pas des infractions de corruption. En outre, la LCAPE n'interdit pas les avantages versés pour payer les dépenses raisonnables engagées de bonne foi par un agent public étranger ou pour son compte lorsque celles-ci sont directement liées à l'exécution d'un contrat avec l'État étranger pour lequel cet agent exerce des fonctions.

L'exception relative aux « paiements de facilitation », qui avait trait aux paiements effectués afin de hâter ou de garantir l'exécution, par un agent public étranger, d'un acte de nature courante faisant partie de ses fonctions officielles, a été supprimée de la LCAPE.

Infraction relative aux livres comptables

La LCAPE comprend aussi une infraction distincte interdisant les pratiques de tenue de livres comptables trompeuses visant à « corrompre un agent public étranger » afin d'obtenir ou de conserver un avantage dans le cours des affaires ou de dissimuler cette corruption, comme tenir des comptes distincts qui ne paraissent pas dans les livres comptables officiels, ne pas enregistrer des transactions, enregistrer des dépenses inexistantes, enregistrer des éléments dont l'objet n'est pas correctement décrit et détruire des livres comptables plus tôt que prévu par la loi.

La LCAPE s'applique expressément à tout acte posé à l'extérieur du Canada par un citoyen canadien ou une société canadienne.

Il faudra voir si les tribunaux canadiens assimileront la notion de « subornation » dans le contexte de l'infraction relative aux livres comptables à l'interdiction générale de donner certains avantages aux agents publics étrangers que prévoit la LCAPE, auquel cas cette infraction ne sera pas d'une grande utilité. Notons également que le champ d'application de l'infraction relative aux livres comptables est plus étroit que celui de l'infraction semblable prévue par la *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis, qui impose aux émetteurs de titres une obligation générale d'exactitude dans la tenue de livres comptables sans faire mention de l'objectif de corruption.

En outre, les infractions du *Code criminel* et de la *Loi de l'impôt sur le revenu* du Canada qui interdisent la falsification de documents peuvent s'appliquer à une partie de la conduite visée par l'infraction relative aux livres comptables de la LCAPE.

Champ d'application de la LCAPE

La LCAPE s'applique expressément à tout acte posé à l'extérieur du Canada par un citoyen canadien ou une société canadienne. En outre, les tribunaux canadiens appliquent généralement une sanction criminelle à l'acte ayant un lien réel et important avec le Canada, même lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas Canadien. Un tribunal a toutefois jugé que la LCAPE ne permettait pas au gouvernement canadien de

CHAPITRE 17

Mesures de lutte contre la corruption des agents publics étrangers

poursuivre un citoyen étranger accusé d'avoir accepté des paiements illégaux si l'accusé n'avait jamais mis les pieds au Canada et que les actes qu'on lui reprochait avaient tous été posés à l'extérieur du Canada.

Toutefois, le tribunal a reconnu que la personne pourrait être accusée si jamais elle se trouvait en sol canadien, y compris en cas d'extradition.

Sanctions civiles et pénales

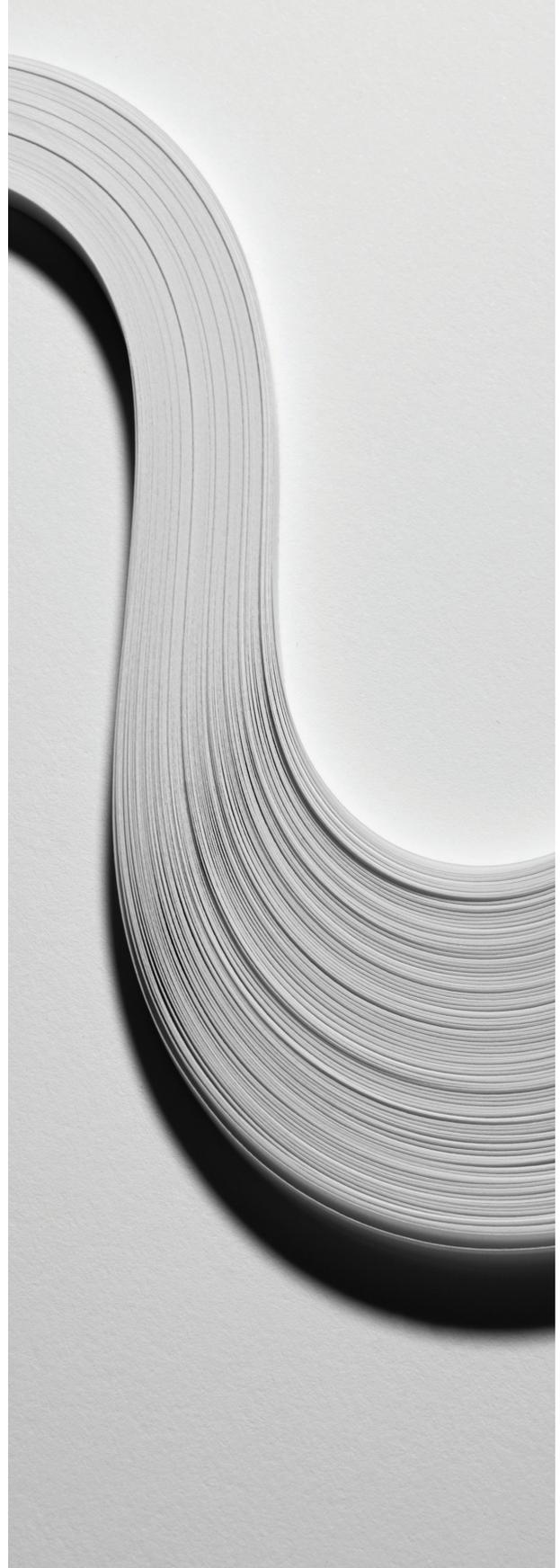
Quiconque contrevient à la LCAPE est passible d'une amende dont le montant est établi à la discrétion du tribunal et d'une peine d'emprisonnement maximale de 14 ans. Aucune prescription ne s'applique.

L'application de la LCAPE fait partie des priorités du gouvernement canadien, qui tient à démontrer le sérieux de son engagement à se conformer à ses obligations aux termes des conventions internationales. Certaines affaires très médiatisées sont en cours.

Le règlement de poursuites intentées contre les sociétés a comporté des périodes de probation et des audits continus. De même, les biens obtenus à la suite d'une infraction à la LCAPE peuvent devoir être abandonnés et, en cas de délit économique découlant d'actes fautifs, comme l'ingérence illégale dans les relations économiques, la partie fautive peut faire l'objet d'une action civile.

Responsabilité pour la conduite des membres du même groupe

La LCAPE interdit à quiconque de donner, d'offrir ou de convenir de donner ou d'offrir, directement ou indirectement, un avantage illégal. Dans certains cas, il pourrait être reproché à une société mère d'avoir indirectement donné un avantage interdit qui, dans les faits, a été payé par une de ses filiales.



De plus, les personnes qui occupent des postes au sein de différentes entités du groupe peuvent engager la responsabilité de plusieurs d'entre elles en raison de la même conduite. Une société mère pourrait aussi être tenue responsable d'avoir aidé, encouragé ou conseillé une infraction à la LCAPE commise par sa filiale.

Évaluation des risques, contrôle diligent et mesures de conformité

L'acquéreur qui envisage une fusion ou une acquisition au Canada devrait tenir compte des enjeux soulevés par la LCAPE. Les éventuelles infractions commises par la cible pourraient entraîner des amendes importantes, des actions en dommages-intérêts, des frais d'enquête ou d'autres frais ne survenant qu'après la clôture. L'identification d'une cause de responsabilité en vertu de la LCAPE avant la clôture peut avoir une incidence sur le prix auquel l'acquéreur sera disposé à acquérir la cible.

Un contrôle diligent se rapportant à la LCAPE consiste notamment à examiner les politiques et procédures de lutte contre la corruption adoptées par la cible, à interroger le personnel clé et, dans les cas particulièrement délicats, à vérifier des antécédents et à passer en revue des courriels. Il convient aussi d'examiner si la cible : (i) exerce ses activités dans des pays ou des secteurs d'activité connus pour leur haut degré de corruption; (ii) se livre à des activités de vente ou de distribution dans les pays à haut risque; (iii) vend à des entités gouvernementales, dont des sociétés d'État ou des sociétés financées par l'État; (iv) a des coentreprises avec des entités gouvernementales ou quasi gouvernementales; (v) a besoin d'approbations et de permis gouvernementaux importants pour exercer ses activités dans les pays

à haut risque; (vi) a des rapports fréquents avec les autorités douanières de pays à haut risque; ou (vii) fait appel à des tiers mandataires ou à des experts-conseils qui interagissent avec des agents publics étrangers pour le compte de la cible.

Les éléments qui suivent peuvent tous constituer des signaux d'alerte justifiant de pousser plus loin les vérifications : les paiements en espèces, les bourses d'études ou les dons de bienfaisance inhabituels, les cadeaux somptueux, l'intervention inexplicite de tiers dans des transactions, les relations de mandataires avec des agents publics, les paiements versés dans un pays différent de celui dans lequel se transigent les affaires en cause, les transactions sans objectif financier apparent et les rémunérations ou les pourcentages de commission excessifs par rapport aux services fournis.

Les entreprises internationales devraient aussi adopter un programme poussé de conformité et de surveillance à l'intention des employés afin de réduire les risques de conduite illégale, notamment en diffusant un code de conduite et une politique clairement exprimés, en appliquant uniformément des processus disciplinaires lorsque ce code de conduite et cette politique ne sont pas respectés, en mettant en œuvre un système de contrôles internes, en tenant des livres comptables exacts, en établissant un système de déclaration et une ligne d'aide téléphonique, et en procédant à des audits indépendants. Les entreprises devraient adopter une approche semblable avec les tiers, dont les mandataires et les partenaires, par exemple en intégrant dans les contrats des mandataires des clauses sur la « conformité aux lois » et le « droit d'audit ».



À propos de Davies

Davies est un cabinet d'avocats spécialistes des enjeux cruciaux. Déterminés à produire des résultats supérieurs pour nos clients, nous tenons systématiquement un rôle de premier plan dans leurs opérations et leurs dossiers les plus complexes. Depuis nos bureaux de Montréal, de Toronto et de New York, nous déployons notre savoir-faire avec aisance et efficacité sur tous les continents. Communiquez avec un de nos avocats pour parler avec nous de votre situation.

Consultez notre site au dwpv.com.

DAVIES

MONTRÉAL

1501, avenue McGill College
Montréal, QC Canada
H3A 3N9

514.841.6400

TORONTO

155 Wellington Street West
Toronto ON Canada
M5V 3J7

416.863.0900

NEW YORK

900 Third Avenue
New York NY U.S.A. 10022

212.588.5500