

FAIRE DES AFFAIRES AU CANADA



DAVIES

Faire des affaires au Canada

9^e édition

À PROPOS DE CE GUIDE

Cette version mise à jour du guide « Faire des affaires au Canada » de Davies est conçue pour donner aux dirigeants, aux avocats et aux investisseurs étrangers potentiels un tour d'horizon des structures juridique, politique et économique du Canada. Elle met en lumière les éléments essentiels et les implications à considérer lorsque l'on veut faire des affaires au Canada, plus particulièrement dans les provinces du Québec et de l'Ontario.

Ce guide a pour but de fournir de l'information générale et non pas un avis ou des conseils juridiques. Nous vous invitons à consulter les avocats de Davies pour des questions relatives aux aspects juridiques (visitez notre site web au www.dwpv.com ou communiquer avec l'un de nos bureaux).

À PROPOS DE DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG S.E.N.C.R.L., s.r.l.

Chez Davies, nous nous concentrons sur les questions qui comptent le plus pour nos clients, au Canada et ailleurs dans le monde. Plus le dossier est complexe, plus nous sommes dans notre élément.

Notre force réside dans notre équipe, qui combine expérience reconnue, expertise juridique poussée et sens des affaires afin de produire les résultats que vous recherchez.

Nous mesurons notre réussite en fonction d'un seul et unique critère : votre succès.



MONTREAL

1501, avenue McGill College
26^e étage
Montréal, QC H3A 3N9
TEL 514.841.6400

TORONTO

155 Wellington Street West
Toronto, ON M5V 3J7
TEL 416.863.0900

NEW YORK

900 Third Avenue
24th Floor
New York, NY USA 10022
TEL 212.588.5500

→	7	CHAPITRE 1
		Introduction
	9	Régime politique et constitutionnel
	10	Régime juridique
	11	Système économique
<hr/>		
→	13	CHAPITRE 2
		Types d'entreprises
	15	Sociétés par actions
	20	Sociétés de personnes
	23	Coentreprises
	23	Fiducies
	24	Entreprises individuelles
	25	Ententes contractuelles
	26	Conclusion
<hr/>		
→	27	CHAPITRE 3
		Gouvernance
	29	États financiers et comités d'audit
	29	Autres obligations d'information annuelles
	30	Observation ou communication
	32	Tendances et évolution récentes
<hr/>		
→	35	CHAPITRE 4
		Financement d'une opération commerciale
	37	Financement garanti
	39	Droit des valeurs mobilières
	41	Inscription en bourse
<hr/>		
→	43	CHAPITRE 5
		Fusions et acquisitions
	45	Offre publique d'achat

- 45 Types de contrepartie
 - 46 Déroulement
 - 47 Arrangement ou fusion
 - 47 Contrepartie
 - 48 Déroulement
 - 49 Acquisition négociée
 - 50 Acquisition non sollicitée
-



53 **CHAPITRE 6**

Investissement étranger

- 55 Application de la *Loi sur Investissement Canada*
 - 56 Qu'est-ce qu'une « entreprise canadienne » ?
 - 56 Qu'est-ce qu'un « non-canadien » ?
 - 57 « Acquisition de contrôle »
 - 58 Seuils applicables aux fins de l'examen
 - 60 Investissements par une « entreprise d'état »
 - 61 Critère applicable dans le cadre de l'examen - « à l'avantage net du Canada »
 - 62 Consultations
 - 62 Délais applicables à la procédure d'examen
 - 63 Interdictions et recours
 - 63 Examen pour des motifs de sécurité nationale
-



65 **CHAPITRE 7**

Droit de la concurrence

- 67 Application et contrôle de l'application de la *Loi sur la concurrence*
- 68 Infractions criminelles prévues par la *Loi sur la concurrence*
- 69 Sanctions
- 69 Immunité contre les poursuites
- 70 Affaires non criminelles que le tribunal peut examiner en vertu de la *Loi sur la concurrence*

- 72 Droits d'action par des particuliers
- 73 Acquisition d'une entreprise au Canada

→ 77 **CHAPITRE 8**
Considérations fiscales

- 79 Impôt sur le revenu
- 99 Taxe de vente et autres taxes
- 101 Autres taxes à la consommation
- 102 Autres taxes et impôts - impôts et droits fonciers
- 103 Appendice 1 : Conventions fiscales du Canada en vigueur

→ 105 **CHAPITRE 9**
Propriété industrielle et intellectuelle

- 107 Brevets
- 109 Marques de commerce
- 110 Droit d'auteur
- 112 Noms de domaine
- 113 Dessins industriels
- 114 Autres formes de protection
- 114 Commerce électronique
- 116 Protection des données et respect de la vie privée

→ 121 **CHAPITRE 10**
Immobilier

- 123 Régime d'enregistrement des titres fonciers
- 124 Structures de propriété foncière
- 126 Propriété étrangère
- 126 Aménagement du territoire
- 128 Assurance de titre, avis sur le titre et contrôle diligent
- 128 Réglementation des courtiers immobiliers
- 129 Réglementation des courtiers en hypothèques et des prêteurs hypothécaires

→ 131 CHAPITRE 11
Droit de l'environnement

- 133 Cadre législatif
- 133 Terrains contaminés
- 134 Responsabilité de l'exploitant
- 136 Responsabilité légale des administrateurs et des dirigeants
- 137 Évaluation des incidences environnementales
- 138 Changements climatiques
- 139 Obligation de la couronne de consulter les autochtones et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard

→ 143 CHAPITRE 12
Droit de l'emploi

- 145 Normes minimales
- 147 Relations de travail
- 147 Égalité
- 149 Assurance-emploi
- 150 Régime de pensions du Canada
- 150 Santé et sécurité au travail et indemnisation des travailleurs
- 152 Impôt-santé des employeurs
- 152 Cessation d'emploi
- 153 Formation de la main-d'œuvre

→ 155 CHAPITRE 13
Retraite, avantages sociaux et régimes d'intéressement

- 157 Régimes de retraite
- 159 Avantages sociaux
- 160 Régimes d'intéressement à base de titres

→	161	CHAPITRE 14
		Admission temporaire et résidence permanente
	163	Admission temporaire
	165	Résidence permanente
<hr/>		
→	171	CHAPITRE 15
		Litige civil
	173	Introduction au système judiciaire canadien
	174	Intenter des procédures judiciaires et y répondre au Canada
	178	Les motions, requêtes et autres procédures interlocutoires
	180	Le déroulement d'un procès au Canada
	183	Les recours extraordinaires
	185	Les modes extrajudiciaires de règlement des différends
	187	Les dépens et le recouvrement des frais de litige
	188	L'exécution des condamnations et ordonnances étrangères
<hr/>		
→	191	CHAPITRE 16
		Procédure en matière de faillite et d'insolvabilité
	193	Types de procédure en matière d'insolvabilité au Canada
	198	Faillite internationale
<hr/>		
→	201	CHAPITRE 17
		Mesures de lutte contre la corruption des agents publics étrangers
	203	Infraction de corruption et exceptions
	204	Infraction relative aux livres comptables
	205	Champ d'application de la LCAPE
	205	Sanctions civiles et pénales
	206	Responsabilité pour la conduite des membres du même groupe
	206	Évaluation des risques, contrôle diligent et mesures de conformité
	207	Mesures de transparence proposées pour le secteur de l'extraction

01

Introduction

01

Introduction



➔ 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 cependant 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

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

01

Introduction

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 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.

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 d'autres pays tels que le Panama, la Jordanie, la Colombie, le Pérou, le Costa Rica, le Chili et Israël ainsi qu'avec l'Association européenne de libre-échange (qui regroupe l'Islande, la Norvège, la Suisse et le Liechtenstein). En outre, le Canada est signataire d'autres conventions internationales visant à promouvoir et à protéger l'investissement étranger et la coopération économique.

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 se classe au deuxième rang sur 10 pays; les coûts d'entreprise étant inférieurs de 7,2 % à ceux aux États-Unis. Dans le sous-secteur numérique, au chapitre des coûts, le Canada a un avantage de 17,8 % par rapport aux États-Unis. Dans tous les secteurs examinés, le Canada compte parmi les pays dont le taux d'imposition effectif est le plus bas. (*Competitive Alternatives*, KPMG, 2014)
- Le Canada se classe au deuxième rang des 189 pays examinés 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 in 2014 - The World Bank Group*)

« 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. »

01

Introduction

- Au chapitre de la compétitivité économique globale, le Canada se classe au septième rang mondial et au deuxième rang parmi les pays du G7. (*World Competitiveness Yearbook*, The International Institute of Management Development, 2014)
- Le Canada se classe au quatorzième rang sur l'indice de compétitivité mondiale. (*Global Competitiveness Report*, Forum économique mondial, 2013-2014)

02

Types d'entreprises

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 et 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. De son côté, 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 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.

 **Entité juridique distincte, la société par actions a des droits, des pouvoirs et des obligations semblables à ceux des particuliers. »**

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 qu'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 dans laquelle 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 la 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 la rubrique « 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 contrevient aux lois applicables. Les administrateurs peuvent également être tenus responsables des actes qui contreviennent à des lois comme la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi* en Ontario, la *Loi sur les normes du travail* au Québec et la *Loi de l'impôt sur le revenu* au 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, elle est admissible au traitement de société par actions accréditatives aux États-Unis, 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 la rubrique « Considérations fiscales » du présent guide.

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 LLC, procéder à l'enregistrement de son nom aux termes de la *Loi sur les noms commerciaux*), ce permis étant généralement accordé de façon routinière.

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

→ 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 en capitaux, les autres moyens de financement de la société, la participation aux profits et la structure de la direction peuvent être réglés avec beaucoup de souplesse.

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 prévoit 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.

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 plusieurs commandités, chacun ayant les mêmes droits et obligations qu'un associé dans une société en nom collectif, et de un ou 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 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). »

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 en 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 annuelle tous les ans pour demeurer en règle.

SOCIÉTÉS NON DÉCLARÉES

En Ontario, bien qu'une société en commandite ne puisse être constituée autrement 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 s'entendre sur 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 assujéti 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,

« 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. »

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 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 celui du propriétaire doit inscrire ce nom en vertu de la *Loi sur les noms commerciaux*. Au Québec, quiconque utilise un nom ou une dénomination

autre 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.

02

Types d'entreprises

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

→ 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 suivants : 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).

03

Gouvernance

03

Gouvernance

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 au Canada ont été le fruit de pressions exercées par les investisseurs institutionnels et les groupes de défense des droits des investisseurs.

→ 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, qui doivent être accompagnés d'un rapport de gestion, sont 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 répondant à des normes très semblables à celles qui sont imposées aux États-Unis. Bien que les contrôles internes de l'information financière constituent une composante importante des obligations d'information des sociétés ouvertes au Canada, les organismes de réglementation des valeurs mobilières canadiens 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 en matière de contrôles internes.

→ Autres obligations d'information annuelles

Les sociétés ouvertes (autres que les sociétés inscrites à une bourse de croissance) doivent déposer auprès d'organismes publics une notice annuelle qui fournit des renseignements détaillés sur la société et ses activités.

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 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.

« Au cours des dernières années, bon nombre des modifications apportées aux normes de gouvernance au Canada ont été le fruit de pressions exercées par les investisseurs institutionnels et les groupes de défense des droits des investisseurs. »

« L'Instruction générale 58-201 (l'« instruction sur la gouvernance ») établit 18 pratiques exemplaires tirées des normes canadiennes et des normes de réglementation américaines existantes... »

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 d'exercer les droits de vote rattachés aux actions dans lesquelles ils ont investi. Lorsqu'une question qui doit être soumise aux actionnaires est susceptible de susciter la controverse, ceux que l'issue du vote préoccupent (notamment des dirigeants ou des actionnaires opposés à une recommandation de la direction) auraient tout intérêt à retenir les services de conseillers professionnels.

→ Observation ou communication

Bon nombre des questions de gouvernance qui, dans d'autres territoires, sont régies par la réglementation, sont au Canada couvertes par un régime fondé sur « l'observation ou la communication ». Ainsi, la composition et le mandat du comité de rémunération et du comité des mises en candidature et de la gouvernance ne sont pas prescrits par règlement, mais sont plutôt recommandés par des lignes directrices sur les pratiques exemplaires et des obligations d'information. La CVMO a aussi proposé des améliorations au régime pour favoriser une plus grande présence des femmes parmi les administrateurs et les membres de la haute direction des sociétés ouvertes. Si ces propositions sont adoptées, les émetteurs inscrits à la TSX et les autres émetteurs assujettis en Ontario (sauf les sociétés de capital de démarrage) devront déclarer annuellement, notamment, le nombre de femmes faisant partie de leur conseil d'administration et de leur haute direction.

L'Instruction générale 58-201 (l'« instruction sur la gouvernance ») établit 18 pratiques exemplaires tirées des normes canadiennes et des normes de réglementation américaines existantes (notamment la législation en valeurs mobilières et les critères d'inscription à la cote de la NYSE et du NASDAQ). Les émetteurs ne sont pas tenus de suivre à la lettre les normes énoncées dans l'instruction sur la gouvernance, mais doivent néanmoins fournir de l'information sur leurs pratiques de gouvernance comme il est indiqué dans le règlement relatif aux obligations d'information connexe, soit le Règlement 58-101.

L'instruction sur la gouvernance 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. L'instruction sur la gouvernance recommande la tenue de réunions périodiques à huis clos par les administrateurs indépendants et la nomination de titulaires différents au poste de président du conseil (qui devrait être 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 général du conseil - Le conseil devrait avoir un mandat écrit comprenant certaines responsabilités, 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 veiller à ce que ceux-ci instaurent une culture d'intégrité 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 certaines dispositions précises.

« Les pressions exercées par les investisseurs... sont à l'origine des changements les plus importants ayant été apportés aux normes de gouvernance des sociétés canadiennes. »

- 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 certaines 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

Les pressions exercées par les investisseurs ainsi que la surveillance accrue des pratiques des émetteurs qu'exercent les agences de conseil en vote comme Institutional Shareholder Services (« ISS ») et les organismes de surveillance de la gouvernance sont à l'origine d'un bon nombre des changements les plus importants en matière de normes de gouvernance des sociétés canadiennes. À titre d'exemple, il serait maintenant très inhabituel de voir une grande société canadienne émettre des options d'achat d'actions à ses administrateurs, en raison principalement de la position adoptée par les investisseurs institutionnels selon laquelle cette pratique a pour effet d'harmoniser les intérêts des administrateurs avec ceux des dirigeants plutôt qu'avec ceux des actionnaires. La situation peut être très différente pour les sociétés de moindre envergure. Souvent, ces dernières ne disposent pas des fonds nécessaires pour rémunérer les administrateurs, de sorte que l'attribution d'options d'achat d'actions demeure une forme de rémunération courante des administrateurs.

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 retiennent aussi l'attention des autorités de réglementation canadiennes, des agences de conseil en vote et des organismes de défense des actionnaires comme la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance (la « CCBG »), qui tiennent à ce que les conseils d'administration rendent des comptes.

Les règles de la TSX obligent maintenant les sociétés ouvertes canadiennes autres que les émetteurs contrôlés par un actionnaire majoritaire à adopter une politique de « vote à la majorité », qui permet aux investisseurs d'élire chaque administrateur individuellement au lieu de voter pour une liste d'administrateurs et qui force les administrateurs à démissionner 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 sauf dans des circonstances exceptionnelles (qu'il doit rendre publiques).

Le vote consultatif sur la rémunération de la haute direction n'est pas obligatoire au Canada, mais y est devenu la norme. En effet, 80 % des émetteurs inscrits à la TSX en 2013 en ont tenu un, comparativement à un peu plus de 50 % d'entre eux en 2011. La plupart des émetteurs canadiens qui y ont recours utilisent à peu près le libellé recommandé par la CCBG pour leurs résolutions, qui sont de nature consultative seulement.

La CCBG, qui représente la plupart des principaux investisseurs institutionnels du Canada (et de nombreuses institutions de plus petite taille), accorde de plus en plus d'importance à la communication avec les conseils d'administration. Chaque année, ses membres rencontrent de 40 à 50 émetteurs et leurs conseils afin de mieux comprendre l'information que ceux-ci communiquent et les questions de gouvernance qui sont particulièrement importantes pour les membres de la CCBG.

En plus des questions précises exposées ci-dessus, le thème de la gouvernance en général retient beaucoup l'attention au Canada, notamment parmi les équipes de direction des émetteurs canadiens. Par exemple, la CVMO et les Autorités canadiennes en valeurs mobilières (les « ACVM ») se sont engagées à corriger les lacunes qui sont reprochées au système de vote par procuration au Canada et dont Davies avait fait état dans son rapport de 2010 intitulé *The Quality of Shareholder Vote in Canada*, qui peut être consulté à partir du site Web du cabinet. Les questions entourant le vote par procuration et les pistes de solution avancées continueront de d'alimenter bien des débats en 2014.

Les ACVM ont également lancé une consultation au sujet de la réglementation possible des agences de conseil en vote comme ISS et Glass Lewis, à l'instar d'initiatives semblables aux États-Unis et en Europe. En 2014, les ACVM ont proposé d'établir un texte d'orientation qui donnerait des recommandations aux agences de conseil en vote en matière de pratiques et de communication de l'information de manière à améliorer la transparence des services de ces agences et la compréhension des activités des agences chez les participants au marché. Les autorités de réglementation canadiennes continueront sans doute à suivre de près l'influence qu'exercent les agences de conseil en vote pour décider du meilleur moyen de résoudre la problématique de la perception que les agences influencent le vote des investisseurs, tout en tenant compte des avis divergents exprimés par les émetteurs et les investisseurs sur l'opportunité d'intervenir et sur la forme d'une éventuelle intervention.

L'activisme actionnarial continue sur sa lancée au Canada. Les actionnaires accueillent plus favorablement que jamais les propositions des activistes, qui délaissent leurs tactiques de prédateurs et s'intéressent aux moyens plus pointus d'améliorer la valeur pour les actionnaires, notamment en s'attardant

03

Gouvernance

à la stratégie d'entreprise, à la gouvernance ainsi qu'à l'indépendance et à l'efficacité du conseil. L'activisme actionnarial est devenu une « catégorie d'actif » importante aux yeux des investisseurs, qui sont disposés à souscrire aux idées d'amélioration du rendement proposées. Cette croissance de la présence active des actionnaires a poussé un grand nombre d'émetteurs, soucieux d'encadrer plus étroitement les élans activistes, à adopter des outils stratégiques comme le règlement sur le préavis et les exigences de quorum bonifié, qui continuent eux aussi de susciter des débats.

Pour en savoir davantage au sujet de ces questions et d'autres questions de gouvernance, veuillez consulter le *Rapport sur la gouvernance* de Davies sur le site Web du cabinet.

04

Financement d'une opération commerciale

04

Financement d'une opération commerciale



Les sociétés peuvent réunir des capitaux de différentes manières, dont les plus communes sont le financement par actions et le financement par emprunt.

Le financement par emprunt peut être fourni à la société par les actionnaires, outre le capital tiré de la vente d'actions, par des tiers, comme des banques et d'autres institutions financières, ou 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. Comme c'est le cas dans la plupart des territoires, 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 deux principales formes 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 généralement les activités courantes de l'entreprise, tandis que le financement à terme sert généralement aux placements en immobilisations ou aux acquisitions. Ces deux formes 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.

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.

Financement garanti

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'une hypothèque au Québec et par l'intermédiaire d'un *mortgage* ou d'une charge

04

Financement d'une opération commerciale

« 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 canadiennes de common law ont des législations similaires mais pas identiques. »

dans les autres provinces. 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, à moins que les activités de l'emprunteur ne se limitent à une province, 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*. 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 (personnel) ou immeuble (réel) (ce qui peut inclure des biens futurs) qui est accordée pour garantir l'exécution d'une obligation (actuelle ou future) et qui est valable tant que l'obligation continue d'exister. Les sûretés créées par hypothèque deviennent opposables aux tiers par publication 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 le transport, 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 de la propriété intellectuelle auprès de l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (l'« OPIC »). 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.

→ Droit des valeurs mobilières

CADRE DE RÉGLEMENTATION

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 et de la Colombie-Britannique ont quand même convenu d'établir un régime coopératif en matière de réglementation des marchés des capitaux et ont invité les autres provinces et les 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, les débentures, les certificats d'intérêts, les actions transférables et les options, 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

« 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. »

04

Financement d'une opération commerciale

« Le placement de titres comprend notamment la négociation par un émetteur de titres auparavant non émis et la négociation de titres par une « personne participant au contrôle » de l'émetteur. »

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 notamment la négociation par un émetteur de titres auparavant non émis et la négociation de titres 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.

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 (accredited investors)* 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 leur actif;
- La *dispense relative aux acquisitions importantes* permet l'acquisition de titres sans prospectus lorsque chaque acquéreur investit au moins 150 000 dollars.

Ces deux dispenses de prospectus n'exigent pas qu'un document d'information soit remis aux acquéreurs. Toutefois, si un document d'information est « volontairement » fourni aux acquéreurs, l'acquéreur dispose généralement 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 vendeur, 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 note approuvée a été attribuée ainsi que les placements de titres, notamment de participation, par certains grands émetteurs.

Certains émetteurs canadiens 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

04

Financement d'une opération commerciale

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 autres modifications du capital-actions (qui peuvent aussi nécessiter l'approbation des actionnaires). Les bourses ont également adopté leur 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.

05

Fusions et acquisitions

05

Fusions et acquisitions



Les acquisitions de sociétés ouvertes canadiennes doivent respecter un cadre juridique bien établi en matière de droit des sociétés et de valeurs mobilières. Elles sont généralement réalisées par voie d'offre publique d'achat, c'est-à-dire 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, opérations prévues par la loi qui sont assujetties à l'approbation des actionnaires de la société cible donnée à l'occasion d'une assemblée des actionnaires. Au Canada, les acquisitions sont réalisées soit dans le cadre d'une opération négociée avec l'appui de la société cible, soit dans le cadre d'une offre non sollicitée, qui n'a pas l'appui de la société cible (vraisemblablement 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 fait aux actionnaires d'une société ouverte une proposition d'achat d'un certain nombre d'actions, cette proposition devant obtenir l'approbation des actionnaires détenant un nombre donné d'actions. Les offres publiques d'achat sont étroitement réglementées par la législation en valeurs mobilières du Canada. On trouve une commission des valeurs mobilières ou un organisme de réglementation équivalent dans chaque province et chaque territoire du Canada. Cependant, les règles applicables aux offres publiques d'achat sont essentiellement les mêmes dans l'ensemble des provinces et territoires du Canada et, à l'instar d'autres aspects de la législation en valeurs mobilières, des règlements et des instructions générales d'application nationale ou multilatérale ont été adoptés dans les provinces et les territoires afin d'harmoniser la législation dans ce domaine.

→ Types de contrepartie

La personne qui se propose d'acquérir une société canadienne par voie d'offre publique d'achat peut régler le prix des actions en espèces, au moyen de titres ou encore en offrant une combinaison d'espèces et de titres. Le principe directeur qui sous-tend les règles applicables aux offres publiques d'achat au Canada est que les actionnaires doivent être traités de manière égale, de sorte que, 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 contrairement à la règle en vigueur aux États-Unis, les offres publiques d'achat sont assujetties au Canada à une règle selon laquelle l'initiateur doit disposer, au moment du lancement de l'offre, d'un financement adéquat lui permettant de régler le prix d'achat en espèces à

« Le principe directeur qui sous-tend les règles applicables aux offres publiques d'achat au Canada est que les actionnaires doivent être traités de manière égale, de sorte que, sauf exception, l'acquéreur doit offrir la même contrepartie ou le même choix de contreparties à tous les actionnaires. »

05

Fusions et acquisitions

verser aux actionnaires à la clôture 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.

Si la contrepartie offerte est composée de titres de l'acquéreur, ce dernier doit considérer un certain nombre de facteurs. La note d'information relative à l'offre publique d'achat (« note d'information ») devra présenter sur l'acquéreur des renseignements aussi détaillés que ceux que l'on trouve dans un prospectus, y compris dans certains cas des états financiers pro forma tenant compte de l'acquisition. L'acquéreur deviendrait également un émetteur 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 était également assujéti à la législation en valeurs mobilières des États-Unis, l'acquéreur pourrait vouloir opter pour le plan d'arrangement afin de tirer parti de la dispense des obligations d'inscription américaines dont on peut se prévaloir dans le cadre d'arrangements réalisés au Canada. Bien que les actionnaires de la société cible ne puissent pas 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 par la poste aux actionnaires; la deuxième, dans le cas d'une offre non sollicitée ou « hostile », consiste à publier un avis de l'offre dans un journal. Le délai pendant lequel l'offre peut être acceptée doit être d'au moins 35 jours au Canada, mais il peut aussi être plus long et être prolongé par l'initiateur.

Après l'expiration de la période de validité, si toutes les conditions de l'offre ont été remplies ou ont fait l'objet d'une renonciation, 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. Si moins que la totalité des actions en circulation a été déposée 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 de la même contrepartie que celle offerte dans le cadre de l'offre. Ces actionnaires ont alors le droit de recevoir la contrepartie ou 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 66 ⅔ % 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 de la même contrepartie que celle offerte dans le cadre de l'offre (sous réserve du droit à la dissidence leur permettant d'obtenir la juste valeur de leurs actions). Une fusion ou un arrangement nécessite habituellement l'approbation de 66 ⅔ % au moins des porteurs. Les actions acquises par l'initiateur dans le cadre de l'offre peuvent être comptées dans le calcul du pourcentage d'approbation de 66 ⅔ %, 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.

→ Arrangement ou fusion

Un plan d'arrangement est une opération prévue par la loi qui comporte une succession d'étapes qui peuvent comprendre l'acquisition des actions de la société cible. Le plan d'arrangement est fréquemment utilisé au Canada dans le cadre 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 procéder à l'acquisition d'une société ouverte canadienne par voie de fusion, l'acquéreur devrait constituer une société à vocation spéciale qui fusionnerait avec la société cible en échange de quoi les actionnaires de la société cible recevraient la contrepartie offerte dans le cadre de l'acquisition. Les arrangements et les fusions doivent être approuvés par les actionnaires de la société cible. L'arrangement doit également être soumis à l'approbation du tribunal.

→ Contrepartie

Lorsqu'il procède par voie de plan d'arrangement ou de fusion, l'acquéreur d'une société ouverte canadienne peut régler la contrepartie en espèces, en émettant des titres ou au moyen d'une combinaison d'espèces et de titres. À l'inverse des offres publiques d'achat, il est possible, dans le cadre de l'arrangement, d'offrir des contreparties différentes ou d'appliquer un traitement différent selon les actionnaires, mais des règles s'appliqueront si des parties liées de la société cible se voient offrir une contrepartie différente ou si elles reçoivent un « avantage accessoire ». Ces règles peuvent comprendre l'obligation d'obtenir une

« Les arrangements et les fusions doivent être approuvés par les actionnaires de la société cible. L'arrangement doit également être soumis à l'approbation du tribunal. »

05

Fusions et acquisitions

évaluation 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 un traitement différent 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 en contrepartie, les règles mentionnées ci-dessus dans le contexte des offres publiques d'achat seraient également applicables.

→ Déroutement

Dans un plan d'arrangement, la société cible demande au tribunal d'émettre une ordonnance de procédure établissant le pourcentage d'approbation de l'opération requis des actionnaires (généralement 66 ⅔ % 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 en question. 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, environ 30 jours après la mise à la poste). La société cible revient alors devant le tribunal (très souvent le jour même de l'assemblée ou le lendemain) 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 dans le cadre d'une assemblée, 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.

En règle générale, 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 davantage de souplesse, car il permet de tenir compte des options sur actions ou sur 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 ⅔ % 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 ⅔ % des voix exprimées par les actionnaires représentés à l'assemblée des

« 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. »

actionnaires). 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 parties prenantes la possibilité d'intervenir dans le processus judiciaire si elles ne sont pas favorables à l'opération. En raison de la souplesse que procurent les plans d'arrangement, les acquisitions de sociétés ouvertes au moyen de cette structure sont plus fréquentes au Canada 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 que l'acquéreur signe une convention de confidentialité et, bien souvent, une convention de statu quo interdisant à l'acquéreur d'effectuer une acquisition non sollicitée. Habituellement, l'acquéreur mènera à bonne fin son contrôle diligent avant que ne soit signée la convention d'acquisition définitive, car il est rare qu'une telle convention prévoit une condition de contrôle diligent.

Les administrateurs de la société cible qui évaluent les paramètres d'une opération entraînant un changement de contrôle sont liés par une obligation fiduciaire leur imposant 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 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. Toutefois, la convention comprend habituellement 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, à l'acquéreur, d'une indemnité de résiliation (représentant généralement entre 2 % et 4 % de la valeur de l'opération). Dans certains cas, la convention peut prévoir une clause d'autorisation de sollicitation permettant à la société cible de chercher activement d'autres propositions pendant une période donnée. Habituellement, l'acquéreur a le droit de soumettre une proposition équivalente à toute proposition supérieure afin de préserver son opération. L'acquéreur peut

« 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. »

05

Fusions et acquisitions

conclure des conventions de blocage avec les actionnaires de la société cible afin d'obtenir leur engagement à soutenir l'opération. La convention peut aussi, selon les circonstances, contenir 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 habituellement 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 les 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 la seule structure d'opération possible dans le cas d'une acquisition non sollicitée.

Contrairement à ce qui se produit dans le cadre d'une acquisition négociée, l'acquéreur qui lance une offre publique d'achat non sollicitée n'aura pas accès à de l'information confidentielle lui permettant d'effectuer un contrôle diligent et ne pourra pas compter sur la collaboration de la société cible au moment de soumettre l'acquisition à l'approbation des organismes de réglementation. Cependant, la société cible pourrait ultérieurement consentir à une opération négociée, par exemple, en cas d'augmentation du prix d'offre.

La réalisation d'une offre non sollicitée au Canada est considérablement plus facile et prend beaucoup moins de temps qu'aux États-Unis, car il existe moins de défenses, notamment structurelles, au Canada qu'aux États-Unis. Étant donné que les sociétés cibles canadiennes ne peuvent avoir recours à des défenses structurelles pendant de longues périodes, 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.

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 manœuvre tactique en réponse à une offre non sollicitée. Il arrive souvent maintenant que l'initiateur d'une offre non sollicitée confronté à un régime de droits demande aux autorités en valeurs mobilières du Canada d'invalider le régime afin de donner aux actionnaires la possibilité d'examiner l'offre. Les organismes de réglementation accèdent habituellement à la demande 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. Bien que chaque décision dépende des faits de l'espèce, on considère généralement qu'il existe un délai limite, de l'ordre de 45 à 70 jours suivant le lancement de l'offre, au-delà duquel les organismes de réglementation canadiens invalideront le régime de droits. Récemment toutefois, lorsqu'un régime de droits a été approuvé par les actionnaires pendant la période de validité d'une offre non sollicitée, les autorités en valeurs mobilières de certaines provinces du Canada ont refusé d'invalider le régime.

Des démarches ont été entamées afin que soit modifiée l'approche adoptée par les autorités en valeurs mobilières du Canada à l'égard des régimes de droits. Ces dernières ont publié aux fins de commentaires une proposition de règle qui remettrait entre les mains des actionnaires la responsabilité de prendre les décisions concernant les régimes de droits, responsabilité qui incombait auparavant aux autorités en valeurs mobilières. Ainsi, le régime de droits adopté par le conseil d'administration de la société visée serait maintenu à la condition que les actionnaires l'approuvent dans les 90 jours suivant la date de son adoption ou, s'il est adopté pendant que l'offre publique d'achat est en cours, dans les 90 jours suivant le lancement de celle-ci. Parmi les autres éléments clés de la règle proposée, on note les suivants : les actionnaires doivent approuver le régime de droits chaque année; l'émetteur doit attendre 12 mois avant d'approuver un autre régime de droits si les actionnaires n'ont pas approuvé un régime de droits dans les délais prévus (à moins qu'une autre offre publique d'achat ne soit lancée); et les actionnaires peuvent mettre fin au régime de droits à tout moment au moyen d'un vote majoritaire.

« 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. »

05

Fusions et acquisitions

Pour davantage d'information, visitez le site Web de Davies au www.dwpv.com pour consulter notre publication « Les fusions et acquisitions canadiennes - Guide à l'intention des banques d'investissement et initiateurs étrangers ».

06

Investissement étranger

06

Investissement
étranger

La *Loi sur Investissement Canada* (la « LIC ») peut avoir une incidence sur la capacité d'une personne d'acquérir ou de constituer une entreprise au Canada. La LIC établit un mécanisme d'examen des investissements importants au Canada des non-Canadiens qui favorise l'investissement, la croissance économique et l'emploi au Canada. La Division de l'examen des investissements (la « DEI »), qui fait partie du ministère de l'Industrie du gouvernement fédéral, est chargée de l'application de la LIC et de la promotion et de l'examen des investissements non culturels importants au Canada par des non-Canadiens. La LIC prévoit que l'examen des investissements dans les entreprises culturelles soit effectué par le ministère du Patrimoine canadien du gouvernement fédéral (« Patrimoine canadien »). 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 LIC.

→ 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 canadienne acquise déterminera 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 et 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 est 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.

Toutefois, l'acquisition qui est sujette à l'examen aux termes de la LIC ne pourra être réalisée tant que le ministre de l'Industrie, 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 ».

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.

« La LIC établit un mécanisme d'examen des investissements importants au Canada des non-Canadiens qui favorise l'investissement, la croissance économique et l'emploi au Canada. »

En plus des exigences générales 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 » ?

Dans 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 » est quant à lui défini comme visant 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 » ?

Un « non-Canadien » désigne l'individu, le gouvernement ou l'organisme de celui-ci ainsi que l'unité qui n'est pas un « Canadien ». Un individu est un « Canadien », au sens de la LIC, s'il est un citoyen canadien ou un résident permanent du Canada qui a résidé habituellement au Canada pendant une période maximale d'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, exigent que l'on établisse 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 de déterminer 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, ces dispositions prévoient que l'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 unité 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.

« La LIC prévoit deux séries de seuils d'examen qui sont fondés sur la valeur des actifs de l'entreprise canadienne : (i) les seuils généraux; et (ii) les seuils plus élevés applicables aux acquisitions par un « investisseur OMC » (Organisation mondiale du commerce) ou auprès d'un tel investisseur. »

➔ Seuils applicables aux fins de l'examen

(A) INVESTISSEURS OMC

La LIC prévoit deux séries de seuils d'examen qui sont fondés sur la valeur des actifs de l'entreprise canadienne : (i) les seuils généraux; et (ii) les seuils plus élevés applicables aux acquisitions par un « investisseur OMC » (Organisation mondiale du commerce) ou auprès d'un tel investisseur. Les acquisitions dont la valeur est inférieure à ces seuils ne sont sujettes qu'à l'exigence d'avis; les autres sont assujetties à l'examen visant à en établir l'« avantage net ».

La définition d'« investisseur OMC » de la LIC est complexe. En général, toutefois, est considéré comme un investisseur OMC le particulier qui est un « ressortissant » d'un pays (autre que le Canada) membre de l'OMC (un « membre de l'OMC ») ou qui a le droit d'établir sa résidence permanente chez un membre de l'OMC. Une personne morale ou une autre entité sera considérée comme un investisseur OMC si elle est une « entité sous le contrôle d'un investisseur OMC » au sens de la LIC. Une société ouverte ayant un grand nombre d'actionnaires sera généralement considérée comme un investisseur OMC, pour l'application de la LIC, si aucune personne ni aucun groupement de votants ne contrôle la société ouverte et si au moins les deux tiers des administrateurs sont des investisseurs OMC ou des Canadiens, ou, s'il peut être démontré que la majorité des actions avec droit de vote de la société ouverte sont la propriété d'investisseurs OMC.

(B) SEUILS JUSTIFIANT L'EXAMEN POUR LES INVESTISSEURS OMC

Une acquisition directe par un investisseur OMC n'est sujette à l'examen que si la valeur des actifs de l'entité exploitant l'entreprise canadienne et toutes les autres entités au Canada, dont le contrôle fait l'objet de l'acquisition, est égale ou supérieure au seuil d'examen pour les investisseurs OMC.

Ce seuil est actuellement fixé à 354 millions de dollars de valeur comptable des actifs. Toutefois, conformément aux modifications adoptées le 12 mars 2009 et dont la date d'entrée en vigueur doit être fixée par le Cabinet fédéral, ce seuil sera modifié de sorte que l'examen sera exigé si la « valeur d'affaire » (au sens attribué à ce terme dans les règlements à venir) des actifs de l'entreprise canadienne est égale ou supérieure à : (i) 600 millions de dollars, pour les investissements effectués pendant les deux années suivant la date d'entrée en vigueur des seuils; (ii) 800 millions de dollars, pour les investissements effectués pendant les troisième et quatrième années suivant

la date d'entrée en vigueur des seuils; et (iii) 1 milliard de dollars, pour les investissements effectués entre la cinquième année suivant la date d'entrée en vigueur des seuils et le 31 décembre de la sixième année suivant la date d'entrée en vigueur des seuils. Ce seuil sera par la suite rajusté chaque année. On s'attend à ce que le seuil relatif à la valeur comptable actuel continue de s'appliquer aux investissements d'investisseurs OMC qui sont des « entreprises d'État ».

Les acquisitions indirectes de la plupart des entreprises canadiennes par un investisseur OMC ou auprès d'un tel investisseur ne sont pas sujettes à l'examen (quelle que soit la valeur des actifs), mais doivent quand même faire l'objet d'un avis d'investissement aux termes de la LIC.

(C) ENTREPRISES NON VISÉES PAR LES SEUILS APPLICABLES AUX INVESTISSEURS OMC

Les seuils plus élevés applicables aux investisseurs OMC ne s'appliquent pas à l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne qui est une entreprise culturelle.

Une « entreprise culturelle » s'entend notamment d'une entreprise qui se livre à l'une 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 et les services de programmation et de diffusion par satellite.

Aucune exception de *minimis* n'est applicable pour déterminer si une entreprise est une entreprise culturelle. Une entreprise sera considérée comme étant une entreprise culturelle même si ses activités culturelles ne représentent qu'une toute petite partie de l'ensemble de ses activités.

(D) SEUILS GÉNÉRAUX APPLICABLES AUX FINS DE L'EXAMEN

Les investissements suivants dans des entreprises canadiennes, mis à part ceux qui sont visés par les seuils applicables aux investisseurs OMC dont il est question ci-dessus, sont sujets à l'examen par le ministre :

- L'acquisition directe d'une entreprise canadienne ayant un actif de 5 millions de dollars ou plus;

« Les seuils plus élevés applicables aux investisseurs OMC ne s'appliquent pas à l'acquisition du contrôle d'une entreprise canadienne qui est une entreprise culturelle. »

- L'acquisition indirecte d'une entreprise canadienne ayant un actif de 50 millions de dollars ou plus;
- L'acquisition indirecte d'une entreprise canadienne ayant un actif de 5 millions de dollars ou plus si cet actif constitue plus de 50 % de l'ensemble de l'actif acquis dans le cadre de l'opération internationale.

Dans certaines circonstances, des acquisitions peuvent être sujettes à l'examen aux termes de la LIC quelle que soit la valeur des actifs visés si le type d'activité commerciale de l'entreprise est « lié au patrimoine culturel du Canada ou à l'identité nationale ». Ces activités commerciales visent notamment les activités culturelles décrites précédemment (sauf les activités de diffusion, notamment de radiodiffusion et de télédiffusion).

Encore une fois, aucune exception *de minimis* n'est applicable pour déterminer si une entreprise se livre à des activités culturelles. La personne morale qui exerce principalement certaines activités d'un autre type et qui, par exemple, distribue des livres ou magazines aux fins de vente peut être considérée comme une entreprise liée au patrimoine culturel du Canada, même si cette distribution et ces ventes ne représentent qu'une toute petite partie de ses activités.

De plus, les dispositions « anti-évitement » prévues par la LIC permettent au ministre de considérer qu'une entité qui exerce ou projette d'exercer des activités culturelles est « non canadienne » au motif que l'entité est contrôlée dans les faits (peut-être autrement qu'au moyen de la propriété d'actions avec droit de vote) par un ou plusieurs non-Canadiens. Le ministre peut également considérer qu'une opération est une acquisition de contrôle si l'une des unités visées exerce ou projette d'exercer une activité culturelle. Le ministre peut, à son gré, rendre cette décision rétroactive.

➔ Investissements par une « entreprise d'état »

À la suite de modifications adoptées en 2013, il existe maintenant des règles précises qui régissent l'investissement dans une entreprise canadienne par une « entreprise d'État ». Le concept d'« entreprise d'État » est large : est une entreprise d'État le gouvernement d'un État étranger ou tout organisme d'un tel gouvernement, une unité contrôlée ou influencée, directement ou indirectement, par le gouvernement d'un État étranger ou une personne qui agit sous l'autorité du gouvernement d'un État étranger ou d'un organisme d'un tel gouvernement.

En outre, les modifications élargissent le pouvoir de déterminer qu'une entité est « non canadienne » en donnant au ministre de l'Industrie la latitude de considérer que celle-ci est non canadienne lorsqu'il est d'avis qu'elle

est contrôlée en fait par une ou plusieurs entreprises d'État. Le ministre a également le pouvoir de décider que l'investissement d'une entreprise d'État est une « acquisition de contrôle » même si la valeur de l'investissement est inférieure aux seuils qui s'appliqueraient normalement (par exemple, l'acquisition de moins du tiers des actions avec droit de vote pourrait être réputée une acquisition de contrôle) lorsqu'il est d'avis qu'il y a eu en fait acquisition de contrôle par une entreprise d'État.

Malgré les modifications imminentes qui porteront à 600 millions de dollars de valeur d'affaire le seuil applicable aux investissements par les investisseurs OMC (voir ci-dessus), les modifications visant les entreprises d'État prévoient que les investissements par les investisseurs OMC qui sont des entreprises d'État continueront d'être sujets au seuil relatif de la valeur comptable actuel.

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

Si une acquisition est sujette à l'examen, le ministre doit être d'avis que l'acquisition projetée 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 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. Les ministères de l'Industrie et du Patrimoine canadien ont publié des politiques précises à l'égard de l'application de ces critères à divers secteurs, notamment les secteurs de l'édition, du film et de la production d'uranium au Canada.

Selon les lignes directrices publiées en application de la LIC en décembre 2012, lorsque l'acquéreur est une « entreprise d'État » étrangère, l'examen visant à établir si l'acquisition est « à l'avantage net du Canada » portera 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

06

Investissement étranger

« Afin d'établir qu'un investissement est « à l'avantage net » selon ces critères, le ministre exige habituellement certains engagements de la part de l'acquéreur. »

sur une base commerciale. En outre, l'investissement par une entreprise d'État étrangère visant l'acquisition d'une entreprise canadienne d'exploitation de sables bitumineux ne sera réputée être à l'avantage net que dans des cas exceptionnels.

Afin d'établir qu'un investissement est « à l'avantage net » selon ces critères, le ministre exige habituellement certains engagements de la part de l'acquéreur. Ces engagements ont trait habituellement 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 en immobilisations ou d'investissements dans la recherche et le développement au Canada, et au transfert de technologies vers le Canada. Toutefois, l'ALENA impose certaines restrictions quant aux 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 le ministère de l'Industrie et le ministère du Patrimoine canadien reçoivent une demande d'examen, ils doivent 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 peuvent alors examiner l'investissement projeté et informer le ministère de l'Industrie et/ou le ministère du 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 d'avis que l'investissement sera vraisemblablement à l'avantage net du Canada. (Toutefois, si 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, la LIC interdit qu'un investissement soit mis en œuvre avant que le ministre ait terminé son examen; toutefois, cette interdiction ne s'applique pas dans certaines circonstances, notamment l'acquisition du contrôle d'une personne morale constituée ailleurs qu'au Canada ou lorsque le ministre est d'avis que le report dans la mise en œuvre de l'acquisition causerait un préjudice injustifié. Cependant, dans les cas où la clôture de l'investissement est permise avant que l'examen ne soit terminé, l'investisseur pourrait être tenu de se départir du contrôle ultérieurement si le ministre n'est pas d'avis, en bout de ligne, que l'opération est 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

Peu importe qu'un investissement soit ou non assujéti à l'examen permettant d'établir s'il est « à l'avantage net du Canada », la LIC prévoit l'examen d'investissements qui « 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 cas échéant, le ministre doit envoyer à l'investisseur un avis l'informant que l'investissement fera l'objet d'un examen et que la réalisation de l'opération projetée doit attendre la fin de cet examen. Un examen peut être ordonné (et des mesures peuvent être imposées, y compris la cession de l'entreprise canadienne en cause) même si l'opération a déjà été réalisée.

« Peu importe qu'un investissement soit ou non assujéti à l'examen permettant d'établir s'il est « à l'avantage net du Canada », la LIC prévoit l'examen d'investissements qui « pourraient porter atteinte à la sécurité nationale ».

06

Investissement étranger

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

L'expression « sécurité nationale » n'est pas définie, et aucun seuil financier ne doit être atteint préalablement à la tenue de l'examen pour des motifs de sécurité nationale. 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 est « à l'avantage net » a été assouplie, de sorte que l'on pourra procéder à l'examen pour des motifs de sécurité nationale lorsque 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 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. L'ensemble du processus d'examen peut prendre jusqu'à 130 jours.

Le Cabinet fédéral peut aussi ordonner un examen pour des motifs de sécurité nationale dans les 45 jours du dépôt d'un avis ou d'une demande d'examen, ou dans les 45 jours de la mise en œuvre d'une opération non assujettie à l'obligation d'avis ou à un examen, même si un avis d'examen possible n'a pas été préalablement émis. Le cas échéant, l'ensemble du processus d'examen peut prendre jusqu'à 105 jours.

Si, après l'examen, le ministre est convaincu que l'investissement pourrait porter atteinte à la sécurité nationale, le Cabinet fédéral est alors autorisé à prendre les mesures qu'il estime indiquées pour préserver la sécurité nationale, notamment imposer des conditions à l'investissement ou carrément interdire un 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 l'investissement Canada - Guide à l'intention des investisseurs étrangers au Canada* sur le site Web de Davies au www.dwpv.com.

07

Droit de la concurrence

07

Droit de la concurrence



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 relations avec les concurrents, les clients et les fournisseurs. Les dispositions législatives sur la concurrence au Canada sont regroupées dans une seule loi fédérale appelée la *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 visant principalement 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.

« Les dispositions législatives canadiennes font partie d'une seule loi fédérale appelée la *Loi sur la concurrence*. »

→ 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 du ministère de l'Industrie du Canada et est dirigé par le commissaire de la concurrence (le « commissaire »), ce dernier ayant 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 en matière de 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 exerce de plus en plus ces pouvoirs depuis les quelques dernières années.

Tribunal spécialisé distinct du Bureau et composé de juges de la Section de première instance de la Cour fédérale et d'autres membres, le Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») a compétence sur les affaires découlant des dispositions non criminelles de la LC. Il est possible d'interjeter appel des décisions du Tribunal auprès de la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou des questions mixtes de fait et de droit ou, avec autorisation, sur des questions de fait.

« Les dispositions de la LC relatives à l'infraction criminelle de complot interdisent les accords entre concurrents en vue de fixer ou d'augmenter les prix; de fixer ou de réduire la production ou l'approvisionnement d'un produit; ou d'attribuer des ventes, des clients ou des territoires. »

→ Infractions criminelles prévues par la *Loi sur la concurrence*

COMLOT

La LC prévoit un certain nombre d'infractions criminelles, dont la plus importante est le complot. Les dispositions de la LC relatives à l'infraction criminelle de complot interdisent les accords entre concurrents en vue de fixer ou d'augmenter les prix; de fixer ou de réduire la production ou l'approvisionnement d'un produit; ou d'attribuer des ventes, des clients ou des territoires. (Comme il est indiqué ci-après, la LC renferme également des dispositions en matière de responsabilité civile portant sur les autres accords entre concurrents qui ont pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence.) Il n'est pas nécessaire d'établir que l'accord aura pour effet de diminuer la concurrence. Aucune responsabilité ne sera engagée si l'accord est « accessoire » à un accord plus large qui ne contrevient pas aux dispositions en matière de complot et que cet accord est raisonnablement nécessaire à la réalisation de l'objectif de l'accord plus large.

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, de la disposition civile 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 sont décrites comme des « restrictions qui ne sont pas mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise ». Cependant, les restrictions mises en œuvre à l'appui d'une collaboration légitime, d'une alliance stratégique ou d'une coentreprise 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

Le truquage des offres désigne l'accord selon 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. Le truquage des offres est illégal s'il 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,

que l'accord soit vraisemblablement susceptible d'avoir un effet ou non sur la concurrence.

Comme c'est le cas en matière de complot, les dispositions criminelles sur le truquage des offres n'exigent pas qu'il soit démontré que le truquage avait une incidence sur la concurrence. Par conséquent, l'emprise sur le marché des parties à l'accord de truquage des offres et l'effet réel de cet accord sur le processus d'appel d'offres ne sont pas des facteurs pertinents.

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 être sanctionnée au moyen d'une disposition criminelle ou d'une disposition civile de la LC. Pour que le Bureau entame une poursuite au criminel en cas de publicité trompeuse, le gouvernement devrait démontrer que l'accusé a sciemment ou négligemment fait une déclaration fautive ou trompeuse.

Sanctions

La LC prévoit des amendes importantes et, dans certains cas, l'emprisonnement en cas de contravention aux dispositions criminelles. 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. Des particuliers au Canada se sont vu imposer des peines d'emprisonnement pour une conduite contraire aux dispositions en matière de complot. 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.

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



La LC prévoit des amendes importantes et, dans certains cas, l'emprisonnement en cas de contravention aux dispositions criminelles. »

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 que le tribunal peut examiner en vertu de la *Loi sur la concurrence***

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Le Tribunal peut, à la demande du commissaire, rendre une ordonnance exigeant notamment qu'une partie 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 sont livrées ou se livrent 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 personne « 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 grand 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 » et prévoit un large éventail d'actes qui, s'ils sont accomplis intentionnellement par une personne qui a une emprise sur le marché en vue d'évincer, d'exclure ou de punir un participant au marché pertinent, pourraient être considérés comme des agissements anticoncurrentiels.

REFUS DE VENDRE

Le Tribunal peut ordonner à un fournisseur d'accepter une personne comme client s'il en vient à la conclusion que : (i) la personne est sensiblement gênée dans son entreprise ou ne peut exploiter une entreprise du fait qu'elle est incapable de se procurer un produit, de façon suffisante, où que ce soit sur le marché, aux conditions de commerce normales; (ii) la personne est incapable de se procurer le produit de façon suffisante en raison de l'insuffisance de la concurrence entre les fournisseurs de ce produit sur ce marché; (iii) le client accepte et est en mesure de respecter les conditions de commerce normales imposées par les fournisseurs de ce produit; (iv) le produit est disponible en quantité amplement suffisante; et (v) le refus de vendre a ou aura vraisemblablement pour effet de nuire à la concurrence dans un marché.

Le Tribunal a indiqué que pour décider s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance de fourniture une fois établis tous les éléments précédents, il tient compte d'un certain nombre de facteurs, notamment la question de savoir si le défendeur a des motifs légitimes de cesser la fourniture (par exemple, la réalisation d'économies dans la distribution du produit), la durée de la relation de fournisseur et la manière dont la cessation de fourniture au client a été mise en œuvre.

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.

Bien que les dispositions relatives au maintien des prix aient le plus souvent été appliquées dans le contexte du maintien des prix de revente « à la verticale » entre un fournisseur et les détaillants qui distribuent ses produits, le libellé est suffisamment large pour que les dispositions puissent également s'appliquer aux tentatives « à l'horizontale » en vue de maintenir ou de faire augmenter les prix des concurrents. Le Bureau a tenté à l'occasion de faire respecter les dispositions en matière de maintien des prix dans ce contexte.

ACCORDS SUSCEPTIBLES DE SENSIBLEMENT EMPÊCHER OU RÉDUIRE 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 eu 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.

Les ententes visées par cette sanction civile feront sans doute l'objet d'un examen semblable à celui qui s'applique aux fusionnements, dont il est question dans *Fusions - Lignes directrices pour l'application de la loi* du Bureau.

AUTRES QUESTIONS NON CRIMINELLES SUSCEPTIBLES D'EXAMEN

Les autres questions non criminelles susceptibles d'examen comprennent l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus, la publicité trompeuse peut être visée par des dispositions civiles ou criminelles.

➔ 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. Le Tribunal peut accorder des dommages-intérêts à une partie lésée. Afin de réduire le risque de litiges stratégiques, la LC prévoit plusieurs mesures de protection, telles que l'obligation pour un demandeur d'obtenir au préalable la permission du Tribunal. Le Tribunal peut aussi attribuer les dépens à l'encontre d'une partie conformément aux *Règles de la Cour fédérale*.

→ 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.

RÉVISION D'UN FUSIONNEMENT SUR LE FOND

La LC permet au commissaire de la concurrence de contester tout fusionnement devant le Tribunal de la concurrence. Le terme « fusionnement » est défini comme étant l'acquisition ou l'établissement, direct ou indirect, 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 tout ou 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 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.



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

« 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. »

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 déconiture 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 d'exercer un pouvoir compensateur des clients et des fournisseurs; 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.

Les parties à une opération devant faire l'objet d'un avis au Canada ne peuvent réaliser celui-ci avant l'expiration d'un délai d'attente prévu par la loi, dont la durée est similaire à celui 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 dans les 30 jours suivant 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 et/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 suivant 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. Deuxièmement, l'opération elle-même doit être d'une certaine envergure. 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 82 millions de dollars (seuil de 2014; ce seuil est révisé chaque année). Les acquisitions d'actions doivent faire l'objet d'un 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 82 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).

08

Considérations fiscales

08

Considérations
fiscales

Ce chapitre présente un résumé de certaines 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, les gouvernements fédéral, 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, notamment les sociétés par actions et les fiducies, qu'ils résident ou non au Canada, sont assujettis à cet impôt. Pour l'application de la fiscalité canadienne, la société de personnes est généralement une entité intermédiaire et ne constitue généralement pas en soi une entité imposable (sauf si elle est réputée une société de personnes qui est une EIPD, 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.

Les résidents du Canada sont généralement assujettis à un impôt au Canada sur leur revenu mondial, peu importe la source, mais ont généralement droit à des crédits ou à des déductions pour l'impôt étranger payé.

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. Le Canada a conclu un vaste ensemble de conventions fiscales, et plus de 90 d'entre elles sont actuellement en vigueur. L'appendice 1 présente la liste complète des conventions fiscales conclues par le Canada qui étaient en vigueur au 1^{er} juin 2014.

Dans son budget de 2014, le gouvernement fédéral a annoncé son intention de mettre en œuvre des règles visant à 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. Les règles proposées feraient en sorte que les avantages de la convention fiscale s'appliquant normalement à l'opération ne s'appliqueraient pas lorsque l'un des objectifs principaux de celle-ci est de bénéficier de ces avantages. On reconnaît néanmoins dans le budget que les conventions visent notamment à encourager le commerce et l'investissement si bien que les avantages que ces dernières prévoient peuvent être des facteurs importants pour le résident du pays visé par la convention qui songe à investir au Canada. Le gouvernement fédéral a annoncé qu'il examinera les règles proposées une fois que l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (l'« OCDE ») aura publié son *Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéficiaires*, prévu pour septembre 2014. Le gouvernement fédéral a invité les contribuables à lui faire part de leurs observations au sujet de l'application des règles proposées et étudie actuellement les soumissions reçues.

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

- 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 bien immobilier canadien.

BIENS CANADIENS IMPOSABLES

Les « biens canadiens imposables » se limitent généralement à ce qui suit :

- les immeubles 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 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 intérêts en cause;

- 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 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 plutôt déterminée en fonction de critères issus de la common law, sous réserve de certaines règles précises de la Loi de l'impôt qui prévoient que certaines personnes sont réputées soit des résidents du Canada soit 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.

La loi ne prévoit aucune règle 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 sera considérée comme 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 correspondra généralement à l'endroit où est situé le centre de direction et de contrôle de la société.

Dans le cas des particuliers, les tribunaux ont généralement jugé que la résidence était déterminée en fonction du degré selon lequel une personne s'installe à un endroit ou y centralise son mode de vie habituel. 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



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

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.

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-là. Est dispensé de cette obligation le non-résident du Canada qui n'a aucun impôt à payer pour l'année d'imposition ou 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 directement ou par l'entremise d'une société de personnes. Le particulier non résident qui exploite une entreprise au Canada directement ou par l'entremise d'une société de personnes est également tenu de produire une déclaration de revenu au Canada, mais seulement à l'égard d'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 la société 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 aux dispositions de la plupart des biens canadiens imposables par des non-résidents. Le vendeur non résident doit aviser l'ARC par écrit d'une telle disposition et en indiquer les détails. Il a droit à un certificat (communément appelé « certificat de l'article 116 ») de l'ARC lorsqu'il convainc celle-ci 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 qu'il verse 25 % du gain à l'ARC à titre d'obligation fiscale définitive ou fournit une garantie satisfaisante à cet égard.

En outre, toute personne, qu'elle soit résidente ou non 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 % (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 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 aussi dispensé de l'obligation de retenue prévue à l'article 116 relativement à l'acquisition d'un bien canadien imposable (sauf à l'égard de 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 tout 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.

Les obligations d'avis s'appliquent également aux dispositions de biens canadiens imposables qui sont des « biens protégés par traité » pour une personne liée.

« **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.** »

RÈGLES GÉNÉRALES

Détermination du revenu

De façon très générale, pour l'application de la Loi de l'impôt, le revenu signifie 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 (qui correspond plus ou moins au coût d'acquisition) 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 faire périodiquement des « déductions à la source » à l'égard du revenu des employés (qui comprend les avantages imposables) pour l'impôt sur le revenu des employés et de leur cotisation aux régimes de sécurité sociale et d'en verser le montant aux autorités fiscales au nom des employés. Les administrateurs d'une société peuvent être tenus personnellement responsables si cette société ne prélève pas ou ne verse pas les déductions à la source. Les employeurs peuvent également être assujettis à des taxes sur la masse salariale provinciale.

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 le regroupement officiel des pertes au sein d'un groupe de sociétés ni aucune autre mesure d'allègement semblable. Toutefois, il existe des techniques établies, acceptées par l'ARC, qui permettent

la répartition des 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. Le report prospectif des pertes subies avant 2006 est assujéti à plus de restrictions.

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. Selon des modifications récentes de la Loi de l'impôt, une personne ou un groupe de personnes qui acquièrent dans certaines circonstances des actions représentant plus de 75 % de la juste valeur marchande des actions d'une société sans acquérir le contrôle légal de celle-ci sont réputés 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 où 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), ce qui permet aux dividendes d'être transférés d'une société canadienne imposable

« 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 »

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).

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 l'indemniser (en partie) pour l'impôt sous-jacent sur le revenu des sociétés versé par le payeur de dividendes. Le crédit d'impôt pour dividendes à l'égard de certains « dividendes déterminés » indemnise de façon plus adéquate les actionnaires particuliers à l'égard de l'impôt sous-jacent sur le revenu des sociétés.

« **Ce régime permet aux multinationales établies au Canada de mieux planifier leurs affaires fiscales.** »

La société qui réside au Canada et qui 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 de l'information fiscale avec le Canada, peuvent être rapatriés au Canada en franchise de l'impôt canadien. Ce régime permet aux multinationales établies au Canada de mieux planifier leurs affaires fiscales. Le Canada a conclu 20 conventions fiscales 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, 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 (« 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 certains 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.

Une déduction semblable est permise à l'égard de certaines dépenses en immobilisations admissibles engagées dans le but de tirer un revenu d'une entreprise, dont le fonds commercial acheté. Le budget fédéral de 2014 a annoncé la tenue d'une consultation sur le projet de création d'une nouvelle catégorie de biens amortissables qui viendrait remplacer le régime actuel des immobilisations admissibles.

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 étant 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 étant des frais d'aménagement au Canada. Les dépenses liées à l'exploration et à l'aménagement de ressources canadiennes sont généralement considérées comme étant soit des frais d'aménagement au Canada soit 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.

« Les sociétés de personnes constituent des instruments de placement régulièrement utilisés au Canada étant donné qu'elles sont généralement des entités intermédiaires pour les besoins de l'impôt. »

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

Les sociétés de personnes constituent des instruments de placement régulièrement utilisés au Canada étant donné qu'elles sont généralement des entités intermédiaires pour les besoins de l'impôt. 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 » (« 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 (« 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 anti-évitement d'une grande portée (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. Les opérations à déclarer sont notamment celles à l'égard desquelles deux des trois caractéristiques suivantes s'appliquent : (1) 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; (2) le conseiller ou le promoteur obtient un « droit à la confidentialité » (autrement dit, il existe une obligation de ne pas divulguer l'opération aux tiers, y compris aux autorités fiscales) et (3) 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.

« 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. »

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 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.

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 le 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 comportant 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 assujetti 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 et/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 à l'égard de 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, du point de vue de la fiscalité canadienne, 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. La vente d'une filiale risque donc moins d'être assujettie à l'obligation d'obtenir le certificat de l'article 116 dont il a été question ci-dessus que la vente d'une succursale. La succursale non résidente qui assure des services au Canada est également assujettie 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 assujettie à l'impôt au Canada sur son revenu mondial. Comme il est mentionné précédemment, certains types de paiement (notamment les dividendes, les loyers et les redevances) effectués par une filiale à sa société mère non résidente sont assujettis 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 sur les bénéfices de la succursale canadienne qui ne sont pas réinvestis au Canada. Cet impôt vise à refléter la retenue d'impôt sur dividendes.



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

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 (« SARI »). Ces entités sont considérées comme des sociétés résidant au Canada pour les besoins de l'impôt canadien alors qu'aux États-Unis elles ont le droit d'être considérées comme des entités intermédiaires pour les besoins de l'impôt américain. Cette qualification fiscale double ou « hybride » peut être utile du point de vue de la planification. Toutefois, certaines dispositions particulières de la convention fiscale entre le Canada et les États-Unis font que l'utilisation d'une SARI par un résident des États-Unis doit faire l'objet d'un examen minutieux préalable et elle 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, le cas échéant, 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'il 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 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 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 assujettie à la retenue d'impôt. Dans son budget de 2014, le gouvernement fédéral a étendu la portée de ces règles aux cas où un tiers prête des fonds à l'entreprise canadienne et qu'un non-résident pertinent fournit la sûreté garantissant le prêt ou prête des fonds au tiers avec recours limité ou encore à condition qu'un prêt soit consenti à l'entreprise canadienne. Ainsi, la sûreté consentie par la société mère étrangère pour garantir la dette de l'entreprise canadienne est maintenant visée par les règles relatives à la capitalisation restreinte. Le cautionnement sans sûreté n'est pas visé. Des échanges avec le ministère des Finances permettent de croire que certains aspects des mesures proposées dans le budget fédéral de 2014 seront atténués avant la publication de la version finale des propositions (qui devrait avoir lieu plus tard en 2014).

À l'inverse, lorsqu'une société qui réside au Canada a consenti un prêt à un non-résident, que celui-ci est impayé pendant un an ou plus et que le prêt ne porte pas intérêt à un taux raisonnable, 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. En outre, si le prêt est consenti à un actionnaire de la société ou à une personne avec laquelle cet actionnaire a un lien de dépendance (autre qu'une société étrangère affiliée de la société), le capital du prêt peut être traité comme un dividende pour les besoins de la retenue d'impôt canadienne.

Règles relatives aux opérations de transfert à des sociétés étrangères affiliées

Le budget fédéral de 2012 a annoncé des règles visant les opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées survenant après le 29 mars 2012. Aux termes des règles relatives aux opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées, une société canadienne contrôlée par des non-résidents peut être réputée avoir versé un dividende pour les besoins de la retenue d'impôt canadienne lorsqu'elle investit dans une société étrangère affiliée. L'opération

« **Aux termes des règles relatives aux opérations de transfert de sociétés étrangères affiliées, une société canadienne contrôlée par des non-résidents peut être réputée avoir versé un dividende pour les besoins de la retenue d'impôt canadienne lorsqu'elle investit dans une société étrangère affiliée. »**

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 de sociétés étrangères s'appliquent au cas où une société canadienne qui est contrôlée par une société mère non résidente investit dans une société étrangère qui devient une « filiale étrangère » de la société canadienne et où l'investissement ne peut raisonnablement être considéré comme ayant été effectué par la société canadienne (plutôt que par la société mère étrangère ou une autre personne étrangère ayant un lien de dépendance avec la société canadienne) principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. Le terme « investissement » est utilisé dans un sens large dans ce contexte; il faut donc être prudent lorsqu'il est question de sociétés affiliées étrangères. Lorsque les règles s'appliquent, le traitement fiscal est le suivant :

- Au moment de l'acquisition de son investissement dans la société étrangère, la société canadienne sera 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.
- 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'acquisition de l'investissement 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 ne sera 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 sur le 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 sont pas 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

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

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.

MESURES INCITATIVES FISCALES ET RÉGIMES SPÉCIAUX

Le gouvernement fédéral et de nombreux gouvernements provinciaux prévoient 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. En outre, des régimes fiscaux particuliers peuvent s'appliquer à certains ouvrages, notamment, comme il est susmentionné, 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. On y expose toutefois 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 » ou « 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 de location du matériel utilisé dans le cadre de 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 se présentent sous forme de déductions immédiates pour les dépenses courantes et d'immobilisations 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.

L'Ontario prévoit une déduction additionnelle pour une partie de certaines dépenses d'activités de recherche et de développement admissibles engagées par une société en Ontario, directement ou par l'entremise d'une société de personnes.

L'Ontario prévoit également des mesures incitatives pour les sociétés contribuables qui ont un établissement stable (par exemple, une succursale ou un bureau) en Ontario. Ces mesures incitatives prennent la forme de deux crédits d'impôt remboursables, à savoir le crédit d'impôt à l'innovation (le « CIIO ») et le crédit d'impôt de l'Ontario pour les entreprises parrainant les instituts de recherche (le « CIOEPIR »). Le CIIO vise à encourager les petites entreprises à effectuer des activités de recherche et de développement et diminue au fur et à mesure que le capital-actions entièrement libéré ou le revenu imposable de la société atteint certains seuils. Ne sont pas admissibles au CIIO les sociétés dont le capital-actions entièrement libéré est égal ou supérieur à 50 millions de dollars ou le revenu imposable égal ou supérieur à 800 000 dollars.

À condition que le gouvernement de l'Ontario ait rendu une décision anticipée avant l'engagement des dépenses, le CIOEPIR couvrira généralement les dépenses qu'une société par actions engage directement ou par l'entremise d'une société de personnes conformément à un contrat de recherche qu'elle a conclu avec un institut de recherche admissible (par exemple, une université, un collège ou un organisme de recherche sans but lucratif) relativement à des activités de recherche et de développement admissibles effectuées par l'institut de recherche en Ontario.

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 (les « 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 30 000 dollars ou plus (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 notamment 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. Les principaux types de fournitures exonérées sont les suivants :

- 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. Les principales catégories de fournitures détaxées sont les suivantes :

- 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 douanes 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 ou « 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. La TVH est de 13 % en Ontario, au Nouveau-Brunswick et à Terre-Neuve-et-Labrador, de 15 % en Nouvelle-Écosse et de 14 % 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 au taux de 1,5 % 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 1,5 %, lequel taux vient s'ajouter à la taxe sur les cessions immobilières de l'Ontario susmentionnée.

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.

→ Appendice 1 : Conventions fiscales du Canada en vigueur

(à jour au 1^{er} juin 2014)

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

* Sauf Hong Kong, avec laquelle le Canada a conclu une convention distincte.

09

Propriété industrielle et intellectuelle

09

**Propriété
industrielle et
intellectuelle**



Les principes juridiques qui régissent la propriété intellectuelle au Canada sont généralement semblables à ceux des autres pays industrialisés et membres de 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.

En janvier 2014, le gouvernement canadien a déposé au Parlement cinq traités internationaux importants relatifs à la propriété intellectuelle, soit le Protocole de Madrid, le Traité de Singapour et l'Arrangement de Nice, qui portent sur les marques de commerce, l'Arrangement de La Haye, qui porte sur les dessins industriels, et le *Traité sur les droits des brevets*, qui porte sur les brevets. En mars 2014, le gouvernement canadien a également présenté une nouvelle loi qui modifierait en profondeur la *Loi sur les marques de commerce* pour que les lois canadiennes soient harmonisées avec ces nouveaux traités internationaux une fois ceux-ci ratifiés et en vigueur.

Les modifications proposées sont en phase avec d'autres modifications législatives présentées récemment par le gouvernement canadien relativement à l'exécution des droits d'auteur et des droits liés aux marques de commerce ainsi qu'avec une nouvelle loi contre la contrefaçon comprenant notamment de nouvelles mesures relatives aux frontières, de nouveaux droits d'action civile et de nouvelles infractions criminelles et visant à améliorer 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'OMC. »

→ 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 adhérer au *Traité sur le droit des brevets*.

Pour pouvoir 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 certains cas, 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

09

Propriété industrielle et intellectuelle

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

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.

Pour être nouvelles, l'invention et les revendications connexes du brevet ne doivent pas avoir été divulguées ou publiées auparavant au Canada ou ailleurs. Ainsi, 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 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'empêcher les 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'OPIC.

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 le recouvrement des 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**

Les marques de commerce canadiennes sont régies par la *Loi sur les marques de commerce* (Canada). Le Canada est signataire de la Convention de Paris et de l'Accord sur les ADPIC, et il s'apprête à adhérer à l'*Arrangement de Nice sur la classification des produits et des services* ainsi qu'au *Protocole de Madrid sur le dépôt international des demandes de marques de commerce*.

Au Canada, contrairement à ce que l'on voit dans un grand nombre d'autres pays, les droits liés à une marque de commerce peuvent découler du simple usage de la marque dans le commerce; aucun enregistrement n'est nécessaire. Une marque non enregistrée peut ainsi suffire pour empêcher un tiers d'enregistrer ou d'utiliser subséquemment une marque dont la similitude crée de la confusion lorsque 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 pouvoir être enregistrée, la marque de commerce doit identifier une seule source distinctive des produits et des services auxquels elle sert. On pourrait ainsi 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 crée 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.

Le projet de loi présenté en mars 2014 laisse entendre qu'il ne sera plus nécessaire de faire la preuve d'une utilisation de la marque de commerce au Canada pour obtenir l'enregistrement, que le requérant ait ou non enregistré et utilisé sa marque à l'étranger, différence importante par rapport à la loi actuelle.

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 peut être annulé à la demande d'un tiers.

En règle générale, si aucune opposition 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 et peut être renouvelé indéfiniment tant que la marque est employée dans le commerce au Canada et qu'elle

« **Au Canada, contrairement à ce que l'on voit dans un grand nombre d'autres pays, les droits liés à une marque de commerce peuvent découler du simple usage de la marque dans le commerce; aucun enregistrement n'est nécessaire. »**

demeure distinctive. Le nouveau projet de loi réduirait à 10 ans la période de protection, mais l'enregistrement continuerait d'être renouvelable. Le droit d'utilisation exclusif dont jouit le propriétaire d'une marque de commerce enregistrée s'applique dans l'ensemble du Canada, quel que soit l'étendue ou le lieu de l'utilisation au pays.

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. Dans la mesure où 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 tenter une action civile en cas de violation de ses droits liés à la marque, de commercialisation trompeuse (*passing off*) ou de concurrence déloyale et obtenir notamment une injonction, des dommages-intérêts punitifs et autres, le recouvrement des profits tirés de la violation ou tout autre redressement jugé approprié par le tribunal.

S'il n'existe aucune exigence quant au marquage des produits et 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 liés 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.

Au Canada, un droit d'auteur est conféré automatiquement dès la création d'une œuvre littéraire (y compris un logiciel informatique), dramatique, musicale ou artistique originale, y compris une compilation, ou d'un enregistrement sonore, si l'œuvre est originale et a été fixée sur un support permanent. 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 partie à la Convention de Berne ou membre de l'OMC.

L'enregistrement n'est pas nécessaire pour que soit confirmé 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. Le conseiller ou l'entrepreneur indépendant aurait avantage à stipuler dans une entente écrite qu'il 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 de le faire 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 disques phonographiques 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 ou celui d'engager des poursuites en dommages-intérêts à cet égard. 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



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. »

compris des dommages-intérêts préétablis), le recouvrement des profits tirés de la violation et des dommages-intérêts punitifs.

Le marquage de l'œuvre visée par le droit d'auteur n'est pas nécessaire au Canada, mais il peut être prudent et il est obligatoire lorsque l'on veut bénéficier de la protection conférée par certains traités internationaux.

➔ Noms de domaine

L'Autorité canadienne pour les enregistrements Internet (l'« ACEI ») est responsable du système « .ca », qui est régi par le droit canadien. Le système d'attribution des noms de domaine « .com », qui désigne les activités commerciales, est régi et géré par les États-Unis aux termes du droit américain.

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 néanmoins 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, l'enregistrement d'un nom de domaine « .ca » ne confère au demandeur aucun droit supplémentaire, sous réserve peut-être 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 réglementer 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 également à adhérer à 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, mais non sa fonction utilitaire, qui paraissent fixes et qui sont visibles au moment de l'achat ou pendant l'utilisation normale.

Le dessin industriel n'est protégé que s'il est enregistré. En outre, l'enregistrement sera refusé 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'OPIC.

Le propriétaire d'un dessin industriel enregistré peut tenter une action civile en cas de violation de son droit lié au dessin et obtenir notamment une injonction, des dommages-intérêts punitifs ou autres et le recouvrement des profits tirés de la violation.

Si le marquage d'un article qui comprend un dessin enregistré et une mention de l'enregistrement ne sont pas nécessaires, 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 » encerclée, 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. Cette législation porte 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. S'ajoute à la législation provinciale la loi fédérale intitulée *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* (« LPRPDE »), qui, notamment, traite des documents électroniques et régit 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 davantage exposé plus loin.

Tant et aussi longtemps que les principes juridiques généraux applicables à la formation des contrats sont respectés, les lois au Canada qui ont trait à la création d'obligations contractuelles accordent généralement peu d'importance au médium utilisé. Peut cependant se poser la question de savoir si des contrats exécutoires peuvent être formés au moyen de méthodes de formation

de contrats en ligne comme les contrats d'« achat au clic » (*click-wrap*) ou d'« achat au furetage » (*browse-wrap*). Les entreprises devraient consulter leurs conseillers juridiques avant de mettre en place de telles méthodes de formation de contrats en ligne, de manière à s'assurer de respecter les critères de formation d'un contrat exécutoire en vertu du droit canadien.

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 du consommateur ainsi que, au Québec, la *Charte de la langue française*, prévoient des restrictions précises applicables au contenu et au style d'une publicité eu égard à certaines catégories ou à 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 peuvent être présentées exclusivement dans une autre langue (c'est-à-dire, des livres, des CD, etc.) si les produits eux-mêmes sont dans cette langue.

La *Loi canadienne anti-pourriel* (la « Loi anti-pourriel ») est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014. Elle se veut l'une des lois les plus rigoureuses du monde en matière de lutte contre les pourriels et a objectif de protéger les consommateurs et les entreprises des pourriels dangereux. Le terme « pourriel » sert à désigner tout message électronique commercial non sollicité; on estime que les pourriels représentent 86 % de tous les courriels à l'échelle mondiale. Les pourriels constituent un problème important qui nuit 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 et régit aussi certaines pratiques qui découragent l'exercice d'activités commerciales par voie électronique comme le téléchargement de programmes informatiques 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. Elle 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, le 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



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

« La LPRPDE s'applique à la collecte, à l'utilisation et/ou à la communication de renseignements personnels dans l'exercice d'une activité commerciale au Canada. »

exprès (contrairement à la LPRPDE, dont il est question ci-dessous, qui permet dans certains cas le consentement négatif ou encore le consentement positif tacite). La Loi anti-pourriel prévoit des sanctions pécuniaires administratives maximales de 10 millions de dollars pour les entreprises et de un million de dollars pour les particuliers. Elle prévoit également un droit d'action privé (en vigueur en 2017) 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.

La Loi anti-pourriel entrera en vigueur par étapes sur trois ans, en commençant par ses dispositions sur les messages électroniques commerciaux, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014. La réglementation prise en application de la Loi anti-pourriel contient 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 et/ou à la communication de renseignements personnels dans l'exercice d'une activité commerciale au Canada. Par « renseignement personnel », on entend tout renseignement concernant un particulier identifiable, à l'exclusion du nom et du titre d'un employé d'une organisation et du numéro de téléphone de son lieu de travail (soit l'information que l'on retrouve habituellement sur une « carte professionnelle »). 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, de membres ou de collecte de fonds ». Les entreprises sont tenues d'établir une structure administrative afin de 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 (y compris l'Ontario), 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 ont adopté des lois qui sont considérées comme étant essentiellement similaires. La législation de ces provinces s'applique à la collecte, à l'utilisation et à la communication de renseignements personnels de la part d'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 des banques, des sociétés de chemin de fer ou des compagnies de téléphone). La législation vise tant l'information en provenance du Québec, de la Colombie-Britannique et de l'Alberta que celle qui est reçue dans ces provinces. Bien que la LPRPDE ne s'applique pas aux organismes relativement à la collecte de renseignements sur les employés à moins qu'il ne s'agisse d'organismes du gouvernement fédéral, ces renseignements sont protégés par la législation provinciale équivalente portant sur le respect de la vie privée. Les organismes situés au Yukon, au Nunavut et dans les Territoires du Nord-Ouest sont considérés comme des entreprises fédérales pour l'application de la LPRPDE. La plupart des provinces ont également adopté des lois précises qui régissent la protection des renseignements médicaux personnels.

Le projet de loi S-4, actuellement à l'étude au Parlement, modifie sensiblement la LPRPDE, notamment en clarifiant les concepts de coordonnées personnelles et de coordonnées d'affaires. La définition actuelle de « renseignements personnels » exclut certaines coordonnées d'affaires, mais ces coordonnées exclues ne comprennent pas l'adresse électronique au travail. À l'issue d'une plainte déposée auprès du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada, ce dernier a conclu que l'utilisation de l'adresse électronique au travail d'une personne sans le consentement de celle-ci était contraire à la LPRPDE. Les modifications de la LPRPDE corrigent le tir à cet égard au moyen de l'ajout d'une définition des « coordonnées d'affaires » qui comprend l'adresse électronique au travail. La nouvelle définition est couplée à une nouvelle disposition prévoyant que la Partie 1 de la LPRPDE ne s'applique pas aux coordonnées d'affaires qui

« Cette modification proposée viendrait combler une faille importante de la LPRPDE qui rend difficiles les contrôles diligents et la réalisation de transactions. »

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 ».

Le projet de loi S-4 crée 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 ce consentement lorsque les parties ont besoin de ces renseignements pour décider de conclure ou non la transaction et, s'ils vont de l'avant, pour réaliser la transaction et lorsque les parties ont conclu une entente de confidentialité aux termes de laquelle le destinataire est tenu de se conformer aux obligations suivantes : (i) utiliser et communiquer les renseignements personnels uniquement à des fins liées à la transaction; (ii) les protéger au moyen de mesures de sécurité correspondant à leur degré de sensibilité et (iii) 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 peuvent avoir été transférés. Cette modification proposée viendrait combler une faille importante de la LPRPDE qui rend difficiles les contrôles diligents et la réalisation de transactions.

Comme c'est le cas dans plusieurs États américains, les modifications proposées de la LPRPDE prévoiraient l'instauration d'un protocole de notification en cas d'atteinte aux données. Les organismes seraient tenus d'aviser le Commissaire à la protection de la vie privée au Canada de toute atteinte « importante » aux mesures de sécurité se rapportant aux renseignements personnels dont ils ont la gestion. L'importance de l'atteinte serait fonction de la sensibilité des renseignements en cause, du nombre de personnes dont les renseignements sont touchés et de la question de savoir si l'atteinte est un incident isolé ou dénote un problème d'ordre systémique. Les organismes 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 imposeraient également une obligation positive aux organismes, soit celle de communiquer avec d'autres organismes ou institutions gouvernementales qui pourraient réduire le risque qu'un préjudice survienne à la suite de l'atteinte lorsque certaines conditions (qui seront précisées dans le règlement) sont réunies.

Selon la LPRPDE, il faut obtenir le consentement éclairé d'une personne avant de recueillir, utiliser ou communiquer les renseignements personnels de celle-ci. La validité du consentement est actuellement fonction des « attentes raisonnables » de la personne à qui on le demande. Le projet de loi S-4 tente

de clarifier cette disposition en précisant que le consentement sera valide uniquement s'il est raisonnable de s'attendre à ce que la personne qui le donne comprenne « la nature, les fins et les conséquences de la collecte, de l'utilisation ou de la communication des renseignements personnels » auxquels elle a consenti.

10

Immobilier

10
Immobilier



Le Canada occupe un immense territoire totalisant 9 976 000 kilomètres carrés, ou 3 851 000 milles carrés. Grâce à une population en croissance et à la disponibilité de vastes terrains pour le développement commercial, industriel, résidentiel et récréatif, 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*.

→ Régime d'enregistrement des 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 le registrateur) ou sont en voie de convertir leur système de publication des actes (sans certification du titre) au système d'enregistrement des titres fonciers. Terre-Neuve-et-Labrador et l'Île-du-Prince-Édouard 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 tels que les actes, les sûretés et les plans d'arpentage. La province de l'Ontario est la première instance gouvernementale au monde à assurer l'enregistrement électronique de documents immobiliers, lequel est obligatoire dans certaines régions de l'Ontario mais pas toutes.

En Ontario, grâce à l'enregistrement immobilier électronique, il n'est plus nécessaire de publier la version papier des actes au bureau d'enregistrement immobilier. Les actes sont enregistrés et les signatures sont apposées de façon électronique par les représentants des parties au moyen du logiciel spécialisé Teraview. Les représentants sont autorisés à signer, à compléter et à enregistrer les actes de façon électronique. Les actes préparés et soumis par des utilisateurs autorisés du système Teraview pour le compte d'autres parties sont réputés des actes de ces autres parties.

« 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*. »

→ Structures de propriété foncière

Au Canada, la plupart des fonds de terre sont détenus en fief simple ou en vertu d'un domaine 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).

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 (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 de ce mode de détention, 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 IMMOBILIERS (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 au cours de la dernière décennie 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

« Les FPI ont gagné en popularité au cours de la dernière décennie du fait qu'ils procurent plusieurs avantages tant aux sociétés immobilières qu'aux porteurs de parts. »

de parts (voir le chapitre « Considérations fiscales » du présent guide), un 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 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 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 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 offre 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. À l'inverse d'une société par actions, la société en commandite ou en nom collectif n'a pas de personnalité juridique distincte, ce qui permet 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.

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.

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

→ Propriété étrangère

De façon générale, le Canada limite peu le droit des étrangers d'acquérir la propriété de biens immeubles 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.

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 administrations et municipalités régionales.

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 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, le plan officiel et le règlement de zonage sont des facteurs de très grande importance. La plupart des 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 installations connexes, comme l'aménagement paysager, les équipements techniques, les voies d'accès et les aires de stationnement). La plupart des 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.

En Ontario, le lotissement de terrains nécessite le consentement du comité de dérogation ou du comité de lotissement de terrains local aux termes de la *Loi sur l'aménagement du territoire*. Cette exigence s'applique également à une hypothèque ou à l'octroi de tout autre intérêt dans un terrain (un bail, par exemple) sur une période d'au moins 21 ans (y compris tous les renouvellements), lorsque l'hypothèque ou l'intérêt est concédé uniquement à l'égard d'une partie de la propriété foncière. Le défaut d'obtenir le consentement requis entraîne la caducité de l'intérêt créé par l'acte, l'hypothèque ou le bail dans le bien immeuble. 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 de ce 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 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.

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, ces dernières étant mises en œuvre de façon détaillée par les villes.

« Depuis quelques années, les prêteurs et les acheteurs canadiens acceptent de plus en plus des assurances de titres à la place d'avis juridiques. »

→ 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 généralement 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, des vérifications accessoires (*off-title search*), ainsi que la revue des baux, des certificats de localisation et des 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 acceptent de plus en plus des assurances de titres à la place d'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.

→ 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 (« RECO »). Sauf dans certains cas comme celui des 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 ces qualités. 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 intenter 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.

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 la 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

10

Immobilier

« **...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. »**

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.

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*.

11

Droit de l'environnement

11

**Droit de
l'environnement**



→ Cadre législatif

Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux ainsi que les administrations locales réglementent le domaine de l'environnement au Canada. Bien que les gouvernements provinciaux et territoriaux constituent généralement les principales sources de réglementation de la plupart des questions en matière d'environnement, le gouvernement fédéral et les gouvernements municipaux sont intervenus davantage au cours des dernières années en ce qui a trait à la protection de l'environnement. Une certaine harmonisation des programmes et des normes a été entreprise à l'échelle nationale, mais il existe dans la plupart des cas des exigences fédérales, provinciales, territoriales et municipales distinctes. Ainsi, chaque province et chaque territoire du Canada est doté de ses propres régimes d'évaluation environnementale et de protection de l'environnement.

→ Terrains contaminés

Ce sont les provinces et les territoires qui réglementent principalement les questions relatives à la contamination du sol et des eaux souterraines. Même si la Cour suprême du Canada a confirmé l'application du principe du « pollueur-payeur » prévu par la loi, l'acheteur d'un terrain doit savoir qu'il peut quand même 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.

Par exemple, en Ontario, la *Loi sur la protection de l'environnement* (la « LPE ») prévoit l'émission d'arrêts contre quiconque possède un terrain contaminé ou en a la gestion ou le contrôle, que la personne ou l'entité ait causé ou non la contamination. Lorsque le rejet d'un contaminant se poursuit après la vente ou la location, on pourrait également considérer que le nouveau propriétaire ou locataire a permis que le rejet ait lieu, même si celui-ci n'en est pas la source, et il pourrait être tenu responsable et devoir prendre des mesures correctives. Par contre, la loi ontarienne ne prévoit aucune obligation d'assainissement pour la contamination antérieure.

La LPE prévoit une protection limitée contre la responsabilité légale. S'il effectue les enquêtes et les travaux d'assainissement appropriés et s'il dépose un dossier de l'état d'un site (un « DES »), le propriétaire ou le locataire sera à l'abri de toute mesure réglementaire relative aux contaminants indiqués dans le DES (sauf dans certains cas où la contamination s'étend à d'autres sites ou si l'organisme de réglementation estime qu'il existe un danger pour la santé

« **...l'acheteur d'un terrain doit savoir qu'il peut quand même 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.** »

ou la sécurité). Un DES doit obligatoirement être produit dans les cas où un changement prévoyant une utilisation plus sensible du site est projeté.

Comme en Ontario, la *Loi sur la qualité de l'environnement* (la « LQE ») du Québec assujettit le pollueur et toute personne qui a ou a eu la « garde » depuis mars 2003 d'un site contaminé (par exemple, à titre de propriétaire, de locataire ou d'occupant), même si cette personne n'a pas causé la contamination, à des obligations d'assainissement si le ministre responsable de la LQE rend une ordonnance en ce sens. Le créancier garanti qui prend possession d'un site contaminé pourrait aussi être réputé en avoir la « garde » et être tenu de l'assainir.

Au Québec, l'assainissement doit, dans bien des cas, se faire au moyen de plans de réhabilitation et d'échéanciers de mise en œuvre qui sont approuvés par le ministre et peuvent prévoir des restrictions à l'usage du terrain. Le plan de réhabilitation qui prévoit de telles restrictions doit être inscrit au titre du terrain, de sorte que le plan sera opposable à tout acquéreur du terrain.

Même si l'assainissement ordonné par le ministre doit être effectué conformément aux procédures de la LQE, il n'existe actuellement au Québec aucune obligation légale d'assainir un site contaminé. Cependant, la cessation de certaines activités industrielles et commerciales réglementées ou l'exercice d'activités différentes sur un terrain où ces activités réglementées étaient exercées ne peuvent avoir lieu sans la réalisation et la remise au ministre d'une étude de caractérisation. Si cette étude révèle la présence de contaminants dont la concentration excède les valeurs permises, il faut déposer un plan d'assainissement auprès du ministre. Lorsqu'il existe en bordure d'un terrain des contaminants dont la concentration excède les limites réglementaires ou lorsqu'il existe un risque sérieux de contamination de l'eau hors du terrain, la personne qui a la « garde » du terrain est tenue d'en aviser les propriétaires des fonds voisins concernés ainsi que le ministre. Dans certains cas, les avis de contamination de même que les études de caractérisation doivent être inscrits au titre du terrain. De plus, les municipalités doivent tenir une liste publique des sites contaminés.

➔ Responsabilité de l'exploitant

En règle générale, les provinces et les territoires canadiens prévoient deux principaux mécanismes de protection de l'environnement relativement aux activités commerciales et industrielles (y compris l'extraction des ressources) : une interdiction générale de rejet de contaminants et un système de permis ou de certificats pour les activités susceptibles d'être néfastes pour l'environnement. De plus, les frais de déclassement et de remise en état liés aux

installations de traitement des déchets et des eaux usées pourraient devoir être couverts par des garanties financières.

La LPE de l'Ontario, par exemple, interdit le rejet illicite 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 illicite peut être tenu responsable de cette infraction ou faire l'objet de sanctions environnementales et d'arrêts. Pour éviter cette responsabilité, il faut faire approuver par le ministère de l'Environnement de la province tous les rejets (dans l'air, l'eau ou la terre) dans le cadre des activités. Cette approbation peut être assortie de conditions et d'exigences (notamment de garanties financières), et toute modification des installations de rejet (y compris les égouts et les aqueducs) doit également être approuvée. En vue de moderniser le système de délivrance des certificats d'approbation environnementale, l'Ontario a récemment mis en œuvre un cadre législatif qui établit un registre simplifié pour les activités à faible risque et prévoit l'élaboration de dispositions pour les permis régissant un seul site et les permis régissant plusieurs milieux, ainsi que pour les approbations couvrant un seul site et les approbations couvrant plusieurs sites. Cette approche fondée sur le risque, semblable à celle que suivent déjà la Colombie-Britannique et l'Alberta, vise à assurer une plus grande souplesse aux entreprises.

La LQE du Québec impose l'obligation de ne pas polluer, de signaler les rejets accidentels au ministre et de nettoyer les sites de déversement de contaminants dans les plus brefs délais. Le début de tous travaux de construction, de toute activité industrielle ou de tout usage ou changement d'un procédé industriel doit être précédé de l'obtention d'un certificat d'autorisation si un rejet de contaminants est susceptible d'en résulter. Tout comme en Ontario, la loi réglemente un très grand nombre de contaminants. Plus particulièrement, la loi confère au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'imposer des restrictions relativement aux terrains humides. Le demandeur d'un certificat d'autorisation ou d'une autre permission doit déposer une déclaration donnant le nom de ses dirigeants et administrateurs ainsi que de certains de ses actionnaires et indiquant si ces personnes ont été reconnues coupables de diverses infractions au cours de certaines périodes précises, notamment des infractions aux termes de la LQE et aux termes du *Code criminel*.

Bien que les municipalités canadiennes aient toujours réglementé la pollution par le bruit et les rejets dans les égouts municipaux, elles sont de plus en plus actives depuis quelque temps dans la réglementation des substances toxiques à l'échelle locale. Par exemple, un grand nombre de municipalités canadiennes ont banni récemment l'utilisation des pesticides à des fins cosmétiques. De même, la ville de Toronto a adopté récemment un règlement qui prévoit la divulgation publique obligatoire de certaines substances toxiques utilisées ou produites à



En vue de moderniser le système de délivrance des certificats d'approbation environnementale, l'Ontario a récemment mis en œuvre un cadre législatif... »

« Les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale ont en vertu des lois fédérales et de certaines lois provinciales sur l'environnement l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour que la personne morale respecte ces lois. »

des installations de Toronto. Ce programme fondé sur le droit de la collectivité d'être informée s'inscrit dans le prolongement de l'Inventaire national des rejets de polluants du gouvernement fédéral et de la stratégie de réduction des substances toxiques de l'Ontario, qui ciblent tous deux les grandes entreprises.

Enfin, les activités qui causent des dommages à l'environnement sur les terrains adjacents, ou encore qui permettent la fuite de substances nocives, peuvent entraîner une responsabilité civile envers les parties lésées aux termes de principes juridiques généraux dont la négligence, la nuisance ou la règle de responsabilité civile stricte prévue dans *Rylands c. Fletcher* (dans les provinces de common law comme l'Ontario). Au Québec, le *Code civil* prévoit que les sociétés doivent s'abstenir de causer des inconvénients anormaux. Dans une décision récente, la Cour suprême du Canada a conclu que cette disposition créait un régime de responsabilité sans faute à l'égard des troubles de voisinage et a ordonné à l'exploitant d'une cimenterie de payer des dommages-intérêts à ses voisins pour les troubles que ces derniers avaient subis (même si la cimenterie s'était conformée à toutes les lois sur l'environnement applicables).

→ Responsabilité légale des administrateurs et des dirigeants

Les administrateurs et les dirigeants d'une personne morale ont en vertu des lois fédérales et de certaines lois provinciales sur l'environnement l'obligation 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 l'obligation d'exercer toute la prudence raisonnable nécessaire pour que la personne morale en respecte les exigences. En Ontario, la loi prévoit l'obligation plus limitée, pour les administrateurs et les dirigeants, d'exercer toute la prudence raisonnable afin d'empêcher la personne morale (i) de causer un rejet illicite, (ii) de contrevenir à des arrêtés et (iii) de contrevenir à ses obligations relatives aux approbations et aux avis relatifs aux rejets illicites et à la gestion des déchets dangereux. Au Québec, lorsqu'une personne morale ou un employé de celle-ci 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 ou de la réglementation est solidairement tenu, avec celle-ci, au paiement de cette somme, 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 une responsabilité relative aux activités de la personne morale s'ils sont jugés avoir personnellement permis un rejet ou un dépôt. En général, les dirigeants risquent davantage d'engager leur responsabilité que les administrateurs, car leurs fonctions de gestion peuvent leur conférer un plus grand contrôle sur le rejet ou le dépôt (contrairement aux administrateurs, qui ont un rôle de surveillance générale).

→ Évaluation des incidences environnementales

Les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux se servent de l'évaluation environnementale afin de s'assurer que toutes les incidences défavorables importantes sur l'environnement d'un projet réglementé sont prises en considération et réduites au minimum 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 »). Pour les projets qui sont de compétence à la fois fédérale et provinciale, le gouvernement fédéral encourage la collaboration avec les provinces et peut parfois substituer le processus d'évaluation environnementale d'un autre ressort au sien.

La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)* rend l'évaluation environnementale obligatoire pour la plupart des grands projets de développement, y compris les projets d'infrastructures, de fabrication de produits chimiques et pharmaceutiques, de pétrole et gaz, de pâtes et papiers et de production d'électricité et les projets miniers. Les évaluations environnementales fédérales ne se rapportent qu'aux secteurs de compétence fédérale, comme les pêches et les oiseaux migrateurs. Elle doivent se terminer à l'intérieur d'un délai de deux ans. Les régimes d'évaluation environnementale provinciaux exigent que certains projets du secteur privé fassent l'objet d'une évaluation et ils visent aussi souvent 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. En raison de règlements globaux en matière de revendications territoriales, d'ententes d'autonomie gouvernementale et du transfert de 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

« Le processus d'évaluation environnementale au Canada, en particulier dans le Nord, représente un défi complexe pour les promoteurs de projets et retarde souvent la mise en œuvre des projets controversés. »

examiner et approuver les évaluations environnementales des projets proposés dans le Nord.

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

→ Changements climatiques

Le cadre réglementaire du Canada sur les changements climatiques demeure marqué par des incertitudes et disparités importantes étant donné les différentes initiatives obligatoires et volontaires qui émanent sans cesse du gouvernement fédéral, ainsi que des gouvernements provinciaux et régionaux au Canada. Le Canada s'est retiré du *Protocole de Kyoto* et s'est engagé à négocier et à conclure une nouvelle convention internationale sur le changement climatique d'ici 2015 (entrée en vigueur en 2020).

Le gouvernement fédéral insiste sur l'importance d'harmoniser les politiques canadienne et américaine en matière de changements climatiques afin de maximiser les progrès réalisés au chapitre de la réduction des émissions de gaz à effet de serre (les « GES »), tout en préservant la compétitivité économique de ces pays. En conséquence, l'objectif de réduction des émissions d'ici 2020 que s'est fixé le Canada aux termes de l'Accord de Copenhague - soit une réduction de 17 % par rapport aux niveaux de 2005 - est identique à l'objectif actuel des États-Unis et est rajusté au besoin pour demeurer conforme à celui-ci.

Le gouvernement fédéral exige actuellement que les grandes entreprises industrielles qui émettent 50 000 tonnes de GES et plus par année déclarent la quantité de ces émissions à Environnement Canada. La réglementation fédérale sur les émissions de dioxyde de carbone dans divers secteurs est en voie de préparation; les normes d'efficacité des véhicules et d'économie de carburant ont déjà été adoptées. Le gouvernement fédéral a publié récemment la version définitive de son règlement applicable au secteur de l'électricité thermique au charbon. L'état de sa réglementation visant le secteur pétrolier et gazier, qui devait être publiée en 2013, demeure incertain. On ne sait donc pas comment la réglementation fédérale sera alignée sur les approches provinciales divergentes, notamment le cadre réglementaire renouvelé de l'Alberta (attendu en 2014). Le Québec met en œuvre par étape un système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de dioxyde de carbone en vertu de la LQE et du *Règlement*

concernant la délégation de la gestion de certaines parties du système de plafonnement et d'échange de droits d'émission de gaz à effet de serre.

Les mesures prises actuellement par le gouvernement fédéral ne permettront pas au Canada d'atteindre son objectif de 2020 malgré les initiatives provinciales et les initiatives régionales actuelles. On s'attend donc à ce que le cadre réglementaire du Canada sur les changements climatiques continue d'évoluer significativement au cours des prochaines années.

→ Obligation de la couronne de consulter les autochtones et de prendre des mesures d'accommodement à leur égard

Au Canada, les gouvernements fédéral et provinciaux (la « Couronne ») ont l'obligation légale de consulter l'Assemblée des Premières Nations, les Inuits et les Métis (collectivement, les « Autochtones ») lorsqu'ils ont connaissance (dans les faits ou par interprétation) 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 sites archéologiques pertinents sur le plan culturel, etc.) et qu'ils se proposent d'adopter une conduite qui pourrait porter atteinte à ces droits. Cette consultation peut, dans les circonstances appropriées, 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, l'augmentation de la surveillance environnementale, 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 découler d'une approbation, d'une licence ou d'un permis accordé par le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial ou territorial ou de l'exercice d'une autre activité susceptible de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones, telle que l'expansion ou le début d'activités d'extraction de ressources. Par conséquent, les gouvernements fédéral et provinciaux ont entrepris des processus de consultation dans le cadre des projets proposés qui relèvent de leur compétence. Dans le cas des projets auxquels les deux paliers de gouvernement participent, à savoir le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial ou territorial, la Couronne tentera généralement de coordonner les efforts de consultation afin d'éviter

« L'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones peut découler d'une approbation, d'une licence ou d'un permis accordé par le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial ou territorial ou de l'exercice d'une autre activité susceptible de porter atteinte aux droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones... »

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

le double emploi. La Couronne tentera également d'harmoniser son processus de consultation avec tout processus de consultation ou de participation imposé 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 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 devant être entreprises et l'approche adoptée dans le cadre de celles-ci varieront d'un projet à l'autre. Par exemple, si l'incidence négative sur les droits, ancestraux ou issus de traités, établis ou revendiqués par les Autochtones est minime, la consultation pourrait simplement prendre la forme d'une 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 négative sur les droits des Autochtones est susceptible d'être importante, l'obligation de consultation qui incombe à la Couronne pourrait être plus considérable (par exemple, consultation plus poussée, autres mesures d'atténuation et/ou d'accommodement).

Toutefois, la Couronne n'a aucune obligation légale d'en arriver à un accord avec un groupe autochtone. Par conséquent, les groupes autochtones n'ont pas de droit de veto à l'égard des mesures que la Couronne peut prendre. L'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne fait plutôt partie d'un processus de prise de décision équitable et, dans tous les cas, la Couronne doit agir de bonne foi et procéder à une consultation significative et appropriée dans les circonstances. La Couronne a fréquemment fait l'objet de litiges dans le cadre desquels on alléguait son omission de s'acquitter de ses obligations de consultation.

Les Autochtones ont une connaissance unique du milieu local et la connaissance traditionnelle autochtone est perçue comme étant un aspect important du processus de planification de projet, de la gestion des ressources et de l'évaluation de l'impact sur l'environnement. La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* (« LCEE »), par exemple, permet à quiconque effectue une évaluation de l'impact sur l'environnement de tenir compte ou non des connaissances traditionnelles autochtones. En échange de leurs connaissances traditionnelles, certaines communautés peuvent demander la signature d'une entente d'accès (appelée aussi protocole d'entente) aux connaissances traditionnelles autochtones, qui régira l'accès et l'utilisation de ces connaissances.

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 le common law incombe exclusivement à la Couronne, les promoteurs de projets du secteur privé jouent souvent un rôle important dans le cadre du processus de consultation des Autochtones. Par exemple, la Couronne délègue souvent au promoteur de projet du secteur privé 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 supervisera 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 (« ERA ») afin de faciliter l'accommodement des Autochtones. Les ERA peuvent servir à réduire les risques de litige avec les Autochtones, les actions directes ou la publicité négative. En échange de droits d'accès et de certaines restrictions de droits, les Autochtones peuvent obtenir de l'emploi, de l'instruction et des avantages communautaires ainsi qu'une forme de participation comme : des redevances, un partage des revenus et/ou un droit de propriété. Les promoteurs de projets auront avantage à s'assurer qu'un processus de consultation et d'accommodement approprié a été suivi, car l'omission de suivre ce processus risque fort d'entraîner des retards dans la réalisation du projet et d'augmenter les coûts de celui-ci. Les promoteurs dont les responsabilités sont déléguées ou encore sont prévues par la loi devraient veiller à identifier les communautés autochtones touchées et à obtenir leur concours dès que possible. La conclusion d'un protocole d'entente prévoyant le processus de consultation devrait, par exemple, être envisagée. Les ERA peuvent aussi servir de cadre au travail de collaboration avec les communautés autochtones touchées.

« Les ERA peuvent servir à réduire les risques de litige avec les Autochtones, les actions directes ou la publicité négative. »

12

Droit de l'emploi

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 et/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 de l'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 peut y avoir 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 peut être tenu de réintégrer un employé qui a été congédié (notamment si l'employeur a congédié une employée parce qu'elle a pris un congé de maternité) uniquement dans certaines circonstances, alors que le *Code canadien du travail* et la législation québécoise confèrent aux employés des droits pouvant être plus étendus qui leur permettent de demander leur réintégration.

Les normes minimales établies par la loi ne peuvent être supprimées dans un contrat ni faire l'objet d'une renonciation 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

 **... il peut y avoir 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. »**

« 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 tout salaire perdu. »

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 au sein 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 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 six mois à la 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 s'appliquant uniquement à 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 motif valable. 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 tout salaire perdu.

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 la Commission des relations du travail et, au fédéral, par le Conseil canadien des relations industrielles. Ces tribunaux spécialisés traitent également des 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 fondé 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 de famille, l'identité sexuelle,

« 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. »

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 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, 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 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 est réputée non discriminatoire. 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 en matière 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 chacun adopté, au moyen d'une loi sur l'équité salariale, le principe du salaire égal pour un travail de valeur égale. »

L'Ontario et le Québec ont chacun 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 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 2014, la cotisation de l'employé correspond à 1,93 % (1,53 % au Québec) de sa rémunération assurable jusqu'à concurrence de 48 600 dollars (de sorte que la cotisation maximale de l'employé s'élève à 913,68 dollars (743,58 dollars au Québec) en 2014). 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.

« Pour 2014, la cotisation de l'employé correspond à 1,93 % (1,53 % au Québec) de sa rémunération assurable jusqu'à concurrence de 48 600 dollars (de sorte que la cotisation maximale de l'employé s'élève à 913,68 dollars (743,58 dollars au Québec) en 2014). »

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. De plus, 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, les dispositions de la *Loi sur l'assurance parentale* prévoient 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 2014, le taux de cotisation applicable à un employé est de 0,559 % des gains et le taux de cotisation applicable à un employeur de 0,782 % des gains jusqu'à concurrence de 69 000 dollars. La cotisation maximale payable en 2014 par un employé est de 385,71 dollars, et celle payable par un employeur de 539,58 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'intéressement à base de titres » du présent guide.

→ Santé et sécurité au travail et indemnisation des travailleurs

Toutes les provinces ont 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 prévues par la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, qui :

- encouragent les programmes de santé et sécurité par l'entremise de comités obligatoires composés de représentants de la direction et des travailleurs;
- imposent des obligations aux employeurs, aux superviseurs, aux travailleurs et à des tiers (par exemple, des propriétaires) en matière de sécurité des lieux de travail;
- fournissent aux employés l'accès à l'information relative à la présence de matières dangereuses sur les lieux de travail;
- permettent 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;
- protègent 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 peuvent être 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, la sécurité et 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 ne peuvent pas contractuellement renoncer à la protection de la loi, mais peuvent convenir avec les employeurs de conditions de travail plus favorables que les normes minimales prescrites par 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 se situant entre 2,7 % et 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 droit, lors de la cessation d'emploi, non seulement à l'avis minimal ou à une somme d'argent en remplacement d'un avis, mais aussi à un recours en dommages-intérêts si l'avis de cessation d'emploi n'était pas « raisonnable ».

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 1 million 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.

13

Retraite, avantages sociaux et régimes d'intéressement

13

Retraite,
avantages
sociaux et
régimes
d'intéressement



→ 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 compte 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 à compter de l'âge de 65 ans, 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 à même les recettes fiscales générales.

Le Régime de pensions du Canada (le « RPC ») est un régime contributif obligatoire, proportionnel au revenu de travail et à l'intention des employés qui offre des prestations de retraite, des prestations aux survivants, des prestations de décès ainsi que des prestations d'invalidité à long terme. Le Régime de rentes du Québec (le « RRQ »), essentiellement semblable au RPC, s'applique aux particuliers travaillant ou résidant au Québec. La cotisation versée par l'employé dans le cadre du RPC ou du RRQ correspond à un pourcentage des gains, auquel vient s'ajouter une cotisation équivalente versée par l'employeur.

Le RPC prévoit plusieurs types de prestations pour les employés 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);
- des prestations à un conjoint survivant et/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 2014 correspondent dans chaque cas à 4,95 % des gains ouvrant droit à pension excédant 3 500 dollars, jusqu'à concurrence de 52 500 dollars (de sorte que le montant maximal de la cotisation devant être versée par l'employé et l'employeur en 2014 s'établit à 2 425,50 dollars).

« Le Régime de pensions du Canada (le « RPC ») est un régime contributif obligatoire proportionnel au revenu de travail à l'intention des employés qui offre des prestations de retraite, des prestations aux survivants, des prestations de décès ainsi que des prestations d'invalidité à long terme. »

RÉGIMES D'ÉPARGNE-RETRAITE ÉTABLIS PAR LES EMPLOYEURS

Bon nombre d'employeurs offrent volontairement des régimes de retraite privés. Ceux-ci peuvent être propres à un employeur en particulier, ou consister en régimes de retraite à plusieurs employeurs qui sont administrés par des conseils de fiduciaires. En règle générale, les régimes de retraite sont des régimes à prestations déterminées, à cotisations déterminées ou hybrides. Les régimes à prestations déterminées sont de plus en plus rares dans le secteur privé. Les régimes de retraite privés, tout comme l'emploi et la main-d'œuvre en général, sont régis par la législation fédérale ou provinciale, selon la nature de l'entreprise exploitée ou des activités exercées. Pour être admissibles au 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 prévoit les normes minimales applicables aux régimes de retraite et établit des règles portant sur plusieurs aspects des arrangements en matière de retraite, dont les suivants :

- le financement;
- l'admissibilité;
- la formule applicable aux fins du calcul des pensions;
- les années de service ouvrant le droit à la 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 dans les actifs de caisse de retraite et les prélèvements effectués sur ceux-ci;
- les transferts d'actifs de caisse 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 régime de retraite qui est enregistré à l'endroit où la majorité des participants travaillent. Le régime de retraite prévoit également des prestations de retraite à l'égard des 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 arrangement complémentaire devra être établi si le revenu de retraite que l'employeur souhaite verser excède cette limite.

Les arrangements complémentaires en matière de retraite sont généralement connus sous le nom de Régimes de retraite complémentaires à l'intention des dirigeants (*top-up* ou *top-hat plans*). Ces régimes 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 bénéfices. 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.

Le gouvernement fédéral permet maintenant aux employeurs d'offrir un régime de pension agréé collectif (RPAC), option de régime peu coûteuse pour les employeurs qui n'offrent pas actuellement de régime de retraite. Jusqu'à présent, seuls le gouvernement fédéral et le Québec ont entièrement mis en œuvre les RPAC (l'Alberta, la Colombie-Britannique et la Saskatchewan ont adopté des lois sur les RPAC, mais elles ne les ont pas encore mises en œuvre). Les provinces devront toutes adopter des lois habilitantes pour que le cadre des RPAC puisse prendre effet dans l'ensemble du Canada.

« 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 bénéfices. »

→ 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 à même les recettes fiscales générales et, dans certaines provinces, les cotisations ou les charges sociales. Les programmes d'assurance-emploi et d'indemnisation des travailleurs sont décrits dans le chapitre « Droit de l'emploi » du présent guide. Les avantages sociaux fournis par les employeurs ont grandement changé et viennent compléter la protection de base qu'offrent les programmes gouvernementaux.

Les régimes d'avantages sociaux peuvent comprendre un grande variété de prestations d'assurance vie, d'assurance décès et mutilation accidentels, d'assurance invalidité de courte et de longue durée, d'assurance médicale, d'assurance médicaments et d'assurance dentaire. Ces régimes sont souvent complexes afin de tenir compte des risques, notamment des risques financiers, inhérents à la prestation des avantages sociaux et d'assurer l'efficacité fiscale.

13

Retraite, avantages sociaux et régimes d'intéressement

Certains employeurs offrent également des avantages sociaux après que l'employé a pris sa retraite; toutefois, en raison des coûts accrus, les employeurs ont eu tendance dernièrement à réduire les avantages sociaux ou à y mettre fin, ou à exiger le versement de primes de la part des retraités.

➔ Régimes d'intéressement à base de titres

Les régimes incitatifs et d'épargne fondés sur des actions constituent des mécanismes utiles pour établir des systèmes de rémunération efficaces. Ces régimes sont très souvent utilisés pour récompenser les membres de la haute direction et les maintenir au service de l'entreprise à moyen et à long terme.

Ces régimes peuvent prendre un grand nombre de formes, dont les suivantes : 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.

Il faut tenir compte des exigences de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la législation provinciale en valeurs mobilières afin de s'assurer que l'application de ces régimes n'entraînera aucune incidence juridique non souhaitée.

14

Admission temporaire et résidence permanente

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, le demandeur qui prévoit travailler au Québec ou y résider en permanence doit de 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 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 (« ALENA ») et entre les nations membres de 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 aux présentes.

→ Admission temporaire

GÉNÉRALITÉS

L'employeur doit habituellement aider les employés qui ne sont ni résidents permanents du Canada ni citoyens canadiens à obtenir l'autorisation d'emploi qui permettra à ces derniers de travailler légalement au Canada, ce qu'il peut faire, dans la plupart des cas, en obtenant la validation d'une offre d'emploi auprès d'un bureau d'Emploi et Développement social Canada (« EDSC »). Dans certains cas, il ne sera pas nécessaire d'obtenir la validation d'une offre d'emploi auprès d'EDSC. Par exemple, les membres de la haute direction d'une société peuvent être admis au Canada aux 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 doit normalement 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.

« L'employeur doit habituellement aider les employés qui ne sont ni résidents permanents du Canada ni citoyens canadiens à obtenir l'autorisation d'emploi qui permettra à ces derniers de travailler légalement au Canada... »

14

Admission temporaire et résidence permanente

« 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. »

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 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, des diplomates 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 a conclu plusieurs accords internationaux relatifs au commerce en général. Ces accords complètent la législation et les politiques du Canada en matière d'immigration, lesquelles, depuis les quelques dernières années, visent de plus en plus à permettre aux sociétés canadiennes d'atteindre leurs objectifs.

L'ALENA prévoit une procédure rationalisée en vertu de laquelle certains gens d'affaires nord-américains qui sont citoyens des États-Unis ou du Mexique peuvent être admis au Canada pour 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 gens d'affaires en visite;
- les négociants et les investisseurs;
- les professionnels;
- les personnes mutées à l'intérieur d'une société.

Un « homme ou une femme d'affaires en visite » 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 et qui ne peut donc pas tenter de se joindre au marché du travail canadien. 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. 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. La liste des professions spécifiées dans l'ALENA est beaucoup plus longue que celle que prévoit l'AGCS.

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 comporte 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,

14

Admission temporaire et résidence permanente

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

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 », visa valide pendant 10 ans qui permet des visites multiples au Canada et des séjours durant une période maximale de 24 mois à la fois sans que le détenteur ait à le renouveler.

Les catégories de l'immigration économique sont expliquées en détail plus loin.

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 pour les gens d'affaires admissibles ou les personnes 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 « visa pour démarrage d'entreprise ».

Les immigrants « travailleurs autonomes » sont des étrangers ayant 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 pilote du « 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. On s'attend à ce que les entrepreneurs immigrants puissent bénéficier d'un soutien qui les aidera à manœuvrer dans le milieu des affaires canadien et à ce que les entreprises du secteur privé puissent de leur côté bénéficier de l'apport des nouveaux arrivants talentueux du monde entier.

Pour être admissible au programme du visa pour démarrage d'entreprise, le demandeur doit recevoir un engagement d'au moins 200 000 dollars d'un fonds de capital de risque canadien désigné ou encore d'au moins 75 000 dollars d'un groupe d'investisseurs providentiels canadien désigné. Il 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 qu'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 11 824 dollars (personne seule) à 31 291 dollars (famille de sept personnes ou plus). Ces montants sont actualisés tous les ans.

QUÉBEC

Si un immigrant veut s'établir au Québec, un visa de résidence permanente sera émis 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, si le requérant est un immigrant économique, il respecte les critères de sélection du Québec et, 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.

PROGRAMME DES CANDIDATS DES PROVINCES

Le gouvernement du Canada a conclu des ententes relatives aux programmes 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 respecté 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.

Les Programmes des candidats des provinces visent principalement la sélection de travailleurs qualifiés choisis dont les compétences sont particulièrement adaptées aux besoins d'une économie provinciale donnée, quoique certaines provinces soient également intéressées à présenter comme candidats des gens d'affaires requérants. Les demandes sont faites au départ auprès des 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.

TRAVAILLEURS QUALIFIÉS

Dans le cadre d'initiatives récentes, le gouvernement du Canada a signalé 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.

« Les Programmes des candidats des provinces visent principalement la sélection de travailleurs qualifiés choisis dont les compétences sont particulièrement adaptées aux besoins d'une économie provinciale donnée... »

14

Admission temporaire et résidence permanente

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. Tout 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. Depuis le 1er mai 2014, le nombre de demandes de la CEC est plafonné à 8 000 en raison de la transition vers le nouveau système Entrée express prévu pour janvier 2015 (le « SEE »), dont il est question plus loin.

Programme des travailleurs qualifiés (fédéral)

Aux termes du volet fédéral du programme des travailleurs qualifiés (le « PTQF »), le demandeur doit avoir en main une offre d'emploi valable d'un employeur canadien ou faire la preuve qu'il a occupé un poste rémunéré sans interruption pendant au moins un an au cours des 10 années précédentes dans l'une des 25 professions spécialisées. Dans le cadre du système de pointage utilisé pour le PTQF, la pondération attribuée aux compétences linguistiques en français et anglais et à la jeunesse d'un candidat 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 sont attribués 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 de scolarité et d'adaptabilité.

Au 1^{er} mai 2014, le nombre de nouvelles demandes aux termes du PTQF est plafonné à 25 500. Ces demandes seront les dernières demandes traitées en vertu du système actuel avant le lancement du SEE. Ce nombre comprend un maximum de 500 demandes faites par des doctorants étrangers. Aucun plafond ne s'applique toutefois aux demandeurs qui ont une offre d'emploi admissible.

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.

Programme fédéral des métiers spécialisés

Le programme fédéral des métiers spécialisés (le « PFMS ») 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. Tout comme le PTQF, le PFMS sera remplacé par le SEE en 2015. À compter du 1^{er} mai 2014, un maximum de 5 000 demandes seront traitées aux termes du PFMS.

Nouveau système Entrée Express

Le 1^{er} janvier 2015, le Canada mettra en œuvre le nouveau système Entrée express, au moyen duquel les immigrants éventuels pourraient signaler leur désir de venir au Canada au moyen de leur demande. Pour se faire, ils auraient à répondre à une série de questions au sujet de leurs compétences professionnelles, leurs études, leurs langues parlées et d'autres sujets qui restent à déterminer. Les candidats seraient ensuite évalués par rapport aux besoins en matière d'emploi relevés par les provinces et les territoires ainsi que par les employeurs. En cas de correspondance entre les compétences et les besoins, la personne qui a fait une demande aux termes du PTQF, du PFMS ou de la CEC deviendrait admissible au SEE. Le candidat aux termes du SEE ayant reçu une offre d'emploi valide ou ayant été désigné par une province ou un territoire serait invité à présenter une demande de résidence permanente.



**Le 1^{er} janvier
2015, le
Canada mettra
en œuvre
le nouveau
système Entrée
express... »**

15

Litige civil

15

Litige civil

→ Introduction au système judiciaire canadien

Le Canada est une fédération composée de 10 provinces et de trois territoires, qui sont investis de la compétence principale d'administrer la justice conférée par la Constitution canadienne, bien qu'il existe une Cour fédérale dont relève 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, 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 de ces cours 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 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. À quelques différences près, les règles de procédure régissant les instances judiciaires dans chaque province et territoire sont similaires. Le présent aperçu porte sur les règles applicables dans les provinces de l'Ontario (province de common law) et de Québec (seul ressort de droit civil au Canada). Il convient de noter que l'exposé relatif au Québec est fondé sur les règles de procédure civile en vigueur en juin 2014; un nouveau *Code de*

« ... 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. »

procédure civile, qui entraînera des modifications importantes de ces règles, devrait entrer en vigueur à l'automne 2015.

LES INSTANCES EN ONTARIO ET AU QUÉBEC

Les cours supérieures de l'Ontario et du Québec ont une compétence générale et peuvent se prononcer sur toute matière dans la province qui n'est pas expressément écartée par des règles de procédure ou des lois applicables, notamment en matières civile et pénale. Un seul juge entend les causes dans les cours supérieures de l'Ontario et du Québec. 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 dont il est saisi.

Au Québec, il n'existe aucun procès devant jury en matière civile. Les affaires en première instance sont entendues par un juge siégeant seul. En Ontario, le demandeur a le droit de faire entendre sa cause par un jury dans toutes les matières. Les procès devant jury sont courants dans les litiges portant sur des lésions corporelles, mais rarement invoqués lors de différends commerciaux. Le procès devant jury n'est jamais obligatoire en matière civile. La cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'annuler une convocation du jury et d'exiger un procès devant un juge siégeant seul. Une telle convocation peut aussi 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 façon générale, il n'est pas nécessaire de faire quoi que ce soit avant d'introduire une instance; il suffit qu'une partie dépose le document approprié auprès de la cour. Il y a cependant des exceptions à cette règle; par exemple, lorsque la constitutionnalité d'une loi est contestée ou que le gouvernement

(fédéral ou provincial) est en cause pour une autre raison, un avis spécial au gouvernement peut être obligatoire avant ou à l'introduction d'une instance.

Il est quand même courant que la partie qui envisage d'introduire une instance commence par envoyer une mise en demeure lorsque cela ne causera aucun préjudice à sa réclamation. En fait, il est souvent indiqué d'envoyer une mise en demeure, car cela peut déterminer le point de départ de l'intérêt qui court sur le montant de la réclamation.

Chaque province prévoit ses propres délais de prescription quant à l'introduction d'une instance. En Ontario, la période générale de prescription applicable à la plupart des réclamations civiles, comme l'inexécution de contrat et la négligence, est de deux ans. Au Québec, la période de prescription générale 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 dans les provinces et territoires de common law. Quiconque envisage un litige devrait obtenir des conseils juridiques dès qu'il 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, savoir au moyen d'une requête ou d'une action.

L'action est habituellement introduite au moyen d'une déclaration. Lorsqu'il n'y a pas assez de temps pour la rédaction de la déclaration, on peut aussi recourir à l'avis d'action, qui contient un bref exposé de la demande, à condition de produire la déclaration dans les 30 jours suivant la délivrance de l'avis d'action. L'action entraîne nécessairement l'échange d'actes de procédure, la divulgation réciproque des éléments de preuve et un procès complet.

La requête débute par un avis de requête et, contrairement à l'action, est une procédure plus sommaire. On ne peut y recourir que dans les cas prévus par la loi ou les règles de procédure. Elle est présentable lorsqu'il n'existe aucun fait important en litige et lorsqu'il est possible de présenter des arguments sur les questions en litige à la lumière d'un dossier documentaire et que la preuve est présentée par déclaration solennelle plutôt que par le témoignage.

Au Québec, toutes les instances sont introduites par la requête introductive d'instance, soit un énoncé écrit concis des faits sur lesquels se fonde l'action ainsi que les réparations recherchées. La requête s'accompagne d'un avis demandant au défendeur de comparaître officiellement au dossier et indiquant la date de présentation de la requête introductive d'instance devant un juge aux

« **Quiconque envisage un litige devrait obtenir des conseils juridiques dès qu'il prend connaissance de son droit d'action possible afin d'éviter tout risque de prescription.** »

fins d'examen, date qui, sauf en cas de circonstances exceptionnelles, ne peut pas tomber moins de 30 jours après la signification.

RÉPONDRE À LA PROCÉDURE JUDICIAIRE

En Ontario et au Québec, une fois que le défendeur s'est fait signifier la procédure introductive d'instance (une requête au Québec ou une déclaration ou un avis d'action en Ontario), il a un délai précis pour y répondre. On répond à une action et à une requête au moyen d'une défense. Une partie répond à la requête en faisant signifier un avis de comparution. Au Québec, le défendeur doit produire une comparution officielle au dossier de la cour dans les 10 jours de la signification de la requête introductive d'instance, sinon le demandeur peut obtenir un jugement par défaut contre lui.

Dans le cadre d'une action ou d'une requête, le défendeur peut aussi déposer une demande reconventionnelle s'il désire faire valoir une réclamation contre le demandeur et, de façon concomitante, il peut aussi joindre un autre défendeur ou un tiers à l'instance. De plus, le défendeur peut introduire une mise en cause (l'action en garantie au Québec) s'il désire faire valoir une réclamation liée à l'action initiale contre un tiers. 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 à part entière ou comme ami de la cour.

« 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'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 grande partie des documents susmentionnés (déclaration, avis de requête ou requête et défense). 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.

(a) 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 qu'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 une copie de chaque document figurant dans l'affidavit de documents sauf en ce qui concerne les documents protégés par le secret professionnel, qui sont généralement les documents créés en vue de la prestation ou de la réception de conseils juridiques. Lorsque des conseils juridiques sont sollicités auprès d'un conseiller juridique professionnel agissant à ce titre, 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, il n'est pas obligatoire d'indiquer ou de remettre les documents pertinents aux autres parties. Au contraire, chaque partie doit demander expressément à l'autre de produire des documents précis et pertinents indiqués, soit en lui envoyant un subpoena, soit pendant l'interrogatoire préalable. 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.

(b) l'interrogatoire préalable

En Ontario et au Québec, une partie peut, avant le procès, interroger hors cour l'autre partie 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 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, mais, dans des cas exceptionnels, elle peut obtenir de la cour l'autorisation d'interroger plusieurs représentants.

Pendant l'interrogatoire préalable, les parties peuvent présenter des oppositions fondées sur les règles de preuve. Ces oppositions sont ensuite 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.

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

« En Ontario et au Québec, on peut présenter une motion ou une requête au tribunal à tout moment, avant ou pendant le procès. »

(c) La règle de l'engagement présumé/implicite

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

→ Les motions, requêtes et autres procédures interlocutoires

LES MOTIONS ET REQUÊTES PRÉALABLES AU PROCÈS

En Ontario et au Québec, on peut présenter une motion ou une requête au tribunal à tout moment, avant ou pendant le procès. Sauf en cas d'urgence extraordinaire, l'objet de la motion ou de la requête (et, généralement, son existence) doit être communiqué par écrit avec préavis aux autres parties.

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

En Ontario, la cour peut rejeter une action à une étape préliminaire par voie de jugement sommaire si le défendeur peut démontrer qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Au Québec, une telle procédure pour jugement sommaire n'existe pas, 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 « SLAPP »). 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 solliciter auprès de la cour 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. Même si cela se produit concrètement plus souvent en Ontario qu'au Québec, la règle générale dans les deux provinces veut que le demandeur prenne un engagement ou dépose un cautionnement afin de défrayer 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 jamais dû être délivrée.

Les cas spéciaux : 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*. Elle vise à interdire à une partie d'aliéner ou de céder des actifs en fraude des droits de ses créanciers. Le tribunal qui délivre l'injonction peut interdire à la partie d'aliéner des actifs, tant dans le territoire où il a compétence que dans d'autres territoires du monde si les circonstances le justifient.

L'« ordonnance Anton Piller » tire son nom de l'affaire anglaise *Anton Piller KG c. Manufacturing Processes Ltd*. Elle vise à permettre au demandeur de conserver des éléments de preuve susceptibles d'être détruits ou dissimulés une fois que le défendeur apprend l'existence de l'action. Elle autorise le demandeur à se présenter chez le défendeur pour saisir et préserver les 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 démontrer, à la lumière des faits, qu'en l'absence d'une telle ordonnance, il y a une possibilité réelle 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*. Elle permet à une partie d'obtenir des renseignements d'un tiers (contre lequel le requérant n'a aucune cause d'action) avant l'introduction de procédures judiciaires. 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 dépenses 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 accordées sans préavis au défendeur.

« On peut solliciter une injonction Mareva, une ordonnance Anton Piller et une ordonnance Norwich partout au Canada, y compris en Ontario et au Québec. »

LES ORDONNANCES DE SAISIE ET LES SAISIES AVANT JUGEMENT

En Ontario, si les procédures portent sur la revendication d'un droit sur un bien-fondé, 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 saisir, avant jugement et sans l'autorisation d'un juge, 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 préalables sont terminés, une conférence préparatoire est tenue; à ce moment, s'il apparaît que l'affaire ne sera pas réglée hors cour, 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 d'éléments de preuve 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.

Si un témoin refuse de se présenter volontairement pour témoigner devant un tribunal en Ontario, il peut y être forcé par assignation pourvu qu'il soit résident du Canada. Au Québec, seuls les témoins résidant en Ontario et au Québec peuvent être forcés à comparaître par assignation. 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 seulement par la délivrance de lettres rogatoires (ou par commission rogatoire), auquel cas la cour rend une ordonnance sollicitant l'aide d'un tribunal étranger (ce qui comprend, au Québec, le tribunal d'une autre province du Canada) afin d'ordonner qu'un témoin situé dans le territoire étranger se soumette à un interrogatoire devant un sténographe.

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. Il est courant que les parties s'entendent sur l'introduction en preuve de certains documents, mais il faut généralement que la teneur d'un document soit établie au moyen d'une déposition.

LES RAPPORTS D'EXPERTS

Selon la pratique généralement suivie en Ontario et au Québec, les parties nomment leurs propres experts lorsque cela est nécessaire, quoique la cour puisse aussi de son propre chef nommer un expert indépendant chargé d'exprimer une opinion sur une question dans certains cas. Une partie peut mettre en doute ou rejeter le rapport d'un expert nommé par la cour, et cet expert peut être contre-interrogé. Sous réserve d'une telle opposition de la part des parties, le rapport d'un expert nommé par la cour fait partie de la preuve présentée au procès.

Lorsqu'une partie nomme son propre expert ou qu'un expert est conjointement nommé par les parties, celui-ci doit produire un rapport écrit qui doit être communiqué aux parties et déposé au dossier de la cour dans un délai prévu, à défaut de quoi il ne peut témoigner au procès. En Ontario, au plus trois rapports d'experts peuvent être déposés sans autorisation de la cour. Il n'existe aucune limite au Québec.

Au Québec, lorsque les parties produisent des rapports d'experts contradictoires, la cour a le pouvoir d'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 un jugement final sur le fond du litige entre les parties. La cour rend son jugement soit en le lisant en audience, soit en le déposant par écrit auprès du greffe. En Ontario, bien que la cour tranche l'affaire et puisse prononcer les motifs de son jugement, ce sont généralement les parties qui rédigent l'ordonnance officielle et la 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.

En Ontario et au Québec, les jugements finaux peuvent être modifiés ou annulés, mais seulement dans des cas exceptionnels. En Ontario, une ordonnance peut être annulée ou modifiée lorsqu'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 lorsqu'il y a un vice de procédure, que le juge accorde plus que ce qui est demandé ou qu'il a fait défaut de se prononcer sur l'un des motifs essentiels de la poursuite, que le jugement a été rendu à la lumière de documents dont on découvre par la suite qu'ils sont faux ou à la suite d'une fraude de la partie adverse ou lorsque des documents décisifs ont été découverts depuis le prononcé du jugement et dont la production avait été empêchée par une force irrésistible ou par un acte de la partie adverse.

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 possible 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'infirme une telle conclusion que lorsqu'elle est visiblement erronée et constitue une erreur manifeste et dominante. Les conclusions portant sur le droit pur font

« Généralement, la partie insatisfaite d'un jugement final n'a d'autre choix que d'interjeter appel auprès d'un tribunal d'instance supérieure... »

l'objet d'un degré moindre de déférence 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, lorsqu'un défendeur s'est fait signifier la procédure introductive d'instance et fait défaut de produire une défense (ou au Québec une comparution) auprès de la cour, le demandeur peut obtenir un jugement par défaut contre lui. 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 lorsque le défendeur peut établir que son défaut de produire une défense n'était pas intentionnel ou délibéré, qu'il a fait preuve de diligence pour faire annuler le jugement par défaut et que sa défense est valable.

Les jugements sur consentement

En Ontario et au Québec, le défendeur peut, à toute étape de la procédure, consentir en tout ou en partie à la demande. Lorsque le défendeur consent seulement à une partie de la demande, le demandeur peut obtenir jugement immédiatement la concernant, tandis que l'instance se poursuit pour le reste.

→ Les recours extraordinaires

LES RECOURS COLLECTIFS

Un recours collectif 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 « représentant », doit présenter une motion ou une requête sollicitant l'autorisation de la cour de poursuivre l'action en tant que recours collectif. Les critères à satisfaire en Ontario et au Québec pour que la cour autorise un recours collectif sont similaires. En général, la cour détermine 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 le recours collectif.

Le recours collectif qui est autorisé 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

« Un recours collectif 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. »

« Plusieurs provinces prévoient des procédures simplifiées pour le règlement des litiges à moindre valeur pécuniaire. »

ne pouvaient pas faire l'objet du jugement applicable à tout le groupe soient tranchées.

Lorsque l'autorisation du recours collectif n'est pas obtenue, celui-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 à 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, dans la mesure où le demandeur n'est pas une entité comptant plus de cinq employés et que le montant de la réclamation est d'au plus 7 000 dollars (plafond qui passerait à 15 000 dollars si les modifications proposées par le gouvernement du Québec sont adoptées), 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 peut être introduite devant le Tribunal de la concurrence pour les présumés manquements à la *Loi sur 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 des capitaux, 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 (« CVMO ») est une société d'État autofinancée redevable à la législature de l'Ontario. La CVMO jouit de vastes pouvoirs discrétionnaires d'application de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario et d'enquête sur les allégations d'inconduite dans les marchés des capitaux.

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'autoréglementation, les bourses et les agences de compensation. Les instances devant la CVMO sont entendues par un groupe 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 secteur des valeurs mobilières. Le Bureau de décision et de révision en valeurs mobilières (le « Bureau ») 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 Bureau 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. Le Bureau peut aussi contrôler les décisions de l'AMF. Une fois déposée auprès de la Cour supérieure, une décision du Bureau devient exécutoire comme s'il s'agissait d'une décision rendue par la Cour supérieure. Le Bureau a ses propres règles de procédure. On peut interjeter appel d'une décision finale du Bureau auprès de la Cour du Québec (la cour provinciale du Québec), dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel, avec autorisation d'un juge de cette cour.

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 et/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

 **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 et/ou la médiation. »**

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, certains types de procédures intentées devant la Cour supérieure sont assujettis à la médiation obligatoire. Autrement, les parties n'ont aucune obligation de recourir à la médiation.

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. Si les modifications proposées par le Québec sont adoptées, il sera obligatoire de considérer des modes extrajudiciaires de règlement des différends avant d'intenter une procédure judiciaire.

L'ARBITRAGE

Les parties peuvent convenir 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 diverses lois sur l'arbitrage qui s'appliquent aux arbitrages effectués en Ontario et au Québec.

Au Québec, la convention d'arbitrage fait partie des contrats nommés du *Code civil du Québec*, de sorte que son caractère exécutoire ne nécessite pas de reconnaissance officielle. Les arbitres ont le pouvoir de décider des questions relatives à leur propre compétence. Lorsqu'une action est soumise à la cour et qu'il existe entre les parties une convention d'arbitrage en visant l'objet, 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*.

En Ontario, un arbitrage est assujetti 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 lorsque les parties ont des établissements dans différents pays. La *Loi sur l'arbitrage commercial international* prévoit un arbitrage fondé sur la Loi type de la CNUDCI adoptée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international. Ce modèle est souple sur le plan procédural, permettant aux parties en cause

d'établir la procédure qui leur convient le mieux dans le cadre fourni par la *Loi sur l'arbitrage commercial international*.

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 non liés aux relations de travail lorsque les parties conviennent, par écrit ou verbalement, de soumettre un différend à l'arbitrage. Tout comme le *Code civil du Québec*, la *Loi de 1991 sur l'arbitrage* prévoit qu'un arbitre peut se prononcer sur sa propre compétence. Lorsqu'une instance est introduite devant un tribunal ontarien à l'égard d'un objet assujéti à l'arbitrage, celui-ci 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.

Les dépens et le recouvrement des frais de litige

En Ontario et au Québec, une partie peut recouvrer une tranche de ses dépenses liées 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. La cour exerce son pouvoir discrétionnaire à la lumière de plusieurs facteurs, 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. Cependant, les dépens accordés par la cour ne couvrent généralement pas la totalité des dépenses juridiques engagées par la partie.

En Ontario, les dépens accordés sont soit des « dépens d'indemnisation partielle », soit des « dépens d'indemnisation substantielle ». L'octroi des dépens d'indemnisation substantielle entraîne des dépens beaucoup plus élevés que l'octroi des dépens d'indemnisation partielle et la cour l'ordonne généralement pour sanctionner la conduite inappropriée de l'une des parties. Les tribunaux ontariens tiennent aussi compte d'une offre de règlement faite par écrit par une partie avant le procès lors de l'évaluation de la conduite des parties et des dépens qui conviennent.

Au Québec, les dépens se limitent aux frais administratifs afférents au dépôt des actes de procédure, à certains montants (généralement beaucoup moins élevés que les véritables honoraires) accordés selon le tarif applicable aux instances judiciaires et à certaines dépenses, comme les frais de transcription, les frais d'experts, etc. Pour les affaires dont le montant en litige est supérieur à 100 000 dollars, une somme supplémentaire correspondant à 1 % de l'excédent est accordée. La cour a aussi le pouvoir discrétionnaire d'octroyer un



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. »

« honoraire spécial » en sus des autres dépens compte tenu de l'« importance » de l'affaire. Il est cependant extrêmement rare qu'un honoraire spécial soit accordé.

En Ontario et au Québec, les dépens peuvent aussi (quoique de façon très exceptionnelle) être accordés contre le conseiller juridique 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 condamnations et ordonnances étrangères

Puisque le Canada est un État fédéral où les provinces ont 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.

En Ontario, il est très courant qu'on obtienne l'exécution d'un jugement rendu à l'extérieur de la province en intentant une action sur jugement devant un tribunal ontarien. Le jugement 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. Seuls quelques moyens de défense peuvent être invoqués contre l'exécution d'un jugement étranger, comme dans le cas où le jugement a été obtenu à la suite de fraude 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, 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, mais la procédure prévue par la loi ne sert pas souvent parce qu'elle n'est pas beaucoup plus avantageuse que l'exécution en vertu des

principes de common law, et 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 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 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. Cependant, le tribunal ontarien n'exécutera l'ordonnance non monétaire d'un tribunal de l'extérieur de l'Ontario, comme une injonction, que s'il est d'avis que les circonstances de l'affaire le justifient.

« ...le demandeur peut généralement faire exécuter 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. »

16

Procédure en matière de faillite et d'insolvabilité

16

Procédure
en matière
de faillite et
d'insolvabilité

Les procédures en matière de faillite et d'insolvabilité au Canada sont régies par la législation et la jurisprudence. La faillite et l'insolvabilité sont de compétence fédérale; toutefois, certains aspects des droits des créanciers sont régis par les lois provinciales.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (la « Loi sur la faillite ») et la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (la « LACC ») sont les lois canadiennes les plus fréquemment utilisées en matière d'insolvabilité. La Loi sur la faillite et la LACC permettent à un débiteur insolvable d'entreprendre un processus de restructuration. La Loi sur la faillite prévoit également une procédure de liquidation en cas de faillite.

En règle générale, les créanciers non canadiens ont les mêmes droits que les créanciers canadiens dans le cadre des procédures d'insolvabilité au Canada.

Types de procédure en matière d'insolvabilité au Canada

Au Canada, on compte cinq procédures principales en matière d'insolvabilité :

- a) la faillite;
- b) la proposition aux termes de la Loi sur la faillite;
- c) la mise sous séquestre (déclarée par le tribunal ou privée);
- d) la procédure aux termes de la LACC;
- e) la liquidation aux termes de la *Loi sur les liquidations et les restructurations* (Canada) (la « Loi sur les liquidations »).

Dans chacune de ces procédures (sauf la mise sous séquestre privée), le débiteur peut obtenir une suspension de procédures afin d'empêcher les personnes intéressées de prendre des mesures d'exécution. En matière de faillite ou dans le cadre d'une proposition concordataire aux termes de la Loi sur la faillite, la suspension est automatique et sa portée est prescrite par la loi; sont toutefois exclus de celle-ci les recours des créanciers garantis. Dans le cadre d'une mise sous séquestre ordonnée par le tribunal ou de procédures engagées aux termes de la LACC ou de la Loi sur les liquidations, la suspension est imposée par une ordonnance du tribunal et sa portée relève de l'appréciation de ce dernier. En conséquence, lorsque des procédures en matière de faillite ou d'insolvabilité sont pendantes, les créanciers (y compris les créanciers garantis) ne peuvent généralement pas exercer les droits et recours dont ils disposeraient normalement à l'encontre du débiteur et de ses actifs et doivent plutôt faire valoir leurs réclamations dans le cadre des procédures prévues par la législation

16

Procédure en matière de faillite et d'insolvabilité

« **Au Canada, le traitement réservé à certaines réclamations visant le salaire, la pension et les déductions à la source à remettre au gouvernement diffère de celui qui s'applique aux autres réclamations de créanciers... Les régimes de retraite à prestations déterminées pourraient être source de préoccupations à cet égard. »**

applicable en matière de faillite ou d'insolvabilité ou par une ordonnance de la cour.

En règle générale, la suspension des procédures n'a aucune incidence sur la capacité des porteurs de titres du débiteur insolvable de faire des opérations sur ceux-ci (bien que, dans les faits, l'insolvabilité aura une incidence défavorable sur la valeur ou la qualité marchande des titres). En fait, ces opérations sont courantes dans un contexte d'insolvabilité. De plus, la suspension ne porte pas atteinte au droit de résilier les « contrats financiers admissibles » auxquels le débiteur est partie et d'opérer compensation à l'égard des obligations stipulées dans ceux-ci (ou de liquider les biens connexes donnés en garantie d'un contrat financier admissible), si ces droits sont énoncés dans le contrat financier admissible. L'expression « contrats financiers admissibles » s'entend notamment des contrats dérivés, des contrats à terme, des options, des opérations de prêt de titres ou des conventions de rachat de titres ou de marchandises.

Au Canada, le traitement réservé à certaines réclamations visant le salaire, la pension et les déductions à la source à remettre au gouvernement diffère de celui qui s'applique aux autres réclamations de créanciers. La Loi sur la faillite confère une priorité supérieure à ces réclamations ou crée une présomption de fiducie réputée à l'égard des biens du débiteur insolvable relativement à celles-ci. Les régimes de retraite à prestations déterminées pourraient être source de préoccupations à cet égard. La Cour suprême du Canada a récemment statué que la fiducie réputée s'applique au déficit de liquidation d'un régime de retraite, ce qui a pour effet de lui accorder une portée plus large que celle qu'on lui attribuait auparavant. La Cour a aussi mentionné que les administrateurs d'une société insolvable ne pouvaient pas, contrairement à ce que beaucoup croyaient auparavant, considérer leurs obligations à titre d'administrateur du régime de retraite différemment de leurs obligations envers la société. Les administrateurs seront en conflit d'intérêts lorsqu'il existe un « risque important » que leur décision d'entamer des procédures d'insolvabilité dans l'intérêt de la société « nuisent de façon appréciable » au respect de leurs obligations à titre d'administrateurs du régime.

Le gouvernement canadien a aussi mis en place un programme d'aide et d'indemnisation des travailleurs dont le salaire n'est pas payé en raison de la faillite d'un employeur. Cependant, en règle générale, les créances gouvernementales, y compris les obligations d'assainissement de l'environnement, n'ont pas priorité sur les réclamations des autres créanciers. Dans une décision récente, la Cour suprême du Canada a souligné le fait qu'il sera souvent difficile d'établir si des obligations d'assainissement donnent naissance à une réclamation du créancier dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, de sorte que les opérations relatives aux terrains contaminés du débiteur pourraient entraîner des difficultés.

FAILLITE

La faillite entraîne la liquidation volontaire ou involontaire d'une entité insolvable. Elle peut être entreprise par le débiteur lui-même ou par ses créanciers. Lorsqu'une cession de faillite se produit ou qu'une ordonnance de faillite est rendue, tous les biens et actifs du failli sont dévolus à un syndic de faillite au profit des créanciers en général (sous réserve des droits des créanciers garantis).

Le syndic de faillite réalise tout actif non garanti. Le produit tiré de la vente est distribué au prorata entre les créanciers non garantis ayant des réclamations prouvées conformément aux règles détaillées énoncées dans la Loi sur la faillite, sous réserve du paiement prioritaire des réclamations de la fiducie présumée, de certaines réclamations de l'État, des réclamations garanties et des réclamations auxquelles la loi confère une priorité. Hormis les droits de rachat accordés au syndic de faillite par la loi, la faillite n'a aucune incidence sur les droits des créanciers garantis ou les actifs garantis visés. Les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie et les banques étrangères autorisées ne peuvent faire l'objet de procédures de faillite. Voir la rubrique « Procédure aux termes de la Loi sur les liquidations » ci-dessous.

PROPOSITION EN VERTU DE LA LOI SUR LA FAILLITE

Un débiteur insolvable peut choisir de restructurer ses affaires en transigeant sur les réclamations des créanciers. C'est ce qu'on appelle faire une « proposition ».

Une proposition aux termes de la Loi sur la faillite débute généralement par le dépôt d'un avis d'intention de faire une proposition, ce qui a pour effet de déclencher automatiquement une suspension des procédures. À compter du dépôt initial et jusqu'à la fin du processus lié à la proposition, un syndic autorisé doit agir relativement à la proposition. Conformément à la Loi sur la faillite, la proposition doit être produite dans les six mois suivant le début du processus. Elle peut être présentée aux créanciers en général, ou les créanciers peuvent être divisés en catégories, selon leurs intérêts communs. La proposition peut également être présentée aux créanciers garantis. La Loi sur la faillite prévoit de plus que certains paiements comme les salaires et les déductions à la source à remettre au gouvernement doivent être acquittés en entier et ne peuvent être visés par la proposition. La proposition est réputée acceptée seulement si toutes les catégories de créanciers votent en faveur de son acceptation par une majorité en nombre et une majorité des deux tiers en valeur des créanciers votant sur la résolution. Elle doit aussi être approuvée par le tribunal. Si le débiteur ne réussit pas à obtenir l'approbation requise des créanciers ou si le tribunal refuse d'approuver la proposition, le débiteur est automatiquement déclaré failli.

« Les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie et les banques étrangères autorisées ne peuvent faire l'objet de procédures de faillite. »

16

Procédure en matière de faillite et d'insolvabilité

Toutefois, en raison de la rigidité du cadre réglementaire et des délais applicables aux propositions prévus par la Loi sur la faillite, les restructurations les plus importantes et les plus complexes dans un contexte d'insolvabilité au Canada ne sont pas mises à exécution sous forme de propositions. Si la restructuration requiert l'exercice d'un recours complexe qui n'est pas prévu par la Loi sur la faillite, par exemple, si le débiteur a besoin de continuer de s'approvisionner auprès de fournisseurs essentiels avec lesquels il n'a pas de contrat, ou si le processus de restructuration prend plus de six mois, on aura généralement recours au cadre prévu par la LACC. Les banques, les sociétés d'assurance, les sociétés de prêt, les sociétés de fiducie et les banques étrangères autorisées ne peuvent faire de proposition aux termes de la Loi sur la faillite.

MISE SOUS SÉQUESTRE

Un séquestre peut être nommé de gré à gré ou par un tribunal. Le séquestre (qui doit être titulaire d'une licence de syndic) réalise les biens et les actifs du débiteur et distribue le produit de la vente en respectant l'ordre de collocation des créanciers du débiteur. Le séquestre peut être nommé à titre de séquestre-gérant autorisé à exploiter l'entreprise du débiteur de façon continue, ou simplement à titre de superviseur.

Un créancier garanti peut nommer un séquestre privé à l'égard des biens, des actifs et de l'entreprise du débiteur aux termes d'un pouvoir contractuel stipulé en sa faveur dans les documents de garantie ou en vertu d'un pouvoir conféré par la loi. Le créancier garanti doit, au moins 10 jours avant la nomination du séquestre, donner au débiteur un préavis – comme prévu par la loi – de son intention de mettre sa garantie à exécution. La suspension de procédure ne peut s'appliquer à la mise sous séquestre privée.

Le séquestre nommé par le tribunal ne représente ni le débiteur ni les créanciers. En tant qu'officier de justice, il a des responsabilités et des obligations qui lui sont attribuées par la loi et qui s'ajoutent à celles qui sont énoncées dans l'ordonnance de nomination. La Loi sur la faillite confère également au tribunal le pouvoir de nommer un séquestre national. La Loi ne prévoit aucun critère permettant d'établir les entités susceptibles de faire l'objet d'une mise sous séquestre. Par conséquent, les détails de la nomination du séquestre sont laissés pour une bonne part à l'appréciation du tribunal.

PROCÉDURE AUX TERMES DE LA LACC

Les grandes entités insolubles se restructurent généralement sous le régime de la LACC, en raison de sa souplesse qui permet aux débiteurs insolubles d'élaborer un plan de restructuration tenant compte des circonstances. La LACC permet aux débiteurs de faire des transactions ou des arrangements avec les

« La LACC vise principalement à faciliter la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement entre une société débitrice insoluble et ses créanciers de manière à ce que la société puisse poursuivre ses activités. »

créanciers garantis et non garantis. Le débiteur peut également vendre son entreprise ou procéder à sa liquidation aux termes de la LACC.

La procédure aux termes de la LACC peut être utilisée par toute société constituée au Canada (ou ayant des actifs ou exerçant des activités au Canada), qui est insolvable ou a commis un acte de faillite et dont le montant total des réclamations des créanciers (seuls ou collectivement) excède 5 millions de dollars. Tout comme la Loi sur la faillite, la LACC ne s'applique pas aux banques, aux sociétés d'assurance, aux sociétés de prêt, aux sociétés de fiducie et aux banques étrangères autorisées.

La LACC vise principalement à faciliter la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement entre une société débitrice insolvable et ses créanciers de manière à ce que la société puisse poursuivre ses activités. La LACC est de plus en plus utilisée pour des liquidations complexes.

Une restructuration projetée aux termes de la LACC s'ouvre par le dépôt d'une demande auprès du tribunal en vue d'obtenir la suspension des procédures intentées contre la société débitrice ainsi que l'application des autres mesures que la cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner. Aux termes de la LACC, le tribunal doit nommer un contrôleur (qui ne peut être l'auditeur du débiteur et qui doit être un syndic titulaire d'une licence), qui sera chargé de surveiller les affaires commerciales et financières de la société et ses rapports avec ses créanciers pendant la période de validité de l'ordonnance de suspension des procédures. Étant donné le large pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal qui supervise la restructuration entreprise aux termes de la LACC, aucun modèle précis d'ordonnance de suspension des procédures n'est prévu dans cette loi, mais certaines provinces (dont le Québec et l'Ontario) ont adopté des modèles d'ordonnance. La LACC énonce la procédure à suivre relativement à certains aspects de la restructuration, comme la résiliation de contrats, la possibilité d'obtenir du financement du débiteur-exploitant de rang supérieur, la vente d'actifs hors du cours normal des activités et la cession de contrat sans consentement.

En vertu de la LACC, la société débitrice dépose un plan de transaction ou d'arrangement, lequel est soumis à l'approbation des créanciers à une assemblée des créanciers de chaque catégorie. L'approbation des créanciers requise est la même que celle qui est requise pour une proposition concordataire présentée aux termes de la Loi sur la faillite : le plan doit être approuvé par la majorité en nombre représentant les deux tiers en valeur des créanciers votant sur la résolution. Une fois que les créanciers ont voté en faveur du plan, le tribunal doit l'homologuer s'il est convaincu qu'il est juste et raisonnable dans les circonstances. Le refus des créanciers ou du tribunal d'approuver le plan n'entraîne pas automatiquement la faillite. Le paiement des réclamations relatives à des capitaux propres (qui comprennent les indemnités de tiers

« L'approbation des créanciers requise est la même que celle qui est requise pour une proposition concordataire présentée aux termes de la Loi sur la faillite : le plan doit être approuvé par la majorité en nombre représentant les deux tiers en valeur des créanciers votant sur la résolution. »

16

Procédure en matière de faillite et d'insolvabilité

relatives à des capitaux propres) ne peut être effectué que si le paiement intégral de toutes les autres réclamations a d'abord été effectué.

PROCÉDURE AUX TERMES DE LA LOI SUR LES LIQUIDATIONS

La plupart des sociétés insolubles (sauf les sociétés constituées sous le régime de la LCSA) ont également la possibilité d'être liquidées sous le régime de la Loi sur les liquidations, mais dans les faits, cette loi est 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 SADC ») et la *Loi sur les banques*.

Aux termes de la Loi SADC, une ordonnance portant dévolution à la Société d'assurance-dépôts du Canada de toutes les actions et dettes subordonnées d'une banque ou nommant la Société d'assurance-dépôts du Canada séquestre de celle-ci peut être rendue. La *Loi sur les banques* comporte également des dispositions qui permettent au Surintendant des institutions financières de prendre le contrôle des actifs d'une banque et de gérer le processus de liquidation. Dans les faits, ces mesures sont prises conjointement avec la procédure entreprise aux termes de la Loi sur les liquidations, étant donné que cette loi établit le cadre réglementaire applicable au traitement des réclamations des créanciers.

→ Faillite internationale

ACTIFS SITUÉS DANS UN TERRITOIRE ÉTRANGER

Les ordonnances des tribunaux canadiens sont habituellement valides au Canada seulement. Par conséquent, afin que les actifs d'un débiteur canadien insoluble situés dans un territoire étranger soient assujettis à la suspension des procédures dans un contexte d'insolvabilité au Canada, le tribunal canadien doit demander à un tribunal compétent dans le territoire où les actifs sont situés de rendre une ordonnance de suspension des procédures ou d'intenter une procédure d'insolvabilité en parallèle afin de faciliter la procédure intentée au Canada. Bien que ces procédures en parallèle soient couramment intentées, la grande majorité d'entre elles concernent le Canada et les États-Unis. Le Canada a maintenant adopté la Convention du Cap relativement aux « biens aéronautiques ».

RECONNAISSANCE PAR LES TRIBUNAUX CANADIENS DE PROCÉDURES INTENTÉES À L'ÉTRANGER

Au Canada, la législation en matière d'insolvabilité donne aux tribunaux canadiens la compétence et le pouvoir discrétionnaire de reconnaître les procédures en matière d'insolvabilité intentées à l'étranger. Le Canada a adopté, à cet égard, la *Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale*. Toutefois, l'approche suivie par le Canada diffère de celle suivie par d'autres pays, et certaines différences importantes sont propres à la situation ayant cours au Canada.

La reconnaissance des procédures intentées à l'étranger n'a pas pour effet de retirer aux tribunaux canadiens leur compétence relativement aux questions d'équité. Par conséquent, même dans la mesure où un tribunal canadien en vient à la conclusion qu'une procédure a été intentée à l'étranger, les créanciers et les actifs canadiens doivent être traités d'une manière conforme pour l'essentiel aux normes juridiques canadiennes dans le cadre de cette procédure.

17

Mesures de lutte contre la corruption des agents publics étrangers

17

Mesures de
lutte contre la
corruption des
agents publics
étrangers

Le Canada a pris des mesures récentes pour renforcer la mise en application de sa *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (la « LCAPE ») après s'être fait reproché son laxisme à cet égard par la communauté internationale. La LCAPE est la principale loi canadienne de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les opérations commerciales internationales. Elle reprend certaines des mesures prévues dans la *Foreign Corrupt Practices Act* des États-Unis et la *Bribery Act* du Royaume-Uni.

→ Infraction de corruption et exceptions

Aux termes de la LCAPE, commet une infraction criminelle quiconque, (i) directement ou indirectement, (ii) dans le cours de ses affaires, (iii) donne, offre ou convient de donner ou d'offrir (iv) à un agent public étranger ou à toute personne au profit d'un agent public étranger (v) 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.

Même les avantages relativement mineurs comme des cadeaux symboliques peuvent donner lieu à une infraction aux termes de la LCAPE, bien qu'il pourra être difficile de démontrer qu'un avantage mineur a été donné en échange d'un acte ou d'une omission. Étant donné le nombre limité d'instances contestées jusqu'à présent aux termes de la LCAPE, les tribunaux canadiens ne se sont pas encore prononcés sur l'étendue de l'interdiction d'offrir des avantages. 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.

L'interdiction s'applique aux avantages offerts ou donnés non seulement aux législateurs ou à la magistrature, par exemple, 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 les organismes et les subdivisions politiques de celui-ci comme des villes et des provinces. L'interdiction s'applique aux personnes qui sont en fonction, mais non à celles qui l'ont été ou qui 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

« Le Canada a pris des mesures récentes pour renforcer la mise en application de sa *Loi sur la corruption d'agents publics étrangers* (la « LCAPE ») après s'être fait reproché son laxisme à cet égard par la communauté internationale. »

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 lorsqu'elles sont liées directement à l'exécution d'un contrat avec l'État étranger pour lequel cet agent exerce des fonctions.

À l'heure actuelle, la LCAPE prévoit aussi une exception pour les « paiements de facilitation », soit les 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. Toutefois, le Parlement a adopté une modification éliminant cette exception qui pourrait entrer en vigueur à n'importe quel moment.

→ Infraction relative aux livres comptables

La LCAPE comprend aussi une infraction distincte interdisant certaines pratiques de tenue de livres comptables trompeuses « dans le but de corrompre un agent public étranger » afin d'obtenir ou de conserver un avantage dans le cours des affaires ou de dissimuler cette corruption. Cette infraction consiste notamment dans les actes suivants : 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.

Il faudra voir si les tribunaux canadiens assimileront la notion de « subornation » dans le contexte de l'infraction relative aux livres comptables à celle de 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. Il reste que l'infraction relative aux livres comptables est plus étroite que 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. Les tribunaux canadiens appliquent généralement une sanction criminelle à un acte ayant un lien réel et important avec le Canada même lorsque l'auteur de l'infraction n'est pas Canadien. Dans une décision récente, un tribunal de l'Ontario a cependant jugé que la LCAPE ne permettait pas au gouvernement canadien de poursuivre un citoyen étranger accusé d'avoir accepté des paiements illégaux. L'accusé n'avait jamais mis les pieds au Canada et les actes qu'on lui reprochait avaient tous été posés à l'extérieur du Canada. Le tribunal a reconnu toutefois 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'amende la plus importante imposée en vertu de la LCAPE jusqu'à présent, à savoir 10,35 millions de dollars, l'a été à une société. En mai 2014, un particulier reconnu coupable d'avoir offert des pots de vin à des agents publics étrangers en vue d'obtenir un contrat de sécurité auprès d'une compagnie aérienne étrangère a été condamné à une peine d'emprisonnement de trois ans. Au moment de la commission de l'infraction, la sentence maximale était de cinq ans. On peut s'attendre à ce que le gouvernement cherche à imposer des sentences plus sévères aux termes de la LCAPE actuelle, notamment lorsqu'un paiement est réellement versé ou qu'un contrat est obtenu à la suite du paiement. D'autres causes sont en cours, et la mise en 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.

Les résolutions de poursuites intentées contre les sociétés ont 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.

« La LCAPE s'applique expressément à tout acte posé à l'extérieur du Canada par un citoyen canadien ou une société canadienne. »

→ 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.

Les personnes qui occupent des postes au sein de plusieurs entités du même groupe peuvent aussi engager la responsabilité de plusieurs de ces entités 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 une 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 questions soulevées par la LCAPE. Toute contravention à la LCAPE par la cible peut entraîner des amendes importantes, des réclamations de dommages-intérêts, des frais d'enquête ou d'autres frais ne survenant qu'après la clôture. L'identification d'une cause de responsabilité éventuelle en vertu de la LCAPE avant la clôture peut avoir une incidence sur le prix auquel l'acquéreur est disposé à acquérir la cible.

Le contrôle diligent en vertu de la LCAPE peut consister notamment à examiner les politiques et procédures 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 les courriels. En effectuant ce contrôle diligent dans le cadre de la LCAPE, il convient de se demander si la cible : (i) exerce ses activités dans des pays ou des secteurs d'activité connus pour leur degré de corruption élevé; (ii) se livre à la vente ou à la distribution dans les pays à haut risque; (iii) vend à des entités gouvernementales, dont des entreprises d'État ou des entreprises financées par des États; (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. Peuvent tous constituer des

signaux d'alerte susceptibles de déclencher une enquête les paiements en espèces, les bourses d'étude ou les dons de bienfaisance inhabituels, les cadeaux somptueux, l'intervention inexplicite de tiers dans des transactions, les relations entre mandataires et 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 pour former les employés et réduire le risque de conduite illégale de leurs employés, 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 ».

Mesures de transparence proposées pour le secteur de l'extraction

En mars 2014, le gouvernement canadien a lancé une consultation sur des propositions de mesures de déclaration obligatoire qui entreraient en vigueur d'ici avril 2015 et qui obligeraient les entreprises d'extraction canadiennes (comme les sociétés pétrolières, gazières et minières) à déclarer les paiements versés à des gouvernements au Canada et à l'étranger. Si elles sont mises en œuvre, ces mesures obligeraient les entreprises d'extraction canadiennes à déclarer tous les paiements versés, dont les impôts et taxes, droits de licence et autres sommes, à tous les paliers de gouvernement, au Canada comme à l'étranger.

La mise en application de ces mesures devrait respecter les normes internationales existantes pour la déclaration des paiements, par exemple les critères de l'Initiative pour la transparence dans les industries d'extraction (l'« ITIE »). L'ITIE oblige notamment à diffuser périodiquement et à rendre accessible publiquement l'information sur l'ensemble des paiements importants versés aux gouvernements.

17

Mesures de lutte contre la corruption des agents publics étrangers

Les critères de déclaration de l'ITIE ont été adoptés par certains pays riches en ressources de l'Afrique, du Moyen-Orient et de l'Asie. Les États-Unis et l'Union européenne ont récemment mis en œuvre leurs propres mesures similaires. Les propositions canadiennes se distinguent des mesures législatives adoptées aux États-Unis, mais sont semblables à celles de l'Union européenne, en ce qu'elles imposeraient les obligations de déclaration tant aux sociétés à actionnariat restreint ou qu'aux sociétés ouvertes. Par contre, le Canada fait cavalier seul en proposant la déclaration obligatoire de certains types de paiements versés aux « entités autochtones » en plus des paiements versés aux entités gouvernementales.

Montréal

1501, avenue McGill College
26^e étage
Montréal, QC H3A 3N9
TÉL 514.841.6400

Toronto

155 Wellington Street West
Toronto, ON M5V 3J7
TÉL 416.863.0900

New York

900 Third Avenue
24th Floor
New York, NY USA 10022
TÉL 212.588.5500